

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS ANTE LA ORGANIZACIÓN PARA LA
COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

*Prof. Dr. Carlos Gómez-Jara Díez **

*Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez **

*Daniel Tejada Plana **

* -Profesor Titular (Acreditado) de Derecho penal y Director del Máster de Derecho penal económico de la UNIR

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

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

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que introdujo una responsabilidad penal propia y genuina de las personas jurídicas ofrecía como única justificación para una decisión político-criminal de este calado que “*son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas*” sin enumerar o ejemplificar dichos instrumentos. La doctrina española ya se ha encargado de poner de manifiesto que no existía ningún texto internacional que obligara a establecer tal modelo de responsabilidad. Sin embargo, es cierto que algunas organizaciones han venido presionando en este sentido. Entre ellas destaca el papel de la OCDE que, sin duda, es uno de los principales factores para que en Derecho comparado se esté extendiendo la implantación de una responsabilidad penal o una responsabilidad administrativa derivada de la comisión de delitos. Como se puede apreciar con la reciente reforma chilena de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley 21595 de delitos económicos, existe una tendencia a que las iniciales obligaciones en materia de corrupción en actividades económicas internacionales y blanqueo de capitales y financiación del terrorismo se acaben extendiendo hacia otras figuras delictivas.

Los informes de evaluación del Grupo de Trabajo de la OCDE están incidiendo en la propia evolución de la regulación española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El ámbito en el que más se ha notado hasta el momento dicha influencia es en la reducción del ámbito de exclusión de las personas jurídicas responsables (actualmente en el art. 31 quinquies) como ha sucedido con las “*Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general*”. Pero la influencia no es sólo historia.

El informe de 8 de diciembre de 2022 en fase 4 elaborado por expertos de Brasil y Sudáfrica (*Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report: Spain*) vuelve a hacer recomendaciones para una mejor adaptación del ordenamiento español al Convenio OCDE de 1997 de *Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas (pp. 70 ss., apartado C). Se trata de la primera oportunidad que ha tenido el Grupo de Trabajo de revisar la versión actual proveniente de la LO 1/2015. Dichas recomendaciones no se basan en el escueto art. 2 del Convenio, que simplemente establece que cada Estado adoptará las medidas que sean necesarias -importante: de acuerdo a sus principios jurídicos- para establecer la responsabilidad (penal, contravencional, administrativa, etc.) por el delito de corrupción pública en actividades económicas internacionales, sino que tienen como referencia la Guía de Buenas

prácticas para aplicar artículos específicos de la Convención recogida en el Anexo a la *Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* de 2021. Ello nos obliga a estar atentos a sus eventuales consecuencias legislativas.

Entre ellas aparece la recomendación de adoptar medidas inmediatas para garantizar que todas las empresas estatales puedan ser consideradas responsables del cohecho internacional. Es dudoso que se pueda reformar el art. 31 quinquies para introducir una excepción específica para el art. 286 ter CP, por lo que estamos ante una recomendación para expulsar a las Entidades públicas Empresariales de la protección art. 31 quinquies. También se recomienda “*ampliar urgentemente*” el plazo de prescripción de cinco años. Es de esperar alguna reforma en este sentido; existe un margen razonable para ello siempre que se lleve a cabo de una forma coherente.

Creemos, sin embargo, que otras recomendaciones deben ser vistas más bien con reservas, porque obedecen a un conocimiento limitado del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El propio informe señala como se basa en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y no en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque todavía no existe una condena a personas jurídicas por el art. 286 ter CP. Con independencia de que en el ínterin ya tenemos la primera condena a una persona jurídica por corrupción pública en actividades económicas internacionales (SAN -Sección 3^a- 4/2023, de 24 de febrero, confirmada por Sala de Apelación mediante sentencia 18/2023, de 16 de octubre), la Circular ha tenido una repercusión limitada en la jurisprudencia.

Entre estas recomendaciones discutibles se puede mencionar, por ejemplo, la exigencia de normas más claras sobre la autodenuncia y la cooperación con la investigación. Si la persona jurídica es penalmente responsable, la confesión o la colaboración operan como atenuantes, que pueden ser simples o muy cualificadas y cuyas condiciones se encuentran en el art. 31 quater. Seguramente el error de los evaluadores tiene su origen en el desconocimiento de que el Ministerio Fiscal en España está vinculado al principio de legalidad y no opera con criterios de oportunidad¹. Por la misma razón, se deben mantener reservas con

¹ En relación con este principio de oportunidad se puede destacar que ya en las Recomendaciones del Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de noviembre de 2021 se sugería la implementación de *non-trial resolutions* (al estilo de los DPAs/NPAs norteamericanos o las *Convention Judiciaire d'Intérêt Public* francesas) para resolver supuestos relacionados con el delito de soborno transnacional.

la recomendación relativa a aclarar si existen sanciones agravadas para las personas jurídicas cuando concurren las circunstancias agravantes del art. 286 quater CP. De hecho se trata de una cuestión común a todas las figuras delictivas que contemplan la responsabilidad penal de personas jurídicas y subtipos agravados o agravantes específicas. El marco penal de la multa es amplio y no habría inconveniente en tener en cuenta a efectos de determinación de la pena que se trata de un hecho de “especial gravedad”. Pero no es precisa reforma alguna.

Lo más preocupante del informe tiene que ver con la ambigua exigencia a España de garantizar que las normas y el nivel de prueba se ajusten al Convenio y a los instrumentos conexos. No debe caer en el olvido que el art. 2 del Convenio exige que la responsabilidad corporativa se desarrolle de acuerdo a los principios jurídicos de cada ordenamiento. Se debe evitar la importación de soluciones extrañas a nuestra tradición jurídica a partir de una visión limitada de unos expertos extranjeros. No es asumible que las recomendaciones se conviertan en una vía para erosionar las garantías penales reconocidas hasta el momento por nuestra jurisprudencia a las personas jurídicas con base en un conocimiento limitado del sistema en su conjunto condicionado por un número reducido de opiniones estrictamente personales o de consultas.