

# **LA ARBITARIEDAD PENOLÓGICA EN LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA PENA**

---

Trabajo realizado por Sergio Fernández de Frutos, colegiado número 70777 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Noviembre de 2010.

En este trabajo se analiza la relación entre las circunstancias modificadoras de la pena y las correspondientes penas que determinan: mitad superior / mitad inferior / superior en grado / inferior en grado.

#### LEYENDA

- MÍN: Hace referencia a la pena mínima prevista en el tipo básico.
- MÁX: Hace referencia a la pena máxima prevista en el tipo básico.
- MITAD: Es el límite (superior o inferior) de la pena mitad inferior / mitad superior.
- PENA INF.: Es la pena mínima del tipo atenuado un grado.
- PENA SUP.: Es la pena máxima del tipo agravado un grado.
- CAMBIO ARBITRIO: Es la relación (expresada porcentualmente) que existe entre el arco penológico (pena máxima – pena mínima) que se tiene en la pena agravada / atenuada, respecto del arco penológico que existe en la pena correspondiente del tipo básico. Un 100% indica que los arcos penológicos son iguales.
- ATEN. GRAD., (ATENUACIÓN GRADO INFERIOR): Es la carga de atenuación de la pena que aporta la circunstancia que atenúa un grado. Es equivalente a la carga mínima de pena que reduce la circunstancia atenuante.
- AGRAV. GRAD., (AGRAVACIÓN GRADO SUPERIOR): Es la carga de agravación de la pena que aporta la circunstancia que agrava un grado. Es equivalente a la carga mínima de pena que incrementa la circunstancia agravante.
- ATEN. MIT. INF., (ATENUACIÓN MITAD INFERIOR): Es la carga de atenuación de la pena que aporta la circunstancia atenuante. Es equivalente a la carga mínima de pena que reduce la circunstancia atenuante.
- AGRAV. MIT. SUP., (AGRAVACIÓN MITAD SUPERIOR): Es la carga de agravación de la pena que aporta la circunstancia agravante. Es equivalente a la carga mínima de pena que incrementa la circunstancia agravante.
- TIPO: Es el objeto determinado, numerado, de las operaciones anteriores.

#### Supuesto n. 1

El supuesto presupone que la circunstancia que atenúa o agrava es la misma para los distintos tipos.

TIPO	PENA INF.	MÍN	MITAD	MÁX	PENA SUP.	ATEN. GRAD.	ATEN. MIT. INF.	AGRAV. MIT. SUP.	AGRAV. GRAD.	CAMBIO ARB. INF.	CAMBIO ARB. SUP.	CAM. ARB. MIT. INF.	CAM. ARB. MIT. SUP.
1	0,5	1	1,5	2	3	1,00	0,50	0,50	1,00	50,00%	100,00%	50,00%	50,00%
2	1	2	2,5	3	4,5	1,00	0,50	0,50	1,00	100,00%	150,00%	50,00%	50,00%
3	1,5	3	3,5	4	6	1,00	0,50	0,50	1,00	150,00%	200,00%	50,00%	50,00%
4	2	4	4,5	5	7,5	1,00	0,50	0,50	1,00	200,00%	250,00%	50,00%	50,00%

A. Las penas de los tipos básicos pueden significar que los tipos (1, 2, 3 y 4) aumentan su gravedad progresivamente (penas de 1 a 2 años en el tipo 1, de 2 a 3 años en el tipo 2...). Se podría pensar que el tipo 2, es el doble de grave que el tipo 1, el tipo 3 el triple de grave... Aunque la gravedad del tipo parece adquirir distintas respuestas según se observe la pena mínima, máxima o la relación de la máxima con la mínima.

#### B. AGRAVANTES.

- AGRAVACIÓN: La progresión de la AGRAVACIÓN (AGRAV. GRAD. Y AGRAV. MIT. SUP.) en los distintos tipos es **NULA** para este supuesto: la circunstancia agravante

añade en todos los casos la misma e idéntica cantidad de pena. La razón en cada tipo entre las agravaciones (de grado y de mitad superior), se mantiene y siempre es la misma: la agravante aporta una carga neta del doble en la superior de grado respecto de la mitad superior, lo que es así por definición.

- b. CAMBIO ARBITRIO: La progresión del cambio del arbitrio judicial se comporta de forma distinta para el grado superior y para la mitad superior. En los grados superiores, el cambio del arbitrio judicial **AUMENTA** en la misma proporción que aumentan las penas máximas de cada tipo. En el caso de las mitades superiores, el cambio del arbitrio judicial siempre permanece constante en el 50%, lo que es así por definición.

### C. ATENUANTES

- a. ATENUACIÓN: La progresión de la ATENUACIÓN (ATEN. GRAD. Y ATEN. MIT. INF.) en los distintos tipos es **NULA** para este supuesto: la circunstancia atenuante descarga en todos los casos la misma e idéntica cantidad de pena. La razón en cada tipo entre las atenuaciones (de grado y de mitad inferior), se mantiene y siempre es la misma: la atenuante resta una descarga neta del doble en la inferior de grado respecto de la mitad superior, lo que es así por definición.

- b. CAMBIO ARBITRIO: La progresión del cambio del arbitrio judicial se comporta de forma distinta para el grado inferior y para la mitad inferior. En los grados inferiores, el cambio del arbitrio judicial **AUMENTA** en la misma proporción que aumentan las penas mínimas de cada tipo. En el caso de las mitades inferiores, el cambio del arbitrio judicial siempre permanece constante en el 50%, lo que es así por definición.

