

«CRIMINALIDAD EMPRESARIAL Y COLABORACIÓN EFICAZ CON LA JUSTICIA EN ESPAÑA: ¿AMERICANIZACIÓN O ROMANIZACIÓN DEL PROCESO PENAL?»

JUAN CARLOS ORTIZ-PRADILLO

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

juancarlosortiz@ucm.es

Copia privada del capítulo “Criminalidad empresarial y colaboración eficaz con la justicia en España: ¿Americanización o romanización del proceso penal?”, en VV.AA., Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI: desafíos contemporáneos del whistleblower y el colaborador eficaz / coord. por Williams Alexander Robles Sevilla, ed. Ideas, Lima, 2022, ISBN 9786125017062, págs. 155-192.

Breve CV

Licenciado en Derecho con Premio extraordinario de fin de Carrera y Doctor en Derecho cum laude. Además de su labor como Profesor Titular de Derecho Procesal y como Presidente de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Toledo, también imparte formación en el Ilustre Colegio de Abogados de Toledo y en la Escuela de Protección Ciudadana de Castilla-La Mancha para la formación de mandos policiales. Y colabora con el CGPJ y el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en España y con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú en la formación de Fiscales, Jueces y Magistrados.

Abstract / Resumen:

Cuando se trata de examinar la conformación legal que los Estados han efectuado a la hora de perseguir eficazmente la delincuencia cometida en el seno de o a través de las empresas y corporaciones privadas, se alude frecuentemente a la influencia que las instituciones jurídicas norteamericanas han tenido en otros sistemas penales en Iberoamérica y en Europa, al asumir que las manifestaciones de Justicia negociada insertas en dichas reformas procesales penales son una traducción legal de esos beneficios premiales de corte anglosajón. El presente trabajo pretende destacar que, lo verdaderamente acontecido, es una vuelta a figuras propias del Derecho Romano, también utilizadas durante el medievo, y para ello se tomará como referencia la evolución apreciada en el sistema procesal español.

Palabras clave: Colaboración Eficaz, Compliance, Clemencia, Persona Jurídica, Colaboración Eficaz, Proceso Penal

1. DELINCUENCIA EMPRESARIAL Y JUSTICIA PENAL PREMIAL

El análisis de la reforma de la Justicia penal operada en España en los últimos años, con especial atención a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede llevarse a cabo sin atender al especial contexto social y económico en el que tuvo lugar la reforma de nuestro Código Penal del año 2010.

Durante los años anteriores a dicha reforma, no hubo apenas un solo día en que los medios de comunicación españoles no informaran sobre algún caso nuevo de corrupción en el que se encontraban involucrados dirigentes de partidos políticos o sindicatos, reputados empresarios, o incluso personas vinculadas a la Casa Real. Y si bien la corrupción era un concepto hasta entonces directamente ligado al sector público y enfocado esencialmente desde el perjuicio patrimonial que suponía para las arcas públicas el abuso de una posición de poder derivada de un empleo o cargo público, lo cierto es que, sobre todo tras el estallido de la *burbuja inmobiliaria* en 2008, la ciudadanía comprendió también el alcance y los perniciosos efectos de las defraudaciones y demás ilícitos cometidos en la esfera privada empresarial.

Junto con los delitos contra la Administración Pública o contra el Orden Público Económico en los que las empresas intervienen, en múltiples ocasiones, como sujeto corruptor, el daño que provoca a la ciudadanía determinados delitos contra el Mercado y los consumidores, estafas piramidales e insolvencias punibles tiene una repercusión directa en la Economía estatal. Así, por ejemplo, la quiebra de varias entidades bancarias obligó a España, junto con otros motivos, a pedir el famoso “rescate” financiero que dio lugar a serios recortes nacionales en servicios públicos y subidas generalizadas de impuestos. Y de ahí que no extrañe a nadie que, hasta la irrupción de la maldita pandemia derivada de la COVID-19, la corrupción y el fraude fueran la segunda preocupación de los españoles entre los años 2008 a 2019, solo por detrás del desempleo. Y lo peor es que dicha sensación no es únicamente interna. Desde el exterior también se advierte cierta preocupación internacional por la situación española, que en el año 2004 ocupaba el puesto número 23 en el ranking elaborado por la entidad Transparencia internacional respecto al índice de percepción de la corrupción, y tras su descenso al puesto número 30 en el año 2012, aún no ha sido capaz de remontar esa situación.

Ante la magnitud y repercusiones sociales y económicas, tanto en el plano doméstico como en el ámbito internacional, que puede llegar a tener la criminalidad empresarial, se dio un importante giro del discurso político criminal de los Estados basado en la máxima *societas delinquere non potest* y se apostó por la introducción en sus correspondientes Códigos Penales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero la complejidad de la estructura actual de las organizaciones empresariales, su actividad internacional y globalizada con matrices, filiales, sucursales, entidades delegadas, etc., dificulta claramente las tareas de prevención y descubrimiento de las conductas ilícitas que pueden llegar a cometerse en su seno, sobre todo cuando las mismas son efectuadas por sus máximos responsables o dirigentes. Los Estados, al igual que en su momento desarrollaron una normativa punitiva e investigadora específica contra la criminalidad organizada, han comprobado como a la hora de luchar contra la delincuencia empresarial, las autoridades se enfrentan a las mismas dificultades a la hora de investigar los ilícitos cometidos, descubrir hasta dónde llega el entramado criminal, quiénes colaboran desde las instituciones, o dónde se localizan los activos distraídos del erario público.

La operativa seguida por la mayoría de los Estados a la hora de perseguir eficazmente y desbaratar la macrocriminalidad económica empresarial se ha llevado a cabo a través de dos líneas de actuación complementarias. De una parte, y con una clara

visión punitivista, se han introducido nuevas tipificaciones penales o adecuación de los tipos ya existentes con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia (incluida, obviamente, la propia responsabilidad penal de la persona jurídica de manera independiente a la responsabilidad de las personas físicas autoras o partícipes del hecho); se ha incrementado la aplicación extraterritorial del Derecho Penal a través de la punición de conductas anticompetitivas desplegadas en el extranjero (ej., el soborno de funcionarios extranjeros); se ha procedido a elevar las penas, así como de los plazos de prescripción; y se han articulado extraordinarias medidas de investigación). Y de otra parte, y con una evidente visión promocional, se ha acudido a elementos del *Derecho Premial*: se han regulado incentivos y recompensas (tanto con carácter penal sustantivo como procesal, como veremos), con el propósito de fomentar la colaboración de los encausados en la facilitación de información esencial a las autoridades sobre el ilícito cometido.

Dentro de este segundo segmento, cada vez que se examina una determinada figura jurídica encasillable dentro de la *Justicia negociada*, es habitual concluir que las reformas efectuadas en los sistemas procesales continentales europeos y latinoamericanos para incorporar aquéllas (v. gr., una fase de acusación de corte adversarial, el principio de oportunidad o determinadas facultades de transacción entre el titular de la acción penal y el acusado) atienden a una suerte de “americanización” del proceso penal en tales países, si bien se ha matizado muy adecuadamente que esa posible influencia ha generado en la mayoría de los casos, paradójicamente, una suerte de fragmentación y divergencia en la configuración de esos sistemas de corte continental¹. Y razones no les faltan a quienes defienden dicha influencia: los mecanismos aplicados en Europa para fomentar esa colaboración con la Justicia se inspiran nítidamente en figuras jurídicas y prácticas desarrolladas en el sistema norteamericano, como primero fueron los *Leniency Programs*, y después han sido los *Compliance Programs* y las medidas protectoras en materia de *Whistleblowing*².

Pero, como pondremos de manifiesto en el presente trabajo, esos mecanismos desarrollados por el sistema procesal norteamericano ya estaban presentes y eran aplicados con igual finalidad —mayor eficacia de la persecución penal— en el Derecho Romano y en algunos de los sistemas europeos medievales. De ahí que pueda cuestionarse si, tal vez, la manida *americanización* del proceso penal no sea otra cosa que su *romanización* en pleno siglo XXI.

1.1. JUSTICIA PREMIAL Y HETEROINCRIMINACIÓN: PREMIOS Y RECOMPENSAS A FAVOR DEL DELATOR

Como sabemos, una privilegiada fuente de información para destapar ciertas tramas delictivas relacionadas con la delincuencia económica empresarial son los propios miembros de dicha trama (entidades que participan del pacto colusorio, empleados despedidos que conocían del acuerdo criminal, los cargos públicos relegados o caídos en

¹ LANGER, M. (2004) From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, p. 4.

² Esa tendencia constante a incorporar políticas desarrolladas en los EE.UU se analiza con mayor detalle en ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2020). “La recepción de la cultura del «compliance» y del «whistleblowing» en España”, *Revista Internacional CONSINTER de Derecho*, Número XI - 2º Semestre 2020, págs. 421-450. Accesible online en <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-vi-numero-xi/capitulo-02-direito-publico/la-recepcion-de-la-cultura-del-compliance-y-del-whistleblowing-en-espana/>.

desgracia en el seno de su partido, los antiguos testaferros o tesoreros de las entidades encausadas, o los funcionarios sobornados que dejan de recibir las dádivas y privilegios). Por ello, resulta evidente la trascendencia que puede llegar a tener para la eficaz persecución y enjuiciamiento de dichas conductas delictivas el aporte de dicha información por cualesquiera de esos sujetos, ante lo cual los sistemas penales no dudan en promover esa colaboración con diversas medidas, entre las que sobresalen, por ser las más empleadas, la protección de la identidad del denunciante o determinadas recompensas, la mitigación de la pena e incluso la concesión de exención de responsabilidad penal o la inmunidad procesal, cuando el delator ha participado en la conducta criminal investigada.

En la Justicia premial, un ámbito polémico lo ha representado siempre la conveniencia o no de premiar la delación, pese a lo cual los Códigos Penales prevén expresamente tipos atenuados con los que se incentiva la heteroincrimación, esto es, que el inicialmente investigado dirija su dedo acusador contra los demás copartícipes y colabore activamente con las autoridades para la identificación o captura de aquéllos, así como para la obtención de información trascendental sobre los hechos³. Frente a la tradicional recompensa de la confesión, el arrepentimiento o desistimiento a través de la correspondiente atenuante —simple o cualificada—, se aprecia una evidente tendencia a promocionar la delación para lograr una cooperación eficaz con las autoridades, pues lo que se pretende incentivar no es tanto la confesión de los hechos propios, sino la cooperación del acusado con la autoridad judicial en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados que tengan que ver con los demás acusados. Es decir, frente a las atenuantes o tipos atenuados que premian la “autoinculpación”, la Justicia premial —sustantiva y procesal, como veremos más adelante— también trata de recompensar la “heteroincrimación” o facilitación de información relevante sobre otros sujetos. Es la «delación premiada» o «colaboración eficaz» con la Justicia, cuya principal característica definitoria, además de servir de herramienta de política criminal para aumentar la eficacia de la persecución judicial, radica en que se trata propiamente una técnica de obtención de información trascendental para la causa que desplegará su potencial campo de actuación en el “Proceso” en el que se investiga al investigado reconvertido en colaborador eficaz y no tanto en la “Pena” que finalmente se le imponga⁴.

