

LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS ATENUANTES DE COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO (LOS NÚMS.4º Y 5º EN RELACIÓN CON EL NÚM.6º DEL ARTÍCULO 21 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995)

Patricia Faraldo Cabana

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal de 1995 (en adelante, CP) ha efectuado una importante simplificación del catálogo de circunstancias atenuantes, ahora contenido en el artículo 21 del nuevo texto legal. A pesar de los cambios introducidos, el legislador ha considerado conveniente mantener como cláusula final o de recogida la circunstancia "de análoga significación", prácticamente en los mismos términos con que se contenía en el Código penal derogado¹. El núm.6º del mencionado artículo 21 incluye entre las atenuantes "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".

A la hora de aplicar la circunstancia analógica, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo tradicionalmente que ésta se emparente forzosamente con una concreta y determinada de las contenidas anteriormente en el mismo artículo, la cual ha de ser mencionada específicamente, pues sólo así se podrá establecer la necesaria comparación para saber si la similitud entre una y otra se da o no². De ello resulta que la "análoga significación" viene condicionada por la similitud que ha de darse entre la alegada y una de las restantes³. Nuestro alto Tribunal considera necesario que se demuestre la analogía con los elementos de la circunstancia de que se trate⁴. Una y otra

¹ Sobre los precedentes históricos del precepto que nos ocupa, vid. CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal. I.* Barcelona, 1972, págs.532 y siguiente; ORTS BERENGUER, E.: *Atenuante de análoga significación*. Valencia, 1978, pássim; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: *Atenuantes por analogía*. Valencia, 1995, págs.19 y siguientes. Como señala, entre otros, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1996, pág.632, la fórmula legal actual es el fruto de repetidos intentos de ampliación.

² Cfr., por todos, GOYENA HUERTA en MUÑOZ CUESTA, J. (coord.): *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*. Pamplona, 1997, pág.149.

³ Con ello se opta por el criterio de la analogía morfológica a la hora de formar analógicamente circunstancias atenuantes a partir de la regulación legal. Sobre este criterio, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Voz Atenuante*. en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica. I.* Madrid, 1995, pág.634.

⁴ Como señala ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. pág.85, se trata del requisito que el Tribunal Supremo ha exigido con mayor frecuencia. Críticamente, CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios, I.* cit. págs.538 y siguiente.

vez insiste en buscar una analogía con los elementos que integran las circunstancias, y no con la significación o el fundamento que las informa.

La interpretación de lo que sea la "análoga significación" ha sido objeto de cierta controversia doctrinal, siendo hoy mayoritaria la posición que afirma que no es necesario el parecido externo de las circunstancias, sino sólo la equivalencia de su significado⁵, la semejanza de sentido. Y es que, contrariamente a la postura adoptada por la jurisprudencia, no se considera necesario que a la hora de aplicar la circunstancia de análoga significación ésta se conecte con una de las circunstancias atenuantes contenidas en los cinco números anteriores. En efecto, el tenor literal del núm.6º no establece la obligación de que la semejanza o analogía que se postula se predique de "una" concreta y determinada de las circunstancias anteriores, sino de "las anteriores", de manera genérica. Por ello parece lógico concluir, como hace Orts Berenguer⁶, "que no habiendo establecido la ley la precisión de tal requisito, y siendo clara, por otra parte, la intención del legislador de ir ampliando, en las sucesivas reformas de que ha sido objeto, su ámbito de aplicación, tampoco debe el juez sostener tal exigencia". La postura jurisprudencial supone el establecimiento de un requisito no previsto por la ley, extra legem, que desvirtúa la actuación encomendada por el Código penal a la atenuante analógica, puesto que al exigir la semejanza con la morfología de otra atenuante, y no con su motivación o fundamento, se limita en alto grado su aplicabilidad⁷.

Y es que, en contradicción con la finalidad esencial de la atenuante analógica, la aplicación que de ella han hecho los Tribunales ha conducido a la creación de atenuantes incompletas, es decir, se acogen como atenuantes circunstancias que tienen elementos en común con alguna de las especificadas, pero a las que les falta alguno⁸. Esto es lo que ha ocurrido a la hora de aplicar circunstancias de análoga significación a la de arrepentimiento espontáneo. El Tribunal Supremo ha procedido a considerar como atenuante analógica los casos en los que no se cumplía el requisito temporal. Me limitaré a analizar la jurisprudencia correspondiente al año 1996. Así, en STS de 26 de abril de 1996 (Ar.2999) se considera correcta la inaplicación del artículo 9. 9 por parte de la Sala de instancia por no darse el requisito temporal, aplicándose la atenuante analógica⁹; igualmente, en STS de 20 de mayo de 1996 (Ar.3836)¹⁰. Por su parte, en la

⁵ Como señala MIR PUIG: *Parte general*. cit. pág.632. Se trata de otro criterio de formación analógica de circunstancias atenuantes a partir de la regulación legal, el de la analogía material, es decir, "el de la semejanza entre la valoración material que merece la circunstancia atenuante legal y la circunstancia que se pretende aplicar como atenuante por analogía". PAREDES CASTAÑÓN: *Voz Atenuante*. cit. págs.634 y siguiente.

⁶ ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. pág.69.

⁷ Cf. ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. pág.86. Resaltando la ausencia de apoyo legal, por todos, CALDERÓN SUSÍN, E.: *Arrepentimiento espontáneo; estudio del art.9. 9º del Código penal*. Madrid, 1990, pág.265.

⁸ Y ello a pesar de que en numerosos casos el Tribunal Supremo señala expresamente la improcedencia de crear atenuantes incompletas, para, a continuación, convertir la atenuante analógica "en trampolín impulsor de dichas circunstancias, porque los requisitos, a cuya existencia condiciona la aparición de aquélla son los mismos que los de la específica con la que debe relacionarse, aunque mitigados". ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. pág.202. Se hace eco de esta afirmación CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.264 y siguientes.

⁹ En este caso, el procedimiento se inició por denuncia en la Comisaría el 27 de noviembre de 1990 por el Asesor jurídico de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en Valencia, y la Policía de Madrid tuvo conocimiento el 29 de dicho mes y año que el acusado podría encontrarse en las oficinas de Madrid, donde fue encontrado y detenido. En Comisaría manifestó su intención de no declarar sino ante el Juez de Instrucción, lo que hizo el 30 de noviembre. El TS niega la aplicación del artículo 9. 9 y considera que se trata de un caso de tardía colaboración con la justicia que ya fue apreciada como circunstancia análoga al arrepentimiento espontáneo postulado.

¹⁰ En cuyo supuesto de hecho se señala que dos sujetos implicados en una detención ilegal con

STS de 23 de mayo de 1996 (Ar.4014) se reconoce paladinamente que la atenuante de arrepentimiento espontáneo "no puede ser apreciada directamente por la falta del requisito de la temporalidad"¹¹ (Fund. Jco. noveno), por lo que se aplica la atenuante analógica. En ocasiones se llega incluso a negar la aplicación de la atenuante analógica por falta del requisito temporal, es decir, también para aplicar la atenuante analógica se exigen los mismos requisitos que para la atenuante genérica de arrepentimiento espontáneo¹². Generalmente, estos supuestos coinciden con casos en los que la colaboración posterior del autor no resulta útil para la Administración de Justicia, ya que cuando sirve efectivamente para conocer con detalle lo sucedido, en beneficio de una más rápida averiguación de los hechos y de un mejor auxilio al ofendido, dicho comportamiento se considera como de un significado análogo al de las atenuantes consistentes en un comportamiento postdelictivo positivo (núms.4º y 5º del art.21)¹³.

La explicación que ofrece el Tribunal Supremo acerca de este proceder suele centrarse en el hecho de que el móvil del sujeto ya no es el arrepentimiento, sino la idea de beneficiarse de la atenuante, además de que la conducta no puede ser reputada espontánea y libre, sino coaccionada por la noticia de que la Justicia está investigando el caso¹⁴.

Ahora bien, en el Tribunal Supremo está surgiendo una nueva actitud sobre el contenido de la significación análoga, en clara sintonía con el sentir de la doctrina, que busca apoyo más en la significación o sentido de la circunstancia atenuante concreta que en sus elementos o procedimientos formales. Esta actitud convive todavía con la que hemos reflejado anteriormente.

Ante este panorama doctrinal y jurisprudencial, en el cual se aprecia una aproximación de criterios a la hora de interpretar qué sea la análoga significación, queremos contribuir a clarificar las pautas de aplicación de las atenuantes de CPP por analogía. Para ello es necesario precisar el fundamento último que informa las atenuantes de CPP, puesto que sólo una vez que éste sea concretado será posible determinar cuándo una determinada situación tiene una significación análoga a la del CPP, con efectos de atenuación de la pena. Y en este sentido, conviene dilucidar previamente si no será correcta la tesis doctrinal que pretende encontrar un fundamento común para todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, puesto que en caso de una respuesta afirmativa nuestro problema se resolvería fuera de la teoría general del CPP, en el marco de una teoría general de las circunstancias modificativas.

solicitud de rescate, detenidos por la policía cuando procedían a recoger el dinero, "enseguida dijeron dónde estaba el secuestrado, que había quedado dentro de una furgoneta custodiado" por otro sujeto.