D. CONCLUSIÓN: La progresión de la AGRAVACIÓN (AGRAV. GRAD. Y AGRAV. MIT. SUP.) no parece guardar relación con la variación de la naturaleza penológica de los tipos básicos. En este caso se desprendería que la incidencia de la circunstancia agravante en la pena es netamente la misma para todos los tipos; cuando la agravante concurriese con las acciones penales básicas contempladas (de distinta gravedad jurídica) añadiría siempre la misma cantidad de pena, según aquí se valora. Tampoco parecen guardar relación los cambios del arbitrio judicial con la circunstancia agravante como causa de ellos: Mientras el arbitrio judicial de las penas mitad superior / inferior, permanece constante en este sistema (se reduce por sistema y definición un 50 %), respecto de las penas básicas, el arbitrio judicial de las penas superiores / inferiores en grado aumenta progresivamente para este supuesto.

### Supuesto n. 2

TIPO	PENA INF.	MÍN	MITAD	MÁX	PENA SUP.	ATEN. GRAD.	ATEN. MIT. INF.	AGRAV. MIT. SUP.	AGRAV. GRAD.	CAMBIO ARB. INF.	CAMBIO ARB. SUP.	CAM. ARB. MIT. INF.	CAM. ARB. MIT. SUP.
1	0,5	1	1,5	2	3	1,00	0,50	0,50	1,00	50,00%	100,00%	50,00%	50,00%
2	0,5	1	2	3	4,5	2,00	1,00	1,00	2,00	25,00%	75,00%	50,00%	50,00%
3	0,5	1	2,5	4	6	3,00	1,50	1,50	3,00	16,67%	66,67%	50,00%	50,00%
4	0,5	1	3	5	7,5	4,00	2,00	2,00	4,00	12,50%	62,50%	50,00%	50,00%

- A. En este supuesto se mantiene fija la pena mínima de los distintos tipos y se incrementa progresivamente la máxima de cada uno de los cuatro tipos. Como en el supuesto anterior las

penas de los tipos básicos pueden significar que los tipos (1, 2, 3 y 4) aumentan su gravedad progresivamente.

## B. AGRAVANTES.

- a. AGRAVACIÓN: La progresión de la AGRAVACIÓN (AGRAV. GRAD. Y AGRAV. MIT. SUP.) en los distintos tipos es **POSITIVA** para este supuesto: la circunstancia agravante añade en cada tipo una carga de pena mayor, proporcional al aumento de las penas máximas de cada tipo. La razón en cada tipo entre las agravaciones (de grado y de mitad superior), se mantiene y siempre es la misma: la agravante aporta una carga neta del doble en la superior de grado respecto de la mitad superior, lo que es así por definición.
- b. CAMBIO ARBITRIO: La progresión del cambio del arbitrio judicial se comporta de forma distinta para el grado superior y para la mitad superior. En los grados superiores, el cambio del arbitrio judicial **DISMINUYE** en razón decreciente en cada tipo. En el caso de las mitades superiores, el cambio del arbitrio judicial siempre permanece constante en el 50%, lo que es así por definición.

## C. ATENUANTES

- a. ATENUACIÓN: La progresión de la ATENUACIÓN (ATEN. GRAD. Y ATEN. MIT. INF.) en los distintos tipos es **POSITIVA** nula para este supuesto: la circunstancia atenuante descarga en cada tipo una cantidad de pena mayor. La razón de la progresión es una proporción directa con el aumento de las penas máximas para cada tipo. La razón en cada tipo entre las atenuaciones (de grado y de mitad inferior), se mantiene y siempre es la misma: la atenuante resta una descarga neta del doble en la inferior de grado respecto de la mitad superior, lo que es así por definición.
- b. CAMBIO ARBITRIO: La progresión del cambio del arbitrio judicial se comporta de forma distinta para el grado inferior y para la mitad inferior. En los grados inferiores, el cambio del arbitrio judicial **DISMINUYE** en proporción inversa al incremento del marco penológico de los tipos básicos. En el caso de las mitades inferiores, el cambio del arbitrio judicial siempre permanece constante en el 50%, lo que es así por definición.

D. CONCLUSIÓN: La progresión de la AGRAVACIÓN (AGRAV. GRAD. Y AGRAV. MIT. SUP.), positiva en este supuesto, podría interpretarse como correspondiente al incremento en la gravedad del tipo, así, la intensidad de agravación de la misma circunstancia agravante guardaría proporción con la gravedad del tipo: pero esta conclusión se contradice en el supuesto n. 1. Se concluye que el aumento de la carga de agravación depende de aumentar el rango penológico del tipo básico. En el caso de las atenuantes, se podría concluir que conforme se incrementa la gravedad del tipo, el premio de la atenuante es mayor, pero también esta conclusión quedaría contradicha en el supuesto n. 1. Se concluye que la descarga de pena que aporta la atenuante cambia en función de la amplitud del rango penológico de cada tipo. La disminución del arbitrio judicial es consecuencia, en este supuesto, del aumento de la amplitud del rango penológico.

## CONCLUSIONES:

1. La existencia de circunstancias modificadoras de la pena, como una categoría racional y diferenciada, no se puede deducir de la sistemática del Código Penal.
2. La(s) pena(s) que se establece como consecuencia de la concurrencia de una circunstancia modificadora no guarda proporción con esta misma, ni se ajusta a razón alguna: es arbitraria.
3. La modificación del arbitrio judicial en las penas agravadas y atenuadas depende única y directamente de las siguientes fórmulas:
  - a. Variación en el arbitrio judicial entre el tipo básico y el tipo del grado superior:  
 $(MÁX/2)/(MÁX-MÍN)$ .
  - b. Variación en el arbitrio judicial entre el tipo básico y el tipo del grado inferior:  
 $(MÍN/2)/(MÁX-MÍN)$ .

Sergio Fernández de Frutos  
Abogado col. ICAM n. 70777  
e-mail: [sergio@icam.es](mailto:sergio@icam.es)