

LAS CIRCUNSTANCIAS EXTINTIVAS Y LAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

¿NUMERUS CLAUSUS?

EXTINGUISHING AND MODIFYING CIRCUMSTANCES ON THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS: NUMERUS CLAUSUS?

Esteban Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2024
Fecha de aceptación: 8 de marzo de 2024

SUMARIO: 1. Un planteamiento singular. 2. El Legislador desconfía de la responsabilidad penal de la persona jurídica. 3. La única eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Un catálogo de circunstancias modificativas exclusivo para las personas jurídicas. 5. Desigualdad, principio de legalidad y aplicación analógica de normas beneficiosas.

RESUMEN:

Entre las muchas singularidades del régimen jurídico establecido en el Código Penal para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra un sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas, compuesto por una eximente y cinco atenuantes, sin ninguna previsión de agravantes, que operan como Ley especial respecto del régimen general de los artículos 20 a 23 de ese mismo texto, y que por ello lo desplazan y hacen inaplicable para las personas jurídicas. En este trabajo se indaga en el sentido y justificación de estas previsiones, y se analiza su eventual

confrontación con el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley.

ABSTRACT:

Among the many peculiarities of the legal regime established in the Criminal Code to determine the criminal liability of legal persons, there is a system of excluding and modifying circumstances, composed of one exemption and five mitigating circumstances, without any provision for aggravating ones, which operate as a special law with respect to the general regime of articles 20 to 23 of the same text, and that therefore displace it and make it inapplicable to legal persons. This paper investigates the meaning and justification of these provisions, and analyzes their eventual confrontation with the right to equality in front of the law.

PALABRAS CLAVE:

Agravantes; atenuantes; compliance penal; eximentes; responsabilidad penal de personas jurídicas.

Keywords:

Aggravating factors; criminal compliance; criminal liability of legal persons; extenuating circumstances; mitigating factors.

1. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR

Cuando la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó al ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no lo hizo articulando una nueva forma de autoría (paralela al tradicional régimen jurídico penal de las personas físicas), que ajustara a las especialidades de estos entes las previsiones genéricas del Código Penal, sino estableciendo un régimen jurídico propio y específico para ellos, con más diferencias que coincidencias con el previsto para las personas físicas.

Entre estas especialidades destaca el sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad penal, que establecen los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter de este mismo texto en los siguientes términos:

- a. Sólo existe una circunstancia eximente, consistente, en esencia, en la adopción y ejecución eficaz, antes de la comisión del delito, de “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.
- b. Se prevén únicamente cinco atenuantes. El artículo 31 quáter del Código dice que “sólo podrán considerarse” como tales las cuatro contenidas en la

relación que se efectúa en él, y que son la confesión de la infracción a las autoridades; la colaboración con la investigación (aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos); la reparación o disminución del daño causado por el delito; y el establecimiento de 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 (compliance penal). Incrementando el carácter restrictivo con el que el Legislador ha previsto las posibilidades de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, precisa también el artículo 31 quáter que los hechos que las configuran deben haberse realizado “con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales”.

Pero ese precepto olvida que los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis, tras regular la única causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas (en relación con los dos ámbitos de actuación delictiva que establece el artículo 31 bis.1), indican respectivamente: “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena” y “en este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”. Este formato de atenuación permite construir, así (“atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren”, en los términos del artículo 68 del Código), tanto una semieximente como, en su defecto, una atenuante ordinaria¹.

- c. Y no se establece, de manera expresa, para su aplicabilidad específica a las personas jurídicas, ninguna circunstancia agravante.

De lo que se trata ahora es de indagar en los fundamentos y efectos de esta singularidad.

2. EL LEGISLADOR DESCONFÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Cuando leí en el “Boletín Oficial del Estado” la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tuve la vívida impresión de que el Legislador que estaba incorporando al ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas no actuaba convencido de la bondad ni de la utilidad de esta regulación, y que lo hacía con una manifiesta desconfianza y prevención hacia ella. Esta sensación

¹ MARTÍN FERNÁNDEZ, D., “De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica”, publicado el 28 de mayo de 2019, pp. 3 y 7. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/de-las-atenuantes-aplicables-la-responsabilidad-penal-diego/?originalSubdomain=es> (última consulta: 4 de febrero de 2024).

resultaba de los tres siguientes y cumulativos motivos:

