

VOLUMEN N°6

AGOSTO 2025

[Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance]

**¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE
COOPERAR? VISIONES ENCONTRADAS ENTRE LA
OCDE Y ESPAÑA**

*Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez **

*Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez **

*Daniel Tejada Plana **

* -Profesor Titular (Acred. ANECA) de Derecho penal. Socio Fundador Corporate Defense.

* -Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

* -Abogado. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid.

Una pregunta que asalta siempre a directivos y a *compliance officers* cuando una persona jurídica se enfrenta a un posible proceso penal en el que pueda verse imputada por la comisión de un delito es si merece la pena cooperar con las autoridades.

El art. 31 quater de nuestro Código Penal recoge entre el listado de atenuantes aplicables a las personas jurídicas el “*haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades*” y “*haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*”.

No se dice nada ni de investigaciones internas ni de esta cooperación en sede del art. 31 bis 5 CP, lo cual no debe conducirnos a pensar que un programa de *compliance* eficaz no deba tener en cuenta estos elementos como una parte esencial del mismo, tal y como la doctrina se ha encargado de puntualizar. Los estándares de *soft law* (i.e. las Normas ISO - UNE) son también un buen ejemplo su importancia, siendo especialmente relevante a estos efectos la ISO 37008:2023, dedicada expresamente a las investigaciones internas. Ya existen normas de Derecho Público sobre las investigaciones internas como la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativa y de lucha contra la corrupción, La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 también dedica unos pasajes a las investigaciones internas y sus efectos, si bien no aclara con la precisión deseable cómo se va a valorar la colaboración de la persona jurídica, limitándose a señalar 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*”. En sentido adverso, se nos dice, se tendrá en cuenta “*el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia*”.

Aunque son de agradecer palabras como la del máximo responsable de la Fiscalía Anticorrupción, quien en un congreso sobre *compliance* sostuvo que aquellas empresas que fuesen capaces de descubrir un delito dentro de su organización y comunicarlo a las autoridades a través de una autodenuncia no tenían que pasar ni un minuto expuestas al procedimiento penal¹, el Informe de Fase 4 sobre España llevado a cabo por el Grupo de Trabajo sobre la corrupción de la OCDE

¹ Vid {<https://www.worldcomplianceassociation.com/1923/noticia-garantiza-la-autodenuncia-que-la-empresa-se-vea-eximida-de-sus-delitos.html>}.

(*Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: Spain*²) en diciembre de 2022 arroja unas conclusiones un tanto desoladoras y en abierto contraste con las palabras del Sr. Luzón.

Sobre este particular, dicho informe señala, en primer lugar, que la interpretación ofrecida por los Fiscales entrevistados durante la elaboración del informe chocaba con el tenor de la ley. Así, el informe relata³ cómo estos indicaron que la autodenuncia y la cooperación por parte de las personas jurídicas era un requisito indispensable para acceder a la exención (algo que no solo no aparece por ningún lado en el art. 31 bis, sino que tampoco encuentra reflejo en la Circular 1/2016).

De hecho, el informe indica que este malentendido (el ir más allá de la Circular) podía, de hecho, tener su origen en el propio texto emitido por la Fiscalía General del Estado. En este sentido, el informe recoge, con razón, que la Circular no establece que la autodenuncia sea un requisito para la exención, como sugieren los fiscales, sino un indicador de que un modelo de organización y gestión funciona correctamente y, como tal, ofrece un motivo para que los fiscales soliciten la exención. Continúa el informe de la OCDE criticando que la interpretación de la ley por parte de los fiscales denota, por tanto, o bien una incomprendición del régimen revisado de responsabilidad penal de las empresas, o bien una interpretación errónea de la Circular 1/2016, y sugiere que deberían estar mejor formados en ambos aspectos. Termina diciendo que, en cualquier caso, esta situación muestra una mala interpretación que debería abordarse urgentemente mediante la formación y la concienciación.

