

Compensación racional de la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes

Fidel Ángel Cadena Serrano

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Diario La Ley, Nº 10073, Sección Comentarios de jurisprudencia, 20 de Mayo de

2022, Wolters Kluwer

• ÍNDICE

- [I. Datos de identificación](#)
- [II. Resumen del fallo](#)
- [III. Disposiciones aplicadas](#)
- [IV. Antecedentes de hecho](#)
- [V. Doctrina del Tribunal Supremo](#)
- [VI. Comentario final](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

Resumen

La regla general de aplicación de las penas del artículo 66.1. 7ª CP. Los fundamentos cualificados de agravación y atenuación. El artículo 376, párrafo segundo CP.

I. Datos de identificación

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) de 7 de abril de 2022 (LA LEY 55390/2022), n.º 362 de 2022.

Ponente D. Manuel Marchena Gómez.

II. Resumen del fallo

La sentencia de instancia, al igual que la de apelación, había aplicado el [artículo 368, párrafo primero del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Se trataba de un delito contra la salud pública de drogas tóxicas que afectaban gravemente a la salud. Concurrentes una circunstancia atenuante y otra agravante se había concretado la pena privativa de libertad en 4 años, 6 meses y 1 día de prisión. Se había individualizado la pena dentro de la mitad superior de la

legalmente prevista —de 3 a 6 años— por la superior influencia de la reincidencia sobre una atenuante analógica de drogadicción. Parece claro que, en el juicio de compensación, habían atribuido cualificada fundamentación a la circunstancia agravante. De ahí la pena.

La Sala Segunda consideró, en la sentencia examinada, que no podía identificarse con una interpretación que conducía, mediante la imposición de la pena final en el límite mínimo de la mitad superior (4 años, 6 meses y 1 día), a un desenlace que prácticamente prescindía de la concurrencia de una atenuante y que operaba como si la reincidencia condujera de forma inevitable a la pena en su mitad superior.

Pero no solo negaba esa corrección material en la aplicación de las reglas generales de aplicación de las penas, sino que también juzgaba heterodoxa la corrección formal, puesto que el Tribunal *a quo* no habría explicado de manera convincente las razones por las que se alejó del espacio de determinación proporcional de la pena que ofrecía alternativas más beneficiosas para el reo.

De tal manera que el Tribunal Supremo, en segunda sentencia, después de haber estimado el motivo por infracción de ley, acabó por imponer la pena de 3 años y 6 meses de prisión.

La conversión penológica nos obliga a pensar, máxime si se repara en que la pena impuesta había sido de 4 años, 6 meses y 1 día de prisión, que encajaba en el ámbito del [artículo 66.1.7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) literalmente por el predominio cualificado de la circunstancia de agravación según las sentencias de instancia y apelación, mientras que la pena seleccionada por el TS, tras dar lugar al recurso, de 3 años y 6 meses, discurre dentro la mitad inferior, muy cerca de su expresión dosimétrica mínima, que sería la apropiado de concurrir tan solo una circunstancia atenuante.

Más allá de eso, y en el ámbito formal, no parece que el Tribunal de instancia o el de apelación no hubieran motivado la compensación entre circunstancias, pues, al menos el de alzada, respetando por completo los hechos de instancia, razonó porqué predominaba el fundamento cualificado de agravación, lo que conducía *ope legis* a la aplicación de la pena en su mitad superior, que es lo que se hizo.

La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada «la tercera función autónoma del juez, representando el cenit de su actuación». El juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal, ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad ([art. 9.3 CE](#)

([LA LEY 2500/1978](#)) y el deber de motivar las resoluciones judiciales ([art. 120.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

Pero, ¿a quién corresponde la función de individualización y motivación de la pena?

Es claro que la individualización corresponde al Tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (STS n.º 390/1998, de 21 de marzo).

También ha de señalarse que, aunque la necesidad de motivación del [artículo 120.3 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley (STS n.º 1478/2001, de 20 de julio (LA LEY 7277/2001)) (STS 24/06/2002 (LA LEY 391/2003)).

Ahora bien, esta misma Sala Segunda ha consagrado la doctrina de que se «**puede proceder a la subsanación del defecto de motivación en trámite de casación**» (SSTS de 30 de octubre de 1996, 21 de enero de 1997 (LA LEY 4630/1997) y 28 de febrero de 2000, entre muchas más) si se verifica que en la resolución impugnada figuran los elementos suficientes para considerar que la pena fijada es asumible por esta Sala, evitándose así inútiles y graves dilaciones en la conclusión del proceso (sentencia de 31 de marzo de 2000).

Pues bien, generalizado el sistema de doble instancia tras la entrada en vigor de la [Ley 41/2015 \(LA LEY 15162/2015\)](#) y presentada esa alegación ante el Tribunal de apelación, es absurdo que no pueda este subsanar la ausencia de motivación cuando en la resolución impugnada aparecían todos los elementos precisos para valorar la importancia de las circunstancias concurrentes y explicar por qué el Tribunal de instancia había concedido mayor importancia al fundamento cualificado de agravación.

En nuestro caso, el Tribunal de apelación complementó esa motivación, explicando suficientemente el predominio del fundamento de agravación, por lo que no existiría objeción formal posible.

Por otro lado, y desde el punto de vista material, concurrentes una circunstancia atenuante y otra agravante y habiéndose otorgado preeminencia al fundamento de agravación, la selección de pena en 4 años, 6 meses y 1 día de prisión era correcta, pues la eficacia de la atenuante estribaba en haber contenido la expansión de pena que podría haber llegado hasta 6 años de prisión, fijándola en el mínimo de la mitad superior que necesariamente jugaba dado el referido predominio de la agravación tras la compensación racional.

