

Dr. Gabriel Rodríguez-Ramos
Abogado, Socio de RORÍGUEZ RAMOS
Prof. ICADE, URJC, EPJ-UCM, CEU

LA LLAVE SUSTANTIVA COMO INCENTIVO DE LAS EMPRESAS PARA SU COLABORACIÓN Y REPARACIÓN

RESUMEN:

El régimen español de responsabilidad penal de las personas jurídicas admite la posibilidad de que no exista responsabilidad penal de la empresa aunque esta haya obtenido beneficios del delito, pero valora exclusivamente como circunstancias atenuantes, una vez afirmada la responsabilidad, la confesión, la colaboración, la reparación del daño y la mejora de los sistemas de prevención, equiparando así, en la valoración de esos comportamientos postdelictuales y de su potencial capacidad incentivadora, a las empresas cumplidoras e incumplidoras. El trabajo plantea la necesidad de establecer una solución que incentive esas conductas postdelictuales mediante respuestas sustantivas previsibles para las empresas. Partiendo de una mejora de la tipicidad del hecho propio de la persona jurídica, se propone además la incorporación de una eximente —llave sustantiva— basada en la concurrencia de las cuatro circunstancias atenuantes ya previstas por el ordenamiento —comunicación temprana, colaboración eficaz, reparación y actualización del sistema preventivo—, acompañada, cuando proceda y en función de la peligrosidad de la empresa, de una medida de seguridad dirigida a monitorizar la implementación de las mejoras necesarias en sus sistemas de cumplimiento normativo penal. Sólo sobre una base sustantiva así reforzada debería articularse la respuesta procesal, que podría acelerar la consecución de los resultados perseguidos integrando la posibilidad de la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia para las personas jurídicas.

Palabras clave:

responsabilidad penal de las personas jurídicas; colaboración; reparación del daño; cumplimiento normativo; control interno; riesgo operacional; exención de responsabilidad; medidas de seguridad de las personas jurídicas; suspensión condicional del procedimiento.

ABSTRACT:

The Spanish framework governing the criminal liability of legal entities recognizes the possibility that a company may incur no criminal liability even where it has derived a benefit from the commission of an offence. Nevertheless, confession, cooperation, reparation of harm, and the improvement of preventive systems are taken into account exclusively as mitigating circumstances once criminal liability has already been established, thereby placing compliant and non-compliant companies on an equivalent footing for the purposes of assessing such post-offence conduct and its potential incentive effects. This paper argues for the need to establish a legal framework capable of providing effective incentives for such post-offence conduct through substantive-law mechanisms offering a sufficient degree of predictability for companies. On the basis of a more precise definition

of the legal entity's own conduct capable of giving rise to criminal liability, it proposes the introduction of a specific ground for exemption from criminal liability based on the cumulative fulfilment of the four mitigating circumstances already recognized by the legal system —early disclosure, effective cooperation, reparation, and the updating of the preventive system—. Where appropriate, and depending on the degree of dangerousness attributable to the company, such exemption should be accompanied by a security measure aimed at monitoring the implementation of the improvements required in its criminal compliance systems. Only once such a strengthened substantive-law framework has been established should the procedural response be articulated. That response could facilitate and accelerate the attainment of the intended outcomes by providing for the conditional suspension of criminal proceedings against legal entities prior to judgment.

Keywords:

criminal liability of legal entities; cooperation; reparation of harm; compliance; internal control; operational risk; exemption from liability; security measures applicable to legal entities; conditional suspension of proceedings.

SUMARIO:

I. REALIDADES SUSTANTIVAS, PROCESALES Y DE RIESGO EMPRESARIAL VINCULADAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. A) Realidades sustantivas. B) Realidades procesales. C) El riesgo operacional empresarial de la investigación, colaboración y reparación voluntaria del delito. II. POSIBILIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PARA AUMENTAR LA PROBABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN, COLABORACIÓN Y REPARACIÓN VOLUNTARIA DE LAS EMPRESAS. A) Sustantivas. A1. Mejora de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A2. Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica. A3. Extensión del hecho propio y la tipicidad de la conducta de la persona jurídica hasta el momento anterior al inicio de la investigación por las autoridades públicas. A4. Transformación de la confluencia de las cuatro actuales circunstancias atenuantes en una circunstancia eximente. B) Procesales. B1) Fijación de condiciones objetivas de procedibilidad. B2) Fórmulas vinculadas al principio acusatorio, rogatorio y de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles. III. ALINEACIÓN DE LOS INTERESES E INCENTIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. IV. SITUACIÓN TRANSITORIA. V. CONCLUSIONES

Fecha de finalización: 1 de septiembre de 2026

I. REALIDADES SUSTANTIVAS, PROCESALES Y DE RIESGO EMPRESARIAL VINCULADAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

A) Realidades sustantivas

De acuerdo con nuestro legislador, no existirá reproche penal para una empresa que ha desplegado los mecanismos de control adecuados para evitar la actualización de los posibles riesgos delictivos que pudieran generar su responsabilidad. Así, despliega unos planteamientos conceptuales en los que reconoce que el delito es compatible con el cumplimiento de la conducta debida en esa gestión del riesgo penal por las empresas y que, por lo mismo,

es posible la concurrencia de un delito que haya generado beneficios a la empresa y la inexistencia de su responsabilidad penal.

No fija el legislador penal para esa valoración (de la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa pese a haber obtenido beneficios de conductas delictivas) ni diferencia entre los supuestos en los que la empresa haya sido la que identifique el delito o aquellos en los que se identifique por la intervención de un tercero, ni tampoco sobre cuál haya sido la reacción de la empresa cuando tomó conocimiento del delito (de forma autónoma o heterónoma)¹.

Sólo para el caso en el que se considere que existe responsabilidad penal de la empresa, el legislador ha previsto que se podrá rebajar esa responsabilidad (ya irremediable) valorando como circunstancias atenuantes² (i) la confesión del delito; (ii) la colaboración con la investigación; (iii) la reparación del daño; (iv) la actualización de sus sistemas de prevención de riesgo penal. Esas realidades, por lo mismo, ni pueden considerarse integradas en la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni permiten que la persona jurídica elimine su responsabilidad sino que más bien, de producirse, acercan a una declaración de responsabilidad aunque atenuada.

Este planteamiento, impecable en origen por ser respetuoso con los derechos de la persona jurídica y una concreción de política criminal y técnica legislativa, plantea serios problemas procesales y prácticos que abocan a un defectuoso funcionamiento del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas si el mismo pretende la eficaz investigación y reparación de situaciones delictivas desarrolladas en el contexto empresarial.

B) Realidades procesales

Por ser titulares de derechos fundamentales propios y custodios de algunos de los que son titulares las personas físicas que las integran de forma estable (de hecho, son el poder legislativo y ejecutivo privilegiado del contenido material de algunos derechos fundamentales de las personas con las que mantienen relaciones laborales habituales) y las personas físicas y jurídicas que transaccionan con ellas en los mercados, las empresas están en mucha mejor posición que el Estado (que está limitado por el alcance de esos mismos derechos fundamentales) para investigar los delitos que con ocasión de su actividad le hayan podido generar beneficios. Pero esa potencialidad de puesta en servicio necesita ser activada.

1 Osvaldo ARTAZA VARELA, Una “estrategia restaurativa” en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas: una aproximación teórica, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 88, junio-noviembre (2022).

2 Art. 31 quater CP.

No siendo instrumentos morales (más allá de la moralidad que integren las normas —internas y externas— que han de cumplir y la que su utilidad social contenga —por lo que aportan a la sociedad—), se trata de entidades movidas por incentivos económicos que, teniendo que discurrir por los caminos que las normas habilitan, también tienen una posición privilegiada para reparar el daño causado y restaurar el orden y la vigencia normativa en relación a los bienes jurídicos lesionados y las personas afectadas, con una capacidad y flexibilidad muy superior —en lo específico— a la pública. Pero, de nuevo, debe existir una decisión para que esa posibilidad se transforme en una realidad.

La posibilidad conceptual que plantea el legislador (es posible la concurrencia de un delito que haya generado beneficios a la empresa y la inexistencia de responsabilidad penal de la misma) se enfrenta (al menos) a dos problemas de entidad relevante para convertirse en un resultado procesal:

1. La tipicidad de la conducta generadora de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una realidad legislativa madura:

- Apenas se ha emancipado de los debates de hetero o autoresponsabilidad³, pugna que se mantiene/transforma en formatos equivalentes, por ejemplo, desde la perspectiva de valoración de la prueba necesaria para afirmar o descartar la responsabilidad (carga de la prueba de la suficiencia de los sistemas y estándar de valoración de suficiencia de la prueba —cuál es la duda sobre lo acontecido que debe llevar a la inexistencia de hecho probado o existencia de esfuerzos preventivos suficientes exoneradores—)⁴.
- Se encuentra plagada de indeterminaciones y carece de previsibilidad en la definición de lo no permitido como garantía frente a la arbitrariedad (entendida como aplicación desigual de la norma), proyección legislativa de la falta de búsqueda y fijación de consenso (prelegislativo) entre la comunidad empresarial y jurídica sobre lo que pueda ser la conducta de cumplimiento exigible (¿qué control interno del riesgo de obtener beneficios del delito se puede pedir a las distintas empresas que existen en el mercado?).
- Descarga en el órgano judicial la propia definición de lo permitido y lo prohibido: no hay una subsunción posible o imposible de la conducta empresarial, sino una valoración de la suficiencia o insuficien-

3 Una clasificación de autores al respecto en José María ZUGALDÍA ESPINAR Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión, Cuadernos de política criminal, N.º 121, págs. 9–34 (2017).

4 Antonio DEL MORAL GARCÍA, Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, F. (eds.), Compliance y Responsabilidad de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 31 a 72 (2023).

cia de las medidas adoptadas: i.e. art. 31bis.2.1.^a, haber adoptado y ejecutado con eficacia medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (que puede ser cualquier cosa y lo contrario).

