

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO. ESPECIAL REFERENCIA
AL FUNDAMENTO DE SU APLICACIÓN.**

Autora: Lidia Romero Goñi

Directora: Leticia Jericó Ojer

**Pamplona
6 de Junio de 2014**

En el presente trabajo se realiza un estudio de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5º CP), introducida en el CP en el año 1995, heredera de la tan criticada atenuante de arrepentimiento espontáneo. He pretendido plasmar con la mayor claridad los problemas que plantea esta atenuante, especialmente por lo que respecta al fundamento de su aplicación. Para ello, expondré las diferentes soluciones que han ofrecido tanto la doctrina como la jurisprudencia a lo largo de tantos años de minucioso estudio y trataré de valorar los aspectos positivos y negativos de las diferentes concepciones.

Reparación del daño – Atenuante – Objetivación – Fundamento político-criminal – *Actus contrarius*.

ÍNDICE

I. Introducción.....	4
II. Consideraciones generales: La atenuante de reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.....	5
1. Concepto de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en España.....	5
1.1. Atenuantes genéricas y específicas.....	6
1.2. Breve clasificación de las atenuantes. Especial referencia a las atenuantes ordinarias.....	8
2. La atenuante de reparación del daño.	9
2.1. Breve referencia a su regulación en el CP 1944/1973.....	9
2.2. La nueva regulación autónoma de la antigua atenuante en el CP de 1995. Principales novedades.....	10
2.2.1. Abandono de la exigencia de arrepentimiento espontáneo.....	10
2.2.2. Eliminación de la referencia a la satisfacción de la víctima.....	12
2.2.3. Novedad en el elemento cronológico.....	13
2.3. La reparación del daño o la disminución de sus efectos.....	13
III. La atenuante de reparación del daño: diversas tesis que fundamentan su aplicación.....	16
1. El fundamento de la atenuante de reparación desde una perspectiva político-criminal.....	16
2. La atenuante de reparación del daño como <i>actus contrarius</i> de rectificación.....	18
2.1. La reparación como acto de reafirmación de la norma.....	18
2.2. Breve referencia a los fines de la pena desde una perspectiva preventiva...	18
2.3. La reparación del daño y su relación con los fines de la pena.....	19
3. Consideraciones críticas a las tesis planteadas.....	22
3.1. El fundamento político-criminal.....	22
3.1.1. La cuestión premial.....	22
3.1.2. El papel de la víctima.....	22
3.1.3. El abono de la responsabilidad civil.....	24
3.2. La tesis del <i>actus contrarius</i>	26
3.2.1. El argumento literal.....	26
3.2.2. La cuestionable realización de los fines de prevención especial y general.....	26
3.2.3. La indeterminación de los criterios objetivos de valoración de conducta.....	27
IV. Opinión personal.....	27
V. Bibliografía.....	29
VI. Relación de jurisprudencia consultada.....	30

I. INTRODUCCIÓN¹

El CP sufrió una de sus más importantes modificaciones en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el año 1995. Fue a partir de entonces cuando empezó a constatarse un auge en la aplicación de las atenuantes postdelictivas, en especial la de reparación del daño, puesto que uno de los cambios más significativos fue el relativo a la modificación de la antigua atenuante de "arrepentimiento espontáneo", al ser dividida en dos atenuantes diferentes: la actual atenuante de confesión del art. 21.4ºCP y la de reparación del daño, del art. 21.5ºCP. Como expondré más adelante, su modificación no afecta sólo a cuestiones formales, sino que la nueva redacción comporta también numerosas diferencias materiales respecto de la regulación anterior.

Desde un punto de vista doctrinal, las posturas que se expondrán en el apartado central del trabajo parten de ideas distintas respecto a la razón de ser de la atenuante². Así, numerosos autores se han mostrado partidarios de explicar la atenuante conforme a orientaciones político-criminales, al considerar que supone un incentivo para el apoyo y la ayuda a las víctimas. Otras tesis, sin embargo, obedecen a la idea de la existencia de

¹ Abreviaturas utilizadas: art./arts.: artículo/artículos; cit. por: citado por; coord./coords.: coordinador/coordinadores; CP.: Código Penal; DRAE: Diccionario Real Academia Española; LO: Ley orgánica; núm.: número; pág./págs.: página/páginas; ss.: siguientes; STS: sentencia Tribunal Supremo; TS: Tribunal Supremo; V. extensamente: ver extensamente.

² Sin embargo, con relación a la fundamentación de la atenuante objeto de estudio, la STS núm. 809, 11-10-2007, refiere a la existencia de dos posiciones jurisprudenciales que no son excluyentes o incompatibles si se interpretan desde el carácter "objetivo" de la circunstancia.

un valor de acción como *actus contrarius*, apto para reafirmar la vigencia de la norma que ha sido vulnerada y que de alguna manera tiene el efecto de menor merecimiento de pena.

El presente estudio comienza partiendo unas consideraciones generales de las atenuantes en nuestro país, continúa centrándose en la atenuante de reparación del daño y en las diversas tesis que fundamentan su desarrollo y finaliza con una pequeña recopilación de los aspectos más importantes a modo de conclusión.

II. CONSIDERACIONES GENERALES: LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1. Concepto de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal en España

El CP español prevé genéricamente como circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, las circunstancias atenuantes, las agravantes y la circunstancia mixta de parentesco, que puede tanto atenuar como agravar la responsabilidad penal según las características del delito.

Las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el *ser* del delito, sino sólo la *gravedad* de su pena. Es decir, no son aspectos que hagan cambiar la sustancia del delito. Al fin y al cabo, éste existe de igual forma se aprecien o no. Por eso podemos decir que se caracterizan por su accesoriedad o accidentalidad, que repercute sobre la menor necesidad de reacción punitiva del *ius puniendi*. Las circunstancias modificativas son pues, situaciones que rodean (*circum-stare*: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen la concurrencia de especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente la previa comprobación de la existencia del delito con todos los elementos³.

Una característica propia de los Códigos Penales españoles es que prevean las circunstancias atenuantes y circunstancias agravante, que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas establecidas (art. 66 CP), partiendo de los

³ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 8ª edición, pág. 473.

denominados marcos penales. Éstos se definen como períodos o cantidades de pena más o menos amplios y limitados en su máximo y su mínimo, dentro de los cuales el juez deberá individualizar la pena concreta que corresponde al responsable del hecho. Para ello, deberá atender a las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, si concurrieran.

1.1. Atenuantes genéricas y específicas

En el proceso de determinación de la pena, la mayoría de las legislaciones penales occidentales han adoptado, como última fase de dicho proceso⁴, el sistema denominado de individualización judicial, en virtud del cual es el juez quien, en cada caso concreto, determina la pena que se impone, escogiéndola de entre el mínimo y el máximo punitivo establecido legalmente. Desde el punto de vista del injusto, culpabilidad y fines de la pena, valora todas las circunstancias del hecho, escogiendo de este modo una pena individual para el sujeto concreto.

Como he señalado anteriormente, el CP español prevé un elenco de circunstancias atenuantes –art. 21 CP-, agravantes –art. 22 CP- y mixta –art. 23 CP. Al ser objeto del presente trabajo la atenuante de reparación del daño, a partir de este momento haré alusión exclusivamente a las circunstancias atenuantes y en especial a la de reparación del daño, prevista en el art. 21.5º CP.

Atenuar, en sentido puramente gramatical⁵, es poner tenue o sutil una cosa. Penalmente se podría definir como el factor que aminora o disminuye la sanción, cuando se den las condiciones necesarias para ello⁶.