En nuestra opinión faltó pedagogía de la regla del [artículo 66.1. 7ª CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Deberían haber quedado claras tres cosas:

- — La primera que, de predominar el fundamento cualificado de agravación, como entendieron con razones plausibles los Tribunales previos, la penalidad era completamente correcta, pues la pena se apreció en su mitad superior, habiéndose concedido relevancia en su individualización a la circunstancia atenuante, que contuvo su expansión dosimétrica limitándola en el mínimo de esa mitad superior.
- — La segunda sería que, en esa compensación racional, sólo podrían valorarse las circunstancias atenuante y agravante, no otros factores de individualización que no hubiesen alcanzado el rango de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- — La tercera observación sería que, el Tribunal Supremo debería haber explicado, si esa fue su intención que la modificación de la pena, completamente vedada de haberse entendido predominante el fundamento cualificado de agravación, solo podía llegar bien por considerar que prevalecía un fundamento «no cualificado», sino «simple» de agravación, bien porque en la compensación racional de las dos circunstancias ambas se neutralizaban, pues tanto en un caso como en el otro, como intentaremos explicar en las conclusiones, la pena debe imponerse con la regla general del [artículo 66.1.6ª CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Incluso podría haber explicado que en la compensación racional de las dos circunstancias predominaba un fundamento no cualificado de atenuación, que igualmente nos llevaría a la aplicación de la misma regla del [artículo 66.1.6ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), en cuyo caso, nuevamente, la pena de 3 años y 6 meses sería inobjetable.

III. Disposiciones aplicadas

[Artículos 66.1.7 \(LA LEY 3996/1995\), 66.1.6 \(LA LEY 3996/1995\), 66.1.1 \(LA LEY 3996/1995\), 368 \(LA LEY 3996/1995\) y 376 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

IV. Antecedentes de hecho

En la sentencia de instancia de la Audiencia Provincial se recoge el siguiente relato:

«Por parte de miembros de la Guardia Civil, y ante las noticias recibidas, en orden a un posible punto de venta de sustancias estupefacientes, en fechas anteriores al mes de agosto de 2018, se procedió a establecer un

operativo de vigilancia respecto de determinado bar, que era regentado por X, mayor de edad, y ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública por sentencia de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, a la pena de tres años de prisión, que se encuentra en tratamiento de deshabitación al consumo de sustancias estupefacientes conforme la documental aportada del Centro Penitenciario de cierta ciudad y en el que prestaba servicios de camarero Y, mayor de edad y sin antecedentes penales, y que tras los hechos se ha sometido a tratamiento para la deshabitación al consumo de sustancias estupefacientes. Dichas vigilancias dieron lugar a observar distintas personas que entraban en el bar y salían a continuación, sin tiempo para llevar a cabo ninguna consumición, lo que determinó que en fecha 1 de agosto de 2018, y encontrándose el establecimiento abierto al público y encontrándose solamente el Sr. Y se procediera por los agentes de la G. Civil con TIP núm. E70894B, S83049Y, Y19461J y U33908T a llevar a cabo un registro del mismo y de sus dependencias anexas al negocio, que dio como resultado la aprehensión de:

Tras la barra, junto al acceso de la misma una libreta con anotaciones de nombre y cantidades, y junto a él un rollo de papel de aluminio en cuyo interior se ocultaban 10 papelines con, al parecer cocaína.

En el interior de los servicios del bar, en el baño de caballeros, se localizan, además de envoltorios varios con resto de sustancia blanquecina, tras el espejo 8 envoltorios con la misma sustancia blanquecina.

En el habitáculo correspondientes a baño para minusválidos, cerrada con llave, y que es abierta por el camarero, un mueble de madera con un cajón en el que se encuentran 4 fajos de billetes precintados de 50 y 5 euros.

En el almacén anexo al local, dentro de una tubería bajante, con su parte alta ciega y sin comunicación con ninguna otra tubería, siete fajos de billetes precintados de 50 euros. Y junto a ello y debajo de la misma, dentro de un tramo de tubería de goma negra, 17 dosis de sustancia de iguales características.

Personado sobre las 19 horas en el local el Sr. X y continuando el registro, se encuentran en la nevera, dentro de dos botes de ketchup, 11 y 22 dosis de igual sustancia.

Igualmente, y entre cartones de huevos vacíos se localizan retales plásticos ya cortados de bolsa negra y blanca, así como tramos de hilo metálico verde para su cierre.

Al Sr. X se le ocuparon en la cartera 725 euros, que unidos a los 12.145 encontrados en el local hacen un total de 12.870 euros.

Seguidamente se procedió, con consentimiento del Sr. X y a presencia de su Letrado, a un registro en su domicilio particular, encontrándose una báscula de precisión guardada en un cajón de un recinto anexo a la casa.

El total de monodosis incautadas lo fueron de 66. que convenientemente analizadas por el Área de Sanidad de la Delegación de Gobierno de la Comunidad autónoma resultó ser 23'98 gramos de cocaína de los que 13'51 gramos de principio activo».

En el fallo la sentencia disponía que debemos condenar y **CONDENAMOS** a X como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, **concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante de adicción grave al consumo de sustancias estupefacientes y drogas tóxicas y la agravante de reincidencia, a la pena de CUATRO AÑOS SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Y **MULTA DE CUATRO MIL EUROS**, con la responsabilidad personal subsidiaria de dos meses de privación de libertad en caso de impago, así como al pago de la mitad de las costas procesales, procediendo a la destrucción de la totalidad de la droga intervenida y al decomiso del dinero intervenidos.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 41/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en fecha 20 de febrero de 2020, cuyo Fallo fue el siguiente: «No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de X contra la Sentencia núm. 403/2019, de fecha 24 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial, la cual se confirma íntegramente. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

Finalmente, y como se sabe el Tribunal Supremo casó la sentencia y substituyó la pena impuesta por la de 3 años y 6 meses de prisión además de la pena de multa correspondiente.

V. Doctrina del Tribunal Supremo

La doctrina del Tribunal Supremo podemos separarla en dos ámbitos: material y formal.

