

LA REPARACIÓN COMO ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CONTEXTUALIZADA EN EL MARCO DE LOS PROCESOS RESTAURATIVOS

FERNANDO NAVARRO CARDOSO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

DANIEL MONTESDEOCA RODRÍGUEZ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

*A Luis Arroyo Zapatero, gran penalista,
y gran humanista, con profundo afecto.*

I. Introducción

Una de las principales novedades del Derecho Penal positivo en las últimas décadas es la incorporación de la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal. La regulación ha ido acompañada, razonablemente, de preceptos que delimitan la punibilidad de sociedades de carácter empresarial.

Dentro de esta progresiva normativización jurídico-penal de la actividad delictiva de la persona jurídica, se ha querido extender su encaje en el ordenamiento jurídico, al punto de que alcance a actuaciones que puedan incidir en la cantidad de reproche penal, en concreto, a las circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal. Entre estas últimas se encuentra la reparación del daño causado por el ente colectivo.

Las vías para lograr la reparación efectiva son complejas, pues deben tenerse en cuenta varios extremos, esencialmente, la actitud proactiva y disponibilidad para su realización por parte del sujeto activo, así como la «cantidad» de daño provocado y las medidas que específicamente se adopten para repararlo.

Una de las más eficaces para la lograr la satisfacción frente al daño causado por el delito es el proceso restaurativo, el cual, bajo el prisma de la Justicia Restaurativa, contiene una amplia diversidad de técnicas, empleadas como complemento –y no alternativa– del sistema penal.

Hasta ahora era frecuente observar cómo conflictos de naturaleza penal se resolvían en procesos ordinarios en los que los protagonistas eran el victimario y la víctima, el sujeto activo y el sujeto pasivo, personas físicas. No obstante, la flexibilidad del proceso restaurativo permite también extender su radio subjetivo, de modo que englobe a la persona jurídica como sujeto de acción reparadora, integrando su potencial encaminado a restaurar el daño. Esta aseveración viene motivada porque, en términos generales, la responsabilidad criminal de las personas morales no supone la exclusión de la responsabilidad de las personas físicas, pudiendo ambas ser sujetos de sanción, diversificando el sentido de la pena y, con ello, el de la reparación¹.

Es incuestionable que la Justicia Restaurativa, a pesar de las referencias extravagantes que pretendían la promoción de un sistema alternativo, se complementa perfectamente con nuestro sistema de justicia penal, generando más interés debido a sus bondades y beneficios, tanto para la víctima del delito como para el victimario.

Quizá fue esa consideración de «camino alternativo» la que despertó la desconfianza inicial, si bien no fue óbice para su progresiva proyección, debido principalmente a sus óptimos resultados en la aplicación de sus técnicas en el ámbito de la reparación efectiva de las víctimas, así como de la rehabilitación del autor del hecho ilícito.

Respecto a las técnicas restaurativas, se hace necesario realizar una distinción terminológica con el fin de evitar confusiones respecto a su estructura y práctica. Esta discusión epistemológica concentra un aparente nudo gordiano en la utilización de la mediación como concepto². Es preciso insistir en que la mediación no deja de ser una técnica integrada en el proceso restaurativo, y que este reúne una variedad de herramientas que se combinan con la finalidad de llegar a alcanzar una reparación eficaz, y con ello, una disminución de los factores criminógenos en el comportamiento del victimario o sujeto activo, provocando, así, la disminución de los niveles de riesgo de reincidencia. De re-

¹ NIETO MARTÍN, A., «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en Hoyos Sancho, M. (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 326.

² MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Justicia Restaurativa: discusión sobre su aplicación en la Justicia Penal de menores», en *Diario La Ley*, núm. 9780, 2021.

sultas, el proceso restaurativo es el vehículo, mientras que la mediación es únicamente una de sus tantas piezas.

II. Principios y garantías fundamentales en la aplicación de la vía restaurativa

Los principios teóricos del paradigma restaurativo se asientan sobre tres importantes columnas³. La primera de ellas es la de restaurar o recomponer la situación, en la medida de lo posible, a su estado original respecto de aquellos sujetos que se han visto perjudicados por la comisión del delito. En segundo lugar, ofrecer la posibilidad, a los que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, de participar voluntariamente en su respuesta. Y, en tercer lugar, teniendo en cuenta que el Estado es el garante de preservar el justo orden público, la comunidad, como parte del mismo, debe ayudar a construir y a mantener la paz social.

Dicho lo anterior, y desde el ámbito práctico, en el párrafo trece del *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se detallan de manera formal los principios y garantías fundamentales a tomar en cuenta en la aplicación de este modelo⁴:

1. La víctima y el ofensor deben tener el derecho a consultar con sus abogados o asesores legales las cuestiones relacionadas con el proceso restaurativo.
2. Antes de acordar la participación en procesos restaurativos, las partes deben estar debidamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.
3. Derecho a no participar: ni la víctima ni el ofensor deben ser obligados o inducidos de ninguna forma a participar en procesos restaurativos o a aceptar sus resultados.
4. La participación de un investigado, procesado o acusado en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como prueba de admisión de culpa en el procedimiento penal.

³ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 34.

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*, Viena, 2006.

5. Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas.

6. Confidencialidad del procedimiento: las discusiones en procesos restaurativos deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas.

7. Supervisión judicial: los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisiones judiciales. Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por las partes.

8. Falta de acuerdo: si no se alcanza un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del investigado, procesado o acusado en procedimientos penales posteriores.

9. No se incrementa la pena por falta de acuerdo: si no se llegara a un acuerdo en el curso de un proceso restaurativo, ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

En el año 2015 se aprueba, por fin, un estatuto de la víctima del delito, que dedica su art. 15 a los «Servicios de justicia restaurativa»⁵.

Con todo ello, podemos definir la mediación penal como la técnica de corte restaurativo que a través de un tercero (mediador penal o facilitador) equidistante, sin interés en ninguna de las partes, permite la comunicación voluntaria entre ambas respecto del ilícito penal discutido y la reparación del daño causado⁶.

Se trata de una técnica de resolución de conflictos, formal y estructurada, como el resto de los diferentes tipos de mediación, pero que se emplea en el ámbito de la justicia penal. Es, además, el recurso restaurativo más conocido, pero por desconocimiento, o porque se ha utilizado su concepto de forma general, de modo que se ha ido extendiendo su significado más allá de sus propios límites, siendo confundida con otras técnicas, especialmente con la técnica de conciliación.

Según establece el ya citado Manual sobre programas de Justicia Restaurativa, un proceso restaurativo «es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjun-

⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril).

⁶ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, cit., p. 125.

to de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador».

De acuerdo a los principios básicos, «un resultado restaurativo es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. El acuerdo puede incluir remisiones a programas como el de la reparación, el de la restitución y el de los servicios comunitarios, encaminados a atender las necesidades y las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente».

Esta filosofía restaurativa no puede conducirse de forma extraña al Derecho Penal. Su complementariedad con nuestro sistema de justicia penal es, por tanto, indiscutible, si bien debe cimentarse a través de principios penales básicos, de modo que ofrezcan el suficiente soporte para su aplicación. Estos principios no excluyentes son el de proporcionalidad, oportunidad y resocialización.

1. *Principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad o prohibición del exceso contiene la siguiente máxima: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Como afirma Arroyo Zapatero, «en lo que a la Constitución española se refiere puede estimarse consagrado como principio general del Ordenamiento jurídico en el art. 9.3 con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: interdicción que vale tanto como de prohibición del exceso o como un mandato de actuar de forma razonable o proporcionada»⁷.

El poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima –manifestación del principio de proporcionalidad–, sustentando la idea de que el Derecho Penal solo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídico-penales más importantes. Por tanto, también le corresponde el restablecimiento de la denominada paz social que ha sido alterada por el comportamiento desviado delictivo.

Ahora bien, las alabanzas a la idea de «Derecho Penal mínimo» no devienen de forma necesaria en la necesidad de orillar, eludir, intereses

⁷ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal y Constitución (II)», en Demetrio Crespo, E./Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediciones Experiencia, 2016, p. 143.

de naturaleza colectiva⁸. Dicho de otro modo, los procesos restaurativos sirven también frente a delitos que tutelan bienes jurídico-penales colectivos, lo que resulta de especial relieve aquí, pues la inmensa mayoría de los tipos penales donde se prevé la responsabilidad criminal de una persona jurídica tutelan intereses supraindividuales.

Eso sí, como es por todos sabido, su intervención queda supeditada a la constatación de la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, tomando de este modo carta de naturaleza el carácter subsidiario del Derecho Penal; conjugado, a su vez, con su carácter fragmentario, esto es, seleccionando las conductas más graves e intolerables⁹. De hecho, sobre esto ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo (STS 434/2014, de 3 de junio, FD 1.º), afirmando que «la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos».

Resulta claro también que minimizar la intervención del Derecho Penal como esencia de *ultima ratio* es una premisa político-criminal que debe tener en cuenta el legislador, pero que en la práctica colisiona con las exigencias marcadas por el principio de legalidad, en el sentido de que es al propio legislador a quien le compete definir, con el establecimiento de tipos y sanciones, la frontera de la intervención del Derecho Penal¹⁰.

⁸ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D.: «Proporcionalidad, oportunidad y resocialización como principios conectores del Derecho Penal y la Justicia Restaurativa», en *Diario La Ley*, núm. 9745, 2020.

⁹ La subsidiariedad significa que al Derecho Penal le corresponde la tarea de sancionar con las penas más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídico-penales más importantes y, en este sentido, puede decirse que el Derecho Penal es subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto que no entra en juego más que cuando el ataque sea muy grave o cuando el conflicto no pueda ser solucionado con otras medidas menos radicales. Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edic., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 72. Sobre la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, vid., passim, NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001; el mismo, «A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 263 a 292. Como sostienen estos autores, la subsidiariedad, accesoriedad o secundariedad, no es más que una de las consecuencias que se deriva del principio de intervención mínima. Y este principio no puede entenderse de manera autónoma respecto de los que constituyen las garantías constitucionales, como recuerda también VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 1998, p.173. Ello solo ocurre con las «normas penales en blanco», donde parte de sus supuestos de hecho se recogen en normas de otras ramas del Derecho a las que la norma penal remite expresamente. Incluso en estos casos, el Derecho Penal tiene sus propios principios y decide qué parte de esos supuestos incluye en la categoría de delitos. Vid. GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 14, 2004, pp. 193 a 195, donde se hace eco de esta problemática.

¹⁰ Mencionar el principio de legalidad obliga, indefectiblemente, a citar un clásico en la materia, ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 9 ss.

De otro lado, el principio de intervención mínima se entiende únicamente si se encuentra integrado en un marco de cambio social con la orientación puesta en la descriminalización de determinados actos o comportamientos que han dejado de tener, con carácter general, reproche social; pero también una dirección inversa que conduzca a la criminalización de ataques a bienes jurídicos que esa transformación social ha convertido en trascendentes.

El principio de proporcionalidad puede también desplegarse como consecuencia de la previsión legislativa de la pena, exigiendo una adecuada relación entre la gravedad de la sanción penal y la significación del bien jurídico que protege la figura delictiva y las concretas formas de ataque por parte de un determinado comportamiento delictivo.

En este marco de actuación, la vía restaurativa se presenta como una herramienta sólida y eficaz, en la medida en que el principio de proporcionalidad puede expandirse también conforme a la denominada aplicación judicial, en tanto que en las respectivas resoluciones se motive la pena desde una perspectiva garantista. Esta se concreta con la determinación de los grados máximos de penalidad, permitiendo la reducción y sustitución de la sanción penal, llegando en supuestos concretos a prescindir de la pena¹¹.

2. El principio de oportunidad

El art. 25.1 CE establece que *«nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*. Consagra, así, el principio de legalidad.

La exigencia contenida en dicho principio no resulta violentada ante la posibilidad de acordar, por razones de oportunidad, recurrir a la incorporación y utilización de vías de carácter restaurativo dentro del funcionamiento del sistema penal. De este modo, apoyarse en el principio de oportunidad significa en la praxis judicial disponer, en determinadas situaciones, del ejercicio de la acción, facilitando de esta forma la expansión de la utilización de instrumentos restaurativos en el curso del procedimiento penal.

En ese contexto aparece de forma pacífica la figura procesal de la conformidad, de acuerdo a lo establecido en la LECrim, especialmente,

¹¹ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal y Constitución (II)», cit., p. 149.

en su art. 655, el cual establece que, cuando la pena solicitada por las acusaciones tuviese carácter correccional, al evacuar el traslado de calificación por parte de la defensa, podrá mostrarse conforme con aquella pena más grave solicitada. Si por parte de la dirección legal del acusado no se estima necesaria la continuación del juicio, el Tribunal, previa ratificación de la conformidad por el interesado, dictará sentencia conforme a la calificación aceptada por las partes, sin que pueda imponer una pena mayor. Asimismo, el art. 784 dispone que la defensa, en su escrito firmado también por el acusado, podrá mostrar conformidad con las acusaciones según lo previsto en el art. 787, que establece que, con carácter previo a la práctica de la prueba, podrá solicitar al juez o tribunal que se dicte sentencia de conformidad con arreglo a la pena más grave solicitada por las acusaciones, para el supuesto de que no excediera de seis años.

En la misma línea, el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, permite su conformidad con la pena pedida para el acusado, dictándose en este caso sentencia de conformidad¹². De este modo, se procederá a la disolución del jurado cuando las partes interesaren que se dicte dicha sentencia de conformidad con la pena de mayor gravedad solicitada, siempre que esta no exceda de seis años de prisión, sola o en conjunto con multa y privación de derechos.

Se añaden, en el mismo sentido, los supuestos en los que se da comienzo por parte del Ministerio Público al proceso por medio de aceptación de decreto, en los que el investigado acepta la propuesta, extinguiendo así el proceso penal conforme a lo establecido en el art. 803 y ss. LECrim, como vehículo de aceptación o reconocimiento de los hechos, siendo por consiguiente una puente legal a la aplicación de los procesos restaurativos al proceso penal, admitiendo la incorporación de los acuerdos reparadores.

Es un buen ejemplo la previsión que realiza el art. 201 CP respecto al descubrimiento y revelación de secretos: «Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal.

1. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Cód-

¹² Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, 23 de mayo).

go, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

2. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130»; dándose entrada, por tanto, al principio de oportunidad, existiendo con ello un evidente proceso de selección.

Esta dirección que apunta hacia criterios de oportunidad facilita un mayor protagonismo de la víctima en el proceso penal y permite reforzar su figura en el establecimiento de la reparación del daño¹³, como así se indica en el Preámbulo de la ya mencionada Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima: «La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal».

