

LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL¹.

Julia Roper Carrasco².
Pilar Zamorano Moreno³.

Sumario. -

I. INTRODUCCIÓN.

II. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.

III. LA “GRAVE ADICCIÓN” A LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS, DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS U OTRAS DE EFECTOS ANÁLOGOS.

IV. LOS ESTADOS PASIONALES.

V. LA CONFESIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Resumen. - En este trabajo se realiza un estudio sobre las circunstancias atenuantes de la responsabilidad, recogidas en el artículo 21 del Código penal de 1995. Ante todo, hemos pretendido exponer con claridad cuáles son los diversos problemas prácticos que presentan cada una de las circunstancias, revisando las soluciones doctrinales y de la jurisprudencia al respecto. Al mismo tiempo, se ha intentado ofrecer una valoración sobre el interesante aspecto de la exención incompleta, herramienta fundamental en la práctica jurisprudencial y en la adecuación de la pena al caso concreto. Por último, también se ha concedido una especial atención a los problemas de diferenciación (de importante trascendencia práctica) entre las eximentes y atenuantes que se ocupan de la influencia en la determinación de la pena de los estados relacionados con la drogadicción.

Derecho penal – Circunstancias atenuantes de la responsabilidad – Exención incompleta – Drogodependencia y exención de pena – Estados pasionales – Confesión a las Autoridades – Reparación del daño.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código penal de 1995 ha mantenido un sistema de adecuación de la pena al caso concreto que se basa en la inclusión, en la “Parte General” (Libro I) del texto legislativo, de una serie de circunstancias que han de ser observadas en cada supuesto con el objetivo de determinar su posible influencia en la determinación de la pena. Éstas son las “circunstancias modificativas de la responsabilidad” que se recogen en los artículos 21, 22, y 23. Además, el Código establece también una serie de reglas (artículos 65 a 68) en las que se precisa el modo en el que las diversas circunstancias inciden en el cálculo de la pena correspondiente. Con este modelo se concede un mayor peso a la “fase legislativa” en la

¹ Publicado en Studia Carande, vol. 5, 2000, pp. 115-139.

² Profesora titular de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos.

³ Profesora titular interina de Escuela Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos.

concreción de la pena, limitando, en principio, el margen de decisión en la “fase judicial”. En definitiva, parece que nuestro legislador ha optado por conservar un sistema ya “típico” en nuestro Derecho penal, que ha demostrado su funcionalidad en la práctica y que resulta especialmente escrupuloso con el principio de legalidad y de seguridad jurídica, frente a otros modelos de adecuación de la pena que prefieren confiar esta labor al juez que se ocupa del caso concreto⁴.

Las circunstancias atenuantes aparecen reguladas en el artículo 21 del nuevo Código penal de 1995, que se corresponde con el artículo 9 del CP de 1973. El legislador de 1995, no obstante, ha introducido unas interesantes modificaciones en el sistema de atenuantes. En primer lugar, ha sustituido la anterior “embriaguez no habitual”, que sólo podía ser empleada en los casos de intoxicación leve por ingestión de alcohol, por la circunstancia de “grave adicción” a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras de efectos análogos, con un ámbito de aplicación más extenso. En segundo lugar, la antigua circunstancia de “minoría de edad” ha sido eliminada de la relación de atenuantes en la medida en que todo lo concerniente a los menores ha sido remitido a una ley penal del menor⁵. Otra importante novedad es la desaparición de la llamada “preterintencionalidad”, recogida en el anterior artículo 9, circunstancia 4^a⁶. Este aspecto exige un breve comentario.

La circunstancia cuarta del artículo 9º del CP de 1973 permitía la atenuación de la pena en los casos en los que el sujeto causa objetivamente un resultado más grave que aquél que abarcaba con su intención: en el momento de la comisión del hecho, se produce un resultado más grave de lo previsto. Esta circunstancia planteaba el problema de que su aplicación sólo podría tener lugar si previamente se infringe el principio de responsabilidad subjetiva, ya que la atenuación opera sobre el castigo por el resultado más grave que en realidad no es abarcado por el dolo del sujeto. Un ejemplo significativo en el que se aprecian las indeseables consecuencias a las que conducía el empleo de esta “atenuante” es el llamado homicidio preterintencional. En efecto, en aquellos casos en los que el sujeto buscaba dolosamente la producción de unas lesiones, pero el hecho finalizaba en un resultado de muerte no abarcado por la intención del sujeto pero que era producto de su imprudencia, la jurisprudencia solía apreciar responsabilidad a título de homicidio doloso y aplicar después la atenuante de preterintencionalidad. Sin embargo, si el Código penal

⁴ Otros Códigos penales han preferido ampliar el margen de la decisión judicial, limitándose a indicar legalmente un número reducido de circunstancias (preferentemente en la parte especial, junto a una serie de delitos) y unas reglas muy genéricas sobre la repercusión que dichas circunstancias pueden tener en la “modificación” de la responsabilidad (mayor importancia tiene aún la “fase judicial” en la determinación de la pena en el sistema anglosajón, en el que la norma jurídica aplicable al caso concreto se elabora mediante una labor de “inducción” tras el estudio de las soluciones jurisprudenciales en casos similares). En este trabajo, no obstante, no se pretende realizar una valoración global del sistema de circunstancias modificativas o de cualquier otro, sino que el estudio se concreta al análisis de algunos problemas planteados por las circunstancias que atenúan la responsabilidad. Ahora bien, es preciso indicar que este sistema de adecuación de la pena merece, en nuestra opinión, una valoración positiva: pues la previsión legal de una serie de circunstancias permite el conocimiento previo de las mismas por los ciudadanos (lo cual favorece la prevención general) y proporciona un mecanismo muy útil en el juego de la acusación y de la defensa, pues la apreciación de atenuantes o de agravantes contribuye a la dialéctica del proceso.

⁵ En nuestra opinión es de saludar la decisión (que no se había tomado en ninguno de los más recientes Proyectos de 1992 y 1994) de remitir la compleja problemática de la delincuencia de menores a una Ley especial (artículo 19 del nuevo Código). Además, también resulta acertado que esta Ley especial no sólo ataña al menor de dieciocho, sino que pueda también extender sus efectos sobre el mayor de dieciocho y menor de veintiuno (artículo 69 del CP).

⁶ El artículo 9, circunstancia 4ª señalaba:

“Son circunstancias atenuantes:

4.ª La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.”

exige la presencia de dolo o imprudencia para castigar un determinado delito (principio de responsabilidad subjetiva, recogido en el artículo 5.º del nuevo CP), la responsabilidad del sujeto se extenderá al resultado abarcado por el dolo o la imprudencia, pero no a otro.

Por esta razón, la mayoría de la doctrina⁷ mantenía que la circunstancia de “preterintencionalidad” representaba una cierta pervivencia del principio de responsabilidad objetiva o *versari in re illicita*, en contra de la dirección seguida por nuestro legislador desde la reforma del Código penal de 1983⁸. Según la máxima “qui versatur in re illicita etiam pro casu”, quien realiza un acto ilícito debe responder por todas las consecuencias que se derivan de dicho acto, aunque éstas no hubiesen sido buscadas dolosamente por el autor o incluso fueran fortuitas. En contra de lo sostenido por algunas decisiones jurisprudenciales (como las que aplicaban el llamado “homicidio preterintencional”⁹) la doctrina pretendía reservar la aplicación de la atenuante a los delitos dolosos con tipos “susceptibles de graduación”, en los que el injusto típico admite una cierta graduación en su gravedad (casos de “preterintencionalidad homogénea”), mientras que negaba la posibilidad de la llamada “preterintencionalidad heterogénea”, que tendría lugar cuando el sujeto tiene la intención de cometer un delito y finalmente el resultado más grave implica un delito distinto¹⁰. Sin embargo, a pesar de esta interpretación restrictiva, el artículo 9. 4º del CP de 1973 resultaba de difícil convalidación con el principio de responsabilidad subjetiva: incluso en la preterintencionalidad homogénea se le hace responder al sujeto de forma dolosa (aunque atenuada) por un resultado que no es abarcado siquiera con dolo eventual.

En definitiva, la decisión del legislador de 1995 suprimiendo la atenuante de “preterintencionalidad” nos parece correcta. En los casos en los que el sujeto produzca un resultado más grave que el abarcado por su dolo, la solución se encuentra en el respeto de las reglas concursales¹¹.

También merece una valoración positiva el nuevo tratamiento de la antigua atenuante de “arrepentimiento espontáneo”¹². En el CP de 1995 esta circunstancia ha perdido las objetables connotaciones morales con las que aparecía en el CP de 1973: de hecho, ya no cabe hablar de circunstancia de “arrepentimiento espontáneo” porque esta denominación ha desaparecido. La vieja circunstancia se ha transformado en dos, la “confesión a las autoridades” y la “reparación del daño” (circunstancias 4ª y 5ª del nuevo artículo 21), que desposeídas del carácter “moralista” que parecía impregnar la anterior

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 440; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3º ed., 1991, p. 704; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, 1993, p. 426.

⁸ La reforma de 1983 hizo desaparecer el artículo 1. 3º y el 50 del Código penal de 1973, los cuales suponían restos inadmisibles del principio “*versari in re illicita*”.

⁹ Vid. por ejemplo, la STS de 6 de abril de 1976.

¹⁰ En estos casos, la solución que se proponía era la del concurso ideal: el resultado más grave determina un delito de imprudencia en concurso ideal con el resultado dolosamente buscado.