Llegados a este punto, conviene hacer una precisión. Las circunstancias atenuantes genéricas –previstas en el art. 21 CP-, no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad de la pena por la comisión del injusto.

⁴ La determinación de la pena comprende todas las decisiones legales, judiciales y administrativas que condicionan la clase, la medida y las formas de ejecución de la pena que se imponen al delincuente y comprende de tres fases: la determinación del marco penal abstracto de pena previsto para el delito en la Parte Especial; la determinación del marco concreto de la pena atendiendo al grado de ejecución, grado de participación y circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, así como en su caso, a los concursos de delitos y, finalmente, la determinación de la pena exacta por el Juez atendiendo a todos los factores legalmente relevantes, es decir, la individualización de la pena.

⁵ Según la definición actual que propone el DRAE.

⁶ MACHADO SÁNCHEZ, K. “La regulación de las circunstancias atenuantes en varias legislaciones penales”, en Noticias Jurídicas, 2003, págs. 2 y 3.

Hay numerosos delitos en el CP⁷ que prevén condicionantes que disminuyen la cuantía de la pena⁸. De ahí que se puedan clasificar las circunstancias atenuantes en dos clases. Por un lado encontramos las denominadas “atenuantes *genéricas*”; por otro, las “atenuantes *específicas*”. Mientras que las primeras son las que están reguladas de forma independiente en un precepto autónomo que las enumera y agrupa y que en principio pueden ser aplicables a cualquier delito (art. 21 CP), con un beneficio penológico determinado (la mitad inferior de la pena, art. 66.1.1º CP), las específicas son las que se incluyen expresamente dentro de un tipo penal específico, pues se refieren concretamente al delito descrito en éste. Así, por ejemplo, la reparación del daño tiene una referencia expresa en tipos penales específicos, como los delitos de injurias y calumnias (art. 214, 216 CP), los delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente (arts. 339, 340 CP), cuya concurrencia exige la rebaja obligatoria de la pena en un grado. Del mismo modo se recoge como privilegio en el delito de malversación (art. 433 CP) y como exención de pena o rebaja de la misma hasta en dos grados en delitos contra la Hacienda Pública (arts. 305.1, 305.6, 307.1, 307.5, 308.5 y 308.7 CP)⁹.

Como he señalado, la consecuencia de aplicar las atenuantes genéricas no depende del simple arbitrio de quienes deben imponer finalmente la pena, sino que su determinación está dirigida por un conjunto de disposiciones orientadoras, legalmente establecidas en el art. 66 CP. El juez es quien hará uso de los mismos como elementos de adecuación de la pena al sujeto concreto y contextualizado. Así pues, si se tratan de atenuantes simples, el juez establecerá la pena en la mitad inferior del marco penal, pero sin rebajar la pena mínima prevista para el delito¹⁰. Desde mi punto de vista esto es muy importante ya que, como señalaré posteriormente al estudiar el fundamento de la

⁷ Hay autores que los llaman “elementos típicos accidentales”, mientras otros prefieren clasificarlos como “circunstancias especiales o específicas”, véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, pág. 614.

⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, pág. 614.

⁹ Podemos considerar que la regulación de circunstancias atenuantes genéricas es interesante e incluso necesaria, por la imposibilidad que presenta el hecho de describir en cada uno de los tipos penales la infinidad de formas en las que pueden presentarse. Pero, a pesar de ello, el legislador ha considerado que en ocasiones es preferible incorporar la circunstancia a un tipo penal determinado. Según MACHADO SÁNCHEZ, “La regulación de las circunstancias atenuantes en varias legislaciones penales”, en *Noticias Jurídicas*, 2003, págs. 2 y 3, su “justificación es que ha obrado guiado por la posibilidad de que, frecuentemente, ese delito se cometa asociado a esa precisa atenuante, para que así resulte imperativa su apreciación en caso de que concurra”.

¹⁰ Me refiero a las atenuantes simples y no a las muy cualificadas, respecto de las cuales habrá que atender a la especialidad dispuesta por el art. 66.1.2º CP.

atenuante, es posible que el juez, sin aplicar la atenuante, pueda imponer la misma pena que si la percibiera.

1.2. Breve clasificación de las atenuantes. Especial referencia a las atenuantes ordinarias

En el CP son circunstancias atenuantes *stricto sensu* las previstas en el art. 21 CP. Dentro del mismo, cabe hacer una triple clasificación¹¹: las eximentes incompletas¹² a que se refiere el art. 21.1º CP, las expresadas en los números 2º a 6º del artículo y por último, la atenuante analógica¹³ a las anteriores, recogida expresamente en el art.21.7º CP.

Incidiré en este punto en la explicación de las atenuantes ordinarias, ya que la reparación del daño, objeto del presente trabajo, se incluye dentro de éstas. Así pues, llamamos ordinarias a las atenuantes contempladas entre los números 2º y 6º, porque ni tienen la naturaleza y los efectos especiales de las eximentes incompletas, ni requieren el recurso a la analogía como las del art. 21.7º CP. Dentro de esta relación de atenuantes, es preciso volver a realizar una división: a) Por un lado, encontramos aquellas que disminuyen la posibilidad de imputación personal del hecho, por disminuir la imputabilidad: atenuantes de adicción (art. 21.2º CP) y arrebató, obcecación y estado pasional (art. 21.5º CP); b) Por otro lado, están las atenuantes que disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho delictivo, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal: son las atenuantes de confesión de la infracción (art 21.6º CP) y de reparación del daño (art. 21.5º CP)¹⁴ y c) Por último, cabe destacar una atenuante por causa ajena al sujeto que es la de dilaciones indebidas (art. 21.6º CP), incorporada al CP por la LO 5/2010.

Llegados a este punto me gustaría recalcar algo ya explicado anteriormente: las consecuencias penológicas de la admisión de la atenuante ordinaria, que implica la

¹¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, págs. 618-629.

¹² El art. 20 CP prevé una serie de circunstancias por las que un sujeto puede resultar exento de responsabilidad criminal. En caso de no concurrir todos los requisitos necesarios para eximir de la responsabilidad en los respectivos casos, las causas expresadas en este artículo se configurarán como circunstancias atenuantes, según lo que afirma el art. 21.1º CP.

¹³ Con la incorporación al CP de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6º CP), las circunstancias analógicas pasan al apartado 7º del precepto. Por esta vía se admiten expresamente como atenuantes todas aquellas circunstancias que sean análogas a las especialmente enumeradas por la ley.

¹⁴ Cabe apuntar que el fundamento de estas atenuantes y en especial de la atenuante de reparación del daño, es muy controvertido como ya explicaré en la segunda parte del presente trabajo.

imposición de la mitad inferior del marco penal previsto para ese delito si concurriera la atenuante (art. 66.1.1º CP).

Después de analizar estas cuestiones generales, pasaré a continuación a estudiar la atenuante de reparación del daño (art.21.5º CP).

2. La atenuante de reparación del daño

2.1. Breve referencia a su regulación en el CP 1944/1973

El art. 21.5º de nuestro actual CP prevé como circunstancia atenuante “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*”. Sin embargo, esta redacción no es más que el fruto de un proceso de modificaciones respecto de la regulación recogida en el CP 1944/1973¹⁵, especialmente motivado por la presión que fue ejerciendo la doctrina en relación a la configuración de la atenuante de arrepentimiento espontáneo¹⁶.

Debe recordarse que la redacción de esta atenuante encontraba su fundamento en una formulación eminentemente subjetiva, lo que provocó abundantes críticas por parte de la doctrina, ya que aquel requisito de motivación o “*impulso*” suponía una intromisión en la esfera interna del sujeto que la mayor parte de los autores consideraban incompatible con un Derecho penal moderno¹⁷.

