

**CALDERON SUSIN, Eduardo; «Arrepentimiento espontáneo. (Estudio del artículo 9.º del Código Penal)». Edt. Edersa. Madrid, 1990, 355 págs.**

«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» constituye la circunstancia atenuante novena del artículo nueve. La peculiaridad fundamental de esta circunstancia, en comparación con el resto de las que conforman el catálogo de atenuantes, reside en el dato cronológico de tratarse de un comportamiento *postdelictum*, resultando por ello más que dudoso que su efecto paliativo de la pena se deba a una merma del injusto o de la culpabilidad del hecho. Pero no sólo la fundamentación material de esta atenuante resulta controvertida. Su conveniencia político-criminal, su localización sistemática, la interpretación de los términos de la actual regulación, las posibles propuestas de *lege ferenda*, etc., constituyen temas de reflexión lo suficientemente atractivos como para justificar la monografía del Dr. Calderón Susin, objeto de esta recensión y que fundamentalmente coincide con su tesis doctoral.

Lo primero que llama la atención de este libro es que su autor rebasa el planteamiento puramente jurídico del tema para bucear en la apasionante vertiente psicológica del arrepentimiento, obsequiando al lector con cuestiones tan sugestivas como la del arrepentimiento en la cultura judeo-cristiana, en el psicoanálisis o en la literatura (capítulo primero). A este primer capítulo le sigue, dentro ya de lo usual en los trabajos monográficos, un segundo dedicado al estudio iuscomparativo del tema. Su interés reside en que no se limita el autor a dar noticia de las diferentes regulaciones del comportamiento postdelictivo en los Códigos Penales extranjeros, sino que utilizando el método iuscomparativista nos muestra los diferentes modelos en los que se puede plasmar la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, siendo la adopción de uno y otro resultado de la tensión entre las garantías derivadas del principio de legalidad, por un lado, y el arbitrio judicial, por otro. Tampoco podía faltar un análisis de la evolución histórica de la atenuante. A ésta se dedica el capítulo tercero.

Será en el cuarto y último capítulo donde, bajo la rúbrica «Dogmática y crítica de la fórmula vigente», se aborde el problema jurídico-material del arrepentimiento espontáneo. No se nos alcanza un aspecto controvertido del mismo que quede sin plantear: sus requisitos objetivos, subjetivos y cronológicos, su relación con la atenuante analógica, los problemas de su aplicación como muy cualificada, la compatibilidad con las demás circunstancias, etc.; todos ellos son objeto de atención. Ahora bien, si hubiera que destacar una cualidad del libro no dudaría en alabar la exhaustividad con que el autor recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Sin embargo, exhaustivo también puede ser un estudio acrítico y deslabazado; mas no es éste en absoluto el caso, llevando a cabo Calderón Susin una admirable labor de sistematización así como un pormenorizado enjuiciamiento crítico de las posturas jurisprudenciales, siendo ya por ello este libro recomendable. No obstante, es apreciable una clara preponderancia de la vertiente jurisprudencial sobre el planteamiento dogmático o doctrinal, preponderancia que podría generar

una cierta insatisfacción en el teórico del Derecho penal. En este sentido el libro acrecentaría su valor, por ejemplo, con un tratamiento más detallado de un aspecto tan crucial, por sus implicaciones no sólo dogmáticas, sino también prácticas, como el del fundamento de la atenuante. Por la mencionada trascendencia permítaseme detenerme en este punto.

Acerca del fundamento de la atenuante de arrepentimiento espontáneo el doctor Calderón Susin asume eclécticamente las posturas mantenidas por nuestra actual doctrina. Por una parte justificarían la existencia de esta circunstancia «razones político-criminales de pura utilidad o pragmáticas, en pro de facilitar o fomentar la reparación del daño y la persecución judicial», tratándose con dicha atenuante de estimular el surgimiento de la voluntad tendente a la restauración del orden jurídico (pág. 259). Ello no impide que además «la atenuación correspondiente se explicara por la menor necesidad de pena desde las exigencias preventivo-generales, entendidas no ya al modo tradicional de efecto intimidatorio de la pena, sino en sus más modernas concepciones, de forma positiva, pedagógica e integradora de la sanción...; y es que con la voluntad de restaurar el orden que perturbó, exteriorizada por medio de actos reparadores o mediante la confesión, el culpable, afirma la conciencia social de la norma y confirma su vigencia, de tal manera que la colectividad... considera que es suficiente una pena atenuada, más benigna, precisamente por el sometimiento al derecho que el culpable demuestra con su actividad reparadora o con el expreso reconocimiento de su culpabilidad, rindiéndose a las consecuencias jurídico-penales de su hecho injusto» (págs. 260-261). Asimismo, desde la óptica de la prevención especial resulta, según el autor, indiscutible la disminución de la necesidad de pena debido a la menor peligrosidad manifestada por el autor con su arrepentimiento (pág. 261).

