InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes

Martín Besio Hernández

Universitat de Barcelona

BARCELONA, ENERO DE 2012

Abstract

El artículo analiza la cláusula legal de valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes prevista en el artículo 66.1.7ª CP español, dando cuenta de los principales problemas de operatividad práctica de dicho baremo legal, intentando dotar a dicha operación de un soporte argumental consistente que le confiera sentido al interior del proceso general de individualización de la pena y proponiendo directrices objetivas para el ejercicio compensatorio en los principales escenarios posibles de concurrencia conjunta de circunstancias modificatorias de distinto signo.

The article analyzes the legal provision for valuation and rational compensation of aggravating and extenuating circumstances provided in article 66.1.7ª of the Spanish penal code, analyzing the key practical problems of said legal scale, trying to provide a consistent argument to confer sense inside the general process of sentencing, and proposing objective guidelines for said exercise in the main possible scenarios when aggravating and extenuating circumstances exist.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Klausel von Bewertung und rationalem Ausgleich zwischen Strafmilderung- und Strafschärfungsgründen, die in Art. 66 Abs. 1 N. 7 spanischen StGB vorgesehen ist. Dabei wird auf die Hauptprobleme der praktischen Anwendung des Kriteriums gemäß Art. 66 Abs. 1 N. 7 hingewiesen. Darüber hinaus wird den Versuch unternommen, der Anwendung des Kriteriums eine argumentative Basis zu geben, so dass der Verlauf des allgemeinen Vorgangs der Strafzumessung einen Sinn gewinnt. Außerdem werden objektive Richtlinien für den Ausgleich zwischen Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründen in den Hauptkonstellationen formuliert, wo beide Arte von Gründen zusammenspielen.

T*itel:* Bewertung und rationaler Ausgleich der Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe.
Title: Valuation and rational compensation of extenuating and aggravating circumstances.

Palabras clave: compensación racional, atenuantes, agravantes, culpabilidad, individualización judicial de la pena.
Keywords: rational compensation, extenuating, aggravating, culpability, sentencing.
Stichwörter: rationaler Ausgleich, Strafmilderungsgründe, Strafschärfungsgründe, Schuld, richterliche Strafzumessung.

Sumario

1. Introducción
2. Objeto material de la operación de compensación
3. Sentido y operatividad del ejercicio de compensación racional de circunstancias modificativas
- ***3.1. La mayor eficacia modificatoria de las circunstancias atenuantes***
- ***3.2. El sentido de la operación de compensación racional: anulación de agravantes por medio de atenuantes (función de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena)***
  - ***a. Compensación como apreciación sucesiva de efectos modificatorios***
  - ***b. Compensación como anulación simultánea de efectos modificatorios***

3.3. Directrices específicas de compensación racional de circunstancias modificativas
4. Tabla de jurisprudencia citada
5. Bibliografía

1. Introducción

El criterio legal de valoración y compensación racional de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal de signo contrario constituye un baremo legal de actuación judicial en fase de individualización de la pena de bastante tradición en la legislación española. En efecto, el primer antecedente de su consagración legal se encuentra ya en el CP de 1848, cuyo art. 74.4ª disponía que "[c]uando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras", directriz 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). Con todo, y sin perjuicio de su constante presencia en la legislación española, la directriz de compensación racional de circunstancias modificativas no fue contemplada en la redacción original del CP de 1995, que reguló conjuntamente y atribuyendo los mismos efectos explícitos tanto a la hipótesis de ausencia de atenuantes y agravantes como al caso de presencia simultánea de unas y otras[1]. Sin embargo, y a pesar de la ausencia de una referencia legal explícita a la compensación de circunstancias, tanto la doctrina como la jurisprudencia penal siguieron entendiendo que en caso de presencia conjunta de atenuantes y agravantes el juez debía llevar a efecto dicha operación[2], tendencia que luego cristalizó en la decisión contenida en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27.03.1998[3], que constituye el referente inmediato del vigente art. 66.1.7ª CP, introducido por la LO 11/2003, del siguiente tenor: "[c]uando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena.

---

[1] El art. 66.1ª CP de 1995, en su redacción primitiva, disponía que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurran unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia".

[2] Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 88, sostenía, respecto de la referida regla, la existencia de "(…) un considerable acuerdo en entender admisible la compensación de atenuantes y agravantes, como imponía el viejo Código, porque de concurrir unas y otras, la regla 1ª del art. 66, trata el supuesto como uno de ausencia de circunstancias, lo que parece coherente con la posibilidad de compensarlas"; también, aunque con un argumento diferente, SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, 1995, p. 84, entendía que "(…) la referencia que se hace en el Código de 1995 en el inciso final de la regla 1ª del art. 66 'razonándolo en la sentencia', viene a coincidir con la exigencia establecida en la regla 3ª del art. 61 vigente cuando dice compensarán 'racionalmente' (…)".

[3] El contenido de dicho Acuerdo fue el siguiente: "la concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1ª, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y entonces se aplicará seguidamente la regla 4ª (reducción de uno o dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla del nº 1. De donde se sigue que la regla 4ª del artículo 66, cuando concurran también circunstancias agravantes, no obliga pero sí faculta la imposición de la pena inferior en uno o dos grados".

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".

Se trata, como se advierte, de un baremo de actuación judicial enraizado inescindiblemente a la tradición legal española de individualización de la pena. Sin embargo, y a pesar de ello, no es posible constatar ni en la literatura ni en la jurisprudencia información específica acerca de su contenido y operatividad práctica, esto es, en general, acerca de qué significa compensar circunstancias modificativas y bajo qué parámetros o criterios se lleva efecto dicha operación; salvo referencias genéricas asociadas principalmente a la proscripción de una compensación fundada exclusivamente en el componente numérico de las circunstancias concurrentes, y a la demanda de racionalidad que –se exige unánimemente- debe presidir su ejercicio. El escenario se configura, entonces, como un ámbito especialmente problemático al interior del proceso general de individualización de la pena, dado el enorme grado de arbitrio inherente a su operatividad práctica: el art. 66.1.7ª CP sólo establece que las atenuantes y agravantes concurrentes deben ser valoradas y luego, producto de dicha valoración, compensadas racionalmente, consagrando efectos legales tasados para los supuestos de persistencia de fundamentos cualificados de atenuación o agravación, pero la forma específica de llevar a efecto dicha operación compensatoria requiere de una serie de decisiones previas (¿de acuerdo a qué parámetros se valoran y compensan?, ¿qué importa compensar atenuantes y agravantes?, ¿cuándo se verifica un fundamento cualificado de atenuación o agravación?) dependientes inevitablemente, ante la ausencia de propuestas dogmáticas consistentes, del arbitrio –y, en muchos casos, de la arbitrariedad- judicial. Piénsese, simplemente, en las diferentes opciones que tiene el juez en la aplicación de dicha norma: por ejemplo, es técnicamente posible que ante tres agravantes y una sola atenuante el juez determine una compensación de todas ellas y, además, decida que persiste un fundamento cualificado de atenuación. O que –por ejemplo, en teoría- compense dos o tres atenuantes con una agravante y entienda que persiste un fundamento cualificado de agravación. Si estas posibilidades son justificadas racionalmente resultarán, en principio, admisibles desde un punto de vista normativo. La cuestión, como se advertirá, no es baladí, pues la forma de entender y dar funcionalidad al mecanismo de compensación –dado los efectos modificatorios asignados a la persistencia de fundamentos cualificados: disminución en grado o fijación del marco concreto en la mitad superior- influirá en la decisión respecto de la cuantía específica de pena a imponer, pudiendo conllevar, dependiendo del marco penal del delito de que se trate, incluso varios años de diferencia de condena.

Dado ese contexto, en lo que sigue intentaré delinear y justificar las directrices principales de un sistema racional de compensación de circunstancias modificativas que, respetando los espacios asignados a la –inevitable- discrecionalidad judicial, oriente ésta a través de las valoraciones legales preexistentes y obligatorias para el juez. Este sistema se configura a partir de la atribución ideal de un determinado valor objetivo a las diferentes hipótesis atenuatorias y agravatorias establecidas en el CP, valor que representa su diferente incidencia legal en la modulación del marco penal concreto (ya sea en una mitad, o en uno o más grados inferiores o superiores). La idea central radica en concebir el ejercicio de compensación como un sistema de anulación de

atenuantes y agravantes, esto es, como un sistema cuyo objetivo es la anulación de efectos atenuatorios y agravatorios de pena, por lo que, consecuencialmente, deben considerarse en dicha operación precisamente los diferentes efectos modificatorios que poseen unas y otras, en términos tales que si una circunstancia tiene mayores efectos modificadores de pena que otra necesariamente tendrá también mayor incidencia o eficacia anulatoria en el ejercicio de compensación que esta otra. Sobre esa base –a partir de la atribución de un determinado valor objetivo a cada hipótesis atenuatoria o agravatoria contemplada en el CP- es posible resolver los principales supuestos identificables de concurrencia conjunta de agravantes y atenuantes de responsabilidad criminal, conociendo de antemano cuándo la compensación de éstas será total, no subsistiendo un fundamento cualificado ni de agravación ni de atenuación; o cuándo persistirá luego de la anulación un fundamento residual cualificado en uno u otro sentido.

En la exposición y desarrollo argumental de dicho sistema seguiré la siguiente estructura: (1) se analizará brevemente cuál es el objeto material de la regla de compensación racional, esto es, cuáles son las circunstancias que integrarían o quedarían excluidas de dicho mecanismo; (2) intentaré demostrar que, en conformidad con el art. 66.1 CP, las atenuantes y agravantes no tienen la misma incidencia legal en la modulación del marco penal concreto, pudiendo constatarse que las primeras –como regla general- tienen asignadas un mayor poder modificatorio (del marco penal) que las segundas, cualidad que debe ser trasladada al ejercicio compensatorio; (3) a partir de la constatación del mayor poder modificatorio de las atenuantes sostendré que la operación de compensación racional puede ser entendida como un sistema de anulación de agravantes por medio de atenuantes; (4) sistema de anulación que es susceptible de ser justificado a partir de la función de la culpabilidad en el proceso general de individualización de la pena; y (5) propondré, sobre la base de la diferente eficacia modificatoria asignada normativamente a las atenuantes y agravantes, criterios específicos de compensación racional en los principales supuestos de concurrencia conjunta de unas y otras.

2. Objeto material de la operación de compensación

No cabe ninguna duda que las circunstancias modificativas genéricas, aquellas atenuantes y agravantes previstas en el catálogo de los arts. 21, 22 y 23 CP, son susceptibles de ser compensadas si concurren copulativamente. El problema surge en el caso de los elementos típicos accidentales (o circunstancias específicas) y de las circunstancias extraordinarias (aquellas dotadas de eficacia modificativa superior al resto de circunstancias), reducidas estas últimas, actualmente, a la atenuante de eximente incompleta (art. 21.1ª CP) y a la hipótesis agravatoria de reincidencia cualificada (art. 61.1.5ª CP).

