

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 1/1997, de 19 de febrero, sobre la determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de alguna eximente incompleta del nuevo Código Penal.

Referencia: FIS-Q-1997-00001

I

La consulta se refiere a la exégesis del art. 68 del nuevo Código Penal, relativo a la penalidad prevista para los supuestos de concurrencia de alguna eximente incompleta:

«En los casos previstos en la circunstancia 1ª del art. 21, los Jueces o Tribunales *podrán imponer*, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

La duda surge del aparente abandono del sistema anterior de forzosa rebaja de la penalidad.

Efectivamente, el precepto tiene su antecedente inmediato en el art. 66 del Código Penal derogado:

«Se *aplicará* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 64».

En el Código Penal de 1973 la presencia de una eximente incompleta determinaba una degradación preceptiva de la pena. La discrecionalidad del Juez o Tribunal -también, en último término, reglada por la necesidad de atención al número y entidad de los requisitos de la eximente que faltaren o concurrieren- se reducía a la elección de uno o dos grados de rebaja.

La utilización por el Código Penal de 1995 de la expresión «podrán imponer» en su art. 68 requiere precisar si ha de considerarse modificado el sistema legal, de forma que la rebaja de grado se habría convertido en meramente facultativa. El órgano judicial podría prescindir en determinados casos de degradar la pena, cuando considerase que la eficacia de la eximente incompleta no debe tener fuerza suficiente para desbordar el marco penal establecido en abstracto al delito.

Idéntico problema interpretativo aparece en relación con el art. 66.4ª, donde el legislador ha empleado la misma fórmula:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, 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».

La locución «podrán imponer» utilizada en ambos preceptos evoca una mera facultad y se opone a la de otros preceptos donde, resaltando sin ambages el carácter imperativo de la degradación, se dice «impondrá» o «se aplicará» (arts. 14.3, 62 o 63, 553 en contraste con otros preceptos como el art. 242.3).

II

Precisamente la exégesis histórica del art. 66.4ª proporciona el primer argumento en favor de considerar que, pese a la dicción legal, la degradación de la pena, al menos en un grado, ha de seguir considerándose obligatoria. En efecto, la locución utilizada en el art. 66.4ª -«podrán imponer la pena inferior...»- es idéntica a la de su inmediato precedente: El art. 61.5ª del Texto Refundido del Código Penal de 1973. Alguna jurisprudencia recaída en torno a ese art. no vio en ello obstáculo para considerar obligatoria la degradación.

Durante muchos años la jurisprudencia, atendiendo a la literalidad del art. 61.5ª, consideró que la degradación era facultativa: el órgano sentenciador podía optar por rebajar la pena uno o dos grados o por no degradar la pena, operando en esos casos el art. 61.1ª que determinaría la imposición de la pena señalada por la Ley al delito en su grado mínimo (entre otras, sentencias de 4 de mayo y 17 de diciembre de 1981, 5 de mayo y 6 de junio de 1986, 21 de diciembre de 1987 y 4 de abril de 1988).

Sin embargo la más reciente doctrina jurisprudencial ha modificado este criterio. Enlazando con antiguos antecedentes (sentencias de 7 de mayo de 1962 y 18 de enero de 1965, la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha sostenido que la degradación que preveía el art. 61.5ª era preceptiva, quedando limitado el arbitrio a optar entre el grado inmediatamente inferior o la rebaja en dos grados. Esa nueva línea jurisprudencial quedó abierta con la sentencia 2328/93, de 21 de octubre y se ha visto confirmada con las sentencias 1224/94, de 14 de junio y 228/96, de 15 de marzo.

El apartamiento del significado gramatical del precepto se apoyaba en razones fundamentalmente históricas. La regla 5ª del art. 61 era reproducción de la concebida por el legislador de 1932 al modificar la correspondiente del Código de 1870 que regulaba la cuestión en los siguientes términos: «cuando sean dos o más, y muy calificadas, las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los Tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias» (art. 82.5 del Código de 1870).

La reforma de 1932 obedecía al propósito de beneficiar al reo: la regla 5ª de su art. 67 extendió la rebaja a dos grados y sustituyó la exigencia acumulativa de varias atenuantes calificadas por la formulación alternativa de esos requisitos:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias».