Por tanto, este principio de oportunidad, que nos brinda posibilidades de aplicación de la vía restaurativa en el proceso penal, es acorde con el marco constitucional, manteniendo las exigencias que sobre derechos fundamentales le asisten al supuesto victimario o autor de un delito.

De otro lado, en el art. 15 del citado Estatuto jurídico de la víctima, relativo a los servicios de justicia restaurativa, se establece lo siguiente: «1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

¹³ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos», en *La Ley Penal*, núm. 148, 2021.

- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

3. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

4. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

Estimamos necesario destacar que se introduce de manera confusa, a nuestro entender, el requisito donde se determina que «el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad». Debe resultar indubitado que le asiste el derecho a la presunción de inocencia rodeado de las necesarias garantías que consagra el art. 24.2 CE, sin que deba considerarse, por tanto, la previa participación voluntaria en el cauce restaurativo, un reconocimiento anticipado de la responsabilidad.

Entendemos que solo así se garantizan los derechos incorporados al citado artículo 24.2 de la carta magna. En esta línea, la Recomendación (99)19 sobre mediación penal dentro del proceso penal del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 15 de septiembre de 1999, en el punto IV.10 y 11, establece que «antes de aceptar el proceso de mediación, las partes deben ser informadas de sus Derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias de su decisión, ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión a aceptar el proceso de mediación». Los principios básicos del Manual sobre programas de Justicia Restaurativa (párrafo 7), recomiendan que los procesos restaurativos solamente se usen cuando hay razones suficientes para formular cargos contra el delincuente y se cuenta con su consentimiento libre y voluntario, quien podrá retirar tal consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Los delincuentes también requieren acceso a asesoría legal o información. Para el delincuente, el proceso está lejos de terminar con la celebración de un acuerdo con otras partes. El cumplimiento del compromiso que hace como parte en el acuer-

do es, tal vez, aún más importante. Este segundo aspecto debe comprometer a los delincuentes directamente. Es aquí cuando demuestran que han aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados a ser responsabilizarse de manera real y práctica.

De otro lado, el motivo habitualmente utilizado como argumento contrario a la introducción del proceso restaurativo como complemento en el proceso penal, cual es que puede quebrar el principio de legalidad, no es cierto. Y no lo es porque las posibles vías de carácter restaurativo se deben encontrar bajo la protección, control y exigencia de una legislación que las regule, plasmando las fases del proceso por escrito, para constatación fehaciente, más cuando se trata de acuerdos conducentes a la reparación del daño.

Por ello, resulta necesario que las conclusiones del facilitador, así como el contrato o el documento donde se recoge el acuerdo alcanzado en el marco del proceso restaurativo, sea elevado al juez o tribunal y al Ministerio Fiscal, con el fin de que puedan adoptarse decisiones respecto a los efectos jurídico-penales que traen causa.

3. *Principio de resocialización*

El art. 25.2 CE establece la conexión entre las penas y la reinserción, reeducación y rehabilitación del infractor, apartando así la sanción penal de una finalidad exclusivamente retributiva, y dotándola en su esencia de su potencial reeducacional. El precepto constitucional dispone que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

Partiendo de esta premisa, el proceso restaurativo podría ser un complemento que, a través de la reparación eficaz, ayude a la finalidad de la reinserción, aportando herramientas al sistema de justicia penal, que, de ser utilizadas, amplían el espectro o alcance del fin preventivo-general del Derecho Penal¹⁴.

Es claro, pues, que las bondades de la justicia restaurativa solo pueden entenderse si esta se mantiene dentro del exclusivo ámbito de la justicia penal, tomando así la acertada consideración de ROXIN¹⁵ en

¹⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 222 y 223.

¹⁵ ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, Ed. PPU, 1992, p. 394.

el sentido de que, si la reparación no estuviera bajo la protección del elemento penal, disminuiría su carga intimidatoria.

De esa manera, el esfuerzo realizado por el victimario, conducente a la reparación del daño causado, puede tener un potencial efecto en la minimización de los factores criminógenos, como consecuencia de la situación empática con la víctima, en el sentido de la comprensión del daño causado, limitando así el replicado de su conducta y favoreciendo la reducción de los riesgos de reincidencia delictiva.

Bajo esta filosofía se puede entender que el desarrollo y aplicación de la práctica restaurativa se acomode a todos los supuestos de comisión delictiva, con independencia de su naturaleza y de gravedad.

No obstante lo anterior, a pesar de que la gravedad de las determinadas sanciones penales se correspondan con la trascendencia de la protección del bien jurídico, también se puede afirmar que, incluso en los supuestos de mayor gravedad, sea compatible la aplicación de técnicas restaurativas.

III. La reparación en el ámbito penal

La reparación es uno de los conceptos fundamentales de la justicia restaurativa¹⁶. Constituye, por un lado, la esencia de la restauración del daño causado a la víctima y, a la vez, la consecución del esfuerzo del ofensor en ofrecer con su participación en el proceso restaurativo, la posibilidad de satisfacer las necesidades del perjudicado¹⁷. Por otro, es concebida históricamente como un efecto de la responsabilidad civil derivada del delito, entendida esta como un mecanismo de compensación económica del daño producido como consecuencia de un hecho delictivo¹⁸.

Por la vía de la responsabilidad civil, los tribunales cuantifican en términos monetarios el coste del delito, tanto de los perjuicios materiales o daños físicos, como de los psíquicos. La justicia restaurativa reclama la necesidad de una nueva concepción de la reparación de forma integral, en la que se tenga en cuenta el conjunto de los daños causados

¹⁶ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa», en *Revista Penal*, núm. 47, 2021, pp. 153 ss.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en Tamarit Sumalla, J. (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, 2012, p. 63.

¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Ed. Comares, 2007, p. 103.

a la víctima, con especial atención al daño psíquico y emocional, y como respuesta al mismo se espera del ofensor una conducta reparadora distinta de la puramente económica¹⁹. Este sentido más profundo y más justo de la reparación se expresa también en la necesidad de una reparación a favor de la comunidad, afectada de forma indirecta por el hecho delictivo, que alcanza su mayor sentido en los delitos sin víctima o con víctima no participante en el proceso restaurativo; precisamente, aquellos donde mayoritariamente se prevé la responsabilidad penal las personas jurídicas.

Una concepción restaurativa e integral de la reparación lleva a entender que la misma se encuentra asociada a una serie de elementos que permiten garantizarla. Así, una nota esencial de la misma es la idea de reparación según la propia capacidad, que permite atribuir validez a actos de reparación parcial cuando el responsable cumpla con lo exigible según sus circunstancias personales y sociales; extremo que corroboraremos cuando tratemos, más adelante, la atenuante de reparación prevista en la legislación penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰. Esta idea se encuentra intensificada en la medida que se exija en todo caso del infractor un esfuerzo reparador como «condición necesaria para atribuir valor a su acto, de modo que permita compensar el desvalor propio de la acción delictiva»²¹. Según esta concepción, la reparación no es una magnitud que pueda determinarse de modo estático, sino que es posible calibrar la calidad y el valor del acto reparador al efecto de atribuirle consecuencias jurídicas²².