Por lo que respecta a la fundamentación utilitarista de la atenuante novena, fundamentación que podríamos convenir en denominar «explicación político-criminal» o «del estímulo», llama la atención que dicha explicación sea asumida como libre de imperfecciones cuando en un fenómeno de similitudes esenciales, como es el del desistimiento en la tentativa y en la frustración, la misma fundamentación —en este caso de la impunidad— ha sido sometida, a mi juicio en buena medida injustificadamente, a una debastadora crítica. Razones de utilidad —se afirma también en este ámbito— justifican la impunidad del desistimiento eficaz: si lo que el Derecho penal pretende es evitar la lesión del bien jurídico, tiene sentido estimular al autor con la impunidad para que, a pesar de haber iniciado los actos ejecutivos, no lleve a efecto la lesión. Las críticas a esta explicación son numerosas y en su mayoría perfectamente trasladables a la explicación político-criminal del efecto paliativo de la atenuante novena. Así se argumenta que la mencionada justificación está basada en una falsa concepción del hombre, dado que el delincuente que desiste o que lleva a cabo alguna de las conductas descritas en el artículo 9, 9.ª, lo hará por muy diversos motivos pero en muy contadas ocasiones estimulado por el beneficio jurídico-penal que nuestro Código conecta a su comportamiento. A esta crítica cabría añadir que la comentada explicación podría desembocar en la siguiente paradoja: cuando la atenuante novena consigue su fin: el servir de estímulo para «facilitar o fomentar

la reparación del daño y la persecución judicial» difícilmente podría apreciarse entonces la mencionada atenuante, por resultar los móviles «utilitaristas» incompatibles con el requisito subjetivo de proceder «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», se entienda este requisito moral, ética o jurídicamente. También se le critica a la teoría político-criminal el utilizar como a un delincuente «ilustrado» conocedor —trasladando el argumento— de la existencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y de sus efectos mitigadores de la sanción penal. Si éste fuera —se añade— realmente el prototipo de delincuente, con el beneficio de la atenuación se correría el peligro de obtener unos resultados contrapuestos a los pretendidos: al delincuente calculador podría impulsarle a cometer el delito deseado el saber que, por ejemplo, la posterior colaboración con las autoridades conllevará una aminoración de la pena. Pero sobre todo, ¿cómo compaginar la explicación utilitarista de esta atenuante con la exigencia de proceder por impulsos de arrepentimiento espontáneo? Estas críticas resultarán acertadas o fácilmente rebatibles, pero no conviene en absoluto que sean ignoradas.

Por lo que se refiere a la explicación del arrepentimiento espontáneo desde la óptica de la prevención general positiva o de integración, tan sólo poner de manifiesto que la ductilidad de este tipo de argumentos les incapacita como prueba de la corrección de una determinada postura. Apelando a hechos tan inconstatables como el de si la colectividad considera o no suficiente una pena más benigna en el caso de arrepentimiento espontáneo, se puede argumentar cualquier postura: la previamente adoptada como conveniente.

También entiende el Dr. Calderón Susin que «la atenuante de arrepentimiento espontáneo tiene su razón de ser en la menor peligrosidad que denota el delincuente, al demostrar su capacidad de reintegrarse en la comunidad jurídica» (pág. 261). Sin embargo esta fundamentación mal se compagina con la formulación que de *lege ferenda* propone al final de su libro (pág. 321), desdoblando la atenuante en dos:

«a) La de haberse esforzado seriamente (jurídicamente) el culpable, antes del juicio (o de la apertura de las sesiones del juicio oral), en reparar o disminuir los efectos del hecho (punible) o en dar satisfacción al ofendido.

b) La de haberse puesto el culpable a disposición de la autoridad confesando su infracción, inmediatamente después de cometida, o cuando se desconociera su intervención, o resultare difícil aprehenderle.»