- a. De que era una regulación eminentemente teórica, sin ninguna previsión ni posibilidad de hacerla operativa en términos prácticos (forenses), al no haberse acompañado de una coetánea modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que resolviera los inevitables problemas operativos resultantes de su aplicación en un sistema procesal hecho a la medida y en consideración a las características propias de la persona física (entonces no se podía saber a quién y cómo se notificaría la condición de investigada de una persona jurídica, ni cómo declararían ésta en el Juzgado de Instrucción, ni quién y cómo se sentaría en el banquillo en su nombre o representación cuando llegase el momento del Juicio Oral, ni, entre tantas otras cuestiones prácticas semejantes, quién y cómo podría decidir una eventual conformidad con la acusación). Y me afianzó en aquella sensación inicial el hecho de que el Legislador tardara dieciséis meses en aprobar la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, con la que daba respuesta a estas cuestiones, y hacía procesalmente viable la tramitación de una causa contra una persona jurídica.
- b. De que esta responsabilidad penal de las personas jurídicas no se incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico como una nueva modalidad de autoría o participación criminal, pareja a la de la persona física, y aplicable a todos los casos en que pudiera apreciarse una intervención de la persona jurídica en la realización de un hecho delictivo, con la misma vocación de generalidad en que venía redactado el artículo 15 bis del texto refundido de 1973, sino de una manera fragmentaria y doblemente selectiva². De este modo, su aplicabilidad quedaba restringida, por un lado, y en los términos en que quedó redactado el artículo 31.bis.1, a “los supuestos previstos en este Código” (careciendo por completo de justificación que una modalidad de autoría sólo pueda aplicarse a un *numerus clausus* de figuras delictivas); y, por otro, y de conformidad con la expresa previsión del entonces artículo 31.bis.5, se excluía de esta responsabilidad penal “al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público” y “a aquellas otras

² No me sirven, a estos efectos, las superficiales invocaciones a su imposibilidad material de cometer delitos contra la vida o de agresión sexual, pues, por un lado, la responsabilidad penal no sólo se exige a los autores materiales de la acción típica (siendo especialmente fácil concebir, en el ámbito de la actuación de las personas jurídicas, supuestos de cooperación necesaria en comisión por omisión); y, por otro, el propio Legislador ha derribado aquellos prejuicios al incorporar (mediante la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre) un apartado 5 al artículo 184 del Código penal, en el que establece la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de acoso sexual. No hay, así, ningún obstáculo que impida plasmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de autoría.

que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Era la fiel traslación, al nuevo régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de aquel brocardo decimonónico que postulaba que “al indiferente, la legislación vigente”.

- c. Y de que esa responsabilidad no alcanzaba, paradójicamente, a los dos supuestos en que el delito incide de manera más directa en el ámbito estructural y funcional de la persona jurídica y que, por ello, ésta debe tutelar de manera más intensa y eficaz, y asumir, de no hacerlo, y provocarse la lesión de alguno de los bienes jurídicos implicados, el correspondiente reproche penal: los delitos contra los derechos de los trabajadores (respecto de los que el artículo 318 del Código Penal vigente establece que, si los hechos se atribuyeran a personas jurídicas, “se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”, pudiéndose también imponer las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del mismo texto legal) y a los delitos societarios (pese a que, en su mayoría, son delitos especiales que sólo pueden cometer, a título de autor, los administradores de hecho o de derecho de esas personas jurídicas)³.

Desde esta perspectiva, la limitación del catálogo de circunstancias eximentes y atenuantes aplicables a las personas jurídicas, y la inexistencia de previsión alguna que permita reconocer la eventual concurrencia de ninguna agravante, deben enmarcarse en *la decidida voluntad del Legislador de singularizar la responsabilidad penal de la persona jurídica como un título de imputación extravagante⁴, muy diferente al que justifica la responsabilidad de la persona física (y quizá imposible de reconducir a un fundamento común).*

3. LA ÚNICA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. La previsión expresa, sus requisitos, y su justificación.

El artículo 31 bis del Código ha concretado una doble vía para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Como resumía el apartado VII del

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 74-77, con otras referencias.

⁴ En los dos sentidos que reconoce el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “que se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar”; y “raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original”.

Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en ellas [artículo 31 bis.1.a)], “se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación” [artículo 31.bis.1.b)].

Respecto del primero de esos cauces de imputación de la persona jurídica, la exención de la responsabilidad penal exige el cumplimiento, cumulativo, de las condiciones establecidas en el artículo 31 bis.2 del Código, y consistentes en la adopción y ejecución eficaz de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la atribución de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos (con la única salvedad de lo previsto en el artículo 31 bis.3); que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente esos modelos de organización y de prevención; y que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de aquellas funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que las tiene atribuidas.

Y, respecto de la segunda vía de imputación de la persona jurídica, la exención de la responsabilidad penal requiere un comportamiento más sencillo (establecido en el artículo 31 bis.4 del Código): adoptar y ejecutar eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En ambos casos, los modelos de organización y gestión que se exigen para que opere la exención de la responsabilidad penal, deben cumplir los detallados requisitos que prevé el artículo 31 bis.5 del Código.

Estas previsiones son perfectamente coherentes con la finalidad preventivo general del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica previsto por el Legislador especialmente con la reforma del Código Penal instrumentada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Y ello porque (en los términos de la fundamental STS 154/2016, de 29 de febrero), este sistema se basa (una vez constatada la previa comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la organización) en la exigencia del establecimiento y correcta

aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes componen esa persona jurídica. Por ello, y conforme concreta esta misma resolución, *la aplicación de la nueva regulación establecida en el artículo 31 bis del Código Penal requiere analizar si el delito cometido por la persona física en el seno de la jurídica “ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos,* tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal”.

