

ASPECTOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

José Luis Seoane Spiegelberg

I. INTRODUCCIÓN

Una vez que ha concluido el proceso de subsunción de la conducta humana dentro de la forma más enérgica de reacción que tiene el Ordenamiento Jurídico ante su efectiva vulneración, cual es el Derecho Penal, surge la problemática, no exenta de dificultades, de la determinación de la pena. No en vano se quejaba Hassemmer al indicar que tal materia constituía "un muro de lamentaciones" de los penalistas. Y lo más lamentable -nos seguía explicando el eminente profesor- es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir de la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado, ni con mucho, un grado de precisión y transparencia similar al alcanzado por la dogmática de los presupuestos de la punibilidad¹.

En el Antiguo Régimen regía el sistema de la indeterminación de la pena, de modo tal que el juez, a la hora de su imposición, se encontraba con la máxima libertad para graduarla en forma y extensión².

Ante los abusos que suponía tal sistema no era de extrañar que, con el advenimiento de las ideas de la Ilustración, se produjese un enérgico cambio en tan desolador panorama, en el cual el justiciable carecía de las más elementales garantías en el trascendental momento de la fijación de las consecuencias del hecho ilícito por el mismo cometido.

En definitiva, el principio de la separación de poderes, la supremacía de la ley como emanación de la voluntad general consecuencia del contrato social, y la consideración del judicial como un poder nulo, limitado a "pronunciar las palabras de la ley", derivó, en racional consecuencia, en un sistema taxativo de la determinación de la pena, en el que, a cada infracción criminal, se le anudaba una concreta consecuencia punitiva dentro de la cual el arbitrio judicial quedaba eliminado con la intencionada

¹ HASSEMER, W; "*Fundamentos del Derecho Penal*", pág 137 (1984).

² En este sentido Las Partidas expresaban. "Que cosas deuen catar lo Jueces antes que manden dar las penas", ahora bien tal relación de circunstancias no tenía un carácter preceptivo, pues se seguía indicando "después de que los judgadores ouiren catado acuciosamente todas estas cosas sobredichas pueden crescer, o menguar, o toller la pena, segund entendieren que es guisado" (Partida VII, tít XXXI, ley VIII).

pretensión, de que la total sumisión del órgano jurisdiccional al imperio de la ley, evitase que los individuos pudieran sufrir un rigor desigual. Expresión normativa de tales ideas fue el Código Penal francés de 1791, en el que a cada delito se le asignaba una determinada cantidad de pena fija. Consciente o no, esta filosofía penal del legalismo a ultranza, respondía a un esquema punitivo eminentemente retribucionista.

Ahora bien, como escribía Oneca, la igualdad bien entendida consiste en tratar desigualmente los casos desiguales, y la observación nos enseña que las fórmulas abstractas de la ley no son capaces de prever la multitud de circunstancias particulares que se dan en cada caso concreto³. En definitiva, este sistema de legalismo a ultranza conducía a situaciones injustas que el legislador se vio obligado a remediar⁴. Se evolucionó, en consecuencia, ante un sistema de determinación legal relativa de la pena, en el que se fija la extensión de la misma dentro de un límite máximo y mínimo en el que el Juez, como aplicador del derecho, se podía mover para adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y de su autor. En este sentido, va a ser el Código Penal napoleónico de 1810, el que instaure ya este sistema de individualización de la sanción criminal, hoy en día imperante en nuestro ámbito cultural.

El sistema de determinación legal relativa de la pena supone, por tanto, la posición intermedia entre la inexistencia legal de límites o indeterminación legal absoluta, y la fijación de penas exactas en la ley o determinación legal absoluta⁵. Y en él, ya no van a ser sólo las ideas retribucionistas, sino también las de prevención especial y proporcionalidad, las que se vayan a tener en cuenta a la hora de aplicar la ley al infractor del ordenamiento penal.

No obstante, no deja de ser también cierto que han surgido concretos movimientos, desde el positivismo criminológico y el correccionalismo, de reacción ante tal normativa legal individualizadora, propugnando el sistema de la sentencia indeterminada en el que no se señala la duración de la pena que es fijada posteriormente por el órgano judicial. Distinguiéndose entre una sentencia absolutamente indeterminada en el que el fallo judicial se limita a fijar la especie de pena, y relativamente determinada en el que únicamente se impone el límite máximo de su duración. Descartado tal sistema por contrario al principio de legalidad, generador de una evidente inseguridad jurídica, y proclive a su utilización como mecanismo de abuso extralegal, no obstante tiene su juego y es normativamente acogido en el campo de las medidas de seguridad.

En cualquier caso, como puso de manifiesto Fernández Albor, la cuestión del arbitrio judicial en la materia relativa a la individualización de la pena se plantea con signo distinto en cada época, oscilando las legislaciones entre dos antagónicas tendencias: *optima lex quae maximum arbitrium judicium reliquit* y *optima lex quae minimum arbitrium judicium reliquit*⁶. O dicho de otra manera, en la materia relativa a la aplicación de la pena pugnan históricamente dos tendencias contradictorias: de una

³ JOSÉ ANTÓN ONECA. *Derecho Penal* (1986); pág 580.

⁴ Escribía, al respecto, GALILEA A., en su obra "*Examen filosófico legal de los delitos*". Tomo I, Madrid, 1846, pág 55 "no todos los delitos se cometen de la misma manera, o por mejor decir difícilmente se ven en los Tribunales dos casos idénticos a los cuales haya la necesidad de aplicar la propia pena; pues aún en un delito cometido por varias personas apenas se hallarán dos que tengan la misma culpabilidad".

⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal* (parte general), 2ª edición, (1996), pág 552.

⁶ FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN: "*Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*", en *Homenaje al profesor J. Pereda* (1965), pág 369.

parte las exigencias dimanantes del principio de legalidad (concreción, certeza, taxatividad) y de otra las nacidas en torno al principio de proporcionalidad, tendente a acomodar lo más exactamente posible la pena al hecho concreto y al delincuente en particular⁷.

Toda individualización de la pena, como señala Rodríguez Devesa, está sometida a dos limitaciones: una resultante del principio de legalidad, en cuanto que la ley no puede abandonar totalmente la determinación de la clase y medida de la pena a la discrecionalidad del Juez o a la Administración Penitenciaria; y la otra dimanante de las exigencias de una mínima colectivización de las técnicas precisas de organización para ejecutar las penas⁸.

II. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Desde el momento en que el Legislador señala en la ley penal la sanción punitiva a la conducta transgresora de tal rama del ordenamiento jurídico hasta la completa ejecución de la misma, la pena va atravesando sucesivas fases de concreción delimitadora, que es lo que se conoce con el nombre de individualización de la pena, y que son la individualización legal, la judicial y la penitenciaria, sobre las que centraremos brevemente nuestra atención.

a) Fase de individualización legal

El Legislador, al proceder a describir las infracciones criminales, fija al mismo tiempo el *marco abstracto de la pena* a imponer al sujeto que cometa la acción punible normativamente prevista, determinando la clase de pena, así como su extensión, dentro de un máximo y un mínimo en el que el Juez la pueda aplicar en atención a las concretas circunstancias del hecho y de su autor.

Entran, también, dentro de este ámbito de determinación del marco legal abstracto de la pena, las normas que fijan la sanción punitiva correspondiente a los grados de ejecución y participación en el delito. Así los artºs 62 y 63 del CP, cuando establecen que a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados atendiendo a los criterios legales que se indican (artº 62), y que a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley a los autores del mismo (artº 63), con la excepción, claro está, que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la ley (artº 64), como sucede, igualmente, con la conspiración, proposición y provocación para delinquir, que únicamente se castigan en los específicos y concretos casos que el Código así lo determine (artºs 17.3 y 18.2 CP). El encubrimiento, por otra parte, deja de configurarse como un supuesto de participación criminal para convertirse en un delito autónomo dentro de las infracciones contra la Administración de Justicia (artºs 451 y ss).