2.2. La nueva regulación autónoma de la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo en el CP de 1995. Principales novedades

¹⁵ El TS ha referido en diversas sentencias el proceso de modificación del arrepentimiento espontáneo a una regulación más objetiva: STS núm. 1517, 18-11-2003; STS núm. 701, 06-05-2004; STS núm. 809, 11-10-2007; STS núm.1238, 11-12-2009; STS núm. 1323, 30-12-2009; STS núm. 954, 03-11-2010, entre otras.

¹⁶ Según el CP 1944/1973: “Art. 9. 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”.

¹⁷ Así, por ejemplo, que afirmaba que “el derecho no exige dolor de corazón ni propósito de enmienda”, ARROYO DE LAS HERAS, CALDERÓN SUSÍN, COBO DEL ROSAL, DE VICENTE REMESAL, MIR PUIG, VIVES ANTÓN. V. extensamente GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 20.

Con la aprobación del CP de 1995, parecía previsible que la atenuante postdelictiva del art. 9.9º iba a sufrir modificaciones, aspecto que finalmente se confirmó. Las principales novedades que trajo consigo esta modificación resumidamente fueron las siguientes: El desdoblamiento de la atenuante de arrepentimiento espontáneo en dos, creándose así, la atenuante de confesión de la infracción a las autoridades (art. 21.4º CP); y por otro lado, la de reparación del daño o disminución de sus efectos (art. 21.5º CP); la objetivación de la atenuante eliminando la exigencia de constricción o arrepentimiento; la eliminación de la exigencia de dar satisfacción al ofendido y, por último, la ampliación de la posibilidad de reparar el daño a la víctima hasta la celebración del acto del juicio oral.

A continuación paso a explicar más detenidamente lo que implicaron estas novedades.

2.2.1. Abandono de la exigencia del arrepentimiento espontáneo

Una de las mayores objeciones que se realizaron a la atenuante de arrepentimiento espontáneo fue la relativa, precisamente, a la valoración del elemento subjetivo que contenía¹⁸. Al fin y al cabo, pocas cosas habrá más difíciles de probar que algo totalmente subjetivo, como puede ser el *impulso* o el *ánimo* de una persona de arrepentirse por haber hecho algo ilícitamente.

Históricamente, el arrepentimiento fue entendido en su vertiente más moralista y espiritual; en el sentido de que quien se arrepentía era porque había reflexionado acerca de lo realizado y esa reflexión le conducía a un pesar tal que no podía sino confesar el delito o bien tratar de reparar el daño causado. Se consideraba que éste era un sentimiento tan digno de alabanza que se vio pertinente que el Derecho le concediera una oportunidad para atenuar la pena, entendiendo que de alguna forma se había

¹⁸ Hasta llegar al momento de la modificación de la atenuante en el año 1995, la reparación del daño ya había sido núcleo de propuestas de eliminación de cualquier elemento subjetivo o moralizante de la atenuante. La evolución que este requisito ha experimentado a través de los diferentes códigos y proyectos destaca desde luego por su formulación y por su interpretación. Mientras en 1822 se hablaba de “sinceridad” y “voluntariedad”, en 1928 se requería que la reparación o disminución se hiciera “con propio sacrificio personal o económico”; en 1932 se formulaba por primera vez la expresión “impulso de arrepentimiento espontáneo” que permanecerá hasta el Texto Refundido de 1973.

demostrado una menor perversidad y como consecuencia, una menor peligrosidad¹⁹ de cara al futuro²⁰.

Este planteamiento fue apoyado no solo por la jurisprudencia²¹ sino también por la doctrina, especialmente por QUINTANO RIPOLLÉS, para quien con la atenuante se perseguían dos finalidades: “una, la doctrinal y altamente moral de premiar al reo y estimularle en su purificación; y otra, pragmática, de ayuda a la víctima o a la acción de la Justicia”. La consecuencia de todo esto era la exclusión de la aplicación de la atenuante cuando los móviles que llevaron al culpable a reparar su infracción se basaban en el egoísta intento de eludir o atenuar su responsabilidad²².

Sin embargo, tanto la jurisprudencia²³ como la doctrina empezaron a manifestar dudas acerca de los motivos que impulsaban esas conductas posteriores al delito²⁴: ¿podía una atenuante responder a causas éticas o espirituales? Al fin y al cabo, el premio a los mismos no sólo no es función del Derecho en el Estado moderno, sino que además éste no tiene por qué responder a las exigencias de la Moral. Sin embargo, como he mencionado anteriormente, la jurisprudencia mucho antes de la reforma de 1995 ya había insistido en la pertinencia de descartar cualquier elemento subjetivo en relación con la atenuante.

La objetivación casi total de la atenuante de reparación del daño se debe a la desaparición de la exigencia de *arrepentimiento espontáneo*, que suprime en el año 1995 la exigencia de actuar motivado por sentimientos de arrepentimiento. La respuesta generalizada de la doctrina a la modificación fue, por decirlo así, de aclamación.

Esta consideración introduce la interesante cuestión de si ha de exigirse un móvil benevolente por parte del sujeto infractor. Son varios los autores que destacan que al omitirse en el texto legal cualquier referencia a la voluntad o motivos del sujeto, es

¹⁹ STS núm. 957, 02-11-2010.

²⁰ POZUELO PÉREZ, L. “Las atenuantes 21.4º y 21.5º del actual Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, págs. 415- 416.

²¹ La jurisprudencia del TS, hasta fechas relativamente recientes, ha venido requiriendo para la aplicación de la circunstancia que: el agente haya actuado movido por “...sus sentimientos religiosos o meramente morales, que producen real remordimiento, dolor o pesar indudable, por la mala conducta seguida al delinquir, en acto de personal contrición...” (STS 16-02-1971), “...un estado de ánimo que denote o del que se deduzca inequívocamente un estado de pesar, de contrición o el de reconocimiento de haber obrado mal...” (STS 14-05-1985), que el impulso de arrepentimiento haya sido promovido por “...un sentimiento de pesar, de dolor, de repudio íntimo de la acción mal hecha” (STS 20-05-1985).

²² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 61, 1997, pág. 244-245.

²³ STS de 20-02-1987; STS de 31-12-1988; STS núm. 1312, 06-07-1989; STS núm. 3868, 01-03-1994; STS núm. 986, 24-01-1994; STS núm. 958, 24-03-1994.

²⁴ V. extensamente, POZUELO PÉREZ, L. “Las atenuantes 21.4º y 21.5º del actual Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, págs. 416 y ss.

posible su apreciación en los casos en que tan sólo mueve al culpable el interés por el más benevolente trato punitivo²⁵. De este modo, habrá exclusivamente que atender mediante criterios objetivos a examinar si el sujeto ha reparado el daño o ha disminuido los efectos del mismo. Sin embargo, hay otros autores, como veremos en el apartado II.2, que se oponen a la aplicación de la atenuante si no se demuestra una especial implicación del sujeto en la conducta reparadora o asume éste su responsabilidad²⁶.

Lógicamente, la modificación del elemento subjetivo que sufrió a partir de 1995 la atenuante del art 21.5º CP, no solo se percibió en el cambio de la redacción del mismo, sino que también la jurisprudencia tuvo que reinventarse, adoptando una nueva posición que evidenciaba el carácter objetivo de la misma²⁷.