Desde el punto de vista material, a la hora de interpretar el [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), concurrentes atenuantes y agravantes, el TS recuerda estas ideas:

- — **Es necesario un juicio de compensación racional.**

La conveniencia de un juicio de compensación racional que haga realidad el mandato del [art. 66.1. 7ª del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), cuando concurren atenuantes y agravantes, ha sido subrayada por la jurisprudencia de esta Sala. Añade el TS que en ese juicio se debe «...huir de compensaciones aritméticas» (STS 259/2017 (LA LEY 21969/2017), 29 de marzo y ATS 217/2018, 1 de febrero (LA LEY 2978/2018)), ya que «...la compensación no puede ser entendida como una mera operación aritmética, sino que exigirá atender principalmente a la calidad de las distintas circunstancias, su intensidad, valor e importancia de cada una de ellas y su incidencia en el hecho concreto sin que ello suponga obviar el número de las de uno u otro signo» (STS 323/2015, 20 de mayo (LA LEY 73945/2015); 278/2018, 30 de mayo (LA LEY 55203/2018)).

- — **La circunstancia agravante de reincidencia, en ese juicio de compensación, no es privilegiada.**

Se ha destacado también, en relación con la agravante de reincidencia, que ésta «... supone un dato de carácter personal que no podrá ser orillado en la ponderación de la aplicabilidad de las reglas de atenuación. Pero su constatación, por sí sola, no implicará un obstáculo para valorar si pese a ese historial delictivo, concurren otras circunstancias que puedan justificar la reducción de la pena ligada al tipo básico, a través de otras circunstancias llamadas precisamente a atenuar el juicio de reprochabilidad, singularmente en aquellos casos en los que el acusado confiesa el hecho, repara el daño cometido por el delito o colabora con las autoridades que lo investigan» ([STS 33/2011, 26 de enero \(LA LEY 1570/2011\)](#) y 445/2011, 18 de mayo (LA LEY 72152/2011)).

La jurisprudencia subraya que «...la reincidencia no es obstáculo para degradar la pena. Se ha afirmado que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. La agravante de reincidencia supondrá un dato de carácter personal que no podrá ser orillado en la ponderación de la aplicabilidad de las reglas de atenuación. Pero su constatación, por sí sola, no implicará un obstáculo para valorar si, pese a ese historial delictivo, concurren otras circunstancias que puedan justificar la reducción de la pena ligada al tipo básico» (STS 653/2012, 27 de julio (LA LEY 110540/2012)).

Eso no significa que, en concreto y en el caso, cuando concorra una agravante de reincidencia con cualquier otra atenuante no pueda sustentarse el predominio de la fundamentación cualificada de agravación. Lo que se niega es su carácter prevalente *ex ante* en la generalidad de los casos.

Desde el punto de vista formal. El TS añade lo siguiente:

- — Para justificar la imposición de la pena de 4 años, 6 meses y 1 día de prisión —límite mínimo de la mitad superior de la pena prevista en el [art. 368 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)—, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial razona que la relevancia de la circunstancia agravante de reincidencia es superior a la simple atenuante analógica de drogadicción, y la sentencia de apelación corrobora ese juicio de ponderación añadiendo que «"...la atenuante de drogadicción tiene una intensidad muy poco relevante, tanto que la afectación del Sr. X al tiempo de los hechos es mínima y por ello se ha acudido a la atenuación analógica. Obsérvese: (i) que en el propio informe de la UCA figura que, durante los meses previos a los hechos, y recuérdese que tuvieron lugar en agosto de 2018, e incluso antes el hoy recurrente negó consumos y declaró que estaba en abstinencia; (ii) que las analíticas que se adjuntaron y que se corresponden con esos meses previos dieron un resultado negativo; (iii) y que en el informe del Centro Penitenciario es el propio recurrente quien refiere ser consumidor ocasional de cocaína y anfetaminas". Esa escasa intensidad de la atenuante de drogadicción justificaría que "...la agravante de reincidencia (tenga) para el tribunal sentenciador mayor significado y relevancia. Y la tiene en valoración lógica puesto que, como consta en los hechos probados, se le condenó con anterioridad a la pena de 3 años de prisión siendo su ejecución suspendida"».
- — Además dice el TS que el Tribunal Superior de Justicia ha tratado de suplir en su sentencia el déficit de motivación del que adolece la dictada en primera instancia, cuestionando la intensidad de la atenuante de drogadicción. Pero lo cierto es que, se silencian otros aspectos reflejados en el *factum* como, por ejemplo, la cantidad de droga aprehendida o que el registro en el propio domicilio fue consentido por el acusado X, lugar en el que fue hallada una balanza de precisión. Y si bien ese dato y su actitud colaboradora con la policía no han sido suficientes para integrar la atenuante de confesión que reivindica la defensa, no pueden ser despreciados en el proceso de individualización de la pena.

Por esos motivos, y porque después del registro del bar, donde se halló la droga y el dinero, el acusado consintió, asistido de Letrado, un registro en su domicilio donde solo se halló una balanza de precisión, el TS entendió que esa autorización debía ser valorada igualmente para individualizar la pena.

En consecuencia, el TS terminó por reducir la pena a 3 años y 6 meses de prisión, pues el peso específico otorgado a la agravante de reincidencia, en su opinión, vulneraba la exigencia de motivación impuesta por el TC y esta Sala II.

VI. Comentario final

La sentencia indicada merece reflexión.

1. Nos referiremos, en primer lugar, a la motivación formal

1.— Todo el reproche que puede hacerse a la sentencia de instancia por su parca motivación de la concreta individualización de la pena, fue subsanado por la sentencia del Tribunal Superior.

Creemos que ya había explicado la primera sentencia suficientemente la concreta penalidad. Viene a decir, mencionando expresamente el [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), que predominaba el fundamento cualificado de agravación por el superior peso en la imposición de la pena de la circunstancia agravante de reincidencia.

Pero cualquier defecto motivacional que pudiera atribuírsele fue subsanado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior en su sentencia de apelación, cuando destacó la importancia relevante de la circunstancia de agravación y el peso menor de la atenuante de drogadicción.

