

LA ATENUANTE DE CONFESIÓN Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal de Consumidores y Usuarios. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Posibilidad de apreciar la atenuante de confesión del artículo 21.4 del CP solo en la fundamentación jurídica de la sentencia, al margen de su constatación fáctica en los hechos probados sin que ello suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva por vulneración del artículo 120.3 de la Constitución, en relación con el 72 del CP, y por infracción del artículo 849.1 de la LECrim. Tras el acuerdo del no jurisdiccional del Pleno de 23 de marzo de 1998, la interpretación que se hace del artículo 66.2 del CP es la siguiente: resulta obligatorio bajar en un grado la pena, potestativo en dos.

Palabras claves: pena, individualización, atenuantes y fundamentación.

Fecha de entrada: 12-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-04-2015

ENUNCIADO

Una persona golpea cruelmente a otra con un palo. Los golpes son contundentes y reiterados, y el palo con el que ejecuta la acción de considerables proporciones. La persona agredida cae al suelo, herida de gravedad. El agresor, a continuación, se marcha del lugar de los hechos para volver poco después. Al ser consciente de la gravedad de las heridas, procede a ayudar al señor, alertando también a unos vecinos y reconociendo luego su autoría ante la Guardia Civil. Ya en el centro de salud, no obstante la debida atención médica, no se puede evitar el deceso de la persona como consecuencia de los golpes sufridos en la cabeza, que le produjeron una fractura ósea con destrucción de los centros neurológicos vitales.

Celebrado el juicio, la Audiencia condenó al imputado como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía –con la concurrencia de las atenuantes simples de confesión y reparación del daño y sin agravante alguna– a la pena de 15 años de prisión, por estimarla inferior en un grado, calculando un marco temporal de 7 años y medio a 15, tras la interpretación del artículo 70.1.2.^a del CP. En el caso de la atenuante de reparación, su motivación se hizo constar en la fundamentación jurídica de la sentencia, previa mención fáctica. Sin embargo, el tribunal apreció la confesión solo razonándola en los fundamentos de derecho, sin alusión alguna a la misma en los hechos probados, y sin que la defensa pidiera su estimación como cualificada. Es decir, se recoge una atenuante simple de confesión sin que esta se infiera de los hechos declarados probados de manera expresa, a diferencia de la otra atenuante que sí ocupó el lugar sistemático dentro de la estructura de la sentencia.

Cuestiones planteadas:

- ¿Puede apreciarse la atenuante de confesión del artículo 21.4 del CP solo en la fundamentación jurídica de la sentencia?
- ¿Ello supondría vulneración de la tutela judicial efectiva por infracción del artículo 120.3 de la Constitución, en relación con el 72 del CP?
- ¿Hay infracción del artículo 849.1 de la LECrim.?
- ¿La pena impuesta es la correcta? ¿La rebaja en un grado es correcta?

SOLUCIÓN

Las cuestiones planteadas las vamos a ubicar, por razones sistemáticas y para una más adecuada y comprensible exposición, en dos, que, a su vez, se subdividirán en otras:

1. Puede apreciarse la atenuante de confesión del artículo 21.4 del CP solo en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que ello suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva por vulneración del artículo 120.3 de la CE, en relación con el 72 del CP, y por infracción del artículo 849.1 de la LECrim.?

Con esta pregunta, damos respuesta a dos cuestiones: la primera viene expresamente indicada en el enunciado de la cuestión, la atenuante de confesión y su estimación o no; la segunda busca resolver si se puede recurrir por la vía del artículo 841.1 de la LECrim. un problema de esta naturaleza. A este asunto le daremos cumplida atención tras la exposición razonada de la primera.

El artículo 72 del Código Penal impone el deber de motivar la individualización de la pena: «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Existe, además, el deber de fundar los hechos, la calificación jurídica de ellos y la pena finalmente impuesta. Si el tribunal aprecia una atenuante simple de confesión del artículo 21.4 del CP, sin que esta se deduzca de los hechos declarados probados, ¿cómo motivar solo jurídicamente aquello que carece del debido soporte fáctico? La reparación parece haber sido correctamente motivada, su estimación como simple tiene el debido encaje legal dentro de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, porque de lo fáctico se infiere lo jurídico y su fundamentación. Como dice la jurisprudencia, "los tribunales deben exteriorizar (hechos) los elementos de juicio sobre los que se basan, y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional"».

Si bien se desprende de lo indicado en el párrafo anterior que cualquier recurso de casación que invocara dicha vulneración prosperaría por una aparente invención desde la nada de la atenuante de confesión, lo cierto es que, tras bucear por la jurisprudencia existente al respecto, la respuesta no está tan clara. Puede producir indefensión (siendo contrario a la legalidad) contradecir el tenor literal del relato fáctico, incluyendo una atenuante inventada, solo invocada como simple por la defensa y no como calificada; pero el sentido común nos dice que su estimación es favorable al reo. Ahora bien, dejando de lado algo tan evidente y centrándonos en lo que se pretende con el caso: descubrir si se puede aceptar en una sentencia una suerte de mezcla fáctica y jurídica en los fundamentos de derecho sin quebrantamiento del artículo 120.3 de la CE (en relación con el art. 72 del CP), lo cierto es que la jurisprudencia ya ha dado respuesta a estas cuestiones: «Se admite en ocasiones, nunca en perjuicio del acusado, que los hechos probados... puedan ser complementados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación; es decir, el *factum* de la resolución puede integrarse con los datos puramente fácticos que obran en los fundamentos jurídicos». Hete aquí que cabe un fallo con la atenuante cuando el relato de hechos también está en la fundamentación jurídica. Aclara esa misma jurisprudencia que, en este

caso, la impugnación de la sentencia –por impugnación de las declaraciones como error de derecho– resultaría posible por la vía del artículo 849.2 o del 852 de la LECrim., pero no por la vía del artículo 841.1 de la LECrim. (no se trata de una infracción de ley).