La concepción dominante respecto a los fines de la pena tiende a acentuar los aspectos preventivo-generales y, normalmente en segundo término, los preventivo-especiales. Tanto una como otra finalidad son, a su vez, explicadas según dos dimensiones, positiva y negativa. Una respuesta al delito de tipo restaurativo contiene elementos comunes con la dimensión positiva de la prevención: en la prevención general,

¹⁹ MARTÍNEZ GAMBOA, R. J., *Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal*, Ed. Editorial Academia Española, 2012, p. 35.

²⁰ MADLENER, K., «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal», en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Ed. UNED, 1989, p. 9.

²¹ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 13.

²² Vid. DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, Ed. Oxford University, 2006. El autor señala que el objetivo principal de un programa de reparación es hacer justicia a las víctimas y comprende un amplio espectro de respuestas orientadas a remediar las diversas formas de daños, entre las que se encuentra la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción, así como aspectos de una dimensión moral, tales como el reconocimiento, que implica el retorno del estatus de ciudadanos a los individuos, y la restauración de la confianza entre estos ciudadanos.

con la idea de restauración de la confianza y de los vínculos comunitarios rotos por el delito, y en la prevención especial, con el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación). La dimensión negativa de la prevención (disuasión en la prevención general e incapacitación en la prevención especial) permanecerá más alejada del ideal restaurativo²³.

Por otra parte, puede pensarse que la pena impuesta en un proceso penal contiene en potencia un cierto poder reparador para la víctima, por su capacidad de afirmar la verdad respecto a lo sucedido y restablecer la dignidad ofendida, compensando el sentimiento de humillación. Pero los ingredientes reparadores del proceso penal pueden aparecer más evidentes si se arbitran mecanismos a través de los cuales se puedan materializar con mayor eficacia, como, por ejemplo, una declaración en sentencia de los efectos que el delito ha tenido para la víctima.

En todo caso, no puede olvidarse que el proceso penal tan solo puede satisfacer estas necesidades reparadoras de manera muy limitada y que en la realización de estas finalidades interfieren los mecanismos de victimización secundaria, como por ejemplo, los efectos de la defensa del ofensor (sobre todo la negación del hecho) o el riesgo de sobreseimiento o absolución (en los supuestos, en que el imputado sea efectivamente el infractor pero no se haya podido probar). Asimismo, la condena del agresor no siempre tiene un efecto benéfico en la víctima, sino que se ha demostrado que, en ciertos delitos, esencialmente aquellos en que existe un vínculo emocional, produce el efecto contrario, pues alimenta su «culpabilización», de tal modo que la ejecución de la pena puede tener efectos indirectos para ella²⁴.

Los procesos de justicia restaurativa están, pues, en condiciones de satisfacer mejor los fines reparadores propios de la pena, incidiendo así, aunque sea de forma parcial, en los fines de prevención general positiva y prevención especial positiva²⁵. En este sentido, debe ser matizada la fórmula según la cual la reparación puede servir como subrogado parcial de la pena. Las consecuencias de la acción reparadora integral respecto a la responsabilidad penal del infractor pueden variar según la naturaleza y gravedad del delito, así como la fase en que se produzca. En la doctrina penal no existe consenso respecto a la medida en que la decisión sobre la intensidad de estos efectos puede

²³ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 16.

²⁴ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Justicia restaurativa y sistema penal*, cit., p. 78.

²⁵ TAMARIT SUMALLA, J., «La justicia restaurativa...», cit., p. 64.

depender del «valor de acción» del acto reparador, de su «valor de resultado» o de ambos. Adoptando una concepción de síntesis entre ambos conceptos, «el carácter valioso de la acción (esfuerzo reparador) sería condición necesaria para que la reparación pudiera surtir efectos a favor del infractor, y el alcance del resultado reparador permitiría modular la respuesta», en el sentido, por ejemplo, de disminuir más o menos la pena a imponer²⁶.

Los efectos de la reparación dentro del proceso penal pueden derivar de la participación del imputado en un proceso restaurativo, pero también de una acción reparadora, que deberá, de igual modo, reunir las condiciones necesarias para que pueda ser merecedora de valor compensatorio del injusto de hecho. En un plano teórico, tan solo cabrá asumir el valor del acto reparador con capacidad de servir como subrogado de la pena en la medida que contenga reconocimiento del hecho y de los daños en la víctima y que implique un esfuerzo reparador. El esfuerzo y el reconocimiento deberían ser adecuados y proporcionados al tipo de victimización causada, teniendo en cuenta si se trata de un daño material o psíquico y del alcance de ambos²⁷.

A partir de aquí nos centramos en la circunstancia atenuante de reparación prevista en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de la persona jurídica; en concreto, dentro del propio Código Penal.

IV. Sobre las circunstancias atenuantes genéricas

1. Consideraciones introductorias

Las circunstancias atenuantes genéricas para la persona jurídica fueron introducidas, junto con la propia regulación de su propia responsabilidad criminal en el Código Penal, con la modificación operada por la reforma 2010²⁸.

Ubicadas originariamente en el art. 31 bis.4 CP, por mor de la reforma 2015 se encuentran actualmente ubicadas en el art. 31 quáter²⁹.

²⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J., «La difícil asunción de la reparación penal por la jurisprudencia española», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.

²⁷ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «Presente y futuro...», cit., pp. 153 ss.

²⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio).

²⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo).

Ha variado la ubicación, pero no la redacción. Así, dicho precepto establece: «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Nos referimos a ellas como atenuantes genéricas por el motivo siguiente. Cuando se trata de cuantificar la responsabilidad criminal de la persona física, el texto punitivo prevé atenuantes genéricas (art. 21 CP), y específicas en distintos tipos penales. Del mismo modo, también se prevén atenuantes específicas en esos o en otros tipos donde se contempla la exigencia de responsabilidad a un ente. Baste recordar que, conforme al art. 31 bis.1 CP, el Derecho Penal ha optado por el sistema de *numerus clausus*, de modo que solo cabe que una empresa pueda responder respecto de los delitos que contengan de modo expreso tal posibilidad. Es el caso de los delitos urbanísticos y de los medioambientales, regulados dentro del mismo Título («De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»); en concreto, arts. 319.4 y 328. Pues bien, el art. 340 dice: «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas». Se está previendo una circunstancia atenuante específica para estos tipos delictivos que alcanza tanto a la persona física como a la jurídica.

Como apuntan González Cussac y Del Moral García, en realidad todas guardan relación con las atenuantes genéricas para las personas fí-

sicas, singularmente la confesión y la reparación³⁰. La semejanza es tal que demandan, como el resto de la doctrina, que se extiendan a estas la exégesis doctrinal y jurisprudencial de aquellas. De hecho, el segundo de los autores citados aprecia excesivo mimetismo y simetría entre ambas, cuando lo recomendable hubiese sido un mayor esfuerzo de adaptación³¹.

2. Naturaleza y fundamento

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado³², dedicada a fijar la posición interpretativa del Ministerio Fiscal en relación con la redacción dada por la reforma 2015 a la responsabilidad criminal de los entes colectivos, dentro del epígrafe dedicado a «El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión» (pp. 18 ss.), en concreto, en el apartado «Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión» (pp. 26 ss.), señala, como novena pauta exegética de los programas de cumplimiento normativo, lo siguiente: «Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, *la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia*³³.

³⁰ Lo que no conduce, indefectiblemente, a sostener que el fundamento coincida entre las previstas en los arts. 21 y 31 quáter, ambos CP. Vid. GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 187 y ss.

³¹ DEL MORAL GARCÍA, A., «Cuestiones generales», en Camacho Vizcaíno, A. (dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 551; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 250.