Es evidente que, instaurado el sistema de doble instancia penal, la posibilidad que el TS tenía de complementar la motivación cuando todos los factores para ponderarla figuraban en la resolución, ha pasado al Tribunal de apelación. Sería absurdo, cuando se penaliza la actuación *per saltum*, que el Tribunal Superior apremiado para dar respuesta al principio de proporcionalidad en la aplicación judicial de las penas no pudiera responder ni subsanar el defecto motivacional si existiere, obligando a agotar al descontento el trámite del recurso de casación. Y eso es lo que hizo el Tribunal Superior: recoger las circunstancias fácticas obrantes en la resolución que permitían dar respuesta a la alegación formulada. No se olvide que estamos hablando de motivación de la pena y de que sólo se utilizan para complementar o corroborar la argumentación los parámetros y datos de la resolución recurrida.

En efecto, la ausencia de motivación no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de las sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad, conforme dispone el [art. 72 del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Es decir, debe reivindicarse la importancia de la motivación. La motivación aleja la sombra de la arbitrariedad. La STS de 29-6-2006 nos recuerda que «no cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva —ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta— porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura en el ámbito de los recursos».

Pero, para subsanar cualquier defecto de motivación, el remedio no es, repetimos, la nulidad de la sentencia. La misma sentencia de 29-6-2006, señala los tres posibles modos de remediar la falta de motivación de la individualización de la pena que ha apuntado como correctos la Sala Segunda del TS.: «a) devolver la sentencia al Tribunal de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado; b) subsanar el defecto en el supuesto de que en la Sentencia recurrida se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al Tribunal de casación realizar una operación reservada en principio al de instancia; c) imponer la pena establecida por la Ley en su mínima extensión».

Solo cabe, en fin, la nulidad, si no existen explícita o implícitamente relacionados los elementos que desde el hecho o la personalidad del autor permiten la individualización de la pena.

En nuestro caso, esos presupuestos habilitantes de la individualización de pena figuraban en autos, por lo que, correctamente, el Tribunal de apelación los ordenó por importancia, otorgando valor preeminente a la reincidencia y disminuyendo la intensidad de la atenuante analógica de drogadicción.

Ese juicio del Tribunal de apelación merecía por su rigor el respeto casacional. Y el Tribunal Supremo, sin duda, así lo habrá hecho, pero añadiendo que el acusado, realizado ya el registro del bar donde se halló la droga y el dinero, consintió el registro de su domicilio donde simplemente se halló una balanza de precisión.

Debe tenerse en cuenta que esa actuación, valorada *ex post* por el Tribunal Supremo, ocurre tras haberse descubierto las pruebas del delito y también que tal actuación no puede justificar la atenuante de confesión, aunque el TS añade que «ese dato debe tenerse en cuenta a la hora de individualizar la pena».

Compartimos el criterio de que ese dato no sirve para fundar la atenuante de confesión, pues «la confesión debe producirse antes de conocer que el procedimiento, entendiendo por

tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra el culpable, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión, de modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la Autoridad (STS 6-6-2002 (LA LEY 7332/2002)).

En nuestro caso, el dato nada aporta y se exterioriza cuando las pruebas del delito ya habían sido descubiertas, careciendo de utilidad para la investigación.

Pero, a mayor abundamiento, ese dato favorable no podría nunca jugar dentro de la regla general del artículo 66.1. 7ª, pues no constituye atenuante alguna. A lo sumo jugaría para la determinación concreta de la pena, una vez resuelta la ecuación del [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#): si predominaba el fundamento cualificado de agravación o el de atenuación.

No puede hacerse jugar el dato, que no constituye circunstancia atenuante, para hacer predominar en ese juicio de compensación racional al fundamento de atenuación. Debe jugar, resuelta la ecuación, para individualizar la pena de acuerdo con la culpabilidad del autor, es decir, con la reprochabilidad personal del mismo por haber cometido el hecho antijurídico. Y ello porque, el [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) circunscribe la compensación a las circunstancias atenuantes o agravantes, no a las actuaciones que carezcan de esa entidad.

El dato jugaría para concretar la pena dentro de su mitad superior si se entendiese predominante el fundamento cualificado de agravación, como así lo entendieron la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior y el Fiscal del Tribunal Supremo cuyo informe jurídico desaparece de las sentencias del TS, aunque podría enriquecerlas. Dentro de ese marco, de 4 años, 6 meses y 1 día a 6 años de prisión, sería valorable su incidencia, pero no en otro lugar dosimétrico.

En resumen, habría existido, en principio, adecuada motivación de la selección de pena, tanto en lo que se refiere a la preponderancia del fundamento de agravación, como a la posterior individualización de la pena dentro de su mitad superior, que fue fijada en el mínimo del mínimo, aspecto este último en el que jugaría el dato favorable del consentimiento para el registro.

Volvemos a repetir que, de haberse cambiado el resultado de la compensación, el TS debería haber explicado que, en el juicio de ponderación entre circunstancias, quedaba sustituido el predominio del fundamento cualificado de agravación, por la preeminencia de

un fundamento simple ora de agravación, ora de atenuación, o incluso por la completa neutralización de las circunstancias.

2.— La individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada «la tercera función autónoma del Juez, representando el cenit de su actuación». El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad ([art. 9.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)) y el deber de motivar las resoluciones judiciales ([art. 120.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)), además de los preceptos penales específicos que la regulan.

A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que lleva al Tribunal sentenciador a la imposición de una concreta penalidad, sino que va a permitir que esta Sala en virtud de la impugnación sobre el ejercicio de la individualización, pueda comprobar la lógica y la racionalidad de ese apartado de la función jurisdiccional. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si la penalidad concretamente impuesta responde a los presupuestos legales por su acomodación a la culpabilidad del autor y a las necesidades de prevención general y especial, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la individualización judicial (STS 2-12-2003 (LA LEY 442/2004)).

3.— Como esta Sala tiene establecido SSTS. 84/2010 de 18.2 (LA LEY 5338/2010), 383/2010 de 5.5 (LA LEY 41089/2010), 540/2010 de 8.6 (LA LEY 76144/2010), 93/2012 de 16.2 (LA LEY 19514/2012), 95/2014 de 20.2 (LA LEY 10178/2014), 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. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del [Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de enero \(LA LEY 1121/2008\)](#).