Tratándose de elementos típicos accidentales, su exclusión del ejercicio compensatorio se justifica principalmente sobre la base del particular régimen normativo al que se sujetan en el proceso de individualización judicial de la pena, operando y desplegando sus efectos en un momento diverso y anterior al de las circunstancias genéricas, lo que impide la posibilidad de compensación entre ambas. Las circunstancias específicas, en tanto se encuentran asociadas a un delito o grupo de delitos diferenciados, influyen ya en la configuración del marco penal abstracto

que las circunstancias genéricas depurarían, luego, para el establecimiento del marco concreto; no siendo posible, entonces, por operar en diferentes momentos, su compensación[4].

Por otra parte, el art. 67 CP constituye un argumento que de *lege lata* justificaría la exclusión de las circunstancias específicas del ámbito material del art. 66.1.7ª CP, pues prevé que las reglas contenidas en dicho artículo (art. 66 CP) "no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción", mandato que si bien, por una parte, expresa la vigencia positiva del principio non bis in ídem, por la otra supone la inaplicación expresa del art. 66 CP (y, por ello, la inaplicación de la operación de compensación racional, de su regla 7ª) respecto de aquellas circunstancias de agravación o atenuación propias de la configuración de cualquier tipo delictivo (esto es, elementos típicos accidentales), sean o no coincidentes con circunstancias genéricas[5]. Los elementos típicos accidentales, por lo tanto, no forman parte del ejercicio de compensación racional de circunstancias.

También debe ser excluido del ámbito de operación del art. 66.1.7ª la hipótesis atenuatoria de eximente incompleta (art. 21.1ª CP). Al margen de la discusión relativa a si ésta constituye o no una circunstancia atenuante propiamente tal[6], la especial operatividad normativa de la eximente incompleta impide su consideración al interior del ejercicio de compensación racional, toda vez que ésta produce sus efectos en un momento anterior a la funcionalidad del resto de circunstancias (y de la operación de compensación), determinando un marco penal intermedio entre el marco abstracto y el marco penal concreto a partir del cual inciden las demás circunstancias modificativas, sistemática que se encuentra reafirmada por el vigente art. 68 CP. En efecto, producto de la modificación introducida por la LO 15/2003[7], dicha regla realiza una

[4] La imposibilidad de compensar circunstancias genéricas y específicas constituye la opinión ampliamente mayoritaria en la doctrina española. Entre otros, sostienen dicha imposibilidad, CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 184 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 257; SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, 2000, p. 166; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 2005, p. 110. En ese sentido se pronuncia, además, entre otras, la STS, 1ª, 30.10.2009 (MP: Martín Pallín). Actualmente, por contra, admitiendo la posibilidad de compensar circunstancias genéricas y específicas sólo cuando estas últimas no suponen la configuración de un marco penal nuevo ni dan lugar a la imposición de la pena en su mitad inferior o superior, GALLEGO DÍAZ, "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: hacia una reordenación y simplificación de los distintos supuestos (artículo 66.1 del Código Penal)", *RDP*, 2009, p. 82 y ss.

[5] CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 186. En contra de esta interpretación, GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 89, quien entiende el contenido del art. 67 CP circunscrito sólo a la prohibición de doble valoración.

[6] Así, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 257, considera que no es una atenuante propiamente tal en razón de sus efectos extraordinarios, por no regirse por el art. 66 CP (como las demás atenuantes) y por carecer de una tipicidad propia, ya que se construye a partir de las eximentes de responsabilidad.

[7] De la redacción primitiva del art. 68 CP, como destaca BOLDOVA PASAMAR, «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, p. 256, se infería que cuando se apreciaba una eximente incompleta las circunstancias atenuantes y agravantes influían ya directamente en la fijación de la extensión concreta de la pena ("aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes"), por lo que el juez podía imponer ésta sin recurrir al art. 66 CP.

referencia explícita a la operatividad del art. 66 CP luego de la reducción en uno o dos grados del marco penal en función de la incidencia de la eximente incompleta, pues prescribe que dicha reducción se realizará en atención al número y entidad de los requisitos de la eximente que falten o concurran y a las circunstancias personales del autor –y esto es lo relevante- "sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código". En conformidad con el art. 68 CP, entonces, debe ser reducido el marco penal en uno o dos grados en razón de la eximente incompleta y, luego de ello, se aplican las reglas del art. 66 CP, esto es, en concreto, con posterioridad a dicha reducción producirán sus efectos el resto de circunstancias modificativas, y de verificarse conjuntamente agravantes y atenuantes, deberá procederse a su compensación (art. 66.1.7ª). Las circunstancias modificativas ordinarias operan, de acuerdo al art. 68 CP, luego de la reducción en grado(s) que impone la eximente incompleta y, específicamente, la compensación de circunstancias se efectúa también con posterioridad a aquella. La consecuencia directa de lo anterior radica en la imposibilidad de compensar una eximente incompleta con una agravante de responsabilidad concurrente, pues, en definitiva, "atenuantes y agravantes se mueven dentro de un marco legal distinto, formado por la pena inferior en uno o dos grados a aquélla señalada para el delito, y será dentro de ese nuevo marco legal donde deberán desplegar su eficacia, si concurren, las circunstancias atenuantes o agravantes"[8]-[9].

Respecto de la agravante de multirreincidencia o reincidencia cualificada (art. 66.1.5ª CP), no cabe duda de que, sin perjuicio de no contenerse en el catálogo del art. 22 CP, constituye una circunstancia propiamente tal y con efectos modificativos superiores a las restantes agravantes (circunstancia extraordinaria), pues verificados sus presupuestos es posible -aunque de modo facultativo- imponer la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate. El problema que plantea esta circunstancia es precisamente la posibilidad de su compensación en el supuesto de que concurra conjuntamente con una o varias atenuantes de responsabilidad, dada la ausencia de un pronunciamiento legal explícito al respecto. Existen en doctrina varias respuestas posibles a esta cuestión. MAPELLI CAFFARENA 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, que se resolvería en favor de la primera de ellas (art. 66.1.5ª CP) 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'"[10].

---

[8] QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho Penal*, 3ª ed., 2009, p. 735.

[9] Si bien la mayoría de la doctrina entiende que no es posible la compensación de la hipótesis de eximente incompleta con agravantes ordinarias, existe un sector más bien minoritario que se pronuncia a favor de dicha posibilidad. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, parte general*, 6ª ed., 2004, p. 535, parecieran entender incluida la eximente incompleta en el ejercicio compensatorio a partir de la interpretación que realizan del término "fundamento cualificado" del art. 66.1.7ª CP, expresión que referiría –según estos autores- a aquellas atenuantes y agravantes especiales que poseen mayores efectos que las simples, como precisamente la eximente incompleta (también la multirreincidencia) y "que pueden subsistir tras esa compensación que se pretende racional y no puramente numérica".

[10] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 262. También, a juicio de MAPELLI, se plantea un concurso de leyes entre la regla 5ª y la 4ª cuando concurren más de dos agravantes y una de ellas es la multirreincidencia, concurso que se resuelve a favor de la primera (art. 66.1.5ª CP) dado que contempla una pena más grave que la segunda (art. 8.4 CP).

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, 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 aún así se eleva la pena en un grado (pues la elevación en grado es facultativa en el art. 66.1.5ª CP), no se debería rebasar su mitad inferior. Y si concurren varias atenuantes o una o varias muy cualificadas, "puesto que la reducción del grado de la pena está condicionada en la regla segunda a la ausencia de agravantes y la elevación del grado por la multirreincidencia es facultativa, deberá efectuarse una compensación que normalmente conducirá al mantenimiento del grado"[11]. Una opción diferente es adoptada por LLORCA ORTEGA, quien entiende que no existiría una contradicción entre la regla 5ª y la regla 7ª dado que ambas estarían destinadas a regir supuestos diferentes. Así, aunque la regla 5ª no lo indique expresamente, se entiende que su aplicación se limita a la hipótesis de concurrencia de la reincidencia cualificada sin la presencia de circunstancias atenuantes, puesto que es precisamente la regla 7ª la que está destinada a regular los casos de concurrencia conjunta de agravantes y atenuantes. En opinión de este autor las reglas del art. 66.1 CP regulan sistemáticamente diferentes supuestos evitando así el solapamiento entre ellas: las reglas 1ª y 2ª regularían la presencia exclusiva de circunstancias atenuantes; las reglas 3ª, 4ª y 5ª referirían a la concurrencia exclusiva de agravantes; la regla 7ª se aplicaría a los casos de existencia conjunta de atenuantes y agravantes; y la regla 6ª regularía la hipótesis de ausencia tanto de unas como de otras. En consecuencia, si se verifica la agravante de multirreincidencia con una o varias atenuantes se aplicaría la regla 7ª y debería procederse a su compensación racional[12].

En la medida de que el legislador no provee de una solución expresa al respecto resultan plausibles todas las interpretaciones referidas, esto es, tanto las que entienden que resulta posible la compensación de la reincidencia cualificada con atenuantes concurrentes, como también aquellas que niegan dicha posibilidad. Me parece, sin embargo, preferible la primera opción. Por de pronto, al menos formalmente la regla 7ª del art. 66.1 CP refiere explícitamente a la concurrencia de atenuantes y agravantes (y sin distinción alguna), cuestión que no se verifica tratándose de la regla 5ª, que sólo alude a los supuestos de verificación de la agravante de multirreincidencia, de lo que cabría extraer que esta última regla no contempla para su aplicación la presencia de una o más atenuantes y, por ello, todos los supuestos de concurrencia de circunstancias de signo contrario se rigen por la lógica de la compensación racional (que no distingue –al menos no explícitamente- entre la clase de circunstancias materia de la operación de compensación).

[11] BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, p. 251.
[12] LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6º ed., 2005, p. 104 y 111. También, en el mismo sentido, GALLEGO DÍAZ, *RDP*, 2009, p. 73-74.

En otras palabras, del tenor literal de ambas disposiciones se deriva su aplicación a supuestos diferentes y, en esa medida, no cabría establecer una mayor especialidad de una por sobre la otra, que condicionara o resolviera su eventual conflicto; pues, en rigor, no existe conflicto alguno.

A mayor abundamiento, no se ve razón alguna para excluir la agravante de multirreincidencia del ejercicio compensatorio sobre la base exclusiva de su mayor eficacia modificatoria (esto es, de su carácter extraordinario), pues el propio mecanismo de compensación racional pareciera estar naturalmente destinado a la resolución de la hipótesis de presencia conjunta de circunstancias que resultan diferentes en cuanto a su incidencia específica en el marco penal[13], al margen de una pretensión de resolución de un conflicto de orden aritmético, más acorde con circunstancias con efectos equivalentes. Además, la previsión legal alusiva a la persistencia de fundamentos cualificados de agravación o atenuación, que no es otra cosa que el reconocimiento normativo de la posibilidad de excedentes agravatorios o atenuatorios resultantes luego del ejercicio compensatorio, es perfectamente conciliable con la inclusión en la compensación racional de circunstancias con diferente eficacia modificatoria[14], las que, una vez compensadas, pueden generar efectos modificatorios residuales cualificados. 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) y no se discute su inclusión en el ejercicio de compensación. Por último, no se verifica en el caso de la multirreincidencia la imposibilidad legal en orden a su compensación que existe en el caso de la eximente incompleta (también circunstancia extraordinaria), en la medida de que la reincidencia cualificada opera en el mismo momento de funcionalidad del resto de las circunstancias atenuantes y agravantes, esto es, en la modulación del marco penal concreto. En definitiva, pese al silencio del legislador, es posible incluir la agravante de multirreincidencia en el ejercicio de compensación racional del art. 66.1.7ª CP en hipótesis de concurrencia conjunta con atenuantes de responsabilidad.

