

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

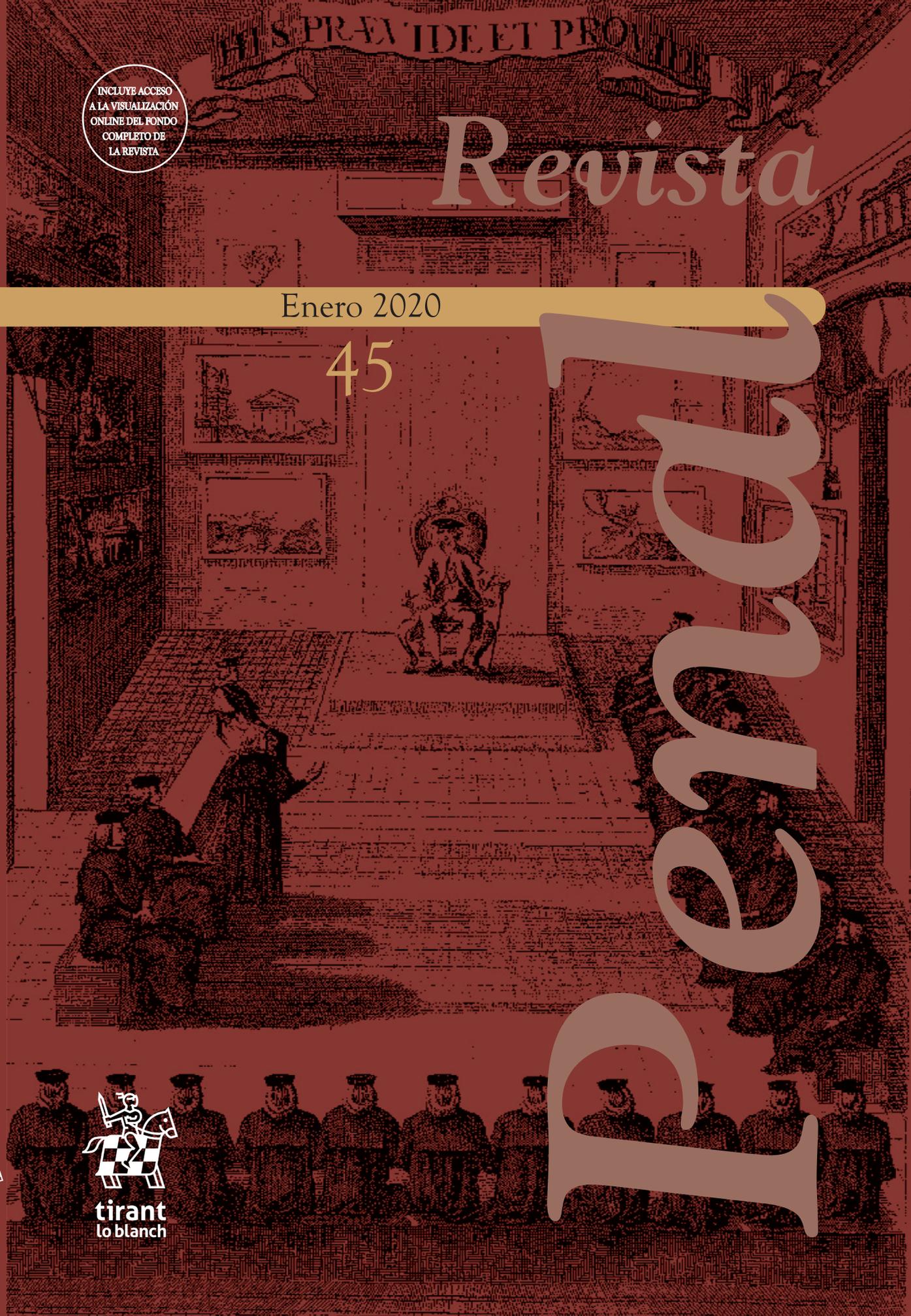
Enero 2020



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matalán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: Lectio doctoralis , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Angela Supervielle (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco

Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos

Title: Technical aspects of mitigating the repair of damage in economic crimes or white collar

Adscripción institucional: Universidad de Cádiz

Sumario: 1. Introducción. 2. Contextualización del estudio en el ámbito de la criminalidad económica. 3. La atenuante de reparación del daño. 3.1. Antecedentes y evolución. 3.2. Análisis del artículo 21.5 del Código Penal desde la perspectiva de la delincuencia económica. 3.2.1. *Elementos objetivos*. 3.2.2. *El fundamento de la atenuante de reparación o disminución del daño: el papel de la víctima del delito de cuello blanco*. 3.2.3. *Problemática casuística*. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 3. Contextualization of the study in the field of economic criminality. 3. The damage repair damage. 3.1. Background and evolution. 3.2. Analysis of article 21.5 Of the criminal code from the perspective of the economic crime. 3.2.1. *Objective elements*. 3.2.2. *The basis of the mitigating repair or damage reduction: the role of the victim of the white-collar crime*. 3.2.3. *Casuistic problem*. 4. Conclusions. Bibliography.

resumen: El trabajo analiza los aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco. Se parte de la identificación de la delincuencia económica como un fenómeno criminal genéticamente privilegiado que propaga dicha caracterización por los distintos institutos penales. A lo largo del estudio, se intenta dar respuesta a las razones técnicas que motivan el acceso facilitado a beneficios penológicos cuando se refiere a causas por delitos económicos. Para ello, es preciso centrar la atención en la hermenéutica judicial, cuya focalización permite resaltar algunos puntos controvertidos y problemáticos en su aplicación, tales como la confusión habida con el decomiso y el posible autoblanqueo surgido como fruto de la propia actividad reparadora.

Palabras clave: atenuante, reparación, delito económico, víctima, autoblanqueo.

Abstract: The work analyzes the technical aspects of the mitigation of damage repair. But it is not an aseptic inquiry but part of the identification to genetically privileged crime which is propagated for the penal institutes. Throughout the study, it trying to answer the technical reason which easy get Penology benefits when it refer to economics crimes. For this it is necessary to focus attention on judicial hermeneutics which focalization allows to controversial and problematic points are highlighted. It is similar with de confusion that exists in the confiscation and the possible self-laundering as a result of the repairing activity.

Key words: mitigating, repair, economic crimes, victim, self-laundering.

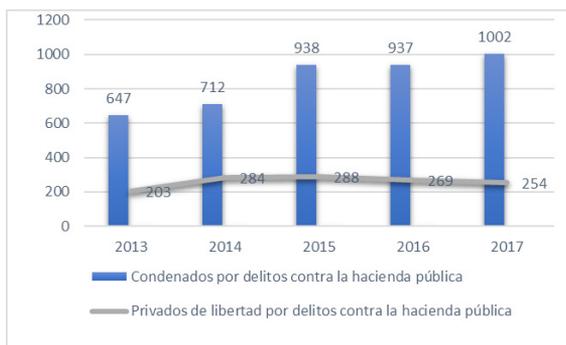
Rec: 12/11/19 **Fav:** 28/11/19

1. Introducción

El análisis de los beneficios penológicos obtenidos a través de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal suscitan interés en el plano doctrinal y poseen una indubitable relevancia práctica. Gran parte de las estrategias de defensa en los procedimientos penales, con independencia del delito enjuiciado, están dirigidas a lograr, legítimamente, deducciones en la pena de sus representados.

La cuestión que ahora se explora es si ese modo genérico de actuación recibe especificidades aplicativas con sesgos privilegiados en una categoría criminal concreta: la delincuencia económica. Es innegable que durante años se ha ido expandiendo una desconfianza en los operadores jurídicos, acusados de una suerte de connivencia abstencionista. De esta forma ha proliferado la creencia, más o menos generalizada, de que nuestra ley penal sanciona con mucha más severidad al “roba gallinas” que al “corrupto”. Por tanto: ¿verdaderamente nuestro sistema penal y judicial, por medio de la aplicación de sus distintos institutos penales, discrimina al delincuente convencional o marginal frente al denominado delincuente de “cuello blanco”? ¿Concurren razones técnicas que lo justifiquen?

El planteamiento de estos interrogantes surgen tras hallar datos como los que se presentan a continuación. En el gráfico siguiente, para el que se ha tomado como índice analítico los delitos contra la hacienda pública como categoría delictual subsumible en el amplio género del delito de cuello blanco, se puede visibilizar la magnitud de la controversia².



Como puede observarse, la disonancia entre el número de condenas y las personas privadas de libertad por estos delitos revelan que un alto porcentaje de estos

sujetos rehúyen el cumplimiento efectivo de la pena prisión por la comisión de estos delitos. Se ha querido comenzar plasmando este contraste que permite justificar el interés del trabajo, cuya finalidad es precisamente identificar las razones por las que puedan acontecer estos hechos para, de ser necesarias, proponer vías alternativas de actuación.

Así, y en relación con el resultado expresado por la gráfica anterior, el trabajo parte de un hallazgo: el reconocimiento sistemático la atenuante de reparación o disminución del daño prevista en el artículo 21.5 del Código penal en aquellas resoluciones judiciales referidas a casos de delincuencia económica o de cuello blanco.

Es certero entender que los delincuentes económicos forman parte de una gama criminal privilegiada congénitamente, pero sus regalías se prologan reflejándose en el plano aplicativo o, más en concreto, en el enjuiciamiento, lo que comporta la valoración judicial de las circunstancias de hecho y personales que puedan concurrir en cada caso concreto. El sistema, que tendría que erigirse como contrapeso de una balanza que cada vez hace más nítida su desigualdad, más bien participa ya no sólo de su conservación sino de su institucionalización cada vez más consolidada.

En segundo término este trabajo tiene una función indirecta de vigilancia jurisdiccional. El estudio versará, en gran parte, en profundizar en la respuesta jurisprudencial que se ha aportado a la atenuante de reparación del daño en los casos de gran delincuencia económica. Corresponde al juzgador la apreciación de las circunstancias modificativas que puedan concurrir en cada caso concreto, por lo que es indispensable la observación detallada de la tendencia hermenéutica, pues difícilmente las sugerencias de subsanación que emerjan tenga cabida legislativa.