Estados Unidos cuenta con una larga tradición legislativa en materia de incentivos económicos a favor del delator. Desde las tradicionales recompensas del “Salvaje Oeste” (*wanted sign*) hasta las vigentes recompensas económicas basadas en los sistemas de acciones *qui tam* a favor del ciudadano —denominado “relator”— para ejercer acciones en nombre del gobierno contra el defraudador y recibir una parte de la cantidad recuperada por el gobierno, tal y como se prevén, entre otras normas, en la Sección 21F de la *Securities Exchange Act* de 1934 o en la Sección 748 de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010. Y en materia de incentivos procesales, la legislación norteamericana también cuenta con expresas reglas de inmunidad para fomentar la cooperación de un sujeto con información relevante para la causa (*use immunity, derivative use immunity, transactional immunity e informal immunity*).

³ Vid., por todos, el estudio recogido en ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2018): *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la Justicia*. Madrid: La Ley.

⁴ Sobre ello, vid. ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2017). “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, ISSN: 2525-510X, jan/abr. 2017, vol. 3, núm. 1, pp. 39-70.

Sin embargo, esta opción de premiar al delator que informa de un determinado perjuicio contra el Estado es una herramienta que no es, en absoluto, ni novedosa ni original de los Estados Unidos. Su origen es tan antiguo como la propia humanidad, pues una de las recompensas económicas más conocidas de la historia de la humanidad fue la entregada a Judas Iscariote. De ahí que debiera desterrarse la expresión «Roma no paga traidores» pues Roma sí incentivaba la delación, y no sólo con recompensas económicas, sino también con otros incentivos, medidas de protección o inmunidad procesal, tal y como ahora se trata de regular en los actuales sistemas procesales penales de medio mundo. La praxis premial en la antigua Roma era una práctica habitual⁵, pudiendo tales premios consistir, además de recompensas económicas, en la concesión de alguna dignidad, como por ejemplo, un ascenso en el rango senatorial, la consecución de un cargo público, la obtención de la ciudadanía romana, la exención del servicio militar, o lo que más nos interesa ahora destacar: la inmunidad.

Algunos ejemplos concretos de promesas e incentivos utilizados para la investigación y averiguación de determinados delitos en la antigua Roma los cuenta TITO LIVIO en su célebre obra *Ab Urbe Condita*: la “manumissio vindicta”, utilizada para referirse a la liberación de un esclavo, tendría su origen etimológico en Vindicio, un esclavo que denunció en torno al año 509 a. C. la conspiración de los Tarquinius y que fue recompensado por ello con dinero, con la libertad, y con la ciudadanía romana⁶. Durante las guerras samnitas (años 343 a 341 a. C.), se produjo una sublevación de algunas de las guarniciones romanas que marcharon contra Roma, ante lo cual se llegó a ofrecer la inmunidad para todos aquellos soldados que hubieran tomado parte en la secesión⁷. Y durante la investigación de una serie de envenenamientos ocurridos en Roma en el 330 a. C., el Senado llegó a conceder la inmunidad a una criada que se comprometió a revelar la causa de aquella peste si el gobierno la protegía contra cualquier peligro en que pudiera colocarle su descubrimiento⁸. También SALUSTIO, al describir *La conjuración de Catilina*⁹ acontecida en el año 63 a. C., nos cuenta que “por decreto del Senado, si alguien hubiera señalado algo sobre la conjuración, que se había hecho contra la República, decretaron como premio la libertad y cien mil sestercios para un esclavo, y la impunidad de este hecho y doscientos mil sestercios para un hombre libre”. Y CICERÓN también advierte, en su obra *Divinatio in Quintum Caecilium* (año 70 a. C.) como el *index* (delator) se prestaba a denunciar tramas secretas de las que era parte, con la promesa de impunidad.

1.2. JUSTICIA PREMIAL Y «COMPLIANCE»: ATENUACIÓN DE LA PENA POR COLABORACIÓN EFICAZ DE LA PERSONA JURÍDICA

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España no lo ha sido en clave únicamente represiva sino preventiva, con el deseo de que las

⁵ GUERRERO, M. (2014). El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?, *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, nº 12.

⁶ *Ab Urbe Condita*, libro II, 2,5. Dicho ejemplo también ha sido utilizado por la doctrina italiana para ejemplificar el derecho premial con el que se recompensaba la colaboración con la Justicia (vid RUGGERI, C. R., “Lex Cornelia iudiciaria e pentitismo”, en VV.AA., *Annali del seminario giuridico dell'università degli studi di Palermo* (AUPA), 2015, vol. LVIII, G. Giappichelli Editore – Torino, p. 180.

⁷ *Ab Urbe Condita*, libro VII, 40-42. Traducción por Antonio D. Duarte Sánchez.

⁸ *Ab Urbe Condita*, op. cit., libro VIII, 18.

⁹ capítulo XXX-6.

empresas se autorregulen internamente para evitar la comisión de delitos en su seno, e igualmente, con el objetivo de que adopten una actitud colaboradora con los Tribunales de justicia a la hora de descubrir y depurar las responsabilidades personales por los hechos cometidos en su nombre o en su beneficio.

Por un lado, se ha dejado en manos de la autorregulación empresarial y sus organizaciones colectivas el diseño de tales medidas preventivas, por ejemplo a través de estándares internacionales (normas ISO y UNE) y códigos de buenas prácticas, dando lugar a un conjunto de mecanismos de control denominados «Programas de Cumplimiento preventivos» (*Compliance Programs*). El legislador español apenas perfila el contenido mínimo que deben tener esos Programas en el apartado 5º del art. 31 bis del Código Penal, pero lo que sí hace es incentivar decididamente esa autorregulación a través de beneficios penales para aquellas empresas que cuenten con dichos Programas y adecúen su actividad empresarial a los mismos, así como también cuando colaboren con las autoridades a la hora de sancionar los hechos delictivos que han tenido lugar en su interior. Para ello, el Código Penal español prevé, como atenuantes específicamente aplicables a la persona jurídica investigada, la «confesión» de la infracción antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, así como la «colaboración» en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos (letras a y b del art. 31 quater CP).

El hecho de que la colaboración de la empresa se regule expresamente como una circunstancia atenuante, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas (que se trata de una construcción jurisprudencial), demuestra la clara intención del legislador de promover esa cooperación. Tal voluntad promocional se refuerza con la previsión legal de que dicha atenuante podrá aplicarse cuando tal colaboración se produzca “en cualquier momento del proceso” (es decir, sin límites cronológicos, a diferencia de lo que sucede con la confesión de las personas físicas), siempre que las pruebas aportadas “fueren nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Y a tal fin también coadyuva la interpretación jurisprudencial de que es posible aplicar dicha atenuante conjuntamente a la persona física (el directivo acusado) y a la persona jurídica, así como también la especial regulación prevista en el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite la conformidad de la persona jurídica *con independencia de la posición que adopten los demás acusados*, algo que no sucede cuando los investigados son personas físicas y sólo uno de ellos manifiesta su conformidad con la acusación, pues en tal caso la Ley obliga a abrir juicio oral contra todos ellos.

Este interés estatal en promover la colaboración de la empresa con las autoridades judiciales también se aprecia en la postura adoptada por la Fiscalía General del Estado, cuya Circular 1/2016 en materia de Compliance y responsabilidad penal empresarial destaca la importancia de que el hecho delictivo sea comunicado por la propia empresa antes de que exista un proceso penal contra la misma. Aunque la confesión tenga efectos únicamente atenuatorios, la Circular afirma expresamente que “los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, *detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica*, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”, mientras que “la colaboración activa con la investigación o *la aportación al procedimiento de una investigación interna*, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena”.

Lo complicado será, eso sí, la delimitación de la noción de «colaboración eficaz» exigible a la persona jurídica investigada a los efectos de ver reducida su pena, pues nuestro ordenamiento jurídico maneja términos claramente indeterminados que, en nuestra opinión, facilitan la discrecionalidad del juez, y por tanto, y de facto, la capacidad de negociación de las autoridades durante la investigación de la causa para presionar a la persona jurídica a que aporte información relevante o eficaz¹⁰, teniendo siempre presente que el *quantum* de efectividad a exigir respecto de la información aportada por la empresa colaboradora debe interpretarse de manera favorable al reo y no sólo bajo criterios de utilidad, sino también en términos de capacidad y posibilidad. De lo contrario, a mayores exigencias a la hora de conceder dicho incentivo premial, mayor riesgo de crear en la práctica obstáculos casi insalvables que desalienten a las entidades potencialmente colaboradoras.

1.2.1. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA «COLABORACIÓN EFICAZ» EMPRESARIAL CON LA JUSTICIA

Antes de abordar en profundidad los requisitos que deben darse para poder hablar de “colaboración eficaz” con la Justicia, a los efectos de que tal conducta sea merecedora de recibir los diversos incentivos que aquí se defienden, debemos fijar las siguientes premisas conceptuales:

En primer lugar, la empresa aspirante a “colaborador eficaz” ha de ostentar la condición procesal de sujeto investigado o estar muy próximo a ello por haber participado o colaborado en la conducta criminal o haberse beneficiado de aquélla, esto es, por ser merecedora, a priori, de reproche penal. Cuando se decide abrir diligencias penales contra una persona jurídica, es muy habitual que ésta impugne esa condición procesal por considerarse la víctima o una perjudicada más por parte de las personas físicas autoras de los hechos objeto de investigación. Si, finalmente, la empresa no fuera objeto de dicha persecución estatal, merecerá la condición de testigo (incluso cuando la fuente de información que facilita esa “colaboración empresarial” fuera un empleado de la misma que hubiera recibido el trato de *alertador* (término con el que en España se pretende traducir el anglicismo *whistleblower*), de modo que las principales medidas promocionales serán lógicamente diversas (principalmente, medidas de protección para el *alertador*, y especial reserva de la publicidad de las actuaciones para evitar el perjuicio público y la mala imagen de la empresa colaboradora).

En segundo lugar, y aquí está la clave como veremos a continuación, no bastará con el aporte de cualquier información referente a los hechos investigados, sino que deberá tratarse de una información “eficaz”, “útil” o “valiosa”. Y es, precisamente, este elemento el que constituye uno de los problemas capitales a lo que nos enfrentamos al analizar el alcance de los incentivos a ofrecer a la entidad investigada para que colabore procesalmente con las autoridades, por mucho que la jurisprudencia haya evidenciado su demostrada voluntad por servirse de la atenuante analógica de confesión tardía para fomentar la delación, pues no existe ninguna definición legal en España de lo que debe entenderse por *colaboración eficaz* con la Justicia.

