

CONSULTA 2/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA PENA QUE PROCEDE APLICAR CUANDO LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA CUALIFICADA CONCURRE CON UNA O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I

La reciente reforma del Código Penal, operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, ha afectado, entre otras materias, a las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia o no de una o más circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El art. 66 CP se ha visto remozado mediante una nueva redacción que, si bien resuelve algunas lagunas detectadas en la anterior regulación, genera nuevas dudas y dificultades aplicativas.

La actual redacción del art. 66 C.P. es la siguiente:

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

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

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

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

4ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley en su mitad inferior.

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

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

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

7ª 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.

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

2.- En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

El principal factor de distorsión del sistema lo constituye la denominada *multirreincidencia* o -con mayor propiedad- reincidencia cualificada, que el propio texto legal define como “circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido ejecutoriamente

condenado, al menos, por tres delitos comprendidos en mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza”.

Como acertadamente argumenta la Fiscalía consultante, no se trata de una nueva circunstancia agravante, ya que no ha sido introducida con sustantividad propia en el catálogo de agravantes del art. 22 CP. Se trata, como se ha apuntado ya anteriormente, de un fundamento o motivo de cualificación de la circunstancia agravante de reincidencia, que permite –con carácter facultativo- la exacerbación de la pena hasta invadir el ámbito propio de la pena superior en grado, “teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido” (regla 5^a art. 66 CP). Lo mismo cabe decir del supuesto de hecho previsto en la regla 4^a del mismo artículo, que permite imponer la pena superior en grado, en su mitad inferior, “cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna”; tampoco aquí cabe hablar de una nueva agravante, sino de la simple presencia de un motivo cualificado de agravación.

La pregunta que plantea la Fiscalía consultante es, en términos generales, la siguiente. Cuando concurren en un mismo supuesto la reincidencia cualificada y una o más atenuantes, ¿qué regla procede aplicar?: la ya mencionada regla 5.^a del art. 66, que permite imponer la pena superior en grado; o la regla 7.^a del mismo artículo, la cual prevé, para el caso de que concurren atenuantes y agravantes, la valoración y compensación racional de las mismas, sin que en ningún caso se pueda –contrariamente a lo previsto en la regla 5.^a- superar el límite superior de la pena establecida por la ley.

II

Como argumentos favorables a la aplicación de la regla 5.º, la Fiscalía consultante expone los siguientes.

En primer lugar, la Fiscalía consultante hace notar que en todas las restantes reglas del art. 66 CP se hace mención expresa de la necesidad de que deban concurrir o no conjuntamente agravantes o atenuantes. Así, se utilizan expresiones tales como “cuando concorra sólo una circunstancia atenuante” (regla 1.^a); “cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concorra agravante alguna” (regla 2.^a); “cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes” (regla 3.^a); “cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna” (regla 4.^a); “cuando no concurren atenuantes y agravantes” (regla 6.^a); “cuando concurren atenuantes y agravantes” (regla 7.^a). Esta exhaustividad en la descripción de los anteriores supuestos podría interpretarse *a contrario* como un deseo de que la regla 5.^a operase en todo caso, independientemente de la concurrencia o no de una o varias circunstancias atenuantes.

También abonaría esta postura la autonomía conceptual del instituto de la *multirreincidencia* o reincidencia cualificada, que no es -como ya se ha mencionado *supra*- una agravante en el sentido propio del término. Al no poder encuadrarse con propiedad en el término “agravantes” que emplea la regla 7.^a del art. 66 CP, esta regla no excluiría de manera absoluta el eventual recurso a la regla 5.^a, que se limita a permitir la elevación de la pena con carácter facultativo. Dado que esta regla no hace ninguna alusión a la posible concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, podría invocarse aquí el brocardo clásico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, de tal manera que la regla 5.^a devendría *lex specialis* frente a las restantes reglas del art. 66 CP.

Sin embargo, la anterior no es la tesis que -al menos mayoritariamente- apoya la Fiscalía consultante, que se inclina por considerar de preferente aplicación la regla 7.^a del art. 66 CP.