En suma, del ejercicio de compensación racional de atenuantes y agravantes previsto en el art. 66.1.7ª CP debiesen ser excluidos, en tanto objeto de compensación, los elementos típicos accidentales o circunstancias específicas y la atenuante de eximente incompleta, incluyendo en el mismo a la hipótesis agravatoria de reincidencia cualificada.

[13] Como expondré más adelante, el ejercicio de compensación racional refiere necesariamente a circunstancias con diferente eficacia modificatoria (con diferente peso específico), toda vez que las atenuantes –por regla general- tienen una mayor capacidad moduladora (mayor peso específico) del marco legal que las circunstancias agravantes de responsabilidad penal.

[14] Así, CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 161, quien entiende que "la multirreincidencia es la circunstancia de agravación cualificada por excelencia, puesto que tal calidad se contempla expresamente en el marco de los efectos punitivos de la misma, lo que quiere decir que ella puede ocasionar perfectamente ese fundamento cualificado de agravación, lo que nos lleva al entendimiento de que la previsión de la regla 7ª del artículo 66.1 comprende directamente la hipótesis en la que concurra la circunstancia cualificada de agravación de multirreincidencia junto con otras circunstancias más, que pueden ser sólo atenuantes, o incluso atenuantes con otras agravantes del catálogo general del artículo 22 (…)".

3. Sentido y operatividad del ejercicio de compensación racional de circunstancias modificativas

No existe en el texto del CP mayor precisión acerca del modo específico en que debe procederse a la operación de compensación de circunstancias de signo contrario, pues el criterio legal previsto al efecto es simplemente ese: el juez debe *valorar* y luego *compensar racionalmente* dichas circunstancias; lo que origina al menos dos problemas específicos, a saber, por una parte, qué significa compensar atenuantes y agravantes, y, por la otra, qué importa que dicha operación deba ser de carácter racional. En la doctrina española es posible constatar respuestas a ambas cuestiones.

En primer lugar, y aunque no se indica expresamente, pareciera entenderse generalmente que la labor de compensación implica una operación de anulación de circunstancias, esto es, de supresión o extinción de agravantes y atenuantes, en la medida de que ambas importan efectos contrapuestos[15]. En segundo lugar, la racionalidad que debe presidir dicho ejercicio aludiría a una garantía de proscripción de la arbitrariedad judicial, en el sentido de exigencia de un criterio, motivo o razón a través del cual pueda explicarse y justificarse el ejercicio y resultado de la compensación. Así, por ejemplo, apunta BACIGALUPO ZAPATER que "la 'compensación racional' de las agravantes y atenuantes debe practicarse de acuerdo con alguna pauta, pues racional quiere decir con arreglo a criterios conocidos y fundamentables de alguna manera"[16]. Al mismo tiempo, se destaca –acertadamente- que la compensación no debe justificarse exclusivamente en el componente numérico de las circunstancias concurrentes, esto es, como si se tratara de una simple ponderación aritmética, sino que, sin perjuicio de tomar en cuenta el número de circunstancias (que de todas formas sería relevante), debe considerarse su valor e influencia en el hecho. En otras palabras, "la compensación racional no puede ser entendida como una mera operación aritmética, sino que tal racionalidad exigirá atender principalmente a la calidad de las

[15] En contra de entender el ejercicio de compensación como una operación de anulación se pronuncia la STS, 2ª, 25.05.2010 (MP: Soriano Soriano), en el contexto de concurrencia de una circunstancia atenuante con la agravante de reincidencia: "(…) si en la individualización debe resplandecer el principio de proporcionalidad, la compensación del nº 7 del art. 66 del C. Penal no se produciría si se impusieran 3 años de prisión, ya que ello supondría anular el efecto exasperador o agravatorio de la reincidencia. La ley habla de compensar y no de anular. A la reincidencia debe reconocérsele indudablemente algún efecto (…)". El razonamiento, si bien se aparta formalmente de una concepción de la compensación como anulación de efectos modificatorios, pareciera suponer implícitamente –y precisamente- dicha concepción, pero sobre la base de que las circunstancias concurrentes debiesen adquirir un peso específico diferenciado al interior del sistema de anulación. Me explico: el razonamiento pareciera operar a partir de que la compensación se decidiría por el número de circunstancias que se presentan, evento que conllevaría que una atenuante y una agravante se eliminarían recíprocamente, no restando efectos modificativos subsistentes. A ello se opone, pues la reincidencia –sostiene- debe tener algún efecto agravatorio y no puede éste eliminarse completamente (como ocurriría si la compensación se decidiera sólo por el número de circunstancias concurrentes), por lo que la compensación –se decide- no podría entenderse como una anulación (no diferenciando, sin embargo, entre ambos términos). Me parece, por ello, que la idea detrás del argumento radica en entender la compensación como anulación, pero respetando el mayor peso específico que tendría –de acuerdo a la sentencia, en razón de la proporcionalidad- la reincidencia por sobre la atenuante concurrente. Precisamente, como expondré infra, ese es el sentido estructural de la operación de compensación: anular circunstancias tomando como referente el diferente peso específico que tiene cada hipótesis agravatoria o atenuatoria, el que considero es susceptible de ser determinado objetivamente y respetando los espacios asignados al arbitrio judicial.

[16] BACIGALUPO ZAPATER, «La individualización de la pena en la reforma penal», en BACIGALUPO, *Teoría y práctica del Derecho Penal*, t. II, 2009, p. 937.

distintas circunstancias, su intensidad, valor e importancia de cada una de ellas y a su incidencia en el hecho concreto, sin llegar a despreciar el número de las de uno u otro signo"[17].

En suma, es posible advertir en la dogmática española la consideración del ejercicio de compensación como una operación de anulación recíproca de circunstancias de signo contrario, que debe realizarse de acuerdo con pautas o criterios explicativos (racionales), dentro los cuales se encontrarían su número, entidad, importancia e incidencia específica en el hecho[18]. Tales apreciaciones son correctas. No obstante ello, es posible maximizar su concreción por medio de la atribución de un sentido específico a la operación de compensación a partir de su vinculación con el sistema de la teoría del delito, específicamente con la función de la categoría culpabilidad en la fase de individualización judicial de la pena y, además, resulta posible la derivación de algunos criterios objetivos de compensación de la propia regulación legal de la operatoria de las circunstancias modificativas en la fase de individualización penal. Con todo, antes de desarrollar tales aspectos es necesario acreditar un presupuesto clave para dicho cometido, a saber, la mayor eficacia modificatoria que el CP atribuye a las circunstancias atenuantes por sobre las agravantes de responsabilidad.

3.1 La mayor eficacia modificatoria de las circunstancias atenuantes

Del examen de los efectos atribuidos por el CP a las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal puede constatarse que, por regla absolutamente general, las atenuantes de responsabilidad tienen una mayor eficacia modificatoria que las agravantes, esto es, tienen las primeras un mayor peso específico para la modulación del marco penal que las segundas. Ello se manifiesta con claridad en los siguientes supuestos.

(1) En primer lugar, una sola atenuante –por regla general- tiene mayor eficacia modificatoria que una sola agravante. En efecto, basta con una sola minorante para que el juez (art. 66.1.1ª CP) deba de modo preceptivo u obligatorio aplicar la pena en la mitad inferior del marco penal abstracto, por lo que una sola atenuante tiene por sí sola el peso específico de posicionar el marco concreto en la mitad del marco penal. Si bien en el caso de una sola agravante (art. 66.1.3ª CP) el juez debe

[17] SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, 2000, p. 168-169. En el mismo sentido, entre otros, CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 183; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 6º ed., 2004, p. 535; GALLEGO DÍAZ, "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: hacia una reordenación y simplificación de los distintos supuestos (artículo 66.1 del Código Penal)" *RDP*, 2009, p. 81.

[18] En algunos razonamientos judiciales es posible advertir la idea relativa a que el ejercicio compensatorio no se encuentra subordinado de forma exclusiva al número de atenuantes y agravantes concurrentes, pues éstas pueden adquirir una diferente intensidad que posibilite que, frente al mismo número de circunstancias, una "pese" más que la otra, generándose así un fundamento cualificado de atenuación o agravación. En ese sentido, por ejemplo, el ATS, 1ª, 03.12.2009 (MP: Giménez García) considera correcta la prevalencia, determinada por la sentencia recurrida, de la agravante de parentesco por sobre la atenuante de confesión: "[e]n el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada se justifica la pena impuesta de veinte años por el delito de asesinato, señalando que atendiendo a la gravedad del hecho estima la Audiencia que, en este caso, prevalece la agravante sobre la atenuante, añadiendo que la relación parental (eran esposos) y el tremendo daño familiar es superior a la confesión de un hecho que más pronto que tarde sería descubierto y de cuya autoría pocas dudas cabían. Se motiva pues el fundamento cualificado de la agravación, cumpliendo la previsión contenida en el art. 66.1.7 CP".

aplicar la pena en la mitad superior del marco penal de forma obligatoria, con lo que podría establecerse que una sola agravante tendría el mismo peso específico que una sola atenuante (dado que ambas modularían el marco penal en una mitad), dicha aparente igualdad cuantificadora se difumina en la medida de que la presencia de dos agravantes (art. 66.1.3ª CP) tiene asignado el mismo efecto legal que la presencia de una sola: en ambos casos el juez debe obligatoriamente fijar la pena dentro de la mitad superior del marco penal. En otras palabras, una sola atenuante modifica por sí sola el marco penal en una mitad (inferior), mientras que tanto una sola agravante como también dos agravantes tienen el mismo efecto: en ambos casos se posiciona el marco en una mitad (superior). Ello importa que cuando concurren dos agravantes éstas tienen la misma eficacia modificatoria que una sola atenuante y, por ello, una atenuante "pesa" más que una agravante (pues una atenuante modifica el marco penal de la misma forma que dos agravantes, cuando éstas concurren simultáneamente).