Nótese la ausencia es esta formulación de cualquier requisito subjetivo. Ello resulta incoherente con la utilizada explicación preventivo-especial de la atenuante analizada, pues habría que apreciarla siempre que el sujeto verificara alguno de los comportamientos descritos y ello incluso aunque la conducta postdelictiva no responda a un sentimiento de rechazo hacia el mal inferido, a un deseo de retorno a la legalidad o a cualquier otra motivación positivamente valorable; habría que atenuar la pena en supuestos en los que, por ejemplo, la confesión se deba a la total indiferencia del sujeto ante su futuro o incluso cuando la conducta subsiguiente al delito fue previamente planeada por el culpable, supuestos éstos en los que absolutamente nada indica la mayor capacidad del sujeto para reintegrarse en la comunidad jurídica.

Una vía intermedia, entre la actual exigencia de haber obrado «por impulsos de arrepentimiento espontáneo» y la omisión de cualquier requisito subjetivo, es la adoptada por el Anteproyecto de Código Penal de 1992. Este consagra como atenuante quinta del artículo 20 «La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción». Calderón Susin por razones obvias —el Anteproyecto ha sido dado a conocer con posterioridad a la publicación de su libro— no analiza la redacción transcrita, aunque sí examina las propuestas al respecto del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, que coinciden básicamente con la del Anteproyecto de 1992 (1). Como reconoce el autor del libro (pág. 212), si este intento legislativo no se frustra de nuevo, los problemas interpretativos de la atenuante se centrarán en el adverbio «voluntariamente». Permítaseme, por ello, detenerme en esta cuestión.

El reemplazo de «impulsos de arrepentimiento espontáneo» por «voluntariamente» resulta a todas luces plausible por suponer, como afirma Calderón Susin, un freno a la interpretación restrictiva de los términos «arrepentimiento espontáneo», consistente en «dotar a uno de una significación ético-religiosa y al entender por espontáneo lo exento de cualquier influencia externa» (pág. 216), tal y como lo hacía una antigua corriente jurisprudencial. Al intérprete de la ley le incumbirá entonces decidir qué ha de entenderse por voluntario. Por ello resulta conveniente advertir del peligro de que en esta sede se reproduzca, en términos equivalentes, la polémica surgida en la interpretación de la voluntariedad del desistimiento en las formas imperfectas de ejecución. No se trata, como opina el autor del libro, de una discusión intransferible por tratarse el desistimiento y la atenuante de arrepentimiento de temas muy diversos; más bien, al contrario, las similitudes entre ambos me parecen esenciales. El peligro al que aludía reside en que en el ámbito de la atenuante alcancen las teorías valorativas sobre la voluntariedad el mismo auge que han adquirido en sede del desistimiento. Recordemos la polémica.

Dos teorías pugnan en la interpretación de la voluntariedad del desistimiento: las «teorías psicológicas» y las «teorías valorativas». Las primeras parten de la fórmula de Frank: El desistimiento será voluntario si el sujeto puede llegar a la consumación pero no quiere; será involuntario si, a pesar del querer, no le es posible. Las teorías valorativas son aquellas que, a la hora de dilucidar la voluntariedad del desistimiento, conceden un papel fundamental a los motivos que impulsaron al sujeto a no consumir el delito. Así, por ejemplo, para Bockelmann no puede prescindirse en el enjuiciamiento de la voluntariedad de los motivos del desistimiento, los

---

al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción», texto éste reproducido en el artículo 23.5 de la Propuesta de Anteproyecto.

(2) Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, en: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957, pág. 183.