Esa ausencia de descripción legal de los requisitos necesarios para conseguir la recompensa aquí examinada (archivo o suspensión condicional de la causa) supone un

¹⁰ Sobre la noción y contenido de la colaboración eficaz exigible a la persona jurídica, véase ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2018). *Los delatores en el proceso penal...*, op. cit., p. 240 y p. 254.

criticable semillero de inseguridades jurídicas y frenos a su aplicabilidad práctica para todas las partes implicadas. Para la entidad que se ofrece o es invitada a cooperar con las autoridades, tanto si es una persona natural o jurídica, porque no tiene un mínimo de certeza sobre qué clase de beneficios a los que optar; si lo ofrecido a las autoridades podrá volverse en su contra y agravar su condena; si las autoridades podrán finalmente incumplir el pacto — verbal— y no aplicarle ninguna atenuante, etc. Y para las propias autoridades encargadas de la persecución penal, porque al carecer de una suficiente base legal a la hora de determinar el procedimiento a seguir y las consecuencias jurídicas con las que recompensar dicha colaboración, se encuentran *en el alambre* a la hora de intentar exprimir las posibilidades de cooperación de los encausados, lo cual hace perder gran parte del potencial que esta figura premial podría desempeñar en la investigación contra la criminalidad organizada.

1.2.2. LA INFORMACIÓN APORTADA DEBE SER «RELEVANTE»

El artículo 31 quater b) del Código Penal prevé la atenuación de la responsabilidad penal de la empresa cuando aquélla aporte, en cualquier momento del proceso, pruebas “que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Frente a la alusión en los tipos especiales atenuados de los arts. 376, 434, 570 quater 4º y 579 bis 3º CP (respecto de las personas físicas arrepentidas en materia de terrorismo, narcotráfico y crimen organizado) de que las pruebas aportadas por el arrepentido deban ser «decisivas», el art. 31 quater CP exige que las pruebas aportadas por la persona jurídica sean «nuevas y decisivas».

Ese matiz, esto es, la exigencia de que las pruebas sean “nuevas”, ha sido fuente de importantes críticas doctrinales, al entender que se atiende al resultado de la colaboración y no a los esfuerzos que realice la persona jurídica, de modo que “puede resultar que exista máxima colaboración por parte de la persona jurídica, pero que las pruebas suministradas obren ya en manos de los órganos encargados de la investigación o que esclarezcan los hechos pese a no esclarecer directamente las responsabilidades¹¹”. No obstante, otros autores han considerado que la colaboración debe referirse a pruebas relativas a la comisión del delito concreto por parte de un trabajador o consejero, o de pruebas relativas a la omisión del debido control, y que el término “pruebas nuevas y decisivas” debe analizarse desde la lógica promocional del precepto, esto es, que desde la perspectiva de la persona jurídica esas pruebas sean nuevas y decisivas, aunque finalmente se revele que en términos objetivos no eran nuevas (porque la acusación ya tenía acceso a ellas) o que no eran decisivas (porque la acusación ya disponía de material probatorio suficiente antes de contar con ellas)¹².

En cualquier caso, cabe extraer dos requisitos esenciales: De una parte, que la colaboración sea “activa”, no bastando comportamientos meramente omisivos, sino exigiéndose conductas positivas que consistan en el aporte de datos relevantes o la realización de acciones que ayuden o faciliten la labor de la autoridad a la hora de aclarar

¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010). *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. J., Gómez-Jara Díez, C.), Cizur Menor: Civitas, p. 198.

¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010). “Responsabilidad de personas jurídicas”, *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 33 y ss.

las responsabilidades penales¹³. objetivo. Tal y como señaló el Tribunal Supremo en su STS 250/2014, 14 de marzo, “quien renuncia a su derecho a guardar silencio, quien abdica del derecho a no confesarse culpable y acude a las autoridades narrando la verdad de lo acontecido y confesando su participación en unos hechos delictivos, merece un tratamiento singularizado por la jurisdicción penal”, mientras que mal puede reclamar esa atenuante quien está invocando simultáneamente la presunción de inocencia y solicita su absolución por los delitos cometidos. Este comportamiento activo se valorará atendiendo a la actitud del sujeto (arrepentimiento y colaboración plena y sincera, esto es, *colaboración activa*), con independencia del resultado obtenido a partir de la colaboración suministrada. Así, por ejemplo, serían valorables conductas tales como la facilitación de los datos de las empresas creadas y utilizadas con el fin de evadir impuestos, aunque no se logre determinar el sustrato accionarial o directivo de las mismas; la revelación de las cuentas bancarias utilizadas para el ocultamiento de los activos, aunque luego las mismas ya no estuvieran operativas; la colaboración en el descifrado de anotaciones en clave en los papeles intervenidos, aunque ello no permita la condena de otras personas¹⁴.

De otra parte, también se atiende a la calidad de la información recibida, de cara a la persecución y enjuiciamiento de delitos o la captura de sus responsables, exigiendo que la colaboración sea “eficaz”, esto es, en función de los resultados de la información recibida y de su papel relevante en la formación de la convicción judicial, lo cual no deja de ser una plasmación de nuestro célebre refrán español «tanto tienes, tanto vales». De hecho, esa tendencia a otorgar el beneficio en función de la eficacia o relevancia de la colaboración prestada también se aprecia en el Derecho Supranacional y Comparado, exigiendo un determinado “resultado práctico” a la información facilitada por el delator (y de ahí el uso de expresiones tales como *suficiencia*, *trascendencia*, *eficacia*, *significativo progreso de la investigación*, etc.), de modo que se mantiene así la misma exigencia que ya se reclamaba en el proceso penal anglosajón ya desde el siglo XIV, cuando en virtud del mecanismo denominado *approvement* o *turning King's evidence*, se establecía la posibilidad de acordar el archivo de la causa para aquel acusado que confesare los hechos e inculpara, aportando suficientes pruebas, al resto de partícipes, siempre que aquellos fueran finalmente condenados¹⁵.

La Resolución del Consejo Europeo de 20 de diciembre de 1996 relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada recogió la siguiente definición de lo que debería entenderse por colaboración o “cooperación con el proceso judicial”: «a) facilitar información *útil* a las autoridades competentes para fines de investigación y obtención de pruebas acerca de i) la composición, estructura o actividades de las organizaciones delictivas, ii) sus vinculaciones, incluidas las internacionales, con otros grupos delictivos, iii) delitos cometidos o que pudiesen cometer estas organizaciones o grupos; o b) Brindar a las

¹³ GRANADOS PÉREZ, C. (2001). “Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia”, *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 2, 2001, p. 97; SOTO RODRÍGUEZ, M. L. (2012). “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 29, p. 81.

¹⁴ Para SOTO RODRÍGUEZ (2012). El arrepentimiento..., *op. cit.*, p. 82, la “colaboración” debe interpretarse como una contribución suficiente pero no siendo exigible que dicha ayuda prestada conduzca a un resultado exitoso.

¹⁵ Vid MUSSON, A. J. (1999). ‘Turning King's Evidence: The Prosecution of Crime in Late Medieval England’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, pp. 467-480.

autoridades competentes una ayuda *eficaz y práctica* que pueda contribuir a privar a las organizaciones delictivas de recursos ilícitos o del producto de un delito».

En similares términos se recogió en varias normas europeas: El art. 5.b) de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, vino a fijar que la colaboración activa se apreciaría cuando el acusado “proporcione a las autoridades administrativas o judiciales *información que éstas no habrían podido obtener de otra manera*, ayudándoles a: i) prevenir o atenuar los efectos del delito, ii) descubrir o procesar a los otros autores del delito, iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos de los considerados en los artículos 2 y 3”. Por su parte, el art. 4.b) de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada también exigía, además del abandono de la actividad delictiva, que el colaborador proporcionase “a las autoridades administrativas o judiciales *información que estas no habrían podido obtener de otra forma*, y que les ayude a: i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito, ii) identificar o procesar a los otros autores del delito, iii) encontrar pruebas, iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2”. Y en el mismo sentido, el art. 26 del Convenio ONU contra la delincuencia organizada transnacional se fijan como criterios, a la hora de aplicar medidas premiales al colaborador, que éste se comprometa a: a) Proporcionar información *útil* a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como: i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer; o bien a b) Prestar ayuda *efectiva y concreta* a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

También en la Decisión de 28 de abril 1999 del Comité Ejecutivo del Acuerdo de Schengen sobre “Principios generales en materia de retribución de confidentes y personas infiltradas” se señalaron como criterios para la determinación de la retribución de una persona infiltrada/confidente, entre otros, “*La cantidad de la información y del éxito resultante*, como por ejemplo el valor e importancia de la droga incautada, el número e importancia de los delincuentes detenidos y/o de los valores patrimoniales incautados; *La calidad de la información*, como por ejemplo informaciones valiosas desde una perspectiva estratégica o táctica sobre modus operandi, logística de que disponen los delincuentes, objetivos perseguidos por la organización criminal, reacción de los entramados criminales a medidas de persecución penal; o Las características personales de la persona infiltrada/confidente, como por ejemplo los esfuerzos desplegados, dificultades, riesgos y peligros especiales, el grado de fiabilidad y su motivación”.

El Tribunal Supremo español también se ha decantado por este criterio finalista, pues a la hora de valorar qué debe entenderse por “colaboración activa” y por “pruebas decisivas” a la hora de estimar concurrente la atenuante analógica de «colaboración» del art. 21 CP, exige el aporte de información *novedosa, desconocida para las autoridades hasta ese momento*, pues “no existe razón de política criminal que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal, referido todo ello a los *supuestos en que*

*nada aporte a la investigación*¹⁶). Para el Alto Tribunal, carece de aptitud para sustentar la atenuante la confesión que no suponga ninguna facilitación ni impulso para la investigación, en la medida en que el reconocimiento de lo obvio no puede constituir la atenuante que se comenta; debiendo exigirse un plus en alguna de las direcciones estudiadas (facilitamiento de datos efectivos que permitieran investigar la red clandestina de distribución de drogas¹⁷).

Su jurisprudencia exige la aportación a la investigación de *datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados*¹⁸; la admisión de los hechos e *identificación de otras personas*¹⁹; la facilitación de *los datos necesarios para identificar al otro acusado*²⁰; o la confesión de datos *referidos sujetos diferentes, que, de otra suerte, no podrían ser conocidos, si se mantiene la razón de aminorar el reproche por mor de la colaboración prestada*²¹, a la hora de delimitar el concepto jurisprudencial de “cooperación eficaz, seria y relevante”. No basta con reconocer los hechos en el acto del juicio oral sino que es preciso que *ello tenga relevancia positiva para su descubrimiento e investigación* y siendo esta utilidad inexistente no es posible apreciar la atenuante ni como ordinaria ni como analógica²². Y un ejemplo concreto y reciente sobre dicha calidad de la información ofrecida lo encontramos en la citada sentencia del Tribunal Supremo sobre el «caso Gürtel», respecto de un disco duro aportado por uno de los acusados durante la instrucción. Frente a la decisión del órgano *a quo* de rechazar dicha conducta como una colaboración cualificada, el Tribunal Supremo advierte que la sentencia utilizó el contenido del disco duro como prueba para condenar a la propia arrepentida, así como a otros acusados, pues en dicho disco duro figuraban una serie de datos, relativos a eventos, con hojas de coste, e emails que permitieron el cálculo de las comisiones ilícitamente abonadas, y sirvió para los informes policiales de la UDEF y de la IGAE. Para el Tribunal Supremo, dicho disco duro resultó una prueba esencial, no solamente a la determinación de conceptos, importes y fechas, sino, esencial a la condena de quien solicita la atenuante por cooperación.