¹¹ El autor de un robo con lesiones confiesa la autoría después de la detención, manifestando su total arrepentimiento y prestandose a colaborar en la recuperación de lo sustraído, que había escondido debajo de un olivo.

¹² Cfr. STS de 23 de enero de 1996 (Ar.274), cuyo Fund. Jco. Cuarto señala que "como confiesa el recurrente, la presentación voluntaria y espontánea en las dependencias policiales se produjo precisamente al saber que por los hechos cometidos ya se ocupaba la policía de averiguarlos, con lo que falta el insoslayable requisito de desconocimiento de la iniciación de procedimiento judicial, impidiéndose así cualquier posibilidad de estimación de la atenuante analógica que se pretende".

¹³ En este sentido, muy claramente, vid. la STS 20 mayo 1996 (Ar. 3836). Sobre el comportamiento postdelictivo positivo en relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9. 9º del anterior Código penal, extensamente, vid. DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo*. León, 1985, pássim.

¹⁴ En este sentido, implícitamente, vid. STS 9 febrero 1996 (Ar. 832).

En efecto, un amplio sector doctrinal ha tratado de buscar un fundamento común para todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal¹⁵, tanto atenuantes como agravantes, viéndolo en la idea de la menor o mayor gravedad del hecho, al entender que las circunstancias influyen en ésta¹⁶, o en la disminución o el aumento de la culpabilidad¹⁷, o en una combinación de ambos criterios¹⁸. Este empeño estaba llamado al fracaso de antemano. Efectivamente, numerosos autores han reconocido la necesidad de analizar como un caso aparte al menos las circunstancias de comportamiento postdelictivo positivo, debido justamente a su carácter postdelictual¹⁹: dentro del catálogo general de atenuantes contenido en el artículo 21, las circunstancias de los núms.4º y 5º presentan una importante especificidad que obliga a un tratamiento particularizado, ya que son posteriores a la ejecución del delito, por lo que no suponen una disminución del injusto ni de la culpabilidad, siendo así que su efecto atenuatorio responde a otros motivos relacionados, como veremos, con los fines de la pena.

Por tratarse de circunstancias que operan después de la ejecución del delito, las circunstancias atenuantes que nos ocupan no afectan a los elementos del delito. La doctrina española ha reconocido habitualmente que la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo, y hoy las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo, no suponen una disminución del injusto o de la culpabilidad, por lo cual su fundamento no puede verse en ninguna característica del delito, ya ejecutado²⁰. Se alude entonces, como fundamento del efecto de atenuación de la pena que producen, a "la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño"²¹, a "meras razones político criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos"²², o a "consideraciones de política criminal basadas en las expectativas del comportamiento post-delictivo"²³.

Esta tesis puede ser objeto de algunas matizaciones, que serán efectuadas en el apartado relativo al fundamento. Aquí únicamente corresponde plantear el problema.

¹⁵ Vid. ampliamente sobre las diversas tesis acerca de la fundamentación de las circunstancias, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, págs.133 y siguientes.

¹⁶ Se trata fundamentalmente de la doctrina decimonónica.

¹⁷ Por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. 5º ed. Buenos Aires, 1967, págs.443 y siguientes.

¹⁸ Por ejemplo, ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*. Valladolid, 1981, págs.342 y siguientes; ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. págs.38 y siguiente, quien centra el fundamento, de una parte, en la disminución del daño o del reproche culpabilístico y, de otra, en motivos político-criminales o de justicia material.

¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*. Valencia, 1996, pág.499; VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al nuevo Código penal*. Pamplona, 1996, pág.200.

²⁰ Se trata de una afirmación prácticamente unánime. Vid. por todos ALONSO ÁLAMO: *El sistema*, cit. pág.724; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Parte General*. cit. pág.499; ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995. I*. Valencia, 1996, pág.207; VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.200.

²¹ Así, MIR PUIG: *Parte General*. cit. pág.630; ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios, I*. cit. págs.207 y siguiente; VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. págs.210 y siguientes.

²² MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Parte General*. cit. pág.507.

²³ VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.200.

II. FUNDAMENTO

El Código penal de 1995 ha introducido importantes novedades en la regulación de la atenuante genérica recogida anteriormente en el núm.9º del artículo 9 (atenuante "de arrepentimiento espontáneo"). Sucintamente, el cambio más llamativo consiste en la eliminación de toda alusión a un elemento subjetivo: desaparece la exigencia de obrar "por impulsos de arrepentimiento espontáneo". Pero no acaban aquí las modificaciones, puesto que se separan en dos números distintos el comportamiento positivo que consiste en la colaboración con la Administración de Justicia, esto es, en confesar la infracción a las autoridades (artículo 21. 4º), y el que consiste en la reparación de la víctima o en la disminución de los efectos del delito (artículo 21. 5º)²⁴, estableciéndose distintos límites temporales para los dos preceptos²⁵.

Con la regulación actual de las atenuantes genéricas de comportamiento postdelictivo positivo no es ya posible alegar que los principios orientadores de las atenuantes específicas y de las causas de levantamiento de la pena no se identifican con los que fundamentan el reconocimiento jurídico-penal de las atenuantes genéricas. Antes bien, existe un fundamento común a todas ellas que debe ser estudiado. A ello se dedica esta parte de la investigación.

Por tratarse de circunstancias que operan después de la ejecución del hecho delictivo, las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo no afectan a los elementos del delito. La doctrina española ha reconocido habitualmente que la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo, y hoy las atenuantes de confesión a las Autoridades y de reparación, no suponen una disminución del injusto o de la culpabilidad, por lo cual su fundamento no puede verse en ninguna característica del delito, ya ejecutado. Se alude entonces, como fundamento del efecto de atenuación de la pena que producen, a "la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño"²⁶, a "meras razones político criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos"²⁷, o a "consideraciones de política criminal basadas en las expectativas del comportamiento post-delictivo"²⁸.

Esta tesis puede ser objeto de algunas matizaciones.

El fundamento de la atenuación de la pena por el comportamiento postdelictivo positivo se relaciona principalmente con los fines de la pena²⁹. Y es que los fines de la

²⁴ Dicha separación había sido ya solicitada por la doctrina especializada. Cfr. por todos, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.240.

²⁵ La confesión debe producirse "antes de conocer (el culpable) que el procedimiento judicial se dirige contra él" (núm.4º del artículo 21), mientras que la reparación del daño ocasionado a la víctima o la disminución de sus efectos puede tener lugar "en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral" (núm.5º).

²⁶ Así, MIR PUIG: *Parte General*. cit. pág.630; ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. págs.207 y siguiente; VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. págs.210 y siguientes.

²⁷ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Parte General*. cit. pág.507.

²⁸ VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.200.

²⁹ Ampliamente, DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. págs.341 y siguientes. Vid. la interesante y original tesis de GONZÁLEZ CUSSAC: *Teoría general*, cit. págs.149 y siguientes, quien ve el fundamento dogmático de todas las circunstancias modificativas, y no sólo de la atenuante de arrepentimiento, en "la mayor o menor necesidad de tutela (a la que corresponde una mayor o menor necesidad de pena)".

pena no cumplen su función exclusivamente en la categoría del delito, sino que la desempeñan también fuera de él. Como señala Luzón Peña³⁰, "los criterios del «merecimiento y la necesidad de pena» no constituyen un elemento autónomo del delito -ni siquiera englobado bajo la difusa categoría de la punibilidad-, sino que operan, aunque desde perspectivas distintas, en todos los elementos del delito y también en otros presupuestos materiales y procesales de la pena".

La objetivización a que han sido sometidas las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo facilita esta orientación de las mismas a los fines de la pena. El requisito del arrepentimiento como elemento subjetivo dificultó en su momento una lectura meramente pragmática de la atenuante contenida en el núm.9º del artículo 9 del anterior CP 1944/ 73³¹. Precisamente la desaparición de la exigencia de obrar "por impulsos de arrepentimiento espontáneo" priva de su principal argumento a quienes sostenían que el fundamento de la originaria atenuante de comportamiento postdelictivo positivo (de "arrepentimiento espontáneo", artículo 9. 9 del anterior Código penal) era la disminución de la culpabilidad del sujeto, aunque fuera por vía indiciaria³².