Se alega, en primer lugar, el carácter exhaustivo en la descripción de todos los supuestos descritos en las diferentes reglas del art. 66 CP. Considera la

Fiscalía consultante que, si se hubiese querido permitir la agravación cualificada también en el caso de concurrencia con una o más circunstancias atenuantes, se hubiese debido indicar así de manera expresa en la redacción de la regla 5.^a, introduciendo un inciso del tenor siguiente: “cuando, aun concurriendo circunstancia atenuantes, concurra la agravante de reincidencia con la cualificación...”. En realidad este criterio, basado en la exhaustividad de la descripción de los supuestos, es el mismo que -en opinión de los partidarios de la tesis contraria y por motivos totalmente opuestos- debería conducir a la aplicación preferente de la regla 5.^a, como ya se comentó con anterioridad. Esta absoluta discrepancia en cuanto al sentido que cabe extraer de la fórmula de redacción de las restantes reglas revela, en definitiva, una clara insuficiencia del recurso al elemento literal para resolver por sí mismo la duda planteada.

Sin embargo, se aduce también un argumento sistemático, basado en el orden de enumeración de las distintas reglas. De acuerdo con esta tesis, la regla 7.^a vendría a operar como cláusula general de cierre, que completa y da respuesta a todos los casos no previstos con anterioridad, por lo que resultaría la norma aplicable en el caso controvertido.

Por último, no cabe duda de que esta interpretación es más favorable al reo. No obstante, este argumento tampoco es concluyente, porque el principio (in dubio) *pro reo* despliega su genuina virtualidad en el terreno de la valoración probatoria y la destrucción de la presunción de inocencia, y no es una regla absoluta en materia de interpretación normativa.

En consecuencia, resulta más correcto, traer a colación, lo establecido en el art. 4-1º del Código Penal conforme al cual: “Las leyes penales no se aplicarán en casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Y en el art. 4-2º del Código Civil, a cuyo tenor: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Ambos preceptos, impedirían aplicar extensivamente la regla 5.^a del art. 66 del Código Penal, cuando junto a la

agravante de reincidencia cualificada se aprecien una o más circunstancias atenuantes, ya que dicha situación de concurrencia está contemplada en la regla 7ª del mismo artículo, que establece la pena imponible en estos supuestos.

III

En realidad, la cuestión que origina la consulta planteada guarda cierta similitud con el supuesto de hecho que en su día dio lugar a la consulta nº 2/1997 de esta Fiscalía General. Se planteó en aquel momento cuál era la regla aplicable -conforme a la anterior redacción del art. 66 CP- en caso de que concurriesen al mismo tiempo una o varias agravantes y dos o más atenuantes o una atenuante muy cualificada: si era la regla 4.ª, conforme a la cual podía rebajarse la pena en uno o dos grados cuando fueran dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, sin que se hiciese mención de la eventual concurrencia de una o más agravantes; o la regla 1.ª, que obligaba -cuando concurrieran conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes- a individualizar la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Dicha cuestión fue resuelta por la citada Consulta n.º 2/1997 en el sentido de que -en tanto no existiese una línea jurisprudencial clara al respecto- debería aplicarse la regla 1.ª, sin que por tanto fuese posible en ningún caso rebajar la pena en grado.

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo, posteriormente, abordó también y resolvió la cuestión en un sentido diverso, fijando su criterio en el Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, y ratificándolo posteriormente en numerosas sentencias, como p.e. las SSTs 475/1998, de 3 de abril; 1117/1999, de 1 de septiembre; 780/2000, de 11 de septiembre; ó 1445/2001, de 20 de julio.

La tesis jurisprudencial se puede exponer, básicamente y en términos recogidos por la última de las resoluciones citadas, del siguiente modo: “a) la

conurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1ª del artículo 66 CP, en las que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación; b) si permanece un fundamento cualificado de atenuación debe aplicarse seguidamente la regla 4ª de dicho precepto (reducción de uno o dos grados); c) si subsiste una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, se aplica la regla 1ª; y d) de ello se sigue que la regla 4ª del artículo 66, cuando concurren circunstancias agravantes no obliga pero sí faculta a la imposición a la pena inferior en uno o dos grados”.

La reforma de la L.O. 11/2003 ha acogido el anterior criterio jurisprudencial y lo ha plasmado en la nueva redacción de las reglas del art. 66 CP. Ahora, conforme a la regla 2.ª del citado artículo, la rebaja de pena en uno o dos grados vinculada a la concurrencia de varias atenuantes o de una muy cualificada se condiciona expresamente a que no concorra agravante alguna. En caso contrario, deviene aplicable la regla 7.ª, que impone la obligación de valorar y compensar racionalmente las atenuantes y agravantes que concurren, si bien prevé que “en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado”.

