

Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento (*)

ANGEL DE SOLA DUEÑAS

Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad de Valencia

SUMARIO: I. Planteamiento del tema.—II. Sistemas legislativos.—III. Evolución histórica de la circunstancia en la legislación española.—IV. Perspectiva histórica de la doctrina jurídico-penal española.—V. Clasicismo y positivismo ante el arrepentimiento.—VI. Relaciones de la circunstancia con otras figuras legales.—VII. Fundamento de la atenuación.—VIII. Valoración de los elementos esenciales de la circunstancia.—IX. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal recogidas en el artículo 9.º de nuestro Código penal y tomadas en consideración a efectos de graduar la pena aplicable a los delinquentes, vamos a ocuparnos de la novena, que viene formulada por la ley en los siguientes términos: «La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

La peculiaridad que presenta esta circunstancia, con respecto a las demás que establece el artículo 9.º, consiste en ser la única que contempla la conducta subsiguiente al delito, es decir, que tiene en cuenta actos del delincuente realizados con posterioridad a la consumación de un hecho delictivo.

Las razones que nos han llevado a emprender este estudio se encuentran en la importancia que, a nuestro entender, puede revestir la conducta del reo en el período de tiempo que se extiende desde la comisión de su delito hasta el momento del juicio, en el que se va a determinar la pena que le ha de ser aplicada.

(*) Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho penal, organizadas por los Departamentos de Derecho penal de las Universidades de Valencia y Oviedo (Oviedo, mayo de 1969).

Posteriormente, se han introducido algunas ligeras modificaciones para su puesta al día.

Y, en este sentido, nos ha parecido de interés iniciar la investigación de materia tan rica en posibilidades a través de una de esas conductas, precisamente la que acoge el Código penal y que en la doctrina se denomina «arrepentimiento activo».

Antes de adentrarnos en el tratamiento del tema, creemos necesario hacer notar la escasez de estudios sobre la materia con que hemos tropezado (1). Y, por ello, en la presente exposición nos limitaremos a procurar hacer un encuadramiento de la circunstancia en la legislación y la doctrina, especialmente en las españolas, y apuntar algunas cuestiones en torno a la valoración global del arrepentimiento que, en esta primera e incompleta toma de contacto, nos han resultado problemáticas.

II. SISTEMAS LEGISLATIVOS

La recepción en las leyes penales de la figura del «arrepentimiento», entendida en su acepción más amplia de conducta subsiguiente al delito, que luego trataremos de perfilar, puede encuadrarse en dos sistemas generales: a) El de los códigos que contienen disposiciones referidas a ese tipo de conductas tan sólo en la parte especial y respecto a determinadas figuras delictivas, haciendo del «arrepentimiento activo» un motivo de obligatoria o facultativa exención o atenuación de la pena, como el Código alemán (2). b) El otro sistema consistente en la inclusión del arrepentimiento en una norma de la parte general, con aplicación, por tanto, a todo género de delitos y con una eficacia meramente atenuatoria. Tal sistema, como ocurre en nuestro Código, no suele darse puro, sino que casi siempre, junto a esa regla de carácter común, aparecen disposiciones referidas a delitos singulares, de un modo más o menos excepcional y privilegiado.

Un ejemplo bastante claro del paso de uno a otro sistema lo ofrece la legislación italiana. En efecto, el Código de 1889 no contenía ningún precepto de alcance general referido al arrepentimiento *post delictum*, pero sí una serie de disposiciones distribuidas a lo largo de la parte especial, que afectaban a distintos delitos. El Código vigente de 1930, en cambio, acoge en su artículo 62, número 6, una circunstancia de atenuación común, lo cual lógicamente ha

(1) En la bibliografía española puede verse: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo*, Madrid, 1928; CUERVO PITA, Miguel, voz «Arrepentimiento», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 3, Barcelona, 1951, págs. 1 y ss.; MARTÍNEZ VAL, José M., «El arrepentimiento espontáneo», *Rev. Gral. Leg. Jur.*, 203, Madrid, 1957, págs. 413 y ss.; PEDREGAL, Luis J., «Algunas notas sobre el arrepentimiento en el delito», *Rev. Gral. Der.*, Valencia, 1950, págs. 341 y ss.

(2) Vid. MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Derecho español por CÓRDOBA RODA, Juan, 2, Barcelona, 1962, págs. 212 y ss.

llevado a la restricción de los supuestos particulares que, sin embargo, no han desaparecido del todo (3).

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CIRCUNSTANCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como primer paso imprescindible para el análisis de la circunstancia, tal como aparece plasmada en nuestra ley penal vigente, creemos conveniente hacer un estudio de la evolución histórica de su configuración legal y de la polémica en torno a la oportunidad de su admisión, basada precisamente en el carácter excepcional con respecto a su relación con el delito.

El «arrepentimiento activo», como circunstancia atenuante, aparece ya plenamente recogido en el primer Código penal español de 1822, desdoblado en dos figuras separadas del artículo 107: «5.ª El arrepentimiento manifestado con sinceridad, inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido», y «6.ª El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas». En cuanto a la 5.ª, de reparación del daño o satisfacción al ofendido, es de destacar la semejanza con las modalidades objetivas de conducta exigidas en el precepto actual; asimismo, junto a dichas modalidades, se señalan con carácter delimitador los requisitos subjetivos de «sinceridad y voluntariedad»; y tan sólo la referencia a la «inmediatez» puede ofrecer dudas acerca de cuándo el intento de reparación o satisfacción dejaría de tener valor a efectos de una atenuación. Por lo que respecta a la circunstancia 6.ª, se puede notar un muy amplio margen temporal, que extiende la posibilidad de confesión

(3) Vid. FLORIAN, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, 1, 4.ª ed., Milano, 1934, págs. 669 y ss. Para la evolución del arrepentimiento en el Derecho italiano, vid. D'AGOSTINO, Alfredo, *La condotta susseguente al reato*, Milano, 1959, págs. 6 y ss. (nota 6) y 9 y ss. (nota 7). Además de la circunstancia atenuante común, que lleva consigo una *preceptiva disminución de la pena*, el «arrepentimiento», en cuanto conducta posterior al delito, es también tomado en consideración por el Derecho italiano de un modo general al establecer, en el artículo 133 del Código penal, que el juez, en el *ejercicio del poder discrecional que le confiere la ley en la aplicación de la pena* —artículo 132—, debe tener en cuenta, además de la gravedad del delito, la «capacidad para delinquir» del culpable, deducida, entre otros datos, de «la conducta simultánea o subsiguiente al delito». En el caso de la circunstancia atenuante, han de concurrir una serie de elementos, objetivos y subjetivos, específicamente señalados en el tipo legal, mientras que en el artículo 133 podrán ser estimadas tanto las conductas de «arrepentimiento» recogidas en la atenuante cuando no se dan completos los requisitos exigidos, como todas aquellas otras que, aun sin valor objetivo, sirvan para apreciar una menor «capacidad para delinquir». Vid. D'AGOSTINO, Alfredo, *op. cit.*, págs. 6 y ss., 47 y ss.