³² Fiscalía General del Estado: *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

³³ La cursiva no está en el original.

Una exégesis precipitada pudiera inducir a pensar que las atenuantes operan en el marco de la implantación en la empresa de «modelos de organización y gestión» (expresión literal empleada en el art. 31 bis.2 CP, entre otros). Dicho de otro modo, que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de una persona moral solo desplegarán tal eficacia si la empresa ha implementado un *compliance program*, como es también llamado el programa o protocolo de cumplimiento normativo incluso en el mundo de habla española.

Ciertamente ello no se infiere de la redacción legal, ni así lo ha venido interpretando la doctrina científica o la jurisprudencia; al margen, claro está, de la previsión contenida en la letra d) del art. 31 quáter.

Cuestión distinta es que, como apunta la Fiscalía, las atenuantes permitan llegar a la exención de pena. De entrada, no deja de resultar, al menos *prima facie*, una *contradictio in terminis*: o se atenúa la responsabilidad, permaneciendo, en todo caso, o desaparece por la concurrencia de una eximente; siendo técnicamente imposible que una rebaja de la pena pueda culminar en su desaparición. La expresión máxima de aquella es la sustitución –pero no más–, lo que ocurre con la pena de prisión en el sistema penal vía art. 71.2 CP: cuando en aplicación de las reglas de determinación de la pena resulte una de prisión inferior a tres meses, deberá ser sustituida por multa, trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente.

Algún autor ha hecho alusión a tal posibilidad. Se refiere Feijoo Sánchez, a modo de ejemplo, a la colaboración con la justicia. En tanto representa una correcta organización del ente («por ejemplo, en cuanto el Consejo de Administración tiene conocimiento de que un administrador está intentando sobornar a un funcionario y antes de [que] exista cualquier investigación o procedimiento se presenta la denuncia correspondiente») ³⁴, puede llegar a excluir su responsabilidad penal.

Se trata de atenuantes *ex post factum*, esto es, operan una vez cometido el hecho delictivo.

La doctrina mayoritaria las vincula a criterios de colaboración y estrategia procesal. En tanto despliegan su eficacia una vez consumado el delito, su fundamento se haya ligado a razones pragmáticas o político-criminales ³⁵.

Dos órdenes de consideraciones son en concreto añadidas. La primera reproduce la opinión del Ministerio Público expresado en la cita-

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Díaz-Maroto Villarejo, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas penales*, Ed. Aranzadi, 2011, p. 130.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 122 ss.

da Circular 1/2016 en el sentido de que, como quiera que se trata de actuaciones que tienen lugar una vez descubierto el delito, su adopción pone de manifiesto el compromiso de la empresa con la sociedad³⁶.

La segunda difiere sustancialmente de la anterior. Según Carbonell Mateu y Morales Prats, este sistema de atenuantes «reconduce de manera recurrente a la idea de rendición-colaboración procesal, de arrepentimiento o bien de autoinculpación o aceptación de responsabilidad. Subyace en este entendimiento de las atenuantes un planteamiento inquisitivo *tout court*, en el que queda el ejercicio del derecho de defensa, en caso de no triunfar en términos de absolución, queda punitivamente tarifado, bajo el peaje de exclusión de circunstancias atenuantes». Consecuencia de ello, entienden que «poco compatible parece este régimen de atenuantes con los derechos constitucionales a la defensa y a la presunción de inocencia ex art. 24.2 Constitución Española»³⁷.

En la misma línea se ubican otros autores, planteando por igual sus dudas sobre su compatibilidad con el derecho de defensa, al demandar del imputado una suerte de allanamiento procesal³⁸.

Lo cierto es que se trata, como se ha dicho, de actuaciones que tienen lugar con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, es decir, una vez conformado el injusto culpable. Ello conduce a su ubicación en sede de punibilidad, lo que permite poner el acento en razones político-criminales de necesidad o merecimiento de pena³⁹.

Por último, tratamos aquí la «acreditación parcial» de las condiciones de exención en tanto produce un efecto atenuante en la cantidad de respuesta penal. Se discute, de entrada, su significado, lo que el legislador ha querido decir con tal expresión. La redacción es ciertamente

³⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. J., «Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus administradores», en Giménez Zuriaga, I. (dir.), *Manual Práctico de Compliance*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 56.

³⁷ CARBONELL MATEU, J. C., MORALES PRATS, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en ÁLVAREZ GARCÍA F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 77.

³⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, p. 284.

³⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Romeo Casabona, C. M./Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M. A. (coords.), *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Comares, 2013, p. 342; DE LA MATA BARRANCO, N. J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2013, p. 238; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 130; GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 82 y 83; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 614 y 615.

equivoca, pues puede dar a entender que no es tanto un cumplimiento deficiente o insuficiente de las condiciones de exención, como de un déficit probatorio⁴⁰. La doctrina absolutamente mayoritaria opta por lo primero. La rebaja se produce, pues, por mor de la ausencia de un cumplimiento total. Dicho de otro modo, «los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» implementados en la empresa, materializados en un programa de cumplimiento penal, han sido solo parcialmente eficaces en orden a evitar la comisión del hecho delictivo. Y nada tiene que ver con la superación parcial o total de los estándares probatorios constitucionales. Es, pues, una acreditación parcial sustantiva, no procesal, como apunta León Alapont, recogiendo ese sentir doctrinal absolutamente mayoritario⁴¹.

En cualquier caso, es objeto de crítica. En opinión de De la Mata Barranco, la virtualidad atenuatoria se liga a la deficiencia del correspondiente programa o protocolo, premiando el esfuerzo, aun insuficiente, desplegado por el ente. Pero la traducción que hace de esto es ciertamente contundente: «es como decir que no se ha sido totalmente diligente, pero tampoco totalmente negligente, introduciendo confusión y abriendo la puerta a atenuaciones que no tendrán en realidad mucha justificación»⁴².

En segundo lugar, se discute su naturaleza: si opera como atenuante o como eximente incompleta (art. 21 1.ª CP). La discusión no es baladí, pues varía el tratamiento penológico. En el segundo caso, es imperativa la rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 66 bis CP), resultando una pena muy inferior a la que resultaría de tratar tal previsión como simple atenuante (salvo que se valore como muy cualificada). La doctrina mayoritaria se decanta por tratarla como eximente incompleta⁴³.

⁴⁰ JUDEL PRIETO, A., «Las personas jurídicas», en Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 7.ª edic., Ed. Aranzadi, 2017, p. 369.

⁴¹ LEÓN ALAPONT, J., *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 274. En igual sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 204 y 205, remitiendo a GÓMEZ TOMILLO, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», en *Diario La Ley*, núm. 8861, 2016.

⁴² DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos», en Juanes Peces, A. (dir.): *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, núm. 521.

⁴³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Palma Herrera, J. M. (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, 2014, p. 97; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 614.

3. *Numerus clausus*

El art. 31 quáter, como antes vimos, comienza diciendo «Solo podrán considerarse». Se trata, pues, de una previsión excluyente. En otras palabras, el sistema penal español contiene un catálogo cerrado de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque es excluyente, al menos en términos lingüísticos, no es exclusiva, dado que, como acabamos de ver, también se prevé la atenuación/exención parcial de la cantidad de pena en caso de acreditación parcial de las condiciones de adopción de los modelos de organización y gestión. Precisamente por esta razón, sostiene De la Mata Barranco que el recurso a la expresión «solo» resulta incorrecta⁴⁴.