2. La actividad judicial que ha de poder concluir con la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa pese a concurrir un delito que le ha generado beneficios se enfrenta:

- A la inexistencia de marcos referenciales de consenso sobre lo permitido y no permitido en el control interno que, de existir, deberían alimentar la tipicidad (reduciendo la potencial arbitrariedad —dispersión— en la distribución de penas de cualquier actividad judicial), lo que da lugar a la situación descrita en el punto anterior.
- A todo un catálogo de posibles sesgos derivados de que la empresa y sus propietarios se hayan estado enriqueciendo con un delito no detectado por el sistema (que debía cortar de raíz esos beneficios), cuya suficiencia o insuficiencia debe considerarse para valorar la tipicidad o exonerar la responsabilidad desde, al menos:
 - La heurística de probabilidad⁵: de extensión del delito a toda la actividad empresarial y como causa de generación de todos los beneficios de la empresa.
 - El sesgo de confirmación y efecto halo⁶: de la obtención de beneficios del delito como punto de partida de cualquier análisis de responsabilidad, tendiendo a asumir como acontecidas las realidades valorables que lo confirmen y descartar las que no, saltando a las conclusiones.
 - El sesgo retrospectivo⁷: haciendo como previsible la conducta delictiva acontecida y, por lo mismo, su gestión máxime cuando estaba generando beneficios a quién no la evitó.
 - Y la heurística de representatividad⁸: de extensión de lo delictivo por una abierta tipicidad (cercana al estereotipo).

C) El riesgo operacional empresarial de la investigación, colaboración y reparación voluntaria del delito

Las empresas no sólo gestionan riesgos⁹ y objetivos de cumplimiento. Principalmente, por seguir las metodologías de control interno de mayor

5 Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Editorial Debate (2013), págs. 174 y ss; 220 y ss.

6 Ibid. págs. 109 y ss.

7 Ibid. págs. 261 y ss.

8 Ibid., págs. 195 y ss.

9 Posibilidad de acontecimiento de realidades que comprometen sus objetivos.

consenso, gestionan los riesgos operacionales y de información. Esos riesgos operacionales son los que determinan la eficacia y eficiencia de las operaciones de la organización, incluidos sus objetivos de desempeño, financieros y operativos, y la protección de sus activos frente a posibles pérdidas.

A la hora de valorar las posibilidades de investigación, de colaboración y de reparación ante un delito, no son criterios morales los que pueden primar¹⁰, sino una valoración de las consecuencias de esas decisiones sobre el conjunto de los riesgos operacionales asociados, esto es, el compromiso de los objetivos de desempeño, financieros y operativos.

La situación conceptual planteada por el legislador (vaga previsibilidad normativa unida a la posibilidad de que no exista responsabilidad penal pese a haberse obtenido beneficios de conductas delictivas) enfrentada a los sesgos que imperan en cualquier actividad humana y, entre ellas, la judicial, puede dar lugar a la paradoja de que:

- Los esfuerzos por cumplir con el control de los riesgos de cumplimiento penal (que comprometen el objetivo de que no se generen beneficios empresariales derivados de actividades delictivas) dé lugar a la capacidad de identificación del delito, de colaboración con las autoridades y a su reparación.
- La comunicación de ese descubrimiento a las autoridades (es decir, la proyección hasta las últimas consecuencias de la capacidad de cumplimiento normativo) tope con el riesgo de la propia responsabilidad penal comprometiendo sus propios objetivos operacionales como, por ejemplo, sus objetivos reputacionales, de información al mercado, de acceso a financiación, de coste de una investigación, de conservación de activos o de continuidad de líneas de negocio.

En otros términos, la situación sustantiva actual acerca irremediablemente en la toma de la decisión de la investigación, colaboración y reparación a las empresas naturalmente cumplidoras y a las incumplidoras, pudiendo confluir ambas en la decisión de la no colaboración como mejor opción para sus riesgos operacionales con ocasión de un potencial o existente procedimiento penal.

La tesis que se plantea es que cuanto mayor sea la seguridad ex ante de las consecuencias de la colaboración (que permita acotar los riesgos operacionales) y mayores los incentivos (que permita reducir esos riesgos operacionales), mayores serán las probabilidades de que la empresa ponga sus privilegiadas capacidades al servicio de la investigación, de la vigencia de la norma y de la protección y reparación de los bienes jurídicos y personas

10 Aunque la decisión posea profundas potenciales implicaciones y consecuencias culturales para la empresa, y la cultura sea un pilar identitario de las mismas condicionante de todo su desempeño y operaciones.

afectadas por los delitos (de los que la empresa estuvo obteniendo beneficios en el tiempo —note cómo se activan sus sesgos—).

Para acercarse a ello, las opciones de las que se dispone desde el diseño normativo del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas son las que siguen.

II. POSIBILIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PARA AUMENTAR LA PROBABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN, COLABORACIÓN Y REPARACIÓN VOLUNTARIA DE LAS EMPRESAS.

A) Sustantivas

A1. Mejora de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. La primera de las posibilidades radica en un aumento de la precisión de la propia tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se traduce en la identificación de fórmulas que aumenten la previsibilidad de la misma y acoten el margen o amplitud interpretativa en su aplicación.

Esas opciones deben partir del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y, específicamente, de su derecho a la legalidad penal y a la responsabilidad por el hecho propio¹¹, lo que obliga (i) a abandonar posiciones distintas a la necesidad de concreción, ex ante, de un hecho propio de la persona jurídica como fundamento para la imposición de penas distinto del de las personas físicas y (ii) a alcanzar un consenso entre la comunidad empresarial y la jurídica, antes de tipificar/sancionar nada, sobre qué pueda ser ese hecho propio de la empresa y cuáles sus concreciones admisibles (comportamiento posible, debido o neutro) y cuáles las no admisibles (comportamiento típico y sancionable).

Aquí se parte (i) de la identificación del hecho propio de la empresa como las actividades de control interno que la misma haya desplegado sobre los riesgos que acumule de obtener beneficios o provecho de delitos cometidos por personas físicas¹², (ii) de la regulación del control interno (término asumido por el propio legislador mercantil) que figura en nuestro ordenamiento

11 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, La tutela de los derechos fundamentales de personas físicas y jurídicas en el proceso penal, Jurisprudencia completa TEDH-TJUE-TC, Aranzadi La Ley (2026); Silvina, BACIGALUPO SAGUESSE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», Revista del poder judicial, N.º 53, Madrid, págs. 49-106 (1999).

12 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, El hecho propio de la empresa: imputación penal y responsabilidad de la persona jurídica, Aranzadi La Ley (2026).

jurídico para cada tipo societario y (iii) de asumir como criterio referencial de control interno el marco COSO¹³.

La tipicidad de la empresa se integraría por la existencia de diferencias entre el estado en el que deberían encontrarse esos elementos de control interno fijados por el tipo y su estado comprobado como hecho propio a través de la prueba, partiendo de la concurrencia del hecho de conexión con la conducta delictiva de la persona física y la jurídica consistente en el beneficio de esta derivado de la conducta delictiva de aquella.

-
- 13 COSO (2013), Internal Control – Integrated Framework (Control Interno-Marco integrado). Este marco, que se propone no como fuente alguna del derecho penal sino como referente de mayor consenso del hecho institucional empresarial que nos ocupa (cualquier empresa auditada del mundo es evaluada desde sus definiciones y componentes para valorar la robustez o endeblez de su control interno -i.e. NIA 315R, AU-C 315-; es el estándar de control interno seguido por el legislador, los reguladores -i.e. Securities Exchange Commission, SEC- y las agencias americanas – i.e. United States Government Accountability Office, US GAO-; es el estándar de control interno de la Unión Europea -i.e. de la Comisión Europea, de la Fiscalía Europea y de las agencias de la Unión-; y es el estándar para la auditoría de las empresas públicas españolas -i.e. NIA-ES-SP 1315):

a. Define:

- El control interno como el proceso llevado a cabo por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una organización, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de aseguramiento razonable para la consecución de los objetivos relativos a las operaciones, a la información y al cumplimiento.
- El riesgo como la posibilidad de que un evento ocurra y afecte negativamente a la consecución de los objetivos.

• Y el control como actividades que mitiguen el riesgo.

b. Agrupa las actividades de control interno en cinco (componentes) líneas de realidad valorable a través de pruebas:

- Entorno de control: conjunto de normas, procesos y estructuras, constituyendo la base sobre la que llevar a cabo el sistema de control interno de la organización.
- Evaluación de riesgos: actividades de identificación y análisis de los riesgos asociados a la consecución de los objetivos de la organización, constituyendo la base sobre la que determinar cómo se deben gestionar dichos riesgos.
- Actividades de control: acciones establecidas a través de políticas y procedimientos que contribuyen a garantizar que se lleven a cabo las instrucciones de la dirección para mitigar los riesgos que incidan en la consecución de los objetivos.
- Información y Comunicación: actividades de generación de información para llevar a cabo el control interno y de comunicación con las personas necesarias para el mismo.
- Actividades de supervisión: actividades de evaluación para determinar si cada una de las cinco líneas del sistema de control interno están presentes y funcionan adecuadamente.

c. Determina, desde un principio general de proporcionalidad, parámetros para la valoración de la implementación de las anteriores actividades que, correctamente desarrolladas, aportan grado de aseguramiento razonable de mitigación de los riesgos y de consecución de los objetivos.

2. Esa regulación típica debe tener en cuenta que sólo a partir de una determinada complejidad empresarial (de capital, transacciones y relaciones internas) es necesario incurrir en los costes de propiedad para que los propietarios mantengan el control, lo que es indicativo de cuándo nos encontramos ante la desaparición del hecho propio de la persona física propietaria y la posible aparición del hecho propio de la empresa.