Aunque el objeto principal de este trabajo es analizar la relevancia y repercusión de la aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21.5 CP en el seno de la delincuencia de “cuello blanco”, sus particularidades exigen no obstante realizar un breve análisis criminológico para comprender la incidencia que esta atenuante tiene y de por qué se focaliza el estudio sobre este concreto tipo de delincuencia.

1 Término acuñado por Edwin. H. SUTHERLAND el 27 de diciembre de 1939. En este sentido, *vid.* SUTHERLAND E., *El delito de cuello blanco*, ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

2 Datos obtenidos del Consejo General del Poder Judicial e Instituto Nacional de Estadística. Fecha de última consulta: 5 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/y> <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997>

2. Contextualización del estudio en el ámbito de la criminalidad económica

La delincuencia económica o de cuello blanco coincide en la comisión de una serie más o menos tasada de delitos en los que se repiten los mismos patrones de actuación de tal forma que sus autores presentan rasgos y particularidades que los hacen diferenciables de aquellos otros que tradicionalmente habían ocupado el objeto principal de la disciplina jurídico-penal y que hasta ese momento han formado el amplio género de la criminalidad común o convencional³.

Una de las definiciones más acertadas del delito de cuello blanco es la que proporciona VIRGOLINI, para quien son tales “aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional”⁴.

De esta definición, e incluso de las primeras reflexiones de SUTHERLAND al respecto en las primeras décadas del siglo XX⁵, es posible deducir un nuevo planteamiento criminológico, pues ante la aparición de este fenómeno, quiebran las teorías que hasta entonces defendían que “la pobreza, los hogares desestructurados y los problemas psiquiátricos eran el núcleo único desde donde se cometían hechos delictivos”⁶. El autor ya entonces subrayó la marcada relación existente entre clase alta y criminalidad, destacando una relación entre esferas que nunca habían aparecido vinculadas en los análisis criminológicos. Asimismo, también señaló la conexión entre el crimen por una parte y la política y la economía por la otra. Su análisis nos refleja, en conclusión, una ambigua relación entre economía, legalidad e ilegalidad y política⁷.

De estos primeros planteamientos se comienza a deducir que la delincuencia de cuello blanco responde a una doble condición: “la pertenencia social del sujeto

activo y el ámbito en donde se enmarca la actividad delictiva”⁸. Por tanto, el sujeto que comete este tipo de delitos se caracteriza porque tiene un estatus social-económico elevado y es una persona respetable; tiene una formación superior, frecuentemente especializada en el ámbito en el que posteriormente lleva a cabo su actividad criminal; utiliza de un modo abusivo la ignorancia de la víctima; sus comportamientos delictivos afectan a sectores importantes de la población; etc⁹. Por ello las teorías clásicas que intentaban arrojar luz a las causas del comportamiento delictivo no supieron dar una explicación a este modo de criminalidad.

En este orden de ideas se utiliza la “teoría del psicodrama” propugnada por MERGEN, para intentar describir la estructura psíquica del delincuente de cuello blanco, que los define como personas materialistas, maniáticas, egocéntricas, narcisistas, inteligentes, peligrosas, hipócritas y neuróticas¹⁰.

Hoy día no es asumible la neurosis como una causa que excluya o disminuya la culpabilidad. La neurosis a la que hace referencia este autor se vinculaba con la falta de conciencia de culpabilidad debido a que dichos actos no provocaban reacción social —consecuencia por la cual muchas de estas conductas no eran delito, en especial cuando se trataban de delitos desarrollados en la esfera privada¹¹.

En consecuencia, aunque gran parte de los caracteres propuestos por MERGEN son mantenidos en las teorías sobre la personalidad del delincuente de cuello blanco, no se comparte la consideración de éste como una persona que comete el hecho delictivo por su alteración psíquica. Estas hipótesis han sido descartadas por tanto como causas exculpatorias de las teorías de la personalidad del autor más actuales¹².

Esta cuestión adquiere especial relevancia al analizar las diferentes circunstancias eximentes y atenuantes de

3 VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, editores del Puerto, Argentina, 2014, p. 10.

4 VIRGOLINI y SLOKAR., *Ensayos sobre Crimen Organizado y Sistema de Justicia*, ed. Depalma, Buenos aires, 2001, p. 4.

5 Edwin H. SUTHERLAND, sociólogo y uno de los criminólogos estadounidenses más influyentes en el siglo XX, introdujo el concepto de crimen de cuello blanco por primera vez en un discurso de toma de posesión ante la American Sociological Association (Asociación Americana de Sociología) en diciembre de 1939. Más tarde, en 1949 publicó su monografía “White-Collar Crime (*El delito de cuello blanco*, op cit.).

6 ARÓSTEGUI MORENO, J., “Culpables, millonarios e impunes el difícil tratamiento...”, en FERNÁNDEZ GARCÍA, J., GORJÓN BARRANCO, M^a.C., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., DIAZ CORTÉS, L.M. (coords.), *Poder y delito: escándalos financieros y políticos*, ed. Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 50.

7 VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, cit., pp. 5-7.

8 TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*, ed. Edisofer, Madrid, 2009, pp. 415-417.

9 ARÓSTEGUI MORENO, J., “Culpables, millonarios e impunes el difícil tratamiento...”, cit., pp. 53-56.

10 ARMANDAD MERGEN., “La personnalité du criminel à col blanc”, en *Revue Internationale de criminologie et de police technique*, nº4, 1970, pp. 265-270

11 En valoración a la evolución de regulación penal de conductas de corrupción privada, véase la tipificación del delito de corrupción en los negocios o corrupción entre particulares (arts. 286 bis, 286 ter y 286 quarter) que no ha sido introducido en nuestro Código penal hasta la LO 1/2015, de 30 de marzo.

12 VIRGOLINI, J/SLOKAR. A.W., *Ensayos sobre Crimen Organizado y Sistema de Justicia*, cit., pp. 8-9.

nuestro Código penal, las cuales encuentran su justificación en las teorías tradicionales del impulso criminal, como son aquéllas que afectan al injusto (por ejemplo, el art. 21.1º en relación con los arts. 20.4º y 20.5º) o a la culpabilidad del sujeto (artículo 21.2º y 21.3º). Por su parte, un comportamiento post-delictual, como es la reparación del daño, no puede modificar ni el injusto ni el grado de imputación personal. El delincuente económico, en consecuencia, ve con carácter general y salvo excepciones (demencia sobrevenida, por ejemplo) eliminada de entre sus posibilidades el poder acceder a la aplicabilidad de la atenuantes basadas en las teorías de las personalidad del autor, centrando la búsqueda de beneficios penológicos en aquellas circunstancias basadas en la política criminal, puesto que “lo significativo del delito de ‘cuello blanco’ es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan a la pobreza”¹³.

Estos posicionamientos actuales encuentran apoyo en la conocida como “teoría del aprendizaje social”¹⁴, para la cual la conducta criminal de estos sujetos es un comportamiento aprendido en su vida diaria, conductas sociales, valores éticos y o en el seno de su actividad profesional, más que en rasgos inherentes a la personalidad del sujeto, en su desarrollo cognitivo o en modelos de comportamientos durante la infancia, lo que también certifica en cierto modo la focalización de este tipo de delincuencia en determinadas altas esferas sociales y económicas.

Por otro lado, y por ser un elemento sustancial en el análisis que se desarrolla a continuación, se tiene en cuenta a estos efectos que, como afirmó SUTHERLAND¹⁵, el delito de cuello blanco es sustancialmente un delito organizado, que presupone de por sí una organización o coordinación de personas provenientes de grupos independiente¹⁶.

En este sentido, autores como SUTHERLAND¹⁷, CLINARD¹⁸ o YAEGER¹⁹ distinguieron entre el delito ocupacional y el delito corporativo. El delito ocupacional, en el sentido de GREEN²⁰, está referido a la “gama de actividades ilegales desarrolladas de manera individual o a través de grupos pequeños en conexión con sus ocupaciones y, en general, en beneficio propio

y no de la corporación para la cual él o los autores trabajan”; y el delito corporativo, “puesto en práctica por colectividades o grupos de individuos de una forma que es difícilmente comparable con la acción de un individuo solitario”, esto es, delitos emergentes del contexto de las relaciones y las expectativas existentes entre los planteles directivos, los ejecutivos y los administradores, y entre corporaciones relacionadas, sus divisiones corporativas y subsidiarias.

Precisamente por esta forma de delincuencia “institucionalizada” o perpetrada por corporaciones o multinacionales, en las que se entremezclan como sujetos activos tanto particulares como funcionarios públicos, cuyo único móvil es obtener ganancias exorbitantes, el tratamiento penal difiere de lo que podría denominarse una delincuencia “marginal”. Es decir, aquella que tiene como autores a los integrantes de las clases populares, y para la que se mantendría la única explicación lógica que la disciplina jurídico-penal admitía hasta la aparición de este tipo de delincuencia: “la de verificar correspondencias o asociaciones entre la conducta criminal y cierta características personales o sociales o familiares (que eran, obviamente, una clase de singular patología), de una manera que permitía y exigía que estos extremos fueran vinculados causalmente”²¹. Es curioso que sea en esta clase de delincuencia “marginal” a la que el legislador ha dedicado la mayor parte de su esfuerzo por tener una regulación penal prolija en lo referente a las diferentes posibilidades delictivas y particularidades personales de los sujetos implicados.

Las singularidades que presenta este fenómeno y las características personales de los sujetos implicados determinan que las posibilidades que ofrece el Código Penal para poder acceder a deducciones en la pena a imponer sean escasas. Pero, sin embargo, se verá más adelante cómo la atenuante de reparación del daño está reportando grandes beneficios a esta categoría de delincuentes, en contra de las dificultades que encuentra el delincuente marginal para obtener una mitigación en la pena como consecuencia la concurrencia de alguna de las circunstancias modificativa de la responsabilidad. Nos encontramos, no inesperadamente, ante el efecto péndulo: lo que *prima facie* parece una mayor cons-

13 SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, cit., p. 14.

14 ARÓSTEGUI MORENO, J., “Culpables, millonarios e impunes el difícil tratamiento...”, cit., pp. 62-73.

15 En este punto, SUTHERLAND, establece las relaciones que se dan entre los sujetos provenientes del poder político con los provenientes de corporaciones comerciales, industriales, financieras o inmobiliarias, llevando a cabo una trama de relaciones sociales y de escalas jerárquicas propias de las corporaciones o del ambiente de negocios a ellas ligado (Sutherland, *El delito de cuello blanco*, cit., p. 169).

