

CONCLUSIONES

1.º El artículo 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.

CONSULTA NÚMERO 2/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA ANTE LA CONCURRENCIA DE VARIAS ATENUANTES O UNA MUY CUALIFICADA.

I

La consulta elevada versa sobre la regla 4.ª del artículo 66 del nuevo Código Penal, que contempla los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada:

«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.»

Dos problemas suscita la exégesis del precepto transcrito:

El primero es el planteado en la Consulta: cuando concurren también agravantes, ¿queda desplazada esa regla 4.ª en favor de la 1.ª del mismo artículo?

La segunda cuestión obliga a precisar si en los supuestos de la regla 4.ª del artículo 66 la rebaja de, al menos, un grado es preceptiva

o meramente facultativa, de forma que el Juzgador pese a la concurrencia de varias atenuantes puede imponer la pena-tipo, razonando los motivos por los que no considera procedente la rebaja de penalidad. Este segundo problema que tiene también aquí interés pues en alguna medida pueden condicionar el anterior, es abordado en la Consulta 1/1997 analizando el artículo 68 del código Penal de 1995 en solución que es extrapolable al precepto que ahora se comenta: la rebaja de penalidad es potestativa.

II

La resolución de la cuestión relativa a la operatividad del artículo 66.4.^a cuando concurre alguna circunstancia agravante reviste cierta oscuridad.

En principio caben tres posibles interpretaciones:

a) Entender que la regla 4.^a del artículo 66 es aplicable también cuando concurren circunstancias agravantes: la apreciación de una agravante no veda la posible degradación de la pena prevista en tal norma.

b) Considerar que el artículo 66.4.^a contempla la concurrencia exclusiva de una atenuante muy cualificada o varias atenuantes. Para las hipótesis de apreciación simultánea de circunstancias atenuantes y agravantes la regla aplicable sería la 1.^a del mismo precepto que excluiría la 4.^a

c) Cabría finalmente estimar que la posibilidad de degradación del artículo 61.4.^a es factible cuando se da una sola circunstancia agravante, pero no cuando concurren varias, o incluso en una interpretación más recreadora considerar que podrían compensarse atenuantes y agravantes para indagar si permanece o no el fundamento de la atenuación privilegiada.

III

La primera tesis, según la cual la presencia de agravantes no impediría la degradación, vendría apoyada por los siguientes argumentos:

a) El primero, de tipo histórico, es el que tiene más fuerza: en el código Penal de 1995 se ha suprimido la exigencia expresa de que no concurriese agravante alguna para la posible degradación cuando se

aprecian varias atenuantes o una muy cualificada. La supresión ni ha sido algo inadvertido, ni ha obedecido a la consideración de que el inciso podría resultar superfluo. Responde al propósito de permitir la rebaja privilegiada aunque concurra alguna agravante. El examen de los antecedentes prelegislativos conduce a esa conclusión.

La supresión del inciso «y no concurra agravante alguna que aparece en el artículo 61.5 del Texto Refundido de 1973 y figuraba igualmente en el Anteproyecto de 1992 atiende a la observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial postulando su desaparición pues en opinión del órgano constitucional citado no debía «mantenerse el carácter obtativo que, respecto a la rebaja privilegiada que en este precepto se regula, tiene la simple concurrencia de algún agravante».

Aunque el Proyecto de 1992 no incorporó esa indicación, sí lo hizo el Proyecto de 1994 dando así lugar a la redacción que se lee finalmente en el texto publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Se pondría así de manifiesto que el propósito del legislador era permitir la degradación aunque la presencia de varias atenuantes fuese acompañada de algún agravante.

b) Por otra parte, en el artículo 66.4.^a no aparece el adverbio «sólo» que sí figura en el artículo 66.2.^a Se da a entender con eso que el artículo 66.4.^a parece contemplar todos los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada y no exclusivamente aquéllos en que solamente concurren esas atenuantes. Pero este argumento gramatical no es concluyente en la medida en que el adverbio «sólo» tampoco figura en la regla 3.^a del artículo 66, como se razonará después.