La Comisión Europea define¹⁴ como categorías de empresas¹⁵ para su uso en las políticas comunitarias las microempresas y las pequeñas, medianas y grandes empresas, en función de la intensidad de (i) volumen de negocio neto¹⁶ (transacciones), (ii) número medio de empleados durante el ejercicio (relaciones corporativas) y (iii) del total del balance (capital + deuda), clasificándolas¹⁷ en:

CATEGORÍA	Transacciones	Relaciones	Capital+Deuda
Microempresa	≤ 2.000.000 €	≤ 10	≤ 2.000.000 €
Empresa pequeña	2.000.000 € ≤ 10.000.000 €	10 ≤ 50	2.000.000 € ≤ 10.000.000 €
Empresa mediana	10.000.000 € ≤ 50.000.000 €	50 ≤ 250	10.000.000 € ≤ 43.000.000 €
Empresa grande	> 50.000.000 €	> 250	> 43.000.000 €

Eurostat proporciona los datos del número de empresas, personas empleadas, volumen de negocio neto y valor añadido¹⁸ para cada categoría¹⁹, siendo los últimos disponibles los de 2023:

-
- 14 Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DOUE núm. 124, de 20 de mayo de 2003, páginas 36 a 41.
- 15 «Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular», Art. 1, anexo I de la Recomendación.
- 16 El importe resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios, hecha la deducción de las reducciones sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente ligados al volumen de negocios, art. 2.5 Directiva 2013/34/UE. En su composición como variable estadística de Eurostat, European Business Statistics Methodological Manual for Structural Business Statistics 2024, 4.2.4.1. Variable 250101: Net Turnover, pág. 79.
- 17 Por estar ubicadas en al menos dos de los tres criterios en estos rangos, i.e. art. 3.1 Directiva 2013/34/UE.
- 18 Riqueza creada por la empresa: volumen de negocio neto + otros ingresos + capitalización compras de bienes/servicios. European Business Statistics Methodological Manual for Structural Business Statistics 2024, 4.2.4.16: Variable 250401: Value added, pág. 88.
- 19 Enterprise statistics by size class and NACE Rev. 2 activity (from 2021 onwards) https://doi.org/10.2908/SBS_SC_OVW

ESPAÑA		Total	Microempresa (1-9)		Empresas pequeñas (10-49)		Empresas medianas (50-249)		Empresas grandes (>250)		
Indicadores - Unidades		Unidades		Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%
Empresas - número		3.475.275		3.286.318	94,5628%	161.325	4,6421%	22.744	0,6545%	4.889	0,1407%
Empleados - número		15.778.462		5.175.761	32,8027%	2.901.342	18,3880%	2.217.031	14,0510%	5.484.325	34,7583%
Ventas netas - millones de euros		3.018.983,94		577.853,27	19,1407%	523.275	17,3328%	536.584,17	17,7737%	1.381.271,79	45,7529%
Valor añadido - millones de euros		863.775,32		198.989,13	23,0371%	142.128	16,4543%	136.119,71	15,7587%	386.536,15	44,7498%
UNIÓN EUROPEA		Total	Microempresa (1-9)		Empresas pequeñas (10-49)		Empresas Medianas (50-249)		Empresas grandes (>250)		
Indicadores - Unidades		Unidades		Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%	Unidades	%
Empresas - número		33.065.685		31.190.732	94,3296%	1.572.015	4,7542%	248.720	0,7522%	54.219	0,1640%
Empleados - número		162.151.763		48.318.469	29,7983%	29.990.881	18,4956%	24.715.922	15,2425%	59.128.261	36,4648%
Ventas netas - millones de euros		38.492.907,69		6.188.279,63	16,0764%	5.781.372	15,0193%	6.664.026,5	17,3123%	19.859.230,04	51,5919%
Valor añadido - millones de euros		10.459.843,83		2.034.983,11	19,4552%	1.620.404	15,4917%	1.672.876,62	15,9933%	5.131.578,43	49,0598%

Si se considera que a partir de 50 empleados y 10.000.000 euros de ventas se podría alcanzar cierta complejidad, esto afectaría solo a 27.633 empresas (suma de número de empresas medianas y grandes), lo que supone el 0,7951% del total de las empresas (no teniendo esa complejidad 3.447.642 empresas, el 99,2049% de las mismas). Pero ese 0,7951% de las empresas acumulan el 63,5265% de las ventas, el 60,5085% del valor económico añadido y el 48,8093% de los empleados y, por lo mismo, concentran al menos esa probabilidad sistémica de riesgo de actividades delictivas en las transacciones del mercado (ventas-compras) y en las relaciones corporativas (empleados).

Así pues, de partida, el legislador debería diferenciar al menos tres situaciones distintas:

- Las de las empresas que no se diferencian de sus propietarios, porque su responsabilidad penal directa (la de todos ellos) es alcanzable. En términos de derechos fundamentales, situaciones de irremediable lesión del principio del *bis in idem* de las personas físicas.
- La de las empresas en las que, concurriendo un delito y un beneficio asociado a él, la responsabilidad penal de los propietarios no es alcanzable con las garantías derivadas del hecho propio de las personas físicas integrado en el principio de legalidad, presentando un nivel medio de complejidad.
- La de las empresas de alta complejidad (de capital, transacciones y relaciones), para las que el propio legislador mercantil impone requerimientos de control interno específicos.

3. El beneficio de la persona jurídica y/o de sus propietarios vinculado a una conducta delictiva de la persona física es el elemento definitorio de la actuación de la organización empresarial y el hecho de conexión de la conducta delictiva de la persona física con la persona jurídica.

Por ello carece de utilidad fijar como hechos de conexión la concurrencia de conductas delictivas de administradores y representantes (del art. 31 bis 1 a CP y empleados del art. 31 bis 1 b CP)²⁰, debiendo ponerse el foco en un

20 En sentido contrario, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Modelo legal de doble vía: los dos hechos de conexión, en *El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 87-99 (2021).

sólo hecho²¹: el que una actividad delictiva genere un beneficio para una organización empresarial (a sus propietarios), criterio ya incluido en el Código Penal (ello, eso sí, desde el consenso de lo razonable del control interno).

Respondiendo las empresas en cada momento a la combinación de transacciones en los mercados, relaciones internas corporativas y composición de la propiedad a la búsqueda del mayor beneficio para la empresa (de sus propietarios), son todas ellas las ocasiones que acumulan la posible obtención de beneficios derivados del delito, ocasiones que no quedan limitadas a la actuación de los administradores/representantes o empleados, que se limitarían a delimitar dos supuestos de requerimientos de control interno distintos. La constatación de la concurrencia de ese hecho de conexión no implica ninguna tipicidad ni culpabilidad, siendo solo el pórtico de entrada de ese análisis.

4. Sobre los anteriores pilares de la tipicidad, la mejora de la previsibilidad de la norma alcanzaría su zénit si se dispusiera de un consenso sobre los componentes de control interno que para cada una de las distintas complejidades empresariales fueran exigibles. Un ejemplo y propuesta de esa posible configuración típica que aumentara la previsibilidad de la norma de los distintos tipos de empresas podría integrar los siguientes componentes:

4.1 Para empresas en las que todos los propietarios sean responsables penales, no resultaría necesario ni posible alcanzar la responsabilidad penal de la persona jurídica sin vulnerar el derecho fundamental de la persona física a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

4.2 Para empresas de reducida complejidad (i.e. no sometidas a la obligación de auditoría de cuentas) exigir una labor de valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas y la existencia de controles para impedir o detectar tempranamente esas ocasiones.

4.3 Para empresas de complejidad media (i.e. a partir de la exigencia de someterse a la obligación de auditoría de cuentas), exigir²²:

a) Actuaciones del entorno de control²³.

21 En relación a la evolución en este sentido del ordenamiento jurídico italiano, eliminando la diferencia entre apicales y empleados, Adán NIETO MARTÍN, ¿El futuro que seremos? (I): La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia, Almacén de Derecho (2026).

22 Se especifican de acuerdo con la clasificación de componentes de la metodología COSO.

23 Al menos:

- La existencia de un sistema normativo interno que integre las expectativas de comportamiento de las personas físicas y jurídicas con las que mantenga relaciones.
- La existencia de un órgano de control de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que supervise la eficacia de los controles internos y las comunicaciones de incumplimientos.

- b) Actuaciones de evaluación de riesgos²⁴.
- c) Actuaciones de control²⁵.
- d) Actuaciones de información y comunicación²⁶.
- e) Actuaciones de supervisión²⁷.

4.4. Para las empresas de complejidad alta, sumando a los anteriores requerimientos de control interno típicos los que el propio ordenamiento jurídico les exija, siempre que pudieran tener relación con el delito acontecido.

5. Una mejora en la tipicidad haría aumentar la certeza de inexistencia de responsabilidad penal de las empresas comprometidas con el ordenamiento jurídico, eliminando el principal desincentivo para que la empresa ponga sus privilegiadas capacidades al servicio de la investigación, de la vigencia de la norma y de la protección y reparación de los bienes jurídicos afectados por los delitos.

A2. Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica

1. La segunda de las vías para alcanzar la reducción de los riesgos operacionales de la investigación, la colaboración y la reparación lo constituiría la posibilidad de incorporar, para los delitos del catálogo de conductas potencialmente generadoras de responsabilidad penal de las personas jurídicas, específicas circunstancias objetivas postdelictuales que neutralizaran la tipicidad. Alcanzadas las mismas, el riesgo operacional vinculado al proceso penal desaparece, por desaparecer la posibilidad de existencia de responsabilidad penal.

Del total del catálogo de delitos afectantes a las personas jurídicas, esa labor (y opción) ya está activada por el legislador para:

24 Al menos:

- La existencia de una valoración documentada de riesgos que considere las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.
- La existencia de controles diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

25 Al menos el desarrollo de los controles diseñados para impedir o detectar tempranamente las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

26 Al menos:

- La existencia y funcionamiento de un sistema interno de información de infracciones normativas conforme a las exigencias legales.
- La existencia de un reporte anual del órgano de control a la Junta General de Accionistas sobre el estado del control interno de la persona jurídica.