¹¹ En realidad, la “preterintencionalidad” no suponía una “atenuante” en sentido estricto, pues su aplicación no significaba beneficio alguno para el reo. Como se ha señalado, la apreciación de esta circunstancia requiere la estimación previa de la responsabilidad a título de dolo por un resultado que en realidad no es abarcado por la intención del sujeto (cfr., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1970, p. 556). Hay que indicar, por otra parte, que también la jurisprudencia más reciente (anterior al CP de 1995) se había mostrado reacia a la aplicación de esta atenuante (vid., por ejemplo, la STS de 26-2-93).

¹² La circunstancia de “arrepentimiento espontáneo” aparecía en el CP de 1973 en el artículo 9, circunstancia 7ª, con el siguiente texto:

“Son circunstancias atenuantes:

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”.

fórmula, responden claramente a un objetivo de política criminal: garantizar la persecución de los delitos.

Al lado de estas modificaciones, el CP ha decidido mantener dentro del capítulo de las atenuantes un número dedicado a las denominadas “eximentes incompletas”, las cuales, como tendremos ocasión de comprobar, constituyen una categoría específica que sigue unas reglas propias en la determinación de la pena. Por último, el legislador del 95 ha optado por conservar también la llamada “atenuante analógica” (artículo 21. 6ª del CP) que ofrece importantes ventajas prácticas en la adecuación de la pena al caso concreto, en la medida en que facilita la individualización cuando existen dificultades técnicas para subsumir una determinada situación en la circunstancia legalmente establecida¹³.

Definido de esta manera el panorama general sobre las circunstancias atenuantes en el nuevo Código penal, es el momento de pasar al análisis de algunos de los problemas que éstas plantean. Los temas de estudio son los siguientes. En primer lugar, examinaremos brevemente el régimen especial de las denominadas “eximentes incompletas”. A continuación, centraremos el estudio sobre la atenuante de “grave adicción” en los problemas de diferenciación con las eximentes de intoxicación plena y de síndrome de abstinencia. En tercer lugar, revisaremos algunos de los problemas que la atenuante de estados pasionales ha presentado en la práctica. Por último, este análisis práctico se llevará a cabo también con las atenuantes de confesión y de reparación del daño.

II. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.

1. Cuestiones previas.

Lo que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como eximentes incompletas son las circunstancias eximentes del artículo 20 del Código penal (artículo 8 del Código penal de 1973), cuando no se presentan todos los presupuestos exigidos por la ley para su apreciación. La opción del legislador de 1995 manteniendo el sistema de la “exención incompleta” requiere un breve comentario sobre su oportunidad y un análisis de los problemas más relevantes que se derivan de esta fórmula legal. No se trata de acometer en este apartado, por tanto, un estudio pormenorizado de las diferentes circunstancias, sino que pretendemos, únicamente, determinar cuáles son los aspectos más significativos de esta específica modalidad de atenuación.

No obstante, antes de emprender el examen propuesto es necesario aclarar una cuestión previa. En torno a las eximentes incompletas es posible plantear si la atenuación por exención incompleta se basa en argumentos de política criminal o si, en otro sentido,

¹³ El nuevo Código penal ha mantenido la fórmula introducida en el Código penal de 1944 que requiere una “análoga significación”. Esta exigencia ha sido interpretada por el Tribunal Supremo como de equivalencia de elementos. Sin embargo, la doctrina ha sostenido que no es necesaria esa equivalencia estricta entre los elementos, y que lo que se ha de exigir es que la circunstancia legal y la análoga posean el mismo “significado” y respondan al mismo “fundamento” (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 5ª ed., 1990, p. 695; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 706; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* PG, 18ª ed., 1995, pp. 718-719 COMPLETAR EDIC. COBO).

Con relación a esta circunstancia podría defenderse su “superficialidad” en cuanto la analogía favorable al reo es uno de los principios básicos en Derecho penal. Sin embargo, a nuestro parecer, la precisión del legislador sobre la atenuante analógica resulta adecuada, porque no sólo pone de manifiesto la validez del principio de analogía *in bonam partem* en el ámbito de las circunstancias modificativas, sino que sirve para reafirmar la vigencia de este principio en general, teniendo en cuenta las posibles dudas al respecto que pudiera arrojar el artículo 4º del Título Preliminar, el cual ha recogido expresamente la prohibición de la analogía sin especificar si se refiere únicamente a la contraria al reo o también a la favorable.

responde a la incidencia de la estimación de la circunstancia incompleta en el injusto y en la culpabilidad. En este aspecto, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las atenuantes estrictas, parece no existir discusión en la doctrina ¹⁴ y se admite con carácter general que las eximentes incompletas afectan en todo caso al injusto o a la culpabilidad: puesto que si las eximentes completas (anomalía psíquica, intoxicación plena, legítima defensa, estado de necesidad, etc.) interesan a estos presupuestos del delito, la falta de alguno de sus requisitos (lo que permite la apreciación de la circunstancia incompleta) no supondrá que dejen de hacerlo, si sustancialmente la situación es la misma. Ahora bien, el acuerdo desaparece a la hora de decidir si una concreta circunstancia afecta a la culpabilidad, a la antijuridicidad o a ambas según y cómo. Este conflicto se aprecia especialmente en el caso del estado de necesidad, ya que mientras que algunos autores creen que esta circunstancia puede operar como causa de antijuridicidad o como causa de exculpación, otro sector de la doctrina considera que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación que elimina la antijuridicidad.

2. La fórmula de la exención incompleta en el CP de 1995.

A) Valoración.

En primer lugar, es preciso plantearse si la previsión de las eximentes incompletas como circunstancias atenuantes tipificadas expresamente en la Parte General del CP merece una valoración positiva. Al igual que los Códigos precedentes, el CP de 1995 se refiere a estas circunstancias como “atenuantes”, recogiénolas en el primer número del artículo 21. Sin embargo, la propia ley les concede un tratamiento diferenciado, puesto que el artículo 68 del Código penal ¹⁵ dispone en estos casos una específica repercusión en la determinación de la pena: en caso de exención incompleta se permite rebajar la pena uno o dos grados. Esta disminución es mayor que la prevista en el caso de las atenuantes ordinarias, en las que únicamente es posible la reducción de la pena dentro de un mismo grado ¹⁶.

¿Qué valoración suscita esta previsión? A nuestro parecer, la fórmula de la exención incompleta, peculiaridad de la legislación española, ofrece importantes ventajas en la práctica que aconsejan su empleo. La utilización de la exención incompleta ha facilitado en nuestra jurisprudencia soluciones viables en un considerable número de situaciones en las que si bien no podía ser afirmada la exención, tampoco la responsabilidad plena aparecía como una respuesta “justa”. Ahora bien, ¿resultaría preferible que la apreciación de la atenuación se dejase en manos del juez, sometida a su libre decisión y valoración del caso concreto? De nuevo, como destacábamos en la introducción con respecto al sistema general de circunstancias modificativas, la opción por una determinada fórmula legal depende del modelo que se siga en la adecuación de la pena al caso concreto. En este sentido, el seguido por el CP español se corresponde con el deseo de garantizar al máximo la seguridad jurídica y las previsiones legales sobre la exención incompleta facilitan, en nuestra opinión, la resolución de los complicados problemas prácticos que se plantean en el ámbito de la inimputabilidad o de la justificación. A modo de ejemplo, pensemos en las dificultades que surgen en la práctica a la hora de determinar con precisión el alcance y efectos de los trastornos psicológicos en el proceso de

¹⁴ Cfr. VALLE MUÑIZ, *ADPCP*, 1992, p. 562.

¹⁵ Precepto que se corresponde con el artículo 66 del Código penal de 1973.

¹⁶ Por esta razón, puede decirse que las llamadas “eximentes incompletas” no son circunstancias atenuantes en sentido estricto (cfr., en este sentido, ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, 1982, pp. 194 y ss).

motivación del individuo. Las distancias y puntos de conexión entre las enfermedades mentales, la falta de definición exacta de las mismas, la complejidad de una situación como el trastorno mental transitorio, son razones que hacen aconsejable el empleo de una fórmula intermedia como la que facilitan las eximentes incompletas¹⁷.

En conclusión, consideramos un acierto el mantenimiento de las eximentes incompletas en el nuevo Código penal.

B) Ubicación de las eximentes incompletas.

En segundo lugar, es preciso decidir si, admitida la conveniencia de que las eximentes incompletas se encuentren expresamente previstas en el Código, la concreta ubicación de estas circunstancias es correcta. Las eximentes incompletas aparecen en el capítulo III del título I, bajo la rúbrica "De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal". Esta localización sistemática de las eximentes incompletas nos parece adecuada pues sigue a la dedicada a las circunstancias eximentes, con las que se relaciona y de las que, no obstante, es preciso diferenciar, pues mientras que estas últimas conducen a la exención, las incompletas sólo permiten la atenuación de la pena. En definitiva, su situación junto a las atenuantes es lógica, puesto que comparten con estas circunstancias la misma trascendencia jurídica, a saber, la de atenuar la responsabilidad. Ahora bien, esto no se contradice con el hecho de que las eximentes incompletas deban afectar necesariamente a la antijuridicidad del hecho o a la culpabilidad del sujeto.

C) Interpretación de la fórmula del artículo 21. 1ª.