16 VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, cit., pp. 78-79.

17 SUTHERLAND E., *El delito de cuello blanco*, cit., p. 40.

18 CLINARD, M.,/YAEGER, P., *Corporate crime*, The Free Press, New York, 1980, pp. 17-19.

19 *Ibid.*

20 GREEN, G.S., *Occupational crime*, Nelson Hall, Chicago, 1996, p. 20.

21 VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, cit., pp. 9-10.

tricción a la delincuencia económica, no es sino una garantía penológica con la que el delincuente de cuello blanco cuenta con carácter previo a la emisión de una eventual sentencia condenatoria. El delincuente económico podrá sopesar en términos económicos y de estrategia empresarial los costes y riesgos asumidos por la actividad criminal en la que basa sus rendimientos y beneficios económicos.

3. La atenuante de reparación del daño

3.1. Antecedentes y evolución

El antecedente del actual artículo 21.5 del Código Penal se encuentra en la atenuante de arrepentimiento, contemplada por primera vez en el artículo 107 del Código Penal de 1822, la cual incluía tanto la reparación del daño como la confesión del hecho delictivo, exigiendo para su concurrencia el requisito subjetivo especial del arrepentimiento, y no únicamente un resarcimiento objetivo del daño producido. Tras este Código, sucesivas reformas eliminaron e introdujeron alternativamente esta atenuante. En el Texto Refundido del Código Penal de 1973 se halla la atenuante anterior más próxima a la actual, donde se regulaba la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo en el artículo 9.9, cuyo contenido establecía: “...haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción”²².

El posicionamiento doctrinal al respecto de la configuración del artículo 9.9 del Código Penal de 1973 no era unánime, ya que, por una parte, su naturaleza era vinculada a las reglas generales de las circunstancias basadas en la propia teoría del delito, en concreto, en una disminución de la culpabilidad; y, por otra, se la asociaba a consideraciones político-criminales, apoyada en elementos objetivos posteriores al hecho y que suponía una excepción a la regla general²³.

Si ya entonces la defensa de la circunstancia de arrepentimiento espontáneo basada en la teoría del delito era excepcional, hoy aún lo es más con la nueva estructura y redacción que el Código Penal de 1995 aportó a esta figura. La reforma que se llevó a cabo de dicha circunstancia, además de desdoblarse en dos modalidades (confesión espontánea —art. 21.4— y la reparación o disminución del daño —art. 21.5—), la despoja del ca-

rácter subjetivo que poseía hasta entonces y que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 15 de mayo de 1989, exigía que el sujeto demostrara “*sentimientos de pesar, aflicción o constricción por la perpetración del hecho delictivo, dolorido en su fuero íntimo*”. La reparación del daño o la confesión debían traer causa en impulsos de arrepentimiento espontáneo, es decir, se exigía el arrepentimiento en sentido moral para su apreciación.

La STS de 14 de enero de 2005 relata que ya fue la propia jurisprudencia la que con anterioridad a la reforma de 1995 había ido abandonando progresivamente las interpretaciones de esta atenuante desde un punto de vista subjetivo. Así, fueron centradas las exigencias en la importancia que podría atribuirse a la satisfacción objetiva proporcionada a la víctima, sin que tuviera excesiva relevancia el ánimo concreto que motivare las acciones reparadoras. La STS de 7 de noviembre de 1989 recogía, en este sentido, que: “*el pesar del autor por haber obrado mal, su contricción tiene un excepcional valor ético, pero, es evidente que en el ámbito jurídico hoy no es ya exigible. Para la apreciación de la atenuante basta, como esta Sala ha subrayado — Sentencia de 20 de febrero 1987— la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del ordenamiento jurídico...*”. Por su parte, la STS de 27 de mayo de 1992 establece que “*el requisito subjetivo, el móvil de dicho comportamiento, tanto puede ser el pesar de haber obrado mal, como el temor a la pena, que trata de atenuarse en su propio beneficio, estimándose, además, que la espontaneidad se considera compatible con la concurrencia de consejos o sugerencias*”.

El texto punitivo de 1995 prevé únicamente la concurrencia del elemento objetivo de las atenuantes en cuestión, esto es, una reparación del daño o una confesión, sin requerir en este contexto un componente subjetivo especial distinto al dolo propio de la circunstancia. Con ello se consigue dejar aclarado definitivamente su fundamento, y que se basa en exclusivos criterios de política criminal: el valorar positivamente, por medio de la reducción de la pena, el hecho de una eficaz colaboración con los fines de la Administración de Justicia, aun y cuando esta colaboración sea interesada, es decir, a pesar de que el responsable del hecho delictivo obre motivado por el único fin de beneficiarse de los efectos penológicos positivos que ofrecen estas circunstancias, y aunque en modo alguno se encuentre arrepentido por el hecho cometido²⁴. Correlativamente, la STS de 18

22 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, ed. Bosch, 1999, pp. 21-24.

23 SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 80-83.

24 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, cit., pp. 24-25.

noviembre de 2003 confirmó que “*por su fundamento político criminal se configura como una atenuante ex post facto, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer por ello la reparación privada posterior a la realización del delito*”.

3.2. Análisis del artículo 21.5 del Código Penal desde la perspectiva de la delincuencia económica

El artículo 21 apartado 5 del Código Penal de 1995 dice textualmente “*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*”.

De la propia redacción del precepto se extrae que su composición queda armada sobre tres elementos objetivos que, a su vez, constituyen los requisitos necesarios para admitir su apreciación.

3.2.1. Elementos objetivos

A) Elemento cronológico

La actual regulación sitúa la reparación o disminución de los efectos del delito “*en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*” (art. 21.5ª). Por su carácter predominantemente objetivo, es admitida su aplicación siempre que dicha reparación o disminución del daño tenga lugar en los momentos establecidos en el Código Penal²⁵. Así lo ratifica la STS de 4 de febrero de 2002, donde se establece que el elemento cronológico no exige que “*la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio*”.

El legislador ha dotado a esta circunstancia de unos márgenes muy amplios con vistas a fomentar que la víctima obtenga total o parcialmente la reparación de

los efectos del delito²⁶. Consecuentemente, desde la comisión del delito hasta que se inicia el juicio oral puede el autor, directa o indirectamente, reparar o disminuir sus efectos; incluso si la reparación tiene lugar con posterioridad a la celebración del juicio oral pero antes de que el tribunal dicte sentencia, podría apreciarse una atenuante analógica a ésta²⁷.

Por la literalidad del precepto se deduce que la reparación del daño se podrá realizar en cualquier momento desde la comisión del delito y hasta el acto del juicio oral. Ello siempre y cuando en el juicio oral se pueda introducir prueba acreditativa de la realidad de dicha reparación, es decir, una vez iniciado el juicio oral, y antes de proceder a la práctica de la prueba, se podrá proponer y admitir la documental que acredite fehacientemente la reparación efectuada. Prueba que propuesta en tiempo y forma podrá ser admitida, pues sólo así la actividad reparadora y su prueba habrán estado sometidas al debate y contradicción necesaria que puedan justificar la aplicación de una atenuante.

Se cuestiona si el hecho de que la conducta reparadora no pueda acreditarse en el acto de juicio, no introduciendo en el momento procesal oportuno la prueba de su realidad, pueda ser tenida en cuenta por el órgano encargado del enjuiciamiento a efectos atenuadores aunque dicha reparación tenga lugar en un momento posterior al acto de la vista oral. De acuerdo con reiterada jurisprudencia²⁸ “*las circunstancias modificativas de la responsabilidad inicial han de estar tan acreditadas como el hecho mismo, típico del delito*”, lo cual sólo se puede conseguir presentando prueba demostrativa de la actividad reparadora en el momento procesal oportuno, que será en términos procesales hasta el último momento en que esté admitida la proposición de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹.

No obstante, el que la reparación o disminución del daño no se produzca en el momento procesal oportuno, esto es, antes de la celebración del acto de juicio oral, no será impedimento para que dicha atenuante se estime como analógica —art. 22.7ª CP—, lo que a los efectos del artículo 66 del Código Penal se logrará obtener un beneficio penológico idéntico al previsto para el artículo 21.5ª. Así lo ha ratificado la STS de 4 de febrero de 2002, al establecer que “*la reparación reali-*

25 MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 519-520.

26 En relación con nuestro trabajo será interesante preguntarse quién puede ser considerada “víctima” en el seno de la delincuencia de cuello blanco y, como consecuencia, de qué manera se repara o disminuye el daño a esa “víctima” que no parece estar claramente identificada e individualizada; en algunos casos, como en los delitos de estafa colectiva, es más fácilmente identificable, pero en otros, como en el fraude fiscal o en los delitos urbanísticos esta cuestión parece ser más compleja de resolver.

27 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Circunstancias de la responsabilidad criminal” en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho penal, Tomo II, Teoría del delito*, ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 403.

28 SSTS de 10 y 29 de febrero de 1983, de 8 de mayo de 1986, de 27 de octubre de 1989, 9 de marzo, 18 de marzo, 9 de abril, 27 de abril y 8 de noviembre de 1990.

29 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, cit., pp. 61-66.

zada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del Legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica". Como vemos, la jurisprudencia³⁰ es favorable a su aplicación, al acuñar al respecto el concepto de la denominada "reparación tardía", y así ocurre desde el Código Penal de 1973, en la que la reparación o disminución del daño operará como atenuante analógica si tal actividad se desplegara desde la realización del acto del juicio oral y hasta que se dictara sentencia definitiva³¹.

B) Elemento personal

En coherencia con el principio de responsabilidad penal personal por el hecho propio, la reparación o disminución del daño debe ser un acto consecuencia de la voluntad del propio sujeto activo del delito, ya sea por vías directas o indirectas.