27 Al menos la supervisión por el órgano de control de la ejecución de los controles diseñados para impedir o detectar las ocasiones en las que puedan obtenerse beneficios de conductas delictivas.

- a) El delito fiscal (art. 305.4 CP), cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de la actuación pública de investigación²⁸.
- b) La defraudación de cuotas y conceptos de recaudación a la Seguridad Social (art. 307.3 CP), cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda con la Seguridad Social antes de la actuación pública de investigación²⁹.
- c) La defraudación de prestaciones a la Seguridad Social (art. 307ter.3 CP), cuando se reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el

28 “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al **completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria**, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.

29 “Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social **al completo reconocimiento y pago de la deuda** antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

momento en que las percibió antes de la actuación pública de investigación³⁰.

- d) El fraude de subvenciones y ayudas (art. 308.6 CP), cuando se devuelvan las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones antes de la actuación pública de investigación³¹.
- e) El cohecho del particular (art. 426 CP) cuando habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.
- f) En detracción de materias primas (art. 281 CP) y prácticas abusivas de alteración de precios (art. 284 CP) afectantes al derecho de la competencia, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los

30 “Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que **reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales**, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

31 “Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a **devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones** desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. **El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.**

que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia³².

Todas las anteriores situaciones típicas presentan en común:

- Que integran la confesión, colaboración y reparación del daño como presupuestos y llave para alcanzar la inexistencia de responsabilidad penal.
- El que son realidades previstas para las personas físicas, extendiéndose a las personas jurídicas por inexistencia de responsabilidad penal de aquellas.
- Que carecen de exigencia alguna referida al control interno de las empresas (su hecho propio).

2. Esta realidad legislativa permite considerar el resto del catálogo de posibles responsabilidades penales de las personas jurídicas en lo que se refiere a la posible existencia de reparaciones específicas que puedan incorporarse a los tipos y que implicando la confesión y la colaboración (no hace

32 Preámbulo III de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso **“Si bien en nuestro ordenamiento jurídico penal las medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito han sido la rebaja o atenuación de penas, tal precedente no puede llevar, sin más, a una solución simplista de la atenuación. Por el contrario, razones relativas conducen a la exención de la responsabilidad criminal. En concreto:[...]”b) La política de clemencia supone un mecanismo efectivo y esencial en la lucha contra conductas anticompetitivas. Busca detectar cárteles secretos mediante la denuncia de alguno de sus integrantes: el informante debe ofrecer a la autoridad de competencia información y pruebas útiles que le permitan perseguir el cártel. Por tanto, contribuyen al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia.[...]d) Finalmente, la mayoría de los Estados miembros ha optado por la exención de la responsabilidad criminal para los directivos gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, que acuden a los programas de clemencia. En este sentido, cabe citar Francia (apartado IV artículo L. 420–6–1 del Código de Comercio), Italia (artículo 31 quater de la Ley de Competencia), Dinamarca o Eslovenia. En Austria se establece como un supuesto de suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. Atendiendo a la finalidad de la Directiva y sus consideraciones sobre los programas de clemencia en cuanto instrumento eficaz para la lucha contra los cárteles secretos y un enjuiciamiento eficiente, quedaba pendiente la transposición del artículo 23 de la misma, para la que se propone en el Derecho interno que, cuando se dé una cooperación activa por parte de directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de empresa que participan en cártel secreto, en los términos previstos en la Directiva, la consecuencia debe ser la exoneración de la responsabilidad penal”**.

falta completar más hechos por parte del procedimiento penal para resolver el conflicto fáctico para cuya solución está diseñado —el alcanzado por el tipo y sus consecuencias civiles extracontractuales—, pudieran hacer conveniente su puesta a disposición como opción sustantiva a las personas físicas³³ y jurídicas.

Partiendo de la necesaria comunicación a las autoridades con anterioridad al conocimiento de la existencia de ninguna actividad pública de investigación, la tipificación de esa reparación específica presenta distintos grados de complejidad en función de la naturaleza del bien jurídico protegido por el tipo y lesionado por la conducta delictiva.

2.1. Delitos en los que serían aplicables fórmulas análogas a las existentes.

Análogas fórmulas de regularización y reintegro del delito fiscal, fraude de cotizaciones, prestaciones y subvenciones serían aplicables al contrabando. Y análogas a las fórmulas de confesión en el cohecho, con o sin un plazo desde la comisión (o el descubrimiento de los hechos en el caso de la persona jurídica) unido a las fórmulas de regularización y reintegro: malversación, tráfico de influencias, estafa procesal (i.e. 462 CP para el falso testimonio unido a las consideraciones del apartado que sigue), corrupción en los negocios internacionales y financiación ilegal de partidos políticos.

2.2. Delitos en los que la lesión del bien jurídico acepta una cuantificación objetiva ex ante en su reparación o una restitución al estado anterior de las cosas.

Se trataría de los delitos contra el patrimonio (o contra derechos con posible activación patrimonial) no violentos o intimidatorios³⁴ en los que es posible cuantificar el objeto material: estafas y dobles ventas o contratos simulados (acto de disposición patrimonial), alzamiento de bienes/bloqueo de embargos/relación incompleta de bienes/uso de bienes embargados/favorecimiento de acreedores (asunción y pago de la deuda), delitos contra la propiedad intelectual (valor de explotación), delitos contra la propiedad industrial (valor de venta), falseamiento de folletos o información a los mercados (valor de suscripción), facturación falsa con mecanismos automáticos (acto de disposición patrimonial), uso de información privilegiada (transacción o plusvalía), facilitar el acceso a servicios de telecomunicaciones (valor de explotación) y corrupción entre particulares (sobre o sub precio).

33 En este sentido Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *El renovado interés del legislador por los comportamientos postdelictivos positivos*, en Libro homenaje a Javier de Vicente Remesal, pp. 483 ss (2024).

34 En este sentido Miguel BUSTOS RUBIO, *Algunas notas de desigualdad en el marco del Derecho penal fiscal y recaudatorio: el caso español*, *Revista Penal México*, n.º 25, pp. 1–14 (2024).

Y también aquellos en los que la restitución material a la situación anterior sea posible y la fórmula para el restablecimiento del bien jurídico protegido (con garantías de ejecución de la restitución si es prolongada en el tiempo): delitos contra la ordenación del territorio (demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (recuperación de los espacios a su estado anterior).

2.3. Delitos en los que la lesión del bien jurídico no acepta parámetros de reparación objetiva ex ante.

Se trata de los delitos contra bienes jurídicos personales, en los que los daños derivados de las conductas delictivas son muy intensos y de imposible determinación sin la intervención de la víctima: tráfico ilegal de órganos humanos, trato degradante y/o acoso laboral, acoso inmobiliario, trata de seres humanos, acoso sexual, prostitución y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos y difusión/revelación/cesión de secretos de empresa.

O de delitos contra los mercados y el orden socioeconómico, en los que la cuantificación de la reparación no sea posible por no poder conocerse el alcance de la conducta delictiva: publicidad engañosa, alteración de cotizaciones y alteración de competiciones deportivas.

2.4. Delitos en los que la lesión de bienes jurídicos colectivos denota una lesividad y peligrosidad específicas.

Alcanzando a los delitos contra la salud pública, blanqueo de capitales, falsificación de moneda, falsificación de medios de pago, vulneración de patente secreta con incidencia en la defensa nacional, terrorismo y su financiación.

3. Además de las anteriores dificultades, esta opción sustantiva acumula, llevada a su extremo, importantes (radicales) distorsiones que afectan:

- A la consideración de la propia peligrosidad de la persona jurídica, esto es, su tendencia o no (tratamiento del riesgo) de obtener beneficios de conductas incompatibles con el objetivo de cumplir con el ordenamiento jurídico (y, en su última capa, penal), y ello por no contemplar el control interno (hecho propio de gestión del riesgo) de la persona jurídica desde una perspectiva distinta de la colaboración con las autoridades.
- A la exoneración de personas físicas autores del delito por la reacción de la persona jurídica autónoma y distinta de aquellas, lo que podría dejar sin consecuencia penal el comportamiento de esas personas físicas, de nuevo, peligrosas y lesivas, al menos, por haber acreditado su falta de respeto al cumplimiento normativo.
- A plantear como posibilidad general (indexada al exclusivo criterio de que el delito pueda o no generar responsabilidad penal para la per-

sona jurídica) el que el ejercicio del ius puniendi quede en manos privadas de quien protagoniza los hechos reservados, por su gravedad, para esa intervención pública lo que, al menos para algunos delitos (2.3 y 2.4), sería inadmisibile.

Sí sería conveniente explorar aquellos delitos que admitan la extensión de las actuales fórmulas para alcanzar la evitación del proceso y la pena antes de la intervención de las autoridades públicas (2.1) y aquellos otros que admitieran fórmulas objetivas de reparación o restitución (2.2) especialmente condicionadas en el tiempo (plazo en el que se podrían materializar desde el descubrimiento del delito por la persona jurídica, no con anterioridad a la intervención de las autoridades públicas).

A3. Extensión del hecho propio y la tipicidad de la conducta de la persona jurídica hasta el momento anterior al inicio de la investigación por las autoridades públicas

La opción sustantiva más ambiciosa que debería partir del consenso pre-legislativo en los mismos términos expresados en A1, consistiría en integrar en la propia concepción del hecho propio de la persona jurídica el comportamiento de control interno posterior a la comisión del hecho delictivo y anterior a la investigación de las autoridades públicas.

Es decir, que la valoración del comportamiento no termine con la labor preventiva, con el control interno desarrollado antes de que concurra la conducta delictiva, sino que se extienda al control interno desempeñado antes de que las autoridades investiguen conductas delictivas que hayan generado beneficios para la empresa y, por lo mismo, integre:

- La comunicación del delito de la persona física, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a la persona física o la jurídica;
- La colaboración con la investigación;
- La reparación del daño; y
- La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal.