En tercer lugar, debemos pronunciarnos también sobre la interpretación de la fórmula legal contenida en el artículo 21. 1ª la cual exige, para la apreciación de estas circunstancias, la no concurrencia de "todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos". Con relación a esta exigencia, es preciso decidir en el caso concreto si la falta de "cualquier" requisito permite la atenuación, o si, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, existen determinados requisitos cuya ausencia determina la responsabilidad plena del sujeto, sin que quepa la exención incompleta. En este sentido, se ha venido sosteniendo que si el requisito es "accidental" su falta (siempre que concurren otros que se consideran "esenciales") no obstaculiza la exención incompleta. Ahora bien, si el requisito que no se cumple en el caso en cuestión es "esencial", ni tan siquiera cabe la posibilidad de atenuación. Esta solución, sin embargo, no carece de dificultades: en primer lugar, porque no contamos con un criterio seguro sobre qué requisito es esencial y cuál no lo es; en segundo lugar, porque aunque exista cierto consenso científico o jurisprudencial sobre la esencialidad de un determinado requisito no es menos cierto que tal vez no sea suficiente con ese juicio, ya que en la práctica no resulta fácil extraer conclusiones "automáticas" de la aplicación de este criterio¹⁸.

Con relación a este problema es interesante poner de relieve que el artículo 21. 1ª del nuevo Código penal exige expresamente que no concurren "todos" los requisitos

¹⁷ Las eximentes incompletas también resultan de gran utilidad en el ámbito de las causas de justificación. En el caso del estado de necesidad, por ejemplo, el legislador exige para la exención algunos requisitos que resultan de difícil cumplimiento en la práctica, teniendo en cuenta además las específicas características de las situaciones de necesidad: esto es lo que ocurre con el requisito de la proporcionalidad (que el mal causado no sea superior al evitado); pues bien, desde nuestro punto de vista, la falta de este requisito podría permitir la atenuación, siempre que en el caso concreto se pudiera determinar la presencia de una auténtica situación de conflicto de intereses, caracterizada por la necesidad de causar un mal para evitar otro.

¹⁸ En este sentido, cfr. VALLE MUÑIZ, *ADPCP*, 1992, p. 564.

necesarios para eximir de responsabilidad, mientras que el artículo 9. 1ª del Código penal de 1973 se limitaba a indicar que no debían concurrir “los requisitos necesarios” para la exención. Se podría interpretar que con esta nueva redacción el legislador ha pretendido poner de manifiesto que la atenuación sólo es posible cuando faltan una serie de requisitos no esenciales. Sin embargo, las dificultades a la hora de determinar si el requisito que falta en el caso concreto es accidental (con lo que a pesar de no haber la exención podría ser apreciada la atenuación) o esencial (lo que determinaría la imposibilidad de estimar la propia atenuación) siguen persistiendo en la práctica. El Juez deberá decidir en cada caso si el requisito que falta es esencial o accidental, con independencia de que el punto de partida sea la indicación legal de que “no concurren los requisitos necesarios para eximir, o la de que “no concurren todos los requisitos necesarios para eximir”¹⁹.

D) Efectos de la exención incompleta en la determinación de la pena. Artículo 68 del CP.

En cuarto lugar, también deben ser revisados los efectos de la exención incompleta en la pena. El artículo 68 del nuevo Código penal mantiene la misma influencia en la determinación de la pena que señalaba el CP de 1973 en su artículo 66, a saber, la disminución en uno o dos grados²⁰. Sin embargo, el nuevo precepto introduce una serie de significativas modificaciones.

Por un lado, parece que con el artículo 68 del nuevo Código penal la atenuación en el caso de la exención incompleta es facultativa, ya que este precepto señala que la pena inferior se “podrá imponer”. Desde luego, si la mayoría de la doctrina y jurisprudencia admite que la atenuación de la pena en estos casos se ve precedida por un presupuesto material que consiste en la subsistencia de determinados elementos justificantes y exculpantes, no del todo idóneos para proceder a una exención pero sí a una graduación de la responsabilidad, está claro que no es posible concluir que la atenuación sea facultativa. Si en el caso concreto se ha determinado una culpabilidad o una antijuridicidad disminuidas, entonces la atenuación de la pena ha de ser inexcusable.

¹⁹ Los problemas de distinción entre requisitos esenciales e inesenciales se reproducen con frecuencia en las soluciones jurisprudenciales. La diferenciación se complica en la medida en que, además de distinguir entre la exigente incompleta y la completa, es preciso deslindar ambas de la circunstancia atenuante con la que comparten ciertos rasgos. De este problema se ocupa la STS de 3 de septiembre de 1993 en relación con el trastorno mental transitorio y con el arrebato u obcecación. Esta sentencia sitúa la línea divisoria en la mayor o menor intensidad del efecto de una causa exterior en la mente del sujeto. Sin embargo, la frontera no está tan clara ya que, para la exigente completa, el TS exige que se perturben totalmente las facultades psíquicas y que el sujeto quede inconsciente. Con estas severas exigencias para la apreciación del trastorno mental el TS sólo introduce más confusión, pues si se requiere la “inconsciencia”, en realidad se está aludiendo a una situación distinta a la del trastorno mental que encajaría dentro de una causa de exclusión de la acción. La impresión que se obtiene es que el TS, cuando quiere justificar la aplicación de una exigente incompleta, más que señalar cual es el requisito accidental que falta y por qué es accidental, lo que hace es endurecer al máximo las exigencias de la exigente completa para acreditar la razón de la no aplicación de esta última. En esa línea, la STS de 15 de diciembre de 1992 deniega la exigente completa de enajenación argumentando que el sujeto en concreto “no está impedido para convivir en sociedad”, lo que supone, a nuestro parecer, un requerimiento desorbitado que no tiene base legal, si tenemos en cuenta la regulación de la actual anomalía psíquica (artículo 20. 1ª del CP de 1995) o la circunstancia de enajenación mental del anterior CP (artículo 8. 1ª del CP de 1973).

²⁰ El artículo 66 del CP de 1973 señalaba:

“Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8.º [referido a las exigentes completas], imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurren”.

Otro aspecto que diferencia al artículo 68 del CP de 1995 del artículo 66 del CP de 1973 es que el nuevo precepto exige para la atenuación la consideración de una serie de elementos hasta ahora no tenidos en cuenta: las circunstancias personales del autor y, en su caso, las circunstancias atenuantes o agravantes, razonándolo en la sentencia. Esta referencia introducida por el legislador de 1995 no nos parece correcta. Por un lado, la alusión a "las circunstancias personales del autor" podría crear problemas de interpretación si se estimase que la graduación de la pena se puede hacer depender de la personalidad del autor, en detrimento del principio de responsabilidad objetiva. En segundo lugar, tampoco se entiende la exigencia de que en la decisión sobre la exención incompleta también sean "atendidas las circunstancias atenuantes o agravantes", ya que, o bien es superflua (estas ya son "atendidas" en otro momento en la fase de determinación de la pena, tal y como prevé el artículo 66 del nuevo Código penal) o implica un endurecimiento con respecto al CP de 1973: pues podría interpretarse que la rebaja de la pena propia de la exención incompleta se condiciona a la presencia de otras circunstancias y no resulta una consecuencia automática de la simple apreciación de la eximente incompleta.

E) "Eximentes" no recogidas expresamente.

Tras estas precisiones sobre los efectos de las eximentes incompletas en la determinación de la pena, es preciso incidir, por último, en una cuestión que también se planteaba con la antigua redacción legal. Tanto el artículo 21. 1ª del CP de 1995 como el artículo 9. 1ª del CP de 1973 parecen circunscribir el ámbito de las eximentes incompletas a aquéllas que se encuentran expresamente previstas en el capítulo de las eximentes (artículo 20 o artículo 8, respectivamente), al señalar que son "circunstancias atenuantes", "las causas expresadas en el capítulo anterior". Esta fórmula suscita la duda de si cabe apreciar la institución de la exención incompleta en relación con otras circunstancias de irresponsabilidad no recogidas de forma expresa en el mencionado Capítulo ²¹. Sin embargo, creemos que las circunstancias eximentes que no aparecen dentro del Capítulo correspondiente, pero que se encuentran admitidas por parte de la doctrina en cuanto pueden deducirse de la interpretación de distintos preceptos del Código (determinadas causas de exclusión de la acción, la adecuación social, el caso fortuito), son, en su mayoría, causas de atipicidad. Y si su presencia determina la ausencia del tipo, entonces no es posible graduación alguna: o excluyen el tipo o no, pero no podrán hacerlo de forma incompleta ²².

²¹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 400-401.

²² La doctrina se ha referido a diversas circunstancias que determinan la ausencia de responsabilidad. Sin embargo, no existe consenso a la hora de determinar cuál es el presupuesto del delito que éstas eliminan. Entre ellas cabe citar, en primer lugar, a la "adecuación social", que se refiere a una serie de supuestos en los que, a pesar de que el sujeto lleva a cabo una acción peligrosa, su conducta estaría permitida en la medida en que socialmente resultaría "adecuada". En estos casos, la doctrina no se pone de acuerdo sobre si constituyen una causa de justificación o representan una causa de atipicidad. Tampoco con relación al consentimiento existe acuerdo sobre si esta circunstancia representa una causa de justificación o una causa de atipicidad.

En cuanto al caso fortuito, es preciso destacar que el nuevo Código penal ha eliminado oportunamente la declaración contenida en el artículo 6 bis b) del Código penal de 1973, (el cual determinaba: "Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible"). Esta medida es acertada en cuanto el artículo 10 del CP de 1995 señala claramente que sólo son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley; además el artículo 5 establece que no hay pena sin dolo o imprudencia: de esta manera queda perfectamente claro que si un hecho es fortuito, es decir, si no concurre dolo o imprudencia, no es que esté justificado, es que ni tan siquiera es típico.