(3) Criterio éste expuesto y defendido en su artículo Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, en Festschrift für Heinitz, Berlin, 1972, pp. 251 y ss.

cuales han de ser enjuiciados desde la perspectiva de la “moral esotérica del Derecho” (2). Para Roxin lo determinante es que el desistimiento aparezca, desde la perspectiva del operar delictivo, desde la lógica del criminal, como irracional o inexplicable (3). En nuestro país una idea similar es la adoptada por Mir Puig, que entiende la voluntariedad «en el sentido estricto de deseo de “retornar a la legalidad” por “propio” convencimiento del sujeto —aunque sea por el convencimiento de que no es útil correr el riesgo de ser castigado—, sin que baste una decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de “interesarle” según su plan» (4). También entre los autores españoles Muñoz Conde mantiene una tesis calificable de valorativa pues, aunque no desdeña la vertiente psicológica del problema, considera necesaria la valoración de la voluntariedad. Según este autor, para que el desistimiento merezca la impunidad ha de aparecer «como un buen ejemplo que anule la mala impresión causada en la comunidad por la anterior conducta —prevención especial—. De aquí se deduce que la valoración del proceso psicológico, de las motivaciones, debe llevarse a cabo conforme a puntos de vista preventivos» (5).

Pues bien, las teorías valorativas en bloque, y con independencia de sus múltiples y particulares formulaciones, me parecen rechazables y ello por lesionar abiertamente el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la Constitución Española, en cuanto que con ellas se restringe injustificadamente el ámbito de aplicación de una causa de impunidad o, lo que es lo mismo, se amplían, también injustificadamente, las posibilidades de castigo, al exigir para la impunidad por desistimiento algo a lo que la ley para nada alude: unos motivos a valorar positivamente desde una óptica normativa.

Esta vulneración del principio de legalidad por las teorías valorativas es algo a lo que, aunque parece evidente, no se suele aludir. Sí lo hace excepcionalmente Mir Puig, que constata el obstáculo que supone para estas teorías el tener que superar la letra de la ley que concede impunidad a todo desistimiento «propio y voluntario». Por ello «tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se entiende como una forma de ampliación analógica de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre desistimiento voluntario por analogía con los que no lo son) y sólo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de la interpretación restrictiva del término «voluntario» (6). Mir Puig parece entender que esto último es lo que de hecho sucede pues, como hemos visto, en la

---

(4) MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1990, pág. 381.

(5) MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito. Barcelona, 1973, pág. 101. Esta conexión entre voluntariedad e innecesariedad de la pena es recogida por Octavio DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO (Derecho Penal. Parte General, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1985, pp. 192-193). También GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1984, pp. 267-269).

(6) MIR PUIG, *op. cit.* pág. 382.

(7) Cfr. LARENZ, Metodología de la Ciencia Jurídica, Traducción de Enrique Bimbernat. Barcelona, 1966, pág. 256.

(8) LARENZ, *op. cit.*, pág. 256.

tesis por él mantenida se concede relevancia a la vertiente valorativa de los motivos del sujeto.

Mi opinión al respecto es la contraria. Aunque fuera admisible en Derecho penal una interpretación extensiva, el entender el término «voluntario» como lo hacen las teorías valorativas desborda con mucho las fronteras de la interpretación. Esta ha de tener por límite el tenor literal del precepto, es decir, la totalidad de los significados que el lenguaje general atribuye a una expresión o término (7). Cuando se rebasa dicho límite ya no se está interpretando, sino «inventando» Derecho; se trataría, en expresión de Larenz, de una «formulación modificativa del Derecho» (8), que al ser en este caso claramente contraria al reo debe proscribirse sin timidez (9). Para demostrar que el tenor literal del término voluntario es desbordado por las teorías valorativas no es necesario buscar una especial justificación. Basta acudir al diccionario. De los múltiples significados que al término voluntad se le atribuyen, ninguno de ellos alude a los motivos. Resultaría, pues, contrario al lenguaje corriente decir que un sujeto que, sin estar físicamente ni psíquicamente coaccionado, abandona libremente la consumación de un delito no desiste voluntariamente tan sólo porque su desistimiento no puede interpretarse como un retorno a la legalidad, o porque la prevención especial aconseje el castigo, o porque haya obrado por móviles interesados o éticamente disvaliosos. Quizá las teorías valorativas proporcionen resultados más satisfactorios desde una óptica político-criminal, pero mientras el Código penal hable de desistimiento voluntario y no de desistimiento desinteresado, altruista, o motivado por el deseo de volver a la legalidad, la exigencia de estos u otros móviles como requisito para admitir la impunidad por desistimiento debe rechazarse por lesionar frontalmente el principio de legalidad.