Con independencia de esta interpretación errónea por parte de la Fiscalía, el informe alude a que la falta de claridad sobre cómo afecta la autodenuncia a la responsabilidad de una persona jurídica suponía una fuente de confusión para los operadores jurídicos, que consideraban que la ley no es suficientemente clara a este respecto. Durante la visita *in situ* del equipo de la OCDE, los abogados entrevistados explicaron que no recomendarián a sus clientes que se autodenunciaran por sospechas de soborno extranjero, ya que no estaban seguros de hasta qué punto esto contribuiría a eximirles de responsabilidad y, a falta de orientaciones, no estarían en condiciones de asesorarles adecuadamente sobre cómo hacerlo. Afirieron igualmente que unas normas más claras sobre el crédito atribuido a una empresa por autodenunciar irregularidades y cooperar con la investigación de las

² Disponible online en {<https://web-archive.oecd.org/2022-12-14/648504-spain-phase-4-report.pdf>}.

³ Párrafo 270, p. 76.

autoridades, así como orientaciones sobre cómo hacerlo para obtener dicho crédito, podrían aumentar significativamente la autodenuncia y la cooperación. Esto, a su vez, podría contribuir a aumentar la aplicación de la ley.

Por ello, el informe de la OCDE llama la atención sobre la preocupación de los examinadores principales por la falta de claridad en cuanto a las condiciones en las que una empresa puede quedar exenta de responsabilidad⁴. Así, les resultaba comprensible que esta situación crease confusión en el sector privado y que la falta de normas claras y de orientación sobre cómo autodenunciarse y cooperar provocase un *efecto desaliento*. Por ello, desde la OCDE se instó a España a adoptar y publicar directrices para las empresas sobre cómo autodenunciarse y cooperar con las autoridades, y a formar a los fiscales sobre estas normas.

Estas recomendaciones, a día de hoy, no han sido abordadas. Esto lo constató el propio Grupo de Trabajo de la OCDE en su informe de seguimiento publicado el 25 de marzo de 2025 (*OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Follow-Up Report on Spain. Implementing the Convention and Related Legal Instruments*⁵). Tal y como recogen los expertos de la OCDE⁶

“España no ha tomado ninguna medida para aplicar estas recomendaciones. El art. 31quater y la Circular 1/2016 no se han modificado. España reconoce que «efectivamente parece haber una contradicción» en la Circular 1/2016, pero sostiene que el documento debe interpretarse en el sentido de que no exige la autodenuncia como requisito previo para la defensa de cumplimiento. La formación de fiscales y las conferencias del Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción no abordaron esta cuestión específica. No se han publicado directrices sobre esta cuestión para las empresas.”

En relación precisamente con estas directrices, España se ha defendido señalando⁷ que el Fiscal Jefe Anticorrupción ha dado distintas charlas y conferencias sobre la materia durante octubre de 2023 y junio de 2024. Esto, claramente, es insuficiente.

⁴ En particular, les resultaron problemáticas las interpretaciones incoherentes sobre el modo en que la autodenuncia y la cooperación con las autoridades competentes afectan a la responsabilidad de una persona jurídica.

⁵ Disponible en https://www.oecd.org/en/publications/oecd-anti-bribery-convention-phase-4-follow-up-report-on-spain_4f4eb067-en.html.

⁶ Párrafo 49, p. 12.

⁷ Vid p. 57 del informe.

Otras jurisdicciones cuentan con este tipo de guías que echa en falta la OCDE respecto de nuestro país. Así, por ejemplo, El Departamento de Justicia (DOJ) también cuenta con los denominados *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del Manual de Actuación de la Fiscalía Federal⁸, que dedica su apartado 9-28.700 a *el valor de la cooperación*. En materia específica de FCPA, también dicho manual de actuación recoge las pautas al respecto (sección 9-47.120).

En relación también con el DOJ, también hay que mencionar los distintos memoranda que, desde 1999 hasta fechas recientes, han recogido –en no pocas ocasiones con severas críticas– la visión de la Fiscalía Federal sobre qué es cooperar. Junto al DOJ, otra agencia federal que ha publicado los aspectos a considerar como cooperación es la SEC. En este sentido, incluso ya antes de publicarse en el año 2008 el *Enforcement Manual*⁹, en 2001 la Comisión de Valores norteamericana ya había publicado el conocido como *Seaboard Report*, donde se recogían toda una serie de preguntas de cara a valorar la existencia de una cooperación efectiva.