c) En otro orden de cosas cabría argüir un argumento de analogía con el artículo 68 regulador de la eficacia atenuatoria de las eximentes incompletas. Su régimen ha quedado parificado con los casos de concurrencia de varias atenuantes o una cualificada. De ahí se puede llegar a deducir que la equiparación debe ser total. Y si en el caso de eximentes incompletas la presencia de alguna agravante no impide la degradación, tal y como se deduce del inciso final del artículo 68, tampoco debe impedirlo en los casos del artículo 66.4.^a

d) Finalmente, el carácter facultativo y no imperativo de la rebaja de pena prevista en el artículo 66.4.^a crea un campo más propicio para optar por esta tesis. La degradación imperativa crearía situaciones poco acordes con la equidad (piénsese en la concurrencia de dos o más agravantes junto a una atenuante cualificada). Al tratarse de una mera facultad se permite no hacer uso de ella cuando se aprecien datos que lo hagan desaconsejable como puede ser la presencia

de una agravante. En sintonía con la jurisprudencia más reciente el nuevo código Penal potencia la necesidad de que el ejercicio del arbitrio sea motivado y no arbitrario. así se propicia un más eficaz control a través de los recursos que posibilitará impugnar y corregir los casos en que se realice un uso abusivo de esa facultad de atenuación privilegiada, lo que puede suceder cuando existan una o varias agravantes, y las atenuantes presentes no tengan la suficiente entidad para llegar a la degradación autorizada en la regla 4) del artículo 66 (por ejemplo, en principio no sería razonable degradar la pena existiendo tres agravantes y una sola atenuante cualificada).

IV

La segunda de las posiciones antes expuestas es la propugnada por la fiscalía que realiza la Consulta: la presencia de una circunstancia agravante atrae necesariamente la regla 1.^a del artículo 66 en detrimento de la 4.^a. Su defensa se basaría en las siguientes razones:

a) No basta con constatar cuál ha sido el propósito del legislador. Para el intérprete lo decisivo es la *voluntas legis* y la lectura detenida del artículo 66 lleva a la conclusión de que la concurrencia simultánea de atenuantes y agravantes está regulada en su regla 1.^a. La 4.^a solo puede referirse a la concurrencia exclusiva de varias atenuantes o una muy cualificada, porque el supuesto de presencia coetánea de agravantes ya está tratado previamente.

b) La desaparición del inciso «y no concorra agravante alguna» que recogía el derogado artículo 61.5.^a no tiene ningún alcance pues la aclaración resultaría superflua a la vista del artículo 66.1.^a

c) Criterios históricos y de lógica imponen asimismo excluir la posibilidad de degradación cuando concorra alguna circunstancia agravante, por más que sean varias las atenuantes presentes o una cualificada. No sería proporcionada la rebaja de penalidad autorizada por el artículo 66.4.^a ante la presencia de dos o más agravantes y una sola atenuante cualificada.

d) El principio de especialidad conduciría a igual estimación: el artículo 66.1.^a debe considerarse ley especial frente al artículo 66.4.^a, y por tanto de preferente aplicación.

e) También el artículo 68 puede ser esgrimido como argumento en favor de esta tesis. En esta norma se alude expresamente en su inciso final a la posible concurrencia de circunstancias agravantes, lo que no sucede en el artículo 66.4.^a. De ahí se colige que en el

artículo 68 –exención incompleta– la presencia de una agravante no excluye la degradación de la pena. Sin embargo en el artículo 66.4.^a no se alude para nada a la toma en consideración de la posible concurrencia de agravantes para graduar la pena. Es más, se dice que ésta se determinará atendiendo a la entidad y número de dichas circunstancias (es decir, las atenuantes concurrentes). Si la regla fuese también aplicable cuando concurren agravantes, se hubiese aludido necesariamente a la consideración de las posibles agravantes para la individualización definitiva de la pena. La tesis contraria conduciría al absurdo de hacer caso omiso de la posible concurrencia de agravantes en el momento de concretar la duración de la pena. Es más, en rigor según el tenor literal del precepto la presencia de una o varias agravantes no sería tenida en cuenta ni siquiera para decidir la rebaja de grado.