1.2.3. LA COLABORACIÓN OFRECIDA DEBE SER «LEAL Y DILIGENTE»

Debe ser una información en todo caso “veraz, fidedigna y plena”, que acredite la voluntad de la empresa de cooperar informando a las autoridades acerca de todo lo que sabe. Puede resultar especialmente valorable el que se trate de información “novedosa”, en el sentido de no haber sido previamente obtenida por las autoridades o no estar al alcance inmediato de ser conocido por éstas, pero no creemos que deba exigírsele al colaborador el que dicha información resulte “indispensable” para el éxito de la causa. Si el éxito de la investigación no se produce, por ejemplo, por cuestiones ajenas a la voluntad de la entidad, ésta no debería verse perjudicada en su legítima aspiración de obtener un trato penal favorable, de modo que podemos concluir que, en suma, el premio a la

¹⁶ STS núm. 1063/2009, de 29 de octubre. Y además, suele exigirse que dicha colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculpado *sea de gran relevancia* a efectos de la investigación de los hechos (STS núm. 1946/2002, de 17 de marzo).

¹⁷ Vid SSTS núm. 1696/2000, de 30 de octubre y 731/2009, de 25 de junio.

¹⁸ SSTS, Sala de lo Penal, de 21 de mayo de 2001 y de 24 de julio de 2002.

¹⁹ STS núm. 397/2008 de 1 de julio.

²⁰ SSTS núm. 1673/2003 de 2 de diciembre, 837/2010, de 29 de septiembre y 516/2013, de 20 de junio.

²¹ STS núm. 679/2008 de 4 de noviembre.

²² STS núm. 837/2010, de 29 de septiembre

delación no debería supeditarse al éxito efectivo de las operaciones efectuadas en virtud de la información aportada, sino a la aptitud e idoneidad de dicha cooperación para, de manera objetiva, contribuir a la eficacia de la investigación²³.

De lo contrario, a mayores exigencias a la hora de conceder dicho incentivo premial, mayor riesgo de crear en la práctica obstáculos casi insalvables que desalienten a los potenciales colaboradores. A la hora de aplicar la atenuante genérica de confesión a las personas físicas (art. 21.4 CP), el Tribunal Supremo siempre ha reconocido que el requisito cronológico afectaba en gran medida a la operatividad de dicha medida. Si trasladáramos una similar rigidez en la exigencia de *utilidad y eficacia* de la información reclamada, se correría el riesgo de convertir al principal aliado de la investigación —la empresa, cuyo caudal de información puede ser muy superior al que el Estado pueda llegar a conocer— en ferviente opositor a dicha investigación, con una actitud defensiva que malogre la efectividad de la actuación estatal.

A mitad de camino, SÁNCHEZ MELGAR ha propuesto diferenciar entre «utilidad» y «relevancia», en el sentido de que “la nota que debe exigirse en la confesión para su estimación como atenuante analógica es la de su *utilidad*, utilidad para facilitar la investigación, dejando la *relevancia* de la colaboración del confesante en otro espacio de tal atenuante analógica, que en su caso puede ser conceptuada, en función de los datos aportados, como muy cualificada. Solamente desde esta distinción, puede trazarse una más nítida y adecuada línea de separación entre ambos niveles de bonificación por razones de política criminal, intentando la mayor de las precisiones en la interpretación de las normas penales²⁴”.

A falta de la oportuna reforma legal del sistema que defendemos en el presente estudio (el archivo de la causa por colaboración eficaz, en virtud del principio de oportunidad procesal), compartimos esta consideración de graduar esa bonificación, en atención a la relevancia —eficacia— de la colaboración aportada por la empresa coinvestigada. Es más, como quiera que defendemos la posible aplicación de clemencia para la empresa que colabora eficazmente con las autoridades, el posible marco conceptual a aplicar a la hora de valorar si cabe apreciar que existe una “colaboración eficaz” de las personas jurídicas en el proceso penal sería el recogido en materia de los Programas de Clemencia del Derecho de la Competencia.

En España, el art. 52 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece el siguiente listado de actividades a valorar a la hora de otorgar clemencia: a) la facilitación sin dilación a la Dirección de Investigación de toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición; b) su puesta a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos; c) la facilitación a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores; d) su abstención de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel; y e) su compromiso de no divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del

²³ BAEZ, J. C., GRISETTI, R. A. (2016). “Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada. En torno al proyecto de Ley del Arrepentido del Poder Ejecutivo. El terno dilema (relativamente falso) entre eficacia y garantías”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, p. 250.

²⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J. (2012). “Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal”, *Diario La Ley* núm. 7862, de 21 de mayo de 2012, p. 4.

pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.

En nuestra opinión, si el cumplimiento de dichas conductas por parte de los solicitantes de clemencia puede llegar a considerarse como «cooperación plena, continua y diligente» por parte de la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos de la exención o de reducción del importe de la multa, también podrían ser valoradas por la Fiscalía y la autoridad judicial como «colaboración eficaz» de la persona jurídica en el Proceso Penal, a los efectos de ser merecedora de la atenuante establecida en el citado artículo 31 quater b) CP.

1.2.4. LA COLABORACIÓN OFRECIDA DEBE SER «OPORTUNA»

Otra cuestión vital a resolver, a la hora de valorar esa colaboración eficaz de la empresa, es si la aplicación de dicha atenuante exige que la iniciativa parta de la propia empresa antes de ser penalmente investigada o, en su caso, si debe establecerse algún límite temporal a la hora de valorar dicha cooperación empresarial.

En España, la colaboración en la investigación puede tener lugar “en cualquier momento del proceso”, según la letra b) del artículo 31 quater CP —a diferencia de la confesión, que debe tener lugar “antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella—, de modo que no resultaría conforme a Derecho exigir esa autodenuncia por parte de la empresa para ser merecedora de tal atenuante. Pero tampoco podemos pasar por alto el que, cuanto más amplio sea el ámbito temporal a lo largo del cual la entidad cooperadora puede decidir colaborar y beneficiarse de la atenuante de colaboración eficaz, se corre el riesgo de que dicha entidad realice una declaración “a plazos” o “por fascículos”, en función de cómo vaya avanzando la investigación estatal en su contra, y bajo un prisma claramente egoísta y defensivo, para asegurarse un trato ciertamente indulgente y obtener una acusación y pena “dulcificadas”. Permitir una excesiva laxitud en cuanto a los límites temporales para aceptar dicha colaboración por parte de la persona jurídica significa conceder a la empresa investigada un cierto poder de control *a posteriori* de la magnitud de la pena, de manera que podrá decidir cuál es el momento más oportuno para colaborar con las autoridades, según sus intereses²⁵.

En nuestra opinión, y como quiera que el objetivo de este incentivo legal se orienta a la obtención de informaciones valiosas, útiles y eficaces para la persecución y enjuiciamiento de los delitos más complejos, debe sostenerse que una colaboración desde los inicios de la investigación será más *eficaz* —además de transmitir más fielmente ese espíritu de colaboración *leal y diligente*— que una corroboración de los hechos vertida en las sesiones del juicio oral. Y por tanto, el momento procesal en el que se produzca dicha colaboración deberá ser uno de los criterios a aplicar a la hora de resolver la concurrencia o no de la atenuación penal, y si la misma debe ser estimada de manera simple o cualificada.

En aquellos casos en los que es la propia empresa la que acude a las autoridades a denunciar unos hechos presuntamente delictivos cometidos en su seno, o bien su primera decisión, una vez es conocida de la existencia de una investigación en su contra, es la

²⁵ Con más detalle sobre las repercusiones de facilitar un amplio espectro temporal para permitir la concurrencia de la atenuación por colaboración eficaz, vid. ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2018). *Los delatores en el proceso penal...*, op. cit., p. 266 y ss.

de cooperar abiertamente en todo lo requerido por las autoridades, podría llegar a aplicarse la atenuante analógica de colaboración activa en su grado cualificado, mientras que si dicha cooperación tiene lugar en un momento procesal posterior, las autoridades no deberían aplicar dicho beneficio penológico más allá de su grado simple, y si la misma se produce en las postrimerías del enjuiciamiento, podría llegar a rechazarse cualquier tipo de rebaja penológica por considerar que la colaboración no obedece más que a una estratagema de lograr una rebaja penal sin que verdaderamente se esté colaborando con las autoridades.

Si tomamos como referencia la práctica seguida en los EE.UU, cuna de la responsabilidad penal de la persona jurídica, comprobamos como el Manual de Instrucciones para el dictado de sentencias —*Federal Sentencing Guidelines*— tiene en cuenta, a la hora de fijar la individualización de la pena correspondiente a una persona jurídica, dos importantes factores mitigadores: la existencia de un programa efectivo de cumplimiento y ética; y la autodenuncia (*self-reporting*), la cooperación (*cooperation*) o la aceptación de responsabilidad (*acceptance of responsibility*). Por tanto, y aunque no se trata de un requisito indispensable, los Fiscales norteamericanos valoran especialmente el que la iniciativa a la hora de colaborar tenga como origen la propia voluntad de la empresa.

En nuestra opinión, por tanto, la indulgencia a conceder al sujeto investigado que decide cooperar con las autoridades sí puede ser objeto de graduación en función del momento en que se produzca, junto con el análisis de otras importantes circunstancias (papel protagonista o incidental en la conducta delictiva, tipología de los hechos, daños ocasionados, así como los esfuerzos por la reparación o minoración del daño, y por supuesto, relevancia de la colaboración prestada). Así, por ejemplo, cabría considerar que una cooperación plena y rigurosa, nacida a partir de la propia puesta en conocimiento de los hechos por parte de la empresa, podría premiarse con el archivo o suspensión condicionada del ejercicio de la acusación en su contra; si la colaboración se produce en los primeros momentos de la investigación policial o judicial, se le podrá ofrecer la aplicación de la atenuante muy cualificada de colaboración activa del art. 31 quater b) CP; y finalmente, si la colaboración tiene lugar en momentos posteriores —ej., tras el dictado del auto de procesamiento o con motivo de su interrogatorio en las sesiones del juicio oral—, permitir no obstante la concesión de una atenuante simple.