Por último, es preciso igualmente señalar que forman parte de las normas de la determinación del marco legal abstracto, los tipos que describen circunstancias específicas de agravación o atenuación de la pena. Así por ejemplo el subtipo agravado

⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Comentarios al Código Penal de 1995*; obra coordinada por Vivez Antón (1996), pág 365.

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho Penal Español (Parte General)*, ed 1993, págs 932 y 933.

del delito de robo con violencia e intimidación cuando el sujeto agente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos del artº 242.2 CP, o las causas de agravación de la pena del artº 286 CP entre otros numerosos casos que se nos ofrecen en la parte especial de nuestro Código Penal.

Dentro de esta fase de individualización legal de la pena se comprenderían, igualmente, todas las normas delimitadoras del *marco normativo concreto* (artºs 65 y ss), es decir aquéllas que determinan la extensión de las penas en virtud de la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal⁹. La previsión de reglas de esta naturaleza es obligada en un régimen normativo como el de nuestro Código que, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, fija tales circunstancias en la parte general, y no al describir los delitos particulares respecto a los cuales dichas circunstancias se estiman relevantes.

Tradicionalmente esta materia de individualización de la pena, en atención a la concurrencia de las circunstancias modificativas, ha sido objeto de un fuerte constreñimiento judicial, en cuanto se establecían una serie de complicadas normas de medición de la penalidad en virtud del juego de atenuantes y agravantes, que se ha venido llamando "parte artística", y que ha caracterizado a nuestro sistema como de auténtica "aritmética penal".

Afortunadamente el nuevo Código de 1995 simplifica de forma considerable tan criticable panorama normativo, al desaparecer la división de la pena en tres grados, haciéndolo en la actualidad únicamente en dos partes: la mitad superior y la inferior, y eliminando igualmente las engorrosas escalas graduables, al delimitar las penas superiores e inferiores en grado de la manera indicada en los artºs 70 y ss del CP.

En resumen, el sistema de circunstancias se configura como instrumento válido de aplicación de la ley a las particularidades del caso concreto, en aras a la consecución del pretendido principio de proporcionalidad de las penas al injusto del hecho y la culpabilidad del sujeto. Por ello llegó a decir Santoro¹⁰ que las circunstancias vienen, en cierto modo, a individualizar el delito, acercándolo al sujeto, y González Cussac que la técnica de las mismas no es sino otra más de las exigencias dimanantes del principio de igualdad en material penal¹¹.

b) Fase de individualización judicial

Una vez que por parte del legislador se ha delimitado tanto el marco legal abstracto como concreto de la pena a imponer a la persona responsable del ilícito criminal, se abre esta segunda fase individualizadora de la sanción punitiva, en la que el Juez habrá de determinar la especie de pena dentro de las alternativas que el legislador le ofrece (véase por ejemplo los artºs 184, 244, 270, 291, 295, 379 entre otros supuestos), en la que podrá o deberá sustituir por otras las penas cortas privativas de libertad (artºs 71.2, 88 y 89), así como tendrá que delimitar la concreta extensión cuantitativa de la sanción penal.

⁹ De esta forma se configura lo que Alonso Alamo denomina "marco de las circunstancias", que sería un marco penal especial que se mueve dentro del marco legal y limita en gran medida el arbitrio del Juez"; ALONSO ALAMO "El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, Valladolid (1981); pág 373.

¹⁰ SANTORO, A. "Manuale di Diritto Penal", Tomo I, Torino (1958), págs 466 y 467.

¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC; JOSÉ LUIS; "Presente y futuro de las circunstancias modificativas", en Cuadernos del Poder Judicial, nº VII (1995), monográfico sobre "Las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal", pág 27.

Con razón escribía Saleilles que "la ley no puede prever más que especies, no conoce a los individuos"¹², por lo que la labor individualizadora del Juez, en esta materia, deviene imprescindible.

Ahora bien, el hecho incontestable de que la individualización de la pena es atributo de las potestades jurisdiccionales que a los jueces corresponden (artº 117 CE), y que el arbitrio prudente y razonable de los mismos es el más pertinente complemento de la legalidad e irremediable exigencia de tal función individualizadora, dada la imposibilidad en que se halla el legislador penal de poder valorar toda la riqueza de matices y circunstancias que rodean al episodio criminal, a la hora de describir de forma abstracta y general las conductas punibles, ello en modo alguno autoriza, ni puede significar, que rija un sistema de absoluta discrecionalidad judicial, que suponga una ilimitada libertad del Juez para fijar la concreta pena a imponer. La discrecionalidad no es poder incontrolado, y el artº 9.3 de la Carta Magna proscribire de nuestro ordenamiento legal, como no podía ser de otra forma, la arbitrariedad de los poderes públicos.

Es más el legislador español no deja exclusivamente en manos de los órganos jurisdiccionales la métrica de la pena¹³, sino que establece unos determinados criterios a ponderar a la hora de fijar su cuantía dentro del necesario marco de la individualización judicial, lo que ha conducido a cierto sector doctrinal a hablar que, a lo sumo, nos encontraríamos, en palabras de la doctrina alemana, en una "**discrecionalidad jurídicamente vinculada**"¹⁴.

En efecto, el legislador señala una serie de reglas, tanto en la parte general como especial del Código, a las que habrá de atenerse el Juez en el momento de la imposición de la pena., que conforman unas pautas valorativas que limitan su discrecionalidad impositiva.

Así, en el artº 50 se señala que para fijar las cuotas de los días-multa habrá de atenderse "exclusivamente a la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

En el artº 52 para determinar el montante de la multa proporcional se atenderá "al daño causado, al valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo",

¹² SALEILLES R. "*La individualización de la pena*", pág 67.

¹³ En Alemania, los principios fundamentales de la individualización de la pena se contienen en el artículo 46 del S.T.G.B. y son los siguientes :

1) La culpa del autor es la base fundamental para la individualización de la pena. También deberán tomarse en consideración los efectos que es dable esperar de la pena, sobre la vida futura del autor en sociedad.

2) En la individualización ponderará el Tribunal recíprocamente las circunstancias que obren en favor y en contra del autor. Se tendrán en cuenta especialmente: los móviles y la finalidad del autor; la intención que se manifiesta en el hecho y la voluntad aplicada a su comisión; la medida del incumplimiento del deber; el modo de ejecución y las repercusiones culpables del hecho; la vida anterior del autor, sus situación personal y económica; su comportamiento después del hecho, y en especial sus esfuerzos por reparar el daño.

3) No se tomarán en consideración las circunstancias que configuren elementos del tipo legal.

Cita de la obra *Derecho Penal (parte general)*, de M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, pág 794 (1984).

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA: "*La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*"; Revista "*Poder Judicial*" nº 6, pág. 139. GONZÁLEZ CUSSAT, JOSÉ LUIS: "*Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1.986*", "*Poder Judicial*" nº 4, pág. 144.

y el nº 2 de tal precepto a los referidos efectos se valorará "no sólo las circunstancias atenuantes o agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable"

El artº 57 recoge, en los delitos que enumera, la posibilidad de que el Juez acuerde en sentencia la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, "atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente".

En el artº 62 del CP los jueces podrán bajar la pena en uno o dos grados en los casos de tentativa de delito en la extensión que se estime adecuada "atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado".

En el artº 66 se establecen los límites de la pena, en atención al juego de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, señalando las reglas en las que se deberá mover el arbitrio judicial. Así en el número 1º de tal precepto se indica que los Jueces individualizarán la pena imponiéndola en la extensión adecuada "a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho", en el nº 4 en atención "a la entidad y número de tales circunstancias" (atenuantes).