2.2.2. Eliminación de la referencia a la satisfacción de la víctima

Como he señalado anteriormente, la nueva redacción de la atenuante 21.5º CP supone, entre otras cosas, la eliminación de cualquier referencia relacionada con “la satisfacción de la víctima”. La anterior regulación exigía “reparar o disminuir los efectos del delito, *o bien dar satisfacción al ofendido*”, mientras que los actos en la regulación de 1995 se circunscriben a “reparar el daño o disminuir los efectos del delito”, sin hacer alusión expresa a la satisfacción al ofendido.

A partir de este cambio, el modelo no requeriría explícitamente para apreciar la atenuante que los autores de los delitos cometidos satisficieran los intereses legítimos de sus víctimas. *A priori* puede parecer que esta nueva manera de redacción es indudablemente perjudicial para las víctimas y evidentemente provechosa para los delincuentes. Sin embargo, dentro de la atenuante que la “satisfacción a la víctima”

²⁵ De este parecer: BERISTAIN, COBO DEL ROSAL, RUIZ VADILLO, VALLE MUÑIZ, VIVES ANTÓN, cit. por GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 60.

²⁶ GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 38.

²⁷ STS núm. 428, 31-03-1997; STS núm. 491, 15-04-1997; STS núm. 676, 13-05-1997; STS núm. 809, 11-10-2007; STS núm. 78, 11-02-2009; STS núm. 57, 22-01-2014.

debe entenderse implícitamente incluida²⁸, toda vez que los actos que se describen en la atenuante, son la forma real y efectiva de satisfacer al sujeto pasivo del hecho delictivo.

2.2.3. Novedad en el elemento cronológico

La redacción de la atenuante establece que debe llevarse a cabo “en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”. Exige por lo tanto un elemento cronológico, antes de la celebración del acto del juicio oral, que se diferencia de la anterior regulación del arrepentimiento espontáneo que daba la posibilidad de optar por la atenuante “hasta antes de conocer la apertura del juicio oral”. Es preciso matizar que si se llevan a cabo las actuaciones propias de la atenuante durante el plenario, es posible la admisión de la atenuante analógica²⁹.

Por último, quizá el interés del legislador de alargar el plazo temporal respecto de la anterior redacción de la atenuante esté relacionado, además de con una política de favorecimiento a la víctima, con una evidente disminución de la carga de trabajo para la Administración de Justicia, por ejemplo a la hora de simplificar el trámite del abono de la responsabilidad civil derivada de delito si la hubiera.

2.3. La reparación del daño o la disminución de sus efectos

Para conceder el efecto atenuatorio, el art. 21.5º CP exige que se repare el daño ocasionado a la víctima o se disminuyan sus efectos.

La reparación implica una restauración total de la situación antijurídica creada por el delito al momento anterior a la ejecución del mismo³⁰. Deberá pues consistir en la

²⁸ Es conveniente apuntar que no es necesaria la satisfacción de la víctima para apreciar la atenuante. Si bien es cierto que no en todos los casos se puede ni se tiene que conseguir esa satisfacción, el autor del delito debe realizar actos tendentes a la misma. Con este planteamiento se pretende evitar la dictadura de las víctimas y que sean ellas las que condicionen la imposición de la pena al autor. En ningún caso la satisfacción a la víctima puede observarse como una *conditio sine qua non* de la atenuante. El *quid* de la cuestión está en saber entrever que la satisfacción se conserva implícitamente no como requisito indispensable para su apreciación, sino como fin último de la atenuante.

²⁹ En este sentido escriben autores como FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 254; GARCÍA SAN MARTÍN, J. “La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011, págs. 96 y ss.; MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 628.

³⁰ ORTS BERENGUER, E/VIVES ANTÓN, T.S/BOIX REIG, J. “Comentarios al Código Penal de 1995” en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 211.

restitución, si ello es posible y, en caso contrario, se exigirá un resarcimiento íntegro³¹. Por *efectos* del delito se entienden las consecuencias derivadas de la infracción criminal³². La disminución de los efectos del delito supone hacer menor la extensión, la intensidad o el número de los efectos del delito. La reparación parcial que supone la simple disminución de los efectos del delito puede ser suficiente a efectos de apreciación de la atenuante. Se trata de la realización de conductas de tendencia, es decir, lo importante es la relación entre lo realmente realizado por el sujeto y las posibilidades personales del mismo.

Se plantea entonces el interrogante de si es factible apreciar la atenuante de reparación del daño exigiendo simplemente que el sujeto muestre una actitud seria de reparación o rectificación de su conducta anterior. ¿Es factible otorgar la atenuación cuando no se ha conseguido reparar el daño, ni tampoco se han disminuido sus efectos, sino que tan sólo se ha intentado hacerlo? ¿Basta con la “tentativa de reparación”?³³

No es preciso que se repare completamente el daño, ya que basta con la disminución de los efectos del mismo, e incluso puede ser suficiente con una actitud tendente³⁴ a ello, esto es, con una oferta real y seria de paliar los efectos del delito³⁵.

Ahora bien, está claro que será necesario distinguir las circunstancias que impliquen la necesaria reparación del daño estricta o cuándo será suficiente la disminución de los efectos del delito. En primer lugar, cabe apuntar que se podrá

³¹ Es preciso prestar especial atención para no confundir la reparación del daño propia de la atenuante 21.5 CP, con la reparación del daño contemplada en los artículos 109 y siguientes del CP dedicados a regular la responsabilidad civil derivada de delito. El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en estos artículos del CP, pues se refieren exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Se han admitido como reparación los siguientes casos: en un delito de hurto, el hecho de devolver a la víctima la cosa sustraída en las condiciones en las que se encontraba en el momento de la comisión del delito. Respecto a un delito de abusos sexuales a menores de edad, cuando el acusado procedió a consignar en el Juzgado la cantidad de tres millones de pesetas con el fin de reparar los daños causados, solicitando su entrega a los perjudicados, cantidad que era la pedida por el Ministerio Fiscal.

³² FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 250.

³³ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 114. V. STS núm. 285, 28-02-2004.

³⁴ “En verdad el texto del art. 21.5º CP no dice ‘haber intentado reparar...’, sino ‘haber *procedido* a reparar...’. Ahora bien, ello no impide que pueda considerarse como una forma de, por lo menos, disminuir el daño o efectos del delito el desagravio que puede suponer para la víctima el propio hecho de que el culpable *haya procedido* en lo posible a intentar una reparación conveniente”, MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9º edición, pág. 625.

³⁵ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña* 1, 1997, pág. 252.

apreciar como atenuante de reparación del daño la disminución de los efectos del delito, siempre y cuando, claro está, el sujeto no estuviera en condiciones de realizarla en su totalidad³⁶. Asimismo, cuando no haya manera de reparar los efectos del mismo por la imposibilidad que entraña el caso, como vamos a ver a continuación. No resulta especialmente extraño hablar de reparación de los efectos ocasionados por el delito para la víctima cuando hablamos de delitos cuyos bienes jurídicos lesionados no tengan carácter personalísimo. Sin embargo, cuando nos encontramos de frente ante delitos de esta naturaleza, nos preguntamos si realmente es posible reparar el daño sufrido o siquiera disminuirlo. Cuando el daño es un hecho irrevocable y no susceptible de sustitución por otro, como la *muerte de la víctima*, evidentemente no es posible una reparación total en el sentido de una reposición de la situación anterior al delito. En estos casos no es posible restaurar la situación antijurídica creada y mucho menos es factible la posibilidad de que la reparación sea hecha efectivamente a favor de la misma víctima.