La desaparición de la alusión a los "impulsos de arrepentimiento espontáneo" responde a una exigencia general de la doctrina especializada³³. Y es que la mención del "arrepentimiento" se había prestado a una interpretación moralizante por parte de la jurisprudencia, mientras que la mayoría de los autores se había mostrado partidaria de interpretar el término con estrictos criterios jurídicos³⁴, hasta el punto de lograr que los Tribunales cambiaran la exigencia subjetiva por un mero acto objetivo de colaboración con la Administración de justicia o de reparación a la víctima. Por su parte, el adjetivo "espontáneo" acabó haciéndose equivalente a "voluntario", esto es, a libre y no coaccionado³⁵. A ello se añade que, según numerosa jurisprudencia, la práctica de cualquiera de los comportamientos descritos en el núm.9º del artículo 9 permitía sentar la presunción de que había sido el arrepentimiento espontáneo el motivo impulsor de la conducta realizada, presunción que se fundaría en el principio "in dubio pro reo"³⁶.

Por lo que se refiere a las razones de prevención general, en las atenuantes genéricas de comportamiento postdelictivo positivo no podemos afirmar, como se hace con respecto al desistimiento, que el sujeto no da mal ejemplo a nadie porque se ha

³⁰ LUZÓN PEÑA, D.-M.: *Voz Punibilidad*. en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica del Delito. IV*. cit. pág. 5424. En la doctrina alemana, negando que la necesidad y el merecimiento de pena constituyan un cuarto elemento del delito, por todos, MAURACH, R./ GÖSSEL, K.-H./ ZIPF, H.: *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos aires, 1995, § 42, III, nm.42.

³¹ Cfr. DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. pág.341. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios, I*. cit. pág.207.

³² Como hacían, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO: *El sistema*, cit. págs.731 y siguiente, y 737; o ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal. I*. Madrid, 1949, pág.345. Sobre esta tesis, ampliamente, vid. DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. págs.275 y siguientes.

³³ Como señala, entre otros, VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.210.

³⁴ Vid. ampliamente CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.185 y siguientes, y 196, con amplia información bibliográfica.

³⁵ En este sentido, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO: *El sistema*, cit. págs.724 y siguiente; CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios, I*. cit. págs.519 y siguientes; HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Las excusas absolutorias*. Madrid, 1993, pág.180; o MOZOTA FATAS, M. L.: *La atenuante de arrepentimiento activo: art.9. 9 del CP. "ADPCP" 1989*, págs.151 y siguiente. Sobre el entendimiento de la espontaneidad en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, ampliamente, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.203 y siguientes.

³⁶ Cfr. CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios, I*. cit. pág.527.

mostrado fiel al Derecho en el momento decisivo. Antes bien, como advierte De Vicente³⁷, al haberse producido ya la consumación del delito es necesario trasladar el punto de referencia al momento posterior a la misma y fundamentar en él, si es posible, las consideraciones de prevención general que aconsejan una atenuación de la pena. Y ello puesto que el total cumplimiento del fin de prevención general en el desistimiento aconseja el levantamiento de la pena, mientras que su parcial cumplimiento en las atenuantes genéricas da lugar a una mera atenuación de la misma, y no a su alzamiento. Las razones de prevención general son similares en uno y otro caso, pero el diferente grado de cumplimiento de este fin de la pena, debido al distinto momento de concurrencia del comportamiento positivo³⁸, ocasiona un tratamiento diferenciado. Lo mismo sucede desde consideraciones de prevención especial: si en el desistimiento consideramos innecesaria la pena porque el autor ha regresado voluntariamente a la legalidad, renunciando a producir el resultado, en las atenuantes genéricas el centro de gravedad se traslada a la acción de rectificación frente al resultado ya producido.

Ahora bien, como paso previo se trata de analizar "hasta qué punto el CPP está en condiciones de influir sobre los factores que son significativos para determinar en un sistema preventivo general el contenido, la extensión y el tipo de pena y, más concretamente, por qué el CPP puede justificar desde estas consideraciones una atenuación de la pena en un delito cuyo injusto y culpabilidad se han fijado ya definitivamente con la consumación"³⁹.

La propia existencia de los núms.4º y 5º del artículo 21 supone el reconocimiento legislativo de la posibilidad de acudir, a la hora de determinar la pena, a determinadas circunstancias situadas más allá del injusto y de la culpabilidad, posteriores a la consumación del hecho delictivo, que permiten una concreción de la pena en atención a criterios preventivos. Dicho reconocimiento del legislador se confirma en otros preceptos del Código penal.

Esas circunstancias situadas más allá del injusto y de la culpabilidad se centran, por cuanto se refiere a la prevención general, en la gravedad del daño causado. Y es que una vez que ha fracasado la prevención general de primera línea, con la cual se pretendía evitar la comisión del hecho, se refuerza la prevención general de segunda línea o de reserva, según la cual la oferta de atenuación surge para ver si mediante ella se logra al menos algo de lo que no se logró con la intimidación penal, es decir, el prevalecimiento de los intereses del Ordenamiento jurídico⁴⁰.

Desde la prevención general puede valorarse positivamente incluso el comportamiento postdelictivo que no constituya una efectiva o auténtica reparación de los daños, pues, como señala De Vicente⁴¹, "la menor afirmación del delito en la sociedad se asienta aquí en el enjuiciamiento favorable de la acción infructuosa del autor".

En resumen, la atenuación de la pena por el comportamiento postdelictivo positivo sólo tiene sentido desde consideraciones de prevención general cuando la acción del sujeto, independientemente de su eficacia, supone un buen ejemplo ante los ojos de la comunidad por su regreso voluntario a la legalidad. Se produce de esta forma

37 DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. pág.355.

38 En el desistimiento, una vez ejecutado el injusto de la tentativa pero antes de la consumación del delito, y en las circunstancias de comportamiento postdelictivo positivo, después de la ejecución del delito.

39 DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. pág.360.

40 DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. págs.326, nota núm.47, y 361 y siguiente.

41 DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. pág.368.

un entrecruzamiento con la teoría de la prevención especial positiva o resocializadora⁴², especialmente evidente en la fundamentación aportada por los autores del Proyecto alternativo alemán sobre la reparación⁴³, quienes, después de hacer referencia a los efectos de confianza y pacificación, señalan que "el autor que repara voluntariamente los perjuicios reconoce de forma demostrativa la vigencia de las normas por él violadas. En muchos casos se podrá dar así por satisfecha la comunidad jurídica"⁴⁴.

Así pues, desde la perspectiva de la prevención de integración o prevención general positiva parece posible y conveniente atenuar la responsabilidad del sujeto que lleva a cabo un comportamiento postdelictivo que la comunidad valora positivamente.

Frente a las escasas alusiones expresas a la prevención general en la fundamentación de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo, es un lugar común en la doctrina enfocarla en función de los criterios de prevención especial⁴⁵. Es sabido que la pena persigue un fin de prevención especial, que consiste en tratar de impedir la repetición del delito por quien ya lo ha cometido, y ello tanto a través de la intimidación como de la reeducación del sujeto para su adaptación a la convivencia social. Partiendo de esta perspectiva, podría pensarse que la atenuación de la pena a causa de la realización de una conducta positiva postdelictual se inserta en un sistema sancionador abierto a la idea de la prevención especial, en el cual se entiende que a través de dicho comportamiento el sujeto manifiesta una menor energía criminal, una atenuada capacidad para delinquir, una menor peligrosidad, mayores posibilidades de corrección, etc., y, en consecuencia, también una menor necesidad de prevención especial.

En efecto, la reparación voluntaria del perjuicio causado a la víctima contribuye a la reafirmación del Ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en particular cuando obedece a un móvil de arrepentimiento⁴⁶. Como señala Roxin⁴⁷, la reparación obliga al autor a enfrentarse con su víctima, que deja de ser un sujeto abstracto y anónimo, lo que puede dar lugar a una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Ahora bien, conviene recordar que la resocialización no debe tener como fin el logro de una transformación interna del autor, sino que ha de ser mucho más humilde, reduciéndose sus pretensiones a que el autor sea capaz de vivir en libertad respetando externamente el Ordenamiento jurídico.

En el marco de la prevención especial se precisa una detenida consideración no de toda la personalidad del sujeto, sino tan sólo de aquellas formas de comportamiento que son relevantes para la determinación de su peligrosidad, esto es, para el juicio de pronóstico acerca de su capacidad de resocialización. Y, por último, es fundamental que el comportamiento del sujeto sea voluntario.

⁴² Llamada así con el fin de distinguirla de la prevención especial que pone el acento en la inoportunización o en el aseguramiento del delincuente.

⁴³ En el cual la misma es concebida como una tercera vía a la que se debe recurrir siempre que no sea imprescindible la aplicación de la pena desde la perspectiva de la prevención general o de la prevención especial. Vid. ampliamente AA.VV.: *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*. München, 1992.

⁴⁴ AA.VV.: *AE-W*. cit. pág.26.

⁴⁵ Como ha señalado DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. pág.377.

⁴⁶ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General. I*. Madrid, 1996, pág.40.

⁴⁷ Cfr. ROXIN, C.: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. en AA.VV.: *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, 1992, págs.152 y siguiente.