Para las eximentes incompletas se fijará la pena en atención "al número y la entidad de requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de circunstancias atenuantes o agravantes" (artº 68 CP).

En aplicación del artº 88 del CP, a los efectos de sustitución de las penas privativas de libertad que no excedan de un año por arresto fin de semana o multa, se tendrá en cuenta "las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado". En el número segundo de tal precepto, se admite la posibilidad excepcional de que los Jueces y Tribunales sustituyan las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales "cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social".

Por último, podemos citar el artº 4.3 del CP que admite que el Tribunal acuda a la petición de indulto cuando la pena sea notablemente excesiva atendidos "el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo".

En esta materia de individualización judicial de la pena operó durante tiempo una restrictiva jurisprudencia del Tribunal Supremo que cerraba a la misma el acceso a la casación, señalándose que en tal función delimitadora de la sanción punitiva los Tribunales de instancia disponen de una facultad discrecional no susceptible de ser revisada.

Como manifestación de tal doctrina jurisprudencial podemos citar la sentencia de la Sala 2ª de 20 de marzo de 1986¹⁵ (Ar 1669) que, con referencia al artº 61.4 del Código derogado, señala:

"... la determinación exacta corresponde al Tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio, que si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es en cuanto tal determinación; en tanto no rebase el techo legal del grado medio, no es revisable en casación -Sentencias de 9 de mayo de 1951 (Ar 1185); 16 de marzo de 1956 (Ar 789) 18 de mayo de 1963 (Ar 2544); 21 de junio de 1965 (Ar 3145); 2 de octubre de 1967

¹⁵ Puede consultarse en relación con tal sentencia el comentario de GONZÁLEZ CUSSAT: "Arbitrio judicial . . .", cit supra, págs 141 y ss.

(Ar 3598); 9 de febrero de 1968, (Ar 837); 15 de noviembre de 1971 (Ar 4656); 6 de julio de 1972 (Ar 3522); 21 de diciembre de 1985 (Ar 6364) entre otras-; y ello porque la labor individualizadora, en tanto el Tribunal de instancia goza de un conocimiento directo de todo el elenco circunstancial -material y personal- coexistente en el hecho, viene encomendado al mismo, atento siempre a los factores criminológicos y objetivos que han de darle pauta y servirle de módulo...".

En relación igualmente con tal precepto la sentencia de 4 de marzo de 1992 (Ar 1731) nos dice:

"Establece la regla 4ª del artº 61 del CP que cuando no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, los Tribunales teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente impondrán la pena en grado mínimo o medio. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en síntesis, que la determinación exacta de la pena corresponde al Tribunal de instancia en ejercicio de un arbitrio no revisable en casación, en tanto no se rebase el techo legal del grado medio (V. SS 17-2-1986 [Ar 613], 20-2-1987 [Ar 1272], y 14-6-1988 [Ar 4916] entre otras)."¹⁶

Con respecto al artº 61.7 del CP derogado¹⁷, la sentencia de 18 de enero de 1988 (Ar 301) recoge la misma tesis, indicando que la individualización final de la pena, conforme a tal precepto, ha sido excluida de casación por una jurisprudencia constante de la que son botones de muestra las sentencias de 14 de octubre de 1898, 9 de marzo de 1915, 29 de noviembre de 1939 (Ar 442), 28 de junio de 1943 (Ar 794), 11 de junio de 1952 (Ar 1396), 22 de febrero de 1966 (Ar 777), 27 de marzo de 1972 (Ar 1364), 10 de noviembre de 1980 (Ar 4470), 30 de marzo de 1981 (Ar 1240), 7 de abril de 1981 (Ar 2331), 10 de julio y 1 de diciembre de 1986 (Ar 4308 y 7772).

E igualmente esa misma tesis, de la discrecionalidad no revisable, se llegó a sostener al aplicar el derogado artº 61.2 del CP. Así lo hace la sentencia de 27 de mayo de 1992 (Ar 4497)¹⁸, pese a reconocer que en el caso examinado la pena impuesta al recurrente era excesiva, pero, sosteniendo, que las facultades discrecionales del Tribunal de instancia impedía al Supremo el acogimiento del recurso:

"La regla 2ª de dicho precepto determina que cuando concurriera sólo alguna circunstancia agravante se impondrá la pena en su grado medio o máximo. La Audiencia en uso de sus facultades discrecionales, no revisables en casación -cfr. Tribunal Supremo S. 6-2-1990 (Ar 1167)- ha sancionado al recurrente Pedro R., en el que concurría una sola circunstancia de agravación, la de reincidencia, con la pena de prisión menor en su grado máximo, siquiera lo ha efectuado en el umbral de dicho grado. Efectivamente tal concreción de la pena es correcta, sin embargo, hubiera sido mucho más adecuada al delito cometido que se le hubiese impuesto en el grado medio, al apreciársele sólo una circunstancia de agravación. Sobre todo cuando la desproporción es notoria entre a la que a él se le impuso y con la que se sancionó a su correo, autor también por ejecución directa de la misma infracción penal, que sólo

¹⁶ En este mismo sentido, la sentencia de 28 de diciembre de 1987 (Ar 9888) insiste en tal doctrina al indicar: "...en todo caso la potestad de fijar la pena dentro de los límites legales es discrecional del Tribunal de instancia y sustraída, según criterio jurisprudencial inconcuso, a la revisión casacional".

¹⁷ Tal precepto indicaba "Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la extensión de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito"

¹⁸ Con la misma doctrina, al interpretar tal precepto, las STS 7-2-1956, 10-6-1981, 21-3-1984, 29-6-1984, 19-6-1985, 21-10-1985, 4 y 12-3-1987, 5-5-1989 entre otras.

mereció un reproche de 6 meses y un día de prisión menor, límite inferior al grado mínimo de dicha prisión.

La diferencia penológica en el tratamiento de ambos condenados, de casi cuatro años, sólo la determina la diferencia de antecedentes penales en el procesado Pedro R.V. Sin embargo, la facultad discrecional del Tribunal de instancia, a que se hizo mención impide a esta Sala revisar la sanción ciertamente elevada con que se sancionó a Pedro R.V."

En relación con la rebaja de la pena, en uno o dos grados, que posibilita al juzgador el juego del artº 66 del CP, en su precedente redacción, en el supuesto de concurrir una eximente incompleta de responsabilidad criminal, el Supremo tampoco admitió entrar en el conocimiento del motivo de casación interpuesto por infracción de ley, instando la rebaja máxima de penalidad que permite la dicción normativa de tal precepto. En este sentido, se expresa la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 17-6-1992 (Ar 5403)¹⁹, en los términos siguientes:

"Este motivo carece de cualquier viabilidad impugnatoria, pues basta hacer una interpretación tanto literal como lógica del mencionado artº 66 para comprender que, si bien el Tribunal sentenciador está obligado a rebajar la pena en un grado cuando concurra este tipo de circunstancias modificativas, el hacerlo en dos grados, es decisión sometida a su puro y exclusivo arbitrio, de tal forma que tal decisión (obvio es decirlo) no puede de forma alguna ser reformada por esta Sala al no ser materia que tenga acceso a casación".

Por último, para terminar esta cita jurisprudencial podemos hacer referencia a la sentencia de 4 de noviembre de 1992 (8889), cuando indica, en aplicación del artº 65 del CP:

"Con dicho planteamiento el recurso está totalmente abocado a su inexcusable desestimación. Como ha señalado una reiterada jurisprudencia de esta Sala, de las que son exponente las SS. 26-6-1984 (Ar 3690); 25-6-1986 (Ar 3193), y 31-5-1988 (Ar 4133), el Tribunal de instancia puede rebajar la pena uno o dos grados y no cabe recuso de casación contra el uso de tal arbitrio y la potestad de internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable que, como alternativa establece el artº 65 del Código Penal, es potestativa del órgano a quo y no revisable en casación -Sentencias por todas, de 24-9-1976 (Ar 3676) y 8-2-1988 (Ar 979)-".