«...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el [art. 120.3 C.E. \(LA LEY 2500/1978\)](#), y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del [art. 24.1 C.E. \(LA LEY 2500/1978\)](#) —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— 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 personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de marzo (LA LEY 4771/1997); 108/2001, de 23 de abril (LA LEY 4317/2001); 20/2003 de 10 de febrero (LA LEY 1255/2003); 170/2004, de 18 de octubre (LA LEY 14168/2004); 76/2007, de 16 de abril (LA LEY 14415/2007)).

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 (LA LEY 4317/2001); 20/2003, de 10 de febrero (LA LEY 1255/2003); 148/2005, de 6 de junio (LA LEY 13274/2005); 76/2007, de 16 de abril (LA LEY 14415/2007)).».

«...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin 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. 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».

4.— La conveniencia de motivación sobre la determinación de la pena se transmuta en necesidad en determinados supuestos. Entre estos supuestos cabe señalar: a) cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente; b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada; c) cuando uno de los autores de los mismos hechos, en quien no concurren específicas circunstancias de agravación, es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás, sin motivo aparente; d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia

modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia; e) cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados, en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales, siempre recordando que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo obvio.

2. Motivación material

1.— El artículo 66.1. 7ª dispone que cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, los tribunales las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, y que si subsiste un fundamento cualificado de atenuación impondrán la pena inferior en grado, mientras que, si persiste un fundamento cualificado de agravación, la impondrán en la mitad superior.

Ha de predominar un fundamento cualificado, no basta con la preeminencia de un fundamento simple de atenuación o agravación.

El primer antecedente de su consagración legal se encuentra ya en el CP de 1848, cuyo art. 74. 4ª disponía que «cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras», mandato que posteriormente se traslada y repite en esencia, con matices en cuanto a su redacción, a los CP de 1870 (arts. 81. 4ª y 82. 4ª), de 1928 (art. 151.4ª), de 1932 (art. 67. 4ª), de 1944 (art. 61. 3ª) y de 1973 (art. 61. 3ª).

No cabe ninguna duda que las circunstancias modificativas genéricas, aquellas atenuantes y agravantes previstas en el catálogo de los [arts. 21 \(LA LEY 3996/1995\)](#), [22 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [23 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), son susceptibles de ser compensadas si concurren acumulativamente.

Bien, lo primero que debe decirse es que esta regla también juega cuando concurren sólo una agravante y una atenuante. No existe ninguna otra regla general del [artículo 66.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) que permita contemplar este supuesto. El precepto tiene, pues, vocación de globalidad, abarcando el concurso plural o simplemente singular de circunstancias atenuantes y agravantes. Entrará en aplicación si concurren varias agravantes con varias atenuantes, o una agravante con varias atenuantes, o una atenuante con varias agravantes, pero también cuando sólo sea una la atenuante y una la agravante.

Por otro lado, la atenuante cualificada también tiene efectos extraordinarios con respecto al resto de las atenuantes (dado que la presencia de una de ellas importa la rebaja en uno o

dos grados), pero no se discute su inclusión en el ejercicio de compensación racional del [artículo 66.1. 7ª CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#). Debe ser así, porque la regla del [artículo 66.1.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), aplicable en otro caso, se excluye si concurren circunstancias atenuantes. Es evidente, como repetiremos, que integrándose en la ponderación de circunstancias del [artículo 66.1.7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), el peso de la circunstancia atenuante muy cualificada, inclinará la balanza hacia el fundamento cualificado de atenuación, pero no como regla general, pues pudiera concurrir con varias agravantes y ser otro el resultado de la compensación.

2.— La STS de 20.5.2015 (LA LEY 73945/2015) nos enseña que la regla del [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) «no es una ponderación aritmética, pues importa saber el valor e influencia en el hecho de cada circunstancia». Eso significa, entre otras cosas, como en el supuesto estudiado en aquella resolución que puede persistir el fundamento de agravación, aunque concurra una agravante —reincidencia en el caso— con una atenuante —análoga de drogadicción en nuestro caso—. Igualmente podría ocurrir al revés, si el peso y entidad de una sola atenuante predominase sobre la intensidad de una sola agravante. Es importante significar con la STS de 20.5.2015 (LA LEY 73945/2015) que «no se puede escindir la regla en dos, valorando primero la agravante para apreciar la mitad superior y luego la atenuante para aplicar la pena inferior en uno o dos grados». Curiosamente a ese error llegó la STS de 1.4.2015, pues concurriendo dos atenuantes y una agravante, primero bajó un grado por las dos atenuantes y luego la pena resultante la aplicó en su mitad superior. Esa solución no es posible, pues la regla del [artículo 66.1.7 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) es especial y absorbe los supuestos de hecho de las reglas 66.1.1, 66.1.3, 66.1.4 y 66.1.5 CP.

3.— La STS de 26.5.2020 insiste en que cuando junto con la atenuante concurre una agravante, el Tribunal no estaba obligado a reducir la pena en un grado, sino a aplicar el artículo 66.1.7ª.

Como dijimos, el [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) prevé la compensación racional cuando concurren conjuntamente agravantes y atenuantes, aun cuando alguna de éstas se considere como muy cualificada. La compensación ha de atender a la posible persistencia de un fundamento cualificado de atenuación, que conducirá a la pena inferior en grado; o de agravación, que obligará a imponer la pena en la mitad superior.

Del examen conjunto de ambos supuestos se desprende que la valoración de una atenuante como muy cualificada, cuando concurre con una agravante, no conduce necesariamente a apreciar la persistencia de un fundamento cualificado de atenuación, que conduzca de forma

obligada a imponer la pena inferior en grado. La concurrencia conjunta de una atenuante muy cualificada y una agravante excluye la regla del artículo 66.1. 2ª, de forma que no es obligada esa reducción. Podrá dar lugar a esa reducción, si se predomina el fundamento de atenuación, pero no tendrá que ser siempre así si predomina el fundamento de agravación o se neutralizan ambos.