Se apunta que el motivo por el que se establece también un *numerus clausus* en este extremo es la necesidad de evitar que, por analogía, las personas jurídicas puedan beneficiarse de las circunstancias atenuantes previstas para las personas físicas⁴⁵.

El motivo que se arguye es que no son trasladables dada su especial naturaleza⁴⁶. Pues bien, se puede entender, compartiéndose o no, el fundamento de una previsión cerrada de circunstancias aplicables a la persona moral: evitar que puedan beneficiarse de la extensión analógica de las contempladas para las personas físicas. Pero si ese es el motivo, será porque es posible dogmáticamente tal extensión analógica. Por lo tanto, resulta ilógico que se diga, a continuación, sin ulterior matiz, que no son trasladables en razón de su naturaleza. Es a todas luces evidente que un ente colectivo no puede resultar beneficiado de la atenuante de grave drogadicción, o la de obrar por arrebato u obcecación⁴⁷, pero nada obsta respecto de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter objetivo. De hecho, como más abajo veremos, se discute en el seno de la doctrina sobre la extensión de la atenuante de dilaciones indebidas y, precisamente, de la analógica, al punto de que la jurisprudencia está materializando dicha extensión –lo que, a nuestro modo de ver, tampoco debe ser aplaudido, menos aún de

⁴⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión...», cit., núm. 520.

⁴⁵ Recordemos que responde por igual al criterio de catálogo cerrado los delitos que puede cometer la persona jurídica, conforme prevé el art. 31 bis.1 CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables».

⁴⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. J., «Régimen jurídico...», cit., p. 56.

⁴⁷ En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión y modificación de la responsabilidad», en Ayala Gómez, I./Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.): *Memento Práctica Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre, 2016, núm. 1537.

modo entusiástico—. En definitiva, solo responde a un estricto razonamiento lógico-deductivo la exclusión de la aplicación a las empresas de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de naturaleza subjetiva previstas para las personas físicas.

Como puede rápidamente colegirse, esta configuración legal ha generado una intensa controversia, en la que los jueces y tribunales participan. Un sector doctrinal ha criticado que no se hayan previsto las atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica, al punto que propone aplicarlas aun cuando la ley no las recoja. Las razones que se aducen son del siguiente tenor:

1. El «solo podrán considerarse» del texto legal significa que esas son las que el legislador expresamente ha previsto, lo que no excluye la posibilidad de aplicar otras⁴⁸.

2. Resulta discriminatorio tratar de modo desigual a las personas físicas y a las jurídicas, por ejemplo, pudiendo unas beneficiarse de los avatares casuales del procedimiento y otras no⁴⁹.

3. El legislador ordinario no tiene capacidad para derogar el principio constitucional de culpabilidad para las personas jurídicas, de modo que también respecto de ellas la única pena lícita es la adecuada a la gravedad de su culpabilidad, y para su medición habrá que valorar todas las circunstancias concurrentes⁵⁰.

4. Frente a una pena de multa, el retraso del proceso beneficiará más que perjudicará por mor del fenómeno inflacionario: cuanto más tarde se pague, menor será el daño patrimonial. Por el contrario, no puede decirse lo mismo del coste que comporta siempre la pendencia de un proceso penal, el cual también ocasiona indudables perjuicios a una empresa, quebrantos que están en el fundamento de la atenuante⁵¹.

⁴⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 140.

⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2013, pp. 86 y 87; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B. J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2012, p. 182; PÉREZ MACHÍO, A. I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*, Ed. Comares, 2017, p. 132; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, cit., p. 140.

⁵⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal...*, cit., p. 141.

⁵¹ DEL MORAL GARCÍA, A.: «Cuestiones generales», Camacho Vizcaíno, A. (dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 552.

5. Respecto de la atenuante analógica, supondría una válvula de escape para que los tribunales operen con una cierta discrecionalidad⁵².

6. El hecho mismo de que se prevean otras, caso de la eximente incompleta del programa de cumplimiento, a la que antes aludimos⁵³.

7. Conjurar el perjuicio reputacional de aparecer como investigada en un proceso penal, así como la posible afectación de la actividad contractual, dado que algunos clientes pueden huir hacia la competencia por el solo hecho de saber que la empresa estaba sometida a proceso penal⁵⁴.

Se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de la no extensión de estas atenuantes, fundamentalmente por dos razones. La primera es la no igualdad y discriminación apuntada en el trato entre las personas físicas y las jurídicas. La segunda, la afectación del derecho de defensa y de la presunción de inocencia⁵⁵.

Frente a este entendimiento, lo cierto es que casi todos los autores admiten que el tenor literal del precepto se erige en argumento infranqueable. Por lo tanto, salvo que se presente una cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional declare la nulidad del precepto, la analogía, como el resto de las atenuaciones no previstas, parecen vetadas precisamente por el claro tenor literal⁵⁶.

Dos razones adicionales. Primera. Si el fundamento de la atenuante de dilación indebida es que el transcurso del tiempo disminuye la culpabilidad por la aflicción asociada a la espera –lo que tampoco es claro–, es obvio que el argumento se diluye cuando se trata de personas jurídicas, incapaces de sentir aflicción. Segunda. En el caso de la atenuante analógica, puede que haya sido una decisión meditada del legislador. Así, «tras comprobar el imaginativo uso de esta atenuante por parte de la jurisprudencia en el caso de las personas físicas, ha querido poner coto a las aún mayores posibilidades que la aplicación «analógica» ofrecería en el ámbito de las personas jurídicas»⁵⁷.

⁵² MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal...», cit., p. 61.

⁵³ VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas (análisis de su jurisprudencia)*, Ed. Aranzadi, 2020, p. 126.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación...», cit., p. 182; MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP», en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, 2010, p. 59.

⁵⁶ CIGÜELA SOLA, J./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, p. 92.

⁵⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1539. La negrita ha sido modificada respecto del original.

De hecho, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sostiene que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable que no resulten de aplicación las ya citadas atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica. Por ese motivo, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una interpretación análoga *in bonam partem* de dichas atenuantes, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. No obstante, termina afirmando que, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde una reforma legal, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes previstas⁵⁸. Y como dice acertadamente Ortiz de Urbina Gimeno, «si la seguridad jurídica (y el principio democrático) imponen el respeto al texto de la disposición al Ministerio Fiscal, no se ve por qué ha de ser de manera distinta en el caso de otros operadores jurídicos, también sometidos a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. También estos, en tanto llegue o no la mencionada reforma, habrán de atenerse al listado de CP art. 31 quáter»⁵⁹.

Se aportan por la doctrina, en todo caso, razones para pensar que no hay motivos por los que la actual previsión legal —que, recordemos, restringe las atenuantes a la confesión ante las autoridades, la colaboración con la investigación de los hechos, la reparación o disminución del daño ocasionado y la creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control a fin de evitar futuras comisiones de delitos—, tenga que ser declarada inconstitucional. En primer lugar, por amplio margen que le concede el Tribunal Constitucional al legislador, citándose, entre otras, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo (ECLI: ES: TC:2008:59), y 60/2010, de 7 de octubre (ECLI: ES: TC:2010:60). En segundo lugar, porque las penas previstas para las personas jurídicas llevan años aplicándose como sanciones administrativas, y el Derecho Administrativo sancionador no prevé circunstancias atenuantes; de modo que, «si no previéndose circunstancia atenuante alguna, no se ha puesto en duda su constitucionalidad, menos aún puede ponerse en duda la constitucionalidad del sistema penal, que sí las prevé, aunque no todas las que querrían algunos intérpretes»⁶⁰.