Lo cierto es que en esta situación la tendencia a basar la reparación en la “compensación económica” es una realidad. El problema que se plantea entonces es la equiparación del pago de la responsabilidad civil con la atenuante de reparación del daño³⁷, ya que en determinados delitos, parece que la única opción de verse mínimamente reparado es por vía de desembolso económico. No obstante, se debe tener en cuenta que existe otra posibilidad de reparación: la reparación simbólica. La jurisprudencia entiende que cabe cualquier forma de atenuante, no sólo la económica, sino también la simbólica, aunque algún pronunciamiento pone de manifiesto que se ha admitido de forma excepcional³⁸.

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 indemnización³⁹) como la disminución de sus efectos,

³⁶ Entiende el TS que lo determinante no es la capacidad económica del sujeto, aunque sea un dato a tener en cuenta, ya que las personas solventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio. Eso es lo que ha llevado a la jurisprudencia a denegar la aplicación de la atenuante en supuestos de reparación parcial cuando se ha consignado una escasa cuantía, si el acusado pudiera haber abonado más de lo que hizo.

³⁷ Esto nos introduce en la sugerente problemática de si la apreciación de la atenuante por el pago de la responsabilidad civil supone disminuir la eficacia intimidatoria de la norma o sanción penal.

³⁸ STS núm. 196, 19-03-2014, STS núm. 308, 21-03-2014, STS núm. 193, 28-03-2014, entre otras.

³⁹ Según la STS núm. 285, 28-02-2003, “cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (STS núm. 216, 19-02-2001, núm. 794, 30-04-2002 y núm.1643, 02-12-2003, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante”.

siendo admisible también el esfuerzo real y serio por reparar aunque finalmente haya resultado infructuoso⁴⁰, incluida la reparación de carácter simbólico.

Analizadas las cuestiones más importantes de la atenuante, procedo en este momento a aludir a una de las problemáticas más interesantes en relación a la misma: el fundamento de su aplicación.

III. LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO: DIVERSAS TESIS QUE FUNDAMENTAN SU APLICACIÓN

Existen dos formas de aproximarse al fundamento de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5º CP). La diferencia entre ambas se establece bien en consideraciones político-criminales de reparación a la víctima, o bien como expresión de reafirmación de la vigencia de la norma por parte del delincuente cuando lleva a cabo la reparación. Así, mayoría de la doctrina defiende una orientación de la atenuante basada en la perspectiva de un plano individual: lo que se persigue con la atenuación es reparar el daño a la concreta víctima titular del bien jurídico⁴¹. Frente a esta orientación, la basada en la protección de la vigencia de las normas acoge una perspectiva social, interesada más en la vertiente de reafirmación del Derecho⁴².

1. El fundamento de la atenuante desde una perspectiva político-criminal

Como he señalado, son muchos los autores que han debatido sobre cuál es el fundamento de la atenuante de reparación del daño en el CP actual, en consonancia con el auge experimentado por un “movimiento de reparación a la víctima” en la política criminal creciente⁴³. SILVA SÁNCHEZ y DE VICENTE REMESAL, mencionan dos razones

⁴⁰ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 253.

⁴¹ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas de 29 de Noviembre de 1985, nos ofrece una definición de “víctima” muy interesante: “personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

⁴² ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 101.

⁴³ Entre otros, v. FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 243 y ss.; MUÑOZ

que pueden explicar este fenómeno⁴⁴: de una parte, por el fracaso atribuido a los mecanismos tradicionales de prevención del delito, especialmente a la pena privativa de libertad como instrumento resocializador. Fruto de esta crisis es la búsqueda de otro tipo de medidas que, si bien no más eficaces para reducir las cifras de delincuencia, vinieran al menos a infligir un menor detrimento de libertades de los delincuentes. De otra parte, por la denuncia creciente acerca del escaso o nulo papel que ostentaba la víctima tanto en el Derecho penal sustantivo como en el procesal. Lo cierto es que hay un claro reconocimiento de los derechos de la víctima, que representa en alguna medida, una potenciación de su dignidad, tras haber sufrido las consecuencias del delito.

Esta satisfacción de los intereses y derechos de la víctima forma parte de una línea político-criminal que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito. La doctrina jurisprudencial así lo ha declarado de forma contundente: “la atenuante de reparación del daño a la que hace referencia el art. 21.5º CP a partir de 1995, constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima, que se proyecta como la *ratio* y el fundamento último del contexto social y jurídico”⁴⁵.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una *política criminal orientada por la victimología*, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal⁴⁶.

Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal orientadas a la

CONDE cit. por POZUELO PÉREZ, L. “Las atenuantes 21.4º y 21.5º del actual Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, pág. 409; ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 80 y ss.; GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 22 y ss.; MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, pág. 623 y ss.

⁴⁴ Así, v. extensamente ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 63.

⁴⁵ STS núm. 646, 26-04-1999.

⁴⁶ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 61, 1997, pág. 253 s.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 8ª edición, pág. 487; MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición, pág. 623 s. Algunas sentencias, a favor, entre otras, STS núm. 1517, 18-11-2003; STS núm. 774, 02-06-201; STS núm. 128, 17-10-2010; STS núm. 1156, 02-11-2011.

protección de las víctimas de toda clase de delitos las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena de atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial del daño ocasionado.

2. La atenuante de reparación del daño como *actus contrarius* de rectificación

2.1. La reparación como acto de reafirmación de la norma

Como he señalado con anterioridad, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia vincula la aplicación de la atenuante a la consideración de la reparación del daño como *actus contrarius* de rectificación⁴⁷. Para este sector que defiende la fundamentación de la atenuante como un *actus contrarius* de reafirmación de la norma, la aplicación de la atenuante ha de venir condicionada en la medida en que suponga una forma de retorno del infractor a la esfera del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito. Esta visión de la atenuante, hereditaria de una concepción global de la reparación defendida por SILVA SÁNCHEZ, compatibiliza su interpretación con los fundamentos de prevención especial y general positiva, al entender que cuando el infractor repara el daño a la víctima en todo caso existe una menor necesidad de penar.

En este punto, considero necesario realizar una pequeña consideración en relación con los conceptos de prevención especial y general como posibles finalidades del Derecho penal.

2.2. Breve referencia a los fines de la pena desde una perspectiva preventiva

⁴⁷ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 241 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, págs. 96 y ss.; GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 52 y ss. En la jurisprudencia, v. STS núm. 1132, 06-10-1998; SSTS núm. 625, 08-10-2008; núm. 1237, 03-10-2003, núm. 44, 05-02-2008 y núm. 203, 22-03-2011.

Es común en las teorías preventivas atribuir a la pena y al Derecho penal la función de prevención de delitos, a través de lo que se denomina prevención especial y prevención general⁴⁸.

El concepto de la prevención general alude a la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad. En la actualidad, la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que la prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa (esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir), sino también mediante la afirmación *positiva* del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho. Mientras que la prevención intimidatoria se llama también “prevención general negativa”, el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina “prevención general positiva” y, también, “estabilizadora” o “integradora”.

A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquido. La pena busca evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, los ya delincuentes, también se denomina a veces “prevención individual”.

2.3. La reparación del daño y su relación con los fines de la pena

Los autores que apoyan la justificación de la atenuante como *actus contrarius* toman como punto de partida el hecho de que la conducta delictiva es un “daño” social que, dada su naturaleza simbólica, es susceptible de revocación: con la lesión de un bien jurídico el autor expresa que la norma no es una pauta social de conducta válida, lo que produce un quebrantamiento de la vigencia de esa norma. Tras la realización de un delito, los ciudadanos ya no pueden confiar en que las normas serán respetadas por los demás, dado que tanto su vigencia como su poder de persuasión han quedado desautorizados. Para reafirmar esa vigencia es para lo que ha de imponerse la pena: con

⁴⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9º edición, págs. 81-87.

la pena la sociedad viene a desautorizar el mensaje del autor del delito, reafirmando que las normas deben respetarse y que además posee mecanismos coercitivos para hacerla respetar⁴⁹.