Por tanto, cabe, aunque inadecuadamente, resolver de manera positiva la cuestión de la atenuante inferida de la fundamentación jurídica, y también concluimos que la vía impugnatoria es (o sería) otra muy diferente a la del artículo 841.1 de la LECrim. La sentencia debe constituir un cuerpo sistemático y ordenado, donde, empezando por la correcta exposición de los hechos probados, se deduzca el *factum* según el sentido de la estructura lógica y tras la fundamentación jurídica, cuyo apoyo debe surgir del antecedente fáctico. La Audiencia, al apreciar así, desubicada, la atenuante simple, ha vulnerado la sistemática y la armonía propias de toda sentencia judicial. Los hechos no deben estar en los fundamentos de derecho, menos aún cuando ese complemento fáctico obra en perjuicio del reo (no es nuestro caso), porque podría producir su indefensión.

2. ¿La pena impuesta es correcta? ¿La rebaja en un grado es correcta? En definitiva, ¿cuál es la correcta individualización de la pena?

Tengamos en cuenta los siguientes datos que nos proporciona el caso para ordenar la exposición: a) Atenuante del artículo 21.4 (confesión); b) atenuante del artículo 21.5.^a (reparación), c) la condena a 15 años de prisión; d) no concurren agravantes, y e) se trata de un asesinato con alevosía del artículo 139 del CP.

Según dispone el artículo 66 del CP: «1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».

El delito de asesinato del artículo 139 del CP está castigado con la pena base de 15 a 20 años de prisión. La Audiencia pone la pena de 15 años, considerando que ha bajado un grado y que el marco temporal de ese grado inferior oscila entre 7 años y medio y 15. ¿Es correcto? ¿Es obligatorio bajar en dos grados a tenor de lo que nos indica el artículo 66.2 del CP?

El nuevo Código Penal de 1995 suprimió las anteriores categorías de las penas (reclusión, prisión, arresto, etc). Ahora solo se habla de prisión. Existe el problema del solapamiento en la cifra de 15 años, y tenemos que saber cuándo empieza el grado inferior, si a los 15 o a los 14 años 11 meses y 30 días. Por otro lado, el caso nos delata la imposición expresa de la pena inferior en un grado y el precepto (art. 66.2) dice: «Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes». Parece que admite la bajada en uno o en dos.

Empezando por la segunda cuestión, la interpretación que la jurisprudencia hace de este precepto es la siguiente tras el acuerdo del no jurisdiccional del Pleno de 23 de marzo de 1998: Resulta obligatorio bajar en un grado la pena, potestativo en dos. ¡Pues ya está!, si entendemos que 15 años es el grado inferior (de 7 años y medio a 15), la pena es la correcta, porque la existencia de dos atenuantes, sin la concurrencia de agravante alguna, obliga a bajar en un grado y facultada en dos. Es evidente que el segundo grado inferior estaría comprendido en el marco temporal de entre 3 años y 9 meses (45 meses, mitad de la cifra) hasta 7 años y 6 meses, cifra de la que se parte para calcular la segunda bajada de grado (por aplicación del art. 70.2 CP).

Visto así, todo resulta claro y en el caso concreto está bien aplicado imponiendo la pena de 15 años de prisión. Pero sucede que la cifra 15 se solapa para el cálculo de la pena superior y la inferior; es decir, no puede coincidir esa cifra y servirnos tanto para la pena superior en grado como para la pena inferior en grado. Y es aquí donde se equivoca la Audiencia, porque 15 años están dentro del grado de la pena base inicial. Cuando el artículo 139 del CP impone la pena de 15 a 20 años por el delito alevoso de asesinato, esos 15 años son de donde se parte en abstracto. La jurisprudencia, una vez más, ha procedido a interpretar la dosimetría de la siguiente manera, con la finalidad de evitar ese solapamiento: partiendo de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre en el apartado 1.º, regla 1.ª y 2.ª del artículo 70, al utilizar las expresiones «partiendo de la cifra máxima» y «partiendo de la cifra mínima», el grado máximo inferior será de 14 años, 11 meses y 30 días y el grado máximo superior sería 19 años, 11 meses y 30 días. Por tanto, la pena de 15 años no ha bajado de grado y se mantiene dentro de los parámetros temporales de la pena tipo del artículo 139 (de 15 a 20). Solo sería admisible, apreciadas las atenuantes dichas, una pena inferior en grado desde los 7 años y medio hasta los 14 años, 11 meses y 30 días.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, arts. 24, 120.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.4, 66, 70, 72 y 139.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 841.1, 849.2 y 852.
- SSTS 990/2014, de 15 de abril; 1899/2002, de 15 de noviembre; 136/200,7 de 8 de febrero; 147/1998, de 26 de marzo; 809/2008, de 26 de noviembre; 2047/2000, de 28 de diciembre; 1106/2006, de 20 de octubre; 340/2004, de 12 de marzo; 1366/2005, de 25 de noviembre; 131/2007, de 16 de febrero; 6/1998, de 19 de enero; 152/1998, de 6 de octubre; 161/1999, de 3 de febrero; 626/2002, de 3 de febrero; 1666/2002, de 16 de octubre; 108/2001, de 23 de abril; 20/2003, de 10 de febrero; 170/2004, 76/2007, de 16 de abril.