A la precedente situación se le unía, igualmente, la dispensa de la obligación de motivar, por parte del Tribunal provincial, los concretos criterios tenidos en cuenta a la hora de fijar la extensión de la pena impuesta dentro del marco legal punitivo.

En este sentido, una consolidada doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo venía sosteniendo por ejemplo la sentencia de 9-5-1951 que: "El Tribunal puede dejar de dar cuenta de los criterios utilizados en tal labor"; o la de 2-4-1976 que, en el mismo sentido, afirma que "es también indiferente que el órgano jurisdiccional no haga referencia expresa a las bases legales del arbitrio, aunque siempre es conveniente y aconsejable que las declare de manera explícita", o en palabras de la sentencia de 25-11-1986: "La irrecurribilidad se produce incluso aunque la sentencia de instancia no explicita los elementos tomados en consideración para imponer la pena en la extensión en que se impuso, pues ello no infringe norma alguna ni produce indefensión"

¹⁹ En este mismo sentido las sentencias de 14-7-1983, 26-2-1992.

Es evidente que la conjugación de ambas doctrinas no soportaba una lectura constitucional mínimamente rigurosa, por lo que, como no podía ser de otra forma, se produjo una importante evolución jurisprudencial que comenzó a introducir conceptos tales como el de la **discrecionalidad vinculada** en el uso de facultades individualizadoras y exigió la explicitación, en la sentencia, de las concretas razones en virtud de las cuales los jueces y tribunales aplicaban la pena en una concreta extensión.

En efecto, como manifestación de esta nueva línea jurisprudencial podemos citar la sentencia de 27-2-1989 (Ar 1665)²⁰, que tras declarar que las facultades de determinación de la pena dentro de los márgenes concedidos por el artº 61.4 no tiene acceso a la casación por ser facultad discrecional, añade:

"... más ello no obsta una vez más a que se haga una llamada a los tribunales de instancia en orden a que la discrecionalidad nunca se puede confundir con la arbitrariedad y que a una identificación con ésta puede conducir la no expresión de la necesaria motivación constitucionalmente impuesta de las resoluciones judiciales, ya que si la elección punitiva depende, según el indicado precepto penal sustantivo, "de la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente", un silencio fundamentador sobre tales datos deviene absolutamente recusable, pues sería ha de ser la individualización penal y no reducible a simples esquemas de recusables prácticas estereotipadas"

Con mayor contundencia se expresa la sentencia de la Sala 2ª de 5 de julio de 1991 (Ar 5545) cuando indica:

"En la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena dentro de cada grado depende del arbitrio del Tribunal. Tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artº. 9.3 CE). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará por su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercicio con arreglo a principios jurídicos. Consecuentemente, la determinación de la pena dentro del grado también se debe fundamentar en la culpabilidad del hecho del autor".

Y, en esta mismo línea jurisprudencial podemos citar la sentencia de dicha Sala de nuestro más Alto Tribunal de 7 de marzo de 1994 (Ar 1859), que proclama:

"La recurrente tiene sin duda razón en lo concerniente a los principios que entiende aplicable en relación con la individualización de la pena. En efecto, la tradicional exclusión de la revisión de la individualización de la pena no tuvo en cuenta que la determinación de esta requiere concretar una norma del derecho de acuerdo con principios jurídicamente vinculantes. Como lo ha puesto de manifiesto la doctrina moderna también en la individualización del derecho el Juez aplica la ley y puede, consiguientemente, cometer una infracción del derecho que justifique la revisión de la sentencia en casación.

Estos errores de derecho pueden tener lugar, ante todo, cuando se interpreten equivocadamente las reglas del artº 61 CP para determinar el grado en que la pena se puede aplicar. Pero también cuando en la determinación de la pena concreta dentro del

²⁰ Puede verse un comentario a tal sentencia en la revista Poder Judicial, nº 18: "*El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena*", por JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, págs 133 y ss. En dicho artículo escribe el referido autor, que la motivación de la individualización de la pena por parte de los Jueces y Tribunales se convierte así en el criterio de demarcación entre el uso lícito de las facultades discrecionales y la arbitrariedad absolutamente recusable.

grado el Tribunal se haya guiado por criterios erróneos o arbitrarios. Estas últimas infracciones jurídicas por lo general no habían sido admitidas como fundamento habilitante del recurso de casación. En la actualidad, sin embargo, no cabe la exclusión de tales aspectos del recurso de casación, al menos por dos razones: en primer lugar porque -como se dijo- en la individualización de la pena se aplica una norma sustantiva del derecho penal y en segundo lugar por imperativo del artº 9.3 CE que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Este punto de vista ya estaba insinuado en anteriores precedentes de esta Sala (entre otras STS 21 de abril de 1992 [Ar 3171], en que precisamente se estimó el recurso de casación en beneficio del acusado y muy especialmente en las de 5 de octubre 1988 [Ar 7665], 25 febrero 1989 [Ar 1665] y 5 julio 1991 [Ar 5545] citadas por el recurrente).

Dicho lo anterior es preciso establecer como se caracterizan los errores en la aplicación del derecho de la individualización de la pena que pueden ser objeto del recurso de casación. Tales infracciones jurídicas están relacionadas con la estructura del razonamiento técnico-judicial mediante el que se alcanza el resultado de la pena aplicable en el caso concreto. Este razonamiento, como es sabido, se caracteriza por tres momentos diferentes: la determinación de los fines de la pena, la de los factores de individualización y, por último, la traducción de la relación entre los anteriores en una cantidad puntual de pena. Consecuentemente, en el marco del recurso de casación son éstos los aspectos que pueden ser objeto de comprobación. De todos modos se puede señalar que por razones propias de los límites de la casación no todos esos aspectos son controlables con la misma intensidad. En efecto, la traducción del juicio de relación entre los fines de la pena y los factores de individualización en una cantidad de pena sólo puede ser objeto de control cuando la arbitrariedad sea manifiesta y patente. Esto es consecuencia de la significación que en este momento del juicio tiene la inmediatez con el condenado, que sólo la ha tenido el Tribunal a quo"

Por último, en esta línea de ya consolidada doctrina haremos referencia al auto de 24 de mayo de 1995 (Ar 3914), que se expresa en los términos siguientes:

"Esta Sala ha señalado la posibilidad de revisar la sentencia en la individualización de la pena no sólo cuando se interpretan equivocadamente las reglas del artº 61 del Código Penal para determinar el grado en que la pena se puede aplicar, sino también cuando en la determinación concreta de la pena dentro del grado se ha guiado por criterios jurídicamente erróneos y arbitrarios (cfr SSTS 5 octubre 1988 [Ar 7665], 25 febrero 1989 [Ar 1665], 5 julio 1991 [Ar 5545] y 7 de marzo 1994 [Ar 1859]).

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que la culpabilidad por el hecho es el límite de la pena aplicable (STC 4 julio 1991 [Ar TC 150]) y la cuestión propuesta por el recurrente sólo puede ser examinada en esta perspectiva en la que la gravedad de la pena depende de la correspondiente ilicitud cometida, de las circunstancias determinantes de una mayor o menor exigibilidad y del mayor o menor desvalor social de los motivos (cfr STS 7 marzo 1994)".

Por otra parte, el artº 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), firmado y ratificado por España (BOE num 103, de 30 de abril de 1977) norma que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley", con lo que se proclama el derecho de revisión no sólo del fallo condenatorio, sino también de la sanción punitiva que por parte de los órganos jurisdiccionales se haya impuesto al autor del hecho ilícito criminalmente castigado.

