

## CONCURRENCIA DE DOS O MÁS ATENUANTES O UNA MUY CUALIFICADA. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

ELENA JOVER COY

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Reseña histórica. 3.- Código Penal de 1973. 4.- Código Penal de 1995.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Jurisprudencia de los últimos años de vigencia del Código Penal de 1973, interpretó la regla quinta del art. 61 de dicho Cuerpo Legal en el sentido de que, ante la concurrencia de dos o más atenuantes o una muy calificada, era forzoso para el Juzgador atenuar la pena en, al menos, un grado, quedando a su arbitrio la posibilidad de rebajarla en dos.

Con la presente exposición pretendo abordar cuál es la postura que actualmente mantiene el Tribunal Supremo, tras el Código Penal de 1995, respecto a la concurrencia de atenuantes anteriormente aludida.

### 2. RESEÑA HISTÓRICA

El Código Penal de 1870, establecía en su art. 82.5: «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».

La claridad de este precepto no originaba ningún tipo de duda en su aplicación. Si se cumplían los requisitos en el mismo expresados, la rebaja había de aplicarse con carácter imperativo (*impondrán*).

El Código Penal de 1932, que no es sino una mera reforma del Código de 1870, recogía la regla anterior en su art. 67.5, pero introdujo algunas modificaciones. Y así disponía que: «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».

La sustitución del término *impondrán* por *podrán imponer* no pretendió atribuir un carácter facultativo a la rebaja. La propia exposición de motivos de este Cuerpo Legal justificaba la modificación afirmando que «se abre el arbitrio del Juez para rebajar las penas en caso de atenuación calificada». Es decir, que como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1993 (RJ. 7819) respecto a la citada reforma, el Juez «tendrá» que rebajar la pena, si bien podrá optar, haciendo uso de su arbitrio, en uno o dos grados». A idéntica conclusión llega la Sentencia de 14 de junio de 1994 del mismo Tribunal (RJ. 4995) que expone con toda claridad que «la reforma llevada a cabo por el legislador de 1932 responde sin duda alguna al propósito e intención de beneficiar al reo, en la medida en que la rebaja o aminoración de la sanción se extiende a dos grados... La sustitución por el legislador de la expresión IMPONDRÁN del Código de 1870, por la de PODRÁN IMPONER, no debe pues, responder al propósito de atribuir carácter meramente facultativo a la rebaja en sí, sino la de permitir a los Tribunales si la rebaja, que debe acordarse siempre, debe alcanzar uno o dos grados».

### 3. CÓDIGO PENAL DE 1973

El Código Penal de 1973, con una redacción casi idéntica a la del art. 67.5 del Código de 1932, establecía en el art. 61.5 que: «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, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias».

Durante muchos años la Jurisprudencia interpretó esta regla en el sentido de que el Juzgador podía optar entre rebajar la pena en uno o dos grados o no efectuar rebaja alguna, en cuyo caso la pena se impondría en su grado mínimo en aplicación del artículo 61.1. Así lo recogen, entre otras, las Sentencias de 21 de diciembre de 1987 (RJ. 9818), 4 de Abril de 1988 (RJ. 2702), 22 de septiembre de 1992 (RJ. 7214) y 31 de mayo de 1993 (RJ. 4291).

Sin embargo, en los últimos años de vigencia del Código de 1973, el Tribunal Supremo cambió este criterio y estableció que la concurrencia de dos o más atenuantes o una sola muy calificada debía dar lugar necesariamente a la rebaja de la pena en un grado, quedando al arbitrio del órgano sentenciador la posibilidad de rebajarla en dos grados. Esta nueva interpretación se contempla en las Sentencias de 21 de octubre de 1993 (RJ. 7819), y de 14 de junio de 1994 (RJ. 4955) que, analizando los antecedentes históricos expuestos anteriormente, consideran que es la más acorde con el espíritu del legislador.

### 4. CÓDIGO PENAL DE 1995

El Código Penal de 1995 recoge el antiguo artículo 61.5, con alguna modificación, en el artículo 66.4: «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».

Lo primero que se observa en el nuevo Código es la sustitución de «calificada» por «cualificada».

Por otra parte se ha suprimido por tanto la exigencia contenida en el antiguo artículo 61.5 de que «no concorra agravante alguna». ¿Qué ocurre entonces si concurren dos o más atenuantes con alguna agravante? ¿Será aplicable el número 4 del artículo 66 o por el contrario se aplicará el número 1 procediendo los Jueces o Tribunales a individualizar la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la Sentencia? La cuestión la aborda directamente la consulta 2/1997 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado que se inclina por la aplicación de la regla primera del artículo 66 cuando concorra alguna agravante, impidiendo la aplicación en estos casos de la regla 4ª de este artículo, a la espera de que sea la Jurisprudencia la que decida la línea a seguir.

Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal y a la vista de los antecedentes examinados, surgió la incertidumbre en torno a la interpretación que del artículo 66.4 iba a efectuar el Tribunal Supremo y si la rebaja sería preceptiva en un grado y facultativa en dos o por el contrario el Juzgador quedaba en libertad para no aplicar rebaja alguna.

El tema es especialmente interesante por su trascendencia práctica, ya que no son pocos los casos de concurrencia de varias atenuantes o una muy cualificada por lo que reviste enorme importancia el criterio que mantenga la Sala Segunda.

Pero es que además la incertidumbre que siempre engendra un nuevo Código Penal sobre el que todavía no existe abundante jurisprudencia, se ha incrementado en el caso que nos ocupa con la Consulta 1/1997 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado.

Esta consulta al analizar la regla cuarta del artículo 66, considera que con el nuevo Código, la jurisprudencia recaída en los últimos años sobre el artículo 61.5 ha perdido su base argumental principalmente histórica y no sirve ya, por tanto, de referente para la exégesis del artículo 66.4. La Fiscalía estima que, en la actualidad, el Juez o Tribunal ante la concurrencia de dos o más atenuantes o una muy cualificada podrá optar por mantener la pena señalada al delito o por rebajarla en uno o dos grados. Se apoya para ello en que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto del Código Penal, hoy en vigor, el Congreso de los Diputados rechazó una enmienda presentada por Coalición Canaria que pretendía la sustitución de los términos «podrán imponer» por «impondrán», por lo que la utilización de «podrán imponer» (y no impondrán) según la Fiscalía ha sido plenamente consciente.

Asimismo, la consulta 1/1997, en referencia al artículo 68, relativo a las eximentes incompletas, llega a una conclusión idéntica a la expuesta con motivo del art. 66.4.

Ante el nuevo criterio interpretativo consagrado por la Fiscalía General del Estado éramos muchos los Juristas que nos preguntábamos si el Tribunal Supremo iba a seguir la nueva línea marcada por la Consulta 1/1997, o por el contrario iba a continuar con la interpretación mantenida en los últimos años.

Esta incertidumbre ha quedado zanjada con las últimas Sentencias del Alto Tribunal. En concreto la reciente Sentencia 8/1998, de 8 de enero, Ponente Luis-Román Puerta Luis (pendiente de publicación), en relación al Recurso 1.335/97, abordando directamente el problema, se aparta de la tesis sostenida por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/1997, entendiéndolos válidos, para el nuevo texto legal, los argumentos que la Jurisprudencia ha venido manteniendo respecto del antiguo art. 61.5. En consecuencia lo único potestativo para el Juzgador es rebajar la pena en uno o dos grados, pero se mantiene la obligatoriedad de rebajarla necesariamente en uno. En este sentido, como afirma la citada Sentencia, se pronuncian también las Sentencias de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997.