La configuración de este modelo ha dado lugar a la expansión de los sistemas de compliance penal, que se han generalizado y convertido, en la actualidad, en núcleo esencial de la defensa procesal de las personas jurídicas investigadas, puesto que, si la empresa o entidad que se ve involucrada en un hecho delictivo posee uno de ellos, que además cumpla satisfactoriamente los requisitos del artículo 31 bis.2 o 4 del Código, queda exonerada de responsabilidad penal; si lo tiene pero no de manera completamente satisfactoria en esa perspectiva legal, puede beneficiarse de una semieximente, o una atenuante, en los términos ya expuestos; y, si no lo tiene pero lo adopta de manera eficaz y completa tras la realización del hecho delictivo, y antes de la celebración del Juicio Oral, también se le puede aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad. Así, el sistema establecido por el Legislador se cierra de manera perfecta.

2. Las eximentes excluidas de aplicación para las personas jurídicas.

Las eximentes previstas, con carácter general, en el artículo 20 del Código no pueden, por el contrario, y por los motivos de especialidad excluyente ya expuestos, aplicarse para eludir el castigo de una persona jurídica. Pero el fundamento de esta exclusión debe radicar en dos consideraciones diferentes, pues son dos, y de muy diversa naturaleza, las grandes categorías en que pueden sistematizarse esas circunstancias:

- a. Las que afectan a los presupuestos de la culpabilidad (inimputabilidad):

Como convencido que soy de la concepción normativa de la culpabilidad como reprochabilidad penal individual⁵, estimo que la persona jurídica no realiza

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 69, exponía con toda claridad que la culpabilidad, desde esta perspectiva, se concibe “como el reproche que se le hace al autor porque ha realizado una acción antijurídica a

ninguna acción humana voluntaria, y por ello no puede ser sujeto activo de la conducta típica⁶, ni puede actuar con dolo o imprudencia propia, ni por todo ello puede cometer el delito, por lo que no puede configurarse como autora del mismo⁷.

Por ello, me parece perfectamente razonable, además de congruente en la perspectiva ya expuesta del Legislador (y no discutible desde ninguna otra posición doctrinal), que las personas jurídicas no puedan beneficiarse de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en los apartados primero a tercero, y sexto, del artículo 20 del Código (anomalía o alteración psíquica que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; hallarse, al tiempo de cometer el delito, en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; grave alteración de la conciencia de la realidad a consecuencia de sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia; y miedo insuperable). Todas ellas traen causa de una situación física o psíquica, y excluyen la responsabilidad desde estrictos criterios biológico-psicológicos. Por ello, es ontológicamente imposible que se presenten en una persona jurídica, que carece de esos presupuestos materiales de afectación. En consecuencia, cuando el Legislador ha excluido la aplicabilidad de esas circunstancias a las personas jurídicas, sencillamente ha plasmado una obviedad.

b. Las que afectan a las causas de justificación (exclusión de la antijuridicidad):

Los apartados cuarto, quinto y séptimo del artículo 20 plasman tres diversas situaciones (por su orden numérico, legítima defensa, estado de necesidad, y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) cuya concurrencia en la comisión de un hecho aparentemente delictivo excluye la responsabilidad penal, pues convierten la actuación en legítima⁸. Ninguna

pesar de que podría haber actuado de otra forma”.

6 Lo he expuesto, con mayor detalle del que puedo dar aquí, en mi artículo “El principio de culpabilidad en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, publicado en el Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 269 a 277. Desde una perspectiva semejante, la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, reconoció que “el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas “serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas. (...) Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito, sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”.

7 Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., <<¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)>>, en Diario La Ley, nº 7561, 3 de febrero de 2011, p. 1; y LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2016, pp. 8 y 495.

8 Como igualmente precisa GIMBERNAT ORDEIG, E., Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, op.

de estas circunstancias deriva de una conformación personal del responsable del hecho, ni de sus características biológicas o psicológicas, sino de una especial atribución de facultades de actuación que el Estado efectúa, en el caso concreto, a una persona cuya actuación se valora (aunque lesione o ponga en peligro un bien jurídico que el mismo Estado está encargado de proteger) como conforme a Derecho. Desde esta perspectiva, la conducta es legítima por motivos extrínsecos al sujeto que actúa, y por ello, en términos ontológicos, la causa de justificación no debería aplicarse de manera diferente a las personas físicas y a las jurídicas. No se trata ahora de plantear en qué casos concretos (y especialmente a la vista del tasado y limitado número de delitos que puede cometer una persona jurídica) podría eximirse a éstas de responsabilidad penal por haber actuado en legítima defensa, o en estado de necesidad, o en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sino de asumir si sería legítimo que, en una misma actuación, la persona física que hubiera determinado (conforme a cualquiera de las hipótesis de los dos apartados del artículo 31 bis.1) la responsabilidad penal de la persona jurídica quedara exenta en aplicación de una de esas eximentes, y la empresa o entidad fuera penalmente sancionada sin la menor consideración a esa circunstancia objetivamente concurrente.

Es cierto que el segundo apartado del artículo 31 ter determina que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se excluye ni se modifica (al margen de otros supuestos no relevantes para el objeto del presente estudio) por “la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, pero debe ponerse de relieve que esta frase carece de contenido efectivo, pues se refiere a circunstancias que son de por sí inaplicables a las personas jurídicas: las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado” (causas de inimputabilidad, ontológicamente inaplicables a estos entes) y las que “agraven su responsabilidad” (igualmente inaplicables a ellos porque el propio texto legal no ha previsto ninguna circunstancia agravante de su responsabilidad).