En ese contexto la sustitución de la expresión «impondrán» por «podrán imponer» no podía responder al propósito de atribuir carácter meramente facultativo a la degradación, sino al de permitir a los Tribunales decidir si la rebaja que en todo caso había de acordarse, debía alcanzar un grado o dos. Otra interpretación, se argumentaba, resultaría incoherente con el propósito global de la reforma de este punto en 1932. La interpretación del precepto atendidos estos antecedentes debía prevalecer sobre su significado literal y gramatical.

Y, en otro orden de cosas, cabe también una lectura de la expresión «podrán imponer» en clave de degradación imperativa: el aspecto facultativo de la degradación («podrán») se refiere exclusivamente a la opción entre uno o dos grados de aminoración penológica.

En una primera aproximación parece que no existiría impedimento alguno para trasladar esa jurisprudencia a la exégesis del nuevo art. 66.4ª y, por extensión, a la del art. 68.

III

Este argumento se vería reforzado además, por otros de justicia y lógica.

Las eximentes incompletas representan en nuestro ordenamiento penal una disminución del carácter antijurídico de la conducta o de la culpabilidad del sujeto, fundamentada en la presencia de los elementos básicos de las eximentes, que les debe otorgar una fuerza superior a la de las atenuantes ordinarias. Concebir como meramente facultativa la rebaja de pena, supondría la posibilidad de equipararlas con las atenuantes ordinarias y permitir que un hecho en el que concurre una eximente incompleta pueda ser castigado igual que si se apreciase una simple atenuante.

Se ha dicho, de otra parte, que concebir la degradación como potestativa haría hasta cierto punto incoherente el mantenimiento de un régimen autónomo en el art. 68 para las eximentes incompletas: no se entendería por qué no han sido éstas reconducidas al tratamiento normal de las circunstancias recogido en el art. 66.

Finalmente se podría aludir a otro tipo de argumentos, como la comparación con el régimen del error (art. 14.3), o lo criticable que resultaría el desmesurado marco penal que el Juez o Tribunal podría recorrer.

IV

Ciertamente los argumentos que se acaban de exponer son de peso y generan dudas. Pero tanto la literalidad del precepto, como los antecedentes legislativos y el examen comparado con otros preceptos del Texto Punitivo hacen decantarse por la interpretación contraria.

Como en toda cuestión interpretativa han de seguirse aquí las pautas previstas con carácter general por el art. 3 del Código Civil, que remite en primer lugar al *sentido propio de las palabras de la ley*. Este sentido no parece admitir dudas cuando frente al «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados...» de la redacción anterior, se opone, «los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados...», de la nueva dicción legal. De los términos imperativos se ha pasado a los potestativos: el verbo «podrán» está indicando una facultad y no una obligación.

Por otra parte, la jurisprudencia que se aducía anteriormente y recaída con motivo del derogado art. 61.5ª ni ha sido pacífica históricamente ni lo es totalmente en la actualidad. La reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, aunque sea por vía de *obiter dicta*, cuestiona esa interpretación de los términos «podrán imponer», considerando que se trataría de una mera facultad o permiso refiriéndose ya al art. 66.4ª del nuevo Código Penal.

V

En segundo lugar, el art. 3 del Código Civil, pone en relación el sentido de las palabras de la ley, con su *contexto*, que en este caso y a los efectos que interesan ahora puede limitarse a la total redacción del art. 68 y especialmente a los puntos que suponen variación respecto del texto anterior.

Encontramos en primer lugar que cuando se permite la rebaja de la pena, se especifica que ha de ser «razonándolo en la sentencia», antes de decir que tal rebaja puede ser de uno o de dos grados. Esto confirma la idea de que se trata de una facultad discrecional concedida al Tribunal que, de otro modo debería operar automáticamente la rebaja y razonar exclusivamente la elección de uno o dos grados menos o la extensión de la pena dentro de cada uno de ellos. Y ello porque toda facultad discrecional se entiende que lo es sólo relativamente y conlleva siempre un cierto carácter reglado que se traduce en la obligación del Tribunal de ajustarse a criterios o parámetros y en todo caso, de razonar en relación con ellos, el ejercicio que haya hecho de la facultad en el caso concreto. En esta línea interpretativa se mueve la reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, ya aludida: la expresión «razonándolo en la sentencia» conecta con la atenuación misma, más que con la alternativa entre un grado o dos «como saliendo al paso de la exégesis que apoya la imperatividad».