La regulación española actual de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo prescinde de toda alusión expresa a la "voluntariedad" de dicho comportamiento, lo cual no deja de ser curioso desde el momento que se exige ésta para la exención de pena a causa del desistimiento en la tentativa⁴⁸, así como para otros comportamientos postdelictivos positivos en sentido estricto a los que el legislador asocia una atenuación específica o una causa de levantamiento de la pena.

Se opta de esta manera por una notable objetivización de las atenuantes genéricas de comportamiento postdelictivo positivo, la cual había sido propugnada por un sector doctrinal. Ahora bien, dicha objetivización no debe conducir a olvidar que el comportamiento que nos ocupa supone una voluntad de restauración del Ordenamiento jurídico y de regreso a la comunidad jurídica por parte del autor. Otra interpretación no permitiría excluir de las atenuantes determinados supuestos límites cuyo acogimiento repugnaría a los fines que se persiguen con las mismas, como sería, por ejemplo, el caso de quien para reparar el daño del delito que ha cometido realiza un nuevo delito⁴⁹.

En efecto, aunque la mención a la voluntariedad ha sido eliminada del texto de las atenuantes núms.4^o y 5^o del artículo 21, subsiste, en mi opinión, la necesidad de que el comportamiento se realice de manera voluntaria, eso sí, prescindiendo para su afirmación de todo matiz ético, de manera tal que la conducta será voluntaria si se realiza de manera libre y no coaccionada⁵⁰. La voluntariedad se afirma siempre que el sujeto haya tenido la posibilidad de no reparar o de no prestar su colaboración, evitando pese a ello la persecución penal⁵¹. De esta forma, ya no cabrá desplazar su apreciación en hipótesis en las que, por ejemplo, tan sólo mueve al culpable el interés por el más benevolente trato punitivo⁵² o por prevenir la persecución penal⁵³. Considero que el establecimiento de límites temporales que actúan como causas de bloqueo de la eficacia de las atenuantes configura una voluntariedad objetivada o normativizada, una suerte de presunción iuris tantum de que, una vez sobrepasados dichos límites temporales, la conducta ya no responde a una voluntad de restauración del Ordenamiento jurídico. Y digo iuris tantum precisamente porque la atenuante analógica debe abarcar aquellos supuestos en que se demuestre que, pese a no cumplirse el requisito temporal, el comportamiento del autor supone sin embargo una voluntad de regreso a la comunidad

⁴⁸ Art.16. 2: "Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito..."

⁴⁹ Art.16. 2: "Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito..."

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO: *El sistema*, cit. págs.724 y siguiente; CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios*, I. cit. págs.519 y siguientes; HIGUERA GUIMERÁ: *Las excusas*, cit. pág.180; o MOZOTA FATAS: *La atenuante*, cit. págs.151 y siguiente. Sobre el entendimiento de la espontaneidad en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, ampliamente, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.203 y siguientes.

⁵¹ En este sentido, por todos, EDER-RIEDER, M. A.: *Schadensgutmachung im Strafrecht und im Nebenstrafrecht*. "JBI" núm.112, 1990, pág.342.

⁵² Cfr. VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.212.

⁵³ Cfr. EDER-RIEDER: *Schadensgutmachung*, cit. pág.342. En el marco de la autodenuncia liberadora de pena en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, señala MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Madrid, 1995, pág.182, que el establecimiento de límites temporales como causas de bloqueo de la eficacia de la causa de levantamiento de la pena incorpora al precepto la exigencia de una determinada voluntariedad cuya interpretación, al carecer de cualquier matiz psicológico, permite al responsable de un delito previo de defraudación tributaria presentar una autodenuncia eficaz, normativamente voluntaria, incluso en casos bien patentes de involuntariedad genérica (como el del sujeto que tiene conocimiento de la presentación de una autodenuncia por parte de un corresponsable que implica también poner al descubierto su participación en el hecho), en tanto en cuanto no se hayan sobrepasado los límites temporales.

jurídica, cumpliendo, de forma similar a como lo hacen las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo, los fines de prevención general y de prevención especial.

En el ámbito de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo el legislador ha optado, en fin, por recurrir a una delimitación objetiva negativa y legalmente formalizada de la voluntariedad, en la que prescinde de cualquier matiz subjetivo o psicológico.

Por otra parte, las causas de atenuación y levantamiento de la pena basadas en el comportamiento postdelictivo positivo previstas en la Parte especial exigen también implícitamente, a través del establecimiento de límites temporales para que el comportamiento tenga eficacia atenuadora o anuladora de la pena⁵⁴, y en alguna ocasión de manera expresa⁵⁵, la voluntariedad de dicho comportamiento. Los límites temporales como causas de bloqueo que establecen todas las causas de levantamiento y atenuación de la pena que no exigen explícitamente la voluntariedad del comportamiento postdelictivo positivo⁵⁶ albergan, en mi opinión, un claro propósito político-criminal: garantizar que el sujeto ha actuado voluntariamente al realizar el comportamiento postdelictivo positivo⁵⁷. Otra tesis no se adecua al fundamento que justifica el efecto de atenuación de la pena: la existencia de los límites temporales como causas de bloqueo constituye por sí misma un sólido argumento para llegar a la conclusión de que las atenuantes postdelictivas deben orientarse primordialmente a los fines de la pena, puesto que la actuación postdelictiva positiva del autor, una vez sobrepasados los límites cronológicos impuestos por las citadas causas de bloqueo, denota en el autor una actuación externa que deja completamente subsistente las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales del castigo penal. Y cuando no sea así deberá aplicarse la circunstancia de análoga significación, como he tenido ocasión de adelantar.

En suma, la voluntariedad debe existir en todos los supuestos de comportamiento postdelictivo positivo para que se produzca la atenuación de la pena correspondiente al delito cometido. Y su significación debe ser similar a la que se le da en el desistimiento, por cuanto este instituto y las atenuantes que nos ocupan comparten un mismo fundamento⁵⁸.

⁵⁴ En relación con el artículo 163. 2, por todos, PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. págs.156 y siguiente, con referencias jurisprudenciales.

⁵⁵ Vid. los artículos 16 ("quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito..."), 340 ("si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado..."), 376 ("siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas..."), 579 (redacción similar a la del artículo anterior).

⁵⁶ Vid. los artículos 21. 4º ("antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él"), 21. 5º ("en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral"), 163. 2 ("dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto"), 427 ("antes de la apertura del correspondiente procedimiento"), 433 ("dentro de los diez días siguientes al de incoación del proceso"), 480. 1 ("a tiempo de poder evitar sus consecuencias"), 480. 2 ("antes de la intimación o a consecuencia de ella").

⁵⁷ En un sentido similar, en relación con la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo, señalaba CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios*, I. cit. pág.540, que el requisito establecido por el núm.9º del artículo 9, de que la conducta tuviera lugar antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial, respondía "fundamentalmente al propósito de garantizar la espontaneidad del arrepentimiento". A su vez, entiendo este autor que la espontaneidad puede interpretarse como "libertad o ausencia de coacción" (pág.520).

⁵⁸ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.212 y siguientes, se ha manifestado en contra de entender la voluntariedad en la atenuante de arrepentimiento espontáneo de forma similar a como se hace en el desistimiento, por considerar que en el desistimiento esta problemática corre pareja a la de la fundamentación de la impunidad que prevé la ley, tratándose, según los casos y posturas, de ampliar, o más

Es claro, en fin, que los comportamientos que limitan el alcance de las consecuencias dañosas derivadas del delito o bien las eliminan completamente, así como las conductas de colaboración con la Administración de Justicia, posibilitan una valoración jurídica desde los fines asignados a la pena, en cuya virtud puede disminuir la necesidad de pena que se había afirmado a partir de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad.

III. CONTENIDO DE LAS ATENUANTES DE COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO

1. Conductas de colaboración con las Administraciones públicas

La causa de atenuación consistente en actuaciones de ayuda o de colaboración con la Administración de Justicia ha sido objeto de una intensa atención por parte de la jurisprudencia, en particular en relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo del anterior artículo 9. 9º, en su modalidad de confesar a las autoridades la infracción.

La confesión de la infracción juega en la práctica procesal un papel relevante, constituyendo hoy en día la principal o más apreciada prueba; "de ahí que el legislador la favorezca con una mitigación de la pena, en determinados casos y por lo que supone de sometimiento del delincuente a las consecuencias legales o jurídicas de su hecho injusto"⁵⁹.