f) La estructura del precepto refuerza este entendimiento: en la regla 1.^a se regulan todos los casos de ausencia de circunstancias o concurrencia simultánea de circunstancias de uno y otro signo. Las siguientes reglas irían destinadas a reglamentar las demás hipótesis: la 3.^a las de concurrencia exclusiva de agravantes; y la 2.^a y 4.^a las de apreciación exclusiva de atenuantes. La regla 4.^a sería una especificación de la regla 2.^a

g) Por fin, debe advertirse, incidiéndose en algo ya apuntado, que en la regla 3.^a tampoco se incluye el adverbio «sólo» (que desapareció en la tramitación parlamentaria) y pese a ello es claro que en los supuestos en que concurren agravantes junto con atenuantes la regla a aplicar es la 1.^a y no la 3.^a. Pues bien, de igual forma, aunque en la regla 4.^a tampoco se diga expresamente que sólo han de concurrir atenuantes, esa apreciación se deduce igualmente de todo el precepto.

V

A tenor de la tercera tesis antes enunciada ante la concurrencia de dos circunstancias agravantes quedaría vetada la posibilidad de la rebaja de pena autorizada por el artículo 66.4.^a; disminución que sí sería posible, sin embargo, si se tratase tan solo de una agravante. El fundamento de esta interpretación habría que buscarlo en el plural que utiliza la regla 1.^a del artículo 66 («cuando concurren *unas y otras*») que haría que solo entrase en juego cuando estuviésemos ante varias atenuantes y varias agravantes.

Esta interpretación, sin embargo, debe ser desechada pues, aunque mediante ella se llegaría a una solución que permitiría respuestas pon-

deradas, genera disfunciones. De aceptarse se llegaría a la conclusión de que el supuesto de concurrencia de una atenuante y una agravante no está contemplado por la Ley y habría que solucionarlo a través de la analogía. Y de igual forma tendríamos que los casos de concurrencia de dos agravantes y una atenuante podrían ser reconducidos a la regla 3.^a, lo que carece de lógica.

A la vista de estas consideraciones resulta claro que la utilización del plural en la regla 1.^a del artículo 66 no es más que una fórmula de estilo que pretende abarcar tanto la concurrencia de varias circunstancias de uno y otro signo, como la apreciación de una sola atenuante y una sola agravante.

Por fin, una variante de esta última tesis vendría representada por recuperar, por vía interpretativa, la posibilidad de compensar atenuantes y agravantes. Ante la presencia simultánea de atenuantes y agravantes habría que aplicar preferentemente la regla 1.^a. Pero si, compensada racionalmente una agravante con una atenuante de forma que la fuerza agravatoria de aquélla se entiende anulada por ésta, permaneciesen otras dos atenuantes o una cualificada, sería factible la utilización del artículo 66.4.^a con la consiguiente posible degradación.

Esta última tesis ofrecería unos resultados seguramente más ajustados pero no puede aceptarse pues llega a manipular la dicción legal introduciendo criterios no presentes en el texto normativo.

VI

El desarrollo argumental desplegado pone de manifiesto que se trata de una cuestión dudosa que deberá dar lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. La voluntad del legislador parece tropezar con la dicción literal de la Ley que no acierta a decir lo que posiblemente se quiso decir.

En trance de optar por una solución y aun admitiéndose lo discutible del tema parece que, en tanto la jurisprudencia se decante por una u otra de las interpretaciones posibles, debe darse prevalencia a la *voluntas legis* y entender que la presencia de una agravante impide la aplicación de la regla 4.^a del artículo 66, reconduciéndose esos supuestos a la regla 1.^a del citado artículo 66.

En conclusión, mientras no se produzca una línea jurisprudencial que marque otra senda interpretativa, los Fiscales entenderán que ante la concurrencia de atenuantes junto con agravantes será de aplicación la regla 1.^a del artículo 66.