No resulta posible, por necesidades de concreción, abordar en este trabajo las distintas modificaciones producidas en el campo de las eximentes ²³. Sin embargo, es preciso destacar la introducción de la eximente contenida en el número 2º del artículo 20 del Código penal, que abarca los supuestos de intoxicación plena y de síndrome de abstinencia, pues su estudio es necesario para poder diferenciar estas circunstancias de la atenuante 2ª del artículo 21, que se refiere a la actuación del sujeto producida por su grave adicción a las sustancias mencionadas en la eximente.

Por ello, resulta aconsejable dedicar un apartado a esta diferenciación.

III. LA EXIMENTE DE INTOXICACIÓN PLENA, EL SÍNDROME DE ABSTINENCIA Y LA ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN.

1. Punto de partida: la “contradicción” que supone conceder consecuencias favorables (exención o atenuación) a una situación, la embriaguez o la intoxicación, moral y socialmente “reprochable”.

El artículo 21. 2ª del Código penal de 1995 recoge la posibilidad de atenuar la pena en los casos en los que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. En el campo de las eximentes, el artículo 20. 2º del nuevo Código, prevé la exención completa en los casos de intoxicación plena por el consumo de las sustancias mencionadas, así como en los de síndrome de abstinencia, siempre y cuando, se demuestre que estos estados ocasionan en el sujeto un efecto concreto: la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión ²⁴.

Al margen de los distintos problemas de interpretación que a través de la lectura de estos preceptos se sugieren, el primer dato que debe ser resaltado es el de que, por primera

En el caso de la fuerza irresistible hay que concluir que tampoco cabe la exención incompleta, pues o hay acción o hay fuerza y no es posible sostener que haya una “fuerza irresistible” a medias. El hecho de que la circunstancia de fuerza irresistible ya no aparezca en el capítulo de las eximentes (con lo que no cabe una hipotética exención incompleta) favorece esta interpretación. En los casos en los que la fuerza era resistible y el esfuerzo empleado para superarla fue considerable pero no suficiente, sólo será posible acudir a la atenuante de arrebató u obcecación o a la atenuante analógica.

²³ Así por ejemplo, además de la supresión de la mención expresa de la fuerza irresistible antes indicada, cabe resaltar la desaparición de la obediencia debida (que, como la doctrina mayoritaria defendía habrá que entender integrada en la eximente de cumplimiento de un deber); la desaparición del término “impulsado por” en el estado de necesidad; la supresión del término “mal” que amenaza en el miedo insuperable; o la sustitución del término “enajenación mental” por “cualquier anomalía o alteración psíquica”; entre otras. Modificaciones que, por supuesto pueden sugerir gran número de reflexiones, pero que desbordarían los objetivos de este trabajo.

²⁴ Sin embargo, el artículo 8 del Código penal de 1973 no se refería expresamente a estas circunstancias, por lo que en la práctica, si el sujeto sufría un estado de intoxicación por ingestión de drogas o alcohol, la jurisprudencia solía acudir a la siguiente diferenciación: sólo en caso de que la intoxicación fuese “plena” y “fortuita” cabía la posibilidad de acudir a la eximente de trastorno mental transitorio (artículo 8. 1ª del CP de 1973); cuando la intoxicación era “involuntaria” y “semiplena”, entonces el TS apreciaba la eximente incompleta del 9. 1ª en relación con la circunstancia 8. 1ª; por último, la atenuante de embriaguez “no habitual” del artículo 9. 2ª, la “voluntaria en su origen y no habitual” (cfr. las siguientes sentencias: STS de 9 de noviembre de 1970 – A. 4551 -; 12 de febrero de 1975 – A. 391 -; 13 de abril de 1977 – A. 1463 -; 2 de junio de 1978 – A. 2225 -; 10 de marzo de 1982 – A. 1597 -; 20 de octubre de 1982 – A. 5658 -; 12 de julio de 1983 – A. 4149 -; 20 de mayo de 1986 – A. 2857-; 27 de abril de 1987 – A. 2623 -; 29 de septiembre de 1987 – A. 6651 -; 23 de febrero de 1988 – A. 1227 -; 24 de noviembre de 1989 – A. 8730 -; 5 de febrero de 1990 – A. 1051 -; 16 de febrero de 1990 – A. 1554 -; 22 de mayo de 1991 – A. 3741 -; 12 de julio de 1991 – A. 5888 -; 12 de septiembre de 1991 – A. 6147 -; 3 de febrero de 1992 – A. 877 -).

vez en nuestra historia legislativa, un Código recoge expresamente no sólo casos de embriaguez sino de “intoxicación” en general como una causa de exención de la responsabilidad. Además, el legislador de 1995 también ha considerado oportuno incluir los supuestos de síndrome de abstinencia.

Los efectos producidos en el sujeto por la ingestión de alcohol (y más tarde también por la ingestión de otras sustancias) y su trascendencia en la responsabilidad criminal, han recibido un tratamiento diferente en los diversos Códigos penales. En el de 1870, la embriaguez sólo se consideraba como atenuante. Por su parte, el Código de 1928, aun admitiendo la posibilidad de la eximente, establece, al mismo tiempo, la posibilidad de que la embriaguez sea considerada agravante. En el Código penal de 1932 se modifica esta situación, y la embriaguez “plena y fortuita” es considerada una circunstancia eximente. Sin embargo, la eximente desaparece del CP de 1944, y la única mención expresa sobre la embriaguez es la recogida en la circunstancia atenuante del anterior artículo 9. 2ª (embriaguez “no habitual”) que permanece hasta el nuevo CP de 1995, en la que es sustituida por la circunstancia de “grave adicción”.

De esta evolución legal podemos extraer diversas consideraciones. Pero quizás la impresión más significativa sea la de que el legislador no ha tenido un criterio certero a la hora de determinar las consecuencias penales de la embriaguez (en estos primeros Códigos aun no se habla de intoxicación), mostrándose reticente no sólo a la consideración de la “embriaguez plena” como un circunstancia eximente (pues el CP de 1973 no se refería expresamente a esta posibilidad), sino también al tratamiento de la embriaguez como atenuante, exigiéndose un requisito de difícil interpretación como es el de la “no habitualidad” (todavía más difícil de explicar resulta la consideración de la embriaguez como una agravante de la responsabilidad penal, sólo entendible si en la valoración jurídica se entremezclan consideraciones claramente morales). Estas reticencias a la hora de aceptar que la intoxicación por alcohol (o drogas) pueden ser “explicadas” si se tiene en cuenta la supuesta “contradicción” que puede suponer el conceder un trato beneficioso (la exención o la atenuación de la pena) a un sujeto que ha llevado a cabo una actuación “reprochable”, desde un concreto punto de vista moral o incluso desde una determinada perspectiva ético – social: ¿cómo podemos eximir de culpa a un sujeto que lleva a cabo una actuación socialmente reprochable?

A nuestro parecer, esta convicción es la que parece explicar que la mayoría de la jurisprudencia y parte de la doctrina sólo admitan la exención completa o incompleta cuando tengan su origen en una embriaguez “fortuita”. O, también, que el CP de 1973 requiriese para la atenuación la “no habitualidad” en la embriaguez. En nuestra opinión, estas exigencias legales y de la jurisprudencia pretenden limitar la aplicación de la atenuante (o de la eximente) a aquellos casos en los que la actuación del sujeto parece “menos reprochable”: cuando no tiene “culpa” en el origen de la embriaguez (ésta es “fortuita”) o cuando la embriaguez es ocasional (no habitualidad).

Partiendo de esta premisa, antes de entrar a valorar la nueva regulación, convendría considerar una serie de cuestiones.

2. La variedad de efectos que la ingestión de drogas y alcohol pueden ocasionar en la psique del sujeto.

Desde un punto de vista médico resulta incontestable que la ingestión de drogas y alcohol puede llegar a producir diversos estados de alteración psicológica, ya se transitoria o con carácter más perdurable (o incluso patológico). Los problemas se presentan a la hora de decidir qué consecuencias jurídico penales han de tener estos estados en la determinación de la responsabilidad del sujeto. La ingestión de drogas, alcohol u otras

sustancias análogas puede conducir a diferentes situaciones. Si tomamos como ejemplo la ingestión del alcohol, debemos tener en cuenta que es posible, en primer lugar, que estemos ante sujetos con un estado de perturbación que supera la mera intoxicación concreta de un determinado momento, sino que se trata de estados con una continuidad temporal (mayor o menor), realmente calificables de enfermedad. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de "delirium tremens", "alucinosis", "enfermedad de Korsakoff" o "psicosis alcohólica" ²⁵. Además de estos procesos avanzados, se encuentran los más comunes de alcoholismo o drogadicción crónicos. Todos estos casos, al no contenerse en el Código penal una eximente que los recoja expresamente (y, en nuestra opinión, la eximente de intoxicación plena del artículo 20. 2ª no es la más adecuada), han venido siendo resueltos por el Tribunal Supremo a través de la figura del trastorno mental transitorio. Sin embargo, esta solución no es técnicamente correcta pues estos estados se caracterizan precisamente por la continuidad temporal y el progresivo avance como enfermedad, incompatible con el rasgo de transitoriedad. Son supuestos, por tanto, más próximos a las peculiaridades de la eximente de anomalía psíquica, recogidos en el artículo 20. 1ª) ²⁶.