4.— Una primera observación elemental es que cuando predomina el fundamento cualificado de atenuación, concurrente una sola atenuante, deba siempre bajarse la pena en un grado. No es lógico, pues es absurdo que cuando concorra solo una atenuante no pueda bajarse la pena, [artículo 66.1. 1ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), sino aplicarse en su mitad inferior, y que, en cambio, sí se pueda bajar un grado cuando concorra sólo una atenuante con una o varias agravantes y se entienda predominante el fundamento cualificado de atenuación. La lógica se recupera cuando concurren dos o más atenuantes, aunque concursen con agravantes, pues la regla del [artículo 66.1. 2ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) también permite ese descenso cuando concurren solas dos o más atenuantes.

5.— La regla del [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) prevalece incluso sobre la regla del [artículo 66.1. 5ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), que da vida a la multirreincidencia.

Para el Tribunal Supremo la regla 5ª del mismo precepto dispone que cuando concorra la agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza, los tribunales podrán imponer la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido. La regla 7ª debe entenderse como una regulación especialmente dirigida a los supuestos en los que concurren atenuantes y agravantes, mientras que la 5ª supone una especialidad de los supuestos, contemplados en las reglas 3ª y 4ª, que se refieren a los supuestos de concurrencia de agravantes sin que se aprecie atenuante alguna. Por lo tanto, deben entenderse que, en caso de concurrencia de la reincidencia, aún con las características mencionadas en la regla 6ª, junto con una circunstancia atenuante, la regla a aplicar es la 7ª y no la 5ª (STS de 13.10.2011 (LA LEY 192593/2011)).

Distinta es la opinión de MAPELLI CAFFARENA quien entiende que verificándose los presupuestos de la multirreincidencia y concurriendo una atenuante se configuraría un concurso de leyes entre la regla 5ª (multirreincidencia) y la regla 7ª (compensación racional) del [art. 66.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), que se resolvería en favor de la primera de ellas ([art. 66.1. 5ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)) por ser una norma especial con respecto a la segunda. Advierte, además, este autor, que «debe tenerse en cuenta que, con carácter general, no

pueden compensarse circunstancias ordinarias con las extraordinarias ya que dejaría de ser una compensación racional».

También BOLDOVA PASAMAR sostiene que, dado el silencio legal, existe la posibilidad de recurrir a la operación de compensación entre la multirreincidencia y la atenuante concurrente, pero se inclina por entender aplicable en este caso el [art. 66.1.5ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), pues, por una parte, algunos de los efectos previstos como resultado de la compensación, como la reducción de la pena en un grado, no parecerían conciliarse con la multirreincidencia; y, por la otra, dado que la aplicación de la regla 5ª no se sujeta a contingencia alguna y en la medida de que es más específica se podría considerar que desplaza a la regla 7ª (compensación). Advierte, en todo caso, que si concurre una atenuante y aun así se eleva la pena en un grado (pues la elevación en grado es facultativa en el [art. 66.1. 5ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)), no se debería rebasar su mitad inferior.

LLORCA ORTEGA sigue la teoría del Tribunal Supremo. Entiende este autor que no existiría una contradicción entre la regla 5ª y la regla 7ª dado que ambas estarían destinadas a regir supuestos diferentes. El [artículo 66.1. 5ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) jugaría cuando no concudiesen circunstancias atenuantes junto a la agravante de multirreincidencia y la regla del [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) cuando se verificase la concurrencia de la agravante de multirreincidencia con una o varias atenuantes en cuyo caso, debería procederse a su compensación racional.

En cualquier caso, en nuestro supuesto, la reincidencia era simple y no existía nada más que una condena por delito anterior del mismo Título y de la misma naturaleza.

6.— El [art. 66.1. 7.ª del C. Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), dice: «Cuando concurren 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».

Entendámonos. Si persiste el fundamento cualificado de agravación, en un delito, como el del [artículo 368 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), la pena debe concretarse dentro del marco dosimétrico de 4 años, 6 meses y 1 día a 6 años.

Lo que no cabría es aplicar 6 años, pues en ese caso no se habría otorgado validez alguna a la atenuante, pero sí que es perfectamente posible individualizar la pena en la cifra y cantidad impuesta o en cualquier otra que no alcanzase el máximo.

Por eso podemos cuestionar intelectualmente el argumento del TS cuando dice que «la Sala no puede identificarse con una interpretación que conduce, mediante la imposición de la pena final en el límite mínimo de la mitad superior (4 años, 6 meses y 1 día), a un desenlace que prácticamente prescinde de la concurrencia de una atenuante y que opera como si la reincidencia condujera de forma inevitable a la pena en su mitad superior.»

Tal forma de entender las cosas es discutible, puesto que sí se da valor a la atenuante, concretamente, bloqueando la mitad superior de la pena que no pasa de su cifra mínima. Y tampoco es correcto decir que la aplicación de la agravante ha conducido automáticamente a apreciar la pena en su mitad superior, pues el legislador ha querido esa fórmula de compensación racional que supone la mitad superior de la pena si prevalece el fundamento cualificado de agravación, de la misma manera que ha querido la aplicación de la pena inferior en un grado si subsiste el fundamento cualificado de atenuación.

Lo que debería haberse dicho es que en la revisión del juicio de ponderación se transformaba la conclusión sobre la prevalencia del fundamento cualificado de agravación, que pasaba a convertirse en neutralización de circunstancias o en predominio de un fundamento simple de atenuación o agravación.

Al no haberse hecho así, puede parecer que el reproche se centra, conservando su valor el fundamento cualificado de agravación, en la individualización de pena, que, en tal caso, habría sido correcta y con valoración del peso en tal concreción de la misma, de la circunstancia atenuante.

Esto lo ve muy bien la STS de 25 de octubre de 2017, cuando dice:

la aplicación de la pena en el límite máximo supone que deje de operar totalmente la atenuante de confesión

«El precepto que se acaba de citar —66.1.7ª CP— no ha sido correctamente aplicado por el Tribunal de instancia, habida cuenta que si bien tiene razón la Audiencia cuando otorga una mayor cualificación a la agravante de parentesco que a la atenuante de confesión, pues parece razonable tener en mayor consideración la gravedad que supone el desvalor de matar con ensañamiento a la propia madre que el confesar el hecho después a la policía —máxime cuando todos los indicios concurrentes contra el acusado abocaban al descubrimiento de su autoría—, lo cierto es que la aplicación de la pena en el límite máximo supone que deje de operar totalmente la atenuante de confesión. Y una cosa es que deba prevalecer en el análisis compensatorio de las

circunstancias la agravante de parentesco y otra muy distinta que la compensación desaparezca totalmente al no reducir en cuantía alguna el límite máximo de la pena a pesar de concurrir una atenuante.