Al contemplarse esta atenuante como una conducta "personal del culpable", se excluyen, como dice la STS de 20 de octubre de 2006, los siguientes supuestos para la aplicación de la atenuante:

1. Los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio.
2. Supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.
3. Conductas impuestas por la Administración.
4. Simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

En cambio, en los casos en que la conducta reparadora sea desplegada por una tercera persona, tal actividad tendrá eficacia atenuadora, "siempre y cuando la misma se realice por cuenta y orden del sujeto activo, y ante la imposibilidad por su parte de llevar a cabo dicha conducta"³².

En opinión de ALONSO FERNÁNDEZ³³, en este punto son coincidentes tanto la doctrina científica como la jurisprudencia³⁴, destacando como ejemplo de autores a MUÑOZ CUESTA³⁵, CAMPO MORENO³⁶ o PUENTE SEGURA³⁷ que afirman que resulta exigible que el acto sea consecuencia de la voluntad del culpable que sea él quién lo configure con independencia

total de que fuera un familiar, un amigo o un tercero quien facilite los medios económicos para la disminución de los efectos de la acción delictiva.

La jurisprudencia por su parte también ha admitido la delegación en tercero de la conducta reparadora. Así, la STS de 6 de junio de 1995 aceptó dicha reparación delegada en persona distinta al propio agente, siempre "que haya sido el mismo sujeto agente quien ha decidido y encargado a terceros la actividad tendente a reparar o a facilitar la persecución del delito ante la imposibilidad de llevarla a cabo personalmente".

A estos efectos, aunque la acción delictiva colectiva haya tenido la consideración de delito corporativo, en el sentido que se explicaba al inicio, la aportación efectuada por los sujetos destinada al reconocimiento de la atenuante deberá ser mancomunada, sin que la participación de uno implique efecto atenuador en la pena de los restantes y posibles coautores. Como ejemplo de ello, se puede acudir al caso de las "Tarjetas Black" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 2017) en la que se acusaba a sesenta y cinco sujetos en distintos grados de participación, entre otros, coautoría, por los delitos de administración desleal y apropiación indebida. En este caso, se reconoció la concurrencia de la atenuante a veintiocho de los acusados, por resarcir personalmente el daño cuantificado e individualizado, y sin que ello implicara su expansión por asimilación a los restantes acusados.

Esto no es impedimento para que, por otro lado, y especialmente en la modalidad del delito ocupacional, se posibilite que el efecto atenuador de la reparación realizada tan sólo por quien se benefició de las consecuencias del delito, se extienda a otros condenados que no han tenido un beneficio económico directo, pero que sí fueron copartícipes del delito. Ejemplo de ello se encuentra en la STS de 17 de marzo de 2004, en la que dos administradores de una sociedad limitada son condenados por un delito de malversación de caudales públicos y la sentencia de instancia únicamente reconoce la aplicación de la atenuante al efectivo benefactor del delito por ser éste quien proveyó la restitución económica. La sentencia de casación extiende el efecto atenuador al otro acusado, cuya única función fue de mero librador.

30 En el mismo sentido, SSTS de 30 de octubre de 1991 y 8 de noviembre de 1995.

31 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, cit., pp. 90-91.

32 *Id.*, p. 76.

33 *Ibid.*

34 SSTS de 30 de octubre de 1991, 6 de junio de 1995 y 6 de noviembre de 1995.

35 MUÑOZ CUESTA, J.C., et al., "Reparación o disminución del daño causado" en *Las circunstancias atenuante en el Código Penal de 1995*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 142.

36 CAMPO MORENO, J.C., "Arrepentimiento. Alcance penal en el iter criminis y en la responsabilidad penal" en *Cuadernos de derecho judicial: circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 282-335.

37 PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ed. Colex, 1997, p. 441.

El Tribunal Supremo dice en el FJ.4 de la referida sentencia que “por lo que cuando, como aquí acontece, es precisamente quien parece haberse aprovechado de los beneficios económicos que deparó la comisión del delito, el que provee a su reparación, razones de fidelidad al espíritu de la norma y de respeto a sus fines de política criminal, tanto como a principios de estricta justicia material, son los que aconsejan la extensión al copartícipe de los efectos atenuatorios de la conducta reparadora [...]”. En el caso relativo al jugador del F.C Barcelona, el Tribunal expande el efecto atenuador de la reparación satisfecha por el juzgador a su padre, que mantiene la condición de cooperador en la comisión del delito (SAP de Barcelona de 5 de julio de 2016).

C) Elemento sustancial

La reparación o disminución del daño son conceptos jurídicos indeterminados que no tienen un carácter exclusivamente económico, sino que dependerá de cuál haya sido el bien jurídico afectado, y por ende del concreto tipo penal en el que se halle el análisis, para determinar en qué ha de consistir dicha reparación. Bien es cierto que en el ámbito de la delincuencia económica la reparación necesariamente contendrá una cuantificación económica.

Tradicionalmente, y así se prevé aún en nuestra legislación penal, la “reparación” ha sido considerada parte de las consecuencias jurídico-penales del delito, como una aceptación voluntaria de la responsabilidad y restablecimiento de la paz jurídica, que se debe reflejar en la pena mediante una reducción en la condena³⁸.

Bajo una interpretación terminológica, el concepto de “reparación” parece implicar una mayor expansión en la restitución del orden jurídico perturbado y, en su defecto, entraría en acción la “disminución” del daño cuando no se produzca una reparación del daño en su totalidad. Sin dudas, una compleja graduación que nuestros jueces y tribunales deben precisar ponderando: a) bienes jurídicos protegidos; b) resultado lesivo y efectos del delito; y c) valoración contable del daño producido por el delito económico.

Así las cosas, la atenuante diferencia según se produzca una reparación (total o absoluta) del daño o una disminución del mismo (reparación parcial). En cualquier caso, el componente común que la jurisprudencia requiere es que el resarcimiento sea “suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder

efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir a modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado”³⁹. Por tanto, la reparación podrá ser total o parcial si la misma abarca íntegramente el resultado lesivo del delito. Por otro lado, para los casos en los que dicha reparación no consiga el retorno al estado de cosas existentes antes de la perpetración del hecho delictivo, se halla la reparación parcial o disminución del daño⁴⁰. La diferencia entre una y otra tendrá reflejo en la graduación punitiva emitida por el juzgador con los límites legales impuestos en el Código Penal. El fundamento de la reparación parcial o disminución del daño recae, como manifiesta la STS de 28 de febrero de 2003, en que “no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el Legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir sus efectos”.

En cualquier caso, la atenuante está destinada a reparar o disminuir los efectos del delito. En este sentido, la delincuencia económica es aquella clase de criminalidad que afecta negativamente al bien jurídico “orden socioeconómico”, entendido éste como la participación estatal en la economía o como el conjunto de normas protectoras de los consumidores en la distribución, producción y consumo de bienes y servicios. En realidad, el orden socioeconómico no puede entenderse como un bien jurídico en sentido estricto, sino más bien como un bien jurídico categórico que necesita de una ulterior concreción en referencia a las respectivas figuras delictivas⁴¹.

Como afirma TERRADILLOS BASOCO, el criterio diferencial entre la delincuencia de cuello blanco y la delincuencia común es “la lesividad para lo colectivo, con independencia de que el legislador exija, en la formulación de algunos concretos tipos delictivos, el menoscabo o la puesta en peligro de elementos patrimoniales de titularidad individual”⁴².

En efecto, en el ámbito de la delincuencia económica se distinguen distintas categorías de bienes jurídicos supraindividuales: institucionalizados de titularidad individualizable (por ej., la capacidad recaudatoria o recursos de la Hacienda Pública); supraindividuales (por ej., el medio ambiente); y colectivos o sociales, funcio-

38 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 519-520.

39 SSTS de 24 de octubre de 2001; de 18 de octubre de 1999; de 4 de febrero de 2000, y de 1 de julio de 2000.

40 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, cit., p. 70.

41 BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 222.

42 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Delitos contra el orden socioeconómico”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, ed. Iustel, Madrid, 2015, p. 18.

nalmente necesarios para la defensa de otros individuales (p. ej., la transparencia del mercado de valores)⁴³.

Especial relevancia adquieren los llamados “bienes jurídicos colectivos”, ya que son aquellos que “afectan a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y que supone un cierto orden social o estatal”⁴⁴, sin perjuicio de que su lesión sea una consecuencia indirecta o secundaria procedente de la lesividad primaria de bienes jurídicos individuales⁴⁵. Desde luego todo dependerá del concreto tipo penal para resolver específicamente la cuestión del bien jurídico tutelado.

La determinación del daño es pues esencial, pero por lo general éste se identifica con entidades abstractas como el desarrollo económico y social, las condiciones de la libre competencia, el espíritu de empresa, la capacidad de inversión productiva, etc.⁴⁶. Abstracciones que, indubitadamente, son de difícil cuantificación⁴⁷.

Como Transparencia Internacional⁴⁸ o la Comisión Europea⁴⁹ advierten, los costes más abstractos y sustanciales a los delitos de cuello blanco terminan repercutiendo en la estructura económica de un país y de su mercado, puesto que acaban con la libre competencia y la libre concurrencia, producen la inflación de los precios, dado que al coste de producción se añade el precio pagado para comprar al funcionario o al particular que forma parte del entramado de corrupción, y de igual manera se ahuyenta a la inversión privada y empobrece al conjunto de la sociedad⁵⁰. Por su parte, la Administración Pública sufre una merma en su capacidad recaudatoria, por lo que también se afectan las política educativas, científicas, asistenciales, sanitarias, ecológicas, etc. Bienes jurídicos y costes que sin duda deben ser tutelados por la norma penal y que el juzga-

dor ha de considerar en atención a la categoría delictiva que se encuentre enjuiciando en ese momento.

En atención a los bienes jurídicos protegidos, el ámbito de lesión y los efectos producidos por esta clase de criminalidad, la cuantificación económica del daño es altamente ímproba. Y, como se verá, es ahí donde se reside la especial trascendencia criminológica de este fenómeno, es decir, en las posibilidades reales de reparación en vista a la lesividad colectiva provocada.