Esta opción plantea como principal dificultad conceptual el que el hecho propio de la persona jurídica a considerar en su tipicidad debería integrar la confesión a las propias autoridades de su potencial responsabilidad penal, lo que se configura como un planteamiento incompatible con el diseño y la vigencia de nuestro sistema de derechos fundamentales procesales que alcanzan a las personas jurídicas (presunción de inocencia, derecho a no confesarse culpable y derecho a no colaborar con la investigación). En otros términos, el potencial ejercicio del derecho de defensa sería un componente de la tipicidad.

Es cierto que, en puridad, lo que debería integrar el hecho propio de la persona jurídica no sería la comunicación de los hechos generadores de su propia responsabilidad penal ni la colaboración en la investigación de su propia responsabilidad penal, sino exclusivamente el de las personas físicas que los hubieran protagonizado. Pero la realidad es que ese planteamiento se enfrenta a la indeterminación típica expresada en el apartado A1), que se vería acrecentada en caso de integrarse estos nuevos componentes de la tipicidad.

A4. Transformación de la confluencia de las cuatro actuales circunstancias atenuantes en una circunstancia eximente

La opción más homogénea con la política criminal ya activada a través de la norma, con el sistema legal de responsabilidad penal de personas jurídicas desarrollado por el legislador y con nuestro propio sistema jurídico en cuanto al fundamento y funcionamiento penológico de las circunstancias atenuantes y eximentes sería **la posible consideración de una circunstancia eximente específica³⁵, derivada de la concurrencia de las cuatro circunstancias atenuantes ya existentes:**

- La confesión del delito, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a ella;
- La colaboración con la investigación, aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;
- La reparación del daño; y
- La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal.

Si se considera que en aplicación de los arts. 66 bis y 66.2 CP procediera en cualquier caso considerar como marco penal abstracto el resultante de la rebaja en dos grados de la pena y la consideración como pena del suelo de ese marco, la existencia de esa circunstancia eximente representaría en la realidad el siguiente esfuerzo de renuncia a la pena por parte del legislador:

35 En conexión con lo expuesto en el punto A3, la falta de consenso sobre el hecho propio de la persona jurídica arrastra a su tipicidad y genera los debates expuestos. En ese contexto, se denomina “eximente” a esta “llave sustantiva” de *lege ferenda*. Alcanzado el deseable consenso sobre el hecho propio, la tipicidad y la implementación legal de esta exoneración general de responsabilidad, podrá acotarse si se trata de una circunstancia eximente, un “elemento negativo de la responsabilidad”, una “excusa absolutoria” o una “condición objetiva de punibilidad/procedibilidad frente a la persona jurídica”. En los tres últimos supuestos se suspendería la consumación a efectos procesales hasta que se produjera el incumplimiento por parte de la persona jurídica de los comportamientos indicados.

- Multa de 1 mes y 15 días³⁶.
- Multa de 3 meses³⁷.
- Multa de 6 meses³⁸.
- Multa de 0,25 veces el beneficio obtenido³⁹.

-
- 36 Delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP —párrafo de persona jurídica—), Ocultación o no revelación del paradero de un cadáver (art. 173.1 CP —párrafo de persona jurídica—), Acoso sexual (art. 184.5 CP), Descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197, 197 bis y 197 ter) (art. 197 quinquies CP), Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.c) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.c) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.b) CP), Blanqueo de capitales (art. 302.2.b) CP), Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis.c) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.b) CP), Delitos contra los animales (art. 340 quater.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.c) CP), Tráfico de influencias (art. 430 CP), Malversación (art. 435.5.º.c) CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.b) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.b) CP).
- 37 Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.b) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.b) CP), Daños informáticos (art. 264 quater.b) CP), Ordenación del territorio y urbanismo (art. 319.4 CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.a) CP), Delitos contra los animales (art. 340 quater.a) CP), Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), Contra la salud pública —genérico: medicamentos y alimentos— (art. 366 CP), Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.b) CP).
- 38 Frustración de la ejecución / alzamiento de bienes (art. 258 ter.a) CP), Insolvencias punibles (art. 261 bis.a) CP), Daños informáticos (art. 264 quater.a) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.a) CP), Blanqueo de capitales (art. 302.2.a) CP), Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP), Relativas a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.a) CP), Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP), Cohecho (art. 427 bis.a) CP), Malversación (art. 435.5.º.a) CP), Odio y enaltecimiento (art. 510 bis CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.a) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.a) CP).
- 39 Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.b) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.b) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.b) CP).

- Multa de 0,5 veces:
 - El beneficio obtenido⁴⁰.
 - El perjuicio causado⁴¹.
 - El valor de sustancias/productos⁴².
- Multa de 0,75 veces:
 - El beneficio obtenido⁴³.
 - El perjuicio causado⁴⁴.
 - La cantidad defraudada⁴⁵.
 - El valor aparente de la moneda⁴⁶.
 - El valor de la donación —o del exceso—⁴⁷.
 - El valor de sustancias/productos⁴⁸.

40 Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.b) CP), Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.c) CP), Propiedad industrial (arts. 273 a 276 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Propiedad industrial (arts. 273 a 276 CP) (art. 288.1.º.b) CP), Contra los consumidores (art. 283 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Contra los consumidores (art. 283 CP) (art. 288.1.º.b) CP), Ordenación del territorio y urbanismo (art. 319.4 CP), Cohecho (art. 427 bis.b) CP), Cohecho (art. 427 bis.c) CP), Propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (art. 288.1.º.a) CP), Propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP) (art. 288.1.º.b) CP).

41 Estafa (art. 251 bis.b) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.a) CP), Recursos naturales y medio ambiente (art. 328.b) CP), Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.a) CP), Organizaciones y grupos terroristas (art. 580 bis.b) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.a) CP), Terrorismo (incluidas financiación, colaboración, enaltecimiento y provocación) (art. 580 bis.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.c) CP).

42 Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.b) CP), medicamentos y alimentos— (art. 366 CP), bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando: Contrabando (art. 3.3.a) LO 12/1995).

43 Tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.7 CP), Trata de seres humanos (art. 177 bis.7 CP), Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter.a) CP), Propiedad industrial (art. 277 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los consumidores (arts. 281, 282 y 282 bis CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra el mercado (arts. 284 y 285 CP) (art. 288.2.º.a) CP), Corrupción entre particulares y en los negocios (arts. 286 bis a 286 quater CP) (art. 288.2.º.a) CP), Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP), Cohecho (art. 427 bis.a) CP).

44 Daños informáticos (art. 264 quater.b) CP), Malversación (art. 435.5.º.a) CP).

45 Estafa (art. 251 bis.a) CP).

46 Falsificación de moneda (art. 386.5 CP).

47 Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis.5 CP).

48 Contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis.a) CP).

- Multa de 1,25 veces el perjuicio causado⁴⁹.

Ese sería “la renuncia punitiva” con respecto a la situación normativa actual, precio a ceder para alcanzar un grado razonable de certidumbre de resultados para las empresas en la gestión de sus riesgos operacionales vinculados a la investigación, confesión, reparación y mejora de su control interno.

Además, esta situación permitiría contemplar de acuerdo con nuestra cultura jurídica medidas de seguridad específicas asociadas a la aplicación de esta circunstancia eximente y vinculadas a la peligrosidad de la persona jurídica y, por lo mismo, a la mejora de sus sistemas de prevención de la obtención de beneficios del delito (i.e. ejercicio de la libertad de empresa vigilada, con el alcance de la vigilancia fijada en el Código Penal ex ante, vinculada a su hecho propio —control interno del riesgo de cumplimiento normativo— y con la extensión exclusivamente necesaria —i.e. monitorización/supervisión—) mientras sea necesaria y hasta su cese.

B) Procesales

B1. Fijación de condiciones objetivas de procedibilidad

Esta opción coincide en su concepción, resultados y dificultades con la expresada en “A2. *Incorporación de mecanismos objetivos de neutralización de la tipicidad específicos para cada delito que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica*”, respondiendo el que pueda considerarse como integrado en la dimensión sustantiva o procesal al concreto diseño que se efectúe en cada delito de esa solución en la configuración de la unidad típica de acción o en un factor independiente de esta y llave del procedimiento, pero compartiendo el carácter objetivo de su determinación y la inexistencia de condena.

B2. Fórmulas vinculadas al principio acusatorio, rogatorio y de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles

1. El avance del procedimiento penal está condicionado a que exista una acusación que decida impulsarlo y su potencial resultado final (decisión judicial) limitado a la intensidad de ese empuje en cuanto a las penas (principio acusatorio) y responsabilidades civiles (principio rogatorio).

Una de las fórmulas para alcanzar la inexistencia de responsabilidad y procedimiento penal y, por lo mismo, de gestión del riesgo operacional de las empresas asociado a ellos, es la regulación de esos principios acusatorio/rogatorio vinculados a la acción penal y civil, y, específicamente, sus límites

49 Daños informáticos (art. 264 quater.a) CP).

vinculados a la actividad del Ministerio Fiscal y a su criterio de oportunidad como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad⁵⁰.

La regulación legal de la actuación del Ministerio Fiscal ante la jurisdicción penal se ancla en la discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal, pudiendo sólo decidir no ejercitar o no impulsar la acción penal aunque considere como concurrentes hechos típicos, en supuestos tasados de responsabilidad penal de menores⁵¹ y de delitos leves⁵². Esos límites son complementados en la práctica para el resto de los supuestos con una pragmática extensión del criterio de oportunidad (y de justicia) a través de peticiones de sobreseimiento o, alcanzado el juicio oral, con la gestión de la propuesta/renuncia de prueba o del propio contenido de su práctica, derivando en un final del procedimiento penal sin imposición de penas fruto de la aplicación de las garantías del proceso penal.