4. UN CATÁLOGO DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS EXCLUSIVO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. El reducido ámbito de las atenuantes admitidas

cit., p. 33, “para determinar qué es lo que está prohibido, hay que poner en conexión el tipo en sentido estricto (matar, hurtar, falsificar) con las causas de justificación (legítima defensa, cumplimiento de un deber), pues matar o hurtar, sin más, no está prohibido: lo está si no concurre una legítima defensa o cualquier otra causa de justificación”.

El artículo 31 quáter del Código establece, con taxatividad, que “sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, las cuatro que allí relaciona y cuya efectividad sujeta, como he adelantado, a que se hayan realizado “con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales”.

La idea de un listado cerrado de circunstancias atenuantes (que lo es incluso si se añaden la semieximente y la atenuante que derivan del texto de los artículos 31 bis.2 *in fine* y 31 bis.4 *in fine*) contradice una larga tradición histórica de carácter humanitarista (que se mantiene inalterada e indiscutida en la actualidad), conforme a la que el Legislador contempla con generosidad las situaciones que permiten atemperar la responsabilidad penal de quienes actúan de manera menos reprochable en la comisión del ilícito objetivo, y además abre expresamente la posibilidad de conceder los mismos efectos atenuatorios a “cualquier otra circunstancia de análoga significación” (artículo 21.7º del Código Penal vigente) a las previstas de manera expresa como tales (hoy en día en los primeros seis numerales de ese artículo 21).

La concurrencia de esas circunstancias posibilita la reducción de la penalidad prevista en el tipo correspondiente del Código Penal conforme a las previsiones del artículo 66.1 del Código (aplicable para las personas jurídicas por la remisión expresa que efectúa el primer párrafo del artículo 66 bis): mitad inferior del grado si sólo concurre una atenuante (regla 1ª), o pena inferior en uno o dos grados si concurren dos o más, o una o varias muy cualificadas (regla 2ª, que también añade que no han de apreciarse agravantes, lo que en este caso no se plantea, al no reconocer el Código ninguna para las personas jurídicas).

Las circunstancias atenuantes que contempla expresamente el artículo 31 quáter del Código son las siguientes:

- a. La de confesión (“haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”), que se redacta de manera prácticamente idéntica al modo en que se reconoce, con carácter general, en el artículo 21.4ª del Código.

Esta identidad de contenido facilita la interpretación del nuevo precepto, pues le resulta aplicable cuanto la jurisprudencia ha establecido en relación con esta última circunstancia. Así, se trata de un comportamiento postdelictual (que por ello no puede disminuir lo injusto de la conducta ya realizada), que se instrumenta a través de “una declaración en la cual una persona reconozca su participación en una actividad delictiva, cualquiera que sea la forma en que esta declaración se realice” (STS 43/2000, de 25 de enero), que se establece en

el Código por razones de política criminal (SSTS 832/2010, de 5 de octubre, y 240/2012, de 26 de marzo)⁹, en razón a la “realización de actos de colaboración en la investigación del delito” (SSTS 38/2013, de 31 de enero, y 116/2013, de 21 de febrero)¹⁰. En definitiva, y como establecen las SSTS 885/2014, de 30 de diciembre y 186/2018, de 17 de abril, “lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor en la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias”.

Según constante jurisprudencia sobre el artículo 21.4ª del Código, sus requisitos son: un acto de confesión de la infracción; la veracidad de la confesión en lo sustancial, pues de otro modo no puede calificarse en sentido propio de confesión; que se haga ante la autoridad, incluyendo sus agentes, o funcionarios cualificados para recibirla; hacerse antes de que el inculpado conozca que es investigado policial o judicialmente por los mismos, dado que en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (por todas, SSTS 372/2014, de 15 de mayo, y 569/2014, de 14 de julio); y que suponga “una aportación relevante que contribuye de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiéndose por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal” (STS 350/2023, de 11 de mayo).

- b. La colaboración con la investigación (“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”), que es una circunstancia sin paralelismo con ninguna de las contempladas con carácter general en el listado del artículo 21

⁹ “Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión –siempre voluntaria y espontánea– del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*. Quien voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor necesidad de pena” (SSTS 25/2013, de 16 de enero, y 754/2016, de 13 de octubre). MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 605, focaliza también el fundamento de esta atenuante en “la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial” del delito.

¹⁰ GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la Justicia*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 45 y 50, califica esta circunstancia genérica como “incentivo penal”, y encuentra su justificación en que “facilita la tarea de la Administración de Justicia y, por consiguiente, la aplicación coactiva de la Ley”. De este modo, “se está permitiendo aplicar, aunque de forma atenuada, una sanción penal, lo que conlleva que se reafirme el ordenamiento jurídico en un doble sentido: primero, por el sujeto activo, que con su confesión reconoce la vigencia del ordenamiento jurídico que quebrantó con su actuar precedente, y, en segundo lugar, por el sistema penal que impone la pena al hecho dañoso pero rebajada por la contribución del sujeto con la Administración de Justicia”.