Por lo tanto, si asumimos que ninguna actividad post-delictual destinada al resarcimiento pueda subsanar los daños ya ocasionados, parece lógico estimar que en el seno de la delincuencia económica no se podrá apreciar una reparación total o absoluta, sino únicamente una reparación parcial o disminución del daño referido al efectivo y exclusivamente cuantificable en términos económicos o financieros. En caso contrario la reparación quedaría reducida a la porción de posible cuantificación, es decir, se estaría interpretando que la atenuante está destinada a la devolución de sus efectos, lo que sería tanto como desconocer la protección de bienes jurídicos colectivos y el nivel de lesividad, que este modo de criminalidad no sólo obtiene un rendimiento económico inmediato, sino que es generador de beneficios a largo plazo y que se generaría una confusión con la institución del decomiso.

Una razón adicional que sustenta este planteamiento es el hecho de los componentes a considerar en la graduación de la atenuante, esto es, para determinar la extensión en que dicha reparación ha operado hay que tener en cuenta dos factores fundamentales ya vistos por la jurisprudencia: la satisfacción real y efectiva a la víctima del delito, y la capacidad —económica en este caso— del sujeto responsable del hecho delictivo⁵¹. El

43 *Ibid.*

44 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍAARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63.

45 Así ocurre, por ejemplo, en el delito de estafa colectiva del art. 250 CP, en el que existe una evidente afectación al patrimonio individual de cada una de las posibles víctimas, pero, a su vez, su perpetración repercute en la competitividad de los mercados financieros o en la inversión extranjera, entre otros. Véase, como modelo paradigmático de estafa colectiva y piramidal, los casos relativos a las sociedades de inversión Fórum Filatélico y Afinsa Bienes Tangibles, donde los investigadores cifraron el número de afectados en 350.000 personas, de los cuales 270.000 eran pertenecientes a Fórum Filatélico. La Audiencia Nacional dictó sentencia, con fecha de 18 de octubre de 2016, condenando a la cúpula de Afinsa J.A.C.C., con la posterior confirmación parcial por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2017. La Audiencia Nacional emitió sentencia el pasado 13 de Julio de 2018 en la pieza relativa a Fórum Filatélico.

46 RUGGIERO, V., *Delitti dei deboli e dei potente*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1999, p. 127.

47 VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, cit., p. 245.

48 <https://transparencia.org.es/ipc-2017/>; https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/aspectos_destacados_ipc-2016.pdf.

49 Véase el siguiente informe de diciembre de 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_es.pdf, donde la Comisión Europea y la oficina de estadística comunitaria, Eurostat, cifra en 90.000 millones de euros anuales los costes de la corrupción pública y privada en España; cifra que se corresponde con el 8% del PIB.

50 ACALE SÁNCHEZ, M., “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español” en VV.AA., *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, ed. Universidade Da Coruña, 2015, p. 17.

51 ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, cit., p. 71.

papel de la víctima, que hacía mención a que no fuera una reparación ficticia, sino encaminada a una reparación eficiente del daño ocasionado, será un aspecto que se analizará a continuación; pero en relación con el segundo factor, se debe atender a lo dispuesto en la STS de 24 de febrero de 2003, que establece que “cuando el acusado es una persona solvente, es decir, que tiene a su alcance, sin grave daño económico para él, la reparación total en el sentido de indemnización de todos los daños y perjuicios producidos por el delito, cuando, además, los hechos ocurridos permiten conocer la cuantía de éstos, entonces cabe denegar la aplicación de esa atenuante”.

De la lectura de esta sentencia se deduce, en primer lugar, que para estimar una reparación total del daño se requiere que sea posible conocer la cuantía del mismo, lo que se imposibilita en el seno de la delincuencia económica por la afección a componentes económicos abstractos e incuantificables; y en segundo lugar, que por las propias posibilidades económicas de estos grandes delincuentes y su consiguiente indemnidad económico-personal tras la imputación y/o condena, poseen mayores recursos para satisfacer la reparación del daño que para lo que el delincuente convencional o marginal representaría. Reparación que, como la casuística revela, en muchos de los casos no se satisface en toda su extensión con el único objetivo de lograr retener mayores activos para beneficio propio.

En conclusión, dado que la delincuencia económica produce un daño irreparable en algunos de sus extremos para el sujeto activo del delito, que es incuantificable en muchas de sus variantes y, por último, por la elevada capacidad económica de estos sujetos, es indiscutible la necesidad de apreciar la atenuante exclusivamente en su extensión parcial o disminuida, ya que en ningún caso es posible retornar al mismo estado las cosas existentes antes de la perpetración del hecho delictivo por su afección a múltiples aspectos de la economía y la sociedad.

3.2.2. El fundamento de la atenuante de reparación o disminución del daño: el papel de la víctima del delito de cuello blanco

Junto al fundamento basado en la capacidad económica del sujeto responsable del hecho delictivo, la atenuante de reparación o disminución del daño se ha con-

figurado como un estímulo encaminado a la reparación del daño causado a la víctima. Precisamente es este el rasgo que caracteriza a la moderna Política criminal⁵².

La cuestión relativa a la figura de la reparación a la víctima del delito ya ha sido proyectada en el seno de la doctrina. ROXIN⁵³ planteó la “reparación” como una tercera vía de reacción frente al delito, junto con las penas y las medidas de seguridad, y que llevaría a entender, como ALASTUEY DOBÓN⁵⁴ también expuso, que si el delincuente consigue reparar totalmente las consecuencias del delito antes del juicio oral habrá de renunciarse a la pena⁵⁵. En ese caso, el juicio de reproche se desvanecería al no existir damnificación del orden jurídico, social o económico, en cuyo caso el fundamento de la sanción al sujeto radicaría más en su peligrosidad que en el hecho delictivo cometido.

En cambio, en el seno de la delincuencia de cuello blanco, esta concepción de la reparación como la tercera vía se obstaculiza por dos aspectos: por un lado, por la dificultad que supone en el bien jurídico orden socioeconómico individualizar e identificar a la víctima del delito económico; y por otro lado, en lo referido a los perjuicios y daños producidos por las delincuencia económica, a veces incuantificables. Es por ello que parece razonable hacer merecedores a estos sujetos, aún después de haber reparado el daño en sus aspectos estrictamente contables, de un reproche penal por el orden socioeconómico afectado. Como se dijo en las primeras páginas, estas prácticas afectan a distintos ámbitos del mercado, la economía y la sociedad, cuya afectación no podría quedar mitigada o resarcida por ninguna actividad *ex post facto*.

En la misma línea, admitir en el seno de la delincuencia económica la reparación como la tercera vía de reacción frente al delito, con la consiguiente renuncia punitiva, llevaría a prever la posibilidad de que los gestores de estas actividades ilícitas lleguen pronosticar la “reparación a la víctima” como un riesgo más del negocio. El *animus delinquendi* podría quedar conformado con el único riesgo de tener que “reparar el daño” a la víctima en caso de la comisión de un delito. Sin duda, esto conduciría a la proliferación de un sistema de impunidad en el que los grandes delincuentes económicos computarían el coste de la reparación como gasto necesario en la ejecución de la actividad delictiva, es decir, como parte de su estrategia empresarial.

52 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996, p. 632.

53 ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, traducción de MANZANARES, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal En Alemania, C.G.P, Madrid, 1991, pp. 141 y ss.

54 ALASTUEY DOBÓN, M.C., La reparación a la víctimas en el marco de las sanciones penales, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 35 y ss.

55 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 202-207.

Afortunadamente este posicionamiento doctrinal no ha tenido recorrido en la práctica. La hermenéutica judicial⁵⁶, por el contrario, ha otorgado progresivamente una posición privilegiada a la víctima del delito a la hora de apreciar la atenuante de reparación o disminución del daño, fundamentada en la menor necesidad de pena ante el indicio de rehabilitación que implica la decisión del sujeto de proteger los intereses de las víctimas. En el seno de la delincuencia económica aún se mantienen matizaciones y contradicciones que no han sido atajadas por la propia jurisprudencia, como puede ser el tratamiento del propio concepto de víctima en cuanto a delincuencia económica se refiere. La STS de 16 de enero de 2007 indica que esta circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal trata de “lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal”. Asimismo, la STS de 22 de octubre de 2013 (FJ.3) admite el empoderamiento que la víctima ha alcanzado en el proceso penal y el primordial deber de atender eficazmente a la reparación de los daños causados como exponente capital de la Justicia Restaurativa.

Por tanto, el papel de la víctima, hasta hace poco olvidado, ha llegado impetuosamente a la jurisprudencia, mostrándose como un aspecto fundamental a la hora de apreciar la concurrencia de la atenuante de reparación o disminución del daño. Así, la Audiencia Nacional, en el caso de las “Tarjetas Black” (Sentencia de 23 de febrero 2017 (FJ.12), tuvo en cuenta el ánimo subjetivo del autor para reconocer la concurrencia o no de la atenuante a unos u otros acusados. El Tribunal distinguió entre aquellos que consignaron cantidades dinerarias “con la finalidad expresa de hacer llegar a quien finalmente se declare ser el perjudicado” y aquellos que consignada la cantidad reclamada no estuvieran precedidas del “pretendido ingreso a favor de alguna persona, al margen de que no estuviera determinado el perjudicado”.

El TS reafirmó que, a pesar de la objetividad incorporada por el legislador a esta atenuante, el fundamento último del artículo 21.5 CP es la tesis de la “protección objetiva de la víctima” encaminada a reparar el daño

ocasionado con su conducta⁵⁷. Ello encuentra su razón, entre otras, en la STS de 26 de diciembre de 2008⁵⁸, por la que se rechaza incluir entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera presentación de la fianza exigida por el juez, sea en el auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación, pues una “cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral”. Ello basado en la inexistencia del *actus contrarius* implícito al que alude la jurisprudencia⁵⁹ y que, de admitirlo, provocaría que la apreciación de la atenuación penológica dependiera en cierta medida del ánimo subjetivo del autor.

Dada la posible confusión que puede provocar este requisito subjetivo de voluntad del autor y la objetividad que pretende tener la atenuante, el TS, en su sentencia de 20 julio de 2015, orienta el ánimo subjetivo del autor, el cual no se dirige al arrepentimiento, sino a la exteriorización de una voluntad de reconocimiento como autor de un daño y el deseo de responder frente a la víctima.