eficaz hasta el momento del juicio mismo, siempre que no existieran otras pruebas que desvirtuasen el valor de la confesión. Por otra parte, no se habla de arrepentimiento de modo expreso, aunque se vuelven a emplear los términos de «sinceridad y voluntariedad». En las Sesiones de las Cortes en que se discutió el Proyecto, ambas circunstancias apenas si fueron objeto de alguna observación. Únicamente la Comisión redactora aclaró ciertas dudas suscitadas en torno a la «confesión», considerando tal a «aquella que los reos espontáneamente hagan en el juicio durante el sumario o después de él» (4). Y es interesante la justificación que, a continuación, se da de su relevancia: «La comisión no cree que nadie pueda dudar de que esta confesión sincera es una prueba de buena fe en el reo, una señal de arrepentimiento, o al menos de que no está tan corrompido o tan obstinado como el que persiste en la negativa. La ley no obliga a confesar, ni aún para ello se le exige juramento, porque la Constitución lo prohíbe. La comisión, por su parte, tampoco le exige esta confesión ni condena el que no la haga; pero si espontáneamente la hace, cree que le debe servir de alguna recomendación, porque manifiesta que no hay tanta malicia» (5). De estos párrafos transcritos se deduce una interpretación del arrepentimiento, en su modalidad de confesión, cargada de subjetivismo, lo que no obsta para que, pese a ello, resulte evidente la necesidad de que en todo caso se reporte una utilidad, bien para la administración de justicia en la confesión, bien para el sujeto pasivo en la reparación o satisfacción.

A partir del Código de 1848, desaparece la atenuación concedida en virtud del «arrepentimiento», que ya no se restablecerá sino en en el Código penal para la Zona de Influencia española en Marruecos de 1914 —artículo 10, circunstancias 8.^a y 9.^a— y en el español de la Dictadura de 1928 —artículo 65, circunstancias 6.^a y 7.^a—, en ambos con muy similar contenido. La circunstancia 6.^a del artículo 64 del Código de 1928 se refiere a «haber procedido, espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño, siquiera en parte, con propio sacrificio personal o económico; todo ello, antes de dar principio el procedimiento». No se emplea en el texto la expresión «arrepentimiento», sino que el acento se pone en las conductas que ha de desplegar el culpable en beneficio de la víctima, aunque sin exigirse que cubran la totalidad del mal causado. El límite temporal se pone al comienzo del procedimiento, siendo innecesario por tanto, que se hable además de inmediatez. Se requerirán, a su vez, unas determinadas condiciones subjetivas en el reo, como son la espontaneidad y el sacrificio personal o eco-

(4) *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código penal*, 2, Madrid, 1822, págs. 353 y ss.

(5) *Ibidem*.

nómico. La circunstancia 7.^a de dicho artículo se refiere a «haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción, antes de ser ésta descubierta, o que aquél hubiese sido citado o perseguido como presunto culpable». Lo fundamental aquí, pues, es la «confesión», sin otra exigencia de índole subjetiva que la común de la espontaneidad. Abarcando las dos circunstancias se concede, en fin, la facultad a los Tribunales para que las estimen o no, a su prudente arbitrio, «apreciando en cada caso el valor de los actos a que se refieren» (5 bis).

Por último, el Código de 1932, que vuelve a basarse en los de 1848 y 1870, acoge, sin embargo, la atenuante del «arrepentimiento activo», reuniendo todas las modalidades de conducta en una circunstancia única, la 8.^a del artículo 9.^o, que con un ligero cambio en la redacción, se transcribe en la reforma de 1944, en el número 9.^o del artículo 9.^o, tal como se nos presenta en la actualidad.

IV. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA DOCTRINA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA

Efectuando un rápido examen de la legislación española, nos interesa ahora considerar la idea que de esta circunstancia excepcional se ha tenido en la doctrina jurídico-penal de nuestro país, a fin de tratar de averiguar el por qué de su desaparición en el proceso codificador del siglo XIX, tras el caso aislado que representa el Código de 1822, así como el motivo de su rehabilitación en la presente centuria.

Por la breve vigencia del primer Código de 1822 (6), carecemos de obras que lo estudiaran y que interpretaran sus preceptos. Ya hemos visto, en las discusiones antes citadas del Proyecto en las Cortes, la aceptación general de las circunstancias, revelada por la ausencia casi total de observaciones con que se aprobó. No obstante, parece oportuno volver a destacar la valoración del aspecto subjetivo que hacía la Comisión redactora, pese al carácter eminentemente objetivo con que se manifestaban en el texto legal las dos modalidades.

A partir del Código de 1848, en el que, como hemos visto, se suprime toda referencia al arrepentimiento, el problema se traslada a la posibilidad de su inclusión en la cláusula abierta que, en octavo y último lugar del artículo 9.^o, permite la estimación, a efectos de atenuar la responsabilidad criminal, de «cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores». En este sentido PACHECO, miembro de la Comisión redactora del texto de 1848, en

(5 bis) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, y ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, I, Madrid, 1929, págs. 346 y ss.

(6) Vid. CASABÓ RUIZ, José R., *El Código penal de 1822*, tesis doctoral, inédita.

sus Comentarios al Código penal, tan sólo recoge una nota de la Junta del Colegio de abogados de Madrid, a la que por su parte se adhiere totalmente, en la cual se expresa que «convendría, además, añadir a las circunstancias atenuantes... la de presentarse y confesar su delito, pudiendo ocultarse o sustraerse por medio de la fuga de las persecuciones judiciales, la de haber reparado o procurado reparar el mal causado, y atajado o procurado atajar sus consecuencias» (7). De ello puede deducirse que, al no estar expresamente recogidas esas conductas entre las atenuantes, quizá fueran susceptibles, sin embargo, de ser tomadas en cuenta por vía de analogía al amparo del último número del artículo 9.º. Con una mayor atención, CASTRO y OROZCO, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, refiriéndose a la confesión, consideran que en verdad no se trata de una circunstancia de igual entidad y análoga a las siete atenuantes previstas de modo concreto en el artículo 9.º, pero reconocen que la confesión espontánea y verídica debe ser atendida por la libre conciencia de los jueces, y que, en efecto, así se hace en la práctica (8). Acerca de su expresa inclusión como circunstancia atenuante, se pronuncian en los siguientes términos: «Grande aliciente ofrecería... escrita como general en un Código, para obtener pruebas legales que tanto escasean en ciertos y determinados casos; mas también en otros presentaría gravísimos inconvenientes» (9).

Estas reflexiones de los autores que escriben en torno al Código de 1848, se quedan en un enfoque utilitario o, si acaso, humanitario. El problema del arrepentimiento empieza a ser estudiado en su aspecto técnico-jurídico a partir de las obras doctrinales referidas al Código de 1870, pese a que éste tampoco recoge esa circunstancia entre las causas de atenuación. Así, GROIZARD, interpretando el alcance de la analogía, que sigue permitida a efectos atenuatorios, declara que «ejecutado un hecho, realizado, completo ya, no admite con posterioridad deducciones ni fraccionamientos con relación al instante en que se ejecutó; instante al cual se refieren todas las averiguaciones de la justicia y las sanciones del legislador» (10). Por todo ello, «no hay circunstancias de atenuación más que en las causas que existían e intervinieron en el acto al realizarle: nada valen, nada significan ciertos hechos anteriores y sin relación con el delito, ni posteriores, y a los que sólo por equivocación o por ligereza se les equiparó con las circunstancias atenuantes y recibieron el nombre de idénticas o análogas» (11). En base a estos argumentos,

(7) PACHECO, Joaquín F., *El Código penal concordado y comentado*, 1, 4.ª ed., Madrid, 1870, pág. 212 (nota).

(8) CASTRO y OROZCO, José DE, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, 1, Granada, 1848, págs. 80 y ss.

(9) *Ibidem*.

(10) GROIZARD, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 1, Salamanca, 1897, pág. 353.

(11) *Ibidem*.

GROIZARD rechaza que pueda concederse eficacia atenuante, en concreto, a la confesión o al arrepentimiento y crítica a otras legislaciones que así lo hacen, dislocando, a su entender, el fundamento de la atenuación. No es que niegue valor alguno a esas conductas, pero considera que deben apreciarse por otras reglas y principios distintos de aquellos en los que descansa el artículo 9.º —por ejemplo, propone un trato de favor en el régimen penitenciario— (12).

En la Jurisprudencia criminal del Tribunal Supremo, se sigue el mismo criterio excluyente, ya sólo referido a los actos posteriores; criterio que recoge SILVELA al decir «que no es análoga ninguna circunstancia de atenuación que quiera fundarse en hechos posteriores a la ejecución del crimen, porque las enumeradas por el Código son siempre anteriores o coetáneas y las lleva en sí el culpable al ejecutar el hecho punible» (13). Y en este sentido, la Jurisprudencia rechaza, desde un principio, la confesión (14), la satisfacción al ofendido (15), la retractación (16), el arrepentimiento (17). No obstante, es interesante que en casos de restitución se permita la aplicación de la atenuante por analogía; así la Sentencia de 14 de noviembre de 1887 establece que «siempre sería de estimar la de haber devuelto espontáneamente los efectos sustraídos al perjudicado, con cuya conducta repararon en gran parte el mal causado, siendo ésta una atenuante que cabe dentro del número 8.º del artículo 9.º del Código». Y otra Sentencia de 25 de enero de 1900, si bien deniega la eficacia atenuatoria a un caso de restitución, no se apoya ahora en el argumento de que se trata de un hecho posterior al delito, sino en el no constar la espontaneidad ni el haber tenido lugar la devolución de lo sustraído antes de ser descubierto el delito. De todo ello, parece deducirse que la restitución, aunque sea posterior y a diferencia de los otros tipos de conducta, se considera en relación directa con el hecho delictivo, al repararse mediante ella el mal que de aquél resultare.

Con la vigencia del nuevo Código penal para la Zona de protectorado de España en Marruecos, que, como ya vimos, introducía las circunstancias de reparación y confesión, la Jurisprudencia admite también y de modo especial la atenuación al ser reintegrada la cantidad de que se aprovechó el delincuente antes de la incoación del sumario, con lo cual quedó por completo reparado el daño (18). Y esta misma dirección se extiende ya con carácter general para todo el país a partir del Código de 1928, de breve vigencia, enlazando con el Código de 1932 hasta el presente.

(12) GROIZARD, Alejandro, *El Código penal...*, cit., 1, págs. 353 y ss.

(13) SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2, Madrid, 1879, pág. 265.

(14) Sentencia de 4 de marzo de 1871.

(15) Sentencia de 13 de octubre de 1871.

(16) Sentencias de 18 de diciembre de 1872 y 11 de julio de 1876.

(17) Sentencias de 11 de marzo 1876 y 17 de diciembre de 1880.

(18) Sentencia de 30 de septiembre de 1926.

V. CLASICISMO Y POSITIVISMO ANTE EL ARREPENTIMIENTO

Avanzando en esta perspectiva histórica, en la cual hemos podido ver esbozada una cierta contraposición de objetivismo y subjetivismo en la valoración del «arrepentimiento» genéricamente considerado, nos parece oportuno traer a colación las opiniones doctrinales manifestadas más allá de nuestras fronteras. De modo especial, resulta interesante examinar las diversas posturas de la doctrina en Italia, en atención a la influencia que las escuelas jurídico-penales surgidas en este país en el último tercio del siglo XIX y en las primeras décadas del actual han desplegado sobre nuestros autores.

Entre las figuras más representativas de dichas escuelas, corresponde el primer lugar a CARRARA, quien en su clásico y fundamental *Programma* dedica especial estudio al problema de la confesión. A ésta la coloca entre las por él llamadas «causas políticas o extrínsecas de modificación de la pena determinables por la ley» con valor atenuatorio. Siguiendo la línea de los prácticos y de algunos de los antiguos estatutos italianos, establece que el juez debe estimar en favor del condenado la confesión espontánea que haya sido útil para la justicia. La utilidad política de esta atenuante la basa CARRARA en que, dada la certeza de que por falta de pruebas se habría debido absolver, es mejor que se castigue, aunque se castigue menos, que no castigar de ninguna manera y tener que absolver a un culpable. Y si bien este argumento le parece suficiente para fundamentar la admisión de la confesión, frente a los reparos de inmoralidad que pudieran esgrimirse contra tales motivos, añade que también la moral pública accede con simpatía a ver tratado con más benignidad al que confiesa, ya sea porque la confesión misma, cuando va en perjuicio propio, es prenda de arrepentimiento, ya porque el público calcula que, sin esa confesión, la justicia habría quedado defraudada, o bien porque esa idea se conecta con el alto principio religioso de la redención del pecador (19). Pero, no obstante la aceptación de la confesión con efectos atenuantes, basada exclusivamente en criterios de utilidad política, CARRARA deja bien clara la diferencia que existe entre circunstancias de atenuación que modifican el «grado del delito» y las que tan sólo afectan al «grado de la pena». Según esto, conductas como la confesión, la restitución, etc., que tienen lugar después de la consumación del hecho delictivo, si bien en el caso concreto pueden influir sobre la magnitud de la pena, nunca deberán ser consideradas como modificadoras de la entidad del delito, en cuanto capaces de atenuar la responsabilidad del autor (20).

(19) CARRARA, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte Generale*, 2, 11.ª ed., Firenze, 1924, págs. 119 y ss.

(20) CARRARA, Francesco, *Programma, Parte Generale*, cit., 2, págs. 103 y ss.; *Programma*, cit., *Parte Speciale*. 4, 9.ª ed., Firenze, 1923, págs. 422 y ss.

Y precisamente es en este punto, al tratar de determinar la incidencia de las conductas de arrepentimiento sobre alguno de los elementos del delito, donde surgen las divergencias. Así, CIVOLI, en la *Enciclopedia* de Pessina, criticará la opinión sustentada por CARRARA, dando prevalencia al aspecto subjetivo de la atenuante y afirmando que también de un hecho posterior al delito se puede deducir el grado mayor o menor de perversidad que se daba en el culpable antes de perpetrarlo, y en cuanto se da tal posibilidad, la circunstancia posterior al delito debe influir sobre el juicio relativo a la imputabilidad de la acción (21).

Esta dualidad de posturas que hemos apuntado es, por lo demás, reflejo de la división marcada en la doctrina por los seguidores de la escuela clásica y los de la escuela positiva. En la primera dirección, MANZINI insiste en que tras la consumación del delito no puede haber sino casos de renuncia total o parcial del Estado a la potestad de castigar, potestad que precisamente le viene conferida por la previa imputabilidad del delito en sí mismo (22). En cambio, FLORIAN, positivista, considerando que esas miras exclusivamente prácticas no corresponden a una perfecta corrección lógica en el plano objetivo, intenta superar el problema a través de una necesaria investigación subjetiva, basada en la «calidad de los motivos psicológicos», encaminada a valorar la temibilidad y peligrosidad del agente —postulados fundamentales de la escuela positiva—. En suma, para FLORIAN, el arrepentimiento activo debe ser real y no presunto; por lo que conductas meramente externas, tales como desistimiento y reparación, por sí mismas no deben considerarse suficientes para reportar un beneficio al sujeto (23). A esto opone MANZINI el reparo de que la averiguación del «arrepentimiento real», implica una investigación tan ardua e insidiosa que sería prácticamente imposible al juez realizarla (24).

En resumen, en esta perspectiva histórica del período de tiempo anterior a la recepción del «arrepentimiento» en los códigos como circunstancia atenuante propiamente dicha, hemos podido obtener circunstancia de una serie de posturas —con independencia de alguna negativa, como hemos visto— que lo aceptan, apoyándose en razones muy divergentes. En primer lugar, hemos encontrado unas consideraciones de política criminal que propugnaban una disminución en el rigor de la pena en base a la utilidad pública o a argumentos de índole moral. Las dificultades surgían a la hora de poner el «arrepentimiento» en relación con el delito. En un plano objetivo, no era

(21) CIVOLI, Cesare, «Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono», en *Enciclopedia del Diritto Penale italiano*, a cargo de PESSINA, Enrico, 5, Milano, 1904, pág. 186 (nota).

(22) MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*, 1, 4.^a ed., Torino, 1961, pág. 614; en los mismos términos, *Trattato*, 1, 2.^a ed., Torino, 1920, pág. 435.

(23) FLORIAN, Eugenio, *Parte Generale*, cit., 1, págs. 670 y ss.

(24) MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, cit., 1, 4.^a ed., pág. 614 (nota); 2.^a edición, pág. 435 (nota).

posible hallar tal relación lógica que determine una influencia en la responsabilidad existente por el hecho ya consumado. Entonces, la conveniencia de su admisión tiene que seguir sustentándose únicamente en medidas utilitarias o prácticas, no exigiendo por ello una especial indagación de tipo subjetivo. El positivismo inicia una corriente subjetivista que, ante las dificultades de orden técnico que había acusado el planteamiento objetivo del problema, trata de solucionarlo buscando en el «arrepentimiento» un síntoma de la menor peligrosidad del sujeto, que influye sobre la responsabilidad misma, habiendo de ser, por consiguiente, comprobado por el juez en cada caso, lo cual conlleva una serie de obstáculos de índole práctica que no dejaron de señalar los adversarios de las teorías positivas.

VI. RELACIONES DE LA CIRCUNSTANCIA CON OTRAS FIGURAS LEGALES

Hasta ahora hemos venido efectuando una aproximación de carácter histórico a fin de conocer cómo, en la época en que aún no había sido incorporado el «arrepentimiento» como circunstancia atenuante genérica a la legislación, se hacía sentir su necesidad en la doctrina, justificada desde distintos puntos de vista. A partir del momento, al que ya hemos aludido, en el cual nuestro Código recoge la figura con el mencionado carácter, el planteamiento de su problemática se presenta ya desde el ángulo de su fundamentación y de la prevalencia del aspecto objetivo o del subjetivo.

Antes de entrar en esta cuestión sustancial, nos parece oportuno referirnos a las relaciones que otros preceptos del texto legal puedan guardar con el que ahora nos ocupa, lo cual ayudará a destacar las peculiares características del «arrepentimiento» como circunstancia de atenuación.

También en el Libro I del Código y con alcance general, encontramos que el artículo 3.º recoge y define las figuras de la tentativa y la frustración como causas de extensión de la tipicidad. Tanto la una como la otra quedan delimitadas por un requisito negativo, al exigirse para la tentativa que el sujeto no practique todos los actos de ejecución que debieran producir el delito «por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento», y en lo que respecta al delito frustrado que, pese a haber practicado todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, no lo producen sin embargo «por causas independientes de la voluntad del agente». De ello se deduce en la doctrina más aceptada que, caso de darse desistimiento o arrepentimiento, determinarían la inexistencia de las respectivas figuras de tentativa y delito frustrado (25).

(25) CÓRDOBA RODA, Juan, nota de Derecho español a la trad. de MAURACH, Reinhart, *Tratado*, cit., 2, pág. 200; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José A., nota de Derecho español a la trad. de MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2. 3.ª ed., Madrid, 1957, págs. 270 y ss.

En ambos supuestos no cabe hablar, por tanto, de relevancia de una conducta subsiguiente al delito, al no existir éste por faltar el requisito o elemento de la tipicidad. Y el que no haya una conducta posterior es evidente no sólo en lo que respecta a la tentativa, en la que el desistimiento no requiere ninguna actuación adicional, bastando la simple interrupción de los actos de ejecución, sino que también aparece claro en el llamado «arrepentimiento» del delito frustrado, que, pese a exigir ya una conducta positiva que anule los efectos de la actividad desplegada por completo y conducente a la producción del resultado —de ahí que se hable de «arrepentimiento activo»—, dicha conducta habrá de ser siempre anterior a la consumación del propio delito, puesto que lo que se evita es, precisamente, el resultado que daría lugar a esa consumación.

Pero, no obstante estas diferencias con el arrepentimiento «post-delictum», las figuras a las que hemos aludido pueden presentar algunas relaciones con aquél, sobre todo en lo que afecta al elemento subjetivo, a las cuales haremos oportunamente referencia.

Supuestos más propios de conductas posteriores al delito se hallan en algunos preceptos específicos del Libro II del Código penal. Sólo como ejemplo, citaremos el más claro, a nuestro parecer —ya que no podemos entrar en la compleja problemática que otros tipos delictivos presentan—. Así, en materia de malversación de caudales públicos, el artículo 395, que sanciona al funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona una sustracción, concede en su párrafo segundo una considerable atenuación de la pena en el caso de que el funcionario culpable reintegrarse antes del juicio los caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro. Vemos, pues, que se tiene aquí en cuenta una conducta subsiguiente a la consumación del delito, consistente en una actividad reparadora de sus efectos. Con independencia de las razones concretas del legislador para introducir tal atenuación especial, es evidente la semejanza con el «arrepentimiento» que estudiamos, aunque en este caso no se contenga alusión a elemento alguno de carácter subjetivo; lo único que se exige es una actuación en sentido contrario al previo ataque realizado contra el bien jurídico penalmente protegido, al margen de cualquier consideración acerca de la actitud subjetiva del culpable beneficiado.

VII. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN

La pregunta por el fundamento de la causa de atenuación tal como viene configurada actualmente en nuestro Código, podrá ser contestada con la ayuda de las consideraciones que hemos venido haciendo, y que tratan de subsanar la escasa atención de que ha sido objeto la circunstancia a partir del momento de su incorporación a la ley.

La relevancia moral del arrepentimiento, aún el pasivo a veces, está fuera de toda duda. Pero al ser trasladada la figura al Derecho se hacen necesarias una serie de precisiones en función de las exigencias de la justicia humana. Así, y en primer lugar, se requerirá unánimemente que el arrepentimiento sea «activo»; al Derecho no le puede bastar una pura situación anímica. Y esa actividad se ha de manifestar a través de inequívocas actuaciones externas. En el momento de elegir esas conductas, el legislador acoge aquellas que van encaminadas a la aminoración del mal causado por el delito o, en último término, a anticiparse o dar facilidades a la realización de la justicia, que había sido atacada por el delito (26).

Más que el análisis de cada uno de los elementos en concreto del precepto legal, interesa centrarnos en la mencionada fundamentación de la atenuante, de acuerdo con las directrices que imperan en el Código penal, así como, a su luz, volver a examinar el problema de poner esa conducta posterior que es el arrepentimiento en relación lógica con el propio delito al que afecta, como ya vimos era la preocupación básica de la doctrina en su perspectiva histórica.

En nuestra ciencia jurídico-penal, encontramos que ANTON ONECA dice, a este respecto, que a la circunstancia hay que darle un doble fundamento: por una parte, se basa en una menor culpabilidad, en cuanto demuestra una voluntad criminal menos intensa, y por otra, se estimula la reparación del daño y el auxilio a la administración de justicia (27). Para QUINTANO, existe un fundamento moral, premiar al reo y estimularle en su purificación, y otro pragmático, de ayuda a la víctima o a la acción de la justicia (28). Se mantienen, por tanto, dos criterios principales —aparte el moral—: el que hace que el arrepentimiento incida sobre la culpabilidad (29), y el que atiende a diversas razones de política criminal que no se hallan conectadas directamente con el delito en sí mismo considerado. Examinemos la factibilidad de ambas posturas.

En cuanto a la primera, cabe apuntar que es difícil sostener que el arrepentimiento pueda afectar a la culpabilidad, si a ésta se la considera como «culpabilidad por el acto aislado», según viene haciendo la doctrina dominante, pues en este caso, y moviéndonos en un plano lógico, serían aplicables los argumentos sostenidos por los autores pertenecientes a la escuela clásica, que hemos estudiado, en el sentido de que tal culpabilidad no podría nunca ser modificada por una conducta posterior del autor del hecho delictivo, puesto que en el momento de la consumación ya existe aquél en la plenitud de todos sus elementos. Por el contrario, sería más congruente la relación entre

(26) En este sentido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho penal*, 1, Madrid, 1963, pág. 425; del mismo, *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, pág. 190.

(27) ANTON ONECA, José, *Derecho penal*, 1, *Parte General*, Madrid, 1949, pág. 345. Vid., asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, y ANTON ONECA, José, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, cit., pág. 346.

(28) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios*, cit., pág. 190.

(29) Vid. también la sentencia de 10 de marzo de 1970.

arrepentimiento y culpabilidad si se acogieran las ideas más amplias de «culpabilidad del autor», «culpabilidad del carácter» o, incluso, «culpabilidad por la conducta de la vida» (30). Sin entrar en la problemática que todos estos supuestos plantean, cabría decir, en líneas generales, que en tales casos, al extenderse el juicio de culpabilidad a la total personalidad del autor, podría referirse no sólo a la conducta anterior al acto realizado por el sujeto, sino también a la subsiguiente, en la que sería factible incluir el arrepentimiento aún en su consideración más amplia.

Intimamente vinculada al problema de la relación entre «arrepentimiento» y delito está la cuestión, ya planteada por el positivismo, de hacer incidir la conducta posterior del sujeto en el ámbito de la peligrosidad. Vimos anteriormente como, dentro de los presupuestos positivistas el «arrepentimiento» era considerado como un síntoma de la menor peligrosidad del sujeto, por lo que influía sobre la responsabilidad misma (31). En efecto, si la peligrosidad, entendida como «la capacidad de una persona para llegar a ser con probabilidad autora de un delito» (32), se coloca en la base de la responsabilidad criminal, consistiendo en una diagnosis orientada hacia el futuro, de la cual el delito no es sino un índice (33), lógicamente la conducta posterior al delito desplegada por el sujeto actuará también como un elemento más sobre el cual se base el juicio de peligrosidad (34). Según esto, el «arrepentimiento», bien se constate a través de una indagación subjetiva, bien se deduzca de actuaciones externas, al significar un dato positivo en la valoración, orientada hacia el futuro, de la conducta global del delincuente, hará disminuir el pronóstico de peligrosidad y determinará una atenuación en el grado de responsabilidad y, por consiguiente, en la sanción a la cual el sujeto se ha hecho acreedor. Y en este sentido no han faltado afirmaciones de nuestra doctrina considerando al «arrepentimiento» como un exponente de menor peligrosidad (35).