Una ponderación de esa índole carece de racionalidad compensatoria, pues la atenuante tiene que operar en alguna medida, aunque sea mínima. De no ser así, se individualizaría la pena como si no se hubiera aplicado atenuante alguna y obviaríamos el apartado correspondiente al [art. 66.1. 7.ª del C. Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#).

Así las cosas, teniendo en cuenta que la mitad superior de la pena del delito de asesinato agravado comprende desde 22 años seis meses y un día hasta 25 años de prisión, es muy posible que la pena proporcionada al grado de injusto debiera fijarse dentro de la mitad superior».

En aquel caso la pena se impuso en la cuantía y extensión de 25 años. Eso no era posible. Es el máximo del máximo —[artículo 139 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)— y no se habría valorado la atenuante. En cualquier caso, no hubo problema con el límite por haberse apreciado la eximente de enajenación mental y haberse impuesto una medida de seguridad de internamiento que pasaba a tener el límite de la pena en abstracto.

La pena, por tanto, cuando persiste el fundamento cualificado de agravación, debe imponerse en su mitad superior y siempre que no se individualice en el máximo del máximo la atenuante se habrá valorado.

7.— Vamos a preguntarnos ahora cuáles son las soluciones de compensación del [artículo 66.1. 7ª CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Son tres.

— Si subsiste un fundamento cualificado de atenuación se impondrá la pena inferior en grado. Rebajado ese grado, por ejemplo, en el delito del [artículo 368.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), con drogas gravemente nocivas para la salud, la pena de 1 año y 6 meses a 3 años menos 1 día sería correcta. Luego deberá valorarse la agravante concurrente, para individualizarla, de manera tal que una pena de 1 año y 6 meses habría supuesto no valorarla, pero cualquier otra que superase ese umbral mínimo sí que habría permitido esa valoración. Claro está que esa valoración de la agravante deberá tener mayor o menor peso en función de su intensidad. Verbigracia, podría valorarse la reincidencia, en el ejemplo, para llegar a 2 años.

— Si persiste un fundamento cualificado de agravación, la impondrán en la mitad superior. Otra vez, sirviendo el ejemplo de la sentencia, subsistiendo el fundamento de agravación, y enmarcada la pena en su mitad superior, de 4 años, 6 meses y 1 día a 6 años, es evidente que concretando la pena en 4 años, 6 meses y 1 día se ha dado a la atenuante un gran valor circunscribiendo la pena a su cifra mínima dentro de la mitad superior y evitando el recorrido dosimétrico en todo o en parte hasta los 6 años.

— Pero, ¿qué pasa si ninguno de los dos fundamentos cualificados prevalece?

Bien. Entiendo que en los casos de valor absolutamente igual de las circunstancias agravantes y atenuantes, o de predominio de un fundamento simple de atenuación o agravación, se puede volver a la regla del [artículo 66.1. 6ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), en cuyo caso se individualizaría la pena valorando «la antijuridicidad del hecho y las circunstancias personales del autor».

En efecto, al haberse neutralizado las circunstancias, o al haber resultado que ninguno de los fundamentos es cualificado, resucita y vuelve a la vida el [artículo 66.1.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), debiendo valorarse la pena en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, con el alcance que correspondiera. Creo que esa recuperación del [artículo 66.1.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) permite recorrer toda la extensión dosimétrica, pero veremos que la doctrina sugiere límites.

Debería acoger la regla del [artículo 66.1.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) igualmente, recalcamos la idea, los supuestos en que predominasen un fundamento no cualificado, bien de agravación, bien de atenuación y en función de su importancia seleccionar la pena ya sin reglas dosimétricas que limitasen la discrecionalidad reglada del juez.

Veamos ahora la matización de la doctrina penal. BOLDOVA PASAMAR, en ese sentido, entiende que, si la compensación es total, esto es, si tras ella no existe fundamento modificatorio residual alguno, el tribunal puede imponer la pena en toda la extensión del marco penal, pero presenta soluciones diferentes. En hipótesis en que concurra un fundamento de atenuación no-cualificado el juez debería imponer la pena en la mitad inferior del marco penal, pero advierte que subsiste un problema en el caso de que concurra un fundamento de agravación no-cualificado, pues la solución equivalente sería la aplicación de la pena en su mitad superior, pero ése constituye precisamente el efecto normativo que se atribuye explícitamente ([art. 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)) a la persistencia de un fundamento de agravación cualificado.

CASTELLÓ NICÁS, por su parte, para los supuestos en que predominase un fundamento no cualificado de agravación, cree que sería posible dividir en mitades la mitad superior del

marco penal y destinar la mitad superior de la mitad superior del marco para una especial intensidad de la agravación, como sería el caso del fundamento cualificado de agravación. De ello deduce BESIO HERNÁNDEZ que aquel autor parece sugerir que si predominase un fundamento no-cualificado de agravación la pena se impondría, en su opinión, en la mitad inferior de la mitad superior del marco penal.

Entiendo que si se recupera el [artículo 66.1.6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) no deberían existir límites. Tanto si las circunstancias agravantes y atenuantes se han neutralizado, como si simplemente predomina un fundamento no cualificado de atenuación o agravación, aunque lógicamente en este último caso ese predominio relativo debería encontrar reflejo en la individualización de la pena.

8.— Las reglas del [artículo 68 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 66 CP son cumulativas. Si se desciende un grado por imperativo del art. 68, sobre el tramo de pena así obtenido habrá que buscar la mitad inferior (si concurre una atenuante ordinaria) o superior (si concurren una o más agravantes) por aplicación de las reglas del [art. 66 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Si se hubiesen descendido dos grados se recuperaría la discrecionalidad total: artículo 66.1.8.