El papel de la víctima ya fue contemplado por el propio legislador penal, que incluyó en el art. 21.5 CP, entre los motivos de atenuación penológica, “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos [...]”. El Código Penal de 1973 igualmente exigía “reparar o disminuir los efectos del delito, o bien dar satisfacción al ofendido”; orientando el comportamiento postdelictivo a la exclusiva reparación de los daños causados a la víctima entendida en sentido estricto⁶⁰, es decir, como la persona sobre quien recae la acción delictiva, y no necesariamente del sujeto pasivo del delito, como titular del bien jurídico protegido⁶¹.

Ahora bien, puesto que la reparación del daño parece hallarse entre la sanción penal y la responsabilidad civil⁶², es importante apuntar que la reparación prevista en el art. 21.5 no se asemeja a la reparación del daño contemplada en los arts. 109 y ss. del Código penal, dedicados a regular la responsabilidad civil derivada del delito. En efecto, la reparación del daño es una de las

56 Vid., entre otras, SSTS de 14 de enero de 2005; de 22 de junio de 2012; de 22 de marzo de 2013 y de 20 de julio de 2015.

57 STS, de 22 de octubre de 2013.

58 Cfr. con STS de 22 de junio de 2012, en virtud de la cual se determina que el abono anticipado de una multa o la indemnización nada tiene que ver con el fundamento de la atenuación.

59 En este sentido, SSTS de 23 de marzo de 2009; de 29 de abril de 2005; de 10 de octubre de 2008; y de 22 de marzo de 2013.

60 CALDERÓN SUSÍN, E., *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del art. 9.º del Código penal*. ed. Edersa, Madrid, 1990, p. 265.

61 Vid. BUSTOS, J./LARRURI, E., *Victimología: presente y futuro*, ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 17 y ss.

62 Desarrolla esta cuestión, GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, en REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F (dir.), *Derecho penal, Constitución y Derechos*, ed. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 105-133.

tres modalidades previstas en la responsabilidad civil, junto a la restitución y a la indemnización de perjuicios.

La doctrina ha ido resaltando distintos criterios con la finalidad de distinguir entre los supuestos de atenuación de la sanción penal y de responsabilidad civil. Así, CAMPO MORENO considera que el dato fundamental para distinguir una y otra radica en que la atenuante “no requiere la efectividad o taxatividad que sí es exigida en los preceptos reguladores *De la responsabilidad civil*”⁶³. Sin embargo, para otros autores, ésta no es la diferencia más notable.

El primer escollo sobre el que se tuvo que discutir fue el referido a la ambigüedad que cubría los conceptos de “daño” y “perjuicio”⁶⁴. FARALDO CABANA⁶⁵ destaca que el concepto de reparación como atenuación tiene un significado al mismo tiempo más amplio y más restringido del que le corresponde a la responsabilidad civil. Más amplio, porque la reparación como atenuación comprende todas las formas posibles de eliminar o disminuir los efectos perjudiciales derivados del delito. Más restringido, dado que, a diferencia de la responsabilidad civil derivada del delito, será el propio culpable quien satisfaga las obligaciones derivadas de la reparación, y no un tercero.

Finalmente, la responsabilidad civil *ex delicto*, como indica el art. 113 CP, se extiende a los perjuicios ocasionados a familiares y terceros.

Por tanto, el concepto de víctima para el que parece estar dirigido el art. 21.5 CP no se asemeja ineludiblemente con el concepto de sujeto pasivo, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones puedan confluir ambas categorías en un mismo sujeto.

Precisamente es el ámbito de los delitos económicos donde esta diferenciación puede distinguirse con mayor nitidez. Véase a título ejemplificativo el delito de fraude a la hacienda pública (art. 305 CP): el sujeto pasivo, como titular del bien jurídico protegido, es la propia Hacienda Pública, ya sea estatal, autonómica, foral o local (STS de 28 de marzo de 2011), pero cabría cuestionarse si ésta puede ser considerada “víctima” y si en efecto existe una víctima cuyo daño deba ser objeto de reparación. Se estima indiscutible que no puede personificarse e individualizarse una víctima en este delito. De igual manera ocurre en los delitos urbanísticos, en los delitos de falsedades o en múltiples delitos de corrupción pública, donde el sujeto pasivo es difuso.

La Ley 4/2015, de 27 de abril reguladora del Estatuto de la Víctima, considera víctima en su art. 2 “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio [...] o perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito”. Así, se indicaba con anterioridad que la víctima objeto de reparación a considerar era aquella sobre quien recaía la acción delictiva, aquella que sufría el perjuicio. Por tanto, al menos en un primer momento parece que la atenuante de reparación o disminución del daño sólo puede operar en aquellos supuestos en que hubiere personas físicas sobre las que hayan recaído la acción delictiva y que pudieran ser consideradas “víctimas” en sentido estricto, pues de lo contrario la atenuación penológica se llevaría a cabo en la contravención del Estatuto de la Víctima y de la doctrina del *actus contrarius* y de protección objetiva de la víctima que aplica la jurisprudencia del TS como criterio determinante en esta atenuante.

No se ha de aplicar la atenuante de reparación o disminución del daño en aquellos delitos donde no confluyan víctimas en sentido estricto, pues no concurren intereses personales deban ser tutelados o resarcidos. En cambio, la jurisprudencia, consciente de este hecho, declaró en STS de 22 de marzo de 2011 que lo que pretende la atenuante de reparación del daño es efectivamente incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas en general, pero que esto no excluye a la Hacienda Pública, reconociendo así implícitamente que la atenuante ha sido interpretada desde su configuración en el CP en el sentido de que las personas jurídicas públicas o privadas no pueden ser categorizadas como “víctimas” hasta ese momento.

Es manifiesto que para la doctrina y la jurisprudencia la protección a las víctimas ha sido un elemento teórico capital en el proceso penal, y forma el fundamento último de la atenuante de reparación o disminución del daño, y aunque todo hacía indicar que no era posible apreciar la atenuante en los delitos que no hubiera una víctima identificada e individualizada, se ha logrado adular el que debía ser uno de los mayores logros de la política-criminal moderna. Así, estos sujetos han obtenido la posibilidad de lograr en sus eventuales sentencias condenatorias la aplicación de la atenuante prevista en el art. 21.5 CP, aun y cuando el caso concreto no responda a los supuestos donde debiera ser reconocida.

63 CAMPO MORENO, J.C., *El arrepentimiento postdelictual*, ed. General de Derecho, Valencia, 1995, p. 31.

64 En este sentido, *vid.* entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed. Madrid, 1996, p. 240; TAMARIT SUMALLA., *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona, 1994, p. 54; los cuales identifican los “daños” con los causados sobre las cosas, mientras que los “perjuicios” estaban constituidos por el resto de los males derivados del delito, y concretamente los personales, ya fueran materiales o morales.

65 FARALDO CABANA, P., *La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995)*, cit., pp. 249-251.

3.2.3. Problemática casuística

Como pone de relieve QUINTERO OLIVARES, preocupa el desarrollo del sistema penal contemporáneo, el cual ha ido evolucionando hacia a un modelo alternativo⁶⁶, que que mientras permite la pronta imposición de una pena al autor de un robo, propicia sin embargo el reconocimiento de la atenuante de reparación o disminución del daño al gran delincuente económico, incluso como muy cualificada, eludiendo así en muchas ocasiones la entrada en prisión. En este sentido, la aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño ha ocasionado diferentes debates acerca del modo en que ha sido aplicada e interpretada en los últimos tiempos por nuestros jueces y tribunales.

Un error hermenéutico puede justificarse, en última instancia, en el propio ámbito cognitivo del juzgador, así como en su potestad jurisdiccional, puesto que los jueces y tribunales son quienes deben apreciar la concurrencia de atenuantes o agravantes, su extensión y modalidad. No obstante, no se aprecia un desacuerdo meramente valorativo, sino más bien la constatación de que los delincuentes de cuello blanco han sido generadores, por su tremendo poder, de jurisprudencia, de *su* jurisprudencia. No ha sido el derecho, en este terreno, el que ha embridado al poder, sino, al contrario, el poder el que ha subyugado al derecho.

Así se verifica que, en su mayoría, la jurisprudencia no sólo se pronuncia en contra de los planteamientos que han sido propuestos, sino que en efecto ha participado de la construcción de un sistema proclive a la impunidad de los grandes delincuentes económico y cuya relevancia es importante destacar en este punto.

A) La apreciación de la atenuante como muy cualificada

Como se dijo, los bienes jurídicos que están en juego cuando la criminalidad económica actúa justifican la aplicación de la atenuante en su vertiente parcial o disminuida. Pero, sin embargo, en la práctica jurídica no sólo no se aplica esta atenuante en su versión mínima y se observa, por el contrario, dicha atenuación en su extensión máxima, sino que se le otorga la categoría de “*muy cualificada*” con una sorprendente simplicidad, inalcanzable para el sector más convencional de la delincuencia por los propios requisitos exigidos para su observancia.

La STS de 29 de enero de 2008 justifica que “*los Tribunales suelen apreciar la atenuante de reparación del daño como muy cualificada cuando el montante total a reparar asciende a una cantidad muy elevada, y el reo lo ha puesto a disposición de la víctima de forma íntegra o prácticamente íntegra —por lo que no se demanda, ni aún así, la totalidad— y con bastante antelación a la celebración del juicio oral*”⁶⁷. El razonamiento esgrimido por el TS permite deducir que los grandes delincuentes económicos tienen mayores vías de acceso a la aplicación de esta atenuante, dada su apreciación basada en la alta cantidad a reparar y su efectiva reintegración, lo que sin lugar a dudas solo es posible para un gran delincuente económico solvente y de alto poder adquisitivo.

Se trae como ejemplo la STS de 24 de mayo de 2017 por la que se confirma íntegramente la sentencia de instancia que condenaba a 21 meses de prisión por un delito fiscal a un famoso jugador del F.C. Barcelona, cuyo montante defraudado ascendía a los 4 millones de euros. Pues bien, se aprecia dicha atenuante como muy cualificada con el único pretexto, tanto en la resolución del TS (FJ.25) como de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2016 (FJ.8), de “*por «lo importantísimo» de las sumas abonadas*” y por su devolución a Hacienda antes de que se iniciara el juicio. En consecuencia, se verifica que sólo podrán mantener esta posición “privilegiada” quienes, tras la comisión del hecho delictivo y su imputación, mantengan una situación económica que les permita restituir cantidades exorbitantes de dinero, lo cual dista mucho de estar al alcance del ciudadano medio y del delincuente marginal.