Este problema y su solución, aunque aparentemente puedan distraer la atención de la pregunta concreta que pretende resolver esta consulta, se ha querido traer precisamente a colación porque, más allá de la similitud existente entre ambas cuestiones, el tratamiento y la respuesta dados a la primera de ellas contienen las claves necesarias para abordar correctamente la segunda, que es la que ahora nos ocupa.

Efectivamente, de la corriente jurisprudencial auspiciada por el citado Pleno de 23 de marzo de 1998 y su posterior plasmación legislativa, parece desprenderse con claridad que, siempre que concurren atenuantes y agravantes y estemos dentro del ámbito de aplicación del art. 66 CP -excepción hecha por tanto del supuesto contemplado en el art. 68 CP (apreciación de una eximente incompleta, que queda como única *lex specialis* frente a la norma general), se

debe hacer inicialmente una ponderación y compensación racional de circunstancias, para a continuación valorar si persisten o no fundamentos cualificados de atenuación o de agravación.

A qué se llama “fundamento cualificado de atenuación” se deduce claramente de la jurisprudencia anteriormente citada. Si, una vez hecha la compensación de circunstancias, permanece una atenuante muy cualificada o dos o más atenuantes que no hayan sido objeto de la mencionada compensación, estaremos en presencia del citado fundamento cualificado de atenuación, expresión que ya ha sido frecuentemente utilizada por el Tribunal Supremo para referirse precisamente a estos casos.

Es novedoso, sin embargo, el concepto “fundamento cualificado de agravación”, que introduce también la regla 7.^a del art. 66. Y es necesariamente novedoso porque con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 11/2003 no existían en nuestro Derecho tales fundamentos cualificados de agravación.

En la regulación actual, sin embargo, no cabe duda de que es fundamento cualificado de agravación, por ejemplo, el hecho de que concurran tres o más circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, ya que en este caso (regla 4.^a) la pena puede elevarse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Pues bien, consideradas así las cosas y recordando lo que se ha dicho inicialmente acerca de la novedosa figura de la *multirreincidencia*, que no es sino una agravante cualificada, estamos en condiciones de afirmar que es una agravante cualificada precisamente porque concurre en ella un “fundamento cualificado de agravación”, análogo al previsto en la regla 4.^a citada, con la única diferencia de que no se limita a su mitad inferior la imposición facultativa de la pena superior en grado.

Por otra parte, desde un punto de vista meramente sistemático, no escapa a un perspicaz observador que el orden lógico que siguen las reglas del art. 66 es

el siguiente: la 1.^a y la 2.^a se refieren a la concurrencia exclusivamente de atenuantes; la 3.^a y la 4.^a (y resulta lógico considerar que la 5.^a también) a la concurrencia exclusiva de agravantes; la 6.^a a la inexistencia de unas y de otras; y la 7.^a a la concurrencia de ambas.

Por tanto, se puede afirmar que -en todos aquellos casos en que se aprecie la agravante de reincidencia cualificada junto con alguna atenuante- la regla 7.^a deviene ley especial, y consiguientemente de aplicación preferente, frente a la norma general de la regla 5.^a del art. 66 CP.

Por ejemplo, si concurren al mismo tiempo la agravante de reincidencia cualificada, otra agravante y una atenuante, el juzgador puede valorar racionalmente que estas dos últimas se compensan, pero en tal caso se verá obligado -en virtud de lo previsto en el inciso final de la regla 7.^a del art. 66 y dado que persiste un fundamento cualificado de agravación- a imponer la pena en su mitad superior.

IV

A la vista de todo lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

1.^a- Cuando la circunstancia agravante de reincidencia cualificada definida en la regla 5.^a del art. 66 CP concorra conjuntamente con una o varias circunstancias atenuantes, será de aplicación la regla 7.^a del art. 66 CP, que obliga a valorar y compensar racionalmente todas las circunstancias concurrentes.

2.^a- Si, como fruto de la citada valoración y compensación racional de circunstancias, persisten motivos para estimar subsistente la agravante cualificada de reincidencia, procederá aplicar la pena prevista en su mitad superior, como dispone con carácter imperativo el inciso final de la mencionada regla 7.^a. En ningún caso será aplicable la pena superior en grado.

3.^a- La regla 5.^a del art. 66 CP sólo será aplicable cuando no concurra ninguna circunstancia atenuante.