En segundo lugar, la ingestión de alcohol o de drogas es capaz de producir estados transitorios de intoxicación que pueden coincidir o no con una situación previa de alcoholismo o drogodependencia, en los que concurre un elemento de alteración psíquica. Estos casos (sea cual sea su intensidad o su origen), desde nuestro punto de vista, se asemejarían más a la circunstancia del trastorno mental transitorio que a la de intoxicación plena propiamente dicha.

En tercer lugar, pueden presentarse casos de simple intoxicación concreta (en un momento determinado) por la ingestión de estas sustancias, en los que tampoco puede probarse un trastorno psicológico, aunque sea momentáneo. Estos casos son los que, a nuestro parecer, encajarían en la nueva eximente de intoxicación plena (artículo 20. 2ª del nuevo CP).

Además, la ingestión de estas sustancias puede conllevar a un peculiar trastorno, producido ante la falta de la toma ya precisa para el sujeto, caracterizado por perturbaciones psicológicas promovidas por un estado intenso de ansiedad, conocido como síndrome de abstinencia.

Pero es que al lado de todos estos estados más o menos definidos es posible que en el caso en cuestión estemos ante un sujeto que haya ingerido alguna de estas sustancias pero no puede probarse que se trate de una "intoxicación plena" o de un "auténtico síndrome de abstinencia". Veamos a continuación cuál es la respuesta del CP de 1995 a todos estos casos.

3. El tratamiento ofrecido por el CP de 1995 a los estados relacionados con la toma de drogas, bebidas alcohólicas y otras sustancias análogas.

²⁵ Analiza esta cuestiones con detenimiento, GONZÁLEZ RUS, *CPC*, nº 18, 1982, pp. 441 y ss.

²⁶ No hay que dejar de mencionar que si la embriaguez es de tal calibre que el sujeto pierde la consciencia (embriaguez letárgica), entonces ya no estaremos ante una circunstancia eximente o ante una causa de inimputabilidad: si el sujeto estaba inconsciente cuando cometió el delito (si es que cabe imaginar un caso de estas características), entonces es que falta el primer presupuesto del delito, a saber, la concurrencia de una conducta humana voluntaria (en la que el sujeto esté consciente y le sea posible actuar de otra manera).

El CP ha llevado a cabo, en nuestra opinión, una importante modificación en este ámbito que en este momento, por falta de tiempo y espacio, no podemos valorar adecuadamente. Si se compara el CP de 1973 en el que la única mención expresa a estos problemas era la contenida en la circunstancia de embriaguez no habitual (artículo 9. 2ª), con el tratamiento sugerido por el CP de 1995, al margen de otras cuestiones que puedan suscitarse, lo cierto es que hay que reconocer que el nuevo CP parece querer responder a las exigencias de la realidad, en la que los problemas superan al simple efecto que puede ocasionar una embriaguez ocasional. Baste como ejemplo el hecho de que el legislador haya decidido por fin aludir a la “intoxicación” (que admite la influencia de diversas sustancias) y no sólo a la embriaguez, que se refiere exclusivamente a la ingestión de bebidas alcohólicas²⁷.

A) Diferenciación de hipótesis.

De la simple observación de los artículos 20. 2º y 21. 2ª del nuevo Código penal podemos en principio mantener que el legislador ha previsto distintas situaciones con efectos diferenciados:

A. Estado de intoxicación plena, producido por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Su apreciación conlleva a la exención de pena.

B. Situación de síndrome de abstinencia causado por la dependencia a las sustancias mencionadas. También se produce la exclusión de la responsabilidad.

No obstante, la presencia de estos estados resulta insuficiente para la exención de pena. Es necesario además:

1. Que el estado se presente “al tiempo de cometer la infracción penal”.

2. Que el estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción o no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

Además, al final del precepto se exige que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho, o no pueda actuar conforme a esa comprensión.

C. Grave adicción a las sustancias antes mencionadas. Esta situación, si el motivo de la actuación del sujeto es precisamente la grave adicción, conlleva a la atenuación de la pena. En este caso no se exige ningún requisito específico.

D. Habrá que tener en cuenta que la circunstancia primera del artículo 21 permite, además, la posibilidad de la exención incompleta “cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

Por otra parte, además de estas posibilidades expresamente admitidas, parece oportuno reconocer que la embriaguez (y por coherencia también la intoxicación por drogas), pueden conllevar a un estado letárgico, en el que el sujeto pierde incluso la consciencia²⁸. Ahora bien, parece más propio extraer los efectos de esta circunstancia del ámbito de la culpabilidad y reconducirla al campo de la ausencia de comportamiento humano.

B) Valoración de la regulación contenida en el CP de 1995.

²⁷ El término "embriaguez" es entendido por el Diccionario de la Real Academia española como "turbación pasajera de las potencias, exceso con que se ha bebido vino o licor".

²⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo. Véanse, por ejemplo, algunas sentencias recientes, como la STS de 11 de octubre de 1993 o la de 9 de febrero de 1994.

La nueva regulación ofrece, en primer lugar, una serie de valoraciones positivas.

Estimamos que la mención expresa de la eximente de intoxicación plena resulta adecuada, puesto que, aunque con la regulación anterior la doctrina admitía la exención completa para estos casos incluyéndola en el trastorno mental transitorio, la jurisprudencia, sin embargo, elevaba tanto el número de requisitos para su apreciación que resultaba casi imposible admitirla en el caso concreto: el TS exigía que la “intoxicación” fuese plena y fortuita y, por otra parte, que el efecto sobre la conciencia fuese total²⁹.

Puede afirmarse que el artículo 20.2º del nuevo Código penal ha venido a zanjar esta cuestión al considerar expresamente la exención completa sin que se requiere el origen “fortuito” de la intoxicación. Además, al no figurar ya en ninguno de los preceptos señalados la condición de la “no habitualidad” ya no cabe exigir que el estado de intoxicación sea “ocasional”, pues, de otro modo, se estaría precisando para la exención o la atenuación más de lo que la propia Ley requiere. Por otro lado, la nueva regulación ha recogido la posibilidad de intoxicación por “bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras sustancias análogas” con lo que se introduce explícitamente un amplio catálogo de sustancias que pueden dar lugar al estado de intoxicación (y no sólo el alcohol).

Sin embargo, la exigencia de que el estado de intoxicación se presente al tiempo de cometer la infracción, determinando además que éste deba incidir en la capacidad de comprensión del sujeto, puede plantear distintos problemas. Por un lado, parece estar requiriéndose que la perturbación concreta conlleve una privación del libre albedrío del sujeto, lo que implicaría desoír determinadas consideraciones de un sector de la doctrina³⁰. Habrá que entender, que con esta exigencia el legislador lo que pretende es que en el caso concreto haya que comprobar si el sujeto se encontraba en una situación “normal de motivación”, o si, por el contrario no estaba en condiciones de recibir el mensaje intimidatorio de la norma.

En relación con la mencionada exigencia (que el sujeto en estado de intoxicación no esté en condiciones de percibir el mensaje de la norma) se plantea otro problema. Y es que este requisito puede ser hasta cierto punto explicable en los casos de intoxicación ocasional en los que no siempre estamos ante un sujeto con una problemática específica. En estos supuestos parece más lógico exigir que en el momento de la acción concurriera una disminución en la capacidad intelectual del sujeto y una concreta “anormalidad” en el proceso de motivación. Sin embargo, en un determinado caso de intoxicación podemos estar ante un individuo que presenta un estado determinado de alcoholismo o de drogadicción que constituyen en sí mismos una enfermedad. En estos casos, a nuestro parecer, si se demuestra que el sujeto padece una enfermedad que se caracteriza precisamente por el desequilibrio psíquico, entonces la precisión de la anormalidad en la motivación en el concreto momento carece de sentido.

Desde nuestro punto de vista, estos casos de drogadicción o alcoholismo deberán ser reconducidos al artículo 20.1º, que se refiere a “cualquier anomalía o alteración psíquica”³¹. Estos términos han sustituido al anterior de “enajenación mental” que podía plantear problemas para admitir determinados supuestos. Con la nueva redacción creo que pueden incluirse en el mencionado precepto los casos de carácter más patológico de

²⁹ Vid. en este sentido la STS de 9 de febrero de 1994.

³⁰ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., pp. 157- 177; MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 5ª ed., 1998, pp. 550 y ss.

³¹ El hecho de que el nuevo CP haya sustituido el término “enajenación mental” por el de “anomalía psíquica” nos parece un acierto, en la medida en que, de este modo, se salvan las dificultades de subsunción en la eximente de otras enfermedades mentales que no suponen “enajenación”, como pueden ser las oligofrenias o los casos indicados de alcoholismo o drogadicción.

"delirium tremens", "alucinosis" y otros derivados de la ingestión continuada de drogas o alcohol ³². Por tanto, los casos de auténtica enfermedad (cuadro patológico de entidad), han de ser reconducidos al artículo 20.1º.

Por otro lado, las hipótesis de intoxicación en un instante concreto encajarían en el artículo 21.2º en el que se regulan de forma expresa. Por último, si la intoxicación no es plena, o si falta el requisito de anormalidad en la motivación, creo posible acudir (siempre que haya intoxicación) a la eximente incompleta o, en cualquier caso, a la atenuante analógica (artículo 21. 6ª). Esto quiere decir que los casos de embriaguez ocasional, los cuales antes quedaban recogidos en la atenuante 9. 2ª y ahora no pueden considerarse comprendidos en la atenuante 21. 2ª de "grave adicción" (que se refiere claramente a otro tipo de problemas), podrán ser tratados a través de la eximente de intoxicación plena o, en caso de que no concurren todos los requisitos precisados por esta circunstancia, deberán ser reconducidos a la eximente incompleta (21. 1ª) o a la atenuante analógica.