Y como si de un partido de fútbol se tratara, la Audiencia Provincial de Madrid en su reciente Sentencia de 22 de enero de 2019 condena de conformidad por cuatro delitos contra la Hacienda pública a otro famoso jugador de fútbol como consecuencia de la defraudación en la contratación con el Real Madrid. C.F. El Tribunal reconoce una atenuante de reparación del daño en su vertiente muy cualificada por cada uno de los delitos, lo que da a la sustitución de las penas privativas de libertad por la pena de multa⁶⁸. En ambos casos el modo aplicativo de esta atenuante produjo sin lugar a dudas una reducción penal sin la cual estos jugadores hubieran sido privados de libertad de modo efectivo.

66 Tema que desarrolla QUINTERO OLIVARES, G., “El castigo de la delincuencia económica y el riesgo del derecho penal de autor”, en *Liber Amicorum Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c Juan M^º. Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 407 y ss.

67 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Circunstancias de la responsabilidad criminal”, cit., p. 404.

68 La sustitución de la pena privativa de libertad se produce de conformidad con el art. 88 del Código penal existente con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015. Hay que atender al hecho de que el sistema de sustituciones previsto en el Código penal hasta la reforma del año 2015 condicionaba su aplicación, en particular, al “esfuerzo para reparar el daño causado”.

La consecuencia práctica de la calificación de la atenuante como muy cualificada no es otro que el beneficio penológico previsto en el artículo 66.1.2ª CP, el cual establece que “*cuando concurran dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada [...] aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes*”. En caso contrario, la aplicación de la atenuante genérica de reparación sólo puede reducir la pena en su mitad inferior.

Por lo tanto, y trayendo a colación el mismo argumento utilizado para afirmar la necesidad de que en delincuencia económica sea aplicable la atenuante de reparación desde su extensión parcial o disminuida, esto es, por la irreparabilidad de los sectores socioeconómicos afectados por estos delitos, se muestra exigible a nuestros jueces y tribunales que observen estas circunstancias y rehúsen la aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño en su categoría de “*muy cualificada*”.

B) El autoblanqueo como fruto de la actividad reparadora

Un aspecto polémico que nuestros jueces y tribunales están soslayando en las resoluciones judiciales al aplicar la atenuante de reparación o disminución del daño es la cuestión relativa a la procedencia del dinero. Es decir, el cuestionamiento sobre la licitud o ilicitud del fondo dinerario aportado por el sujeto activo del delito para reparar o disminuir el daño causado para así obtener posteriormente una atenuación en la pena impuesta. Por tanto, habría que sopesar evaluar la posibilidad de que el sujeto activo esté utilizando los propios beneficios económicos obtenidos a través de la actividad delictiva para poder abonar el contenido de la reparación.

Como ejemplo de ello tenemos múltiples y mediáticos casos en la actualidad, en los cuales se ha reconocido la aplicación de esta atenuante y, sin embargo, ningún tribunal entra a valorar la procedencia del dinero en la que se obtuvo el reconocimiento de la misma. Pueden observarse en este sentido las resoluciones judiciales del caso Noos (Sentencia AP de Baleares 13/2017, ratificada posteriormente por STS 277/2018, de 8 de junio), del caso de las tarjetas Black (Sentencia AN 4/2017, ratificada posteriormente por STS 438/2018, de 3 de octubre), del caso F.C. Barcelona (Sentencia AP de Barcelona 110/2015), del caso Fitur (Sentencia TSJV 2/2017), caso Fórum Filatélico (Sentencia AN 2738/2018), caso Real Madrid C.F. (Sentencia AP de Madrid 53/2019) etc. Todos estos casos han tenido la

aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño en muchos de sus imputados y, sin embargo, ninguno de ellos ha debido soportar la carga de probar la procedencia lícita del dinero.

Se debe recordar que la reparación o disminución del daño es un acto consecuencia de la voluntad del propio sujeto activo del delito y que debe ser éste quien la configure. Por tanto, no se trata de atestiguar la comisión del delito por parte del sujeto, cuya prueba recae sobre quien mantenga la acusación. Aquí el sujeto activo, mediante un acto personal y voluntario, destina una cantidad de dinero a la reparación del daño ocasionado por su acción delictiva, por lo que cualquier duda sobre su culpabilidad habrá quedado disipada en el momento en que el sujeto activo decide reparar voluntariamente un daño producido, para lo que se requiere asumir y reconocer la producción del mismo a la víctima⁶⁹ —lo contrario carecería de sentido, puesto que no es reparable el daño que se alega no haber causado. Con todo, parece exigible al sujeto probar la procedencia lícita de su actividad reparadora.

Es cierto que no existe ninguna resolución judicial que reflexione sobre este aspecto. Y, en efecto, es precisamente este uno de los hechos que con mayor rotundidad hay que denunciar. Pero ello no debe suponer un obstáculo para que se indague acerca de algo que, a priori, no ha llamado la atención de los diferentes operadores jurídicos ni de la doctrina. Así, en caso de probar que el sujeto activo de un delito económico se aprovechó de los beneficios obtenidos a través de su trama delictiva para depositar los fondos destinados a la aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño, supondría un supuesto fáctico de autoblanqueo de capitales que encuentra amparo legal en el art. 21.5 CP. Es decir, en palabras del artículo 301 CP, es autor del delito de blanqueo de capitales el sujeto que “*utilice bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva [...] para ocultar o encubrir su origen ilícito*”. Parece cumplirse en, al menos, sus elementos objetivos, la acción del sujeto que en provecho de los beneficios económicos obtenidos de una actividad delictiva busca “retribuir” un privilegio en la punición como consecuencia de esa misma actividad.

Hay que matizar que no se refiere esta exposición a la pertinencia de condenar a estos sujetos por un delito de blanqueo de capitales cometido con origen en la atenuación fruto de la reparación o disminución del daño. Esto queda excluido, especialmente tras la STS de 19 de noviembre de 2013 que resolvió la controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de la punibilidad del

69 *Vid.* en este sentido, STS de 22 de junio de 2012, por el que el fundamento de la atenuante de reparación se ha asociado a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor. Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora.

delito de autoblanqueo. Por una parte consideraba este delito como el agotamiento del delito previamente cometido, por tanto, parte de su *iter criminis*, y otra parte defendía la posibilidad de admitir el autoblanqueo en concurso real de delitos. Finalmente, tras esta sentencia, el TS utiliza el criterio de la “no conectividad en la conducta objeto de investigación”, es decir, admite la punición doble en el supuesto en el que el patrimonio se obtenga mediante una actividad delictiva previa y distinta de la concreta operación que motiva la investigación del blanqueo de capitales. Por tanto, siendo los aspectos referidos a la concurrencia de la atenuante de reparación o disminución del daño objeto de debate en fase de juicio oral, queda claramente excluida su observancia como delito.

Sin embargo, ello no impide para entrar a conocer la procedencia del dinero destinado a la reparación o disminución del daño al efecto de acordar su aplicabilidad. Sólo mediante una reparación hecha a través de dinero lícito, que suponga a su vez el despojo veraz de una posición económica ostentada fruto de su actividad delictiva, se produce una real “reparación o disminución del daño”.

Los juzgadores, en cambio, no sólo no inspeccionan la procedencia del dinero destinado a los pagos de la atenuante, sino que, en cierto modo, dan cobertura a la entrada de activos ilícitos en el tráfico jurídico mediante la aplicación de las mismas.

Como ejemplo actual, muy significativa resulta la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de 11 de junio de 2018, que sustancia una pieza separada de la trama Gurtel valenciana. En esta resolución se reconoce al principal condenado de la trama la concurrencia de la atenuante de reparación del daño por haber “*colaborado de manera activa y eficaz en la comisión rogatoria enviada a la autoridad Helvética para desbloquear la suma de 2.060.748 euros*” (cantidad que se encontraba bloqueada por el propio Juzgado Central de Instrucción núm. 5). Hace merecedor de esta atenuante al ya condenado por la colaboración en la agilización temporal de la repatriación de los activos depositados en el paraíso fiscal; activos que, de otro modo, reconoce la sentencia, se hubieran logrado repatriar igualmente. En primer lugar, se halla un error en la interpretación jurídica de la atenuante, puesto que en sede de la atenuante analógica de colaboración con la justicia —derivada de la aplicación del art. 21.7— podría discutirse si realmente este hecho constituye una colaboración activa con la justicia —de la que también le hace merecedora. Pero en ningún caso supone una reparación o disminución del daño. Es especialmente llamativo que una operación que debiera ser objeto de decomiso, entra en el ordenamiento jurídico a través de la aplicación de una

atenuante, logrando así reintroducir activos ilícitos en el tráfico jurídico lícito y además obtener un beneficio penológico: en términos estrictamente económicos supone el ahorro de tener que destinar activos o bienes personales y lícitos del sujeto en cuestión.

Un supuesto similar que viene a confirmar esta tesis se encuentra en el caso Fórum Filatélico. En este supuesto, la Audiencia Nacional reconoce la atenuante a uno de los sujetos por ordenar la repatriación de los activos contenidos en un paraíso fiscal en Dubái e ingresarlos en el juzgado⁷⁰.

En la casuística, por tanto, esta atenuante ha sido objetivada hasta el límite de quebrar la funcionalidad práctica y restaurativa que desde el punto de vista del orden socioeconómico perturbado y del daño a la víctima dicha atenuante debiera tener. El sujeto activo que repara o disminuye el daño ocasionado, lo hace sin tener que probar o justificar la procedencia lícita del mismo, logrando obtener, a pesar de ello, una importante mitigación en la pena finalmente impuesta.

Todo hace indicar que las dudas sobre la procedencia lícita o ilícita del dinero destinado a la reparación o disminución del daño y, en consecuencia, la pertinencia de aplicar o no la atenuación punitiva, quedaría difuminada si le fuera exigible al sujeto, que va a beneficiarse de una reducción en los años de condena, la demostración o justificación de la procedencia lícita de dicho montante económico y, en caso de no hacerlo, no admitir la aplicación de dicha atenuante. Así se evitaría el riesgo de que con la aplicación de la atenuante de reparación o disminución del daño se esté dando a un supuesto fáctico de autoblanqueo de capitales que encuentra amparo en el propio Código penal.