Mucho mayor es el margen del Ministerio Fiscal (centrado ya en la legalidad sustantiva y en los propios márgenes que la misma otorga) en el concreto impulso de las acciones penales y civiles que si ejercite, margen que se concreta en la específica acusación que finalmente se formule y en la posibilidad de que esa acusación se conforme de común acuerdo con los acusados, pactándose los hechos, la calificación, la pena y la responsabilidad civil como resultado final del proceso.

Ese marco se completa en el caso del ordenamiento procesal español con las figuras acusatorias existentes y complementarias al Ministerio Fiscal, que eliminan su monopolio en el ejercicio de las acciones penales y civiles, y que poseen total libertad en la decisión del ejercicio y concreto impulso de las mismas: acusación particular, acusación popular y actores civiles.

2. Las opciones procesales que diseña el ordenamiento procesal penal español se concretan en la inexistencia de pena por no ejercicio de la acción penal (o renuncia a su impulso), en la existencia de una pena pactada con los acusados o en la existencia de un resultado procesal indeterminado ex ante y derivado de la confrontación en juicio oral y en los recursos.

A nivel internacional y en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han abierto paso fórmulas procesales intermedias entre declinar la acusación y la condena o contienda procesal, de la que son exponentes las posibilidades procesales estadounidenses de diferir la persecución (“deferred prosecution agreement” DPA) o acordar la no persecución (“non-prosecution agreement” NPA)⁵³, condicionando la continuación del procedimiento hacia la

50 Arts. 124 CE y 1 OEMF.

51 Arts. 18, 19 y 27.4 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

52 Arts. 963.1.1.^a, 964.2 y 965.1.1.^a LECr.

53 “Non-prosecution and deferred prosecution agreements, for example, occupy an important middle ground between declining prosecution and obtaining the conviction

sentencia. De forma simplificada, en los DPA la Fiscalía concreta los cargos de la persona jurídica pero paraliza el procedimiento de depuración e imposición de penas y condiciona el mantenimiento de esa situación procesal a que se cumplan una serie de medidas que se acuerdan con las empresas. Cumplidas las condiciones se archiva el procedimiento. En los NPA no se concretan cargos, no existe un procedimiento y es por lo mismo un acuerdo extraprocesal, condicionado de forma análoga a los DPA al comportamiento de la empresa. Si se incumple, se activa el procedimiento.

Partiendo de que exigir responsabilidad a las empresas por sus conductas ilícitas permite al Gobierno actuar como motor de un cambio positivo en la cultura corporativa y contribuir a prevenir, detectar y sancionar delitos graves⁵⁴, los fiscales deben valorar en el ejercicio de su discrecionalidad (al servicio e integrados en el poder ejecutivo) en relación a las opciones procesales disponibles frente a las personas jurídicas distintas de la confrontación en juicio oral (sentencias de conformidad⁵⁵, DPA o NPA)⁵⁶:

- La naturaleza y gravedad del delito, incluido el riesgo de perjuicio general, así como las políticas y prioridades que rijan la persecución penal de las personas jurídicas respecto de determinadas categorías delictivas⁵⁷;
- La extensión de la conducta ilícita dentro de la entidad, incluida la participación, tolerancia o consentimiento respecto de dicha conducta por parte de personas integrantes de la dirección de la empresa⁵⁸;
- El historial de conductas indebidas de la entidad, incluidas las actuaciones previas de naturaleza penal, civil o regulatoria emprendidas contra ella, tanto en el ámbito nacional como internacional⁵⁹;
- La disposición de la entidad a cooperar, incluida la cooperación respecto de posibles conductas ilícitas cometidas por sus empleados, administradores, directivos y agentes, actuales o anteriores, así como por otras personas o entidades que hubieran participado en la conducta objeto de investigación⁶⁰;
- La adecuación y eficacia del programa de cumplimiento normativo de la entidad en el momento de la comisión del delito, así como en el momento de adoptar la decisión sobre la formulación de cargos⁶¹;

of a corporation". US Justice Manual 9.28.200. B

54 Ibid. 9.28.200. A

55 Ibid. 9.28.1600

56 Ibid. 9.28.300. A

57 Ibid. 9.28.400

58 Ibid. 9.28.500

59 Ibid. 9.28.600

60 Ibid. 9.28.700

61 Ibid. 9.28.800

- La revelación voluntaria y oportuna por parte de la entidad de la conducta ilícita⁶²;
- Las medidas correctoras adoptadas por la entidad, incluidas, entre otras, las actuaciones dirigidas a implantar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y eficaz o a mejorar uno ya existente; sustituir a los responsables de la dirección; sancionar o despedir a quienes hubieran cometido las conductas ilícitas; aplicar medidas de compensación económica que sancionen dichas conductas; o abonar las correspondientes restituciones o reparaciones⁶³. Además de las medidas de reparación y remediación, los acuerdos pueden incluir el uso de supervisores independientes del cumplimiento normativo⁶⁴.
- Las consecuencias colaterales, incluida la posible existencia de un perjuicio desproporcionado para accionistas, beneficiarios de planes de pensiones, empleados y otras personas respecto de las cuales no se haya acreditado responsabilidad personal, así como el impacto que la persecución penal pueda producir sobre el público⁶⁵;
- La adecuación de otras vías de reacción, como las actuaciones civiles o regulatorias, tanto nacionales como internacionales, incluidas aquellas que resulten de la cooperación de la entidad con los organismos públicos competentes⁶⁶;
- La suficiencia de la persecución penal de las personas físicas responsables de la conducta ilícita de la entidad⁶⁷; y
- Los intereses de las víctimas, incluidas las medidas que la entidad haya adoptado para identificar a las posibles víctimas, así como a otras personas o entidades que hayan sufrido un perjuicio significativo, aunque sea indirecto, como consecuencia de la conducta delictiva, y las medidas adoptadas por la entidad para mitigar dicho perjuicio⁶⁸.

Este modelo procesal de suspensión de los procedimientos antes de sentencia en contextos de reconocimiento, colaboración, remediación y prevención ha sido seguido por países de todos los sistemas jurídicos como, entre

62 Ibid. 9.28.900, alentando a las personas jurídicas a realizar investigaciones internas, en el marco de sus programas de compliance, y a revelar espontáneamente ante las autoridades competentes las infracciones descubiertas.

63 Ibid. 9.28.1000

64 Ibid. 9.28.1700

65 Ibid. 9.28.1100

66 Ibid. 9.28.1200

67 Ibid. 9.28.1300

68 Ibid. 9.28.1400

otros, Canadá⁶⁹, México⁷⁰, Costa Rica⁷¹, Chile⁷², Reino Unido⁷³, Bélgica⁷⁴, Países Bajos⁷⁵, Francia⁷⁶, Austria⁷⁷, Portugal⁷⁸, República Checa⁷⁹, Sudáfrica⁸⁰, Singapur⁸¹, Indonesia⁸² o Japón⁸³, decantándose en esos ordenamientos como solución⁸⁴ para alcanzar:

- Los hechos relacionados con el delito que se imputa a la organización (y compromisos de no realizar/consentir ninguna declaración pública que contradiga dichos hechos);
- La admisión por parte de la organización de su responsabilidad por la acción u omisión que constituye la base del delito.
- La obligación de la organización de proporcionar cualquier otra información de la que la organización tenga conocimiento o que pueda obtener mediante esfuerzos razonables y que contribuya a identificar a cualquier persona implicada en la acción u omisión
- La obligación de la organización de cooperar en cualquier investigación.
- El decomiso de las ganancias.
- El pago de sanciones pecuniarias.
- La adopción de medidas de reparación en favor de una víctima.

69 Criminal Code 715.3, Remediation Agreements.

70 Código Nacional de Procedimientos Penales, arts. 191–200 (personas físicas) y 421–425 (personas jurídicas).

71 Ley 9699, de responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, art. 21 y ley 7594, Código Procesal Penal, arts. 25–29.

72 Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, art. 25; Ley 19696, que establece el Código Procesal Penal, arts. 237–240.

73 Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, deferred prosecution agreements.

74 Code d'instruction criminelle, arts. 216–216bis.

75 Wetboek van Strafrecht, arts. 51 y 74

76 Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), Code de procédure pénale, arts. 41–1–2 y 180–2.

77 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), § 19, Strafprozessordnung (StPO) §§ 198 y ss.

78 Código de Processo Penal, arts. 281 y 282.

79 Ley 418/2011, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los procedimientos contra ellas, arts. 37.b-37f.

80 National Prosecuting Authority Prosecution Policy Directives, Part 51: Corporate Alternative Dispute Resolution.

81 Criminal Procedure Code, Part 7 A.

82 Criminal Procedure Code, art. 328.

83 Criminal Procedure Code, arts. 350.2–15.

84 También en muchos de ellos para las personas físicas.

- La adopción de medidas correctoras adoptadas por la entidad, especialmente las vinculadas a implantar un programa de cumplimiento corporativo o a mejorar el existente.
- La designación de supervisores independientes de ese cumplimiento normativo.
- La obligación de la organización de informar sobre la ejecución del acuerdo.
- El pago de las costas.

3. La implantación en España de modelos/posibilidades procesales como las anteriores se enfrenta, al menos, a las siguientes realidades⁸⁵:

3.1. La ausencia del monopolio de la acusación del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, en especial por referencia a la figura de la acusación popular (art. 125 CE), de posible neutralización si se la excluyera procesalmente del posible boicot/deformación de este tipo de soluciones procesales con fórmulas análogas a la prevista en el procedimiento abreviado para los supuestos de no acusación del Ministerio Fiscal y la acusación particular (art. 782 LECr).

3.2. La ausencia de cultura e implantación en nuestro sistema procesal del criterio de oportunidad en el ejercicio de la función pública acusatoria, de posible neutralización de darse de forma combinada:

- La concreción sustantiva de la institución (eximente de la pena —sin sentencia condicionado o con sentencia y medida de seguridad—) que debiera considerarse y activarse procesalmente (antes de sentencia y/o valorable al dictarse sentencia) que convertiría el ejercicio de las opciones procesales antes de o en sentencia en sustantivo, reglado y análogo a lo que son ahora las conformidades penales, regidas por la normativa sustantiva.
- Que las opciones anteriores a sentencia:
 - No supusieran una renuncia al ejercicio de la acción penal y, por lo mismo, que un incumplimiento del condicionado permitiera reactivar la reacción punitiva.
 - Requirieran de una autorización/mediación/convalidación judicial.

En esta línea desarrollan los arts. 163 a 169 del último Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal como forma especial de terminación del procedimiento penal, la terminación por razones de oportunidad (sobreseimiento y suspensión).

85 Al margen de las concretas configuraciones del poder legislativo (y potenciales parálisis de ese poder) que concurren en las distintas legislaturas.

3.3. La ausencia de cultura e implantación en nuestro ordenamiento penal de la figura de la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia, sin renuncia a la acción penal y por acuerdo con el investigado.

Nuestro sistema jurídico sí está habituado a valorar el comportamiento postdelictual consensuado con el condenado (prohibiciones y deberes), asignándole efectos procesales sobre la pena (suspensión de las privativas de libertad⁸⁶ y la modulación de tratamiento penitenciario) y las medidas de seguridad impuestas⁸⁷, y no parece que pudieran existir problemas por adelantar procesalmente esa valoración en contextos en los que exista acuerdo y fijación de los hechos, los responsables, la reparación, la potencial peligrosidad futura y las medidas para neutralizarla (interrumpiéndose durante el plazo condicional la prescripción intraprocesal).

Y ello por representar ventajas tanto para la función pública y las víctimas (economía y eficiencia procesal —se alcanza antes y con menos dedicación de recursos el resultado buscado—) como para la empresa (y, por qué no, la persona física —que plantearía exclusivamente un problema de renuncia a los antecedentes penales—) llamada al proceso (seguridad del resultado, limitación del padecimiento procesal y solución distinta al estigma y consecuencias de la pena).

86 Que además de tener que cumplir los criterios de elegibilidad, puede quedar condicionada a (art. 83 CP):

- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.
- La prohibición de aproximarse a la víctima o familiares.
- Establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado.
- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización.
- La prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.
- La prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor.
- Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

87 Art. 97 CP.

El último Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal contempla específicamente esta posible suspensión del procedimiento por razones de oportunidad al alcanzarse la fase intermedia, determinando requisitos⁸⁸, condiciones⁸⁹ y la reapertura del procedimiento en caso de incumplimiento

88 Art. 164 Proyecto LOLECrim:

- Que se trate de delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta tres años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza.
- La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo.
- Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública.
- La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.
- Que en la comisión del hecho no haya mediado violencia o intimidación.
- Que el investigado no haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta.
- Que la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad.
- Que no se trate de delitos de violencia de género, delitos contra la Administración pública, de corrupción en los negocios o delitos de financiación ilegal de partidos políticos.

89 Art. 165 Proyecto LOLECrim:

- Que la persona investigada haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles.
- Que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto.
- Que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.
- Se haya indemnizado al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.
- Se haya dado al ofendido o perjudicado una satisfacción moral adecuada y suficiente.
- Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.
- No acudir a determinados lugares.
- No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos.
- No ausentarse del lugar donde resida.
- Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- Someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.
- Cumplir los demás deberes que estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

de las mismas⁹⁰, pero sin fijar condiciones específicas para las personas jurídicas.

3.4. Los peligros asociados al uso de estas instituciones procesales identificados en los sistemas en los que ya se encuentran activas, como:

- El riesgo de arbitrariedad (discrecionalidad excesiva e inconsistencia) asociada a la falta de transparencia de los procesos de adopción de acuerdos y de revisión judicial⁹¹.
- La deformación de la institución por convertirse en la solución a la falta de personal y presupuesto de los Fiscales (“*too big to prosecute*”, “*too big to jail*”⁹²), invirtiéndose la palanca negociadora y alcanzando sanciones asumibles como coste de hacer negocios⁹³ y una menor calidad de la actividad pública de persecución del delito en un estado de derecho⁹⁴.
- El “*Window dressing*”, esto es, el desplazamiento de la culpa hacia filiales o personas vinculadas de las empresas y no a los verdaderos responsables personas físicas y jurídicas⁹⁵.
- Las consecuencias de la renuncia al secreto profesional abogado-cliente (“*attorney-client privilege*”) de las investigaciones internas, y la conversión de la empresa en una agencia de la acusación pública⁹⁶, alcanzando a los derechos fundamentales y posibles conductas delictivas de los empleados⁹⁷.

90 Art. 165.7 Proyecto LOLECrim.

91 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», *Trento Student Law Review*, vol. 6:1 (2024), pág. 63; Roger A. SHINER, Henry HO, «Deferred Prosecution Agreements and the Presumption of Innocence», *Criminal Law and Philosophy*, vol. 12 (2018), pp. 707–723.

92 Nick WERLE, «Prosecuting Corporate Crime when Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 128 (2019), pp. 1366 ss.

93 John C. COFFEE Jr., «Crime and the Corporation: Making the Punishment Fit the Corporation», 47 *Journal of Corporation Law* 963 (2022).

94 Mike KOEHLER, «Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement», *UC Davis Law Review*, vol. 49 (2015), pp. 497 ss

95 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», *Trento Student Law Review*, vol. 6:1 (2024), págs. 64 y 65.

96 Harry FIRST, «Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions», *North Carolina Law Review*, vol. 89 (2010), pp. 23 ss.

97 Rebecca MITCHELL, Edward IMWINKELRIED, Michael STOCKDALE, *Deferred Prosecution Agreements and Legal Professional Privilege/Attorney-Client Privilege: English and US Experience Compared*, 8 *Journal of International and Comparative Law* 283 (2021).

- La falta de reparación a las verdaderas víctimas (como los competidores en delitos frente a la competencia)⁹⁸.

Todos estos peligros deberían ser valorados para acertar con el diseño sustantivo acorde con nuestra cultura jurídica que los neutralice en abstracto de forma genérica, conjugándolo con la necesaria intervención y tutela judicial efectiva de convalidación, mediación y/o supervisión judicial de estas opciones procesales impulsadas por el acusador público en el caso concreto, neutralizándolos de forma específica.

III. ALINEACIÓN DE LOS INTERESES E INCENTIVOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

En el caso que nos ocupa (cuando se haya identificado una conducta delictiva que haya generado beneficios para la empresa), los riesgos operacionales son el proceso penal (penitencia continuada y antesala de la pena), las consecuencias del proceso penal (pena y responsabilidad civil) y su resonancia extraprocesal (efectos sobre los stakeholders), y ello por su impacto sobre los objetivos operacionales de la empresa (i.e. posicionamiento, financieros, comerciales, etc). Cuanta mayor sea la seguridad de rebaja de la probabilidad de concurrencia del proceso y la pena, de su resonancia extraprocesal y, por lo mismo, de su impacto en los objetivos operacionales, mayor será la probabilidad de que la opción a la que esa valoración de riesgos esté asociada sea la elegida en materialización de la libertad de la empresa. Así, el sistema penal constituye una posibilidad de incentivo para atraer a la libertad de empresa hacia los comportamientos más beneficiosos para la sociedad (descubrimiento, reparación y prevención futura del delito) cuando una empresa descubra una conducta delictiva que le haya generado beneficios (incentivo de la colaboración penal), que habrá de ponderar frente a la probabilidad de que ese proceso y sus consecuencias prosperen bajo el impulso de la acusación.

Siempre en el marco y de forma respetuosa con las garantías fundamentales de nuestro sistema y cultura penal⁹⁹, debe hacerse un esfuerzo por diseñar un sistema sustantivo y procesal que alinee y maximice la velocidad, la eficiencia y los resultados en la persecución del delito (resultado público buscado), la gestión de los riesgos operacionales empresariales (resultado

98 Mauro FRAGALE, Valentina GRILLI, «Impunity for Sale: Are Deferred Prosecution Agreements a Way for Companies to Evade Liability?», *Trento Student Law Review*, vol. 6:1 (2024),pág. 66.

99 En detalle, Gabriel RODRIGUEZ-RAMOS, *La tutela de los derechos fundamentales de personas físicas y jurídicas en el proceso penal*, Jurisprudencia completa TEDH-TJUE-TC, Aranzadi La Ley (2026).

privado buscado) y la gestión de los riesgos futuros de cumplimiento de esas empresas (resultado público-privado buscado y compartido).

Ese esfuerzo debería integrar, en primer lugar, medidas sustantivas, en concreto:

- La revisión de aquellos tipos que admitan para personas físicas y jurídicas medidas de exención de responsabilidad o condiciones objetivas de procedibilidad como las de los arts. 305.4, 307.3, 307ter.3 CP, 308.6, 426, 281 y 284 CP, aligerando la carga procesal de esos supuestos y convirtiendo en superfluo este debate.
- La decantación de un régimen de tipicidad claro y de consenso para las personas jurídicas, en torno a las medidas de control interno de gestión del riesgo de cumplimiento normativo penal que sean exigibles *ex ante* como conducta debida (como ya hace el ordenamiento mercantil), diferenciando entre lo exigible a las distintas empresas en función de su intensidad de capital, transacciones y operaciones (intensidad que hace que el propietario pierda el control directo —y desaparezca su hecho propio— y deba invertir en el control interno —apareciendo el hecho propio de la persona jurídica—, como también hace ya el ordenamiento mercantil). Ese régimen de tipicidad debe permitir, de forma razonable, clara y protegida frente a sesgos, la declaración de la inexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica aunque haya obtenido beneficios vinculados al delito considerado.
- La incorporación de una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, integrando el comportamiento postdelictual de la empresa compuesto por la concurrencia simultánea de:
 - La comunicación del delito de la persona física, antes de conocer que el procedimiento se dirija frente a la persona física o la jurídica;
 - La colaboración con la investigación, incluyendo los resultados de sus investigaciones internas y la comunicación del estado de sus componentes de control interno;
 - La reparación del daño; y
 - La actualización o puesta a punto de sus sistemas de prevención del riesgo de cumplimiento penal.
- La incorporación de una medida de seguridad específica de las personas jurídicas que monitorice en el tiempo la realidad de la puesta a punto de sus sistemas de prevención de riesgo penal y, por lo mismo, de su peligrosidad.