C) El síndrome de abstinencia.

Los casos de síndrome de abstinencia merecen un estudio aparte. Desde luego, normalmente las situaciones de síndrome de abstinencia van unidas a una situación continua patológica de adicción. La inclusión de estos supuestos de forma específica supone una novedad del Código penal de 1995, ya que ni el Proyecto de 1992 ni el de 1994 habían considerado esta posibilidad. Hasta este momento, la jurisprudencia ha acudido en estos casos a la atenuante de análoga significación. De este modo, el Tribunal Supremo ha admitido en algunas sentencias la posibilidad, al menos, de la atenuación en casos de síndrome de abstinencia, en las que no obstante reconoce que las consecuencias del síndrome pueden ser variadas ³³. Sin embargo, el juicio de analogía, que normalmente se

³² Sin embargo, si acudimos a la eximente del artículo 20. 1º, nos volvemos a encontrar con la exigencia de determinados efectos concretos de la alteración psíquica en el sujeto. Este sistema contrasta con el contenido en el CP de 1973. El artículo 8. 1ª del CP de 1973 señalaba:

"Están exentos de responsabilidad criminal:

1ª. El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir".

Esta redacción procede del Código penal de 1932, en el que se introdujo el término "enajenado" (abandonando otros como "loco", "demente" o "imbécil"). Esta fórmula ha sido calificada por la doctrina como "biológica", en la medida en que literalmente sólo exige la presencia de la enajenación o el trastorno sin más. Y ello, frente a otras fórmulas (como las del Código penal italiano o el alemán) que requieren, además de la constatación biológica, un efecto psicológico de inimputabilidad en el momento. Parte de la doctrina y jurisprudencia españolas habían asimilado ese modelo extranjero, exigiendo un efecto específico de la anomalía en la actuación concreta. Esta actitud suponía ir más allá de lo que la propia ley determinaba. Sin embargo, constituía un criterio bastante generalizado. La utilización de una u otra fórmula puede obedecer a distintos planteamientos político criminales y, sobre todo, a concepciones muy diferenciadas en materia de culpabilidad. Si no podemos prescindir del "reproche" como elemento de la culpabilidad, la pena seguirá siendo en gran medida represiva. Y en coherencia con la idea de "reproche", la clave para la determinación de la responsabilidad será la de la libertad o no de actuación. De ahí que el requisito de que la alteración o anomalía incida en el preciso instante en el que el individuo actúa, pueda ser entendido como una exigencia de que el sujeto quede privado de "su libre albedrío".

Ahora bien, si partimos de la indemostrabilidad del libre albedrío y de una función preventiva de la pena, lo importante no podrá ser nunca que el sujeto quede privado de libertad de actuación. Lo relevante serán los problemas de motivación por la norma del sujeto, que hacen aconsejable, desde el punto de vista de la prevención general y especial, la ausencia de pena y la aplicación de la medida de seguridad si la peligrosidad del sujeto lo hiciera conveniente. Este es el punto de vista que, a nuestro parecer debe guiar la interpretación de la exigencia de que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

³³ Vid. por ejemplo, la STS de 5 de mayo de 1992 que indica: "como viene señalando una uniforme línea jurisprudencial la adicción a los opiáceos, en cualquiera de sus modalidades de consumo, produce una

realizaba con la atenuante de arrebató u obcecación, ofrecía en ocasiones ciertas dificultades. Por tanto, parece que la previsión específica es acertada.

El requisito negativo de que el estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción, o de que no se hubiese previsto o debido prever su comisión se refiere a los problemas de provocación de la causa de inimputabilidad por parte del sujeto. Esta exigencia ya se recoge en el Código penal vigente, para los supuestos de trastorno mental transitorio.

Sin embargo, el artículo 8.1º actual utiliza la expresión "de propósito", que suele ser entendida como la exigencia de dolo de primer grado, lo que plantea dificultades a la hora de ofrecer un tratamiento jurídico par los casos en los que la situación de inimputabilidad es provocada con dolo eventual o con imprudencia. Para la solución de estos problemas la doctrina ha acudido a la teoría de la "actio libera in causa". Esta construcción, que se aplica también en otros presupuestos del delito ³⁴, propone que la imputabilidad del sujeto sea comprobada en una fase precedente a la realización del hecho, en la que el sujeto, en condiciones de normalidad, provoca el desarrollo posterior de los hechos. Según la doctrina de la "actio libera in causa", aunque el sujeto fuese inimputable en el momento de la acción, no lo es en el instante anterior, y responde por la provocación precedente.

Con la redacción del nuevo artículo 20. 2.º, se contemplan tres posibilidades de provocación de la situación de inimputabilidad: provocación con dolo de primer grado ("que no haya sido buscada con el propósito de cometerla"), con dolo eventual ("que no se hubiese previsto"), o con imprudencia ("que no hubiese debido prever su comisión"). Sin embargo, habrá que entender que el dolo, eventual o de primer grado, o la imprudencia han de ir referidos a la comisión del hecho y no a la adquisición de la situación de intoxicación (este requisito, por otra parte, no parece afectar a los casos de síndrome de abstinencia).

Por tanto, puede mantenerse que el nuevo Código ha prescindido de valoraciones éticas sobre la conducta del sujeto (no ya de la delictiva sino de la consistente en la toma de alcohol o drogas), en el sentido de no exigir el ocasionamiento fortuito de la intoxicación, (requisito en el que, sin embargo, el Tribunal Supremo insiste ³⁵). Porque lo realmente interesante es calibrar la alteración producida en la psique del individuo y no el grado de valor ético o moral de la conducta consistente en ingerir alcohol o estupefacientes. Creemos que por esta razón, también ha desaparecido toda referencia a la "no habitualidad", que antes exigía el artículo 9.2ª del Código penal de 1973.

D) La eximente incompleta.

dependencia cada vez más acusada que va creando espacios vacíos entre una y otra dosis, durante los que se experimenta una tensión y ansiedad cada vez más aguda que produce alteraciones en la capacidad de percepción (...) Estos desequilibrios se hacen cada vez más frecuentes y producen unos mayores trastornos en el estado psicosomático del drogodependiente que siente, con mayor o menor agudeza, la necesidad de alcanzar otra dosis. Cuando este cuadro presenta caracteres de gravedad y condiciona los comportamientos nos podemos encontrar ante circunstancias que modifican la responsabilidad criminal que pueden ser integradas en una eximente total, una eximente incompleta o una atenuante analógica".

³⁴ Sobre la teoría de la "actio libera in causa", véase la interesante monografía de JOSHI JUBERT, *La doctrina de la 'actio libera in causa' en Derecho penal*, 1992, Barcelona, editorial Bosch, 444 pp.

³⁵ Vid. las STS de 23 de febrero de 1988; 24 de noviembre de 1989 ó 9 de febrero de 1994.

La circunstancia primera del artículo 21 permite la posibilidad de la exención incompleta en el caso de que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad. Como comprobamos más arriba ³⁶, la exención incompleta plantea el problema de qué requisitos resultan esenciales y cuáles no, para ver si su falta conlleva a la exención incompleta o no permite posibilidad alguna de atenuación.

Desde luego esto supone una tarea compleja que no podemos abordar en el marco de este trabajo. Baste únicamente señalar que en la eximente incompleta cabrían todos aquellos estadios de intoxicación que no llegasen a ser plenos. Así como supuestos menos graves de síndromes de abstinencia. De igual modo, podría plantearse la posibilidad de exención incompleta si el estado hubiese sido provocado por el sujeto.

E) La atenuante de “grave adicción”.

Si tenemos en cuenta la variedad de preceptos antes indicados, es necesario dilucidar cuál es el ámbito específico que corresponde a la atenuante de grave adicción. Pues la actuación debida a la grave adicción a las sustancias antes mencionadas podría encajar en la eximente de síndrome de abstinencia o en la eximente incompleta, cuando no se pueda decir que el síndrome era pleno en el momento de la comisión de los hechos. Es decir, la posibilidad de acudir a la exención incompleta parece responder adecuadamente a todas las hipótesis que pueden presentarse en estos casos.

Sin embargo, a nuestro parecer, la previsión del legislador en el número 2.º del artículo 21 no es redundante y merece una valoración positiva. Si se tiene en cuenta que un importante número de los delitos cometidos en nuestra sociedad es llevado a cabo por sujetos drogodependientes que delinquen básicamente con el objetivo de proporcionarse droga, es fácil advertir la potencial utilidad de esta circunstancia. No es este el momento de debatir sobre si ésta es la respuesta adecuada al problema, social y jurídico penal, de la delincuencia asociada a la drogodependencia. Pero, creemos acertado que el legislador haya considerado este trato atenuante al drogodependiente que en realidad no se encuentra, de forma permanente, en una situación de normalidad motivacional (con independencia del grado de “anomalía”). Para apreciar la atenuante no es necesario, desde nuestro punto de vista, que el sujeto se encuentre en el momento de los hechos padeciendo un síndrome de abstinencia de mayor o menor intensidad o en estado de intoxicación. Basta con que se compruebe que el sujeto en cuestión padece una grave adicción a las drogas y que el delito causado se encuentra en una relación de causalidad con esa grave adicción.

F) Las medidas de seguridad.