En este orden de cosas, es necesario igualmente destacar, que el uso de las facultades discrecionales que la ley otorga a los órganos jurisdiccionales a los efectos de proceder a la individualización de la pena y adaptarla a las concretas circunstancias del caso para garantizar, en definitiva, el principio de igualdad en la aplicación de las penas, que exige tratar desigualmente los hechos desiguales, implica como elemental condicionamiento la motivación del uso de tales facultades individualizadoras, explicitando en la resolución judicial, de forma bastante, las circunstancias concurrentes que conduzcan al Tribunal a la imposición de la pena en la concreta extensión fijada en la parte dispositiva de la sentencia²¹.

Tal motivación es recordada por el "Comité restringido de expertos sobre el pronunciamiento de penas", cuya creación fue autorizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a propuesta del Comité Europeo para los Problemas Criminales, que elaboró un proyecto de recomendaciones (1991) entre las que figuraba en su punto 6, la obligación de motivar sentencias y en el que, tras recordar dicha exigencia, se indicaba que "con arreglo al principio de moderación en la imposición de las penas privativas de libertad, tales penas y su duración deben ser siempre motivadas (salvo en los casos de mayor gravedad, en que la necesidad de tal pena resulte evidente)". "Las motivaciones deben ser concretas, no bastando con afirmar que el delito cometido era odioso o terrible o constituía una grave ataque a la sociedad. Se debe establecer la conexión existente entre la pena impuesta y la pena normal para el tipo de delito cometido, así como los objetivos o fines atribuidos a la penas y poner de manifiesto las circunstancias agravantes y atenuantes que han influido en la determinación de la pena. En los casos de recurso, la jurisdicción de segunda instancia debe ser particularmente cuidadosa en la motivación de la sentencia, porque sus argumentos servirán de información a los jueces y abogados en el futuro . . . También se habrán de motivar los supuestos en los que el tribunal se aparte de la pena recomendada por el Ministerio Público"²².

La motivación, en nuestro ordenamiento legal, constituye una exigencia plurinormativa que vincula al juez, en virtud de la subordinación de sus potestades jurisdiccionales al imperio de la ley (artº 117.1 de la Carta Magna).

En efecto, en este sentido, el artº 120 de la Carta Magna señala que las sentencias serán siempre motivadas. El Tribunal Constitucional, entre otras muchas resoluciones en la de 15 de octubre de 1982, ha precisado que "la no motivación de una resolución judicial que restrinja un derecho fundamental infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y magistrados en el ejercicio de los derechos (artº 24.1 C.E.)". En idéntico sentido, la sentencia de 8-10-1986 de dicho Tribunal razona que "una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que pueda inferirse tampoco cuales sean las razones próximas o remotas que justifican

²¹ En este sentido, señala BELTRÁN BALLESTER: "El arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, y, según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o corriendo la extensión de cada grado, es algo que sólo al Tribunal de instancia compete. Pero, como el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, es preciso que nazca del examen ponderado que se haga de las circunstancias referidas a los hechos, y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tan preciada facultad, al no nacer de razón, medida y proporción, se convierte en irracional, desmesurado y desproporcionado. Y es evidente que irracional, desmesurado y desproporcionado, son sinónimos de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones de los Tribunales". "*El arbitrio judicial en el Código Penal Español y la nueva redacción de la regla sexta de su art. sesenta y uno*" (1979), pág 81.

²² Referencia obtenida del artículo de BUENO ARÚS, FRANCISCO: "*La determinación de la pena y el Consejo de Europa*", *Revista Jurídica Actualidad Penal*, número 15 (1992).

aquella, es una resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva".

Por otro lado, el artº 741-II de la LECR es tajante, al respecto, cuando norma que "siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta". Motivación que igualmente para las sentencias exigen los artºs 142.4 de la Ley Procesal Penal y los artºs 247 y 248 de la LOPJ.

Es más la exigencia de motivación de la individualización de la pena ya ha tenido su concreta plasmación normativa en los textos legales punitivos. Así en el artº 35 del Código Penal Militar se señala que: "la individualización penal que se efectúe, deberá de ser razonada en la sentencia". En el Código Penal de 1995 se recoge, igualmente, tan indeclinable requisito.

En efecto, en el artº 50, relativo a la pena de multa, se indica que: "los Jueces o Tribunales determinarán "motivadamente" la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito según las reglas del capítulo II de este Título".

En el artº 66, que regula la aplicación de las penas en virtud del juego de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, en su regla 1ª se señala que -caso de no concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes o cuando concurren unas y otras- se impondrá la pena 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"; en la regla 4ª, -supuesto de concurrencia de dos atenuantes o una muy cualificada-, los órganos jurisdiccionales, "**razonándolo en la sentencia**" podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias".

En los casos de las eximentes incompletas, los Jueces o Tribunales podrán imponer, "**razonándolo en la sentencia**" la pena inferior en uno o dos grados. . . ." (artº 68 CP).

En las infracciones continuadas contra el patrimonio en el artº 74.2, el Juez o Tribunal impondrá "**motivadamente**" la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".

La necesidad de motivación que exigen tales preceptos supone una llamada de atención a los órganos jurisdiccionales por parte del Legislador, en el sentido de que la atribución a los mismos de la determinación de la extensión de la pena constituye una discrecionalidad vinculada, que deberá ser explicitada suficientemente en la sentencia con criterios de racionalidad; pues de no ser ello así, dicha proposición normativa, y como tal vinculante, se convertiría en una mera proclamación de intenciones, incompatible con las garantías inherentes a la limitación de derechos fundamentales, como sin duda lo son las sanciones punitivas. La motivación impide el acto de voluntad y exige el acto razonado para la individualización judicial del quantum de las penas.

El Tribunal Supremo ya había venido exigiendo la motivación, rompiendo una jurisprudencia precedente, antes referenciada. Manifestación de tal doctrina la podemos encontrar en las sentencias de dicho Alto Tribunal de 24 de diciembre de 1986 (Ar 7986), 25 febrero de 1989 (Ar 1665), 10 enero 1991 (Ar 39), 29 septiembre de 1993 (Ar 6906), 31 de mayo de 1994 (Ar 4506), 6 de marzo de 1995 (Ar 1811), 2 de febrero de 1996 (Ar 827) entre otras muchas resoluciones.

Como exposición de la mentada jurisprudencia citaremos, por su claridad, la sentencia de 4 de febrero de 1992 (Ar 1010), que indica:

"No ofrece la menor duda que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, constituye un mandato que trasciende de la pura formalidad para erigirse en componente esencial de las decisiones judiciales que revisten forma de Sentencias y de autos. La motivación transforma la resolución, de un acto de voluntad, en un acto razonado que, sin duda alguna, ha de ser también razonable, pues la razonabilidad es exigencia ineludible del buen hacer judicial".

Ahora bien no deja de ser, igualmente, cierto que la ausencia de motivación se ha considerado por parte de la jurisprudencia como un defecto subsanable. Así lo hace la sentencia de 6 de marzo de 1995 (Ar 1811)²³ que resuelve el recurso de casación formulado por tal defecto, de la manera siguiente:

"Siguiendo en el discurso, no podemos por menos que resaltar que la Sentencia de 21 de mayo de 1993 (Ar 4199) explicita que la ausencia de motivación en la instancia puede subsanarse en esta vía casacional por razones de economía procesal y evitación de dilaciones que a nadie, ni a los propios acusados o acusadores, beneficiarían en forma alguna, no procediendo en consecuencia la nulidad que, en principio, no en el supuesto como se ha dicho, conllevaría la falta de motivación en la instancia, sobre todo cuando la sentencia impugnada contempla en sus hechos y demás datos fácticos, como contenidos en sus fundamentos y en éstos, todas las circunstancias acaecidas (cfr. también Sentencia de 10 mayo 1991 [Ar 3806]".