Concurrentes una eximente incompleta y una agravante, no es posible descendido el grado por aplicación del [artículo 68 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), hacer jugar la regla del [artículo 66.1.7 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), para impedir que la pena se imponga en su mitad superior por efecto de la agravante.

La STS de 28.10.2015, dice al respecto:

«La cuestión es de estricta dosimetría penal: coordinación de las reglas contenidas en los [arts. 66 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [68 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) El interrogante a responder se enuncia así: concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el art. 68, ¿hay que estar a lo establecido en el art. 66.1. 7ª (discrecionalidad orientada por criterios, pero no por reglas) ?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3ª del [art. 66.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) (mitad superior de la pena degradada)?

La Audiencia, aun no debatiendo específicamente ese punto, da por supuesto que debe acudir al [art. 66.1.7ª. CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) En efecto tras la degradación impuesta por el [art. 68 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) derivada de la apreciación de una eximente incompleta del art. 21.1 (baja un solo escalón, aunque sería posible descender dos), a la hora

de decidir cómo debe jugar la agravante de abuso de superioridad, también apreciada, realiza una valoración conjunta y global, sintiéndose liberada de la necesidad de imponer la mitad superior ([art. 66.1.3ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)) en virtud de lo que entiende fundamento cualificado o intensificado de atenuación.

El Fiscal, por su parte, resalta cómo el inciso final del [art. 68 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) salva expresamente la aplicabilidad del art. 66, lo que no puede interpretarse más que en un sentido: si se ha obtenido un nuevo marco penal derivado de la aplicación de la eximente bajando un único grado (si se hubiesen descendido dos se recuperaría la discrecionalidad total: art. 66.1.8), dentro de la horquilla así fijada habrá que ajustarse a las reglas del art. 66: mitad inferior si hay una atenuante; mitad superior si concurre una agravante; compensación racional si concurren circunstancias de uno y otro signo.

Tiene razón el Fiscal. Eso es lo que se desprende a la literalidad del [art. 68 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Si la Audiencia (como explica para el primer delito de manera expresa; en el otro, implícitamente) optó por conferir a la exención incompleta una moderada eficacia concretada en una única degradación, dentro de la franja penal así obtenida deberá tomar en consideración el resto de circunstancias para concretar la penalidad».

9.— ¿Cuál es el espacio del artículo 376, párrafo segundo CP?

Para el TS el tenor gramatical del [art. 376 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) no deja margen para la duda. Este precepto, dice la STS de 7.4.2022 (LA LEY 55390/2022), «ha sido concebido para lo que se ha llamado el delincuente funcional, esto es, aquél que trafica para consumir, no es ajeno a numerosas dificultades interpretativas. De hecho, ha sido considerado por algunos inaplicable en la práctica, no ya por el relativo fracaso estadístico asociado a ese tipo de tratamientos, sino por la celeridad imprimida al enjuiciamiento de hechos delictivos relacionados con el tráfico de drogas a pequeña escala, sobre todo, a raíz de la reforma de los juicios rápidos operada por la LO 38/2002, 24 de octubre (cfr. [art. 795.2.g de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#)).

Incluso no faltan autores que censuran el criterio legislativo, por no considerar bastante la promesa de deshabitación, en línea con lo establecido en el [art. 801.3 de la LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#)

La lectura del [art. 376 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), sin embargo, no deja espacio para opciones interpretativas alternativas: el acusado ha de acreditar suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación (cfr. STS 603/2007, 25 de junio (LA LEY 72201/2007))».

El precepto parece exigir la finalización del tratamiento rehabilitador —STS de 13.10.2005 (LA LEY 199117/2005)— y el presupuesto de que en el momento de realización de los hechos el sujeto fuera drogodependiente —STS de 3.10.2005 (LA LEY 14028/2005)—, además, tercer requisito concurrente y copulativo, de que la cantidad de droga no fuere de notoria importancia o desproporcionada.

10.— La medida de la pena es la medida de la culpabilidad.

Nuestra regla del [artículo 66.1. 7ª CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) se encuentra en la segunda fase de individualización judicial de la pena.

Para la teoría neoproporcionalista o neoclásica de la pena es básica la idea, que compartimos, de que en la tercera fase de individualización judicial de la pena la dimensión y magnitud del injusto y de la culpabilidad que no hayan sido contempladas en la determinación de tipos, subtipos o circunstancias deben valorarse para concretar la pena. Es sabido que en la individualización de la pena hay tres funciones: legal, judicial y penitenciaria. Centrándonos en la función judicial también es posible ver tres fases. En la primera, de acuerdo con la subsunción que haya efectuado de los hechos, el juez delimita el marco penal genérico que corresponde al tipo o subtipos en su caso. También resuelve los concursos de normas o de delitos —medial, ideal o real— y las formas de aparición del delito como las correspondientes a los delitos, continuado o masa. Este marco es legal y abstracto.

En la segunda fase, el juez, aplicando la propia ley, en función de la perfección o imperfección del delito, grado de ejecución, forma de participación, presencia del error de tipo o prohibición, y concurrencia de circunstancias, atenuantes, agravantes o eximentes incompletas, concreta aquel marco abstracto en otro más reducido.

Y es la tercera fase, aquella en que valorando todas las circunstancias del hecho y las personales del culpable, que no hubieran sido valoradas antes se concreta la pena a aplicar. La tercera fase es, en definitiva, el ámbito de la regla del [artículo 66.1.6 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Frente a la extensión ad libitum de la prevención especial como inspiradora de la penalidad concreta, la idea que preconizamos es que llegados a esa tercera fase deben valorarse

todas las circunstancias del hecho y personales del culpable que todavía no hayan sido tenidas en cuenta en las fases primera y segunda, pues no cabría una doble valoración o desvaloración del injusto o la culpabilidad. En efecto, todas las circunstancias del injusto o de la culpabilidad y no solo las valoradas en las dos primeras fases son las que como dice BOLDOVA confieren «al delito su singularidad y al culpable su individualidad».

El [artículo 66.1.7 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) se encuentra, por tanto, en la segunda fase judicial.