Lo anterior, para mayor claridad, puede ser ilustrado por medio de la atribución de valores a las diferentes hipótesis de atenuación o agravación. Así, puede establecerse que una sola atenuante tiene una incidencia cuantificadora de M, donde M significa la potestad cuantificadora de posicionar el marco concreto en una mitad del marco penal. Si concurre una sola agravante, ésta también tiene una capacidad cuantificadora de M (pues una agravante determina la fijación de la pena en la mitad superior del marco penal), pero dos agravantes también tienen esa misma incidencia, por lo que en hipótesis de concurrencia conjunta de dos agravantes cada una de ellas tiene una eficacia de ½ M. Por lo tanto, puede establecerse que mientras una sola atenuante adquiere un valor cuantificador de M, en el caso de las agravantes éste puede ser también de M si concurre sólo una, o de ½ M cada una si concurren dos de ellas. Este razonamiento, que opera atribuyendo valores a las hipótesis de atenuación y agravación, puede ser de gran utilidad como directriz general para el propio ejercicio compensatorio, como veremos posteriormente, aunque por ahora basta destacar que una atenuante tendría mayor peso específico (M), por regla general, que una agravante (½ M, cuando concurren dos de ellas).

(2) En segundo lugar, la concurrencia conjunta de dos atenuantes tiene mayor incidencia cuantificadora que la presencia copulativa de dos agravantes. Así, si se verifican dos circunstancias atenuantes el juez debe proceder a aplicar la pena inferior en uno o dos grados (art. 66.1.2ª CP). Como ha destacado con acierto la doctrina, en este caso resulta imperativo para el juez (dada la voz "aplicarán") la disminución en al menos un grado del marco penal, siendo facultativo –y dependiendo del número y entidad de las atenuantes- la rebaja en dos grados[19]. Por ello, la presencia de (al menos) dos atenuantes importa preceptivamente la rebaja en (al menos) un grado del marco penal. Pues bien, como ya se expuso, en el caso de concurrencia de dos agravantes de responsabilidad (art. 66.1.3ª CP) éstas, en conjunto, sólo obligan al juez a imponer la pena en la mitad superior del marco penal, por lo que queda claro que dos agravantes tienen menor eficacia modificatoria (determinan un marco concreto en la mitad superior del marco abstracto) que dos atenuantes de responsabilidad (que fijan el marco concreto en al menos un

[19] Entre otros, BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2004, p. 260; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 112; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 260; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6º ed., 2005, p. 99; GALLEGO DÍAZ, *RDP*, 2009, p. 67.

grado inferior al marco original).

Lo anterior puede ser ilustrado por medio de la atribución de un valor objetivo, como ya expuse, a ambas hipótesis modificatorias. En tal sentido, es posible establecer que dos atenuantes tienen una eficacia cuantificadora de (al menos) 1G, pues su presencia ocasiona la modificación en un grado (hacia abajo) del marco penal, generando un nuevo marco penal (inferior). Aquí entendemos por G la eficacia de modificar el marco penal abstracto en grado (G), ya sea hacia arriba o hacia abajo. Debe precisarse, con todo, que los valores M (la eficacia de modular el marco concreto en una mitad del marco típico) y G (la potestad de saltar de grado) no responden a una unidad común ni equivalente numéricamente, pues, por ejemplo, 2M (dos mitades de marco penal) no equivalen cuantitativamente a 1G (un grado). Ambos valores significan modificaciones (diferentes) de índole cualitativa –no cuantitativa- del marco penal. No obstante ello, puede establecerse que siempre G será cualitativamente (en términos de eficacia modificatoria) mayor o superior a M, esto es, puede establecerse que la capacidad de una circunstancia para producir un cambio de grado (G) es siempre mayor que la potestad de una circunstancia para posicionar el marco concreto en una mitad del marco asignado legalmente (M). Pues bien, en la hipótesis que comentamos, dos atenuantes tendrían una eficacia modificatoria de (al menos) 1G, pues permiten la rebaja del marco en (al menos) un grado; mientras que en el caso de dos agravantes, dado que ambas determinan la fijación de la pena dentro de la mitad superior del marco penal, ambas (en conjunto) tienen una eficacia de M (esto es, ½ M cada una). De ello se deriva que dos atenuantes tienen mayor valor cuantificador (al menos 1G) que dos agravantes de responsabilidad (M), en el entendido de que la capacidad de modular el marco penal en un grado (1G) es superior –cualitativamente- a la capacidad de determinar el marco concreto dentro de la mitad superior del marco asignado legalmente al delito (M).

(3) También, por regla general, tres atenuantes tienen mayor incidencia modificatoria o peso específico que tres circunstancias agravantes. El art. 66.1.2ª CP regula los supuestos de concurrencia de dos o más atenuantes atribuyendo, entonces, el mismo efecto a la presencia de tanto dos como de tres atenuantes, a saber, la fijación obligatoria de la pena en un grado inferior y potestativamente (dependiendo de su número y entidad) en dos grados inferiores al marco penal. Por su parte, el art. 66.1.4ª CP refiere al supuesto de concurrencia de tres agravantes (de tres o más agravantes, pues alude a la presencia de más de dos agravantes), caso en el cual el juez de modo facultativo puede establecer la pena superior en grado, pero en su mitad inferior. En concreto, entonces, la rebaja en un grado en caso de tres atenuantes es obligatoria para el tribunal ("aplicarán"), mientras que el aumento en un grado en el supuesto de tres agravantes es facultativo para el juez ("podrán aplicar"). De ello se deriva que siempre –por expreso mandato legal- la presencia de tres atenuantes importa la rebaja en un grado mientras que no necesariamente la concurrencia de tres agravantes determina el aumento en un grado y, en su caso, si el tribunal decide no aumentar la pena en un grado conforme al art. 66.1.4ª CP, deberá regirse por la regla anterior (art. 66.1.3ª CP), aplicando la pena en la mitad superior del marco penal abstracto[20].

[20] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 261: "(…) preceptivamente se tendrá que aplicar la mitad superior, es decir, la regla anterior y, potestativamente, la pena superior en grado en su mitad

En virtud de ello pueden establecerse dos supuestos generales, diferenciando la mínima eficacia de tres atenuantes y de tres agravantes (esto es, el efecto modificatorio mínimo asignado por ley) y su máxima eficacia posible (en caso de las facultades discrecionales del tribunal). (a) Desde el punto de vista de la actuación imperativa para el juez –a partir de los efectos legales obligatorios asignados a las circunstancias modificativas- es claro que la concurrencia de tres atenuantes produce el efecto de rebajar el marco penal en un grado, mientras que la verificación de tres agravantes sólo produce el efecto de modular el marco concreto en la mitad superior del marco penal abstracto. Así, entonces, tres atenuantes tienen mayor eficacia modificatoria que tres agravantes, pues las primeras –en términos de valor- tienen una incidencia legal de 1G (disminución en un grado) mientras que las segundas tienen una capacidad modificatoria de M (fijación de la pena dentro de la mitad superior del marco legal). (b) Desde el punto de vista de las facultades discrecionales del tribunal en la estimación de las circunstancias modificativas también puede establecerse, por regla general, que tres atenuantes tienen mayor peso específico que tres agravantes. Lo anterior, pues en hipótesis de concurrencia conjunta de tres atenuantes el tribunal puede potestativamente imponer la pena inferior en hasta dos grados (art. 66.1.2ª CP) y en toda la extensión del segundo grado (art. 66.1.8ª CP), mientras que si se trata de tres agravantes las facultades discrecionales del tribunal sólo le permiten, como máximo, imponer la pena en el grado superior, pero en la mitad inferior de dicho grado superior (art. 66.1.4ª CP). Simplificando, se puede establecer que en uso de las facultades discrecionales otorgadas por la ley al juez, la máxima incidencia de tres atenuantes es de 2G (rebaja en dos grados) mientras que la máxima incidencia de tres agravantes es de 1G (aumento en un grado), sin perjuicio que en el primer caso no existe límite alguno para fijar la pena dentro del grado y en el segundo el límite es la mitad inferior del grado superior[21].

En la medida de que los supuestos de concurrencia de más de tres atenuantes y agravantes se rigen por las mismas normas y se sujetan a los mismos efectos antes expuestos, cabría extraer las mismas conclusiones para la comparación de cuatro atenuantes y cuatro agravantes (supuesto, por lo demás, de muy difícil verificación en la práctica).

(4) Por otra parte, puede establecerse de modo general una mayor eficacia modificatoria de las atenuantes con respecto a las agravantes en las hipótesis de atenuación o de agravación extraordinaria. Ello se verifica a través de la comparación de los efectos de la atenuante muy cualificada y de la atenuante de eximente incompleta (al margen de la problemática de si ésta última es o no efectivamente una atenuante y si puede o no incluirse en la compensación) con los efectos de la agravante de reincidencia cualificada o multirreincidencia. El art. 68 CP establece que en el caso de la eximente incompleta el juez impondrá la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al número y entidad de los requisitos faltantes o concurrentes y a las circunstancias

inferior"; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 125; BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, p. 249: "si el juez no eleva la pena en un grado, pues la decisión es discrecional, al menos deberá aplicar la pena dentro de la mitad superior del marco penal correspondiente, que tendrá un carácter subsidiario"; GALLEGO DÍAZ, *RDP*, 2009, p. 71.

[21] Por supuesto que en el caso concreto la eficacia modificatoria de tres atenuantes podría coincidir o ser superior o, eventualmente, inferior a la de tres agravantes. Aquí sólo se analizan los supuestos abstractos y límites a que pueden dar lugar la concurrencia de circunstancias modificativas.

personales del autor. En este caso, la rebaja en un grado resulta obligatoria y la rebaja en dos grados resulta potestativa para el tribunal en atención a los criterios previstos por la norma[22]. El mismo tratamiento prevé el art. 66.1.2ª CP para la hipótesis de concurrencia de una o varias atenuantes muy cualificadas, pues tanto se verifique una, como dos o tres (estos últimos, supuestos de difícil configuración práctica), el tribunal debe imperativamente reducir el marco en un grado y facultativamente en dos grados[23]. Por otra parte, en el caso de la reincidencia cualificada el art. 66.1.5ª CP establece que de modo facultativo –no imperativo- el juez puede aplicar la pena en el grado superior a la asignada por ley, en consideración de las condenas precedentes y de la gravedad del nuevo delito cometido. En este caso, si el juez estima la cualificación, puede recorrer facultativamente toda la extensión de la pena superior en grado no existiendo reconducción legal expresa a alguna de las mitades de dicho grado superior, pero si no estima la cualificación, la agravante de reincidencia operará como una circunstancia agravante ordinaria[24], de acuerdo a las reglas generales.