del Código, pero significativamente coincidente con parte del contenido de las medidas premiales establecidas en los artículos 376 (primer párrafo)¹¹ y 579 bis (tercer párrafo)¹² del Código Penal, para combatir, respectivamente, los delitos contra la salud pública y los de terrorismo, que son, sin lugar a dudas, las infracciones que (por su gravedad objetiva, trascendencia social y complejidad y permanencia de sus estructuras de autoría) más preocupan e inquietan al Legislador penal. De este modo, con la plasmación de esta circunstancia se está reconociendo la especial peligrosidad de la capacidad organizativa de las personas jurídicas¹³, pues el objetivo político-criminal de estas previsiones de atenuación es evidente¹⁴: “una finalidad práctica o utilitaria, consistente en conseguir la colaboración -delación- de quienes por dedicarse a determinado género de delincuencia (actividades terroristas y contra la salud pública), pueden contribuir a su debilitamiento, es decir, la razón de dicho tratamiento beneficioso o de benignidad es de política criminal, orientado a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados” (STS 104/2011, de 1 de marzo)¹⁵.

En todo caso, y específicamente sobre esta circunstancia prevista en el artículo 31 quáter.b), de la muy escasa jurisprudencia que existe a la fecha de cierre de este trabajo pueden obtenerse dos datos relevantes: que “la atenuación es una facultad potestativa del órgano jurisdiccional, no imperativa, ya que (.../...)

11 “En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

12 “En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

13 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Derecho penal de la empresa e imputación objetiva”, Ed. Reus/Cámara de Madrid, Madrid, 2007, pp. 123-124, destaca cómo “el contexto organizativo de actuación puede afectar al significado delictivo de la conducta”, y concluye: “es un error interpretar en clave estrictamente individual el sentido objetivo de algunos comportamientos que tienen que ver con organizaciones complejas”.

14 Con mayor profundidad, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., <<Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”>>, en *La Ley*, número 4132, 27 de septiembre de 1996, pp. 3 y 4.

15 En el mismo sentido, dice la STS 115/2014, de 25 de febrero (en relación con la previsión del artículo 376): “son razones de política criminal las que impulsan las previsiones contenidas en este precepto, orientadas a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados”; y, respecto de la del artículo 579 bis, la doctrina resalta que “se trata de obtener la mayor información posible de las actividades terroristas, no sólo para obtener las pruebas necesarias que permitan su más eficaz persecución y castigo, sino también para poder prevenir futuros delitos” (V. AGUDO, JAEN, PERRINO, *Terrorismo en el siglo XXI*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 111).

el concepto de “pruebas nuevas y decisivas” debe ser objeto de una correcta interpretación (datos aptos para el esclarecimiento de los hechos)” (Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 179/2022, de 14 de marzo); que, dada su naturaleza objetiva, su aplicabilidad no depende del éxito de la imputación (“ya que la investigación pueda fracasar por causas ajenas a la voluntad y control de quien denuncia, o simplemente porque, aunque esa imputación se considere veraz, si sólo se cuenta con ella, se deba considerar insuficiente como prueba de cargo para apoyar una sentencia de condena”) (Sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional 9/2022, de 13 de julio); y que la posibilidad de su ejercicio es uno de los motivos que impiden (para evitar evidentes conflictos de intereses) que el representante en el proceso de la persona jurídica investigada (o acusada) sea la misma persona física a la que se imputa la realización de los hechos delictivos, pues la actuación de éste “se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante” (STS 154/2016, de 29 de febrero)¹⁶.

- c. La reparación o disminución del daño causado (“haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”). Es circunstancia coincidente (con leves diferencias de redacción) con la atenuante prevista en el artículo 21.5ª del Código, y por ello debe entenderse que su fundamento es el mismo que el establecido por la jurisprudencia para la aplicación de ésta: “un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima, porque en términos estrictamente pragmáticos se hace necesario ofrecer algún premio a quien esté dispuesto a dar cumplimiento a un interés general en que sea satisfecha la víctima (interés que se extiende a todos los ciudadanos como víctimas potenciales de futuros delitos). Se ha aplaudido su existencia también por motivos preventivos, dado que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un inicio de

¹⁶ Y concluye esta resolución: “En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”.

predisposición a una regeneración que disminuya la peligrosidad” (STS 378/2018, de 23 de julio)¹⁷. Por el mismo motivo deben trasladarse a la aplicabilidad de esta atenuante los mismos requisitos exigidos para la de aquella: que la conducta se lleve a cabo antes de la celebración del juicio oral (STS 750/2017, de 22 de noviembre); que se produzca respecto de delitos de resultado (STS 545/2012, de 22 de junio); que la reparación proceda del acusado, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por iniciativa de aquél” (STS 349/2015, de 3 de junio); que no se precisa que tenga contenido económico, admitiéndose expresamente una reparación simbólica; que debe ser significativa y relevante, por lo tanto no ficticia; que evidencie un esfuerzo del acusado; y que se realice tanto mediante consignación directa y espontánea de la cantidad correspondiente, como por la vía de la restitución o indemnización de los perjuicios (SSTS 435/2012, de 31 de mayo, y 770/2013, de 22 de octubre). Y, si estos requisitos se cumplen holgadamente, se puede aplicar con carácter de cualificada (STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019).