La precisión y previsibilidad de aplicación de ese diseño sustantivo (característica intrínseca a su naturaleza y a las garantías del principio de le-

galidad penal) es lo que alinea lo que busca el legislador (incentivo de lo público) y lo que determina el comportamiento de las empresas (incentivo de lo privado).

Sólo desde el anterior marco de seguridad jurídica que aporte una precisa llave sustantiva debería contemplarse la operación de la cerradura procesal y la posible aceleración de su giro.

Ese sistema procesal bajo supervisión judicial podría agilizar la alineación de intereses públicos y privados y con ella la decantación de su sentido y resultados:

- Operando un mecanismo de suspensión del procedimiento antes de condena (sin renuncia al ejercicio de la acción penal), si constatada la concurrencia en el comportamiento postdelictual de los componentes de la exención de responsabilidad (criterio de elegibilidad), se condiciona la no continuación del procedimiento (de forma análoga al condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena) al mantenimiento de un determinado comportamiento (deberes y prohibiciones) con la ejecución supervisada de la medida de seguridad específica de la persona jurídica.
- Operando los mecanismos de conformidad penal ya existentes, en aplicación del anterior régimen sustantivo.
- Operando los mecanismos de confrontación procesal ordinarios.

Esas medidas procesales deberían contemplar la neutralización del riesgo de deformación de este tipo de soluciones por parte de las acusaciones populares, con fórmulas análogas a la prevista en el procedimiento abreviado para escenarios de confrontación procesal en los supuestos de no acusación del Ministerio Fiscal y la acusación particular (art. 782 LECr).

IV. SITUACIÓN TRANSITORIA

En tanto no se alcance ese régimen sustantivo y procesal, la falta de certidumbre limita como opción realista el comportamiento postdelictual deseable de las empresas para los poderes públicos previsto en las cuatro circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La concurrencia de alguno o de todos esos comportamientos postdelictuales en el estado legislativo actual puede ser considerado por el Ministerio Fiscal para valorar el respeto continuado a la norma y canalizarlo en soluciones distintas a la condena antes de sentencia a través de un sobreseimiento provisional por falta de concurrencia (desde su indeterminación actual y consecuente marco valorativo) de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y ss CP).

Esta opción y situación transitoria supone:

- Partir de la inexistencia de incentivos reales para que las empresas comprometidas con el ordenamiento jurídico extiendan ese cumplimiento a sus actuaciones posteriores a la identificación de un delito de una persona física que le haya podido generar beneficios, homogeneizando el sistema de incentivos (o su inexistencia) con el de las empresas no comprometidas con el ordenamiento¹⁰⁰.
- Atraer todos los peligros asociados al uso de fórmulas de suspensión del procedimiento identificados en los sistemas que ya tienen implementadas estas opciones¹⁰¹, acrecentados en su intensidad por la completa falta de andamiaje y referentes normativos.
- Que el tiempo real para deshacer esa posición provisional ante cambios en los comportamientos postdelictuales sea el de la instrucción penal, pues alcanzado el momento de la acusación sin integrar a la persona jurídica el sobreseimiento se cristaliza y el camino de conversión de nuevo en líquido es cada vez más irreal.
- Que desde su adopción y con mayor intensidad alcanzado el fin de la instrucción, la solución transitoria equivaldría a la renuncia a la acción penal sin que existiera constancia de ese comportamiento previo, por ejemplo, en caso de tener que valorar hechos análogos en el futuro.

V. CONCLUSIONES

1. El régimen vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas contiene una contradicción de incentivos. Admite que pueda existir un delito que haya generado beneficios a la empresa sin que exista responsabilidad penal de esta si su control interno fue adecuado, pero reserva a la confesión, la colaboración, la reparación y la mejora del sistema de prevención un efecto meramente atenuante una vez afirmada la responsabilidad. La empresa que detecta el delito gracias a sus propios mecanismos de cumplimiento puede quedar así expuesta, precisamente por reaccionar frente a él, a un proceso y a unas consecuencias cuya previsibilidad es insuficiente.

2. Esa situación desaprovecha una capacidad institucional especialmente valiosa. La empresa se encuentra normalmente en una posición privilegiada para conocer los secretos de sus relaciones internas y transacciones, investigar los hechos, identificar a las personas intervinientes y reparar con rapidez los daños generados en su actividad. Pero la activación de esas capacidades no puede descansar en una apelación moral: la empresa gestiona riesgos operacionales y tenderá a colaborar cuando pueda conocer ex ante, con un

100 Apartado I.

101 Apartado II, punto 3.4.

grado razonable de seguridad, que la investigación, la confesión, la reparación y la mejora de sus controles reducen —y no incrementan— esos riesgos.

3. La primera pieza de cualquier reforma debería ser, por ello, sustantiva: aumentar la precisión de la tipicidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El hecho propio de la empresa debe construirse en torno a las actividades de control interno desplegadas para gestionar el riesgo de obtener beneficios o provecho de delitos cometidos por personas físicas. El beneficio derivado del delito operaría como hecho de conexión, debiendo comprobarse, en el proceso, la diferencia entre el control interno debido y el realmente existente.

La determinación de ese control debido debe ser proporcional a la complejidad empresarial. No resulta razonable exigir idénticas estructuras de control a organizaciones en las que propiedad y gestión coinciden que a empresas con elevada intensidad de capital, transacciones y relaciones internas, donde el propietario pierde capacidad de control directo y aparece propiamente un control institucional de la organización. La ley debería, por tanto, diferenciar niveles de exigencia y apoyarse en los deberes de control interno ya presentes en el ordenamiento mercantil y en marcos de consenso que permitan concretarlos, sin necesidad de convertir esos referentes en fuentes autónomas del Derecho penal.

4. Junto a esa esencial mejora de la tipicidad, debe explorarse la extensión de mecanismos objetivos de regularización, restitución o neutralización de la respuesta penal para aquellos delitos cuya lesión admita una reparación objetivamente determinable. Los modelos ya existentes en materia tributaria, de Seguridad Social, subvenciones, cohecho o clemencia en materia de competencia muestran que la confesión, la colaboración y la reparación pueden funcionar como verdadera llave de salida. Su extensión resulta especialmente defendible cuando el daño pueda cuantificarse o restituirse, pero no debe generalizarse a delitos contra bienes personales o colectivos cuya gravedad, irreversibilidad o dificultad de cuantificación exige mantener plenamente la intervención pública.

5. La opción que mayor grado de seguridad puede aportar para alinear los comportamientos preventivos y post delictuales es crear una circunstancia eximente específica cuando se aprecie la concurrencia, a la vez, de las cuatro actuales circunstancias consideradas atenuantes: comunicación temprana del delito, colaboración eficaz con la investigación, reparación del daño y actualización efectiva de los sistemas de prevención.

La exención no tendría por qué significar desatender el riesgo futuro y debería complementarse con una medida de seguridad específica, legalmente predeterminada, proporcional y temporal, dirigida a supervisar la efectiva puesta a punto del control interno de la persona jurídica mientras subsista una peligrosidad relevante. De este modo se separaría la renuncia a la pena

por el comportamiento postdelictual merecedor de incentivo de la necesidad pública de reducir el riesgo de reiteración, haciendo compatible la recompensa a la colaboración con una prevención eficaz.

6. Sólo sobre esa base sustantiva suficientemente cierta debería operar la solución procesal. Sería compatible con nuestra cultura jurídica incorporar fórmulas como la suspensión condicional del procedimiento antes de sentencia, sin renuncia a la acción penal, sujeta a criterios objetivos de elegibilidad (los de la circunstancia eximente), con supervisión judicial y cumplimiento de condiciones (prohibiciones y deberes) durante un periodo determinado (con contenido análogo a las medidas de seguridad). El incumplimiento permitiría reactivar el procedimiento; el cumplimiento conduciría a su terminación. Las conformidades ya existentes y la confrontación procesal ordinaria seguirían funcionando como vías alternativas dentro del mismo sistema.

La experiencia de los DPA y NPA y de instituciones equivalentes en otros ordenamientos demuestra la utilidad de crear un espacio intermedio entre la renuncia a perseguir y la condena, pero también advierte de sus riesgos: discrecionalidad excesiva, soluciones determinadas por la falta de recursos públicos, sanciones asumibles como coste empresarial, desplazamiento de responsabilidad hacia sujetos periféricos, afectación del secreto profesional y reparación insuficiente de las víctimas. Un eventual modelo español debería neutralizar esos peligros mediante una regulación sustantiva precisa a implementarse con la intervención de la tutela judicial.

7. En definitiva, la mejor alineación de los intereses públicos y privados exige que la llave sustantiva preceda a que entre en funcionamiento la cerradura procesal. Si la ley ofrece a la empresa una consecuencia previsible y suficientemente intensa por investigar, comunicar, colaborar, reparar y prevenir, aumentará la probabilidad de que ponga sus capacidades al servicio de la averiguación del delito, la protección de las víctimas y la reducción del riesgo futuro. Mientras esa reforma no exista, las soluciones basadas en la valoración por el Ministerio Fiscal del comportamiento postdelictual pueden ofrecer respuestas transitorias, pero seguirán siendo frágiles e insuficientes para generar el incentivo estable que el sistema necesita.