De la regulación legal descrita pueden establecerse dos supuestos diferentes para la valoración de los efectos modificatorios de las circunstancias extraordinarias. (a) En primer lugar, a partir de los efectos legales tasados y no discrecionales para el juez (esto es, del mínimo legal posible de incidencia de las circunstancias), se deriva que las atenuantes extraordinarias tienen mayor efecto modificador del marco legal que la agravante de reincidencia cualificada, pues las primeras modulan en un grado (inferior) dicho marco, mientras que la reincidencia cualificada –en su mínima operatividad modificatoria- sólo supone (en tanto agravante ordinaria) la fijación de la pena en la mitad superior del marco penal. En ese evento, entonces, las atenuantes extraordinarias –en función de la nomenclatura que venimos utilizando- tienen la misma capacidad modificatoria, de 1G, potestad superior a la de la multirreincidencia, que sólo tiene la incidencia de M. (b) En segundo lugar, pueden valorarse sus efectos en función del máximo posible de incidencia modificatoria, supuesto vinculado con las facultades discrecionales del tribunal en su aplicación. En conformidad con las normas ya referidas el tribunal puede potestativamente atribuir a las atenuantes extraordinarias el efecto de disminuir en dos grados el marco penal asignado por ley al delito de que se trate, supuesto que no resulta posible tratándose de la reincidencia cualificada, que sólo puede importar facultativamente un aumento en un grado del marco legal. Por ello, en este ámbito, las atenuantes extraordinarias tienen mayor peso específico (2G) que la multirreincidencia (siempre 1G). En suma, entonces, el efecto modificador de las atenuantes extraordinarias es superior al de la agravante extraordinaria, tanto en su mínimo cuantificador imperativo como en su máximo rendimiento discrecional posible, supuestos todos donde las atenuantes adquieren un mayor peso específico que la agravante.

(5) Por último, la mayor incidencia o capacidad modificatoria de las atenuantes por sobre las agravantes se deriva de la propia regulación del ejercicio de compensación racional de circunstancias modificativas. En efecto, el art. 66.1.7ª CP establece que si producto de la operación

[22] Entre otros, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6º ed., 2005, p. 117.
[23] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 260.
[24] CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 157-160: "(…) la multirreincidencia o reincidencia cualificada actúa como una circunstancia agravante normal en el caso de que el juez no haga uso de la potestad que le otorga la regla 5ª del artículo 66.1" (p. 160).

de compensación subsiste un fundamento cualificado de atenuación, el juez debe aplicar la pena inferior en grado; y si, por el contrario, persiste un fundamento cualificado de agravación, el juez debe aplicar la pena en la mitad superior del marco legal. Ambas consecuencias legales son imperativas –no discrecionales- para el tribunal, como se desprende de la expresión "aplicarán" que utiliza al efecto dicha norma. Según se advierte, los efectos modificatorios asociados a los fundamentos cualificados derivados de la compensación racional son disímiles según sean de carácter atenuante o agravante: en el caso de que sean atenuatorios tienen el efecto de fijar el marco concreto en un grado inferior (1G), mientras que si son de índole agravatorios sólo posicionan el marco concreto en la mitad superior del marco típico (M). Entonces, en conformidad con el art. 66.1.7ª CP, un fundamento cualificado de atenuación tiene mayor incidencia modificatoria (1G) que un fundamento cualificado de agravación (M).

En suma, de la regulación legal de la incidencia de atenuantes y agravantes en la fase de individualización de la pena se deriva que, en conformidad a la valoración general del legislador penal, las circunstancias atenuantes tienen un mayor peso específico o capacidad modificatoria que las agravantes. Esta conclusión, con todo, no significa que las atenuantes tengan siempre y necesariamente mayor peso específico que las agravantes, pues en uso de las facultades discrecionales que otorgan al juez buena parte de las normas referidas precedentemente éste puede, en el caso concreto, otorgar mayor incidencia a determinados efectos agravatorios por sobre algunos supuestos atenuatorios, dependiendo del caso enjuiciado. Aquí sólo se destaca que con carácter general y objetivo (desligado del caso concreto) la legislación penal concede mayor capacidad modificatoria a las circunstancias atenuantes que a las circunstancias agravantes.

3.2 El sentido de la operación de compensación racional: anulación de agravantes por medio de atenuantes (función de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena)

Si bien puede establecerse que con carácter general las circunstancias atenuantes pesan más o tienen una mayor incidencia modificatoria que las circunstancias agravantes, no es claro el por qué de dicha distinta valoración legal de los efectos modificatorios de unas y otras, pues, de todas formas, el legislador nada dice al respecto. Sin embargo, ese dato objetivo, una vez constatado, puede utilizarse para conferir un específico sentido dogmático al ejercicio compensatorio.

En efecto, si se asume que la compensación supone una operación de anulación de atenuantes y agravantes, esto es, de eliminación recíproca de efectos atenuatorios y agravatorios de pena, debe entonces necesariamente considerarse en dicho mecanismo precisamente la diferente intensidad de los efectos modificatorios que poseen unas y otras, en términos tales que si una circunstancia tiene mayor incidencia modificatoria de pena que otra, necesariamente tendrá también mayor eficacia anulatoria que esta otra al interior del ejercicio de compensación. Pues bien, sobre esa base, y a partir de la mayor eficacia modificatoria asignada a las atenuantes, la compensación racional de circunstancias puede entenderse como un sistema de anulación de agravantes por atenuantes, esto es, como un sistema que asume como objetivo la eliminación de los efectos agravatorios propios de las agravantes a través de los efectos atenuatorios propios de las atenuantes. La idea es, en suma, utilizar atenuantes para suprimir agravantes, sobre la base de

que las atenuantes tienen un mayor efecto modificatorio que las agravantes y, por ello, en el seno de la compensación, tienen mayor eficacia anulatoria o supresora que aquellas. Se trata de utilizar circunstancias atenuantes para eliminar en la medida de lo posible los efectos agravatorios de las circunstancias agravantes concurrentes.

Esta concepción del ejercicio compensatorio no se deriva únicamente del dato objetivo de que las atenuantes tienen mayor peso específico que las agravantes, sino que es este preciso dato objetivo el que puede ser explicado a través de la función de la categoría culpabilidad en la fase de individualización de la pena, dotando, además, de racionalidad al ejercicio de compensación. En tal sentido, aquí se mantiene la concepción de la culpabilidad entendida como filtro o cedazo del injusto del hecho, iniciada por HORN y seguida y desarrollada por un sector de la doctrina española[25]. La idea central de esta línea de pensamiento radica en concebir la categoría culpabilidad como un juicio de atribución normativa del injusto del hecho a su autor, por lo que la culpabilidad no tiene una gravedad susceptible de ser reprochada (en términos retributivos) al autor ni, en concreto, por ello, puede operar estableciendo una medida de pena específica (que sólo puede proveer el injusto del hecho), sino que se limita únicamente a garantizar que el injusto pueda –completa o parcialmente- o no pueda en absoluto ser imputado al autor, función en que la culpabilidad opera como un cedazo del injusto[26]. En palabras de HORN, "[l]a culpabilidad es sólo un presupuesto de la pena por el hecho antijurídico. El culpable no es castigado por su culpable acción injusta, sino por su acción injusta dentro del marco de su culpabilidad. Todo ello no modifica en nada la necesidad de una gradación de la culpabilidad. Hablando con imágenes, el quantum de la culpabilidad no tiene un peso propio en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar en su camino a la medida de la culpabilidad el quantum –único relevante- del injusto. Con un quantum de culpabilidad sólo se determina el, por así decirlo, espesor de malla del cedazo. Con 'escasa culpabilidad' queda retenido 'mucho injusto', la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con 'plena culpabilidad' queda adeudado en cuenta, al determinar la pena, todo lo injusto realizado"[27].

[25] Entre otros, MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, 8ª ed., 2008, L. 20, marg. 2 y ss. y nota 1, L. 26, marg. 2; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, parte general*, t. I, 1996, p. 395; COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, 2006, p. 538 y ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 242 y ss.

[26] Así, MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 8º ed., 8ª ed., 2008, L. 26, marg. 2: "toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un filtro que sólo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal".

[27] Citado por DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 241-242, quien además reproduce otra cita de HORN en el mismo sentido y –me parece- muy ilustrativa de su posición (p. 242): "[s]i se exige la cuantificación de la culpabilidad, la 'medida' de esta sólo puede ser –en caso de plena culpabilidad (conciencia del injusto y capacidad para la motivación correspondiente)- tan grande como el injusto o –en caso de culpabilidad aminorada (p.e. en caso de error de prohibición vencible)- más pequeña que la cantidad de injusto. La pena adecuada a la culpabilidad debe entenderse en la mayoría de los casos –a saber, siempre y cuando la culpabilidad no esté aminorada- como 'pena adecuada al injusto'. Visto así sólo es constitutivo para la medida de la pena la gravedad del injusto realizado por el delincuente. Para el sí de la pena el principio de culpabilidad tiene una función constitutiva, pero para la medida de la pena sólo una función limitativa".

Pues bien, en la medida que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal se encuentran vinculadas –salvo excepciones- a los elementos del delito, en términos tales que las agravantes modulan la (mayor) gravedad del injusto y las atenuantes inciden en la (menor) culpabilidad del autor[28], el mayor peso específico de las atenuantes por sobre las agravantes permite que las primeras, al interior del ejercicio de compensación, adquieran la funcionalidad de filtro o cedazo del injusto, por medio de la anulación de las agravantes de responsabilidad.

La compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes puede explicarse, entonces, a partir del efecto cedazo que debe cumplir la culpabilidad en la fase de medición de la pena. Si las atenuantes modulan –por regla general- la categoría culpabilidad, en el sentido de que representan una menor culpabilidad del autor, y las agravantes modulan –por regla general- el mayor injusto del hecho, el objetivo de la compensación racional sería, en el proceso general de individualización de la pena, eliminar los efectos del injusto que no sean susceptibles de ser atribuidos al autor en razón de su menor culpabilidad; y dicho cometido se satisfacería a través de la anulación de los efectos agravatorios de las agravantes (injusto) por medio de los efectos atenuatorios de las atenuantes (culpabilidad), en términos tales que sólo el resultado de la compensación (esto es: los efectos derivados de la eliminación de agravantes por atenuantes) podría ser atribuido al sujeto activo por medio de la pena.

Las atenuantes obrarían a través de la anulación de agravantes como una especie de filtro o cedazo del mayor injusto que éstas representan, de modo tal que sólo el injusto depurado por las atenuantes (depurado en razón de la menor culpabilidad del sujeto) podría ser atribuido al autor del delito. En otras palabras, las atenuantes operando a través de la anulación de agravantes dejarían, en tanto filtro, pasar (atribuir) menos injusto al autor sobre la base de su menor culpabilidad.

Con todo, y sobre la base de la función de la culpabilidad como cedazo del injusto del hecho, la operación de compensación racional puede ser entendida de dos modos diversos, a saber, por una parte, como una operación de anulación sucesiva de efectos agravatorios y atenuatorios; y, por la otra, como una operación de anulación simultánea de dichos efectos.

a) Compensación como apreciación sucesiva de efectos modificatorios

Para que el efecto de cedazo que realizan las atenuantes adquiera su máximo rendimiento, el ejercicio de compensación racional puede –o debería- entenderse como una operación de orden sucesivo, lo que importaría que en primer lugar debiese ser establecido el injusto del hecho y, posteriormente, dicha cantidad de injusto debiese "pasarse" a través del cedazo de los efectos atenuatorios[29].

[28] Esta afirmación debe, con todo, ser matizada, dado que, por una parte, la agravante de reincidencia sólo puede ser explicada a partir de –objetables- razones preventivo-especiales fundadas en la supuesta mayor peligrosidad delictiva del reincidente y, por la otra, tampoco las atenuantes de confesión, reparación y dilación indebida pueden justificarse en una modificación de la culpabilidad del autor.