- d. Y el establecimiento de medidas de compliance penal antes de la celebración del juicio (“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”). Obviamente, esta circunstancia responde a los mismos objetivos de política criminal que la eximente prevista en los artículos 31 bis.2 y 4, que ya se han analizado, si bien su eficacia sólo alcanza la atenuación de la responsabilidad por su carácter más limitado: básicamente, la eximente requiere “modelos de organización y gestión” de contenido más amplio que las “medidas eficaces para prevenir y descubrir” delitos a que se refiere la atenuante; así como que se adopten “antes de la comisión del delito”, en tanto que para la atenuación es suficiente con que las medidas eficaces de prevención y descubrimiento se hayan establecido “con posterioridad a la comisión del delito” y “antes del comienzo del juicio oral”.

Por tanto, este artículo 31 quáter.d) no configura una semieximente que permita la aplicación -analógica- de la regla penológica del artículo 68 del Código (pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley), puesto que la distinción entre esta atenuante y aquellas eximentes no puede valorarse en atención al “número y la entidad de los requisitos que falten o concurran”, sino en función de presupuestos aplicativos diferentes. Otra cosa son las previsiones de los últimos párrafos de los artículos 31 bis.2 y 4, que sí recogen supuestos

¹⁷ Con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, J.M. <<Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación>>, en *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pp. 183 y ss, y especialmente p. 202.

de concurrencia incompleta de la eximente y que, por tanto, en atención a esos “requisitos que falten o concurren”, pueden generar supuestos de atenuación y de semiexención¹⁸.

2. Las atenuantes inaplicables a la persona jurídica.

El mismo criterio conforme al que el Legislador excluye la aplicabilidad, a las personas jurídicas, de las eximentes que afectan a los presupuestos de la culpabilidad justifica que estos entes no puedan beneficiarse de las atenuantes que los artículos 21.2º y 3º, y 23, basan en circunstancias de naturaleza personal (respectivamente, actuar a causa de una grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan provocado arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante; y dirigir la agresión contra una persona de su estricto ámbito familiar), ni de las semieximentes resultantes de la conexión entre los artículos 21.1º y 20.1º, 2º, 3º y 6º del Código Penal (respectivamente, anomalía o alteración psíquica; intoxicación por las bebidas o sustancias ya indicadas; alteraciones en la percepción; y miedo insuperable). Todas ellas traen causa de una situación física o psíquica que es ontológicamente imposible se presente en una persona jurídica, que carece de esos presupuestos materiales de afectación. Por ello, y también en este caso, cuando el Legislador ha excluido la aplicabilidad de esas circunstancias a las personas jurídicas, ha plasmado de nuevo una obviedad.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las atenuantes previstas en los apartados 6º y 7º del artículo 21 del Código¹⁹. La primera de ellas (dilaciones indebidas) minorra la responsabilidad penal para las personas físicas con la finalidad de “compensar la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad en la determinación de la pena, pues la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado comporta una equivalente reducción de la «deuda» que el mismo tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del delito» (SSTS de 8 de junio de 1998 y 25 de mayo de 2010, siguiendo lo acordado en el Pleno de la Sala de lo Penal de este órgano de 21 de mayo de 1998). Y ello no en razón de una menor culpabilidad del autor, sino “de circunstancias ajenas a la acción”²⁰

18 AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de compliance penal en España*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 472 a 474, estima, por el contrario, que ontológicamente estas circunstancias no pueden ser calificadas como semieximentes, sin perjuicio de la valoración de su efecto atenuante de la responsabilidad penal.

19 MARTÍN FERNÁNDEZ, D., *De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., p. 4.

20 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., <<La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento>>, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, nº 6 (2011), pp. 96-97, quien lo justifica en estos términos: “los perjuicios ocasionados al imputado por el retraso injustificado en la administración de justicia se pueden equiparar, —de manera similar a la prisión preventiva o a la privación de derechos acordados cautelarmente—, a una pena anticipada. Por ello, es preciso compensar esa «pena» ya

o de “menor necesidad de pena”²¹, que obviamente concurren tanto en el caso de las personas físicas como en el de las jurídicas. No se entiende, por ello (y supone un flagrante caso de discriminación normativa), que tal circunstancia, meramente objetiva, no pueda resultar aplicable a las personas jurídicas.

Lo mismo puede decirse de la atenuante de análoga significación, plasmada en el artículo 21.7º del Código a los efectos de “ofrecer al aplicador de la ley un margen para poder atenuar la pena en aquellos supuestos que no encajan exactamente en la descripción legal de las atenuantes pero que guardan con ellas un mismo fundamento, una misma ratio”²² o, en los términos en que la acoge la jurisprudencia, “reconocer efectos atentatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria” (STS 418/2015, de 29 de junio), que son los que “demuestren una menor culpabilidad o antijuridicidad en la conducta del sujeto, o incluso revelen una menor conveniencia de la pena” (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020). Los términos de comparación sobre los que debe pivotar esta «análoga significación», según la doctrina jurisprudencial, son los que afectan a la estructura y características de las restantes circunstancias atenuantes y de las eximentes cuando no concurren todos los elementos que permitan su apreciación de forma completa (en lo que a este estudio interesa, se trataría de las semieximentes resultantes de la conexión de los artículos 21.1º y 20.4º, 5º y 7º del Código Penal, respectivamente, legítima defensa; estado de necesidad; y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). “Pero también los factores de atenuación específicamente descritos en los tipos penales y los que se conecten con algún elemento esencial definidor de los mismos, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que supongan la ratio de su incriminación o estén directamente relacionados con el bien jurídico protegido” (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020).