En este orden de cosas, el nuevo art. 68 en concordancia con el carácter potestativo que se confiere a la rebaja de la pena aporta muchos más criterios para su determinación. Mientras el derogado art. 66 hablaba sólo de atender al número y entidad de los requisitos de la eximente que faltaren o concurrieren, el art. 68 impone la atención además, «a las circunstancias

personales del autor, y, en su caso, al resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

VI

Por otra parte, y siempre según el art. 3 del Código Civil, ese sentido propio de las palabras de la ley ha de ponerse también en relación con los *antecedentes históricos y legislativos*. Y en este marco resulta señaladamente ilustrativa una referencia tanto a la tramitación parlamentaria del art. 68, para indagar la voluntad del legislador, como a la génesis de la actual redacción de la regla 4ª del art. 66.

El Proyecto de Código Penal de 1994 al referirse a las eximentes incompletas hablaba claramente, al igual que el texto refundido de 1973, de la imposición preceptiva de la pena inferior en uno o dos grados. Aunque inicialmente no se había presentado ninguna enmienda para el debate en el Congreso, en la discusión en Comisión del precepto se planteó una enmienda «in voce» (sesión de 30 de mayo de 1995) que motivó la actual redacción del art. 68. La expresión «se aplicará» fue sustituida por los términos «podrán imponer». En defensa de tal enmienda se adujo expresamente el propósito de «sustituir ese carácter obligatorio que tiene para el Juez aplicar necesariamente la pena inferior en uno o dos grados, por la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados». La enmienda, que se respaldó invocando razones de coherencia con la flexibilización del sistema en materia de individualización de penas y la necesidad de incrementar las facultades del Juez o Tribunal, fue aceptada por unanimidad.

Se pone así en evidencia de forma inequívoca que el legislador de 1995 al utilizar la locución «podrán imponer» ha pretendido dotar a esas palabras justamente de su significado gramatical, fiel al propósito global de ampliar el arbitrio judicial en la tarea de individualización de la pena.

VII

A conclusiones semejantes se llega indagando en la génesis de la misma fórmula -«podrán imponer»- recogida en la regla 4ª del art. 66.

El Anteproyecto del Código Penal de 1992 en la regla 4ª de su art. 63 había sustituido la redacción del art. 61.5ª sentando claramente la imperatividad de la rebaja:

Quando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, y no concurra agravante alguna, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, impondrán 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.

El Consejo General del Poder Judicial en el informe que evacuó sobre el citado Anteproyecto postulaba suprimir esa modificación recobrando el carácter facultativo de la degradación:

El carácter preceptivo de la rebaja de la pena («impondrán») no se justifica, dado que parece preferible dejar, como hasta ahora, los efectos de atenuación al prudente arbitrio de los Tribunales.

La observación del Consejo General del Poder Judicial no fue atendida y se mantuvo la redacción en el Proyecto de 1992. Sin embargo en el Anteproyecto de 1994 se incorpora ya, en atención con toda probabilidad a esa indicación, y se vuelve a decir «podrán imponer» en lugar de «impondrán» (art. 65.1ª del Anteproyecto de 1994), con fórmula que atravesará ya sin alteración alguna todos los trámites legislativos hasta el actual art. 66.4ª.

Además al paso del Proyecto por el Congreso de los Diputados se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que proponía recuperar la fórmula del Proyecto de 1992 sustituyendo los términos «podrán imponer» por «impondrán».

Se evidencia así que la utilización de los términos «podrán imponer» ha sido plenamente consciente y no una reproducción del texto precedente (art. 61.5ª). Sólo esa inercia podría justificar, como hizo últimamente nuestro órgano de casación, superar la literalidad de la ley buscando una interpretación teleológica. La jurisprudencia recaída en los últimos años sobre el art. 61.5ª ha perdido su base argumental principalmente histórica y no sirve ya, por tanto, de

referente para la exégesis del art. 66.4 del nuevo Código Penal: se ha roto la vinculación con la modificación de 1932, apoyo fundamental para la tesis contraria.