De ahí que cuando el infractor repara el daño a la víctima ello implique un *actus contrarius* de ese quebrantamiento, que consiste en la reafirmación parcial de la desautorización de la vigencia de dicha norma⁵⁰. Para este grupo, la reparación del daño a la víctima cumpliría con los fines de *prevención especial positiva* que persigue el Derecho penal. El sujeto tras la reparación manifiesta una menor energía criminal, una atenuada capacidad para delinquir, una menor peligrosidad y mayores posibilidades de corrección⁵¹. Sin embargo, son más numerosas las opiniones que vinculan el fundamento del *actus contrarius* con los fines de *prevención general positiva* o *integradora* de la norma penal, entendiendo que la conducta de reparación del daño supone una reafirmación de la vigencia de la norma infringida y un restablecimiento de la paz social rota por el delito.

Para estos autores, debe traducirse en una determinada forma de actuar, lo que conduce a sus defensores a introducir ciertas restricciones a la hora de admitir la concurrencia de la atenuante. Resultaría un tanto etéreo o difuso acudir a la “reafirmación de la norma que deriva de la asunción de responsabilidad por parte del infractor” como único criterio para la operatividad de la reparación penal. Por ello, es necesario recurrir a ulteriores puntos de apoyo para determinar cuáles son las características que, concretamente, deberá ostentar toda reparación de fundamento preventivo⁵². Así, para esta parte de la doctrina lo decisivo es la comprobación de la concurrencia de un esfuerzo que se impone el autor⁵³. Hay que recalcar que el esfuerzo al que me refiero no constituye una exigencia de penitencia o contrición interna. Las prestaciones reparadoras penalmente relevantes deberán constituir, más bien, en

⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 99 y 100.

⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 96.

⁵¹ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4° y 5° en relación con el núm. 6° del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 241.

⁵² GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 56.

⁵³ A pesar de la literalidad del art. 21.5 CP, debe atenderse al requisito del esfuerzo por parte del infractor al procurar la reparación.

conductas externas que muestren la activa disponibilidad del infractor para tratar de disminuir el daño que ocasionó, tanto el daño a la víctima como a la sociedad. El sacrificio asumido puede residir en una importante restricción del tiempo libre del infractor, o en la implicación personal del sujeto en un proceso comunicativo con la víctima, que puede hacerse realidad a través de un programa de mediación. De este modo, se requiere que el infractor asuma su responsabilidad⁵⁴, reconozca la norma previamente desautorizada⁵⁵ o que regrese voluntariamente a la legalidad⁵⁶. La aplicación de la atenuante debe servir como expresión del retorno al Derecho y el reconocimiento de la vigencia de la norma infringida, sin que en ningún caso pueda ser interpretada como acto de constrictión o arrepentimiento, sino mediante criterios objetivos y normativos, como acto de civismo⁵⁷ o en la medida en que se trate de una conducta valiosa en el plano externo y social.

En definitiva, se trata de valorar si la conducta del agente dirigida a reparar el daño puede ser considerada socialmente como expresión de reconocimiento de la norma. Esto excluiría, para este sector, la aplicación de la atenuante ante el menor gesto del infractor y evitaría la posible tiranía de la víctima, al mismo tiempo que se estabilizaría las expectativas de respeto a la norma⁵⁸, contribuiría a fortalecer la confianza en la norma y se lograría con ello un efecto pacificador en la sociedad.

⁵⁴ GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 43 y 141.

⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 92 y ss. ASÚA BATARRITA, A., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 151.

⁵⁶ FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 243.

⁵⁷ GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 45 y ss.

⁵⁸ ASÚA BATARRITA, A., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 165.

3. Consideraciones críticas a las tesis planteadas

3.1. El fundamento político-criminal

3.1.1. La cuestión premial

Uno de los singulares rasgos de la atenuante en examen es la dimensión premial que podría predicarse de la propia previsión. Puede entenderse que la figura de la atenuante opera como una llamada, como un mensaje explícito de orientación de conductas, apoyada por el estímulo de la reducción del castigo. Una llamada después de cometer el delito, que presupone que ha surgido previamente una responsabilidad penal y que por ello tiene como destinatarios a quienes sean responsables del delito.

La referencia a la “satisfacción de los intereses de la víctima” como objetivo que el legislador quiere promover, se inserta también en esta línea de explicación premial: se trata de motivar una conducta que produzca el efecto pretendido. A diferencia de una consideración “valorativa” positiva de la conducta, que asiente su fundamento en el significado de la disposición a reconocer el daño, en la adopción de la perspectiva “premial” se prescinde o se minimizan las consideraciones “valorativas”. No puede obviarse la influencia que tiene en la aplicación de la atenuante el asesoramiento letrado y la utilización de mecanismos procesales ventajosos para el infractor desde el punto de vista penológico. El “valor de resultado” cifrado en la indemnización a la víctima o en la utilidad para la justicia dotaría de base suficiente a la atenuación⁵⁹.

3.1.2. El papel de la víctima

Situar a la víctima concreta como el epicentro del sentido y razón de ser de la atenuante de reparación del daño resulta problemático por diversos motivos⁶⁰: a) En primer lugar, porque queda afectado el principio de igualdad respecto a los infractores,

⁵⁹ Críticamente, ALCÁCER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 84.

⁶⁰ GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 53 y ss.

recogido en la CE. Si damos un papel tan elemental a la víctima, de manera que el interés fundamental de la atenuante sea que se vea reparada después del delito, el sistema podría llegar a perder toda su legitimidad por resultar inconstitucional, al reconocer que la posición de los infractores ante la respuesta penal empeoraría claramente en caso de carecer de medios⁶¹; b) Otro posible efecto sería una disminución de la eficacia de la prevención general negativa sobre las personas que, por su elevada solvencia, se hallen en disposición de satisfacer sin demasiado esfuerzo las deudas civiles en las que incurran. Es decir, las desigualdades de partida de las personas por razón de su capacidad económica, quedan reforzadas en la forma de entender la atenuante de reparación; c) Por otro lado, la equiparación de la “reparación penal” con la “reparación de la víctima”, produce otros equívocos. Llevaría a restringir la aplicación de la atenuante al campo de los delitos con víctima y en tanto ésta haya sufrido un daño económicamente evaluable⁶². Sin embargo, no podemos ignorar la existencia de delitos en nuestra legislación penal actual en los que no puede identificarse una víctima individualizada con tanta facilidad: delitos contra la salud pública, delitos contra la seguridad vial, delito de incendio, etc. El común denominador de estos delitos o, lo que es lo mismo, el bien jurídico que con su tipificación se trata de tutelar lo constituye la seguridad colectiva, que debe ser entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social. Entonces, en los delitos en los que no fuera posible encontrar una víctima individualizada, ¿sería posible apreciar la atenuante?

Cabe plantearse en este momento la cuestión de si sería oportuno dotar a la voz de la víctima de más fuerza a la hora de considerar la pertinencia de la atenuante. Es decir, si sería conveniente que la víctima diera el visto bueno de su reparación o al menos, fuera escuchada para estimarla o desestimar su concurrencia. En efecto, si lo determinante para los fines de la atenuante es la satisfacción de la víctima, la decisión de su aplicación parece que debería quedar en manos de ésta. Sin embargo, esta comprensión privatista de la circunstancia podría derivar en la *tiranía de la víctima*.

⁶¹ Si solo atendemos al hecho de que la víctima se vea reparada, dejamos de atender a las circunstancias y posibilidades de aquél que, al fin y al cabo, es el que va a proporcionar la reparación.