La posición de la Fiscalía española, como decimos, parece ir en esta dirección pues en su Circular 1/2016 llega a sostener que “la colaboración activa con la investigación o la *aportación al procedimiento de una investigación interna*, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena”. Tal afirmación de la Fiscalía, que evidencia un claro deseo de dominar y disponer sobre el ejercicio de la acción penal como herramienta tendente a potenciar la eficacia de la persecución criminal, incentivando el aporte de información por la propia entidad investigada, excede con mucho la previsión legal, pues guste o no, los apartados dos a cuatro del art. 31 bis CP no son una regulación procesal que establezca los criterios con base en los que un fiscal puede decidir perseguir o no penalmente a una empresa, sino que excluyen la propia existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica²⁶. La confesión inmediata de la empresa, aunque la Fiscalía defienda que debe motivar la exención de la responsabilidad

²⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2018). "Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española", VV.AA., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General del Estado, p. 173.

de aquélla, es una atenuante (31 quáter CP) y no una eximente (31 bis CP), lo cual constituye una evidente incoherencia normativa que ya ha sido denunciada por la doctrina²⁷.

Pero tampoco puede caerse en la ingenuidad de mantener un defensa férrea del tenor literal de la norma, vista la *voluntas legislatoris*, la posición oficial del acusador público, y la avidez de información con la que los tribunales vienen interpretando flexiblemente dicha atenuante analógica anteriormente señalada, lo que abocará en la práctica a un tratamiento flexible e indulgente con aquella empresa que colabore decididamente con las autoridades. Es cierto que no es lo mismo —y permite su graduación penológica— presentarse *motu proprio* ante las autoridades a denunciar un hecho delictivo en el que se ha participado, que ratificar posteriormente en sede judicial tales hechos, pero también hay que tener en cuenta que esa ratificación de las investigaciones ya iniciadas puede servir como prueba incriminatoria contra otros sujetos cuando a la misma se añaden documentos y otras fuentes de prueba que la propia empresa decide entregar a las autoridades.

Por todo ello, lo verdaderamente valorable por parte de la conducta de la entidad investigada debe ser su plena y leal colaboración con las autoridades encargadas de la investigación criminal, así como la prontitud con la que aquella colaboración se produce, aunque no sea la primera en denunciar los hechos o la información entregada a las autoridades no resultase novedosa, o de las investigaciones internas efectuadas por la entidad no se hubieran localizado evidencias de la tipicidad de la conducta o no se hubiera logrado identificar a la persona responsable del hecho delictivo.

1.3. «COMPLIANCE» Y «WHISTLEBLOWING»: LOS CANALES DE DENUNCIA

Para que las entidades puedan colaborar decididamente con las autoridades en la investigación de los hechos ilícitos es necesario que tengan un cabal conocimiento de los mismos. Sin información, las empresas no podrían confesar los hechos ni aportar pruebas decisivas sobre la autoría de los mismos. Por ello, y dentro de los modelos de gestión y control que configuran los Programas de Cumplimiento normativo, adquieren una vital importancia aquellas medidas que resulten adecuadas y eficaces para que la entidad obtenga información acerca de las posibles conductas que se estén llevando a cabo o planeen ejecutarse y que pongan en riesgo esa cultura del respeto a la legalidad. Ésa es la conexión entre el *Compliance* y el *whistleblowing*: la atenuación o exoneración de responsabilidad penal de la empresa dependerá en gran medida de su cooperación en la investigación del delito cometido en su seno, para lo cual aquélla estará interesada en instrumentalizar mecanismos que le permitan obtener información decisiva de manos de quienes la posean (empleados, proveedores, mandos intermedios,...). De hecho, la obtención de información representa un elemento tan importante en las labores de prevención de conductas criminales en el seno de la organización empresarial que el propio Código Penal impone, como uno de los contenidos mínimos que deben tener los Programas de Cumplimiento, que las empresas que exijan a sus empleados «la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el

²⁷ BANACLOCHE PALAO, J. (2018). “Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VV.AA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General del Estado, pp. 15 y 27.

funcionamiento y observancia del modelo de prevención», según dispone el apartado 4º del art. 31 *bis* 5 CP.

Esa obligación laboral de informar se articula actualmente a través de los denominados «canales éticos de denuncia», incorporados en los *Compliance Programs* de las empresas como instrumentos para mejorar la transparencia, y por tanto, el cumplimiento por parte de las empresas de la legislación y su implicación a la hora de prevenir la comisión de ilícitos en su seno o para colaborar con las autoridades en la investigación de los mismos. La obligatoriedad de tales canales internos constituye una muestra de esa política criminal tendente a fomentar la colaboración de los propios empleados en las tareas de prevención y descubrimiento de la delincuencia empresarial o en el seno de las instituciones públicas, lo que ha dado lugar a una abundante legislación sobre los *whistleblowers*: “miembros o exmiembros de una determinada organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas o poco éticas llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas²⁸”.

De nuevo, el origen de los denominados *canales éticos de denuncia* establecidos en las empresas privadas como instrumentos para mejorar la transparencia, y por tanto, el cumplimiento por parte de las empresas de la legislación y su implicación a la hora de prevenir la comisión de ilícitos en su seno o para colaborar con las autoridades en la investigación de los mismos, se ha atribuido a la legislación norteamericana. En efecto, a lo largo de la historia de los EE.UU. se han aprobado múltiples leyes y reglamentos de protección a los *whistleblowers* como eficaces mecanismos para dotar de transparencia a la actuación de las instituciones y agencias federales, así como también para conocer posibles casos de corrupción en las administraciones públicas o de conductas ilícitas por parte de las empresas y entidades privadas.

Sin embargo, el fomento del anonimato y de la confidencialidad en la denuncia de ilícitos a las autoridades fue también una constante a lo largo de la época romana, con momentos históricos en los que la denuncia anónima fue completamente prohibida, así como con épocas en donde las denuncias anónimas fueron promovidas por los propios gobernantes²⁹. Por citar algunos ejemplos, el Código Teodosiano, tan contrario al uso de la delación –*universae delationes exsecramur*–, contenía una notable excepción en la *constitutio* CTh 16,5,9 que se ha señalado como ejemplo de estímulo de la delación para luchar contra los maniqueos, y en la cual se ordenaba a los funcionarios recibir denuncias y asegurar a los denunciados debidas medidas de protección³⁰. Ya en el siglo XIII, en la Carta Apostólica *Cum negotium* (1254) de Inocencio IV se establecía expresamente el anonimato del denunciante, aunque con carácter excepcional, en casos de persecución de

²⁸ Definición tomada de RAGÚES I VALLÉS, R. (2013). *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Barcelona: Marcial Pons, p. 20, para quien las características definitorias del whistleblower o informante serían: la relación existente entre el whistleblower y la entidad –ser un *insider* de la organización sobre la que denuncia una determinada actuación–; no desempeñar dentro de dicha organización funciones específicas de control, investigación o denuncia respecto de los hechos de los que informa; y que el hecho denunciado se haya realizado en el marco de la actividad de la organización a la que pertenece el sujeto.

²⁹ Con mayor detalle, vid. ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2018). *Los delatores en el proceso penal...*, *op. cit.*, p. 78 y ss.

³⁰ ESCRIBANO PAÑO, M. V. (2006). Ley y terror: el fomento de la delación como medio de amedrentar a los maniqueos en las leyes teodosianas, *Stud. hist., Hª antig.*, 24, pp. 143-159.

la herejía y únicamente en los supuestos en los que existiera un riesgo para aquél³¹. Lo mismo que en la carta *Prae cunctis* (1265) de Urbano IV y también en el *Liber Sextus Decretalius* de Bonifacio VIII (1298). Durante el gobierno del llamado *Consejo de los Diez* de la República de Venecia en los siglos XIV y XV, se instauraron los buzones públicos llamados “Bocas del León” o “Bocas de la Denuncia” para recopilar denuncias anónimas que les sirvieran para iniciar sus investigaciones, y en los Edictos de Gracia se fomentaba la delación anónima a cambio de la exención de determinadas penas y del otorgamiento de penas misericordiosas a quienes acudieran a confesarse espontáneamente sin haber sido llamados.

Por ello, puede concluirse que tanto los canales internos de denuncia de las empresas privadas, como los canales de “colaboración ciudadana” habilitados por las Administraciones Públicas en su lucha contra el fraude y la corrupción no son sino una manifestación moderna de esas *Bocas de León*.

2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y CLEMENCIA

Sin contradecir esa “americanización” a la que se alude a la hora de implementar herramientas legales para luchar eficazmente contra la corrupción, no debemos omitir que la posibilidad de acordar el archivo de la causa para aquel acusado que confesare los hechos e inculpara, aportando suficientes pruebas, al resto de partícipes, o el hecho de llegar a prever expresamente su inmunidad procesal, son medidas legales que ya fueron contempladas en tiempos pasados, tanto en el Derecho Romano, así como también en muchos de los sistemas judiciales del Bajo Medievo a través de la figura conocida como el “Testigo de la Corona”; un premio procesal al arrepentido que se presta a colaborar con la Justicia delatando a los demás partícipes en el hecho delictivo, y consistente en no ejercitar contra aquél la acción penal, retirar la ya ejercitada o suspenderla. Además de los ejemplos citados de TITO LIVIO, SALUSTIO o CICERÓN a la hora de evidenciar el uso de la clemencia y el ofrecimiento de inmunidad para fomentar las acusaciones, en la antigua Roma también se contaba con la figura de la «*impietas in principem*»: una institución referida a la amnistía o abolición de las acusaciones de crímenes de lesa majestad³².

En España, debe recordarse que, durante la vigencia del tribunal de la Santa Inquisición, existían los «*periodos de gracia*» fijados con motivo de las visitas de los inquisidores, en los que se eximía de determinadas penas y se otorgaban años de indulgencia o se imponían penas misericordiosas a quienes acudieran a confesarse espontáneamente sin haber sido llamados y, además de reconocer hechos propios, denunciaren a cómplices y herejes conocidos dentro del plazo de gracia. En los delitos de falsificación de moneda, en la Pragmática de Felipe IV de 30 de abril de 1636 se premiaba la delación por parte del cómplice del delito o de uno de los autores principales, bien con una minoración de la pena que había de imponerse al delincuente-delator, bien con una liberación total de la misma. En la Pragmática del mismo rey de 6 de julio de 1663 se

³¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2014). *Ecoss de Inquisición*, editorial Castillo de Luna, Madrid, p. 96. En los mismos términos, GACTO FERNÁNDEZ, E. (1997). Consideraciones sobre el secreto del proceso inquisitorial, *Anuario de historia del derecho español*, N° 67, (Ejemplar dedicado a: En memoria de Francisco Tomás y Valiente), págs. 1633-1656.