[29] En esa línea se encuentra el planteamiento de COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, 2006, p. 544 y ss., aunque no refiriéndose específicamente al ejercicio de compensación racional de circunstancias.

Ello implica que primero deben producir sus efectos las circunstancias agravantes (fijándose, entonces, la cantidad aproximada de injusto del delito) y, luego, de modo posterior, deben producir sus efectos las atenuantes de responsabilidad (pasando dicho injusto por el cedazo de la menor culpabilidad del autor). Así, por ejemplo, en el caso de un delito ejecutado con una agravante y una atenuante, el tribunal debiese en primer lugar otorgar operatividad a la agravante, fijando provisionalmente el marco concreto en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP) y, posteriormente, considerar los efectos de la atenuante, con lo que el marco concreto quedaría situado definitivamente en la mitad inferior de dicho marco (art. 66.1.1ª CP). Sólo así la (menor) culpabilidad –representada por la atenuante- obraría de modo eficiente como filtro, ya que pasaría a través de ella todo el injusto del hecho, en el entendido de que todo el injusto del delito (con agravante incluida) fue ejecutado con una menor culpabilidad: la atenuante filtraría, entonces, todo el injusto del delito. Sin embargo, dicha forma sucesiva de proceder no coincide necesariamente con el ejercicio de compensación entendido como un sistema de anulación, que se orienta a la supresión de agravantes y atenuantes como paso previo a la producción de los efectos modificatorios de éstas, y que en el ejemplo propuesto llevaría a entender –normalmente- que ambas se anulan y el juez operaría como si no concurriesen circunstancias modificativas[30], por lo que podría fijar la pena en toda la extensión del marco penal. En este caso, la atenuante sólo obraría como cedazo del (mayor) injusto representado sólo por la agravante y no de todo el injusto del hecho: la atenuante concurrente sólo filtraría el desvalor de injusto que supone la agravante, pero no ejercería sus efectos respecto del injusto del hecho delictivo (sin agravante), a pesar que el ilícito fue cometido –globalmente- con un menor grado de culpabilidad en el autor (esto es, con atenuante incluida).

Otro ejemplo ilustrativo puede encontrarse en la hipótesis de un delito en que se hayan configurado dos circunstancias atenuantes y dos agravantes. Si la compensación se entendiera como una operación de apreciación sucesiva de los efectos modificativos de las circunstancias, el juez debiese en primer lugar aplicar las agravantes, situándose el marco concreto de modo provisional en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP), y posteriormente aplicar las atenuantes, lo que conllevaría a situar el marco concreto en al menos un grado inferior (art. 66.1.2ª CP). Así, las atenuantes filtrarían todo el injusto del delito y se fijaría la cuantía concreta de sanción en conformidad con el desvalor de injusto que ha sido previamente filtrado por la menor culpabilidad del autor. Por el contrario, si se entendiese el ejercicio compensatorio como una operación de anulación simultánea, probablemente se compensarán todas las circunstancias y el juez podría fijar la pena en toda la extensión del marco original. En ese caso, el efecto de cedazo de la culpabilidad –a través de las atenuantes- sólo captaría (o filtraría) el desvalor de injusto representado por –únicamente- las dos agravantes concurrentes.

[30] MAPELLI CAFFARENA, «El insoportable artículo 66 del Código Penal», en GARCÍA MARTÍNEZ/VV.AA. (coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 1167: "(…) es inevitable que los jueces se inclinen a la compensación aritmética de las circunstancias de signo contrario. No hacerlo sería ir contra el propio sentido de las reglas. Si una atenuante debe fijar la pena en la mitad [inferior] y una agravante produce el efecto exactamente contrario, al concurrir dos lo racional es su compensación aritmética".

b) Compensación como anulación simultánea de efectos modificatorios

No obstante la compensación entendida como operación sucesiva de los efectos modificatorios de atenuantes y agravantes resulta más acorde estructuralmente con la funcionalidad de la culpabilidad como cedazo o filtro del injusto, la regla 7ª del art. 66.1 CP parece orientarse a una concepción de la compensación como sistema de anulación de circunstancias que funciona con antelación a la producción de los efectos modificatorios de éstas y, por ello, resulta incompatible con la incidencia sucesiva de unas y otras, en el sentido propuesto precedentemente. Lo anterior, pues dicha norma pareciera concebir la incidencia efectiva de efectos atenuatorios o agravatorios con posterioridad al ejercicio compensatorio, dado que alude como resultado posible de la compensación a la persistencia de fundamentos cualificados de atenuación o agravación, a los que atribuye efectos específicos en la modulación del marco concreto. En otras palabras, el art. 66.1.7ª CP opera sobre la base de que el juez debe en primer lugar compensar (anular) las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes y con posterioridad a dicha operación, en el caso en que subsistan efectos atenuatorios o agravatorios, debe situar el marco concreto ya sea en el grado inferior o en la mitad superior del marco penal.

En este caso, el efecto de cedazo que desarrollan las atenuantes no es tan eficiente, pues no capta todo el desvalor de injusto del hecho delictivo, pero de todos modos podría resultar idóneo en la medida de que se respete en la compensación el mayor peso específico otorgado a las circunstancias atenuantes por sobre las agravantes de responsabilidad penal y, sobre todo, a partir de ello, se otorgue una operatividad real a la existencia de eventuales fundamentos cualificados que persistan luego de la anulación.

3.3 Directrices específicas de compensación racional de circunstancias modificativas

Conforme se expuso anteriormente, la doctrina española mayoritaria concibe el ejercicio compensatorio como un sistema de anulación o supresión recíproca de circunstancias modificativas que debe ser racional, esto es, que debe efectuarse en conformidad con pautas o criterios susceptibles de ser justificados (no arbitrarios) y dentro de los cuales se encuentra la valoración del número de circunstancias concurrentes (de uno y otro signo), su importancia, entidad e incidencia en los hechos. Aquí dicho consenso general, esencialmente correcto, ha sido precisado en el sentido de entender la operación de compensación como un sistema orientado a la anulación de agravantes por atenuantes, sobre la base de una determinada concepción de la función de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena y del mayor peso específico que –en general- tienen las atenuantes en comparación a las agravantes de responsabilidad criminal. Esta última cuestión, con todo, puede erigirse como un criterio general que oriente la compensación de circunstancias pese a que no se adscriba a la función de la culpabilidad que se sostiene en este trabajo, pues, en definitiva, se trata de un baremo objetivo que se deriva de la propia regulación del CP de los efectos modificatorios de dichas circunstancias y que, de todas formas, resulta ajena e independiente de cualquier concepción o sentido particular que se asigne a la operación de compensación. La vinculación de la compensación a la función de la culpabilidad en la fase de medición penal sólo contribuiría a dotar de una mayor coherencia sistemática a dicho ejercicio.

La pregunta que es necesario resolver, en todo caso, es cómo otorgar operatividad práctica en el ejercicio compensatorio al mayor peso específico de las atenuantes por sobre las agravantes. La respuesta opera en dos sentidos diferentes: (a) por una parte, debe dilucidarse al menos de forma aproximada cuál es el peso específico que el legislador otorga a las diferentes hipótesis atenuatorias o agravatorias, en términos tales que esa determinación pueda ser traducida en una fórmula operativa que sea de utilidad para la operación de compensación; (b) por otra parte, sobre la base de lo anterior, deben ser precisados los límites a que se sujeta la discrecionalidad del juez en el ejercicio de anulación de circunstancias.

Respecto de la primera cuestión, es posible establecer de modo aproximado cuál es el valor que en la operación de compensación adquieren recíprocamente las diversas hipótesis atenuatorias y agravatorias. Esta atribución de valor, "eficacia compensatoria" o "anulatoria" (esto es, del peso específico que adquiere una determinada circunstancia al interior del sistema de anulación), puede construirse sobre la base de los diferentes efectos modificadores de pena que poseen en el sistema español las diferentes circunstancias, y que se han expuesto precedentemente.
Así, de la específica regulación legal de los efectos modificatorios de las atenuantes y agravantes es posible establecer los siguientes criterios generales de compensación.

(1) Una sola atenuante tiene el mismo peso específico que una sola agravante, por lo que la presencia conjunta de ambas supone su anulación recíproca sin la persistencia de un fundamento cualificado ni de atenuación ni de agravación. En efecto, el efecto asociado normativamente a la concurrencia de una sola atenuante se materializa en la obligación de imponer la pena en la mitad inferior del marco legal (art. 66.1.1ª CP), mientras que el efecto asociado a la existencia de una sola agravante determina una pena en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP). Tanto una atenuante como una agravante tienen, entonces, la misma potestad cuantificadora, esto es, una eficacia modificatoria de M (la potestad de determinar el marco concreto en una mitad del marco legal), por lo que –en tanto tienen el mismo valor cuantificador- adquieren igual peso específico en la operación de compensación: se anulan recíprocamente sin que se verifique como saldo de la compensación ningún efecto modificatorio residual, ni atenuatorio ni agravatorio.

(2) Una sola atenuante tiene el mismo peso específico que dos agravantes. Así, se expuso, la verificación de una sola atenuante tiene una eficacia modificatoria de M, en la medida de que determina la imposición de la pena en la mitad inferior del marco penal. Y es ese exactamente el mismo efecto (M) atribuido a la concurrencia conjunta de dos agravantes, a saber, la potestad de determinar la pena imponible dentro de la mitad superior del marco abstracto (art. 66.1.3ª CP). En suma, tanto una sola atenuante como dos agravantes (de forma conjunta) tienen la misma eficacia cuantificadora (M) y, por ello, ante dos agravantes y una sola atenuante el juez debe anular todas ellas, sin que persista un fundamento cualificado ni de atenuación ni de agravación.

(3) Dos atenuantes tienen mayor peso específico que dos agravantes. En efecto, la concurrencia conjunta de dos atenuantes tiene el efecto legal mínimo de rebajar la pena en un grado (art. 66.1.2ª CP), mientras que la concurrencia conjunta de dos agravantes supone el efecto de

determinar la imposición de la pena en la mitad superior del marco legal (art. 66.1.3ª CP). En conformidad con ello decía que dos atenuantes tienen una eficacia modificatoria de (al menos) 1G (donde G es la potestad modificatoria de saltar de grado), mientras que dos agravantes tienen el valor de M (modulación en la mitad superior). En la medida de que G es siempre superior a M (dado que cualitativamente la capacidad para producir un salto en grado es mayor que la de modulación en una mitad), dos atenuantes tienen mayor peso específico que dos agravantes, por lo que si concurren todas ellas el juez las anulará recíprocamente, pero persistirá un fundamento cualificado de atenuación, que corresponde a los efectos (atenuantes) excedentes de la anulación. En esta hipótesis, por lo tanto, luego de la compensación la pena deberá fijarse en un grado inferior del marco penal (art. 66.1.7ª CP).