⁶² GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 53 y 54. Como señalan, en caso de un delito de peligro o un delito contra un bien jurídico supraindividual, la ausencia de daños materiales no excluye la concurrencia de la lesividad social que deriva de la conducta prohibida. Ese daño “simbólico”, que determina la necesidad de imponer una respuesta también simbólica –la pena-, puede asimismo ser combatido a través de la asunción voluntaria de responsabilidad a través de prestaciones constructivas, indicadoras del sentido de la norma.

3.1.3. El abono de la responsabilidad civil

Analizando la evolución jurisprudencial de esta atenuante se observa cómo se ha incrementado su aplicación por parte de los tribunales. Se podría pensar que el motivo de su aumento radica en una mayor sensibilización por parte del infractor respecto del daño causado a la víctima como consecuencia del delito. No obstante, creo que resulta relevante la paradoja, tal y como manifiesta ASÚA BATARRITA, de que en la mayoría de los casos la víctima no percibe que ha sido reparada⁶³. Esto se debe al cierto automatismo en la práctica judicial al aplicar la atenuante en los supuestos en los que el infractor abona con anterioridad a la celebración del juicio oral la responsabilidad civil derivada de delito que se le exige.

El término "reparación" evoca una actividad de arreglo, de eliminación de un perjuicio o de restauración que se asocia, a su vez, con la previa causación de un daño. En la medida en que los términos ostentan un significado y unas connotaciones que marcan las pautas de su entendimiento, puede afirmarse que la conducta de "reparación del daño" presupone siempre la existencia de un menoscabo. Sin embargo, la cuestión es tratar de determinar si en el ámbito civil y en el penal el daño objeto de ser reparado es idéntico.⁶⁴

Una gran parte de la doctrina ha dedicado mucho tiempo a tratar de ensalzar la idea de que "la reparación penal" y la "satisfacción de la responsabilidad civil" deben tratarse como dos supuestos diferenciados con parcelas autónomas en cuanto a los efectos que pueden derivarse de ellas respectivamente. Así, GARRO CARRERA y SILVA SÁNCHEZ⁶⁵ entienden que el Derecho civil y el Derecho penal están estructurados sobre

⁶³ En lo que a esto respecta v. extensamente ASÚA BATARRITA, "Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena", en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 145 y ss.

⁶⁴ GARRO CARRERA, E., "Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena", en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 49.

⁶⁵ GARRO CARRERA, E., "Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena", en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 50.

dos conceptos distintos de "daño". La responsabilidad civil deriva directamente de la concurrencia de un daño material o moral para una persona individualizable y se agota en la compensación de ese daño. Pero en el ámbito del Derecho penal, el daño ostenta una trascendencia social que requiere, sobre todo, (y además de la satisfacción de la responsabilidad civil en la que eventualmente se incurrió), la imposición de una respuesta específica que no dependerá del alcance del perjuicio que se hubiera ocasionado, sino de las necesidades preventivas derivadas de la gravedad de la conducta y de la relevancia del bien jurídico afectado. La respuesta penal no se agota, pues, con el resarcimiento, sino que su sentido reside en la prevención de futuras infracciones. Por tanto, el daño civil y el daño penal no pueden identificarse conceptualmente porque no coinciden ni en la forma de valorar una conducta dañosa ni en los fines que animan las respectivas exigencias de la responsabilidad. En definitiva, resulta evidente que la reparación civil y la reparación penal deben constituir parcelas autónomas cuya valoración debería, asimismo, discurrir por caminos separados⁶⁶, aunque concurren como respuestas correlativas a dos vertientes de los daños producidos por el delito. Por su parte, FARALDO CABANA opina que el concepto de reparación del daño es más amplio porque la reparación del daño comprende todas las formas posibles de eliminar o disminuir los efectos perjudiciales derivados del delito, pues incluye la reparación en sentido estricto, la restitución y la indemnización⁶⁷. Pero a su vez más estrecho porque no es posible que otra persona distinta al culpable satisfaga las obligaciones derivadas de la reparación, no es necesario que se reparen los daños a un tercero distinto de la víctima. Además la reparación del daño se tiene que hacer a la víctima y es voluntaria, mientras que la responsabilidad civil se puede hacer en contra de la voluntad del sujeto.

A pesar de todo esto, en mi opinión no está tan clara la declaración de independencia total entre un concepto y el otro, sobretodo partiendo de la base de que si el autor de los hechos abona el montante de la reparación del daño por un daño material económicamente evaluable, la posible responsabilidad civil que pudiera derivarse del mismo delito se vería reducida en la misma cantidad. Desde este punto de partida no existe independencia entre ambos conceptos, que pueden llegar a resultar asimilables el uno dentro del otro. Para más *inri*, el abono de la responsabilidad civil, cuando exista,

⁶⁶ ALCÁCER GUIRAO, R. "La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, pág. 92.

⁶⁷ FARALDO CABANA, P. "La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, pág. 250 y ss.

resulta imperativa para el imputado. Esto puede llevar a pensar que el simple y mero adelanto de la misma, respecto del cual el sujeto no tiene opción de elegir, se valora como un acto postdelictivo positivo que acarrea consecuencias favorables respecto de la libertad del imputado.

Hasta aquí se han evidenciado los riesgos que entraña una concepción de la atenuante de reparación que atienda preferentemente al resultado de eliminación o disminución del daño económicamente evaluable. De esta forma, si limitáramos el comportamiento postdelictivo positivo a la compensación del daño material que se causó, podría derivarse en una especie de “comercio de la determinación de la pena”, favorable solo a los infractores con más medios económicos. Este y otros problemas provienen de una visión de la reparación que conduce a interpretar la relevancia penal del comportamiento postdelictivo positivo en función de criterios civiles.

3.2. *La tesis del actus contrarius*

3.2.1. El argumento literal

Una de las posibles críticas que se le pueden objetar a la tesis del *actus contrarius* está muy relacionada con la propia redacción de la atenuante⁶⁸, ya que no exige ningún esfuerzo de reparación por parte del infractor, ni ningún elemento subjetivo. Introducir exigencias de valoración de este tipo puede suponer una reducción del ámbito de aplicación de la atenuante, que por otro lado es difícil de justificar.

3.2.2. La cuestionable realización de los fines de prevención especial y general

Recordemos cómo los partidarios de la teoría del *actus contrarius* afirmaban que el sujeto que repara manifiesta una menor energía criminal, una menor peligrosidad y mayores posibilidades de corrección. Sin embargo, hay quien considera dudoso que quien repara el daño presente una menor capacidad de delinquir, ya que el pronóstico de peligrosidad es un fenómeno mucho más complejo en el que intervienen variables de muy diversa naturaleza. Además, el hecho de que el infractor repare no significa que tenga mayores posibilidades de rehabilitación

⁶⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9º edición, pág. 623 y ss.

en el futuro o sea menos peligroso⁶⁹. Igualmente, la terminología utilizada por los defensores de esta tesis como “asunción de responsabilidades por parte del infractor” o “reconocimiento de la norma vulnerada” conlleva de nuevo el peligro de espiritualizar en exceso el tratamiento penal del comportamiento postdelictivo y que puede suponer intromisiones en la esfera individual altamente cuestionables en un Estado moderno.