Otra jurisdicción que cuenta con directrices sobre el significado de la cooperación cuando hablamos de responsabilidad penal de la persona jurídica es Francia. Como antecedente, cabe señalar que en diciembre de 2016 se aprobó la Ley Sapin II, que introdujo en la legislación francesa un mecanismo similar a los acuerdos de persecución diferida estadounidenses: el denominado acuerdo judicial de interés público (*convention judiciaire d'intérêt public – CJIP*). Posteriormente, en 2018 el Ministerio de Justicia emitió una primera guía a los fiscales sobre cómo implementar este nuevo mecanismo¹⁰. Más tarde, en junio de 2019, la Fiscalía Financiera (*Parquet National Financier*) y la Agencia Francesa Anticorrupción (*Agence Française Anticorruption*) publicaron un documento de líneas directrices a aplicar en la implementación de las CJIP¹¹ que fue revisado en enero de 2023¹². En estas pautas se señala que, si bien no se desean imponer condiciones apriorísticas para poder acceder al mecanismo transaccional, sí que es necesaria la

⁸ El actualmente conocido como *Justice Manual* es un documento que contiene las principales políticas y procedimientos del Departamento de Justicia relativos a la investigación, enjuiciamiento y persecución de violaciones de leyes federales. Es accesible online en [\[https://www.justice.gov/jm/justice-manual\]](https://www.justice.gov/jm/justice-manual).

⁹ Tras su publicación, estos criterios pasaron a ser la referencia para valorar la cooperación de las compañías en el apartado 6.1.2 denominado “*Framework for Evaluating Cooperation by Companies*”.

¹⁰ Accesible en [\[https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/43109\]](https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/43109).

¹¹ Accesibles en [\[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%20directrices%20PNF%20CJIP.pdf\]](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%20directrices%20PNF%20CJIP.pdf).

¹² Accesible en [\[https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/actualites-mensuelles-parquet-national-financier\]](https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/actualites-mensuelles-parquet-national-financier).

buena fe por parte de la persona jurídica.

Otra jurisdicción que cuenta con este tipo de directrices y que han sido objeto de actualización reciente es el Reino Unido¹³. Las directrices de cooperación actualizadas proporcionan indicaciones útiles sobre los factores que la *Serious Fraud Office* tendrá en cuenta a la hora de ofrecer un *deferred prosecution agreement*, reducir las penas o tomar la decisión de no emprender acciones judiciales. También establece los beneficios potenciales de la autodenuncia y sus expectativas en relación con el proceso de autodenuncia y cooperación.

Estas guías y directrices podrían servir de modelo a nuestra Fiscalía para tratar de ofrecer mayor seguridad jurídica a las empresas a la hora de determinar de qué hablamos cuando hablamos de cooperar. Está claro que la existencia en nuestra jurisdicción de acusaciones particulares y populares hace que estas puedan tener una opinión distinta de qué es una cooperación eficaz, pero, en cualquier caso, creemos que la emisión de unas directrices en el sentido solicitado por la OCDE podría tener efectos positivos en una materia en la que, pese a llevar ya en vigor 15 años, todavía quedan muchas aristas por resolver.

En todo caso, no debemos pecar de ingenuos. Mientras la OCDE a través de sus expertos pretende imponer un modelo FCPA en la línea de la denominada “americanización del Derecho Penal”, diversos ordenamientos, entre los que se encuentra España, han desarrollado un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas de bases diferentes de acuerdo a su propia tradición jurídica. No se trata simplemente de facilitar la labor de las autoridades encargadas de la detección y persecución de delitos poniendo en sus manos la renuncia o posposición de la persecución a cambio de colaboración. Por otro lado, los planteamientos de las Circulares de la Fiscalía General del Estado no se corresponden con la jurisprudencia, por lo que su valor jurídico debe ser muy relativizado. Como viene demostrando la práctica, la persona jurídica que dispone de un sistema satisfactorio de gestión del cumplimiento debe ser absuelta o sobreseída con independencia de que haya o no cooperado. Tenemos un sistema en el que puede haber responsabilidad con cooperación y exclusión de la responsabilidad sin colaboración, teniendo la cooperación un papel más marginal que el que quiere imponer la OCDE, que no debe olvidar que sólo puede exigir a los Estados una responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero “*de conformidad con sus principios jurídicos*” (art. 2 *Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de*

¹³ {<https://www.gov.uk/government/publications/sfo-corporate-guidance>}.

agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales).