

La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal

MARIA-LOURDES MOZOTA FATAS

Becaria. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION HISTORICA. III. «ITER CRIMINIS» Y ARREPENTIMIENTO. IV. LA ATENUANTE DE ARREPENTIMIENTO ACTIVO. A) n Naturaleza jurídica y fundamento. B) Elementos integrantes: 1. Elemento subjetivo. 2. Elemento objetivo. 3. Elemento cronológico o temporal. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA.

I. INTRODUCCION

En el artículo 9 se recoge la enumeración de las circunstancias atenuantes, las cuales pueden clasificarse en tres grupos:

- Eximentes incompletas (n.º 1);
- Atenuantes específicas (n.º 2, 3, 4, 8, 9) (1);
- Atenuantes por analogía (n.º 10).

Dentro del segundo grupo, atenuantes específicas se encuentra la circunstancia número 9, de arrepentimiento espontáneo (calificativo legal) (2), activo (Antón Oneca) (3), o ineficaz (Luzón Domingo) (4).

El arrepentimiento es una circunstancia polémica en casi todos sus aspectos: se discute su razón de ser como circunstancia modificativa

(1) MERCEDES ALONSO excluye del concepto de circunstancias las eximentes incompletas y la menor edad. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 193.

(2) En el artículo 9.9 se habla de «impulsos de arrepentimiento espontáneo».

(3) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, 2.ª edición anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez, Akal, Madrid, 1986, p. 379.

(4) LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, Colección de Iure et Vita, Barcelona, 1964, p. 332.

de la responsabilidad, su fundamento ético o pragmático, su naturaleza, sus elementos integrantes...

Antes de comenzar el análisis de la circunstancia tal y como se regula en el Código vigente, es necesario revisar sus precedentes legislativos en los Códigos históricos.

II. EVOLUCION HISTORICA

Fuera de nuestras fronteras y como una primera muestra de esta atenuante, es de destacar el Código Penal austríaco de 1803. En su artículo 39 establece: «Las circunstancias atenuantes que conciernen a las personas son... n.º 7: Si ha buscado con celo activo reparar el daño causado, o si ha impedido las consecuencias perniciosas ulteriores. n.º 8: Si pudiendo fácilmente sustraerse por la huida u ocultarse, se ha denunciado él mismo y ha confesado el delito».

La regulación de este Código interesa por tener un carácter exclusivamente objetivista y basado en razones pragmáticas, a diferencia de la regulación legal del texto español vigente, como luego veremos.

En lo que respecta al Derecho español, nuestro primer Código, de 1822, recoge en el capítulo IV del Título preliminar, en el artículo 107 esta circunstancia. En este artículo se dividía en dos números lo que hoy día se contempla, como una única circunstancia; así, el n.º 5 consideraba como circunstancia que disminuye el grado del delito: «El arrepentimiento manifestado con sinceridad, inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, socorrer o desagraviar al ofendido.» Y el n.º 6: «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.»

Esta fórmula ha sido considerada por diversos autores, entre ellos Rodríguez Devesa (5), como superior a la actual.

La circunstancia de arrepentimiento no se va a contemplar en los sucesivos Códigos de finales del siglo XIX y principios del XX. Tampoco aparecerá en el Código Penal provisional de Carlos VII de 1875, aunque sí se incluye en el de 1914, de la zona de Marruecos, con una regulación sorprendentemente objetiva. En el artículo 10 se establecía: «Son circunstancias atenuantes... n.º 8: La de haber dado espontáneamente satisfacción al ofendido o procurar reparar el daño, antes de que diera principio el procedimiento. n.º 9: La presentación espontánea del delincuente a las autoridades, confesando el delito antes de ser éste descubierto o no siendo aquél perseguido, ni señalado como presunto culpable».

(5) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.²: *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, 1970, p. 585.

Sin embargo, durante esta época de silencio legal, el arrepentimiento es alegado insistentemente ante los Tribunales como circunstancia atenuatoria por analogía. Por norma, el Tribunal Supremo la va a rechazar, entendiéndolo que «la circunstancia de que se trate en caso de analogía, ha de ser siempre anterior o coetánea al delito» (STS. 8 junio 1888) y no posterior, como es el caso del arrepentimiento. Sin embargo, en sentencias asiladas nuestra jurisprudencia va a hacerse eco de las alegaciones en favor de dicha circunstancia y la reconoce en algunas como la de 21 de noviembre 1874 o la de 14 noviembre 1877.

Con el Código de la Dictadura de 1928, la atenuante se reincorpora. Las razones que llevaron a ello fueron, en parte, una minoritaria, pero importante corriente jurisprudencial y sobre todo, según Quintano Ripollés, «el impulso de la gran corriente de opinión europea en favor de su adopción cuyo más visible campeón fue Carlos Stoos, autor del Anteproyecto de Código Penal Suizo» (6).

El Código de 1928 establece en su artículo 64 que «Atenuan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 6.^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. 7.^a: Haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción antes de ser ésta descubierta, o de que aquél hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable.

Los tribunales estimarán o no esta circunstancia y la del número anterior a su prudente arbitrio, apreciando en cada caso el valor de los actos a que se refieren».

Con el Código de 1932, la circunstancia se consagra definitivamente. El artículo 9 en su número 8.^o establece que es circunstancia atenuante: «La de haber procedido 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 antes de conocer el culpable la apertura de procedimiento judicial».

El Código de 1944 mantiene básicamente lo establecido en el artículo 9.8 del Código de 1932, aunque con un pequeño, pero significativo cambio. El artículo 9.9 del Código de 1944 dice así: «Son circunstancias atenuantes... n.^o9: 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.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 190.

Con el Código de 1944, el requisito cronológico de anterioridad al conocimiento de la apertura de procedimiento judicial, pasa a ser exigido no sólo para la confesión a las autoridades, sino también para la reparación o disminución de los efectos del delito y para la satisfacción al ofendido (7).

La formulación del Código de 1944 es la que se recoge en el actualmente vigente y la que se pretende analizar en este trabajo.

III. ITER CRIMINIS Y ARREPENTIMIENTO

El delito hasta su consumación atraviesa diversas fases; en cada una de ellas puede producirse en el sujeto activo una serie de motivaciones que supongan un arrepentimiento. Este arrepentimiento, tiene distinta valoración según cuál sea el momento en que se da.

Puede suceder que el sujeto haya dado inicio a la acción delictiva, pero por una serie de causas dependientes de su voluntad, se aparta de dicha acción; se produce un desistir. Este desistimiento es apreciado, sensu contrario, en otro lugar del Código Penal distinto del artículo 9.9 el artículo 3.3, como elemento excluyente de la tentativa (8).

Es posible que un sujeto haya practicado todos los actos que hubieran de dar lugar al delito, pero también por causas dependientes de su voluntad, no se produce el resultado. Aquí ya no es posible un desistir, puesto que la acción ha sido terminada. En este caso tiene lugar un arrepentimiento que impide el resultado. Este arrepentimiento tampoco es el del artículo 9. Lo mismo que en el caso anterior esta figura, en sentido contrario, se aprecia en el número 2 del artículo 3, referido al delito frustrado. Aquí estaríamos ante una exclusión de la frustración.

Acabamos de ver dos figuras diversas de la circunstancia de arrepentimiento. Penalmente, el ámbito de estas figuras no es el mismo, puesto que operan en momentos distintos.

Desde el punto de vista de la penalidad, la influencia del arrepentimiento en los tres momentos estudiados es también diferente.

(7) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *El arrepentimiento espontáneo*, RGLJ, 1957, p. 45. López Rey, por contra, entendía que el requisito cronológico en el Código de 1932, era exigido para los tres actos, y no sólo para la confesión. LÓPEZ REY, M.: *El nuevo Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, p. 50.

(8) MARTÍNEZ VAL en su artículo sobre el arrepentimiento espontáneo, entiende que el arrepentimiento y el desistimiento operan psicológicamente en la misma línea; la raíz de ambos es pareja: si se desiste es porque se está arrepentido. El desistimiento es en consecuencia una especie de arrepentimiento, fórmula genérica del problema. MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 17.

Con respecto a la opinión de Martínez Val y a la mía propia, hay que aclarar dos cuestiones: primera, que cuando se habla de desistimiento, obviamente se trata del voluntario, y segunda, que el concepto de arrepentimiento ha de entenderse no en sentido moral, sino en su dimensión jurídica, como más adelante veremos.

En el caso del desistimiento, cuando se da principio a la acción, pero se renuncia a continuarla, la conducta iniciada queda impune, puesto que se excluye la tentativa (9).

En los supuestos de arrepentimiento eficaz, esto es, cuando opera en la esfera del delito frustrado, esos actos de ejecución que de no mediar el arrepentimiento hubieran dado como resultado el delito, también quedarán impunes al excluirse la frustración.

En uno y otro caso, el delito no se consuma; la consumación se impide desistiendo o arrepintiéndose voluntariamente de su producción.

Finalmente, en los supuestos de delito consumado, si se produce el arrepentimiento, no supondrá una exclusión de la pena, sino una atenuación (por eso algunos autores lo han calificado como arrepentimiento ineficaz) (10).

IV. LA ATENUANTE DE ARREPENTIMIENTO ACTIVO

Una vez delimitados los conceptos de desistimiento y arrepentimiento y establecida la distinción entre arrepentimiento eficaz e ineficaz, hay que centrarse en este último, objetivo propio del presente trabajo.

La atenuante de arrepentimiento activo se contempla en el Código actualmente vigente en el artículo 9.9 cuya formulación procede del de 1944. Dice el citado artículo: «Son circunstancias atenuantes... n.º 9: 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».

A) Naturaleza jurídica y fundamento.

A diferencia de las demás atenuantes, la del número nueve se caracteriza por que por lo general, opera con posterioridad a la consumación del delito. No obstante se plantea un supuesto en el cual es posible la aplicación de la atenuante de arrepentimiento con anteriori-

(9) Frente a esta opinión dominante sustentada por RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus notas al *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger (nota 1.ª, p. 229), MUÑOZ CONDE entiende que desistir voluntariamente de la consumación del delito, produce la impunidad del que desiste, impunidad que se configura como causa personal de exclusión de la pena. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 191.

Consecuencia de esta interpretación sería que en caso de desistimiento quedaría impune quien realizara la tentativa, pero no los partícipes.

En *El desistimiento voluntario de consumir el delito* (Bosch, Barcelona, 1972, pp. 63-65), MUÑOZ CONDE no se manifestaba tan rotundamente; hablaba del desistimiento voluntario como causa de exclusión de la penalidad, en un intento de clasificación sistemática, pero sin ocuparse de más cuestiones.

(10) Entre otros, LUZÓN DOMINGO, M.: *Ob. cit.*, p. 332.

dad a la consumación, es el caso del desistimiento malogrado, tal como lo denomina Muñoz Conde.

El desistimiento malogrado tendría lugar cuando «una vez comenzados los actos de ejecución del delito, el curso causal se escapa de las manos del autor y éste no puede impedir, aun queriéndolo, que el resultado prohibido se produzca». (11).

El tenor del artículo 9.9, en nada impide la aplicación de la atenuante para estos supuestos, es más, la no aplicación de la atenuante sería injusta, puesto que si se atenúa la responsabilidad criminal del que comete un delito y luego se arrepiente, con mayor razón tendrá la responsabilidad atenuada quien antes de que se produzca el resultado trata de impedirlo, aunque no lo logre.

Evidentemente, la naturaleza jurídica de la circunstancia de arrepentimiento varía según tenga lugar antes o después de la consumación. En el caso del desistimiento malogrado, no puede admitirse que el fundamento de la atenuación resida en la menor gravedad de lo injusto, puesto que el comportamiento antijurídico se ha llevado a cabo, aun cuando el sujeto trate, en vano, de impedir el resultado. Así pues, el fundamento de la atenuante hay que buscarlo en el terreno de la culpabilidad; implica una disminución de la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (12).

Respecto a los supuestos en los que el arrepentimiento opera con posterioridad a la consumación, en principio hay que rechazar que esa circunstancia disminuya la gravedad de lo injusto, ya que éste ha sido plenamente realizado: lo antijurídico se refiere o bien a la acción o bien al resultado, pero el juicio desvalorativo de la antijuricidad no puede verse influido por una conducta posterior al comportamiento antijurídico mismo. No es posible una atenuación de lo injusto con eficacia retroactiva, por así decirlo.

Por otro lado, hay autores que intentan fundamentar la eficacia atenuatoria del arrepentimiento en una disminución de la culpabilidad. Así, Antón Oneca afirma que el arrepentimiento es circunstancia de menor culpabilidad, en cuanto que demuestra una voluntad criminal menos intensa (13).

Ferrer Sama considera que esta circunstancia tiene su razón de ser en el hecho de constituir el arrepentimiento, un exponente de la

(11) MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, p. 144. Como ejemplos de desistimiento malogrado, el mismo autor, en las páginas siguientes, relata algunos casos tomados de Schmidhaeuser y otros propios; v.g. A quiere matar a B y coloca una bomba de relojería en su habitación. Unas horas más tarde, arrepentido, desconecta la bomba. A pesar de ello y ante su asombro, la bomba estalla y mata a B.

(12) Respecto al concepto de culpabilidad, vid. WELZEL H.: *El nuevo sistema de Derecho Penal*, Trad. CEREZO MIR, Ariel, Barcelona, 1964, p. 79 y ss.

(13) ANTÓN ONECA, J.: *Ob. cit.*, p. 379.

menor peligrosidad del sujeto (14), y en este sentido cita a Florian y a Manzini. Este último, considera que su «Trattato di Diritto Penale Italiano», que la circunstancia es aplicable en cuanto que revela un arrepentimiento que es índice de menor crimosidad del culpable, y se contrapone a la agravante de haber aumentado las consecuencias del delito, que manifiesta, en cambio, extraordinaria perversidad (15).

Mercedes Alonso, destaca el elemento subjetivo de la circunstancia, pero por tratarse de un hecho posterior a la consumación del delito, entiende que no puede afirmarse tajantemente que el fundamento de la atenuante resida en una menor culpabilidad de agente, sino en que el arrepentimiento ha de valorarse sólo como indicio de la menor culpabilidad por el hecho. La razón por la que toma esta postura viene a ser la misma por la que afirma que el fundamento no puede residir en la menor gravedad de lo injusto: el arrepentimiento es posterior a la consumación. La culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho aislado, no por la conducta vital y momento de la culpabilidad es el momento de la acción, pues es entonces cuando la norma despliega su eficacia motivadora; en este sentido cabe señalar que el comportamiento posterior al delito debe valorarse sólo de forma indicidaria para la culpabilidad por el hecho (16).

Otros autores han tratado de explicar el fundamento de la atenuante desvinculándolo de la culpabilidad.

Rodríguez Devesa entiende que el arrepentimiento que el Código valora como atenuante es circunstancia posterior a la comisión del delito y no constituye, ni puede constituir, en buena técnica jurídica, elemento del mismo, ni esencial, ni accidental (17).

En este mismo sentido, Orts Berenguer, recogiendo la tesis de Cobo del Rosal, considera que la atenuante de arrepentimiento espontáneo rebasa los límites de la antijuricidad y de la culpabilidad, puesto que ambos elementos han surgido intactos cuando el sujeto da muestras de pesar e intenta reparar el daño o presentarse a la Justicia, por lo que son razones de política criminal el fundamento de la atenuante (18).

Puig Peña, por su parte, expone la tesis contraria a la admisión del arrepentimiento como atenuante por razones de técnica jurídica,

(14) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1946, p. 315.

(15) MANZINI V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. II, 5.ª edición, puesta al día por Nuvolone y Pisapia, UTET, Turín (Italia), 1981, p. 289.

(16) ALONSO ALAMO, M.: *Ob. cit.*, p. 736.

Hay que recordar que Mercedes Alonso entiende la culpabilidad al modo de Jescheck, afirmando que el objeto del juicio de culpabilidad es un defecto de la actitud jurídica del autor, su actitud o posición valorativamente defectuosa para el derecho. ALONSO ALAMO, M.: *Ob. cit.*, p. 443.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Ob. cit.*, p. 585.

(18) ORTS BERENGUER, E.: *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, 1978, p. 35.

sosteniendo que si el dolo «subsequens non nocet», tampoco ha de beneficiar con positivo influjo en la responsabilidad «ex delicto» lo que al consumarse éste aún no ha venido; es decir, que siendo el arrepentimiento posterior a la consumación del delito, no puede afectar al elemento subjetivo de éste: la culpabilidad. A todo lo más que podría llegarse es a una situación de favor en la fase penitenciaria, afectando el arrepentimiento no a la culpabilidad sino a los principios de la Penología (19).

Mir Puig, en esta misma línea, argumenta que la atenuante no puede disminuir lo injusto, ni tampoco la culpabilidad, sino sólo la punibilidad del hecho, categoría dogmática que se refiere a aquellos factores político-criminales de la pena que no afecten ni a lo injusto, ni a la culpabilidad (20).

Otra de las soluciones sería considerar que al estar totalmente realizados los elementos del delito, el arrepentimiento no puede suponer una atenuación de los mismos y por tanto su estudio habría que extraerlo de la Teoría Jurídica del Delito y llevarlo a la Teoría de la Medición de la Pena, lo cual supondría seguir manteniendo la eficacia atenuatoria, aunque basada en otras razones de política criminal, en relación, sobre todo, con la prevención especial. Lo que se persigue con esta es actuar sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro (21). Se trata de tener en cuenta la personalidad del delincuente al establecer la pena. Ha sido Baeza quien ha seguido esta línea, desarrollando una interesante tesis, al entender que el fundamento del arrepentimiento espontáneo es la adecuación de la pena a sus fines. Sostiene esta opinión sobre la base de algunas decisiones jurisprudenciales que identifican al «arrepentido» de esta atenuante con el «rehabilitado» y en consecuencia, por ello, digno de menor pena, pues estaría de más la prevención especial. Es decir, el sujeto que lleva a cabo esas conductas reparadoras, se formula un autorreproche de su voluntad que permitió y quiso un actuar antijurídico y es este autorreproche el que invalida cualquier finalidad de prevención especial, al menos parcialmente y esa porción de pena destinada a la prevención especial la que sobra y, en consecuencia, la que debe suprimirse (22) (23).

(19) PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 122.

(20) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1984, p. 564.

(21) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 24.

(22) BAEZA AVALLONE, V.: *El arrepentimiento espontáneo*, CPC, n.º 9, 1979, p. 16.

(23) La STS de 4 julio 1987, ha sido realmente innovadora al tratar de esta atenuante: «...el elemento objetivo, en el que claramente se trasluce el sentido político-criminal del instituto que consideramos (...). Si el deseo de reajustar su comportamiento al Derecho, surgido en el delincuente después de su acción, justifica que se suavice la pena que le hubiese correspondido, en tanto puede considerarse menos acuciante

En mi opinión, ésta sería la postura más acertada si se considera el arrepentimiento, única y exclusivamente como circunstancia posterior a la consumación. Sin embargo, acabamos de ver que en el caso del desistimiento malogrado, funciona como circunstancia anterior a la consumación. Así pues, hay que afirmar que el arrepentimiento es una circunstancia mixta: en los supuestos en los que se produce antes de la consumación, el arrepentimiento se incardina en el terreno de la culpabilidad, al suponer una menor reprobabilidad de la conducta del autor. Sin embargo, en los supuestos en los que se produce con posterioridad a la consumación, no es posible incluirlo en la culpabilidad. Por otra parte, llevarlo a la Teoría de la Medición de la Pena supondría incurrir en una clara contradicción sistemática, ya que parte de los supuestos se estudiarían dentro de esta y el resto, incluidos en la culpabilidad, dentro de la Teoría Jurídica del Delito.

Por tanto, la solución más acertada parece dejar todos los supuestos de arrepentimiento dentro de la Teoría Jurídica del Delito, distinguiendo los casos de desistimiento malogrado, que implican una disminución de la culpabilidad, de los casos en los que el arrepentimiento se produce con posterioridad a la consumación; al atender la aplicación de la atenuante, en estos casos a razones de política criminal, el arrepentimiento se situaría, junto con las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, dentro de la punibilidad, elemento no esencial, sino accidental, en el concepto de delito.

B) Elementos integrantes

Algunos autores distinguen dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo, a los que añaden un requisito de orden cronológico (24). No obstante, propiamente puede hablarse de tres elementos integrantes:

- Elemento subjetivo: haber procedido el culpable por impulsos de arrepentimiento espontáneo.
- Elemento objetivo: haber procedido el culpable a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción.
- Elemento cronológico o temporal: haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial.

Para la apreciación de la atenuante tal y como se regula en el Código Penal se precisa la concurrencia de los tres elementos. Veamos

la necesidad de motivarlo, por esa vía, a la observancia del orden jurídico que quebrantó, el interés público en promover remedios para las consecuencias del crimen o facilitar su persecución judicial, aconsejan paralelamente que se ofrezca el beneficio de la atenuación penal a quienes procedan, en palabras de la Ley, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades su infracción».

(24) BAEZA AVALLONE, V.: *Ob. cit.*, p. 38.

mos detenidamente cada uno de ellos para determinar el alcance de la regulación legal y, asimismo, en su caso, poner de manifiesto las posibles imperfecciones de lege lata, y la deseable regulación de lege ferenda.

1. Elemento subjetivo

En este primer apartado plantea problemas el alcance tanto del sustantivo «arrepentimiento» como del calificativo «espontáneo».

En cuanto a *arrepentimiento*, nuestra jurisprudencia ha incurrido en una interpretación ciertamente rigurosa al entenderlo como un sentimiento de pesar por el mal cometido. Esta ha sido la tónica general en la doctrina jurisprudencial y como muestra cabe citar la STS 22 marzo 1984, que exige para la apreciación de la atenuante: «...un estado de ánimo, expresivo de pesar, contrición o reconocimiento de haber obrado mal o temor al castigo...».

Parte de la doctrina ha sustentado esta interpretación de connotaciones ético-religiosas; así, Quintano Ripollés no considera aconsejable olvidar la raíz de espiritualidad que a primera vista pudiera parecer «una profesión de fe romántica y sentimental» (25). Luzón Cuesta entiende el arrepentimiento como la exteriorización de un interno remordimiento (26). También Rodríguez Devesa se sitúa en esta línea al considerarlo como el pesar por el delito cometido, si bien acepta la validez del arrepentimiento efectivo, con independencia de los motivos que lo hayan provocado: son igualmente válidos la contrición moral o los móviles estrictamente utilitarios (27).

Con esta interpretación jurisprudencial y sustentada en parte por un sector doctrinal, se puede incurrir en un riesgo, cual es el de la confusión entre Derecho y Moral, que llevaría a una intromisión en la vida interna del individuo, y que haría depender el nacimiento de esta circunstancia de las convicciones morales de cada uno.

En contra de esto, afirma Antón Oneca que el Derecho no exige dolor de corazón y propósito de la enmienda, sino que le basta con que la voluntad antijurídica del sujeto haya sido sustituida por la de realizar actos cooperadores a los fines del ordenamiento jurídico (28). También considera Cobo del Rosal que un arrepentimiento entendido como lo hace la jurisprudencia, supone una especie de acto de contrición, de profundo pesar, más retórico que real y que oscurece la objetiva interpretación de la atenuante (29).

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Ob. cit.*, p. 190.

(26) LUZÓN CUESTA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 140.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 586.

(28) ANTÓN ONECA, J.: *Ob. cit.*, p. 380.

(29) COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, p. 777.

La disyunción se fundamenta en que estos autores, lo mismo que otros como Ferrer Sama (30) o Mir Puig (31), sustentan una interpretación objetiva de la atenuante, más acorde a los fines del ordenamiento jurídico, haciendo hincapié en el efecto reparador o cooperador con la Justicia, más que en el sentimiento de dolor o pesar, difícilmente apreciable por un Tribunal, al tratarse de un sentimiento puramente personal. A este respecto no puede dejarse de citar la STS 20 febrero 1987: «...no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal. Basta la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico...».

Además, alguna sentencia como la de 27 junio 1966 o más recientemente, como la de 22 octubre 1987, en contradicción con la jurisprudencia más tradicional y precisamente por la dificultad de prueba, entiende que la práctica de cualquiera de los comportamientos objetivos del artículo 9.9 permite sentar la presunción de que ha sido el arrepentimiento espontáneo el motivo impulsor de la conducta realizada.

Visto lo anterior, hay que considerar que más que en su dimensión moral, hay que interpretar el arrepentimiento en su dimensión jurídica como voluntad de restaurar el orden perturbado, lo cual es inseparable de sus manifestaciones externas, las conductas activas que recoge el artículo 9.9 (32).

Un segundo punto a analizar en este primer apartado es el calificativo de *espontáneo*.

La jurisprudencia ha sostenido una interpretación rigurosísima y difícilmente aceptable de la espontaneidad. No obstante, considera la mayoría de los autores que la jurisprudencia ha entendido correctamente referida la espontaneidad a la conducta del agente y no al arrepentimiento como exige el tenor del texto legal: «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», siendo así que el arrepentimiento presupone la espontaneidad. Por tanto, el calificativo de «espontáneo» sería una tautología significativa innecesaria (33).

Al margen de lo anterior, lo que no resulta tan satisfactorio es el sentido rigorista que inspira de ordinario a la jurisprudencia en la interpretación del requisito de la espontaneidad, que lo ha identificado con la ausencia de toda influencia de otra persona. Prueba de

(30) FERRER SAMA, A.: *Ob. cit.*, p. 317.

(31) MIR PUIG, S.: *Ob. cit.*, p. 564.

(32) Acertadamente, así se entiende en sentencias como la de 20 febrero 1987: «...no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal. Basta la sustitución de la voluntad antijurídica, por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico...»

O también la de 1 diciembre 1987: «...esa menor culpabilidad aflora no tanto de un sentimiento de pesar difícil de descubrir, como de una resuelta voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado por el delito».

(33) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 15.

ello es el criterio mantenido en sentencias como la de 17 de julio de 1985, en la que se dice: «...sin que para la adopción de tales determinaciones haya influido la orden, el consejo o la iniciativa ajenas».

La doctrina, por contra, no admite esta interpretación de la espontaneidad y la vincula más bien a la idea de libertad o ausencia de coacción: el sujeto actúa espontáneamente aun cuando la decisión de arrepentirse tenga su origen en otra persona, si ésta se ha limitado simplemente a aconsejarle y no le ha coaccionado.

También algunas sentencias, muy pocas, admiten esta interpretación; así, la STS 5 abril 1973: «...no es obstáculo que otro le aconseje, induzca o estimule en el arrepentimiento»; o también, STS 4 julio 1987: «...espontánea, es decir, no impuesta, ni coactivamente provocada por las circunstancias».

En definitiva, podemos afirmar que existe arrepentimiento espontáneo cuando en el agente se conforma libre y conscientemente la voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado y se traduce en un hacer externo.

2. Elemento objetivo

El elemento objetivo es el segundo de los tres que configuran la atenuante. No basta con que en el sujeto se produzca libremente la voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado, sino que es necesario que esa voluntad se materialice externamente en una de estas cuatro conductas:

- Reparar los efectos del delito.
- Disminuir los efectos del delito.
- Dar satisfacción al ofendido;
- Confesar a las autoridades la infracción.

En primer lugar, hay que afirmar que basta con que concurra una de estas conductas que integran el elemento objetivo para que normalmente se aplique la atenuante. En caso de que concurrieran dos o más, podría estimarse esta atenuante como muy calificada; así lo entiende el Tribunal Supremo en alguna sentencia como la de 21 abril 1958, pero sin que esto deba considerarse exclusivamente en su riguroso sentido aritmético.

Otra de las cuestiones que suscita es si la apreciación de la atenuante requiere la reparación o satisfacción efectiva y positiva, o si basta tan sólo con que el sujeto intente tales propósitos, aun cuando no haya llegado a conseguirlos.

El artículo 9.9 del Código Penal tan solo exige «haber procedido», de lo cual se infiere que la conducta exigida es de simple tendencia, esto es, que bastará con que el sujeto realice actos que revelen su buen propósito, aunque tales actos no tuvieran éxito.

Una tesis contraria sostiene Rodríguez Devesa, quien entiende que

la reparación o disminución de los efectos del delito ha de ser efectiva y no simplemente intentada, al igual que la satisfacción al ofendido, aun cuando no sea preciso que éste se dé por satisfecho (34).

A pesar de esta opinión, parece más acertado pensar que la atenuante podrá aplicarse siempre y cuando el sujeto haya puesto de su parte todos los medios para reparar el delito, aunque por circunstancias independientes de su voluntad, no haya sido posible la total y completa reparación o satisfacción. Esta interpretación abandona en cierta medida el estricto criterio utilitarista en la aplicación de la atenuante, al tener más en cuenta la intención del agente que la efectividad de su conducta. Sin embargo, es lo más coherente de acuerdo con el texto legal y el fundamento de la atenuante, que si bien en parte son razones utilitarias, tampoco puede olvidarse el aspecto subjetivo, el arrepentimiento del sujeto que ha intentado de buena fe reparar el mal causado.

El mismo criterio hay que aplicar a la confesión: basta con que haya intención, aunque en la confesión es más difícil de comprobar, dada la conducta a realizar por el agente. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 1985, estimó la atenuante entendiendo que: «...si en los hechos probados se dice que después de llegar a su casa (...) llamó a la policía diciendo que había disparado contra su yerno, poniéndose a su disposición, sin que supiera que se hubiera iniciado la apertura del procedimiento judicial, es evidente que se reunieron todos y cada uno de los requisitos que el Código y la jurisprudencia exigían para su estimación.»

En cuanto a las conductas objetivas en que ha de materializarse el arrepentimiento, podemos reunir las en dos grupos:

- a) Conductas en beneficio de la víctima.
- b) Conductas de cooperación con las autoridades.

a) *Conductas en beneficio de la víctima*

Tales conductas pueden consistir en reparar o disminuir los efectos del delito o en dar satisfacción al ofendido. Autores como Cobo del Rosal (35) o Córdoba Roda (36), entienden que la satisfacción al ofendido no es sino una especie de aminoración de los efectos del delito. Sin embargo, parece más convincente establecer una distinción entre estas conductas; en primer lugar, en base a razones históricas, puesto que en todos los Códigos en los que se regula la atenuante se ha establecido una diferenciación entre las conductas dirigidas a reparar el daño y las encaminadas a satisfacer al ofendido. Por otro

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 587.

(35) COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Ob. cit.*, p. 778.

(36) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, p. 524.

lado, hay delitos en los que, para la apreciación de la atenuante, la satisfacción al ofendido ha de ir unida inevitablemente a la reparación, como es el caso de los delitos contra la propiedad, mientras que en otros, bastará por sí sola la satisfacción, como ocurre con los delitos contra el honor, en los que no cabe reparación.

Reparar implica compensar la totalidad del daño producido por el delito; mientras que disminuir supone una compensación parcial; pero esta disminución sólo atenuará la responsabilidad cuando al sujeto no le sea posible reparar el daño en su totalidad (37).

La reparación de la que habla el artículo 9.9, no es la misma que la de los artículos 101 y siguientes, concernientes a la responsabilidad civil. La reparación en el arrepentimiento comporta un retorno a la situación anterior a la comisión del delito; mientras que en el caso de la responsabilidad civil se trata de una reparación del daño causado, y no de los efectos del delito. Así, en el supuesto de los delitos contra la propiedad a efectos del artículo 9.9, la devolución de los objetos robados, esto es, la restitución, comportará la reparación, que normalmente bastará para la apreciación de la atenuante (la reparación, a diferencia del artículo 101, engloba la restitución). Además, la efectiva reparación no impediría, en su caso, el ejercicio de una ulterior acción de responsabilidad civil.

La reparación o disminución de los efectos del delito consistiría básicamente en volver a la situación anterior al delito, en reponer; en cambio, la satisfacción al ofendido tendría otro alcance, sería un desagravio, tal como en su origen lo entendía el Código de 1822, una compensación, pero no sólo económica. Se podría incluir dentro de ésta, además de la indemnización, las oportunas disculpas, u otras conductas en favor de la persona agraviada, aunque no supusieran la reposición de la situación anterior, no siendo imprescindible un alcance económico efectivo.

b) Conductas de cooperación con las autoridades

Dentro de este segundo apartado se incluiría lo que el artículo 9.9 señala como «confesar a las autoridades la infracción».

El hecho de que se exija confesión ante la autoridad, excluye inmediatamente la hecha a particulares (38). No obstante, en alguna sentencia, como la de 6 de diciembre 1979, el Tribunal Supremo ha considerado factible, a efectos de la apreciación de la atenuante, la

(37) STS 29 septiembre 1987: «La devolución de lo robado debió ser total y no parcial, teniendo el recurrente como tenía el resto del metálico en su poder, por lo que esta Sala tiene declarado que la devolución de parte de lo sustraído, no puede dar lugar a la estimación de la atenuante...»

(38) A este respecto, tener en cuenta la STS 21 junio 1985: «...al no poder valorarse como confesión del delito a la autoridad el hecho de acudir al domicilio de un inspector de policía, para referirle lo acontecido, no como tal agente de la autoridad, sino como amigo, paisano y convecino».

utilización de una persona que expresara a la autoridad, en nombre del delincuente lo que éste haría personalmente, cuando la comunicación directa no fuera posible (39).

Una cuestión que se suscita es la delimitación del concepto «Autoridad». Por autoridad hay que entender aquella a quien corresponde «in genere» la persecución o castigo de los delincuentes, sin que sea necesario que ostente la competencia concreta para conocer de aquella infracción. La confesión a la autoridad cabe tenerla por cumplida cuando se realiza ante sus agentes y delegados (STS 4 octubre 1969).

En cualquier caso, para la determinación del concepto de autoridad, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el Código Penal, en el artículo 119.

En cuanto a la confesión, hay que reiterar que ha de llevarla a cabo el sujeto agente del delito y sólo cuando se halle imposibilitado, podrá hacerla un tercero designado por aquél y en su nombre.

La confesión ha de ser veraz en todos sus términos, y además completa. No vale la confesión de parte de los hechos, aunque sea cierta, ni una confesión desvirtuada con la intención de lograr un efecto más beneficioso para su autor (40).

Aun cuando el Código Penal sólo habla de confesar a las autoridades la infracción, ello comporta la puesta a disposición del culpable a aquéllas, pues mal puede apreciarse esta atenuante en quien confiesa y luego se fuga. Algún autor, como Córdoba Roda, discrepa de esta opinión o, más bien la matiza, entendiendo como peligrosa la afirmación absoluta de que la ausencia de una puesta a disposición de las autoridades contradice el arrepentimiento espontáneo, si bien es cierto, afirma que la fuga del agente excluirá, de ordinario, la existencia del impulso de arrepentimiento espontáneo (41). Sin embargo, considero esta matización superflua, y aunque en el Código sólo se hable de confesar, hay que tener presente que esta conducta externa ha de ir unida a la voluntad de restaurar el orden perturbado, lo cual supondrá, en mi opinión, ponerse a disposición de las autoridades y no ocultarse para evitar las consecuencias punitivas, que en absoluto revela ese ánimo subjetivo restaurador.

(39) Alguna otra sentencia, como la de 31 marzo 1986, no ha apreciado la atenuante del artículo 9.9, pero sí la atenuante por analogía del 9.10, al «...confesar a las autoridades la infracción por mediación de sus compañeros de caza...».

(40) Así se manifiesta reiterada jurisprudencia; como muestra cabe citar la STS 30 septiembre 1987: «...es evidente que no se ayuda a ésta (Administración de Justicia) ni es muestra de culpabilidad menor, la confesión del hecho por el procesado, pero dando una versión que lo exculpaba y que era totalmente distinta de lo que constituía el factum».

(41) CORDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Ob. cit.*, p. 525.

3. Elemento cronológico o temporal

A diferencia de los Códigos anteriores, en los que sólo se exigía de la confesión, en el actualmente vigente, toda conducta reparadora, de satisfacción o de confesión, ha de ser previa al conocimiento, por el culpable, de la apertura del procedimiento judicial.

Este elemento cronológico o temporal no se salva de la polémica y discusión que, según vamos viendo, acompaña a la atenuante del artículo 9.9. El inicio de las diligencias policiales ha sido entendido reiteradamente por nuestra jurisprudencia como apertura del procedimiento judicial.

En sentencias como la de 21 julio 1987 se dice: «...apertura del procedimiento judicial, que abarca incluso las diligencias policiales o atestados, con que en la generalidad de los casos se inicia la investigación». De manera similar se expresa otra sentencia del TS de 17 julio 1985.

Esta opinión jurisprudencial es compartida por algún sector doctrinal. Sin embargo, un buen grupo de autores (42), cuya opinión comparto, entiende que esta interpretación extensiva y perjudicial para el reo resulta recusable, puesto que ateniéndonos a lo dispuesto en la Ley, las diligencias policiales no pueden comportar la apertura del procedimiento judicial. A tenor de lo dispuesto en el artículo 297.1 LECrim., los atestados de los funcionarios de la policía judicial se considerarán a efectos legales como denuncias, y tanto la denuncia como la querrela son previas al Sumario.

El procedimiento judicial se inicia con el Sumario, cuya formación corresponde a los jueces de instrucción (artículo 303 LECrim.).

De lo anterior se refiere que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo es totalmente contraria a la Ley, pues al entender que las diligencias policiales suponen la apertura del procedimiento judicial, está equiparando la denuncia al Sumario, siendo aquella previa, lo cual sería analogía *in malam partem*.

En mi opinión, lo más correcto sería entender, de acuerdo con la letra del artículo 9.9 del Código Penal, en consonancia con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se apreciará la atenuante cuando el culpable lleve a cabo actos reparadores o de auxilio a la Justicia, antes de conocer la incoación del Sumario.

Otra cuestión que se plantea es si basta con que el culpable conozca la apertura del procedimiento judicial en general, o si es necesario que éste se dirija contra su persona.

Haciendo un repaso de los Códigos históricos en los que se regula

(42) Entre otros, CÓRDOBA RODA: *Ob. cit.*, p. 522. RODRÍGUEZ DEVESA: *Ob. cit.*, p. 586.

la atenuante, puede comprobarse que la tendencia general ha sido personalizar en la figura del culpable:

El Código de 1822, en el artículo 107.6, dice: «...confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas».

El de la zona de Marruecos de 1914, en el artículo 10.9: «...confesando el delito (...) no siendo aquél perseguido ni señalado como presunto culpable».

El de 1928, artículo 64.7: «...confesando la infracción antes (...) de que aquel hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable».

Al margen de estos argumentos históricos, hay que tener en cuenta el sentido y alcance de la atenuante. Se trata de que el culpable lleve a cabo una serie de actos externos que demuestren su voluntad de restaurar la situación anterior. Si abierto el Sumario, y no dirigiéndose contra su persona, el culpable confiesa o lleva a cabo actos reparadores, está demostrando esa voluntad, aun cuando le hubiera sido fácil escapar de la Justicia. Por eso sería injusto no apreciar la atenuante en estos casos. Quintano Ripollés, en este sentido, aporta una solución de *lege ferenda*, realmente digna de ser tenida en cuenta. Entiende, inspirado en el parágrafo 39 del Código Penal austríaco, en el que sólo se aprecia la atenuante cuando hubiere mediado alguna posibilidad de ocultación o fuga, que sería preferible no hacer mención alguna en el Código española al elemento temporal y remitir la apreciación de la espontaneidad en cada caso, al arbitrio judicial, y que éste decida en atención a las posibilidades de ocultación o fuga que el reo tenía en el momento de reparar o confesar (43).

Teniendo en cuenta casos como el del culpable que tras once meses de ausencia de la ciudad y haber sido declarado en rebeldía, y sin que la policía tuviera pistas sobre su paradero, se entregó, no apreciándose la atenuante por ser su conducta posterior a la apertura del procedimiento judicial (44), parece ser este requisito temporal un elemento perturbador en la configuración de la atenuante, dotando su apreciación de un carácter mecánico, en lugar de atender a los efectos que la actitud del culpable producirían.

Por todo lo anterior, parece más aceptable de *lege ferenda*, dejar al margen toda referencia al tiempo y concentrar la apreciación de la atenuante en la voluntariedad de la conducta y en los efectos restauradores.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Ob. cit.*, p. 191.

(44) STS 8 noviembre 1972.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Vistos los elementos integrantes de la atenuante y criticados, en su caso, algunos de ellos, corresponde formular una propuesta de *lege ferenda*.

En contra de la opinión de algunos autores, como Cobo del Rosal (45), que considera la atenuante desde un punto de vista puramente objetivo, basado en los efectos restauradores, entiendo que el elemento subjetivo no puede perderse de vista. Sin embargo, tampoco parece aceptable la primacía que el Tribunal Supremo ha dado a ese elemento, hasta el punto de hacer de esta atenuante un reflejo del arrepentimiento moral o religioso, dotando al Derecho de esta manera, de un tinte en extremo moralista.

Es preciso coordinar los dos elementos, subjetivo y objetivo, si bien entiendo que, si alguno debe primar, habría de ser el objetivo, pero sin perder de vista la voluntad del agente. Por eso, en lugar de basar la apreciación de la atenuante en el obrar «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», es más acertado, como así entendió en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (46), sustituir esa expresión por la de «voluntariamente», o también, en mi opinión, por la de «libre y conscientemente». De esta manera, la atenuante no se vería privada del elemento subjetivo, que de ser suprimido supondría, entre otras cosas, dar validez únicamente a las conductas efectivamente restauradoras, descartando los casos en los que el agente hubiera intentado, mas no logrado reparar, pero quedaría libre de impregnaciones moralistas ajenas al Derecho.

En este sentido, Javier de Vicente ha criticado la denominación de la atenuante como «arrepentimiento espontáneo» y ha optado por la de «comportamiento postdelictivo positivo», entendiendo que el término «arrepentimiento» induce a falsas conclusiones en cuanto a los móviles que han de concurrir para beneficiar al culpable con la atenuación de la pena; junto con la motivación ética, existen otros motivos dignos de ser valorados por el Derecho Penal y, por tanto, debe prescindirse de toda terminología que encierre el ámbito de aplicación en unos límites más estrechos que los posiblemente admitidos o compatibles con consideraciones estrictamente jurídicos-penales (47).

(45) COBO DEL ROSAL, M.: *Ob. cit.*, p. 777.

(46) PLOCP, 1980, artículo 27.6: «Son circunstancias atenuantes: ...La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

Con idéntica redacción, el artículo 23.5 de la Propuesta de 1983.

(47) VICENTE REMESAL, J. DE: *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, p. 41.

En lo que respecta al elemento temporal, como ya se ha dejado claro, parece más oportuno no tenerlo en cuenta y así hacer referencia, como bien apunta Quintano Ripollés, a la posibilidad de ocultación o huida (48).

A la vista de estas conclusiones, se puede dar un retoque a la atenuante del artículo 9.9 y de *lege ferenda* configurarla del siguiente modo: «Son circunstancias atenuantes... n.º 9: La de haber procedido el culpable, libre y conscientemente, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción adecuada al ofendido, o a entregarse a las autoridades, para confesar la infracción, habiendo tenido oportunidad de ocultación o fuga.»

(48) Vid. nota 43.

