

# *PENA JUSTIFICADA*

*GABRIEL GARCÍAS PLANAS*

*Profesor interino de Derecho Penal.*

El Tribunal Supremo viene desestimando Recursos de Casación por Infracción de Ley, aun cuando estime bien fundamentadas las tesis de las partes recurrentes y todo ello, en base a la llamada "pena justificada".

En efecto, si analizamos las resoluciones del Alto Tribunal a través de los Considerandos de sus Sentencias, es de ver, que aun cuando los razonamientos de la parte recurrente sean aceptados por tener una fundamentación jurídica incuestionable, si la pena que el Tribunal "a quo" impuso en su momento, podía imponerla en virtud del arbitrio judicial establecido en el art. 61-4º de nuestro Código Penal anterior a la última Reforma Parcial y Urgente de 25 de Junio de 1983, el Recurso ha venido siendo desestimado en base a que la pena estaba "justificada".

Donde se da con mayor frecuencia es en materia de concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes; pues en estos casos, si el Tribunal "a quo" no apreció una circunstancia atenuante y sí la aprecia el Tribunal "ad quem", no habrá lugar a la estimación del Recurso si aquel ya impuso la pena en grado mínimo; o si la Sentencia de la Audiencia estimó la concurrencia de una circunstancia agravante e impuso la pena en grado máximo y el Tribunal Supremo entiende que esta no concurre, tampoco habrá lugar al Recurso porque de conformidad con el art. 61-4º del Código Penal anterior a la Reforma el Tribunal la podía imponer en el grado que estimase conveniente y en consecuencia la pena estaba "justificada".

El Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de Noviembre de 1982 (Ar. 7231) admitió que no concurría "la circunstancia de desprecio de sexo en el delito de violación por ser inherente y consustancial que el su-

jeto pasivo sea una mujer, formando ello parte esencial de su naturaleza y estructura”; pero desestimó el Recurso por considerar que existía otra agravante, la de morada de la ofendida y por tanto el Recurso “cacería de practicidad y sería inoperante la casación de la Sentencia porque no influiría nada en la pena impuesta, en virtud del principio de pena justificada”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1982 (Ar. 7866) apreció la existencia de la atenuante 9ª del art. 9º del Código Penal —Arrepentimiento espontáneo— que no había admitido el Tribunal de Instancia pero desestimó el Recurso en cuanto a que la pena ya había sido impuesta en grado mínimo y el Alto Tribunal entendió que “el motivo del Recurso era totalmente inoperante y que no podía tener reflejo en el fallo” por las razones expuestas.

Finalmente la Sentencia de 8 de Julio de 1983 consideró que no debía ser estimada la agravante de reincidencia internacional, como hizo el Tribunal de Instancia, por haber sido cometidos los hechos en país extranjero antes del 15 de Noviembre de 1971 fecha en que se tipificó en nuestro ordenamiento punitivo, este tipo de reincidencia en materia de sustancias etupefacientes, sin embargo se desestimó el Recurso y se mantuvo por tanto la pena en grado máximo por entender que la pena “estaba justificada” y que el Recurso por esta razón resultaba “inoperante”.

Tras la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 25 Junio de 1983, en la nueva redacción del art. 61 en sus distintos apartados, el arbitrio judicial, en unos casos se amplía, en otros disminuye, reduciéndose considerablemente, a mi juicio, la posibilidad de aplicación en materia de circunstancias atenuantes y agravantes del principio de la pena “justificada”.

Entiendo, que en los casos antes expuestos el Tribunal Supremo debería haber estimado el Recurso y mantenida o no la pena según lo creyera procedente.