Todo ello revela que no existe ningún fundamento técnico que pueda justificar su inaplicabilidad a las personas jurídicas, máxime en los casos (significativamente en las atenuantes “ex post facto”) en que el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal.

3. Inexistencia de circunstancias de agravación para las personas jurídicas.

El hecho de que el Legislador (a diferencia –muy llamativa– de lo que ha hecho con las eximentes y las atenuantes) no haya establecido ninguna previsión expresa

cumplida, es decir, esa pérdida de derechos ya sufridos –compensación destructiva– en la medida de la pena”.

21 OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante análoga en Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, especialmente pp. 48 a 50.

22 POZUELO PÉREZ, L., <<La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia>>, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-17, 2002, p. 9.

sobre las agravantes que pueden aplicarse a las personas jurídicas permite dos interpretaciones absolutamente antagónicas: o todas las que recoge el artículo 22 del Código Penal vigente pueden aplicarse en este ámbito, porque el Legislador sólo ha querido imponer un régimen jurídico especial para las eximentes y las atenuantes (que ha regulado de manera específica); o no se aplica ninguna, ya que el aquellos artículos 31 bis.2 y 4, y 31 quáter, demuestran que el criterio del Legislador ha sido establecer un régimen jurídico específico y excluyente para las circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad criminal de la persona jurídica.

Aunque el texto del primer párrafo del artículo 66 bis (que remite, entre otras, a las reglas del artículo 66.1.3ª, 4ª y 7ª, en las que se valoran distintas posibilidades de concurrencia de circunstancias agravantes) pudiera respaldar la primera opción, estimo que la segunda es la correcta (y que aquella remisión es otra de las imprecisiones que jalonan el Código). La específica regulación contenida en los artículos 31 bis.2 y 4, y 31 quáter opera como Ley especial, que desplaza, y hace inaplicables en este ámbito (conforme a los criterios de resolución de los concursos de leyes que establece el artículo 8 –en este caso, su apartado primero– del Código Penal), las previsiones contenidas en los artículos 20 a 23 del Código²³.

Y es posible que, por basarse en relaciones intersubjetivas de marcado carácter personalista, ello sea lo adecuado en relación con las circunstancias de los apartados 1º (alevosía), 2º (disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de lugar, tiempo o auxilio de otras personas), 5º (ensañamiento), 6º (obrar con abuso de confianza) y 7º (prevalerse del carácter público) del artículo 22 del Código. Pero no encuentro ninguna justificación a que no se pueda agravar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si en su conducta concurre una motivación económica (circunstancia 3ª de ese mismo precepto: ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa), o racista, antisemita, antigitana o discriminatoria (circunstancia 4ª del artículo 22), o reincidir en la comisión de hechos delictivos (circunstancia 8ª del artículo 22), pues en estos tres casos la agravación se fundamenta en una mayor antijuridicidad: la motivación económica es especialmente repudiada por la sociedad, “en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela” (STS 278/2014, de 2 de abril); las conductas discriminatorias lesionan, además del bien jurídico propio del delito que se comete, otros valores constitucionales esenciales (artículos 10 y 14 de la Constitución); y la reincidencia incrementa igualmente la antijuridicidad del

²³ El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat generalis*), reconocido jurisprudencialmente como principio general del Derecho, supone, en la gráfica expresión de TARDÍO PATO, J.A., (<<El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales>>), en *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre de 2003, p. 191), “la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad”.

hecho porque la repetición del delito indica un mayor desprecio hacia los bienes jurídicos y una mayor rebeldía del sujeto que, pese a la advertencia de una condena anterior, persevera en la dinámica criminal. También la jurisprudencia (aunque de manera no exclusiva) ubica el fundamento de esta agravante en razones de prevención general positiva, derivadas de la necesidad de una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho (STS 535/2008, de 18 de septiembre).

Por ello, *es difícil justificar la idoneidad de la exclusión de la aplicabilidad de estas tres concretas circunstancias agravantes al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas.*

5. DESIGUALDAD, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y APLICACIÓN ANALÓGICA DE NORMAS BENEFICIOSAS

1. Del análisis precedente puede concluirse:
 - a. Que no existe ninguna justificación material para inaplicar a las personas jurídicas las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad, y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sus correspondientes semieximentes, las atenuantes de dilaciones indebidas²⁴ y de análoga significación, y las agravantes de motivación económica, racista, antisemita, antigitana o discriminatoria, y de reincidencia;
 - b. Que esa exclusión es una decisión consciente del Legislador, que ha construido los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter del Código como un sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que excluyen para ellas la aplicación del régimen general de los artículos 20 a 23 de ese mismo texto, pues constituyen una Ley especial para ellas.
 - c. Y que esta diferente regulación puede generar vulneración del derecho de igualdad entre las personas físicas y jurídicas que resulten condenadas por la comisión del mismo delito, pero cuyos procesos de individualización de la pena resulten distintos por la imposibilidad de aplicar a las jurídicas alguna o algunas de las eximentes, atenuantes o agravantes que sí se tendrían en cuenta para las físicas. Téngase en cuenta, a este respecto, que la Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional, ha establecido que “el hecho de que exista una diferencia de trato jurídico

²⁴ Respecto del estado de necesidad y las dilaciones indebidas, vid. FERNÁNDEZ PERALES, F., <<La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía in bonam partem>>, en Diario La Ley, nº 9020, 13 de julio de 2017, pp. 3-4 y 9-11.

o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del artículo 14 de la Constitución”, pero ello “siempre que la diferencia que introduce posea una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra”. Y, en este caso, no parece existir tal justificación, pues todas esas circunstancias afectan a la antijuridicidad de la conducta, y carecen de relación con el sustrato personal (biológico, físico o psíquico) del responsable del hecho delictivo.