Por último, las mismas razones que se emplean para rechazar la aplicación de la atenuante analógica deben emplearse, según Cortés

⁵⁸ Fiscalía General del Estado: *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010* [en línea: www.fiscal.es].

⁵⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1535.

⁶⁰ *Ibidem*, núm. 1533.

Bechiarelli, para rechazar la posibilidad de aplicar eximentes incompletas genéricas. «Piénsese, por ejemplo, en la eventual aplicación de un estado de necesidad incompleto, al probarse que la comisión de los hechos delictivos obedece a un ánimo de salvar los intereses económicos de una empresa»⁶¹.

Obviamente, todas consideraciones anteriores no impiden que el tribunal tome en consideración las dilaciones indebidas u otra circunstancia a la hora de graduar la pena. Es más, tal como apunta, con acierto el citado autor, es lo que procede como regla general en materia de interpretación de las normas jurídico-penales (*favoralia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*)⁶².

V. La circunstancia atenuante de reparación

1. Concepto y contenido

Existe unanimidad en que se trata de una traslación de la previsión contenida en el art. 21 CP para las personas físicas. Existe, eso sí, un matiz: en el art. 31 quáter no se hace referencia al daño causado a la víctima, sino del daño ocasionado por el delito⁶³. Coincidimos con Feijoo Sánchez en que la razón puede hallarse en que muchos de los delitos previstos que generan responsabilidad penal de la persona jurídica tutelan bienes jurídico-penales supraindividuales⁶⁴.

Reparación significa restablecer la situación alterada con el delito. Por su parte, la disminución comporta únicamente una reducción de los efectos del delito, que no tiene que ser completa, pero sí significativa y mostrar que el culpable ha realizado el mayor esfuerzo que le era posible⁶⁵.

En efecto. También hay consenso respecto del hecho de que, bajo determinadas circunstancias, modos y condiciones, cabe la reparación parcial. En alguna ocasión, no obstante, se ha admitido, incluso, una

⁶¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b y c)», en Juanes Peces, A. (dir.), *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, núm. 613.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Art. 21 CP: «Son circunstancias atenuantes: [...] 5.ª 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».

⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal...», cit., p. 134.

⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 253.

reparación simbólica, como recuerda la STS 8/2005, de 17 de enero, FD 2.º, citando las SSTS 216/2001, de 19 febrero, y 794/2002, de 30 de abril, entre otras.

La reparación parcial hay que valorarla en relación al caso concreto, tomando en consideración las características del hecho delictivo, el daño ocasionado y las posibilidades de la persona moral.

En general ha sido aplicada con excesiva generosidad por la jurisprudencia, al punto de permitir reparaciones exiguas. Así, Velasco Núñez cita el caso de la SAP Zaragoza, Sección 6.ª, 337/2014, de 25 de noviembre, FD 4.º (ECLI: ES: APZ:2014:2444), que la apreció, incluso como muy cualificada, aunque resarcó una proporción inferior al uno por cierto del perjuicio⁶⁶.

Respecto a la reparación inmaterial o no pecuniaria, concreciones como el perdón, la participación activa en la recuperación, o la colaboración personal con la víctima o su familia, admitida mayoritariamente en el ámbito de las personas físicas, parece más difícil en el caso de los entes colectivos, si bien no cabe excluirla⁶⁷.

Ejemplo paradigmático de reparación por parte de una empresa es la satisfacción de su deuda tributaria en el marco de una sentencia condenatoria por defraudación fiscal.

En otro orden de cosas, teóricamente la reparación debe llevarse a efecto con cargo a los activos de la propia empresa. No obstante, en la resolución de la Audiencia Provincial de Zaragoza antecitada, no consta de qué caudal se tomó la cantidad destinada a reparar.

2. *Fundamento*

Ya antes apuntamos la opinión mayoritaria de la doctrina, vinculando el fundamento de las atenuantes a criterios de colaboración y estrategia procesal. En efecto, en tanto esta, como las otras, despliega su eficacia una vez consumado el delito, su razón de ser se haya ligada a cuestiones pragmáticas o político-criminales.

A lo dicho hay que añadir, en este caso en concreto, los siguientes matices. En primer lugar, como apunta Cortés Bechiarelli, el pragmatismo aludido se concreta en que pueden ser más razones económicas que

⁶⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años...*, cit., p. 124.

⁶⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1547.

pietistas las que muevan a la empresa a reparar: la propia supervivencia de la empresa⁶⁸.

Se añade otro motivo vinculado a los fines de los programas de cumplimiento normativo: reparando, si ello estaba previsto en los protocolos de prevención de delitos de la empresa, gana la empresa en términos reputacionales. Ello puede representar, además, un indicio de la voluntad social de apartarse de comportamientos criminales.

De resultas, otras razones político-criminales que, al menos teóricamente, están tras estas atenuantes *ex post factum* quedan un tanto desdibujadas, sin que ello obste a que se persiga, o se facilite, la protección de la víctima, que se puede encontrar aún más desvalida si tiene en frente a una gran corporación.

En segundo lugar, está siendo interpretada por la jurisprudencia en términos estrictamente objetivos; por lo tanto, dejando de lado los móviles que han conducido al ente a reparar o disminuir los efectos del delito, entre ellos, la propia espontaneidad que puede impulsar al autor a intentar reparar inmediatamente después de cometer el hecho delictivo (llamando a una ambulancia para que atienda a la persona herida a la que le acaba de disparar)⁶⁹.

3. Voluntariedad

El acto u actos reparadores tienen que estar presididos por la voluntariedad. Precisamente por ello, en alguna ocasión la jurisprudencia ha rechazado la apreciación de la atenuante cuando no ha quedado acreditado este extremo. Así, la SAP Pontevedra, Sección 5.ª, 207/2015, de 18 de junio, FD 8.º (ECLI: ES: APPO:2015:1356): no aprecia reparación a pesar de haber ofrecido una finca para resarcimiento de la posible responsabilidad civil derivada del delito, pretendiendo la defensa que se tuviese en cuenta al menos de forma parcial.

No obstante lo anterior, no se atiende a lo demandado, fundándose el tribunal de apelación en el siguiente razonamiento. Por un lado, «el ATS de 27 noviembre 2014 recuerda la doctrina del mismo Tribunal que sostiene que deben ser excluidos para la determinación de la atenuante: 1. Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. 2. Supuestos de constitución de fianza

⁶⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 641.

⁶⁹ En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1547.

exigidos por el juzgado. 3. Conductas impuestas por la Administración. 4. Simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente».

A partir de ahí, afirma que «si se atiende al indicado “ofrecimiento”, se aprecia que no es tal, pues la Abogacía del Estado había solicitado la adopción de medidas cautelares en orden a formar la correspondiente pieza de responsabilidad civil, solicitando la prestación de fianza y en su caso la práctica de embargo de una serie de fincas de la sociedad» y del que resultó condenado. Y sigue diciendo: «Estos, al evacuar el traslado otorgado para señalar bienes libres para garantizar responsabilidades pecuniarias, se opusieron a la adopción de tales medidas por estimar que no concurrían los requisitos necesarios para ello, si bien en el Otrosí del escrito presentado señalaron la finca “Baixa Redonda”, que se decía libre de cargas y gravámenes».