No nos parece fuera de lugar, llegados a este punto, recordar las diferencias esenciales que separan los conceptos de culpabilidad y peligrosidad anteriormente manejados, a fin de evitar confusiones y

(30) Para la exposición y crítica de estos conceptos, vid. MEZGER, Edmund, *Tratado*, cit., 2, págs. 22 y ss., 54 y ss.; MAURACH, Reinhart, *Tratado*, cit., 2, págs. 80 y ss.; BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale, Parte Generale*, 7.^a edición, Padova, 1969, págs. 340 y ss.

(31) FLORIAN, Eugenio, *Parte Generale*, cit., 1, págs. 670 y ss.

(32) GRISPIGNI, Filippo, «La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato», *La Scuola Positiva*, Milano, 1920, pág. 100; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Torino, 1923, págs. 20 y ss.; en términos similares, FLORIAN, Eugenio, *Parte Generale*, cit., 1, págs. 315 y ss.

(33) FLORIAN, Eugenio, *Parte Generale*, cit., 1, págs. 318 y ss.; GRISPIGNI, Filippo, «La pericolosità...», cit., págs. 310 y ss.

(34) GRISPIGNI, Filippo, «La pericolosità...», cit., pág. 111.

(35) FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal*, 1, Murcia, 1946, pág. 315. Vid. asimismo las sentencias de 5 de julio y 14 de diciembre de 1967.

delimitar los campos en que cada uno de ellos opera. Tanto la culpabilidad como la peligrosidad constituyen juicios sobre el autor. Pero los puntos de referencia y el contenido de ambas valoraciones son completamente distintos (36). Una cosa es juzgar el hecho de un sujeto merecedor de reproche y otra decir que un individuo podrá en el futuro cometer ulteriores delitos (37). Diversas son también las consecuencias jurídicas que de una y otra derivan. A la culpabilidad le corresponde una pena, que supone retribución por el reproche que recae sobre el autor por el acto culpable. La peligrosidad, por el contrario, que supone tan sólo la previsión de un daño, requerirá una medida preventiva que atienda únicamente a las necesidades de la profilaxis (38). Y ni siquiera las concepciones más amplias de «culpabilidad del autor o por la conducta de la vida» se confunden con la peligrosidad (39).

Expuestos los criterios acerca de la posibilidad de incidencia del «arrepentimiento sobre la entidad del delito, y ante las dificultades de técnica jurídica que dicha relación presenta, cabe destacar, como la solución para justificar su eficacia «post-delictum» más comúnmente aceptada, la que se apoya en razones de política criminal exclusivamente, bien sea acentuando el aspecto de equidad, con las reservas que de una valoración en exceso moralizante debe hacerse en el Derecho, bien la utilidad práctica que los actos de arrepentimiento puedan reportar (40).

VIII. VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CIRCUNSTANCIA

Una vez examinadas las posibilidades de fundamentación de los efectos atenuatorios concebidos por la ley al «arrepentimiento», vamos a estudiar ahora las dos vertientes, objetiva y subjetiva, con que se nos manifiesta el precepto del número 9.º del artículo 9.º.

La Jurisprudencia ha establecido, a partir de la sentencia de 21 de abril de 1933, la doctrina general de que la atenuante consta de

(36) MAURACH, Reinhart, *Tratado*, cit., 1, pág. 60.

(37) BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale*, cit., pág. 353.

(38) MAURACH, Reinhart, *Tratado*, cit., 1, pág. 61; BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale*, cit., pág. 353.

(39) MEZGER, Edmund, *Tratado*, cit., 2, págs. 27 (nota 7), 397 y ss. Por otra parte, y en relación con la influencia de la conducta posterior al delito sobre la «capacidad para delinquir» del artículo 133 del Código penal italiano (vid. lo dicho en la nota 3), pueden verse las diversas opiniones de la doctrina acerca de la naturaleza de dicha «capacidad» en ANTOLISEI, Francesco, *Manuale de Diritto Penale. Parte Generale*, 6.ª ed., Milano, 1969, págs. 505 y ss.; BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale*, cit., págs. 349 y ss., y autores por ellos citados.

(40) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1970, pág. 585; LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Derecho penal del Tribunal Supremo. Parte General*, 1, Barcelona, 1964, pág. 331.

varios elementos: uno genérico, constituido por los impulsos de arrepentimiento espontáneo, y varios, específicos, formados por las diferentes modalidades de actuación del reo que el precepto detalla, efectos de tales impulsos. El elemento genérico sería, pues, de carácter subjetivo y los específicos, de naturaleza objetiva.

Partiendo de esta distinción, interesa determinar si alguno de dichos elementos es el predominante, y, en caso afirmativo, cuál de ellos. A este respecto, se ha de señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen cargar todo el peso de la atenuante en el elemento subjetivo, representado por los «impulsos de arrepentimiento espontáneo», siendo las conductas que lo acompañan meras manifestaciones externas e inequívocas del estado interno del sujeto.

Analicemos, pues, en primer lugar, la significación y el alcance del elemento subjetivo. En el lenguaje ordinario, «arrepentimiento» quiere decir pesar por el delito cometido, y este pesar puede descansar tanto en la consideración de haber obrado un mal en sí mismo, como en la contemplación de las consecuencias que de la conducta realizada puedan derivarse, en concreto, la sanción que por ella corresponda (41).

Sin embargo, la jurisprudencia generalmente da una interpretación restrictiva del arrepentimiento al exigir de modo taxativo un sentimiento de dolor provocado por el hecho criminal (42). Y este sentimiento se tiñe de matices morales e, incluso, religiosos. Así, la sentencia de 16 de febrero de 1970 dice que el arrepentimiento es «generado por un estado de conciencia ético-psicológico, nacido de sus sentimientos religiosos o meramente morales, que produce real remordimiento, dolor o pesar indudable, por la mala conducta seguida al delinquir, en acto de personal contricción que lleva a la condena *iure proprio* de sí mismo» (43). En esta línea se admiten tan sólo móviles nobles basados exclusivamente en ese sentimiento de dolor, con rechazo de cualquier motivación utilitaria y hasta del temor a la pena (44).

No obstante, esta corriente moralista que se ha manifestado en nuestra jurisprudencia, resulta evidente que al Derecho no le compete, para estimar la presente circunstancia, entrar de un modo tan sutil en sentimientos del sujeto, fenómenos de la vida afectiva que dependen

(41) CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, artículo 9.º, número 9.º (en prensa); LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 332; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., págs. 585 y ss.