³² SANTOS YANGUAS, N. (1991). Acusaciones de alta traición en Roma en época de Tiberio, *Memorias de historia antigua*, N° 11-12, p. 170.

preveía que «si el que entregare alguno de los dichos bandidos no hubiere cometido delito, queremos, que si el dicho bandido fuera cabeza de cuadrilla o tropa se le conceda indulto para dos delinquentes y si no fuere cabeza de cuadrilla se le conceda el indulto para un delincente, como no sea de los salteadores bandidos, ni haya cometido alguno de los tres crímenes exceptuados (herejía, de lesa Majestad y de moneda falsa)». Y también habría que recordar las diversas Leyes Penales que preveían la remisión total de la pena como premio al suministro de información a las autoridades sobre los demás miembros de la sociedad secreta, logia, banda armada, cuadrilla de bandidos, etc³³.

2.1. LA GLOBALIZACIÓN DEL SISTEMA NORTEAMERICANO DE LOS DPA/NPA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La aplicación extraterritorial de la normativa norteamericana anticorrupción (por ejemplo, a las compañías extranjeras que presenten una determinada conexión con los EE.UU) ha dado lugar a que se afirme que se está produciendo una globalización de las herramientas propias del sistema legal norteamericano³⁴, y especialmente, los Programas de Clemencia y los Programas de Cumplimiento Normativo. Es decir, se afirma que “los Estados Unidos están exportando y con ello «globalizando» su modelo de lucha contra la corrupción; y algunas de las características de este modelo, que podríamos considerar «genuinamente americanas», están permeabilizándose en otros ordenamientos; entre ellos, los europeos, que, en este campo, como en otros, se «americanizan»³⁵”.

Un ejemplo de ello lo constituye la retirada de la acusación (definitiva o condicionada) por motivos de colaboración eficaz, en donde muchos países están siguiendo el modelo estadounidense de los “Acuerdos de No Enjuiciamiento” (*Non-Prosecution Agreements*, conocidos por sus siglas en inglés NPA) y de los “Acuerdos de Enjuiciamiento Diferido” o suspensión del ejercicio de la acusación (*Deferred Prosecution Agreements*, DPA), en virtud de los cuales se faculta al Ministerio Público a pactar con la persona investigada la suspensión de su acusación o su no ejercicio, a cambio de que la entidad cumpla ciertos requisitos en un determinado plazo (no sólo pagar determinadas multas o implementar reformas corporativas, sino también cooperar plenamente con la investigación, etc.).

En los EE.UU., el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ) tiene establecido, dentro de las Directrices relativas a la persecución de las organizaciones empresariales y las corporaciones, el uso de Acuerdos de Confesión (*Plea Agreements*), Acuerdos de Enjuiciamiento Diferido o suspensión de la acusación (*Deferred Prosecution Agreements*) y Acuerdos de No Persecución (*Non-Prosecution Agreements*) y otras formas de restitución extraordinaria (*extraordinary restitution*) en el enjuiciamiento de delitos corporativos.

³³ Como estudio específico relativo a los antecedentes históricos de la legislación penal sobre remisión de la pena por colaboración del terrorista arrepentido, vid CUERDA-ARNAU, M. L. (1995). *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, p. 28 y ss

³⁴ GARRET, B. L. (2014). *Too Big to Jail. How Prosecutors compromise with Corporations*, p. 246.

³⁵ VILLEGAS GARCÍA, M. A., ENCINAR DEL POZO, M. A. (2016). Compliance programs y DPA: una nueva etapa en el camino hacia un «derecho anticorrupción» sin fronteras, *Working Paper IE Law School* AJ8-233, p. 25. Disponible en: https://catedracervello.ie.edu/wp-content/uploads/sites/124/2013/11/XPremio_Jose_Maria_Cervello.pdf.

Los Acuerdos de No Enjuiciamiento (NPA) son pactos celebrados entre una agencia del gobierno de los Estados Unidos —como el Departamento de Justicia (DOJ) o la Comisión de Bolsa y Valores (SEC)— y una empresa o un individuo que se encuentran sometidos a una investigación penal o civil, en virtud de los cuales la agencia gubernamental se abstiene de presentar cargos contra aquellos para permitirles que puedan demostrar su buena conducta, a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones, como por ejemplo, el pago de una multa, la admisión de hechos relevantes, o la obligación de colaborar con el gobierno, así como también la aceptación de su control en materia de cumplimiento normativo (*corporate compliance monitor*).

Por su parte, los Acuerdos de Enjuiciamiento Diferido (DPA), constituyen una alternativa voluntaria a los NPA en virtud de los cuales la Fiscalía se compromete a conceder indulgencia (*amnesty*) a cambio de que los acusados cumplan determinados requisitos sometidos a plazo. Así por ejemplo, en los casos de fraude corporativo, resulta habitual que mediante un Acuerdo de Enjuiciamiento Diferido, el acusado se comprometa al pago de una multa, la incorporación de las oportunas reformas corporativas para mejorar la prevención y respuesta de la entidad ante posibles conductas irregulares, y a cooperar plenamente con la investigación.

En las condiciones que se pactan por escrito en tales Acuerdos (NPA y DPA), cabe incluso la posibilidad de que se incluya el pago por parte de la entidad investigada de una determinada cantidad de dinero, no ya para el Estado o para el perjudicado por el delito, sino también a favor de entidades caritativas, educativas, etc., que nada tienen que ver con las víctimas del delito, aunque se reconoce que dicha práctica se interpreta de manera restrictiva porque puede crear conflictos de intereses reales o percibidos y otras cuestiones éticas³⁶, de modo que para tales supuestos se requiere la ausencia de víctimas identificables, así como un nexo entre el delito y el pago acordado. Y también cabe la posibilidad de que tales acuerdos incluyan disposiciones sobre servicios comunitarios (*community service provisions*) cuando se trata de delitos medioambientales³⁷.

Comprobada la eficacia de tales Acuerdos en la práctica procesal norteamericana, la articulación con respecto a las personas jurídicas de este tipo de perdón procesal a cambio de ciertas contraprestaciones (tanto en su sentido de no enjuiciamiento —NPA— como de suspensión de la acusación o “enjuiciamiento diferido” —DPA—) está siendo objeto de incorporación a otros ordenamientos jurídicos en materia de responsabilidad administrativa o penal de las personas jurídicas.

En el Reino Unido, la *Crime and Courts Act* de 2013 fue reformada para incorporar los DPA como una importante herramienta nueva a favor de la Fiscalía en la lucha contra la delincuencia económica más grave. Tras dicha reforma, tanto el Director del Ministerio Público (*Director of Public Prosecutions*), como el Director de la Oficina de Fraudes Graves (*Director of the Serious Fraud Office* —SFO—), o bien un Fiscal expresamente designado por la Secretaría de Estado, son los inicialmente autorizados a celebrar DPA en virtud del cual la persona jurídica, asociación o corporación bajo investigación (tales Acuerdos sólo son aplicables a las personas jurídicas) se comprometen a cumplir determinados requisitos a cambio de no ser objeto de enjuiciamiento (pues iniciadas las conversaciones para suscribir el acuerdo, el proceso queda en suspenso) por determinados delitos fijados previamente por el fiscal en su

³⁶ Vid U.S. Attorneys' Manual (USAM), apartado 16.325 del Título 9: Plea Agreements, Deferred Prosecution Agreements, Non-Prosecution Agreements and “Extraordinary Restitution”.

³⁷ Vid U.S. Attorneys' Manual (USAM), apartado 11.115 del Título 5: “Global Settlements” y Community Service.

escrito de acusación (*bill of indictment*) de entre los establecidos en el listado recogido en el apartado 17 de la citada Ley de 2013, que incluye entre otros las defraudaciones, soborno, contabilidad falsa, exportación e importación de mercancías prohibidas o restringidas, evasión fiscal, falsedades documentales, etc.

Además, la SFO británica cuenta con un manual interno (*The SFO Operational Handbook*) y un Código de actuación en materia de Acuerdos DPA (*The Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*) que resultan ser unas herramientas interpretativas y protocolos de actuación para los Fiscales y para las empresas investigadas a la hora de concertar dichos acuerdos DPA, en donde específicamente se contienen reglas sobre los principios generales en virtud de los cuales se considerará conveniente celebrar un acuerdo; indicadores para que la Fiscalía valore si existe una “colaboración eficaz” (*co-operation*) de la empresa que le haga merecedora de firmar un DPA; el uso que la fiscalía pueda dar a la información obtenida durante el curso de las negociaciones de un DPA; o el modo de actuar cuando la Fiscalía sospeche que se han incumplido las condiciones impuestas en dicho acuerdo. Y al igual que en los EE.UU, las condiciones que puede imponer la Fiscalía inglesa a la persona jurídica investigada se refieren principalmente al pago de multas, indemnización a las víctimas del delito, el pago de dinero a organizaciones benéficas o terceros, la devolución de las ganancias y productos del delito, la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo si la empresa no tuviera, o la introducción de mejoras en éste, la formación de los empleados, el deber de cooperación con la Fiscalía en cualquier investigación relacionada con la presunta infracción, así como el pago de los gastos razonables en que hubiere incurrido la Fiscalía en relación a las investigaciones efectuadas.

En Argentina, la principal legislación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra constituida por la Ley 24.769 en materia de infracciones tributarias, la Ley 26.683 sobre lavado de activos y la Ley 27.401 en materia de delitos de corrupción contra la administración pública. Esta última no sólo prevé la exención de pena y de responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando concurren determinadas circunstancias referidas en su artículo 9 (entre otras, la propia autodenuncia voluntaria de la empresa), sino que también prevé expresamente la celebración de un «Acuerdo de Colaboración Eficaz» entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, por medio del cual “aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la presente ley (pago de una multa, restitución de las ganancias y productos del delito, trabajos y servicios en favor de la comunidad, adopción de medidas disciplinarias internas, así como la implementación de un Programa de Integridad —*Compliance Programs*—). Y todo ello porque, tal y como se señalaba en el Proyecto de Ley, el «Acuerdo de colaboración eficaz» es *una alternativa de política criminal dirigida a incentivar la cooperación de las personas jurídicas en la detección e investigación del delito, procurando lograr los fines del proceso penal de averiguación de la verdad y aplicación del derecho penal material... permitiendo la suspensión de la persecución en función de una colaboración eficaz durante la etapa de investigación ante la necesidad de obtener pruebas e identificar a los autores individuales del delito.*

En Perú, la Ley n° 30424, de 1 de abril de 2016, reguladora de la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional incluyó expresamente como circunstancia atenuante “La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa

intermedia³⁸». A pesar de que la Ley hable de “responsabilidad administrativa”, la doctrina peruana ha advertido, al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos, que no se produce sino un *fraude de etiquetas*, al tratarse de una ley de contenido penal, a tenor del tipo de penas impuestas, y sobre todo, porque las reglas de investigación, procesamiento y sanción son las del Código Procesal Penal, el órgano que sanciona es el juez penal, y las reglas de prescripción son las de materia penal, a lo que se suma la posibilidad de utilizar el proceso de terminación anticipada (arts. 468 a 471 del Código Procesal Penal) en los supuestos de conformidad con la pena.