Esta doctrina de la motivación implícita a la que se refiere, igualmente, la sentencia antes citada de 4 de febrero de 1992, afirmando que "cuando la motivación está implícita en la argumentación, no es necesaria su detallada explicación o pormenorización...", no sería aplicable en aquellos supuestos en los que sea precisamente en la casación en la que se obtenga "ex novo" la concreta explicación judicial de la cuantía de la pena, pues si bien en tales casos las exigencias de motivación quedarían solventadas, no deja de serlo también que el recurrente se vería privado de una instancia judicial para valorar críticamente la resolución judicial impuesta, lo que debe solventarse mediante la nulidad de la sentencia de instancia (artº 238.3 LOPJ).

En definitiva no es otra la solución adoptada por el Tribunal Supremo, en casos similares, buen ejemplo de ello, lo podemos encontrar en la sentencia de 6 de marzo de 1995 (Ar 1810), cuando, tras ratificar los postulados constitucionales de la indeclinable motivación señala:

"Conforme a tales directrices es reiterada la postura jurisprudencial en orden a que la ausencia absoluta de motivación, lo que aquí acaece respecto a la responsabilidad civil, obliga a decretar la nulidad de lo tramitado para reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la resolución impugnada, por que fue en ésta en donde se detectó tal irregularidad. La subsanación del defecto, que el artº 240.2 de la LOPJ contempla sólo genéricamente, no sería lógica si con ello se afecta al derecho de las partes contendientes para discrepar de las resoluciones judiciales ante un Tribunal superior (ver en cuanto a la nulidad las Sentencias de 22 abril 1994, 27 octubre, 1 julio y 14 mayo 1993 [Ar 7877, 7723 y 3906], 17 diciembre 1992 [Ar 10432]".

Y, en efecto, la solución de nulidad para motivar el juicio de proporcionalidad entre la pena y el grado de culpabilidad revelado en la ejecución del delito fue adoptada por la sentencia de 31-1-1992 (Ar 614).

²³ En este mismo sentido la sentencia de la Sala 2ª de 2 de octubre de 1995 (Ar 6961) entre otras.

Ahora bien, no deja de ser cierto, por otra parte, que una consolidada doctrina jurisprudencial aplica la doctrina de la motivación implícita únicamente a aquellos supuestos en los que las razones individualizadoras afloran de forma tan evidente que la ausencia de motivación pueda ser subsanada por razones de economía procesal (STS 8-11-1991, 8-2 y 15-10-1993 entre otras).

En la función individualizadora de la pena el Tribunal Supremo baraja distintos criterios:

a) En ocasiones se ha acudido al criterio del "**control de la proporcionalidad de las infracciones**", a los efectos de determinar si las penas impuestas se han de considerar "proporcionadas", "justas" y "equitativas" a los graves delitos cometidos (STS 6 de marzo de 1995, Ar 1811).

Igualmente al principio de la **prohibición del exceso y de proporcionalidad** acude la sentencia de 2 de octubre de 1995 (Ar 6961) del referido Tribunal, en los términos siguientes:

"El principio de la prohibición del exceso y de proporcionalidad que la doctrina del Tribunal Constitucional atribuye valor fundamental en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre (RTC 62), por inferencia del artº 10.2 del Texto Fundamental y en relación con los artºs 10 y 18 del Convenio de Roma (RCL 1979, 2421 y ApND 3627) se proyecta también sobre la aplicación de la pena con una exigencia de proporcionalidad con ponderación de su carga coactiva y a la teleología de la comunicación penal. Pues bien, el Tribunal de instancia en un caso, sin circunstancias modificativas, y tratándose de un insolvente y de profesión Labrador le impone, con absoluta arbitrariedad, la multa máxima y totalmente desproporcionada, no sólo con su fortuna, sino a la de la casi totalidad de las personas. Ello debe corregirse en atención a su impugnación casacional, a la falta de motivación de razonabilidad y la ausencia de finalidad".

b) La determinación judicial de la pena con apoyo en el límite que a la misma impone su adecuación a la gravedad de la "**culpabilidad por el hecho**", es otro criterio utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su función de control de la interdicción de la arbitrariedad en la individualización judicial de la pena (véanse STS 6-de abril de 1990, Ar 3195, 5 de julio de 1991, Ar 5545; 21 de abril de 1992, Ar 3171; 7 de marzo de 1994, Ar 1859; auto de 24 de mayo de 1995, Ar 3914; y STC 4 de julio de 1991, RTC 150).

Este principio de control no hay que confundirlo con la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad, sino con el ilícito culpablemente cometido en su totalidad (culpabilidad de la individualización).

Como elementos a considerar, a los efectos de valorar la gravedad de la culpabilidad por el hecho, el Tribunal deberá atender a los siguientes, señalados entre otras por la sentencia de la Sala 2ª de 5 de julio de 1991 (Ar 5545):

"1) la gravedad de la ilicitud cometida, 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma y 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor. Sobre la base de estos elementos el Tribunal podrá obtener una valoración de la gravedad de la culpabilidad por el hecho concreto, cuya traducción numérica dentro del marco penal correspondiente al delito cometido dará lugar al máximo de pena merecido por el autor según su culpabilidad. En este juicio, como es claro, no entra en consideración el pronóstico desfavorable de conducta futura del autor, que es fundamento de la prevención especial y, por lo tanto, de la agravante de reincidencia".

En aplicación de tal doctrina la jurisprudencia tiene en cuenta parámetros como los siguientes: haber obrado la acusada con un grado menor de malicia y causando,

según las circunstancias, un daño escaso (STS 21-4-1992, Ar 3171). El hecho de que el acusado impidiese el auxilio a la víctima por parte de otras personas, dado que "tal actitud, que impedía la evitación del resultado, implicaba una mayor reprochabilidad del comportamiento del acusado" (ATS 24-5-1995, Ar 3914). Se ratificó la sentencia de la Audiencia, pues en el caso a examen "el procesado no cometió una ilicitud de reducida importancia, no obró bajo circunstancias que pudieran fundamentar una reducción de la exigibilidad ni lo hizo impulsado por motivos ético-socialmente valiosos (STS 5 de julio de 1991, Ar 5545). En la sentencia de 7 de marzo de 1994 (Ar 1859) no se acogió la casación y se consideró que la ilicitud, la exigibilidad y el desvalor de los motivos de la conducta de la acusada eran negativos y no aparecían disminuidos por circunstancia alguna del hecho.

c) La consideración de los *finés de prevención especial* de la pena y como factor de individualización la condena previa de la recurrente y, en especial, su tendencia a recaer en el mismo delito que motivó una condena anterior, a pesar de no ser reincidente, fue considerado como lícito instrumento valorativo de la individualización judicial de la pena por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 (Ar 1859) que señaló:

"Tanto la prevención especial o individual, como fin de la pena, como la condena anterior, como factor de la individualización que denota una cierta tendencia al delito, son correctos criterios desde el punto de vista del derecho vigente. Ni la Constitución ni la legislación ordinaria excluyen legitimidad a la prevención especial, que, por el contrario, ha sido tenida especialmente en cuenta en el art. 25.2 CE. Asimismo, las condenas anteriores son factores que se consideran plenamente adecuadas para la determinación de las necesidades preventivo individuales. Por lo tanto, en estos aspectos el juicio de la Audiencia sobre la individualización de la pena no resulta objetable.

En lo que concierne a la traducción de las necesidades de prevención especial en la pena privativa de la libertad impuesta, esta Sala no observa ninguna razón que muestre una arbitrariedad patente y manifiesta del Tribunal "a quo". En efecto, es indudable que la recurrente, luego de haber sufrido tres años antes una pena de 3 años por un delito similar al que motiva la presente causa, ha continuado su actividad delictiva en el mismo sentido, lo que demuestra una cierta insensibilidad respecto de los imperativos del orden jurídico. Tal actitud refractaria sugiere la necesidad de una respuesta penal más enérgica y, por lo tanto, justifica que el Tribunal "a quo" haya agotado la posibilidad de incidencia de la pena sobre el comportamiento futuro de la recurrente".