(42) Sentencias de 17 de abril de 1947, 18 de octubre 1948, 4 de enero de 1954, 13 de abril y 1 de julio de 1964, 16 de octubre y 14 de diciembre de 1967, 7 de octubre de 1968, 12 de mayo y 14 de junio de 1969, entre otras muchas.

(43) En análogo sentido, sentencias de 1 de febrero y 30 de junio de 1969, 28 de enero y 10 de marzo de 1970.

(44) Sentencias de 4 de enero de 1954, 1 de julio de 1964, 5 de julio de 1967, 14 de junio de 1969, 28 de enero, 16 de febrero y 10 de marzo de 1970.

en gran parte de cualidades personales (45). Asimismo le debe ser indiferente que se haya obrado por motivos morales o simplemente utilitarios, resultando perfectamente admisibles el temor al castigo y el mero propósito de proporcionarse una atenuante (46). A efectos jurídico-penales, el «arrepentimiento» debe ser, pues, desprovisto de todo sentimiento de dolor moral como requisito imprescindible, y entenderse simplemente como cambio de dirección en la voluntad, sustitución de la voluntad delictiva por la de restaurar el orden perturbado (47).

Al requisito del «arrepentimiento» se le añade el calificativo de «espontáneo». En este sentido, y dentro de nuestra misma ley, podríamos establecer un paralelismo con la cualidad de «propio y voluntario» que califica al desistimiento eficaz para la inexistencia de tentativa. Con relación a este desistimiento, se acepta comúnmente la fórmula de FRANK que lo considera como un «motivo propuesto o autónomo», es decir, no determinado desde el exterior del sujeto (48), idea que creemos es perfectamente extensible al elemento psicológico del arrepentimiento.

Más específicamente, en la doctrina italiana se ha tratado de distinguir entre los conceptos de «voluntariedad» y «espontaneidad». Así, la voluntariedad excluiría tan sólo la coacción absoluta, pero no la relativa —«coactus tamen voluit»—. La espontaneidad, por el contrario, excluiría la voluntad determinada por motivos externos e implicaría «determinación en base a motivos internos y ausencia de cualquier presión externa» (49). No obstante, también se ha dicho que no es exacta la distinción entre voluntariedad y espontaneidad por la cual, mientras que en la primera el agente podría recibir los motivos para desistir del exterior, en la segunda, los encontraría en el propio yo. Entonces, y según esta corriente de opinión, la distinción estaría en que en el desistimiento voluntario el agente revive el proceso espiritual que le llevó a la decisión y decide de modo inverso; la espontaneidad atiende, en un grado más profundo, a la iniciativa de esa reconsideración de la decisión, pero sin necesidad de que parta de la intimidad del culpable (50). Por otra parte, y al margen de estas

(45) CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 586 (nota 86).

(46) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 345; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios*, cit., 1, pág. 316; LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 333; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 586. No falta jurisprudencia que acoja esta interpretación más amplia; así, sentencias de 14 de enero, 9 de febrero y 21 de junio de 1967.

(47) Vid. sentencia de 2 de diciembre de 1964; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 345; CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º.

(48) Cfr. MAURACH, Reinhart, *Tratado*, cit., 2, pág. 204.

(49) MANZINI, Vincenzo, *Tratatto*, cit., 2, 4.ª ed., pág. 278.

(50) PIOLETTI, Ugo, «Ravvedimento del colpevole», en *Nuovo Digesto Italiano*, a cargo de D'AMELIO, M., 10, Torino, 1939, págs. 1151 y ss.; CARRARA, Francesco, *Programma, Parte Generale*, cit., 1, págs. 335 y ss.; D'AGOSTINO, Alfredo, *La condotta...*, cit., págs. 20 y ss.

matizaciones conceptuales, cabe decir, con MANZANI, que no se debe exagerar el alcance del requisito de la «espontaneidad», hasta el punto de pretender una prueba a menudo imposible y de proceder a un análisis psicológico excesivamente sutil e insidioso (51). En esta línea simplificadora, se ha dicho que «espontáneo» referido al «arrepentimiento» no significa sino libre, no producido por coacción (52), no destruyendo dicha cualidad el hecho de que el sujeto haya sido movido por consejos de un tercero o, incluso, a ruegos de la víctima, ya que ello no supone menoscabo en las facultades decisorias del agente (53). Sin embargo, también se ha apuntado que la propia idea de «arrepentimiento» lleva en sí el carácter de libertad y ausencia de coacción, con lo que hablan de «arrepentimiento espontáneo» supondría una tautología (54). Para obviar esta incorrección de la ley se ha señalado la conveniencia de referir la «espontaneidad», entendida en el sentido últimamente indicado, a la conducta externa del delincuente (55).

Podríamos concluir, por todo ello, diciendo que el «arrepentimiento», en su aspecto subjetivo, es la deliberada voluntad consciente y no coartada de realizar el hecho opuesto a aquel otro que había atacado al precepto penal; conciencia y voluntad son, al mismo tiempo, elementos necesarios y suficientes para integrar el elemento psicológico del arrepentimiento. No se trata de juzgar el valor moral del sujeto, sino tan sólo la eficacia del arrepentimiento en el campo del Derecho. Así, no tienen importancia las circunstancias que han ocasionado el arrepentimiento, sino por la apreciación que de ellas ha hecho el agente (56). Y el precepto penal concreta las manifestaciones externas de esa voluntad de cambio, describiendo una serie de conductas alternativas, enmarcadas por un determinado límite temporal, que son las que señalan la verdadera función del «arrepentimiento» como circunstancia atenuante.

Partiendo de esta valoración de los elementos esenciales de la circunstancia, abordemos el problema de la primacía real que cada

(51) MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, cit., 2, 4.ª ed., pág. 278.

(52) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 346; CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 586.

(53) Además de los autores citados en la nota anterior. FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios*, cit., 1, págs. 315 y ss.; LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Derecho penal*, cit., 1, págs. 332 y ss. La jurisprudencia adopta, no obstante, una postura restrictiva en la estimación de la espontaneidad; vid. sentencias de 21 de noviembre de 1947, 23 de diciembre de 1950, 3 de junio de 1957, 30 de junio de 1961, 13 de abril de 1964, 10 de mayo de 1965, 31 de marzo de 1966, 5 de julio de 1967 y 17 de octubre de 1969.

(54) MARTÍNEZ VAL, José M., «El arrepentimiento...», cit., págs. 423 y ss.

(55) CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 586.