En el ámbito del arrepentimiento espontáneo se ha entendido la confesión de la infracción como confesión "de plano", esto es, la que supone declarar lisa y llanamente la conducta ilícita, sin ocultar ni tergiversar nada⁶⁰. No produce la atenuación de la pena la versión parcial y desfigurada de los hechos, favorecedora para el propio culpable, si

bien, restringir el ámbito de la impunidad. Ahora bien, si partimos de que el fundamento del desistimiento es el mismo que el de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo desaparece esta objeción. Añade además CALDERÓN SUSÍN: *op. cit.* pág.214, en contra de trasladar las consideraciones vertidas en torno a la exigencia de que el desistimiento de consumar el delito haya de ser voluntario, que "la consecuencia jurídica a extraer en uno u otro caso es distinta; en el retroceso de la ejecución iniciada puede ser la impunidad, mientras que en el de la atenuante, habiéndose ya actuado la voluntad antijurídica, la conducta posterior voluntaria únicamente servirá para mitigar la responsabilidad ya nacida del hecho (voluntario) injusto". Pues bien, ante esta tesis no queda sino señalar que las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de la apreciación del desistimiento o de las atenuantes es fruto de la diferente intensidad con que se cumplen los fines de la pena en uno u otro instituto, debido a la característica de la postdelictualidad de las circunstancias, lo que no es óbice para afirmar que en ambos casos la conducta rectificadora del sujeto ha de ser voluntaria. Por último, señalemos que CALDERÓN SUSÍN llega a una interpretación de la espontaneidad requerida en el anterior núm.9º del artículo 9 como "libertad o ausencia de coacción", lo que viene a coincidir con el contenido del requisito de la voluntariedad en el desistimiento según la moderna doctrina. En efecto, la doctrina actual niega la voluntariedad por razones psicológicas (cuando alguna circunstancia aparecida antes de la consumación y que no la impide materialmente ejerce tal influencia psíquica en el sujeto que no le permite otra decisión que la de desistir), así como por razones materiales (por la imposibilidad objetiva de realización del plan a pesar de la posibilidad de producción del resultado típico). Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento en Derecho penal*. Madrid, 1994, págs.22 y siguientes. Creo que cuando concurre cualquiera de estas razones no podemos afirmar que el comportamiento sea libre y no coaccionado.

⁵⁹ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento espontáneo*. cit. págs.235 y siguiente.

⁶⁰ En este sentido, cfr. CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.228 y siguientes, con extensas referencias jurisprudenciales; ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.208; VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.211.

bien el Tribunal Supremo ha puntualizado que no se destruye el requisito por omitir o alterar algún detalle de los hechos, siempre que no se trate de algo fundamental y sea debido a la natural alteración del ánimo por la dinámica del hecho delictivo o en el momento de presentarse y efectuar la confesión⁶¹.

Cabe preguntarse si esa confesión de plano requiere, en el caso de codeinuencia, su extensión a los hechos de los demás autores o partícipes en el delito, o bien si es suficiente confesar los hechos propios sin involucrar a los demás responsables. En el ámbito de la atenuante núm.4º del artículo 21 se exige únicamente que se reconozca con precisión y sin reservas la propia culpabilidad, sin que sea necesario involucrar a los demás⁶².

Se ha suscitado en la doctrina la cuestión acerca de si es preciso no sólo la confesión, sino además la previa o simultánea presentación a las autoridades. Desde luego, parece insuficiente la confesión seguida de la huida⁶³. Señala Baeza Avallone⁶⁴ que, de darse sólo la confesión, se vulneraría el espíritu de la ley, pues carecería de relevancia como síntoma de arrepentimiento el confesar la infracción y mantenerse hostil a la Administración de justicia. En un sentido similar, Calderón Susín, basándose en que la ley demandaba de modo expreso que el culpable procediera a confesar a "impulsos de arrepentimiento", afirma que "debe llevar al descarte de la atenuación si no hay sometimiento a la justicia, o, dicho de otra manera, de pretender el culpable sustraerse a su acción, pues mal se avendría con una voluntad de volver al mundo del derecho"⁶⁵. Córdoba Roda, por su parte, prefiere evitar "la afirmación absoluta de que la ausencia de una disposición de las autoridades contradice el arrepentimiento espontáneo"⁶⁶.

Para resolver la cuestión planteada no es posible acudir al argumento manejado por la doctrina reflejada, en el sentido de que la mera confesión sin presentación a las autoridades carece de virtud atenuatoria porque no se realiza a impulsos de arrepentimiento espontáneo. Hemos visto ya que la atenuante contenida en el núm.4º del artículo 21 se configura de manera predominantemente objetiva, eliminando toda alusión al elemento subjetivo del arrepentimiento. Ahora bien, no es posible afirmar que carece de importancia la constatación de la voluntad del sujeto de volver al mundo del Derecho. Como hemos visto a la hora de analizar el fundamento de la atenuación de la pena por la presencia de las atenuantes genéricas, el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la prevención especial y por la prevención general contribuye a explicar por qué se concede una atenuación de la pena aun cuando el comportamiento positivo es posterior a la ejecución del hecho delictivo.

Ya en otra órbita de ideas, hemos tenido ocasión de señalar que el Tribunal Supremo ha tendido a denegar la aplicación de la circunstancia en los supuestos en que no se facilita desde el primer momento la acción de la justicia, o el comportamiento

⁶¹ Poniendo de relieve la corrección de esta postura jurisprudencial, por todos, BAEZA AVALLONE, V.: *El arrepentimiento espontáneo*, "CPC" núm.9, 1979, págs.21 y siguiente; CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.229; CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios*, I. cit. pág.525.

⁶² En este sentido, en relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo, cfr. CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.230 y siguiente. Ya en referencia a la atenuante núm.4º del artículo 21 del nuevo Código penal, cfr. ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.209.

⁶³ Como pone de relieve ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.209.

⁶⁴ Cfr. BAEZA AVALLONE: *El arrepentimiento espontáneo*. cit. pág.22.

⁶⁵ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.234.

⁶⁶ CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios*, I. cit. pág.525.

postdelictivo no es útil a tal fin. Señaló en su día Calderón Susín⁶⁷ que "esta interpretación meramente utilitaria no parece casar con la letra y el espíritu de la ley", y ello porque el Código penal "exige confesión por arrepentimiento, y éste en nada se empaña por la facilidad de la prueba de la infracción". Con la nueva regulación de la atenuante núm.4º del artículo 21 no es posible sostener la misma fundamentación, lo que nos lleva a cuestionarnos la corrección de la postura jurisprudencial. Desde luego, cabe señalar que el tenor literal de la atenuante no establece una restricción en el sentido de afirmar su aplicación únicamente cuando se facilite la acción de la Justicia. Confesar significa, en este supuesto, poner en conocimiento de las autoridades los hechos acontecidos, sin que sea necesaria la obtención de un determinado resultado en la actividad de la Administración de justicia⁶⁸.

Como conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que la confesión de la infracción debe entenderse como confesión "de plano", esto es, la que supone declarar lisa y llanamente la conducta ilícita, sin ocultar ni tergiversar nada. Se exige únicamente que se reconozca con precisión y sin reservas la propia culpabilidad, sin que sea necesario involucrar a los demás. Es admisible, por otra parte, la presentación seguida más tarde de la confesión, no siendo preciso que se produzcan simultáneamente. En la mayoría de los casos no es precisa la presentación, puesto que la confesión se puede realizar por escrito o por medio de representante con mandato expreso. Lo que desde luego ha de considerarse inadmisibles es la confesión seguida de huída. Ya por último, no es necesario que la confesión facilite efectivamente la acción de la Justicia. Confesar significa, en este contexto, poner en conocimiento de las autoridades los hechos acontecidos, sin que sea necesaria la obtención de un determinado resultado en la actividad de la Administración de justicia.

2. Conductas reparatorias

Por cuanto se refiere a la reparación como contenido del comportamiento postdelictivo positivo, señalemos que la utilización del Derecho penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima es uno de los rasgos que caracterizan la moderna Política criminal⁶⁹. En efecto, el pensamiento de la reparación ha cobrado nuevo auge en el Derecho comparado⁷⁰. En los últimos años ha tenido lugar un fructífero debate, con especial incidencia en el Derecho alemán y en su área de influencia, acerca de la función que puede o debe desempeñar la reparación voluntaria de los perjuicios derivados del delito en diversos ámbitos del Derecho penal, particularmente en el de las consecuencias jurídicas del delito y en el de la medición de la pena. Se considera actualmente que "la reparación puede aportar mucho al cumplimiento de los fines de la pena"⁷¹, afirmación que tiene bastante que ver con el fracaso de las expectativas suscitadas por el tratamiento resocializador⁷².

⁶⁷ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.232. En el mismo sentido, BAEZA AVALLONE: *El arrepentimiento espontáneo*. cit. pág.22.

⁶⁸ Cfr. ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.208.

⁶⁹ Cfr. MIR PUIG: *Parte general*. cit. pág.631, nm.48

⁷⁰ No se trata de una nueva teoría, sino del renacer de una discusión que hunde sus raíces en la historia del Derecho penal. Sobre los orígenes, vid. por todos, ROXIN, C.: *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*. en SCHÖCH, H. (Hrsg.): *Wiedergutmachung und Strafrecht*. München, 1987, pág.39.