Por todo lo expuesto resulta tranquilizadora y plausible la postura adoptada por el Dr. Calderón Susin en la interpretación del advverbio «voluntariamente» utilizado en las propuestas legislativas, pronunciándose claramente este autor por la irrelevancia de los móviles o motivos: «En último extremo, jurídicamente, con independencia del móvil, se valorará de modo positivo el comportamiento en una de las direcciones legalmente previstas, siempre que el sujeto no se vea forzado a hacerlo así, en el sentido de que hubiera tenido una razonable posibilidad de no efectuarlo, incluso cuando con el plan global del autor estuviera previamente pensado el comportamiento subsiguiente al hecho delictivo, una interpretación *pro libertate*, lo impone, al igual que también lleva a mantener que deberá probarse, y no a expensas del culpable, que existió compulsión, para negar la mitigación de la pena» (página 215). Esta interpretación, repito, me parece totalmente acertada; no obstante, permanece abierto el interrogante, anteriormente apuntado, de cómo compaginar esta

(9) Correctamente, aunque con cierta «timidez», SAIZ CANTERO cuando afirma que, dala la redacción del artículo 3, «cualquier criterio que restrinja el ámbito de eficacia existente de la voluntariedad puede significar una extensión del área de lo punible en contra del reo». (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 796).

amplia comprensión del término voluntario con el fundamento preventivo general y preventivo especial con el que Calderón Susin trataba de justificar el efecto mitigador de la pena de la atenuante novena.

Probablemente con estos comentarios se hayan traspasado los límites tradicionales de una recensión. Ello, sin embargo, no demuestra sino otra de las virtudes del libro comentado: el de conseguir incitar la reflexión y la polémica.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**CUERDA RIEZU, Antonio: «El concurso de delitos y determinación de la pena». Ed. Tecnos. Madrid, 1992, 285 páginas.**

Objeto del presente libro lo constituye el análisis e interpretación de las reglas de determinación de la pena en materia concursal, es decir, una de las materias más áridas y confusas de la Parte General del Derecho penal y, sin embargo, de continua aplicación por los Tribunales. Por ello la labor de esclarecimiento llevada a cabo por el Prof. Cuerda Riezu supone una inapreciable ayuda no sólo para los teóricos y docentes del Derecho penal, sino también para los operadores jurídicos. Pero la importancia de este libro va más allá, puesto que su autor no se limita a analizar e interpretar. El profundo estudio de estas reglas penológicas permite al autor no sólo valorarlas, poniendo de manifiesto sus deficiencias y virtudes, sino además elaborar interesantes propuestas de *lege ferenda*, lo que acrecienta significativamente el valor de la obra recensionada, teniendo en cuenta el momento actual de reforma del Derecho penal que nuestro país atraviesa. Todo ello explica que esta obra haya recibido el Premio a la Investigación del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona en su edición de 1991.

La densidad del libro —en cada una de sus páginas se interpreta, se cuestiona, se pondera o propone, sin resultar ni una de ellas gratuita— dificulta el resumen de su contenido. Por la circunstancia coyuntural de haberse publicado recientemente el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, he optado por conceder prioridad en esta recensión a la crítica a la que el autor somete a la regulación vigente, así como a sus propuestas de *lege ferenda*.

a) El libro comienza con un análisis del principio de acumulación, recogido en los artículos 69, en la regla primera del artículo 70 y en el párrafo tercero del 71 del Código Penal, consistente en la imposición de todas y cada una de las penas que corresponden a las infracciones cometidas. A la hora de valorar este principio no duda el autor en declarar categóricamente su inconstitucionalidad en lo que afecta a las penas privativas de libertad y ello por contrariar el artículo 25, 2 de la Constitución Española, pues «por mucho que el juez determine las penas individuales de cada hecho delictivo en una dirección preventivo-especial, la suma de todas ellas hará perder todo su sentido a las consideraciones preventivo-especiales,