En la medida de que los efectos normativos asociados a la presencia de una sola agravante son idénticos a los que producen dos agravantes, el mismo razonamiento anterior se verifica en hipótesis de concurrencia de dos atenuantes y una sola agravante: dos atenuantes tienen mayor peso específico que una sola agravante, por lo que luego de la anulación persistirá un fundamento cualificado de atenuación.

(4) Dos atenuantes tienen, por regla general, mayor peso específico que tres agravantes. En efecto, la concurrencia conjunta de dos atenuantes tiene la eficacia normativa mínima de rebajar en un grado el marco penal (1G), mientras que la presencia copulativa de tres agravantes tiene el efecto legal mínimo (imperativo) de fijar la pena en la mitad superior del marco legal. Ello es así, pues el art. 66.1.4ª CP, que regula la concurrencia de tres agravantes, establece como una facultad discrecional del tribunal el aumento de un grado del marco penal (con el límite máximo de la mitad inferior de dicho grado superior), por lo que si el tribunal no ejerce dicha potestad facultativa (no obligatoria), regirá la regla anterior (art. 66.1.3ª CP), que prevé el efecto normativo imperativo de establecer la pena en la mitad superior del marco penal[31]. De ello se deriva que el efecto legal mínimo obligatorio asociado a la concurrencia conjunta de tres agravantes es el de fijar la pena en la mitad superior del marco penal (esto es, de M), mientras que el efecto mínimo de la concurrencia copulativa de dos atenuantes es la rebaja en un grado de dicho marco (esto es, de 1G), por lo que, en definitiva (dado que G es cualitativamente superior a M), dos atenuantes tienen mayor peso específico que tres agravantes y, por ello, ante la concurrencia de éstas el juez debe anularlas todas, pero persistiendo un fundamento cualificado de atenuación (lo que obliga a la imposición de la pena en un grado inferior, art. 66.1.7ª CP).

En la medida de que el efecto asociado al supuesto de verificación de dos atenuantes es idéntico al de concurrencia de tres atenuantes (art. 66.1.2ª CP), la misma conclusión anterior debe mantenerse en la hipótesis de configuración de tres atenuantes y tres agravantes de responsabilidad criminal, a saber, tres circunstancias atenuantes tienen mayor peso específico que tres agravantes, por lo que persistirá, luego de la anulación, un fundamento cualificado de atenuación.

[31] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 2005, p. 261: "(…) preceptivamente se tendrá que aplicar la mitad superior, es decir, la regla anterior y, potestativamente, la pena superior en grado en su mitad inferior".

(5) Una atenuante muy cualificada tiene mayor peso específico que una sola agravante ordinaria, que dos agravantes ordinarias y que tres agravantes ordinarias. Así, la verificación de una atenuante muy cualificada supone imperativamente la disminución de un grado del marco penal (art. 66.1.2ª CP), mientras que la presencia de una sola agravante, de dos agravantes y de tres agravantes ordinarias tiene asignado normativamente el mismo efecto mínimo obligatorio, a saber, la fijación del marco concreto en la mitad superior del marco legal (art. 66.1.3ª CP). Por lo tanto, si concurre una atenuante muy cualificada (cuyo valor modificatorio es de 1G) conjuntamente con una sola agravante, o con dos agravantes, o con tres agravantes ordinarias (cuya incidencia, en todos los casos, es de M), se compensarán todas ellas y persistirá un fundamento cualificado de atenuación, que deberá regirse por el art. 66.1.7ª CP.

Dado que los efectos asociados a la concurrencia de una atenuante muy cualificada son los mismos que si se verifican conjuntamente dos o tres atenuantes muy cualificadas (art. 66.1.2ª, "una o varias"), debe mantenerse el mismo razonamiento para el caso de presencia de dos atenuantes muy cualificadas con una, dos o tres agravantes ordinarias; o de tres atenuantes muy cualificadas con una, dos o tres agravantes ordinarias.

(6) La agravante de reincidencia cualificada tiene el mismo peso específico que una sola atenuante ordinaria. En efecto, como ya se expuso, los efectos vinculados a la multirreincidencia (art. 66.1.5ª CP) son facultativos para el tribunal y en el caso de que el juez no acuda a ellos la multirreincidencia operará como una agravante ordinaria (en rigor, como la agravante de reincidencia), cuyo efecto modificatorio es la determinación del marco concreto en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP), esto es, de M, que es precisamente el mismo efecto asociado a la presencia de una atenuante ordinaria (art. 66.1.1ª CP). En suma, el efecto mínimo legal obligatorio de la multirreincidencia es el de una agravante ordinaria, por lo que debe procederse como si coexistiera una atenuante ordinaria con una agravante ordinaria: se compensan ambas y no persiste luego de la compensación fundamento cualificado alguno, ni de atenuación ni de agravación.

Además, en la medida de que el efecto modificatorio mínimo de la multirreincidencia es el propio de una circunstancia agravante ordinaria (reincidencia), se replican todos los supuestos reseñados anteriormente para el caso de concurrencia de una agravante ordinaria con atenuantes ordinarias o muy cualificadas.

Con todo, respecto de los criterios de compensación recién referidos es necesario realizar algunas precisiones.

(a) En primer lugar, todos ellos operan sobre la base de atribución de un determinado valor compensatorio (de un poder de anulación específico) a las diferentes hipótesis atenuatorias y agravatorias, valor que se construye y asigna a partir de la específica eficacia modificatoria que adquieren dichas hipótesis en la regulación legal (art. 66.1 CP). Todo ello bajo el entendido de que si el ejercicio de compensación racional supone una operación de anulación de efectos modificativos, la diferente potestad de modificación del marco penal de unas y otras (su diferente

peso específico) debe ser considerada para los efectos del juicio de compensación recíproca de atenuantes y agravantes. Así, por ejemplo, si una circunstancia tiene una mayor eficacia modificatoria del marco penal que otra, necesariamente tendrá un mayor poder anulatorio que ésta y "pesará" más en la operación de compensación en la medida de que sus efectos serán superiores.

(b) En segundo lugar, debe precisarse que los supuestos de compensación reseñados se fundan en la mínima eficacia modificatoria posible de las circunstancias, esto es, en los efectos mínimos que producen sobre el marco penal por expresa disposición del legislador. Lo anterior, pues es posible advertir en la regulación que de las circunstancias realiza el CP dos tipos de efectos diferentes asociados a éstas, dependientes ambos del nivel de arbitrio concedido al juez en su aplicación, a saber, por una parte, efectos modificatorios imperativos u obligatorios para el tribunal, esto es, una determinada eficacia modificatoria que el juez no puede soslayar sino que debe necesariamente otorgar a las circunstancias; y, por otra parte, efectos modificatorios de carácter discrecional o potestativo, constituidos por aquellos efectos que puede facultativamente otorgar el tribunal a algunos supuestos agravatorios o atenuatorios específicos, decisión para la que el legislador provee normalmente de criterios orientativos. En ese entendido, los diferentes supuestos y criterios de compensación reseñados se han construido sobre la base de los efectos mínimos imperativos asociados a las atenuantes y agravantes, por lo que no necesariamente coincidirán con los que en la práctica pueda otorgarles discrecionalmente el tribunal en la compensación de circunstancias de signo contrario asociadas a un delito específico. No obstante ello, dichos efectos representan un peso específico mínimo asociado a atenuantes y agravantes que debe ser respetado por el tribunal en la operación de anulación, pues se fundan en la eficacia modificatoria de dichas circunstancias que resulta obligatoria para el juez. Por ello, el tribunal podrá, dependiendo del supuesto, ampliar dicho peso específico (anulatorio) en la medida en que amplíe facultativamente la incidencia modificatoria de la circunstancia en el caso concreto (y se encuentra habilitado normativamente para ello), pero no podrá disminuir dicho peso específico, puesto que tampoco puede disminuir la incidencia modificatoria imperativa de una atenuante o agravante.

La capacidad anulatoria mínima de un supuesto de agravación o atenuación, que se deriva de la potestad modificatoria mínima imperativa de uno u otro, constituye, entonces, un límite a la discrecionalidad del tribunal.

Un ejemplo puede ilustrar y ayudar a clarificar estas afirmaciones. En los efectos asignados por el art. 66.1.2ª CP a la concurrencia conjunta de dos atenuantes es posible advertir un mínimo de incidencia modificatoria de éstas, obligatoria para el tribunal, consistente en la rebaja en un grado del marco penal. En virtud de dicho efecto imperativo decíamos que el peso específico mínimo de dos atenuantes en la operación de compensación es de 1G, esto es, la potestad de rebaja de un grado. Pero también dicha norma prevé efectos discrecionales máximos asociados a la concurrencia de dos atenuantes, pues el tribunal puede de modo potestativo, dependiendo de su número y entidad, rebajar el marco penal en hasta dos grados. En ese caso, el peso específico de dos atenuantes sería equivalente a 2G. Pues bien, de ello se deriva que el tribunal puede ampliar

discrecionalmente la eficacia modificatoria de dos atenuantes (hasta dos grados, 2G), pero no puede disminuir el mínimo efecto modificatorio de su concurrencia conjunta (un grado, 1G), pues dicho efecto mínimo es imperativo y no discrecional. Por lo tanto, el peso específico mínimo de dos atenuantes será siempre de al menos 1G (rebaja en un grado), porque se trata del efecto modificatorio mínimo imperativo asignado a su concurrencia, pero podría llegar a ser de 2G en la medida de que el tribunal asigne a éstas en el caso concreto –dependiendo de su número y entidad- la eficacia modificatoria de rebajar en dos grados el marco penal.

Lo anterior importa que para el ejercicio concreto de la compensación racional el tribunal deberá –siguiendo el orden expreso previsto por el art. 66.1.7ª CP- en primer lugar *valorar* el peso específico de las circunstancias concurrentes, asignándole un determinado valor compensatorio dependiendo de las particularidades del caso (donde entran en juego las potestades discrecionales del juez) y, luego de determinado el peso específico de dichas circunstancias deberá, en segundo lugar, proceder a la operación de anulación o *compensación*. En el ejemplo propuesto, esta directriz supone que en primer lugar el juez, ante la presencia conjunta de dos atenuantes, deberá valorar si –por su número y entidad- asignará a aquellas el mínimo efecto imperativo modificatorio (rebaja en un grado, 1G) o el máximo discrecional posible (dos grados, 2G), para luego proceder a su compensación, en el entendido de que concurren, por cierto, también circunstancias agravantes (al menos una), respecto de las cuales deberá realizar el mismo procedimiento si es que a su respecto existe la posibilidad discrecional de ampliar sus efectos (pues si no, tendrá la mínima eficacia legal).

Sin perjuicio de que las posibilidades teóricas de compensación a partir de los efectos discrecionales son bastante numerosas, es posible establecer algunos supuestos principales, en la medida de que las hipótesis en que se verifican posibilidades potestativas de aumento de los efectos modificatorios se reducen a las reglas 2ª, 4ª y 5ª del art. 66.1 CP. Estos supuestos principales son los siguientes.