⁷¹ ROXIN, C.: *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal*. "CPC" núm.48, 1992, pág.808. En este sentido, vid. también FREHSEE, D.: *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Berlin, 1987, págs.87 y siguientes, y 94 y siguientes; SCHROLL, H. V.: *Aktives Reueverhalten*. "ÖJZ" 1989, págs.3 y siguientes, y pág.8.

⁷² En este sentido, HIRSCH, H. J.: *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. en AA.VV.: *De los delitos y de las víctimas*. cit. pág.56, quien pone de relieve la conexión de los nuevos

Para conceder el efecto atenuatorio, el núm.5º del artículo mencionado exige que se repare el daño ocasionado a la víctima o se disminuyan sus efectos. Veamos cómo se interpreta la fórmula utilizada por el Código penal.

Los efectos del delito son las consecuencias derivadas de la infracción criminal⁷³, y no deben ser confundidos "con el resultado configurado por la ley en el tipo penal", noción más restringida que la de aquéllos⁷⁴.

La reparación implica una restauración total de la situación antijurídica creada por el delito al momento anterior a la ejecución del mismo⁷⁵. Deberá consistir en la restitución, si ello es posible y, en caso contrario, exige el resarcimiento íntegro⁷⁶.

Ahora bien, la reparación mencionada en el núm.5º del artículo 21 no se identifica con la reparación del daño contemplada en los artículos 109 y siguientes del Código penal, dedicados a regular la responsabilidad civil derivada del delito. Como se sabe, la reparación del daño causado es una de las tres formas previstas de responsabilidad civil, junto a la restitución y la indemnización de perjuicios (artículo 110). Campo Moreno considera que el dato fundamental para distinguir una y otra radica en que la atenuante "no requiere la efectividad, taxatividad que sí es exigida en los preceptos reguladores De la responsabilidad civil" (cursivas en el original)⁷⁷. A nuestro juicio no es ésta la diferencia más notable.

En el ámbito de la responsabilidad civil, y de acuerdo con el tenor literal de los artículos 112 y 113, no es posible efectuar una clara delimitación entre los conceptos de la reparación y la indemnización⁷⁸. Lo mismo sucede con los términos daño y perjuicio⁷⁹. Doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que los daños eran los causados sobre las cosas y los perjuicios estaban constituidos por el resto de los males derivados del delito, y concretamente los personales, fueran materiales o morales⁸⁰.

movimientos político-criminales centrados en la reparación con el fracaso de la ideología del tratamiento. Igualmente, FREHSEE: *Schadenswiedergutmachung*, cit. pág.3; MAIER, J. B. J.: *La víctima y el sistema penal*. "Jueces para la Democracia" núm.12, 1/ 1991, págs.32 y siguiente; ROXIN: *Die Wiedergutmachung*, cit. pág.42.

⁷³ Cfr. ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios, I*. cit. pág.211.

⁷⁴ CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios, I*. cit. pág.524. En el mismo sentido, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.219.

⁷⁵ En este sentido, cfr. ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios, I*. cit. pág.211.

⁷⁶ Cfr. CUERVO PITA, M.: *Voz Arrepentimiento*. "NEJ" III, Barcelona, 1961, pág.6. En el mismo sentido, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.221.

⁷⁷ CAMPO MORENO, J. C.: *El arrepentimiento postdelictual*. Valencia, 1995, pág.31.

⁷⁸ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid, 1996, pág.240; TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona, 1994, pág.54, califica de "sorprendente" la referencia a la reparación y a la indemnización como categorías aparentemente diferentes. Y es que en la legislación civil ambas expresiones aparecen indistintamente utilizadas como sinónimas o diferentes, según los casos. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. y otros: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1996, pág.530.

⁷⁹ Mencionados conjuntamente en el artículo 109. 1, que señala que "la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados", el artículo 112 alude de forma exclusiva a la "reparación del daño", mientras que el 113 se refiere, por su parte, a la "indemnización de perjuicios materiales y morales". Señala MONTÉS PENADÉS en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios, I*. cit. págs.586 y siguiente, que no se debe dar demasiada importancia a la expresión "daños y perjuicios", que aparece en el Derecho civil "para explicar que se comprende en la reparación no sólo la pérdida de valor sino también la ganancia que no se ha podido obtener, así como los daños in re ipsa y los daños ulteriores". Igualmente, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código penal*. Madrid, 1997, págs.78 y siguiente.

⁸⁰ TAMARIT SUMALLA: *La reparación*, cit. pág.54. Así, entre otros, MAPELLI/ TERRADILLOS: *Las consecuencias*, cit. pág.240; QUINTERO OLIVARES: *Curso*, cit. pág.530.

Dada la amplitud que se concedía a la indemnización de perjuicios, la mención de la reparación del daño se convertía prácticamente en innecesaria⁸¹.

En el ámbito del comportamiento postdelictivo positivo como causa de atenuación de la pena la reparación tiene un significado al mismo tiempo más amplio y más restringido del que le corresponde en la responsabilidad civil derivada del delito.

Más amplio, porque en el comportamiento postdelictivo positivo la reparación comprende todas las formas posibles de eliminar o disminuir los efectos perjudiciales derivados del delito, esto es, tanto la reparación en sentido estricto y la restitución como la indemnización de los daños y perjuicios. Y es que ya la doctrina ha señalado que "parece más correcto definir la reparación de los daños ocasionados por el delito como el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto* y no ya como una de sus formas"⁸², esto es, la reparación sería el concepto amplio que abarcaría todas las formas de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la realización de un hecho delictivo⁸³. Es en este sentido amplio y omnicompreensivo que se utiliza el concepto de reparación en el comportamiento postdelictivo positivo.

Más estrecho, porque, a diferencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, no es admisible ni que otra persona distinta del culpable satisfaga las obligaciones derivadas de la reparación, ni es necesario que se reparen los daños irrogados por razón del delito a un tercero distinto de la víctima.

Es sabido que la responsabilidad civil derivada del delito se ha de imponer a los criminalmente responsables si del hecho se hubieren derivado daños o perjuicios (artículo 109). Ello no impide que sea un tercero quien restituya la cosa⁸⁴, repare el daño⁸⁵ o abone las indemnizaciones correspondientes, de acuerdo con los principios generales acerca del pago de las obligaciones contenidos en el Código civil (artículo 1158 C.c.)⁸⁶.

Por el contrario, y como preceptúa el propio tenor literal del núm.5º del artículo 21, en el ámbito de la atenuante que nos ocupa es exigible que sea el propio autor del hecho delictivo quien proceda a la reparación, directamente o por medio de un tercero encargado por él mismo, en atención al fundamento que informa las causas de atenuación y levantamiento de la pena basadas en el comportamiento postdelictivo positivo⁸⁷. No se realiza el fin de prevención especial si la reparación sobreviene por obra de un tercero sin el impulso del delincuente, o la realiza una persona ajena pudiéndolo hacer el propio sujeto.

81 Cfr. TAMARIT SUMALLA en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.563.

82 TAMARIT SUMALLA: *La reparación*, cit. pág.54.

83 Cfr. QUINTERO OLIVARES: *Curso*, cit. pág.529.

84 La doctrina señala que, una vez identificado el bien objeto del delito, procederá la restitución cualquiera que sea la persona que lo posea, salvo en los casos en que el tercero de buena fe haya adquirido de manera inatacable o cuando haya mediado usucapión por su parte. Se atribuye la obligación de restituir no al autor del delito, sino a quien tenga el bien en su poder. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA: *Aspectos civiles*, cit. págs.83 y siguiente, y 92 y siguientes.

85 Salvo cuando el facere del obligado sea infungible, pues en este caso, si el obligado no cumple, la obligación se transforma en una indemnización. Cfr. MONTÉS PENEDÉS en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. págs.600 y siguiente.

86 Ampliamente sobre la admisibilidad del pago efectuado por un tercero, vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Madrid, 1993, págs.481 y siguientes.

87 Señala la inadmisibilidad de que la reparación sea efectuada por un tercero, pero sin conectarla con el fundamento de la institución, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.223.

Por otra parte, la responsabilidad civil derivada del delito se extiende, como hemos apuntado, a los perjuicios irrogados a familiares o terceros (artículo 113)⁸⁸. Pues bien, en el marco del comportamiento postdelictivo positivo sólo deben repararse los daños causados a la víctima entendida en sentido estricto⁸⁹, esto es, como el sujeto pasivo de la acción, y no necesariamente del delito⁹⁰.

A estos datos se añade que la reparación en el ámbito del comportamiento postdelictivo positivo ha de ser, como hemos visto, voluntaria, mientras que la responsabilidad civil derivada del delito puede y debe hacerse efectiva aun contra la voluntad del obligado.