El artículo 102 del nuevo Código penal establece para estos supuestos, de forma facultativa, la posibilidad de aplicar una serie de medidas de seguridad, que si lo son de internamiento, no podrán exceder el tiempo previsto para la pena privativa de libertad prevista para el delito cometido. Estas medidas también podrán ser aplicadas en el caso de la exención incompleta. La regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal suscita cuestiones de gran interés en las que, sin embargo, ahora no podemos entrar

³⁷

³⁶ Vid. *supra* en el apartado número II.

³⁷ La situación prevista en el CP de 1973 (en el que las medidas se contienen en los mismos preceptos que regulan las eximentes (véase el capítulo dedicado a las eximentes completas), en la que no aparece predeterminada temporalmente la medida de seguridad, ha sido fuertemente cuestionada, llegándose incluso a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 8.1 de este Código, que se

IV. LOS ESTADOS PASIONALES.

El Código penal de 1995 ha mantenido, en el número 3 del artículo 21, la tradicional circunstancia atenuante de arrebató u obcecación. Si aceptamos que el arrebató, la obcecación o, en definitiva, los estados pasionales, influyen en la culpabilidad del sujeto, al producirse una disminución de la imputabilidad, entonces hay que concluir que la previsión legal es correcta pues la reducción de la imputabilidad ha de reflejarse en una atenuación de la pena.

Por otro lado, también consideramos oportuno que el CP de 1995 haya mantenido la misma fórmula que la empleada en el CP de 1973 vigente³⁸. Ésta procede de la reforma de 1983, a través de la cual se introdujo la actual atenuante, para sustituir a las anteriores circunstancias de vindicación, provocación y amenaza.

Esta situación planteó en su momento si las anteriores circunstancias tenían cabida en la nueva atenuante. Problema que podría trasladarse al nuevo Código penal puesto que la regulación es la misma. Como destacó ORTS BERENGUER³⁹, la vindicación, provocación y amenaza, sólo tendrían cabida en la atenuante del artículo 9.8^a del CP de 1973 (y este mismo juicio también es válido, en nuestra opinión, en el CP de 1995 (artículo 21. 3^a), en la medida en que provoquen en el sujeto el “estado pasional” solicitado por la circunstancia.

En cuanto a si arrebató, obcecación y otros estados pasionales suponen tres figuras diferenciadas o si en realidad son la misma cosa, nos inclinamos por afirmar que, aunque en todo caso se trata de estados anímicos caracterizados por una perturbación intensa y ocasionados por una causa o estímulo, se pueden atisbar ciertas disimilitudes. La obcecación alude a un estado de carácter más duradero que el del arrebató. Este criterio delimitador, basado en la persistencia del estado, es admitido por la jurisprudencia⁴⁰.

Se ha mantenido también la referencia de tipo genérico a un “estado pasional de entidad semejante”. Esta decisión, nos parece acertada en la medida en que los términos “arrebató” u “obcecación” no recogen todos los posibles estados pasionales que, no obstante, pueden producir una disminución en la imputabilidad del sujeto⁴¹.

Hay que poner de relieve que en torno a la apreciación de esta atenuante ha existido una interpretación jurisprudencial con la que la doctrina no ha estado de acuerdo. Y es que

resolvió, no obstante, a favor de su constitucionalidad. (Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 24 / 1993, de 21 de enero).

³⁸ Cfr. en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 403, refiriéndose a la conservación de esta fórmula en el Proyecto de 1992.

³⁹ Cfr. ORTS BERENGUER, *Comentarios a la legislación penal*, t.V, vol. 1º, 1985, pp. 275 y ss.

⁴⁰ Vid. la STS de 13 de octubre de 1993, en la que se define al arrebató como “emoción súbita y de corta duración que a través del furor y la cólera se proyecta”. Y a la obcecación como “pasión permanente y duradera,... que irrita y nubila siquiera sea también en mínima intensidad”.

⁴¹ El CP de 1995 también ha prescindido (como ya hacía el CP de 1973 tras las últimas reformas) de la precisión de que el estado pasional se hubiese desatado “naturalmente”. Con esta exigencia, se había producido una incorrecta interpretación jurisprudencial según la cual la apreciación de al atenuante se hacía depender de que el estado pasional obedeciera a “estímulos” lícitos y de proporción suficiente como para situar en dicho estado a un “hombre de buena voluntad”. A pesar de la incorrección de esta interpretación, la eliminación definitiva de aquella exigencia impone que aplicación de la atenuante se haga depender únicamente de la comprobación del estado pasional, con independencia de si su origen se considera moralmente lícito.

la jurisprudencia ha ido “revistiendo” esta circunstancia con una serie de exigencias que carecen de fundamento legal. Es cierto que el precepto requiere que el estado pasional responda a un “estímulo” que ha de ser “poderoso”. Pero esta exigencia ha de ser interpretada desde un punto de vista cuantitativo: es decir, no interesa la cualidad de los estímulos que conducen al estado pasional, sino únicamente su cantidad⁴². Por tanto, no se puede compartir la tendencia jurisprudencial que hace depender la aplicación de la atenuante de la cualidad de los condicionantes que conducen al estado pasional y su apreciación ha de someterse a la estimación siempre cuantitativa de los motivos que llevan al estado pasional⁴³. Por otra parte, tampoco parece justificada la pretensión jurisprudencial de que los estímulos que desencadenan el estado pasional provengan de la víctima, siendo suficiente con que obedezcan a una causa exógena⁴⁴. Tampoco tiene sentido la exigencia de inmediatez temporal entre el estímulo y el estado pasional⁴⁵.

Cabría por último cuestionarse la conveniencia de esta circunstancia en cuanto pudiese suponer un “premio” o trato favorecedor al individuo nervioso o impulsivo frente al sereno y sosegado⁴⁶. Sin embargo, no se trata de delimitar las penas y sus atenuaciones o agravaciones en función de la personalidad y carácter del sujeto, sino en relación a las posibles alteraciones de antijuridicidad o de culpabilidad.

En conclusión, insistimos en que nos parece correcto el mantenimiento de esta circunstancia en el nuevo Código penal.

V. LAS ATENUANTES DE CONFESIÓN Y DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

El nuevo Código penal ha mantenido también el contenido de la antigua circunstancia de arrepentimiento espontáneo (artículo 9.9ª del CP de 1973⁴⁷) en los números 4ª y 5ª del artículo 21. Sin embargo, se han introducido modificaciones importantes, de tal manera que realmente, a pesar de las semejanzas materiales, ya no es posible utilizar la denominación indicada de “arrepentimiento espontáneo”.

⁴² En cualquier caso, la apreciación del estado de necesidad exige la existencia del estímulo (vid. la STS de 5 de julio de 1999, A. 5819) que rechaza la atenuante, ante la falta de estímulo). Y el estímulo ha de ser “poderoso”: dice el TS (vid. la STS de 7 de julio de 1999, A. 5929) que “tiene que haber cierta proporción entre la causa productora del arrebato, obcecación o estado pasional y el comportamiento delictivo concreto al que se le quiere aplicar, de modo que cuando, como en el caso, hay desproporción manifiesta, no cabe su apreciación”. También la STS de 4 de junio de 1999 (A. 3875) exige una “proporción” cuantitativa entre el estímulo y la reacción del sujeto.

⁴³ Vid. por ejemplo, la STS de 6 de Febrero de 1989. Y también las más recientes de 16 de octubre de 1998 (A. 8084), que exige que la activación de los impulsos sea “debida a circunstancias no rechazables por las normas socioculturales de convivencia”. En sentido similar, véase también las STS de 14 de octubre de 1998 (A. 6871). En contra de esta corriente jurisprudencial, cfr. CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación*, 1997, pp. 233 y ss.

⁴⁴ Sin embargo, en la reciente STS de 6 de octubre de 1998 (A. 8084) exige que los estímulos procedan “de la persona que resulta después ser la víctima de la agresión” (vid. también la anterior STS de 13 de octubre de 1993).

⁴⁵ Exigencia que, no obstante, recoge la reciente STS de 9 de octubre de 1998 (A. 8053).

⁴⁶ Cfr. ORTS BERENGUER, *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, 1985, p. 280.

⁴⁷ Vid. la circunstancia 9ª del artículo 9 del Código penal de 1973 que señala:

Art. 9. Son circunstancias atenuantes: 9.ª 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.

Para comprender la problemática que encierra lo que hasta ahora ha sido una única atenuante, convendría comenzar explicando su fundamento. Nos parece atinada la opinión de MIR PUIG cuando indica que esta circunstancia se refiere a hechos posteriores a la comisión del delito y que, por tanto, no puede afectar a la antijuridicidad del acto ni a la culpabilidad del sujeto ⁴⁸. El fundamento, pues, es de tipo político criminal y hay que encontrarlo en el principio de reparación del daño y de persecución judicial. También desde el punto de vista criminal, dado el carácter coactivo de la pena, se explica que se conceda un trato diferenciado al que intenta reajustar su conducta a Derecho. Esto no quiere decir que estemos introduciendo valoraciones de tipo ético o moral, sino que la atenuación parece tener una cuenta en la determinación de la pena la existencia de una actuación de encauzamiento de la conducta a Derecho, que merece una respuesta jurídica ⁴⁹.

Tal vez ha sido la existencia de la doble fundamentación indicada (principio de reparación del daño y persecución judicial), la que ha movido al legislador a desdoblarse la vigente circunstancia de arrepentimiento espontáneo en dos diferenciadas que obedecerían, cada una de ellas, a uno de estos principios.

De esta manera, la atenuante de arrepentimiento espontáneo daría lugar, por un lado, a una circunstancia en la que se recoge la situación de "confesión" del hecho ante las autoridades, que se fundamenta en el principio de persecución judicial del hecho (circunstancia 4ª del artículo 21 ⁵⁰); por otro, a una atenuación basada en la reparación del daño (circunstancia 5ª del artículo 21 ⁵¹).