Concluye el tribunal de apelación afirmando «que no se trató de un acto libre y voluntario dirigido a resarcir tal posible responsabilidad, sino del simple cumplimiento de una resolución judicial, que a su vez había respondido a la previa petición de la Administración perjudicada, pero sin que se hubiera llegado ni siquiera a ofrecer la finca como pago de tal responsabilidad».

4. Sujeto reparador

El art. 31 quáter c) exige que la reparación por parte de la sociedad se lleve a cabo «a través de sus representantes legales», si bien ello no significa que tengan que ser ellos los que materialicen el acto de reparación o disminución del daño, que deban hacerlo personalmente⁷⁰.

Cuestión distinta es a quien le compete la decisión, para lo que habrá que estar a cada entidad en concreto⁷¹.

Consecuencia de lo anterior, se hace notar por la doctrina la imposibilidad de que sean los administradores, o los trabajadores, o incluso, un grupo de accionistas, quienes reparen, motivados, en última instancia, por ejemplo, por el interés en salvar la empresa⁷².

⁷⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad...», cit., núm. 288; tesis a la que se adhieren GÓMEZ MARTÍN, V./NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, p. 16.

⁷¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 641.

⁷² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad...», cit., núm. 286; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Causas de exclusión...», cit., núm. 1529.

Ahondando en esta exigencia, advierten De la Mata Barranco y Hernández Díaz que ese cargo puede ostentarlo un simple gerente, aunque es él la única persona con capacidad de representación, el cual puede ser, incluso, quien haya cometido personalmente el delito. A partir de ahí afirman lo siguiente: «Parece absurdo pensar que el responsable del delito, aún no siendo representante legal de la empresa, esté en disposición, por sus actos, de provocar la responsabilidad penal de ésta, pero no de atenuar la misma, aunque sea quien confiese, colabore, repare o disminuya el daño».

Frente a ello, los citados autores formulan varios interrogantes: «trabajadores que quieran colaborar con el descubrimiento del hecho, cuentapartícipes que deseen minorar el daño causado o saldar la deuda generada, ¿no pueden contribuir a una minimización del perjuicio generado y evitar sanciones a la persona jurídica que indirectamente les pueden perjudicar a ellos?». Y siguen preguntándose, pero ahora en sentido opuesto: «estando de acuerdo con la actuación delictiva quienes por decirlo de alguna manera representan el alma de la persona jurídica (consejeros, directivos, accionistas) y sin ser los mismos partidarios de esas actuaciones reparadoras, el comportamiento de un representante legal, aún contra la voluntad de los anteriores, ¿atenuará la responsabilidad?»⁷³.

En definitiva, puede resultar lógica la crítica a esta restricción legal, por innecesaria y por incomprensible. Por ello, solo en parte no debe sorprender tanto que la ya mencionada SAP Zaragoza 337/2014 admitiese la reparación efectuada por el administrador, sin que se dejase constancia en sentencia de que la formalizaron los representantes legales. Y matizamos lo dicho porque también en España es cada vez más frecuente encontrarse con resoluciones judiciales que, en su interpretación de la norma, van más allá del límite, representado, como es por todos sabido, por el máximo del sentido literal posible.

5. Alcance subjetivo

La atenuación de la responsabilidad parece que debería alcanzar a la persona que la haya efectuado. Ya dijimos que, sea la persona física o la persona jurídica quien repara, debe provenir, razonablemente, de ella. De este modo, si se trata de una aportación económica, el origen

⁷³ DE LA MATA BARRANCO, N. J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Los problemas...», cit., pp. 238 y 239.

tendría que ser su propio patrimonio. Por lo tanto, debería resultar beneficiado quien realiza la aportación.

La jurisprudencia no lo viene entendiendo así. La SAP Lleida, Sección 1.^a, 82/2018, de 28 de febrero (ECLI: ES: APL:2018:315), frente a la satisfacción de la integridad de la cuota defraudada, así como de los intereses y de la multa por parte de la empresa, extiende la atenuación a la persona física.

En el mismo sentido se pronuncia el SAP Valencia, Sección 4.^a, 417/2017, de 15 de junio, (ECLI: ES: APV:2017:1978). Por su parte, la ya citada SAP Zaragoza 337/2014 omite toda referencia a quién efectuó la reparación, alcanzando a ambos, persona física y jurídica⁷⁴.

La respuesta podría variar, incluso, dependiendo del modelo teórico que se asuma. Responde a cierta lógica que los partidarios de la autorresponsabilidad, en tanto entienden que el ente colectivo realiza su propio injusto, el llamado «delito corporativo», exijan la individualización de la reparación y, por ende, de su alcance subjetivo. Por el contrario, los defensores del modelo de heterorresponsabilidad, en cuanto la responsabilidad criminal de la persona jurídica toma carta de naturaleza porque se la transfiere la persona física autora del delito, sea cual sea el hecho de conexión (un directivo o un empleado), tendrá menos inconvenientes en que los efectos atenuatorios de la reparación alcance tanto a la persona moral como a la persona física, con independencia de quien hay materializado la reparación o disminución de los efectos del delito.

6. Alcance temporal

El art. 31 quáter c) está redactado en términos amplios desde el punto de vista temporal, pues permite la actuación reparadora «en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral».

De acuerdo con esta redacción, caben dos interpretaciones, una poniendo el acento en lo formal, y otra en lo material. Desde una perspectiva formal, «con anterioridad al juicio oral» puede identificarse con el momento del dictado del auto de apertura del juicio oral, pues como apunta con acierto León Alapont, si bien refiriéndose a la atenuante cuarta –el *compliance post delicto*–, la cual puede entrar en juego hasta

⁷⁴ Resoluciones citadas por VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años...*, cit., pp. 123 y 124.

«antes del comienzo del juicio oral», «en puridad, desde una perspectiva estrictamente formal el juicio oral se inicia con dicha resolución»⁷⁵.

La perspectiva material, que permite introducir una interpretación más favorable al reo, logra prolongar el plazo límite para reparar hasta el mismo inicio de la primera sesión del juicio oral. También son razones de coherencia intrasistemática las que invitan a acomodarse a este entendimiento, en tanto la circunstancia genérica prevista en el número 5.º del art. 21 CP permite reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, «con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

La jurisprudencia, también en este punto, sostiene una interpretación amplia, permitiendo la reparación al momento de celebración de la vista oral, finalizada esta e, incluso, con posterioridad a la sentencia. En este sentido se citan las SSTs de 17 de enero y 2 de junio de 2005⁷⁶.

7. Penalidad

De conformidad con lo establecido en el art. 66 bis CP, que regula los criterios de determinación de la pena, cabe la apreciación de la atenuante como cualificada simple, lo que conlleva la imposición de la pena en su mitad inferior (regla 1.ª); o como muy cualificada, lo que permite la rebaja en uno o dos grados (regla 2.ª).

Cabe la posibilidad, pues, de que concurran varias, lo que permitirá una sustancial rebaja penológica, pues la pena de multa puede quedar reducida una cuarta parte.

⁷⁵ LEÓN ALAPONT, J., *Compliance penal...*, cit., p. 282.

⁷⁶ Resoluciones citadas por CORTÉS BECHIARELLI, E., «Causas de atenuación...», cit., núm. 642; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 253, respectivamente.