La disminución de los efectos del delito supone hacer menor la extensión, la intensidad o el número de los efectos del delito⁹¹. Conviene poner de relieve que la reparación parcial que supone la simple disminución de los efectos del delito puede ser suficiente a efectos de apreciación de la atenuante siempre y cuando, claro está, el sujeto no estuviera en condiciones de realizarla en su totalidad⁹². El núm.5º del artículo 21 se refiere a conductas de tendencia, es decir, se tiene en cuenta la relación entre lo realmente realizado por el sujeto y las posibilidades personales siempre que el sujeto muestre una actitud seria de reparación o rectificación de su conducta anterior⁹³. Como ya se entendía en relación con la atenuante de arrepentimiento espontáneo, "haber procedido" debe entenderse como "haber iniciado el proceso, por actos externos, tendente a alguno de los expresados actos reparatorios o de confesión del delito"⁹⁴. No es preciso, pues, que se repare completamente el daño, ya que basta la disminución de los efectos del mismo⁹⁵, e incluso puede ser suficiente con una actitud tendente a ello⁹⁶, esto es, con una oferta real y seria de paliar los efectos del delito. De esta forma el precepto español se adecua a los modelos alemán y austríaco, separándose del italiano.

La jurisprudencia y la doctrina vertidas en torno a la atenuante de arrepentimiento espontáneo hacían derivar del requisito anímico (del arrepentimiento) la exigencia de un esfuerzo serio en la reparación o disminución de los efectos del

⁸⁸ Vid. por todos MONTÉS PENADÉS en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. págs.607 y siguiente; YZQUIERDO TOLSADA: *Aspectos civiles*, cit. págs.135 y siguientes.

⁸⁹ Cfr. CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.228.

⁹⁰ En términos civiles se trata del "agraviado". Sobre estas distinciones, vid. YZQUIERDO TOLSADA: *Aspectos civiles*, cit. pág.135. En torno a los conceptos de "víctima" y de "sujeto pasivo" desde un punto de vista criminológico, vid. BUSTOS, J./ LARRAURI, E.: *Victimología: presente y futuro*. Barcelona, 1993, págs.17 y siguientes.

⁹¹ Cfr. CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.220.

⁹² Cfr. VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.212.

⁹³ Cfr. ORTOS BERENQUER en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios*, I. cit. pág.211; VALLE en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.212. A diferencia de la regulación española, el parágrafo 167 öStGB sólo tiene en cuenta el esfuerzo serio pero infructuoso si un tercero u otro responsable de los daños sufridos por la víctima procede a la reparación en lugar del autor.

⁹⁴ CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.216, con bibliografía complementaria. En contra, implícitamente, MIR PUIG: *Parte general*. cit. pág.632, nm.49, quien considera que si es suficiente para apreciar la atenuante que el culpable se esfuerce en lo posible por intentar una reparación material, sin conseguirlo, será porque dicho esfuerzo serio se considere como una forma de disminuir el daño o efectos del delito.

⁹⁵ Ampliamente, en relación con el artículo 9. 9º del CP 1944/ 73, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. págs.218 y siguientes.

⁹⁶ Cfr. CAMPO MORENO: *El arrepentimiento postdelictual*. cit. pág.31. El Tribunal Supremo ha oscilado en este punto. Cfr. la jurisprudencia recogida por CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.222.

delito⁹⁷. Desaparecida la mención legal del arrepentimiento, el requisito del esfuerzo serio se relaciona con los fines de la pena⁹⁸, y en concreto con la prevención especial.

De esta forma, tanto la reparación total como la parcial (disminución de los efectos del delito) en la medida de las posibilidades del culpable constituyen el contenido de la atenuante 5ª del artículo 21, a las que, de acuerdo con una cualificada doctrina, cabe añadir, como hemos visto, la oferta real y seria de paliar los efectos del delito.

Ha desaparecido de la redacción del núm.5º del artículo 21 la tercera alternativa que contenía el artículo 9. 9º del anterior Código penal: dar satisfacción al ofendido. Esta expresión se hacía equivalente a dar "explicaciones, compensaciones, excusas y disculpas al ofendido que le llevan al menos un aquietamiento o paz espiritual o material perdidas por causa del delito"⁹⁹, señalando la doctrina que "el dar satisfacción al ofendido no tiene una significación autónoma junto a los dos supuestos hasta aquí estudiados, pues quien da satisfacción a la víctima, repara o disminuye los efectos del delito"¹⁰⁰.

En conclusión, los comportamientos reparatorios incluyen tanto la reparación completa de los daños derivados del delito (en las modalidades de restitución, reparación en sentido estricto o indemnización) como la disminución de sus efectos, siendo admisible también el esfuerzo real y serio por reparar aunque finalmente haya resultado infructuoso. En el ámbito de las causas de levantamiento y atenuación de la pena, la reparación debe ser realizada por el autor y sólo comprende los daños ocasionados a la víctima, quedando excluidos los familiares y terceros.

IV.CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS ATENUANTES DE COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO POSITIVO

En los dos apartados anteriores hemos tenido ocasión de analizar el fundamento y el contenido de las atenuantes genéricas de comportamiento postdelictivo positivo, recogidas actualmente en los núms.4º y 5º del artículo 21. Corresponde ahora precisar las pautas de aplicación de la atenuante de análoga significación en relación con dichas circunstancias.

Se ha señalado ya la incorrección que supone aplicar la atenuante analógica siempre que no se ha cumplido alguno de los requisitos que integran las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo, y en particular el temporal o cronológico¹⁰¹. La exigencia jurisprudencial de establecer una conexión necesaria entre la atenuante que se discute y una de las específicas ha llevado a considerar necesaria una analogía en cuanto

⁹⁷ Por ejemplo, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.221; CAMPO MORENO: *El arrepentimiento postdelictual*. cit. págs.31 y siguientes.

⁹⁸ En este sentido, en relación con la autodenuncia tributaria liberadora de pena, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Los delitos*, cit. págs.168 y siguiente.

⁹⁹ Cfr. CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.226.

¹⁰⁰ CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios, I*. cit. pág.524. Igualmente, CALDERÓN SUSÍN: *Arrepentimiento*, cit. pág.227.

¹⁰¹ Vid. sin embargo, PAREDES CASTAÑÓN: *Voz Atenuante*. cit. pág.634, quien considera que no existe obstáculo para el reconocimiento de atenuantes analógicas incompletas "siempre que los requisitos que faltan para la aplicación de la atenuante legal sean efectivamente no esenciales".

a los elementos integrantes de estas últimas, en vez de hacerlo atendiendo a la significación, como exige la norma. De ello se derivaba que si se daban los requisitos que precisaba la atenuante elegida para fundar en ella la similitud, la atenuante que debía ser apreciada era, lógicamente, ésta en concreto. Por su parte, si no concurrían todos los requisitos de la circunstancia en cuestión, nos hallábamos ante la figura extralegal de la atenuante incompleta, que no podía ser aceptada desde el momento en que se observa que el Código penal no se refiere para nada a ella.

Así pues, al insistir la jurisprudencia en comparar la atenuante analógica con una determinada de las que la preceden sobre la base de la semejanza morfológica, la solución a que ha llegado en el caso de no darse ésta en su integridad es la de o bien rechazar la circunstancia alegada, o bien acogerla, en cuyo caso está creando una atenuante incompleta, falseando así, como se ha señalado, el significado de la atenuante analógica.

Esto no ocurriría si el Tribunal Supremo se fijase en la semejanza de significación o de fundamento, en cuyo caso la atenuante análoga a las de comportamiento postdelictivo positivo se estimaría sobre la base de que significaba lo mismo que éstas, de que compartía el mismo fundamento con independencia de que conlleva o no parte de los requisitos de una de ellas¹⁰².

La circunstancia análoga a las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo será aplicable cuando voluntariamente proceda el culpable a realizar una actividad de signo similar a las de reparar o disminuir los efectos del delito o confesar a las autoridades la infracción, esto es, cuando realice actividades de signo reparatorio o en beneficio de la Administración de Justicia, puesto que éstos son los contenidos básicos de las atenuantes que nos ocupan. Ahora bien, estas actividades no han de consistir necesariamente en la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima o en la confesión de la infracción a las autoridades, ya que bastará que se trate de comportamientos que evidencien una voluntad de reparar los daños derivados del delito, aunque no sean dirigidas a la víctima, sino a la comunidad en general, o de conductas de colaboración con las autoridades, aun cuando no adopten las formas específicas descritas por las atenuantes genéricas contenidas en los núms.4º y 5º del artículo 21.

Por cuanto se refiere al requisito temporal, su cumplimiento de acuerdo con el tenor literal del artículo 21, esto es, la realización de las conductas de comportamiento postdelictivo positivo antes de conocer la apertura del procedimiento judicial (núm.4º) o antes del juicio oral (núm.5º), supone una suerte de delimitación objetiva negativa y legalmente formalizada de la voluntariedad, una presunción de voluntariedad, mientras que, al contrario, la realización de las conductas reparatorias o de colaboración con la Administración de Justicia una vez sobrepasados dichos límites temporales da lugar a una presunción de involuntariedad. Ahora bien, en algunos casos será posible seguir afirmando la voluntariedad de la conducta aunque tenga lugar con carácter posterior a los límites temporales señalados. En estos supuestos será procedente la aplicación de la atenuante analógica, ya que pese al incumplimiento formal del límite temporal podemos seguir afirmando la voluntariedad del comportamiento y, por tanto, también la analogía con el fundamento que informa las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo. Y ello sucederá así, por ejemplo, cuando el sujeto, después de su detención, colabora con las autoridades en la recuperación de un botín de muy difícil localización de no contar con su ayuda¹⁰³. La aplicación por analogía de la atenuante contenida en el

¹⁰² Vid. ORTS BERENGUER: *Atenuante*, cit. págs.224 y siguiente.