Antes de cualquier otro tipo de consideración, lo primero que hay que destacar es que llamemos como llamemos a estas circunstancias, lo cierto es que ya no cabe hablar de arrepentimiento espontáneo. Esta es sin duda la novedad más importante, es decir, la supresión de la exigencia contenida en el Código penal vigente, de que el sujeto actúe por "impulsos de arrepentimiento espontáneo".

Sin duda, este requisito del "arrepentimiento espontáneo" ha sido el que más dificultades ha ocasionado en la aplicación de la circunstancia. Parte de la doctrina señaló que no cabía una interpretación moral o ética del término "arrepentimiento", sino que habría que examinar la actuación del sujeto y valorar el reajuste de la misma a Derecho ⁵². La espontaneidad acarrea problemas similares en relación a la exigencia de inmediatez o no de la actuación del sujeto ⁵³, lo que hace cuestionarse, teniendo en cuenta el fundamento de la circunstancia, el sentido de este requisito temporal.

⁴⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 5ª ed., 1998, p. 638.

⁴⁹ La fundamentación de la circunstancia de arrepentimiento espontáneo en razones político criminales ha sido acogida por la jurisprudencia más moderna. Así la STS de 13 de diciembre de 1993 señala esta idea cuando alude a "consideraciones de política criminal que gozan de acogimiento y adhesión generalizados", otorgando un valor primordial al principio de reparación del daño, que ha de tener su reflejo en el "área de la punibilidad".

⁵⁰ Vid. el artículo 21. 4ª del nuevo Código penal que señala como atenuante: 4ª. *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*

⁵¹ Vid. el artículo 21.5ª del nuevo Código que recoge como atenuante: 5ª. *La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

⁵² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, pp. 692-694; DÍEZ RIPOLLÉS, en *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 403 (comentarios relativos a la circunstancia antes de la entrada en vigor del nuevo CP, en el que desaparece la expresión de "arrepentimiento espontáneo").

⁵³ La jurisprudencia, no obstante, ha utilizado el criterio de la inmediatez en múltiples ocasiones como detonante para la apreciación de la circunstancia. Así, en la mayoría de los casos, ha identificado "apertura

La nueva redacción, en la que ya no se exige precisamente el “arrepentimiento espontáneo”, demuestra el propósito del legislador de otorgar relevancia al fundamento político criminal de reparación del daño y facilitación de la persecución policial, frente a consideraciones éticas o morales. Lo que se ha pretendido es recoger en la ley los criterios admitidos por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia más reciente⁵⁴. La desaparición de la exigencia del “arrepentimiento espontáneo” o la de “haber procedido espontáneamente” son completamente superfluas, si se tiene en cuenta, además, que la circunstancia ya contiene una referencia temporal (se ordena que se ejecute la acción reparadora o denunciadora antes de un determinado momento).

En definitiva, se ha producido una evolución notable desde una consideración esencialmente subjetiva de la circunstancia hasta otra más objetiva, haciendo primar los principios de reparación del daño y de persecución judicial.

Como hemos señalado, la anterior circunstancia atenuante se ha desdoblado en dos. Veamos cada una de ellas por separado.

La circunstancia 4ª del artículo 21 recoge la posibilidad de atenuar la pena, cuando el sujeto denuncia el hecho cometido a las autoridades. Esta atenuante obedece al principio de favorecimiento de la persecución judicial, es decir, tiene una fundamentación político criminal: se atenúa la pena al sujeto que contribuye a la persecución judicial del hecho. El sujeto tiene que actuar antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. Es decir, el sujeto puede denunciar el hecho incluso cuando el procedimiento ya estuviese iniciado, siempre y cuando no lo supiese. Esta nueva fórmula es distinta a la del Código penal de 1973, en el que se exigía que el sujeto actuase antes de conocer la apertura del procedimiento. Realmente, la exigencia de que el sujeto no conozca la existencia del procedimiento judicial será, en primer lugar, de difícil prueba. Por otro lado, dada la necesidad de comunicación del procedimiento al inculcado, implícita en el propio proceso penal, el margen de actuación que se le otorga al sujeto es limitado.

Sin embargo, esto parece lógico, puesto que si la atenuación se basa en el favorecimiento, llevado a cabo personalmente por el sujeto, de la persecución judicial, dicho favorecimiento tendrá menor eficacia cuando la persecución ya esté iniciada. En cualquier caso, no podrá desestimarse la circunstancia cuando lo único que se ha iniciado son las diligencias policiales, ya que el precepto se refiere expresamente al procedimiento judicial. Si el sujeto, al denunciar el hecho, conoce las actuaciones de la policía, pero todavía no se ha empezado el proceso, cabe la atenuación.

En otro orden de problemas, la actuación de denuncia llevada a cabo por el sujeto debe consistir en “confesar” a las “autoridades” la infracción. Esta condición de “confesión” resulta conflictiva ya que se presta a connotaciones pietistas y moralistas. Incluso, con ese requisito se podría entender que se atenta contra el derecho constitucional a no declararse culpable. No obstante, podríamos salvar esta lectura atendiendo a un criterio objetivo que exige una simple declaración veraz de los hechos, sin necesidad de declaración alguna en relación a una culpa de carácter moral.

del procedimiento” con el comienzo de las diligencias policiales, con lo cual se impide el favorecimiento de la eximente a los individuos que realizan la “confesión” en el período que transcurre entre el inicio de las actuaciones y el momento de incoación del sumario. En este sentido, vid. STS de 17-7-85, 19-5-86, 2-7-88, 15-3-89, 10-5-91 y 13-12-93.

⁵⁴ El TS ha admitido en los últimos años estos criterios. La STS de 21 de marzo de 1994 explica que la atenuante de arrepentimiento espontáneo no afecta ni al “injusto” ni a la “culpabilidad”, sino a la “punibilidad”.

También cabe interrogarse qué se entiende por "autoridades". La doctrina coincide en que el precepto se refiere a las autoridades tanto gubernativas como judiciales ⁵⁵, admitiéndose incluso como válida la denuncia ante funcionario que, aunque no se encuentre revestido de autoridad, tenga la obligación de poner en conocimiento el hecho a la autoridad competente ⁵⁶.

La circunstancia 5ª del artículo 21 contempla la posibilidad de atenuación de la pena basada en una actuación del sujeto a posteriori de la realización delictiva, encaminada a la reparación del daño ocasionado. Este es precisamente el fundamento específico de esta atenuante.

La primera observación se refiere, en términos semejantes a lo dicho en relación con la anterior circunstancia, a que la nueva regulación permite la actividad subsanadora del sujeto "en cualquier momento del procedimiento", siempre que sea antes de la celebración del juicio. Con esta mención, se acaba con la antigua polémica sobre si el instante determinante es el del comienzo de las diligencias policiales o la incoación del sumario, señalándose como tope la celebración del juicio. El nuevo texto implica una mayor posibilidad de apreciación de la circunstancia puesto que, por un lado, se amplía enormemente el plazo del que dispone el sujeto y, por otro, no se exige nada en relación al aspecto subjetivo.

Por otro lado, creemos oportuno seguir manteniendo que no es necesario que se alcance el resultado efectivo de la reparación, ya que el precepto exige que el "culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos", pero no especifica que realmente se haya conseguido el objetivo propuesto.

Por último, en esa nueva redacción se permite la atenuación si el sujeto procede a la reparación del daño ocasionado a la víctima o a la disminución de sus efectos, pero ya no se dice nada de la posibilidad de disminución de los efectos del "delito". Tal como aparece, podría entenderse que la actuación reparadora ha de ir necesariamente dirigida al daño ocasionado a la víctima. Sin embargo, esta es una cuestión en la que ya no nos es posible entrar y habrá que estar a la interpretación de la jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALONSO ÁLAMO, "El sistema de circunstancias del delito". 1982.
- ÁLVAREZ GARCÍA, "Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima", CPC, 1997.
- COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. COMPLETAR.
- CORTÉS BECHIARELLI, "Arrebato u obcecación". 1997, Madrid, Marcial Pons.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, "Atenuantes por analogía", 1995, Valencia, Editorial General de Derecho.
- DÍEZ RIPOLLÉS, en VVAA, "Política criminal y reforma penal". 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG, "Estudios de Derecho penal", 3ª ed., 1990, Madrid, editorial Tecnos.
- GÓNZALEZ RUS, "La embriaguez como atenuante", CPC, 1982.
- JOSHI JUBERT, "La doctrina de la 'actio libera in causa'", 1992, Barcelona, editorial Bosch.

⁵⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 5ª ed., 1998, p. 639.

⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* PG, 18ª ed., 1995, p. 718.

- MIR PUIG, “Derecho penal. Parte General”, 5ª ed.; 1998. Barcelona, editorial PPU.
- MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. COMPLETAR.
- ORTS BERENGUER, en “Comentarios a la legislación penal”, t. V, 1985.
- RODRÍGUEZ DEVESA, “Derecho penal español. Parte General”, 18ª ed.; 1995, Madrid, editorial DIKYNSON.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, “La atenuante de ‘preterintencionalidad’”, ADPCP, 1970.
- El mismo, “Comentarios al Código penal”, 1972.
- SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico penal de actos de ‘reparación’”, Rev. del Poder Judicial, 1997.
- VALLE MUÑIZ, “Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español”, ADPCP, 1992.