El Tribunal Supremo ha declarado, también, que la consideración de la vida del autor anterior al delito en la determinación de la pena en los términos del artº 10.15 del CP (actual artº 22-8ª CP) no vulnera en principio ningún derecho fundamental ni garantía constitucional (STS 6-4-1990, Ar 3195; 15-10-1990, Ar 8083; 7-11-1990, Ar 8774; 13-11-1990, Ar 8892; 5-12-1990, Ar 9417; 28-12-1990, Ar 10101; 18-1-1991, Ar 148, 30-4-1991; Ar 3011, 5-7-1991, Ar 5545 entre otras muchas), tampoco que la reincidencia deba someterse a control de inconstitucionalidad en los términos del artº 35 LOTC (STS 6-4-1990, 15-10-1990, 30-4 1991); por lo que la vulneración de los derechos fundamentales sólo se puede producir en relación con la aplicación concreta de la pena cuando superase la gravedad de la culpabilidad del hecho. Consecuencia de ello, es que los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al artº 61.2 (actual artº 66 regla 3ª) cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite (STS 6-4-1990, Ar 3195; 5-7-1991, Ar 5545; 21-4-1992, Ar 3171 entre otras muchas).

d) **La gravedad del hecho y la personalidad del delincuente.** La gravedad del hecho es definida por la sentencia de 20 de marzo de 1986 (Ar 1669) como equivalente "al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, en su doble consideración de acto personal y resultado lesivo de un bien jurídico". La personalidad del delincuente "representará una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y análisis de su proyección social". El artículo 66.1 utiliza la fórmula "circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho".

La gravedad del hecho deberá entenderse como retribución proporcional al injusto culpable orientada por criterios de prevención general, y las circunstancias personales del delincuente como una referencia a consideraciones preventivo especiales²⁴. Si bien las mismas en modo alguno pueden autorizar a que sea lícito superar la pena adecuada a la medida de la culpabilidad²⁵. Por otra parte, las exigencias de prevención especial han de orientarse, por exigencia constitucional, a la reeducación y reinserción social (Artº 25.2 de la Carta Magna).

En cualquier caso, el término circunstancias personales del delincuente del actual artº 66-1ª del Código vigente, es más amplio que el de su personalidad a la que hacía referencia el precedente artº 61.4 CP.

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1995 (Ar 1811), entendió correcta la pena impuesta, al reputarla proporcional, por una parte con la gravedad de los delitos cometidos (robo con violación, detención ilegal y lesiones) y por otra, en atención a la poca edad del acusado (16 años y tres meses), su inmadurez y su escaso bagaje intelectual, así como las circunstancias de su personalidad que, si bien no han sido consideradas como aminoratorias de su imputabilidad, no pueden descartarse a los efectos de reducción de la sanción en los dos grados que faculta el artº 65.

Por el contrario, la sentencia de 31 de enero de 1992 (Ar 614) acoge el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al considerar arbitraria la imposición de la pena impuesta desproporcionada a la gravedad del caso y condiciones subjetivas de sus autores, pues después de afirmar, en sus fundamentos, la sentencia recurrida, que se usaron instrumentos brutales y que hay agresividad y brutalidad desmedida no cabía esperar la doble degradación y la mínima extensión de la sanción, tal resolución razona:

"La motivación insuficiente o notoriamente desacertada equivale a ausencia de motivación y tal defecto vulnera el deber de tutela judicial efectiva (STS 14-3 y 30-5 1990; Ar 2474 y 4953 entre otras). Atribuir un hecho de índole tan repugnante e inhumana a vagas teóricas responsabilidades colectivas de omisiones sociales supuestas y no concretadas no puede eximir prácticamente de responsabilidad a sujetos de minoría relativa con conciencia y voluntad normales, dejando realmente impunes hechos tan graves como una violación, unas lesiones, una agresión sexual con brutalidad instrumental productora de unas lesiones muy graves con previsibles secuelas de importancia, ignorando todo los fines sociales de la pena y perdiendo la oportunidad correctora como fin social primordial de la pena. La propia sentencia reconoce una agresividad y brutalidad desmedida y en radical incongruencia sin verdaderas razones de responsabilización personal, llega a una indulgencia impunitas (las penas económicas para insolventes son inoperantes y las de privación de libertad no

²⁴ COBO Y VIVES. Op cit supra, pág 797.

²⁵ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC: "Arbitrio judicial y artº 61.4 del Código Penal". Op cit supra, pág 150.

cumplibles efectivamente ni educan ni advierten, ni reparan el grave quebrantamiento del orden jurídico) con una razón tan antitética a esta solución como la de que los sujetos se hallan iniciados en actividades delictuales para llegar a sanción con escaso alcance aun de advertencia. No hay verdadera valoración de las condiciones subjetivas de los autores ni de los hechos realizados. . ."

e) Limitaciones derivadas del **principio de igualdad** del artº 14 de la CE. Como no podía ser de otra forma, este derecho fundamental de la persona, recogido en la Carta Magna, exige que, cuando el ilícito cometido sea el mismo y las mismas las circunstancias personales de los autores del hecho ilícito enjuiciado, la penalidad impuesta a los copartícipes en el ilícito criminal sea igual. La vulneración de tal precepto, en la función individualizadora de la pena, se produciría en los casos en los que concurriendo una identidad de supuestos se produjese una aplicación desigual sin causa razonable (STC 191/87, 115/89). Por ello, no se vulneraría tal derecho fundamental cuando la aplicación concreta de la pena se hizo en atención a las circunstancias objetivas o subjetivas diferentes que concurrían en los acusados (STS 7 de julio de 1993, Ar 5941; 11 febrero 1994, Ar 689; 2 de febrero de 1996, Ar 827).

En este sentido señala ésta última sentencia de la Sala 2ª de nuestro más Alto Tribunal que:

"No se puede olvidar en forma alguna que cada cual responde de su conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros, cuando, aunque unos y otros por su actuar incidán en el mismo tipo punitivo, su concreta actividad no es igual, puesto que la culpabilidad como presupuesto de la pena, es ante todo y sobre todo materia inserta en la individualización personal y, por ello, desconectada de otras conductas concurrentes".

Así la consideración de la distinta intensidad de la actuación de cada acusado en la ejecución del hecho ilícito, las concretas circunstancias de su personalidad, la trascendencia de su conducta, la existencia de precedentes condenas penales, son circunstancias, entre otras, que en pocas ocasiones coinciden plenamente, y que permiten un racional tratamiento punitivo diverso, al fijar las consecuencias jurídicas del delito cometido, sin vulnerar por ello el principio de igualdad constitucionalmente consagrado.

Por otra parte, en otro orden de cosas, se ha destacado que no se quebranta este principio, en los supuestos de que algunos posibles partícipes en el hecho criminal queden impunes como consecuencia de insuficiencias investigadoras o enjuiciadoras, o cuando ello ocurre por falta de acusación formal, pues cada cual responde de su conducta con independencia de lo que ocurra con otros (STC 17/84, de 17 de febrero, STS 1 de junio de 1987 y 20 de diciembre de 1994).

c) Fase de individualización penitenciaria.

Se realiza durante la ejecución de la pena privativa de libertad en el marco de las instituciones penitenciarias. Se le ha llamado también de individualización administrativa, pero es evidente que tal denominación deviene impropia ante la intervención relevante que, en esta fase, le corresponde al Juez de Vigilancia penitenciaria, por lo que, en este sentido, autores como Muñoz Conde y García Arán prefieren emplear, como más acertado, el término de individualización ejecutiva²⁶.

²⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*. Op cit supra, pág 555.

Con la expresión de la individualización penitenciaria se hace referencia a las modificaciones que puede sufrir la pena durante su ejecución como consecuencia de beneficios penitenciarios, progresiones en grado y libertad condicional.