Con tales antecedentes, ya criticamos en su momento el que no se hubiera previsto la posibilidad de utilizar el proceso por colaboración eficaz (arts. 472 a 481 del Código Procesal Penal) y convertir a la persona jurídica en una suerte de «colaboradora eficaz³⁹» similar a lo pretendido en Argentina. Ha sido la Ley n° 30737 que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos la que ha modificado dicha omisión, pues en su Disposición Complementaria Modificatoria Única ordenó la modificación de los artículos 472 y ss. del Código Procesal Penal para permitir a la Fiscalía la celebración de acuerdos de colaboración eficaz, tanto con personas naturales como jurídicas. Y dicha modificación ha sido bien recibida doctrinalmente⁴⁰.

En Chile, sin embargo, es reseñable comprobar como en la Ley n° 20.393 de 2 de diciembre de 2009 sobre responsabilidad penal de las Personas Jurídicas por los delitos de Lavado de dinero, Financiamiento del terrorismo y Soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales como de funcionario público extranjero, no se han previsto explícitamente los Acuerdos de Clemencia. Dicha Ley prevé expresamente como una de las circunstancias atenuantes aplicables a la persona jurídica la prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal, afirmando que “Se entenderá especialmente que la persona jurídica *colabora sustancialmente* cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados”. Y sin embargo, no se recoge a favor de las personas jurídicas los Acuerdos de Clemencia previstos en el Decreto Ley 211, de 1973, de Defensa de la Libre Competencia, pues aún no se ha previsto la responsabilidad penal empresarial por el delito de colusión y concertación de precio.

Donde sí se ha recogido expresamente la clemencia para las personas jurídicas por responsabilidad “administrativa” en materia de actos de corrupción transnacional ha sido

³⁸ Inicialmente, la Ley preveía esa posibilidad de colaboración “en cualquier momento del proceso”, pero el posterior Decreto Legislativo N° 1352, de 6 de enero de 2017, por el que se amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, limitó la aplicación de dicha atenuante hasta el inicio de la etapa intermedia. Dicho Decreto Legislativo N° 1352 también amplió la responsabilidad “administrativa” a los delitos de cohecho activo genérico y cohecho activo específico, lavado de activos, minería ilegal y financiamiento del terrorismo. Y también incorporó la exención de responsabilidad de la empresa que justifique haber implementado, con anterioridad a la comisión del delito, “medidas de vigilancia y control idóneas” –es decir, Programas de Cumplimiento- para prevenir los delitos antes mencionados, y entre dichas medidas se incluye la necesidad de contar con “procedimientos de denuncia”.

³⁹ ORTIZ-PRADILLO, J. C. (2018). *Los delatores en el proceso penal...*, op. cit., p. 368. A favor de la conveniencia de prever la colaboración eficaz de la persona jurídica en Perú, vid REYNA ALFARO, L. M. (2017). “¿Colaboración eficaz de la persona jurídica?”, *Colaboración Eficaz, Prisión Preventiva y Prueba*, Lima: Ideas, p. 241.

⁴⁰ CALDERÓN JACINTO, L. (2018). “Los beneficios premiales que pueden obtener las personas jurídicas que celebren acuerdos de colaboración eficaz en el marco de la Ley 30737 y su Reglamento”, *ADVOCATUS*, n°37, pp. 51-61.

en Colombia. El artículo 19 de su Ley 1778 de 2 de febrero de 2016 sí prevé la posibilidad de exonerar total o parcialmente de sanción a las personas jurídicas participantes en las infracciones descritas en dicha ley cuando “la pongan en conocimiento de la Superintendencia y colaboren oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con dicha conducta”, para lo cual el órgano competente —la Superintendencia de Sociedades— tendrá en cuenta *la calidad y utilidad de la información* suministrada para el esclarecimiento de los hechos, para la represión de las conductas y para determinar la modalidad, duración y efectos de la conducta ilegal, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio que hubiera obtenido con ella, así como *la oportunidad* en que la Superintendencia reciba la colaboración.

Y en último término, también debemos llamar la atención sobre el particular cauce escogido en Costa Rica, en donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue incorporada al ordenamiento costarricense a través de la Ley 9699, de 10 de junio de 2019, de Responsabilidad de las Personas Jurídicas Sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos, junto con el Reglamento de 4 de junio de 2020.

De una parte, la colaboración eficaz de la persona jurídica encausada sólo se contempla como atenuante (letra c del artículo 12 de la Ley 9699), en virtud de la cual “El juez podrá rebajar hasta en un cuarenta por ciento (40%) la pena a imponer —de carácter claramente patrimonial, como la multa, la prohibición de contratar con la Administración Pública, la pérdida de incentivos fiscales, e incluso la disolución— cuando la empresa *colabore con la investigación del hecho, aportando, en cualquier momento del proceso, pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales derivadas de los hechos investigados*⁴¹. De hecho, se excluye expresamente a la hora de permitir la retirada de la acusación por motivos de oportunidad, pues el artículo 15 de la citada Ley dispone que “Se prohíbe la aplicación de criterios de oportunidad a personas jurídicas”.

De otra parte, sin embargo, el artículo 21 sí que permite aplicar a la persona jurídica, “en lo conducente, el procedimiento especial abreviado y las soluciones alternas previstas en la legislación procesal penal” como pueda ser el caso de la suspensión del proceso a prueba y la conciliación⁴². Y resulta que el artículo 25 del Código Procesal Penal costarricense prevé la posibilidad de que el imputado pueda solicitar la suspensión del procedimiento a prueba “en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad”, como sucede con las personas jurídicas, y que dicha solicitud “deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir, conforme al artículo 26. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos”. De las reglas de conducta establecidas en el artículo 26 del Código Procesal Penal Costarricense, cabría inferir que la regla de la letra f (*Prestar servicios o labores en favor del Estado o instituciones de bien público*) podría ser extrapolable a la persona jurídica, al igual que sucede en los DPA norteamericanos, y si se llegase a interpretar que la reparación natural, simbólica, inmediata o a plazos pudiera llevarse a efecto a través de la implementación de reformas corporativas —p. ej., la incorporación de *Compliance Programs* o “Modelos de

⁴¹ El tenor literal es similar a lo recogido en el artículo 31 quater del Código Penal español.

⁴² HERRA RODRÍGUEZ, S. (2021). “Aciertos y desaciertos de la regulación costarricense sobre responsabilidad penal de personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 Especial (2021). www.ejc-reeps.com.

organización, prevención de delitos, gestión y control, en la terminología de la Ley 9699— y la colaboración con el Ministerio Fiscal, el resultado sería el mismo que con la suspensión del ejercicio de la acción penal del artículo 23 CPP: lograr una colaboración trascendental del sujeto con el Ministerio Público.

2.2. LOS ACUERDOS DE NO ENJUICIAMIENTO COMO PROPUESTA «LEGE FERENDA» EN ESPAÑA

La criminalidad corporativa resulta un ámbito muy propicio para poner en práctica estos planteamientos del Derecho premial y servirse de ciertas “dosis de inmunidad” para mejorar la eficacia de la persecución estatal y del correcto enjuiciamiento de los hechos y condena de los culpables a través de instrumentos tales como la rebaja o exención de pena, pero también el archivo de la causa o la retirada de determinadas acusaciones, respecto de quien colabore activamente en dicha investigación, ya sea éste la persona física o la empresa encausada.

Por ello, no se entiende que dicha promoción se aborde en España únicamente desde el prisma sustantivo —Código Penal— y no desde el plano procesal, pues la delación premiada o colaboración eficaz tiene un fin netamente procesal: aumentar la eficacia de la investigación criminal, de modo que el terreno propicio para promocionar dicha colaboración será el ámbito procesal y no tanto el penal. O dicho de otro modo, los incentivos procesales (retirada o minoración de las medidas cautelares adoptadas sobre la persona jurídica colaboradora; reducción o retirada de la acusación; suspensión condicionada de la misma a la realización de determinadas actuaciones internas, etc.) pueden ser más atractivos y eficaces de cara a lograr la colaboración efectiva por parte de la persona jurídica que los penales (atenuantes y eximentes de responsabilidad penal⁴³), a cambio de obtener así información útil y relevante para identificar a los autores —personas físicas— del delito, a otras empresas partícipes de la trama criminal, y particularmente para desintegrar las organizaciones criminales a las que la empresa investigada hubiere pertenecido o con las que hubiere colaborado.

La noción de «colaboración eficaz» que emplean algunos ordenamientos jurídicos es manejada, al mismo tiempo, como una herramienta de investigación a la vez que como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, pues resulta comprobable que la “punibilidad” (penal) y la “perseguitabilidad” (procesal) constituyen categorías jurídicas con evidentes nexos de unión, pues ambas atienden a consideraciones de *utilidad* de la pena y del proceso. Si el arrepentimiento postdelictual se sitúa en el ámbito de la punibilidad, al entenderse que el arrepentido ya no merece la pena, o no al menos en igual grado, la colaboración eficaz sitúa al investigado en el terreno de la menor necesidad de punibilidad, sí, pero también de la perseguitabilidad, en el sentido de que el colaborador eficaz puede no merecer ser perseguido penalmente. Al igual que el Derecho Penal, el Proceso Penal es también un terreno propicio para poner en práctica esas teorías utilitaristas a favor del empleo de la Justicia premial para facilitar la eficacia de la investigación y averiguación de los delitos.

Este incentivo procesal pasa necesariamente por la potenciación del principio de disponibilidad sobre el ejercicio de la acción penal o la admisibilidad de supuestos de

⁴³ NIETO MARTÍN, A. (2013). “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n° 8120, p. 3.

transacción procesal precedidos de cierta negociación entre aquella y el Ministerio Fiscal, y conceder a éste un importante margen de discrecionalidad para renunciar a la persecución de dichas personas jurídicas por ciertos delitos, o suspender el ejercicio de la acusación de manera condicionada y sujeto al cumplimiento de determinadas actuaciones de dar, hacer o no hacer —sujetas, estas sí, a un concreto plazo— por parte de la entidad investigada, como instrumento de política criminal encaminado a potenciar la efectividad de la persecución penal de la delincuencia más grave.

Además, la atribución al Ministerio Fiscal de la interpretación, controlable judicialmente, de los supuestos legales en los que procederá la aplicación del principio de oportunidad procesal al colaborador eficaz con la Justicia, aumentaría la eficacia de la persecución criminal a través del empleo de dichas herramientas procesales para la obtención de información y fuentes de pruebas, pues en conjunción con la vigencia del principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Público, aumentaría la seguridad jurídica. A diferencia de los Juzgados de Instrucción, la Fiscalía podría fijar con claridad las pautas interpretativas, requisitos a cumplir y criterios a ponderar a la hora de aplicar tales motivos de oportunidad, a través de la facultad del Fiscal General del Estado de dictar Circulares, impartir Instrucciones y resolver Consultas, con el asesoramiento de la Junta de Fiscales, con lo cual se ofrecería a los operadores jurídicos suficientes controles a la hora de supervisar e impugnar posibles errores o excesos en la aplicación de los motivos de oportunidad.