2. En los trabajos que la doctrina científica ha dedicado a esta peculiar cuestión se han planteado las siguientes tres soluciones a este conflicto:
 - a. Los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter del Código, que establecen circunstancias específicas para las personas jurídicas, no excluyen la aplicación a las personas jurídicas de los artículos 20 a 22²⁵.
 - b. El Código no ha previsto su aplicación a las personas jurídicas, pero el principio de analogía favorable al reo permite hacerlo²⁶.
 - c. Y el principio de legalidad impone, de manera absoluta e incondicionada, la inaplicabilidad a las personas jurídicas de todas aquellas circunstancias que he caracterizado como afectantes a la antijuridicidad de la conducta²⁷.
3. En mi criterio (y en los tasados límites espaciales que “Lex Criminalis” me ha ofrecido para exponerlo y desarrollarlo), la tesis correcta es la última, ya que:
 - a. La identidad de las atenuantes de confesión y de reparación, previstas respectivamente en los artículos 21.4^a y 31 quáter.a), y 21.5^a y 31 quáter.c) del Código, evidencia que el Legislador ha previsto dos sistemas paralelos de circunstancias modificativas, uno para las personas físicas y otro para las jurídicas, sin posibilidad de comunicación entre ellas. Si hubiera contemplado la posibilidad de que los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter no excluyesen la aplicación a las personas jurídicas de los artículos 20 a 22, sencillamente no habría duplicado aquellas circunstancias.

25 RODRÍGUEZ RAMOS, L., <<¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)>>, op. cit., p. 2; DE LA MATA, N. J., y HERNÁNDEZ, 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. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 237-238.

26 FERNÁNDEZ PERALES, F., <<La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía in bonam partem>>, op. cit., pp. 13-15. Como tal posibilidad la contempla también la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado.

27 GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M., FEIJÓO. B.J., y GOMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2^a ed, 2016, pp. 222-223, aunque estima necesario buscar “algún tipo de analogía in bonam partem para solventar esta fuente de desigualdad injustificable”.

- b. No es posible la creación de eximentes por analogía, por estricto mandato del principio de legalidad²⁸, ni de agravantes, por el mismo motivo, ni la aplicación del artículo 21.7^a al ámbito del 31 quáter, tanto por las exigencias de ese mismo principio cuanto por la taxatividad de la redacción del arranque de este precepto (“sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ...”). La analogía sólo puede plantearse como criterio de interpretación cuando la norma no prevé expresamente el supuesto, y se dan sus requisitos, pero no contra el texto expreso de la previsión legal²⁹.
- c. Ello conduce necesariamente a la tercera tesis: las personas jurídicas no pueden excluir su responsabilidad penal al amparo de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 del Código, sino únicamente si se dan los requisitos previstos en los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis; tampoco pueden atenuarla conforme a las previsiones del artículo 21 (ni, de manera absolutamente lógica en este caso, del 23), pues cuando el Legislador ha admitido la existencia de cuatro atenuantes ha apartado expresamente la aplicabilidad de cualesquiera otras (salvado su propio error técnico respecto de los artículos 31 bis.2 *in fine* y 31 bis.4 *in fine*); y tampoco les es aplicable (*eadem ratio decidendi*) ninguna circunstancia de agravación prevista en otros lugares del Código. La técnica normativa empleada (Ley especial deroga la general) no permite llegar a otra conclusión.

Ello no impide, obviamente, que los Jueces y Tribunales (como cabe ver en la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019) valoren que esas atenuantes que deberían ser aplicadas al caso, pero la Ley no lo permite, sean tomadas en consideración “a efectos de graduar la pena dentro del marco legal”. Pero, aunque con ello se alcance la justicia material, no se resuelve el problema técnico que ahora analizo.

4. Esta situación genera una evidente situación de desigualdad entre personas físicas y jurídicas que resulten condenadas por la comisión del mismo delito³⁰. Pero, lamentablemente, no tiene remedio, más allá del planteamiento de cuestiones o recursos de inconstitucionalidad por desigualdad en la Ley, o una reforma normativa, al no existir en este caso (en que no hay mandato expreso de actuación) ninguna responsabilidad del Estado Legislador por omisión.

²⁸ OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en Código Penal de 1995*, op. cit., pp. 55 a 59.

²⁹ La jurisprudencia (por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2023) reitera que “la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal”. Y, si no cabe apreciar la analogía cuando no hay base fáctica para construir la atenuante, con mayor razón debe excluirse cuando la propia norma de referencia expresamente rehúsa su aplicación analógica.

³⁰ GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 223.