Conforme al artº 3.2 del CP no podrá ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita en la Ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto, y siempre bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

Debemos de tener en cuenta que el Nuevo Código Penal de 1995 suprimió la redención de penas por el trabajo, que si figuraba en el precedente Código de 1973²⁷, y que, según su artº 100, suponía al recluso trabajador un abono de un día de cumplimiento de condena por cada dos días de trabajo, previa aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

No obstante lo cual, pese a la supresión de dicho beneficio penal, el nuevo artº 91 permite adelantar la libertad condicional, cuando excepcionalmente cumplidas las circunstancias 1ª y 3ª del artº 90, el Juez de Vigilancia Penitenciaria lo considere procedente para los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena -en vez de las tres cuartas partes de la misma- siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 regula en los artºs 202 y ss, como beneficios penitenciarios, el adelantamiento de la libertad condicional (artº 205 RP) y la solicitud de indulto particular. Los mismos son definidos, a los efectos reglamentarios, como aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o del tiempo efectivo de internamiento (Artº 202.1 RP)²⁸.

Por lo que respecta al indulto particular el artº 206 RP norma que la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar que sea tramitada por el Juez de Vigilancia, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada de las circunstancias siguientes: a) buena conducta; b) desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para la preparación de la vida en libertad, y c) participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

²⁷ Sin que falten precedentes muy anteriores en el tiempo, la redención de penas por el trabajo se introdujo en la guerra civil de 1936 como solución al problema de la abundante población reclusa. El decreto de 28 de mayo de 1937 concedió el "derecho al trabajo" a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes. Por Orden de 7 de octubre de 1938 se creó el patronato central de redención de penas por el trabajo con sede en el Ministerio de Justicia. En esta disposición se fijó un módulo redentor de un día por cada día de trabajo. En el Código Penal de 1944 se determinó la equivalencia de un día de cumplimiento por dos de trabajo. La aplicación del beneficio se fue ampliando, y así tras la reforma del Código Penal por la LO 8/1983 se concedió el beneficio a las penas de reclusión, prisión y arresto mayor, y se extendió, a efectos de liquidación de condena, a los reclusos que hayan estado provisionalmente privados de libertad.

²⁸ Conforme al artº 203 RP tales beneficios "responden a las exigencias de la utilización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa". La propuesta de concesión de los mismos requerirá la ponderación razonable de los factores que la motiven "así como la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción" (artº 204 RP).

El nuevo artº 78 del CP, muy discutido parlamentariamente y criticado a nivel doctrinal, indica que "si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artº 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento".

Gráficamente, y desde un punto de vista de práctico, explica tal precepto García Arán²⁹ cuando dice que sería el caso de un individuo condenado a penas que sumadas supusieran 100 años de privación de libertad, de los que sólo debe cumplir 30 años, en tales casos podrá acordarse motivadamente la aplicación del artº 78, en cuyo supuesto el condenado sería puesto en libertad a los 30 años, pero sin poder acceder a la libertad condicional, puesto que sólo cabría concedérsela tras setenta y cinco años de cumplimiento efectivo (tres cuartas partes de los cien años totales, artº 90).

Este polémico precepto³⁰, encuadrable dentro del debate suscitado sobre el cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad, concede una facultad discrecional vinculada a la concurrencia de "peligrosidad criminal en el penado". Es obvio, pues, que su utilización se halla legalmente condicionada a la constatación de un pronóstico racional sobre la probabilidad de la comisión por su parte de ulteriores infracciones penales; lo que constituye un juicio lógico valorativo, que aún fundamentado en los imprescindibles informes técnicos al respecto, no es de sencilla constatación.

Es cierto, no obstante que, en el párrafo segundo de tal precepto, se admite la revisión de dicha medida de individualización ejecutiva, en atención a la evolución del tratamiento penitenciario del penado, si bien curiosamente hurtando tales facultades revisoras al Tribunal sentenciador, que es el que habrá acordado tan excepcional régimen de cumplimiento de la pena, para atribuírselas al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En cualquier caso, el uso de dicha posibilidad normativa, por la concreta remisión que el artº 78 del CP hace al artº 76 de dicho texto legal, habrá de limitarse a

²⁹ GARCÍA ARÁN MERCEDES: *Derecho Penal (parte general)*, escrita con MUÑOZ CONDE. Op cit supra, pág 573.

³⁰ El mentado artículo es duramente criticado por la doctrina. Así GONZÁLEZ CUSSAC escribe que tiene su origen en "una pretérita concepción basada en la idea de justicia retributiva, que no esconde nada más que un ideal de venganza, desconociendo cualquier otra finalidad de la pena, a no ser la prevención general intimidatoria o negativa" (*Comentarios al Código Penal de 1995*, obra coordinada por Vives Antón, Vol I, pág 449, 1996). En sentido igualmente crítico, se manifiesta ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA, que señala que tal precepto merece un claro rechazo, en cuanto inspirado exclusivamente en un pensamiento retributivo, pues las posibilidades de reinserción social quedarán anuladas de hecho en muchos casos, toda vez que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieren a la suma efectiva de todas las condenas impuestas, lo que puede suponer, sigue indicando dicha autora, la introducción de facto de la prisión perpetua, no prevista, sin embargo, en el catálogo de penas (*El sistema de penas II*, en *Revista Jurídica la LEY*, número 4011, de 9 de abril de 1996).

Para LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN ("El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador", 1996, pág 69) la remisión de la decisión final al Juez de Vigilancia Penitenciaria deja en la indefinición el régimen de cumplimiento y puede permitir considerables cotas de inseguridad jurídica.

los supuestos de concurso real de delitos, quedando excluido el concurso ideal contemplado en el artº 77. Sin embargo, tan excepcional régimen de cumplimiento, fijado en el mentado artº 78, es aplicable a toda clase de infracciones criminales, variándose, en este sentido, el criterio mantenido en sus referentes normativos, constituidos por el Proyecto de Código Penal de 1992, que contenía una disposición parecida, aunque circunscrita a los delitos de narcotráfico y terrorismo, y el Anteproyecto de LOCP de 1994, que lo admitía para las infracciones más graves de homicidio, determinadas figuras de lesiones, agresiones sexuales, detención ilegal, rebelión, sedición y terrorismo.

La utilización por parte de los Tribunales de tal precepto penal no es imperativa, y su adopción, en cualquier caso, habrá de estar debidamente motivada, y es susceptible de revisión a través del sistema de recursos.

Dentro de los beneficios penitenciarios que quedarían afectados por tal medida además, claro ésta, de la libertad condicional sería la concesión de los permisos de salida que exigen el cumplimiento de una cuarta parte de la condena (artº 47.2 LOGP y 154.1 RP), lo que haría el régimen penitenciario sumamente duro, salvo que se entendiese que tales permisos no serían técnicamente encajables en el concepto de beneficios penitenciarios, dado el tenor literal del artº 202.2 RP, que únicamente reputa como tales el adelanto de la libertad condicional y el indulto particular.

Por otra parte, por lo que respecta a la ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad (artº 49 del CP) y de los arrestos fines de semana (artº 37) habrá de tenerse en cuenta el RD 690/1996, de 26 de abril (BOE de 17 de mayo).

Por último, en otro orden de cosas, es preciso señalar que el incumplimiento, por el penado, de las penas que le fueron impuestas dará o podrá dar lugar a la revisión de las mismas, en fase de ejecución de sentencia. Así sucede en el caso de infracción por su parte de las obligaciones o deberes impuestos a los que se le condicionó la concesión de la suspensión de condena (artº 84), en el caso de incumplimiento o quebrantamiento de la pena sustitutiva de la privativa de libertad (artº 88.3), o del arresto domiciliario (artº 38.3).