(1) Concurrencia de una atenuante y tres o más agravantes. En este caso la presencia de una sola atenuante (art. 66.1.1ª CP) sólo posibilita la fijación de la pena de modo imperativo en la mitad inferior del marco penal (por lo que tiene un valor, decíamos, de M) mientras que la configuración de tres o más agravantes adquiere un mínimo legal modificatorio (art. 66.1.3ª CP) de determinación del marco concreto en la mitad superior del marco penal (peso específico de M); o un máximo discrecional posible (art. 66.1.4ª CP) de situar el marco penal concreto en la mitad inferior del grado superior del marco penal (esto es, una eficacia de 1G). En el primer caso, dado que tienen la misma incidencia modificatoria (M) ambas hipótesis se compensan sin que persista un fundamento cualificado. En el segundo escenario, las circunstancias agravantes adquieren un mayor peso específico (1G) que la atenuante (M), por lo que se compensarán y subsistirá un fundamento cualificado de agravación, estableciéndose, en consecuencia, el marco concreto en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.7ª CP).

(2) Concurrencia de una atenuante ordinaria y la agravante de reincidencia cualificada. En este evento, la atenuante sólo puede determinar la imposición de la pena en la mitad inferior (M),

pero la agravante de reincidencia puede operar en su mínimo legal como agravante ordinaria (con lo que tendrá una eficacia modificatoria de M) o como agravante extraordinaria, en su máximo discrecional, evento en el cual podrá determinar la pena en el grado superior del marco penal (esto es, adquiriendo un peso específico de 1G). En esta última hipótesis (dado que G es superior que M) deberán anularse y persistirá un fundamento cualificado de agravación.

(3) Concurrencia conjunta de dos (o tres, o cuatro) atenuantes y tres (o cuatro) agravantes. Según ya se ha expuesto, la incidencia modificatoria asociada a la presencia de dos (o tres, o cuatro) atenuantes tiene como mínimo legal imperativo la rebaja en un grado (esto es, una eficacia anulatoria de 1G) y como máximo discrecional posible una disminución en dos grados (2G). En el caso de concurrencia conjunta de tres (o más) agravantes, éstas implican como efecto mínimo modificatorio la fijación de la pena en la mitad superior del marco penal (art. 66.1.3ª CP; un efecto anulatorio de M) y un máximo potestativo de situar el marco concreto en la mitad inferior del grado superior del marco penal (art. 66.1.4ª CP; un peso específico conjunto de 1G). Por lo tanto, frente a dos (o más) atenuantes y tres (o más) agravantes existen al menos las siguientes posibilidades principales. En primer lugar, el juez puede otorgar a la presencia copulativa de atenuantes el efecto modificador mínimo posible (1G) y a las agravantes su máximo potestativo (1G), en cuyo caso se compensarán y no persistirá fundamento cualificado alguno luego de la anulación, ni atenuatorio ni agravatorio[32]. En segundo lugar, el tribunal puede dotar a ambas hipótesis modificativas de sus efectos máximos discrecionales, en cuyo caso las circunstancias atenuantes tienen mayor peso específico (2G) que las agravantes (1G), por lo que luego de la compensación persistirá un fundamento cualificado de atenuación.

Dado que la presencia conjunta de dos o más atenuantes produce los mismos efectos que la configuración de una o más atenuantes muy cualificadas (art. 66.1.2ª CP), la verificación de esta última hipótesis atenuatoria supondrá las mismas posibilidades ya explicitadas en su compensación con dos o más agravantes ordinarias.

(4) Concurrencia conjunta de dos o más atenuantes ordinarias y la agravante de reincidencia cualificada. En este caso, al igual que en el anterior, pueden distinguirse dos supuestos generales. Primero, el juez puede otorgar a la presencia de atenuantes su mínimo modificatorio (1G, rebaja en un grado) y a la multirreincidencia su máximo discrecional posible (1G, aumento en un grado), evento en el cual, dado su idéntico peso específico, se compensarán sin que persista como excedente de la anulación un fundamento cualificado ni de atenuación ni de agravación. Segundo, el tribunal puede dotar a ambas hipótesis modificatorias de su máximo discrecional, esto es, la potestad de rebajar dos grados (2G) el marco penal en el caso de las atenuantes y el aumento en un grado (1G) del marco legal en el caso de la reincidencia cualificada, hipótesis en la cual las atenuantes adquieren mayor peso específico que la agravante de multirreincidencia (2G

[32] Podría sostenerse, con todo, que aún en ese evento las atenuantes "pesan" más que las agravantes, pues la rebaja atenuatoria en un grado no tiene ninguna limitación en el grado inferior mientras que el aumento en un grado se encuentra limitado a la mitad inferior de dicho grado superior, por lo que no serían equivalentes y luego de la anulación, en definitiva, debiese persistir un fundamento cualificado de atenuación. Ello me parece correcto. Aquí se ha simplificado la cuantificación en la medida de que los valores G y M (que representan la eficacia modificatoria o anulatoria) no responden a un común denominador ni, me parece, resultan susceptibles de adicionarse o sumarse de modo cuantitativo.

es superior a 1G), por lo que luego de la operación de compensación racional persistirá un fundamento cualificado de atenuación.
En la medida que los efectos asociados a la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes muy cualificadas coincide con el tratamiento normativo asignado a la presencia de dos o más atenuantes ordinarias, la misma conclusión precedente debe establecerse en caso de concurrencia de una o más atenuantes muy cualificadas y la agravante de reincidencia cualificada.

En el siguiente esquema se ilustran gráficamente, de modo resumido y conforme a las directrices expuestas precedentemente, las diferentes posibilidades de compensación de los principales supuestos de concurrencia conjunta de hipótesis atenuatorias y agravatorias, sobre la base del diferente peso específico (M o G) que en la operación de anulación pueden presentar las atenuantes ordinarias (AT), atenuantes muy cualificadas (AMC), agravantes ordinarias (AG) y la agravante de reincidencia cualificada o multirreincidencia (RC), dependiendo de su mínima eficacia legal modificatoria o su máxima eficacia discrecional posible; a resultas de lo cual pueden éstas compensarse totalmente (CT), sin que subsistan efectos modificativos residuales, o persistir, luego del ejercicio de compensación, un fundamento cualificado de atenuación (Fc.AT) o un fundamento cualificado de agravación (Fc.AGR).

		1 AG	2 AG	3 AG		RC	
		M	**M**	**M**	**1G**	**M**	**1G**
1 AT	**M**	CT	CT	CT	Fc.AGR	CT	Fc.AGR
2 AT	**1G**	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	CT	Fc.AT	CT
	2G	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT
3 AT	**1G**	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	CT	Fc.AT	CT
	2G	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT
1 o + AMC	**1G**	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	CT	Fc.AT	CT
	2G	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT	Fc.AT

Debe hacerse una última precisión relativa a la existencia, luego de la compensación, de excedentes modificativos, ya sea de carácter atenuatorio o agravatorio. No obstante el texto legal explícito del art. 66.1.7ª CP alude únicamente a la posibilidad de subsistencia de fundamentos cualificados de atenuación o agravación, es posible advertir en la doctrina española una interpretación de dicha norma en virtud de la cual también sería posible la persistencia de fundamentos modificativos no-cualificados, que el juez también debiese considerar en la modulación del marco 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 y en hipótesis de que concurra un fundamento de atenuación no-cualificado el juez debiese 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) a la persistencia de un fundamento de agravación cualificado[33]. CASTELLÓ NICÁS, por su parte, pareciera sostener que en este último caso 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[34], por lo que puede entenderse que en caso de un fundamento no-cualificado de agravación la pena se impondría, en su opinión, en la mitad inferior de la mitad superior del marco penal.

Con todo, tales interpretaciones, siendo plausibles, no tienen asidero normativo explícito en el art. 66.1.7ª CP, que sólo admite como única posibilidad de excedente modificatorio tras la compensación la hipótesis de un fundamento cualificado de atenuación o agravación, a los que atribuye efectos modificatorios tasados en la individualización de la pena. Esta perspectiva, además, simplifica la operación, pues si se admite la distinción entre fundamentos cualificados y fundamentos no-cualificados, con efectos diferentes en el establecimiento del marco concreto (los que resultan, con todo, especialmente difusos), surge el problema de adicional de instaurar criterios específicos que delimiten cuándo estamos en presencia de uno u otro, sin que sea de gran utilidad práctica la alusión a fórmulas genéricas como, por ejemplo, la especial intensidad de una determinada hipótesis atenuatoria o agravatoria. No parece posible, en suma, diferenciar operativamente entre escenarios cualificados y no-cualificados de atenuación o agravación y atribuir a éstos efectos modificatorios unívocos, diferenciados y funcionales en la individualización de la pena. Por lo tanto, en estricta concordancia con el texto legal, siempre que exista un excedente modificativo luego de la compensación se verificará un fundamento cualificado y deberá el juez ceñirse en cuanto a sus efectos por lo prescrito en el art. 66.1.7ª CP, esto es, la imposición de la pena dentro de la mitad superior en caso de que sea éste agravatorio y la rebaja en un grado si lo es en sentido atenuatorio.

---

[33] BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, p. 253.

[34] CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 183: "(…) la especial intensidad con que se aprecien la ejecución de las agravantes podrá arrastrar la imposición de la pena en la mitad superior de ésta, aún en su margen inferior, reservando toda la extensión de la mitad superior para una especial intensidad en las agravaciones o en alguna de ellas (fundamento cualificado de agravación)".

Y si las atenuantes y agravantes se compensan totalmente, el juez contará con toda la extensión del marco penal para la fijación de la cuantía concreta de pena.

4. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal, Sala y Fecha	*Ar.*	*Magistrado Ponente*	*Partes*
STS, 2ª, 25.05.2010		*J.R. Soriano Soriano*	*MF c. Romeo y Pedro Antonio*
STS, 1ª, 30.10.2009		*J.A. Martín Pallín*	*MF c. Alejandra y Marino*
ATS, 1ª, 03.12.2009		*J. Giménez García*	*MF c. Máximo*

5. Bibliografía

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2009), "La individualización de la pena en la reforma penal", en EL MISMO, *Teoría y práctica del Derecho penal*, t. II, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (2004), "Aplicación y determinación de la pena", en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Nuria CASTELLÓ NICÁS (2007), *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada.

Jaime COUSO SALAS (2006), *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

Manuel GALLEGO DÍAZ (2009), "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: hacia una reordenación y simplificación de los distintos supuestos (artículo 66.1 del Código Penal)", *Revista de Derecho penal*, 27, p. 51-94.

Mercedes GARCÍA ARÁN (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de Derecho penal, parte general*, I, Universitas, Madrid.

José LLORCA ORTEGA (2005), *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Borja MAPELLI CAFFARENA (2005), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Navarra.

- EL MISMO (2008), "El insoportable artículo 66 del Código Penal", en GARCÍA MARTÍNEZ/ VV.AA. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid.

Santiago MIR PUIG (2008), *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN (2004*), Derecho penal, parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2009), *Parte general del Derecho penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra.

Carmen SALINERO ALONSO (2000), *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada.

Alfonso SERRANO MAÍLLO (1995), *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Dykinson, Madrid.