3.2.3. La indeterminación de los criterios objetivos de valoración de la conducta

Hemos visto cómo para los defensores de esta tesis, la aplicación de la atenuante debe servir como expresión del retorno al Derecho y el reconocimiento de la vigencia de la norma infringida. Esto debía ser interpretado no como acto de constrictión o arrepentimiento, sino con criterios objetivos y normativos, como acto de civismo o en la medida en que se trate de una conducta valiosa en el plano externo y social. Sin embargo, se objeta que la referencia a actos de civismo o conductas valiosas en el plano social presentan rasgos de indefinición y no dotan de seguridad jurídica exigida a la decisión de cuándo se debe aplicar la atenuante. Es decir, no se delimitan claramente cuáles son esos criterios objetivos que permiten discriminar las actuaciones reparadoras merecedoras de la atenuante o cuándo socialmente se puede entender que la conducta implica un reconocimiento de la norma⁷⁰.

IV. OPINIÓN PERSONAL

Analizadas las diversas tesis que intentan ofrecer una justificación a la aplicación de la atenuante de reparación del daño procede en este momento dar mi opinión. Desde mi punto de vista, sin ocultar ciertos inconvenientes, considero más adecuada la postura que fundamenta la atenuante desde una perspectiva político-criminal. Me parece convincente el argumento literal de la atenuante, ya que la redacción de la atenuante de reparación del daño no exige ni esfuerzo por parte del infractor ni elemento subjetivo. Además, considero que también es cuestionable la realización de los fines de prevención especial y general sólo por el hecho de que el sujeto repare. Para mí, la opción político-criminal de la atenuante debe explicarse

⁶⁹ JERICÓ OJER, L. *La atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) y su vinculación con los procesos de mediación penal* (en prensa).

⁷⁰ JERICÓ OJER, L. *La atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) y su vinculación con los procesos de mediación penal* (en prensa).

igualmente teniendo en cuenta el beneficio penológico que implica, según lo previsto en el art. 66.1.1º CP, con la imposición de la pena en la mitad inferior del marco legal previsto. Teniendo en cuenta la posibilidad de imponer el límite mínimo de la pena cuando no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal (como así se constata en la tendencia jurisprudencial)⁷¹, es posible que el beneficio penológico de admitir la atenuante sea mínimo, o incluso a veces inexistente pues hipotéticamente la cuantía de la pena puede ser idéntica tanto si se repara el daño como si el infractor no lo hace⁷². Asumiendo que puede producirse esta realidad, habría que plantearse si la postura de los defensores de la teoría del *actus contrarius* puede ser, político-criminalmente, contraproducente para los intereses de las víctimas del delito al disuadir al infractor de los posibles actos de reparación. Si se va a valorar la idoneidad de la conducta reparadora del infractor, si se le va a exigir una asunción de responsabilidad o un retorno a la legalidad, puede que el infractor opte tras un análisis coste-beneficio por no reparar a la víctima. En definitiva, si se condiciona la aplicación de la atenuante genérica de reparación a esfuerzos o requisitos adicionales como los que plantea la teoría del *actus contrarius*, es razonable que el infractor prefiera no reparar a la víctima, ya que penológicamente las consecuencias para él pueden ser las mismas reparando que sin reparar. Con este planteamiento, sin conseguir los fines que pretenden sus defensores, además convertimos nuevamente a la víctima en la principal perjudicada del conflicto porque el infractor no ha intentado ni siquiera iniciar algún tipo de conducta de reparación.

Esta interpretación favorable a la admisión de la atenuante como opción político-criminal significa admitir, por ejemplo, que sea aplicará la atenuante por el hecho de que el infractor abone la responsabilidad civil o porque repare porque le resulte ventajoso desde el punto de vista de la pena. Pero entiendo que son riesgos que podemos asumir, teniendo en cuenta las escasas ventajas obtenidas por el infractor desde una perspectiva penológica. Además, precisamente por el escaso beneficio obtenido en la pena, no creo que con ello se ponga en peligro la eficacia intimidatoria de

⁷¹ ASÚA BATARRITA, A., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal no 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 147.

⁷² Distinto sería el caso en el que, además de la atenuante de reparación del daño se admitiera la concurrencia además de otras atenuantes, dadas las reglas previstas en el art. 66.1.2º CP.

las normas penales, absolutamente primordial como fin del Derecho penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R. “La reparación en Derecho Penal y la atenuante el artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, 2001, págs. 71-118.
- ALCÁ CER GUIRAO, R. “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación”, en MARTÍNEZ ESCAMILLA/ SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Justicia reparadora, mediación y sistema penal*, Reus, Madrid, 2011, págs. 109-126.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5º Código Penal)” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 61, 1997, págs. 241-277.
- ASÚA BATARRITA, A. “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FARALDO CABANA, P. “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo (los núm. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995), en *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 233-257.
- GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Madrid, 1997.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J. “La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 32, 2011, págs. 81-99.
- GARRO CARRERA, E., “Atenuantes postdelictivas: Necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena”, en GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y*

de confesión. Equívocos de la orientación utilitarista (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Sevilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- JERICÓ OJER, L. *La atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) y su vinculación con los procesos de mediación penal* (en prensa).
- MACHADO SÁNCHEZ, K. “La regulación de las circunstancias atenuantes en varias legislaciones penales”, en *Noticias Jurídicas*, 2003, págs. 1-5.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor, Barcelona, 2011, 9ª edición.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 8ª edición.
- ORTS BERENGUER, E/ VIVES ANTÓN, T.S/ BOIX REIG, J. “Comentarios al Código Penal de 1995” en VIVES ANTÓN, T.S (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 210-224.
- POZUELO PÉREZ, L. “Las atenuantes 21.4º y 21.5º del actual Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, págs. 403-434.

VI. RELACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSULTADA⁷³

- STS 16-02-1971
- STS 12-03-1979
- STS 12-12-1983
- STS 14-05-1985
- STS 20-05-1985
- STS 19-05-1986
- STS 20-02-1987
- STS 01-12-1987
- STS 02-07-1988
- STS 17-04-1988
- STS 31-12-1988

⁷³ Tirant lo Blanch digital

- STS 16-03-1990
- STS núm. 1312, 06-07-1990
- STS 23-11-1992
- STS núm. 986, 24-01-1994
- STS núm. 3868, 01-03-1994
- STS núm. 958, 24-03-1994
- STS núm. 628, 30-01-1995
- STS núm. 735, 26-03-1996
- STS núm. 428, 31-03-1997
- STS núm. 491, 15-04-1997
- STS núm. 676, 13-05-1997
- STS núm. 1474, 18-10-1999
- STS núm. 100, 04-02-2000
- STS núm. 1311, 21-07-2000
- STS núm. 216, 19-02-2001
- STS núm. 1990, 24-10-2001
- STS núm. 794, 30-04-2002
- STS núm. 285, 28-02-2003
- STS núm. 990, 02-07-2003
- STS núm. 1237, 03-10-2003
- STS núm. 1517, 18-11-2003
- STS núm. 1643, 02-12-2003
- STS núm. 701, 06-05-2004
- STS núm. 145, 07-02-2005
- STS núm. 2, 16-01-2007
- STS núm. 179, 07-03-2007
- STS núm. 809, 11-10-2007
- STS núm. 44, 05-02-2008
- STS núm. 625, 08-10-2008
- STS núm. 78, 11-02-2009
- STS núm. 1238, 11-12-2009
- STS núm. 1323, 30-12-2009

- STS núm. 774, 02-06-2010
- STS núm. 128, 17-10-2010
- STS núm. 957, 02-11-2010
- STS núm. 954, 03-11-2010
- STS núm. 203, 22-03-2011
- STS núm. 1156, 02-11-2011
- STS núm. 57, 22-01-2014
- STS núm. 196, 19-03-2014
- STS núm. 193, 28-03-2014
- STS núm. 325, 16-04-2014