4. Conclusiones

I. La aparición del fenómeno de la delincuencia económica supuso que la dogmática tuviera que adaptar las teorías tradicionales que vinculaban a la personalidad del autor o su posición social la justificación al impulso criminal y, en consecuencia, la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad relacionadas con dichas teorías.

II. El legislador ha empleado la mayor parte de su esfuerzo legislativo en tipificar y contemplar las circunstancias y particularidades criminógenas del delincuente marginal, dificultando a éste el acceso a beneficios penológicos. Por contra, el delincuente económico ha encontrado múltiples criterios *ex post facto* por las que obtienen rebajas en las condenas. En concreto, la atenuante de reparación o disminución del daño se expande a lo largo del Código Penal, vinculando la concurrencia de la misma no sólo a la obtención de beneficios

70 Más desarrollado en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de Julio de 2018.

penológicos, sino también a la suspensión de la pena, la libertad condicional o el desistimiento de delito. Parece que la acción legislativa va en sentido inverso a los índices de criminalidad, que observa un aumento paulatino de este tipo de delincuencia y una bajada considerable de la delincuencia tradicional.

III. La entrada en vigor del Código Penal de 1995 erradicó la necesidad del elemento subjetivo especial de arrepentimiento distinto al dolo propio de la circunstancia que venía exigiéndose desde el Código Penal de 1822, concretando la atenuante al resarcimiento objetivo del daño.

IV. Por el literal del precepto, la actividad reparadora tiene que producirse desde la comisión del delito hasta el inicio del juicio oral. Sin embargo, ello no ha supuesto un impedimento para que la jurisprudencia haya admitido la “reparación tardía” a través del reconocimiento como atenuante analógica el realizar dicha reparación con el juicio oral ya iniciado, lo que supondría en su caso el mismo beneficio penológico.

V. En principio, la conducta reparadora debe ser realizada personalmente del sujeto activo, aunque puede delegarse a tercero en caso de imposibilidad de llevar a cabo esa actuación por su parte, para lo que se requiere mandato expreso que manifieste la voluntad de reparar o disminuir el daño causado a la víctima. No obstante, entre los rasgos que caracterizan a la delincuencia económica, se encuentra la interrelación de sujetos, con conductas definidas y sin cuya aportación quedaría frustrada la acción delictiva. En este sentido, se ha admitido, como excepción a la individualización en la acción reparadora hasta ese momento exigida, que los efectos atenuadores que produce reparar o disminuir el daño por parte de un sujeto sean extendidos al resto de acusados.

VI. La afectación a bienes jurídicos supraindividuales, en especial, a los colectivos, justifica que la atenuante prevista en el artículo 21.5° sólo pueda observarse en su extensión mínima, esto es, como disminución del daño, puesto que se evidencia que existen perjuicios macroeconómicos que son irreparables.

VII. Existe en términos cualitativos y cuantitativos una diferencia conceptual en el artículo 21.5° CP. Por un lado, nos encontramos con la “reparación, reservada a la reparación total o absoluta del perjuicio; y, por otro, la “disminución”, que hace referencia a una reparación parcial o mitigada del daño. La diferencia debe tener un reflejo en la pena. No puede disfrutar de la misma reducción en la condena el que repara el daño en toda su extensión, que aquel que produce una reparación parcial del mismo. Sin embargo, la afectación a bienes jurídicos supraindividuales, en especial, a los colectivos, y la imposible cuantificación del daño justifica que la atenuante prevista en el artículo 21.5° sólo pueda observarse en su extensión mínima, esto

es, como disminución del daño. No obstante, no sólo se admite la reparación en su extensión absoluta, sino que se reconoce como muy cualificada bajo el único pretexto de la cuantía del daño a reparar. Desde luego, son aspectos que nuestros jueces y tribunales deberán meditar, pues parece que a mayor fraude mayores beneficios penológicos.

VIII. La víctima supone un elemento central en la apreciación de la atenuante de reparación o disminución del daño, constituyéndose como el fundamento último de ésta. Podemos concluir que “víctima” a estos efectos debe ser considerada la persona física sobre la que ha recaído el daño, que encuentra concordancia con la doctrina jurisprudencial del *actus contrarius* y de protección objetiva de la víctima. Sin embargo, generalmente los delitos contra el orden socioeconómico poseen un sujeto pasivo difuso y difícilmente individualizable. Por tanto, sólo debería reconocerse la concurrencia de la atenuante en aquellos tipos penales que admitan la existencia de una víctima persona física, identificada e individualizada. Sin embargo, el propio TS ha admitido, por ejemplo, que la Hacienda Pública pueda encontrar encaje en el concepto de “víctima”, lo que contraviene el espíritu de la política criminal moderna destinada a la protección de la víctima y el propio Estatuto de la Víctima.

IX. Finalmente, se muestra exigible a nuestros jueces y tribunales que indaguen sobre la procedencia de los activos y bienes destinados a reparar el daño para la aplicación de esta atenuante y evitar así lo que puede suponer un supuesto de autoblanqueo legalizado, como es utilizar el dinero obtenido a través de las tramas delictivas para obtener un beneficio penológico en la pena impuesta precisamente como consecuencia de la comisión de estos delitos. Sólo la pérdida real de una posición económica ostentada hasta ese momento supondría un reequilibrio en la sociedad que debiera tener su reflejo legítimo en la pena impuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español” en VV.AA., *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, ed. Universidad de Da Coruña, 2015.
- ALASTUEY DOBÓN, M.C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, ed. Bosch, 1999.

- MERGEN, A., “La personnalité du criminel á col blanc”, en *Revue Internationale de criminologie et de police technique*, nº 4, 1970.
- ARÓSTEGUI MORENO, J., “Culpables, millonarios e impunes el difícil tratamiento...”, en FERNÁNDEZ GARCÍA, J., GORJÓN BARRANCO, M.ª.C., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., DIAZ CORTÉS, L.M. (coords.), *Poder y delito: escándalos financieros y políticos*, ed. Ratio legis, Salamanca, 2012.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BUSTOS, J./LARRURI, E., *Victimología: presente y futuro*, ed. PPU, Barcelona, 1993.
- CALDERÓN SUSÍN, E., *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del art. 9.9º del Código penal*. ed. Edersa, Madrid, 1990.
- CAMPO MORENO, J.C., “Arrepentimiento. Alcance penal en el iter criminis y en la responsabilidad penal” en *Cuadernos de derecho judicial: circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- CLINARD, M./YAEGGER, P., *Corporate crime*, The Free Press, New York, 1980.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Circunstancias de la responsabilidad criminal” en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho penal, Tomo II, Teoría del delito*, ed. Iustel, Madrid, 2015.
- FARALDO CABANA, P., *La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm.6º del artículo 21 del Código penal de 1995)*, Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2009.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, ed. Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
- GARCÍA ARÁN, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, en REBOLLO VARGAS, R., TENORIO TAGLE, F (dir.), *Derecho penal, Constitución y Derechos*, ed. Bosch Editor, Barcelona, 2013.
- GREEN, G.S., *Occupational crime*, Nelson Hall, Chicago, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLO BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, ed. Civitas, Madrid, 1996.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, J.C., “Reparación o disminución del daño causado” en ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J.C., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias atenuante en el Código Penal de 1995*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ed. Colex, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G., “El castigo de la delincuencia económica y el riesgo del derecho penal de autor”, en *Liber Amicorum Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c Juan M.ª Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, traducción de MANZANARES, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal En Alemania, C.G.P, Madrid, 1991.
- RUGGIERO, V., *Delitti dei deboli e dei potente*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 1999.
- SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, ed. Comares, Granada, 2000.
- SUTHERLAND E., *El delito de cuello blanco*, ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- TAMARIT SUMALLA., *La reparación a la víctima en el derecho penal*, ed. Jaume Callis, Barcelona, 1994.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*, ed. Edisofer, Madrid, 2009.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Delitos contra el orden socioeconómico”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, ed. Iustel, Madrid, 2015.
- VIRGOLINI, J., *Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, editores del Puerto, Argentina, 2014.
- VIRGOLINI, J./SLOKAR, A.W., *Ensayos sobre Crimen Organizado y Sistema de Justicia*, ed. Depalma, Buenos aires, 2001.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Supremo:

- Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 10 de febrero de 1983.
- Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 29 de febrero de 1983.
- Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 8 de mayo de 1986.
- Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 20 de febrero de 1987.

- Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 27 de octubre de 1989.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 7 de noviembre de 1989.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 15 de mayo de 1989.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 9 de marzo de 1990.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 18 de marzo de 1990.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 9 de abril de 1990.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 27 de abril de 1990.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 9 de noviembre de 1990.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 30 de octubre de 1991.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 27 de mayo de 1992.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 6 de junio de 1995.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 8 de noviembre de 1995.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 18 de octubre de 1999.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 4 de febrero de 2000.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 1 de julio de 2000.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 24 de octubre de 2001.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 4 de febrero de 2002.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 24 de febrero de 2003.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 28 de febrero de 2003.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 18 de noviembre de 2003.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 17 de marzo de 2004.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 8 de enero de 2005.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 14 de enero de 2005.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 29 de abril de 2005.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 20 de octubre de 2006.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 16 de enero de 2007.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 29 de enero de 2008.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 10 de octubre de 2008.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 26 de diciembre de 2008.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 23 de marzo de 2009.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2011.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2001.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 22 de junio de 2012.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 19 de noviembre de 2013.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 22 de marzo de 2013.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 22 de octubre de 2013.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 20 de julio de 2015.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 24 de mayo de 2017.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 8 de junio de 2018.
 - Sentencia del T.S. Sala 2.ª, de 3 de octubre de 2018.
- Audiencia Nacional:**
- Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de febrero de 2017.
 - Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 13 de julio de 2018.
- Juzgado Central de lo Penal:**
- Sentencia del Juzgado Central de lo Penal, de 11 de junio de 2018.
- Tribunal Superior de Justicia de Valencia:**
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 8 de febrero de 2017.
- Audiencias Provinciales:**
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 8.ª, de 5 de julio de 2016.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2017.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 17.ª, de 22 de enero de 2019.