¹⁰³ Por estar escondido en el campo, enterrado debajo de un olivo: STS de 23 mayo 1996 (Ar. 4014).

núm.4º del artículo 21 no supone aquí la creación de una circunstancia "incompleta" por la ausencia del requisito temporal o cronológico, sino que se basa en la razón que inspira la imposición de límites temporales, que es el propósito de garantizar la voluntariedad del comportamiento. Cuando esta voluntariedad es manifiesta pese a haberse superado el límite temporal, procede la aplicación analógica de las atenuantes que nos ocupan.

Y ello porque la voluntariedad del comportamiento postdelictivo positivo permite afirmar que se produce un "actus contrarius" al delito ya consumado que no puede carecer de toda relevancia en la individualización de la pena¹⁰⁴. Desde este punto de vista, el comportamiento positivo del autor tiene sin duda un sentido constructivo, en cuanto niega, al menos en parte, el hecho punible cometido y manifiesta una actitud favorable a la ratificación de la vigencia de la norma vulnerada.

La atenuante de análoga significación constituye, en fin, una cláusula general de individualización general de la pena que persigue la mejor adecuación de ésta a la concreta culpabilidad del autor¹⁰⁵. Pero, como bien puntualiza Bacigalupo Zapater en la mencionada STS de 26 de septiembre de 1994 (Ar. 7195)¹⁰⁶, de la que es ponente, en el ámbito de las atenuantes postdelictuales "no se trata... de que el hecho cometido resultaría no culpable o menos culpable como consecuencia de un comportamiento posterior, pues nadie duda que la culpabilidad por el hecho, como tal, no puede ser modificada por circunstancias posteriores al mismo. Se trata, por el contrario, de que la culpabilidad, en tanto deuda contraída por el autor hacia la sociedad como consecuencia del delito cometido, puede ser compensada mediante actos de significado positivo, o dicho en la terminología de moderna doctrina de la reparación, de significado constructivo".

Y es que las causas modificativas de la pena no afectan a la sustancia del delito, que dejan completamente intacta. Como se señala en la doctrina¹⁰⁷, el delito existe se den o no circunstancias atenuantes o agravantes, que son circunstancias accesorias o accidentales que no mantienen una relación esencial con el delito, y cuya concurrencia repercute sobre la menor o mayor gravedad de la pena. La doctrina dominante afirma que las circunstancias atenuantes y agravantes se fundamentan como tal categoría en una menor o mayor antijuridicidad, o en una menor o mayor culpabilidad, según sean atenuantes o agravantes objetivas o subjetivas. Con esta tesis las circunstancias se reconducen a la estructura fundamental del delito, respetándose a ultranza, como bien ponen de relieve Cobo/ Vives¹⁰⁸, "en una de sus más claras formulaciones, un planteamiento unidimensional de la pena, cuyos únicos módulos o presupuestos serían el contenido del injusto y la culpabilidad".

¹⁰⁴ En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 1994 (Ar. 7195), ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo*. en ROMEO CASABONA, C. M.: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Universidad de La Laguna, 1997, pág.320.

¹⁰⁶ De la que se hace eco la STS de 5 de octubre de 1994 (Ar. 7622), al apreciar la significación atenuatoria de la reparación del daño aun faltando el elemento cronológico, pues "constituye un acto contrario al delito que debe tener reconocimiento en el momento de la individualización de la pena, compensando al menos una parte de la culpabilidad".

¹⁰⁷ Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Parte General*. cit. pág.496; o MIR PUIG: *Parte General*, cit. pág.620, recogiendo aquí una afirmación doctrinal unánime. Entre los monografistas, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC: *Teoría general*, cit. págs.91 y siguientes.

¹⁰⁸ COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1996, pág.794. Vid. por ejemplo la extensa argumentación que ofrecen MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Parte General*. cit. págs.496 y siguiente, para justificar la relación que mantienen las circunstancias modificativas con la teoría del delito.

Sin embargo, el solo recurso a la antijuridicidad y a la culpabilidad resulta insuficiente para explicar satisfactoriamente la totalidad de las reglas de agravación y atenuación de la pena en nuestro CP95. Y de ello son ejemplos paradigmáticos las atenuantes genéricas de comportamiento postdelictivo positivo cuyo fundamento, como hemos adelantado en su momento, no puede residir en una disminución del injusto o de la culpabilidad, al tratarse de comportamientos postdelictivos, sino en el cumplimiento parcial de los fines de la pena.

Y en este sentido, la alusión de Bacigalupo a la compensación de la culpabilidad, en tanto deuda contraída por el autor hacia la sociedad como consecuencia del delito cometido, mediante actos de significado positivo que dan lugar a la aplicación de la atenuante analógica, debe ser entendida como una alusión al cumplimiento del fin de prevención general. Recordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir bien: en el sentido más estricto, la misma consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, consiste en la confirmación del Derecho como orden ético, y sólo secundariamente en la intimidación. El entendimiento de la prevención general como intimidación se relaciona con ciertos planteamientos desarrollados por las tesis retributivas¹⁰⁹, de modo que la novedad aportada por la doctrina de la prevención general positiva, estabilizadora o integradora reside en el sentido más amplio del concepto de prevención general. En su base se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente sobre el arraigo social de las normas; se le atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social y, por tanto, se convierte en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas.

Como hemos tenido ocasión de ver, la moderna doctrina pone el acento en la utilidad del comportamiento postdelictivo positivo, y en particular de la reparación, para el restablecimiento de la paz jurídica, para lo que Roxin denomina "prevención de integración"¹¹⁰. Se dice, en este sentido, que sólo cuando el delincuente repara el daño en la medida de sus posibilidades "la víctima y la comunidad consideran resuelta la perturbación social originada por el delito"¹¹¹: se logra la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores que establece y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica¹¹², efectos que se consiguen cuando el autor responde por su hecho¹¹³. Son muchos los autores que han señalado que la anulación o atenuación de la pena del sujeto que lleva a cabo comportamientos que la comunidad valora positivamente contribuye a estimular la confianza en el Ordenamiento¹¹⁴, efecto que no debe ser desatendido por cuanto, como señala Mir, "un Derecho penal democrático ha

¹⁰⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, págs.227 y siguiente.

¹¹⁰ ROXIN: *Die Wiedergutmachung*, cit. pág.48, utiliza el término "prevención de integración" para aludir al efecto de pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho tanto a favor de la víctima o de la Administración de Justicia que la conciencia jurídica general se pacifica por encima del delito, solucionándose el conflicto que enfrentaba a la sociedad con el autor. Para el autor alemán, el término "prevención general positiva" engloba, además de este efecto de pacificación, un efecto pedagógico, originado por el ejercicio de la fidelidad al Derecho, y un efecto de confianza, que se produce cuando el ciudadano ve que el Derecho se cumple.

¹¹¹ ROXIN: *Acerca del desarrollo*, cit. pág.808; del mismo autor: *Strafrecht. AT. I. 2.* Aufl. München, 1994, § 3 III, Rn.64.

de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo"¹¹⁵.

Es en este sentido que la aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo permite compensar, al menos parcialmente, la culpabilidad del autor entendida como deuda contraída por él hacia la sociedad como consecuencia del delito cometido. Con ello se logra adecuar en lo posible el proceso de determinación de la pena a las verdaderas necesidades preventivas, tanto de prevención general como de prevención especial, del caso concreto, evitando una sanción excesiva y, por ello, contraria a los principios reguladores del ius puniendi estatal.

En fin, el comportamiento postdelictivo positivo, aun cuando no se corresponda con las concretas modalidades que recogen los núms.4º y 5º del artículo 21, contribuye a la reafirmación del Ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, siempre que sea voluntario.

¹¹² Cfr. MAIER: *La víctima y el sistema penal*. cit. pág.37.

¹¹³ Sin exigir una determinada severidad o intensidad de la pena porque no pretende conseguir la función instrumental de intimidar mediante la pena. Cfr. BUSTOS/ LARRAURI: *Victimología*. cit. pág.25.

¹¹⁴ Vid. entre otros, ROXIN, C.: *Risarcimento del danno e fini della pena*. "RIDPP" 1987, pág.17; DE VICENTE REMESAL: *El comportamiento*, cit. págs.356 y siguientes.

¹¹⁵ MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1982, pág.31.