(56) TOLOMEI, P., *Il pentimento nel diritto penale*. Padova, 1927, pág. 221, citado por PIOLETTI, Ugo, «Ravvedimento...», cit., pág. 1141. También MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, cit., 1, 4.ª ed., págs. 690 y ss.; 2.ª ed., págs. 483 y ss.

uno de ellos ostenta en la práctica. No hemos dejado de señalar las dificultades que una indagación subjetiva lleva consigo, y más si se trata de precisar la autenticidad de un sentimiento o la bondad de unos móviles. De ahí que la jurisprudencia, pese a sus afirmaciones, ya indicadas, acerca de la naturaleza del arrepentimiento, tome en gran mayoría de casos como punto de partida para su estimación la existencia de alguna de las conductas externas típicamente descritas por la ley. Si éstas concurren con todos sus requisitos, la cuestión del elemento subjetivo se resuelve por la vía de la presunción, bien aplicando el principio «in dubio pro reo», bien por analogía con la presunción de voluntariedad del párrafo 2.º del artículo 1.º (57). No cabe, por el contrario, tal presunción o, aún dándose ésta, pierde toda relevancia ante la deficiencia de la conducta externa, por atipicidad total o por falta de algún elemento exigido (58). Resulta interesante destacar, asimismo, que cuando en estos casos se quiere destacar la ausencia del elemento subjetivo de la atenuante, se hable generalmente de la falta de *espontaneidad de la conducta*, si bien en el sentido restrictivo que antes hemos subrayado, de más fácil constatación que un «arrepentimiento espontáneo» (59).

IX. CONCLUSIONES

Para terminar el presente estudio, trataremos de sentar una serie de conclusiones obtenidas de todo lo anteriormente expuesto. En primer lugar, habremos de destacar la escasa solidez, antes señalada, y las dificultades prácticas que entraña una consideración eminentemente subjetiva de la atenuante, de modo que siempre serán los actos externos los que constituyan la base más segura para determinar su existencia (60). Y por ello, si esas conductas objetivas son

(57) Vid. sentencias de 18 de junio y 25 de septiembre de 1964, 26 de abril de 1966, 18 de enero de 1967, 23 de enero de 1968, 1 de febrero, 1 de julio y 4 de octubre de 1969, 30 de enero de 1970. Destacan esta «presunción»: ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 346; CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º número 9.º; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, 1. *Parte General*, 15.ª ed., Barcelona, 1968, pág. 548; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso*, cit., 1, pág. 426.

(58) Sentencias de 4 de enero de 1954, 13 de abril de 1964, 5 y 10 de mayo y 4 de octubre de 1965, 22 de junio de 1966, 25 de febrero, 5 de julio y 16 de octubre de 1967, 21 de mayo y 7 de octubre de 1968, 26 de marzo, 12 de mayo, 2 y 30 de junio y 17 de octubre de 1969, 28 de enero y 16 de febrero de 1970.

(59) En este sentido, vid. CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º.

(60) Es significativa al respecto la sentencia de 17 de diciembre de 1966: «... esta circunstancia tiene dos elementos, uno el subjetivo que muestra el arrepentimiento, y otro el objetivo de confesar el delito a la Autoridad, y actúan uno y otro independientemente, aunque difícil es que exista el segundo —presentación a la Autoridad—, sin que en el ánimo del delincuente exista el arrepentimiento, pero suficiente es para su estimación la presentación y confesión...».

necesarias hasta el punto que sin ellas no cabe hablar de arrepentimiento eficaz para el Derecho, mientras que el propio arrepentimiento no siempre ha sido exigido de una manera expresa por la legislación, como hemos podido observar, se puede apuntar la posibilidad de situar dichas conductas en un primer plano, haciendo que el elemento subjetivo actúe tan sólo con un carácter delimitador. Sería necesaria, pues, por un lado, la existencia de una voluntad de cambio de la situación antijurídica creada, y por otro, el requisito de la espontaneidad, que se deducirían en todo caso de los actos externos, a no ser que resultaran desvirtuados por otros indicios que manifiesten que la conducta no ha sido totalmente libre y voluntaria. Cualquier estado de coacción en que se encuentre el sujeto y que le imponga una actuación no querida; la confesión deliberadamente deformadora de la realidad; la devolución parcial de lo sustraído, pudiendo ser total; acudir a confesar el delito, en lugar de prestar auxilios inmediatos a la víctima en peligro; en estos y en otros hechos, las circunstancias concurrentes evidencian que, pese a haber llevado a cabo una de las conductas típicas, falla el sustrato subjetivo de la circunstancia (61). Con estas precisiones creemos que quedarían obviados los reparos de QUINTANO ante una objetivación de la atenuante en la práctica (62).

Ese factor subjetivo delimitador tal vez podría quedar también completado por el enfoque que da la ley al límite temporal —«antes de conocer la apertura del procedimiento judicial»—, que, de ser sobrepasado, actuaría como un dato que haría perder entidad a la espontaneidad. Esto al margen de las consideraciones que, «de lege ferenda», cupiera hacer a la formulación de dicho límite temporal, e, incluso, a la necesidad de su mención expresa, pues al tratarse de un mero indicio para apreciar la espontaneidad, quizá no debería ser indispensable requisito en algunos supuestos en los cuales la intervención del culpable todavía pueda prestar un importante servicio a la justicia, sin que por ello resulten mermados ni el arrepentimiento ni la espontaneidad (63).

Cabría asimismo en esta valoración del «arrepentimiento» que venimos dando, el interpretar el hecho de que el precepto no exija que las conductas externas produzcan plenamente sus efectos, sino que baste con que se «haya procedido» a procurarlos, en el sentido de que sea necesario y suficiente un principio de actuación objetivado, dentro de las posibilidades reales del sujeto, y no como una mera intencionalidad, de tan difícil indagación para la justicia (64).

(61) CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios*, cit., 1, págs. 316 y ss.

(62) «... correríase el riesgo máximo y casi inevitable de premiar el cinismo o la habilidad»: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios*, cit., págs. 190 y ss.; en los mismos términos, *Curso*, cit., 1, pág. 426.

(63) Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, págs. 346 y ss.; CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso*, cit., 1, págs. 426 y ss.; el mismo, *Comentarios*, cit., pág. 191; RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 586.

(64) No hay unidad en la doctrina a este respecto. De «conducta de tendencia» hablan ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., 1, pág. 346, y

Sólo nos resta ya añadir que, con todo lo expuesto, hemos intentado un acercamiento a la circunstancia atenuante del «arrepentimiento», señalando algunos de los problemas que su inserción en nuestro Código penal puede suscitar, así como destacar las diversas opciones que para su solución se ofrecen, inclinándonos por un planteamiento objetivo, que a nuestro entender parece más en consonancia con las exigencias de su correcta aplicación en la práctica.

CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, cit., artículo 9.º, número 9.º. Consideran suficientes un intento o propósito FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios*, cit., págs. 317 y ss., y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso*, cit., 1, pág. 427. RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal*, cit., pág. 587, requiere por su parte la efectividad,