VIII

La interpretación que se propugna la degradación es facultativa y no preceptiva queda totalmente apuntalada por otras razones de coherencia, derivadas del análisis de otros preceptos del Código Penal de 1995 así los arts. 171.3, 242.3, 376, 514.2, 565 ó 579 que utilizan similar locución refiriéndose muchos de ellos con claridad a una rebaja potestativa, refuerzan el argumento sistemático. Y el examen de los antecedentes parlamentarios de algunos de esos preceptos revela idénticas conclusiones.

Elocuente es a este respecto constatar el origen parlamentario del actual art. 579 que en materia de delitos de terrorismo permite en determinados casos una rebaja de penalidad empleando la misma expresión que los arts. 68 ó 66.4ª: «...los Jueces y Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley para el delito de que se trate...».

Pues bien, también en esta norma la fórmula «podrán imponer» fue fruto de una enmienda «in voce» aprobada por unanimidad en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 8 de junio de 1995. El citado precepto hablaba igualmente de rebaja preceptiva de la pena en uno o dos grados. Tras un intenso debate, el portavoz del Grupo Socialista presentó una enmienda «in voce» que había sido previamente consensuada con todos los grupos parlamentarios y que fijó la redacción del precepto en los términos que plasman en el vigente Código Penal. En defensa de esa redacción se dijo expresamente: «...el criterio taxativo que preveía el texto del proyecto, "impondrán", se sustituye por un criterio valorativo, "podrán imponer"».

Se pone de manifiesto así nuevamente que el legislador de 1995 con la locución «podrán imponer» quería expresar justamente su significado gramatical: una facultad del juzgador. A conclusiones similares lleva el examen de los antecedentes parlamentarios del actual art. 376 donde se produjo idéntica mutación.

IX

Del desarrollo argumental realizado, y aun admitiéndose que la cuestión presenta perfiles no totalmente nítidos y definitivos, se desprende que el art. 68 del nuevo Código Penal ha querido modificar el tratamiento penológico de las eximentes incompletas convirtiendo la degradación en uno o dos grados en una facultad del Juez o Tribunal.

La regulación autónoma de los efectos atenuatorios de las eximentes incompletas y no en el propio art. 66, tendría su explicación no sólo en los avatares legislativos, sino también en una consideración adicional y plenamente congruente con el sistema: la presencia de una o varias agravantes, como se deduce expresamente del art. 68, no excluiría la posibilidad de atenuación privilegiada, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del art. 66.4ª.

Ciertamente esa opción del legislador puede ser criticable desde la dogmática en atención a la mayor disminución de la antijuricidad o de la culpabilidad que representan las eximentes incompletas, situadas en una zona intermedia entre las eximentes y las atenuantes. Esas razones no son suficientes para, por vía interpretativa, corregir el sentido de la Ley, sin perjuicio de lo que pueda decidir la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero desde luego sí autorizan a realizar dos tipos de consideraciones.

De un lado, ha de entenderse que por evidentes razones de proporcionalidad ante la presencia de una eximente incompleta lo ordinario será rebajar la pena al menos en un grado. Sólo en casos excepcionales en que sea patente la improcedencia de la degradación por las circunstancias concurrentes, prescindirán los Fiscales de solicitar la pena degradada, operando exclusivamente con el art. 66.

Por otra parte, siempre será necesario consignar en la sentencia los motivos por los que el órgano judicial no hace uso de la posible degradación. La facultad es discrecionalidad pero no

arbitrariedad y no es rechazable un eventual control casacional (entre otras, sentencia 629/1996, de 26 de septiembre).

Conclusiones

1.º El art. 68 del Código Penal de 1995 al emplear los términos «podrán imponer» está indicando una facultad, de forma que el Juez o Tribunal ante la presencia de una eximente incompleta podrá optar por mantener la pena señalada al delito o por rebajarla en uno o dos grados.

2.º El principio de proporcionalidad y el carácter de las eximentes incompletas hacen conveniente entender que lo ordinario será la degradación de la pena. Sólo en casos excepcionales en que esté plenamente justificada esa decisión se prescindirá de la rebaja, lo que hace especialmente exigible la motivación en la sentencia.