En este sentido, la introducción de un motivo reglado del ejercicio del principio de oportunidad en los casos de colaboración eficaz de la persona jurídica acusada, seguido de las correspondientes instrucciones o circulares de la Fiscalía General, e incluso la designación de un Fiscal de Sala Delegado en dicha materia para unificar criterios y prácticas, sería mucho más garantista que la actual anomia legislativa y “manga ancha” jurisprudencial en el uso de atenuantes, y facilitaría la labor de los responsables de los programas de cumplimiento de las empresas (*Compliance Officer*), que tendrían así una serie de directrices con las que concretar mejor tales programas internos.

La incorporación del principio de oportunidad por colaboración eficaz al Proceso Penal español, a través de la regulación de Acuerdos NPA y DPA ya examinados, constituye una evolución del tratamiento del Derecho Premial desde planteamientos sustantivos hacia objetivos procesales, en el sentido de convertir el Derecho penal premial en “sirviente” de los objetivos procesales de mejorar la eficacia de la persecución criminal⁴⁴. Por ello, deben valorarse positivamente —y esperar que algún día cristalicen legislativamente— las distintas propuestas de reforma de la LECrim que proponen incluir manifestaciones del principio de oportunidad procesal para incentivar la colaboración de determinados sujetos en la investigación y desbaratamiento de las redes de criminalidad organizada (es decir, no sólo frente a los delitos bagatela, que es el terreno “habitual” de aplicación del principio de oportunidad procesal).

En concreto, la propuesta de reforma de la LECrim presentada en 2011 ya incorporaba determinadas modalidades de oportunidad, entre las cuales se preveía el archivo del procedimiento “por colaboración activa contra una organización criminal” (art. 153), aunque sólo para delitos cometidos en el seno de una organización criminal y

⁴⁴ Vid BERNASCONI, A. (1995). *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano: Giuffrè, p. 95. Para BERNASCONI, la visión unitaria (penal, penitenciaria y procesal) del Derecho Premial constituye la premisa ideológica y programática de la confluencia de los principios premiales en el nuevo proceso penal (pág. 104).

castigados con penas de hasta seis años de prisión, y siempre que el colaborador cumpliera una serie de requisitos legalmente previstos.

La propuesta de Código Procesal Penal de 2013 ampliaba tales límites al instaurar con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, en virtud de criterios legalmente previstos (art. 91), entre los que se incluía el supuesto en que el autor o participe en el hecho punible perteneciera a una organización o grupo criminal y fuera el primero de los responsables en confesar el delito, y siempre que prestase una plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma fuera considerada de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado (art. 91.4 CPP). De hecho, el citado art. 91 de la propuesta de 2013 preveía hasta tres supuestos de premios por colaboración con la Justicia. Junto al mencionado del apartado 4º sobre la colaboración del participante de una organización o grupo criminal, el apartado 5º preveía igual premio para aquel que, habiendo cometido o participado en un delito leve o menos grave, “denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y *el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas*”. Y el apartado 6º recogía el supuesto de aquel particular que “denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y *el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público*”. Como vemos, se pretendía trasladar al ámbito procesal los incentivos premiales que actualmente se recogen, en cierta medida, en los artículos 171.3 y 426 CP.

El 24 de noviembre de 2020, el Consejo de Ministros ha aprobado un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahonda en esa misma dirección de sus predecesores en 2011 y 2013 de acometer una profunda transformación del proceso penal en España, y en donde se incluye nuevamente la posibilidad de suspender y retirar la acusación contra quien colabore activamente con las autoridades a través de la facilitación de información relevante para la causa.

Según se explica en la Exposición de Motivos de la citada propuesta legislativa, se trata de un supuesto de oportunidad asociado a la figura del arrepentido, con límites reglados y condiciones “que aseguran que la decisión de oportunidad solo será efectiva cuando el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas”. El propuesto artículo 179 prevé la posibilidad, en los delitos relacionados con la criminalidad organizada y castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión, de que el fiscal acuerde el archivo del procedimiento cuando la persona investigada haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y *haya colaborado activamente con ellas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado*. En puridad, se trata de un archivo temporal y condicionado de la acusación contra el colaborador eficaz, por cuanto el apartado 4 del citado artículo establece que, una vez transcurridos cinco años desde la fecha del archivo sin que la persona investigada haya reiniciado la actividad delictiva abandonada y sin que haya vuelto a colaborar con la organización criminal, la fiscalía “podrá interesar de la autoridad judicial el sobreseimiento del procedimiento archivado, con pleno efecto de cosa juzgada”.

3. CONCLUSIONES

La potenciación de las facultades del acusador público para negociar la acusación, suspender temporalmente su ejercicio, o directamente proponer el archivo de la causa por motivos de oportunidad, y entre ellos, por la colaboración eficaz con las autoridades, no sólo constituye una característica legal ya asentada en el Derecho comparado e impulsada a nivel supranacional, sino que constituye una figura procesal ya utilizada en España en tiempos pasados.

En nuestra opinión, la configuración en el Proceso Penal español del principio de oportunidad por “colaboración activa” articulada a través de la regulación de Acuerdos NPA y DPA puede llegar a ser muchísimo más eficaz para el Estado que los Programas de Clemencia administrativos, en donde se concede la exención o reducción del pago de la multa a cambio de la aportación de elementos de prueba. Aquí se podría articular un sistema de no enjuiciamiento o suspensión del mismo a cambio, no sólo del aporte de información, sino a cambio de ciertas conductas de dar, hacer o no hacer, como por ejemplo, la reparación civil del daño causado y de los gastos en que hubiere incurrido el Estado derivados de las investigaciones efectuadas; la devolución de las ganancias y productos del delito; la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo si la empresa no tuviera o la introducción de mejoras en éste (v. gr., modificaciones en el organigrama directivo, sanciones disciplinarias internas, etc.) o de modificaciones estructurales en la entidad, la formación de los empleados; así como el deber de cooperación con las autoridades en otras investigaciones.

Esta “colaboración premiada” previa al enjuiciamiento penal, y condicionadora del mismo puede ser considerada como un instrumento más eficaz que la exención de pena o la atenuación por colaboración eficaz de la persona jurídica actualmente previstas en el art. 31 bis y quater CP, tanto para dicho sujeto, como para el propio Estado.

En primer lugar, porque la articulación de tales «Acuerdos» con las personas jurídicas investigadas (tanto en su faceta de “no enjuiciamiento” o archivo, como de “suspensión del enjuiciamiento” o suspensión condicionada de la acusación) permitirían a la empresa evitar el enjuiciamiento público, y con ello, el daño a su imagen corporativa -costes reputacionales-, a la vez que la Administración de Justicia se ahorraría importantes costes económicos y temporales relacionados con el personal dedicado a la investigación del caso, con la obtención de fuentes de prueba, cooperación internacional, etc.

En segundo lugar, porque además de servir para acreditar una muestra empresarial de ese exigido compromiso con la ética del cumplimiento normativo, facilitarían la “reinserción” de la persona jurídica (incluso un nuevo *fresh start* de la misma en manos de nuevos directivos) y evitarían la posible “muerte” empresarial de la entidad, con nefastas consecuencias para sus empleados, clientes, acreedores, etc. Como sabemos, una de las penas más gravosas que puede recibir una persona jurídica, además de su disolución, es la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (pena prevista con carácter general en el art. 33.7º.f CP, y con carácter particular, entre otros, en los arts. 286 ter, 305.1, 306, 307, 310 bis, etc.). Y a ello cabe sumar la posible imposición a la persona jurídica de otras penas igualmente nefastas desde el punto de vista empresarial, como por ejemplo, la suspensión de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando o la clausura de los locales o establecimientos en los que

se realice el comercio de los mismos, según se prevé en el art. 3.3 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Tales consecuencias penales pueden llegar a hacer desaparecer la empresa en función de cuál sea su sector empresarial o su mercado de negocios. Es más, incluso para el supuesto de que el juez penal no llegara a imponer expresamente la pena de inhabilitación para obtener subvenciones, etc., a la persona jurídica, debe tenerse en cuenta que la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prohíbe contratar a las personas jurídicas “condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio (art. 71.1.a)”.

Ante dicho panorama, sería sumamente positivo para la persona jurídica (y los terceros relacionados con aquella) la posibilidad de suscribir un Acuerdo con el Estado y someterse al cumplimiento de toda una serie de condiciones, a cambio de no ser condenada, que le permitiría seguir desarrollando su actividad empresarial, para la cual podrá seguir optando a obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público o gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Téngase en cuenta que en España, incluso en los supuestos de sentencias de conformidad (y con la específica atenuante de colaboración eficaz de la persona jurídica), resulta aplicable la referida pena de inhabilitación para contratar, recibir subvenciones públicas o mantener relaciones de comercio exterior⁴⁵, a diferencia por ejemplo de lo que sucede en los EE.UU., en donde una de las particularidades de la celebración de un Acuerdo de Enjuiciamiento Diferido radica en que, de conformidad con las *Federal Sentencing Guidelines* norteamericanas, dicho Acuerdo no computa como antecedentes penales del acusado, si no hubo ninguna declaración de culpabilidad por un tribunal y el demandado no se declaró culpable ni admitió su culpa durante la causa abierta ante un Tribunal. Incorporar algo similar en España sería, por tanto, muy beneficioso para la persona jurídica.

En tercer lugar, estimamos que tales Acuerdos constituirían un instrumento procesal mucho más eficaz –bajo el mismo criterio utilitarista de política criminal- que la actual «conformidad premiada» de los arts. 801 y 803 bis LECrim, en donde la confesión *ex post facto* (o la aceptación del Decreto propuesto por el MF) se recompensa con la rebaja de un tercio de la pena solicitada sin exigirle a cambio ningún acto de contrición, reconocimiento de la culpa, o en ocasiones, reparación del daño. ¿No será mejor condicionar esa rebaja punitiva a una actuación positiva por parte del infractor, como pudiera ser la de facilitar información y cooperar en la obtención de pruebas contra el resto de partícipes (en el caso de delitos plurisubjetivos complejos como los referidos a organizaciones o grupos criminales, entramados empresariales, corrupción en el sector público, etc.), o proceder a la reparación del daño causado en sus múltiples modalidades, y no a un simple reconocimiento de los hechos o a la aceptación de un decreto en el que la pena será sustituida por multa? Puestos a premiar, mejor una actitud colaboracionista que una actitud de aparente arrepentimiento o de rebaja punitiva por “pronto pago”.

⁴⁵ En este sentido, véase la Sentencia núm. 134/2015, de 4 de mayo, del Juzgado de lo Penal de Bilbao.

En definitiva, la pretendida americanización de ciertas figuras jurídicas referidas a la Justicia negociada no deja de ser una reintroducción de mecanismos ya empleados en la Antigua Roma y en el sistema judicial de la Inquisición española. Al César lo que es del César.