



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN.

GRADO EN DERECHO

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. UNA PERSPECTIVA PROCESAL

Presentado por: **Alba Martín Ferrero**

Tutelado por: **Oliver Pascual Suaña**

FECHA DE LA CONVOCATORIA: **JUNIO DE 2024**

RESUMEN

La evolución legislativa en materia de criminalidad empresarial ha culminado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, condicionada a la comisión de delitos por parte de directivos o subordinados, la existencia de un beneficio para la empresa y la presencia de un defecto organizativo. Este defecto implica una falta grave en los deberes de supervisión y control, vinculada a un déficit estructural en la entidad. Para exonerar o mitigar la responsabilidad, se requiere la implementación efectiva de programas de cumplimiento y acciones correctivas, así como la instauración de un modelo de prevención. La carga de la prueba se centra en determinar la existencia de fallos como el defecto organizativo o la eficacia de los modelos de prevención. El derecho a la prueba es fundamental, garantizando un proceso justo y equitativo, donde la acusación y la defensa deben respaldar sus argumentos con pruebas, destacando la importancia de los programas de cumplimiento. La prueba documental, pericial y testifical son esenciales, respaldadas por normativas como la Norma UNE 19601.

ABSTRACT

The legislative evolution regarding corporate crime has culminated in the criminal liability of legal entities, conditioned upon the commission of crimes by executives or subordinates, the existence of a benefit for the company, and the presence of an organizational defect. This defect implies a serious failure in the supervision and control duties, linked to a structural deficiency within the entity. In order to exonerate or mitigate liability, the effective implementation of compliance programs and corrective actions is required, as well as the establishment of a prevention model. The burden of proof focuses on determining the existence of failures such as the organizational defect or the effectiveness of the prevention models. The right to present evidence is fundamental, ensuring a fair and equitable process where both the prosecution and the defense must support their arguments with evidence, highlighting the importance of compliance programs. Documentary, expert, and testimonial evidence are essential, supported by regulations such as the UNE 19601 Standard.

PALABRAS CLAVE (KEY WORDS)

Responsabilidad penal de la persona jurídica; *Compliance Program*; medios de prueba; proceso penal.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art(s): artículo(s)

CE: Constitución Española

CO: Compliance Officer

CP: Código Penal

FGE: Fiscalía General del Estado

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

Nº/núm.: Número

Pág(s): página(s)

Ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

ÍNDICE DE CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	7
2.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	8
2.1.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	8
2.2.	REQUISITOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	12
2.2.1.	<i>Hechos de referencia o delito base</i>	12
2.2.2.	<i>Hechos internos de la persona jurídica</i>	16
2.2.3.	<i>Hechos propios de la persona física</i>	19
3.	DEFECTO DE ORGANIZACIÓN	20
4.	CAUSAS DE MITIGACIÓN O EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	22
4.1.	PLANTEAMIENTO.....	22
4.2.	REQUISITOS PARA LA EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN SUJETOS APICALES.....	22
4.3.	MODELO DE PREVENCIÓN PENAL (APARTADO 5 DEL ARTÍCULO 31 BIS CP).....	25
4.4.	REQUISITOS PARA LA MITIGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	28
5.	CARGA DE LA PRUEBA	30
6.	PARTE ESPECIAL	33
6.1.	LA PRUEBA Y EL DERECHO DE DEFENSA	33
6.1.1.	<i>Concepto de derecho a la prueba y su importancia práctica</i>	33
6.1.2.	<i>Contenido del derecho a la prueba: la admisión, práctica y valoración de la prueba</i>	33
6.1.3.	<i>Límites del derecho a la prueba</i>	35
6.2.	EL PAPEL DE LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL	37
6.3.	LOS MEDIOS PROBATORIOS IDÓNEOS PARA INTRODUCIR LOS COMPLIANCE PROGRAM EN EL PROCESO PENAL ...	38
7.	DECLARACIÓN DEL ACUSADO	47
7.1.	DECLARACIÓN DEL ACUSADO COMO PERSONA JURÍDICA.....	47
7.2.	DECLARACIÓN DEL ACUSADO COMO PERSONA FÍSICA	48
8.	CONCLUSIONES	49
9.	BIBLIOGRAFÍA	51
10.	JURISPRUDENCIA	55

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una materia de importante evolución dentro del ordenamiento jurídico español. Tradicionalmente, la doctrina se alineó con el principio "*societas delinquere non potest*", que negaba la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Sin embargo, comenzó a cambiar significativamente a partir de las reformas del Código Penal, especialmente desde 2010. Este trabajo explora en profundidad los cambios legislativos y doctrinales y las distintas posiciones de interpretación que han permitido la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en España, marcando un antes y un después en la concepción de la justicia penal corporativa.

El análisis se enfoca en el desarrollo legislativo desde el artículo 129 del Código Penal, pasando por la crucial reforma del 2010 con la introducción del artículo 31 bis, marcando un punto de inflexión decisivo en la conceptualización de la responsabilidad penal corporativa en el derecho español, hasta las adaptaciones más recientes que buscan afinar el alcance y eficacia de esta responsabilidad. A través de este estudio, se busca entender no solo el marco legal, sino también las implicaciones prácticas de estos cambios, incluyendo la gestión de riesgos corporativos y la implementación de programas de cumplimiento eficaces para evitar conductas delictivas dentro de las corporaciones.

También se repasará cómo las entidades colectivas son tratadas hoy día como parte del procedimiento penal, con especial atención a la imposición de deberes de supervisión y control interno, y las consecuencias de su incumplimiento. Se analizará las diferentes consecuencias asumibles a la persona jurídica atendiendo a un hecho delictivo cometido por un sujeto apical o por un subordinado.

Se procederá a una meticulosa evaluación de las cuestiones probatorias, qué es el derecho a la prueba y su importancia y no se limitará únicamente a proporcionar una definición de los medios de prueba empleados durante el procedimiento sino también se indagará sobre cómo cambia el fin de la probatoria en base a quién lo presente: la acusación, encargada de demostrar los defectos organizativos en la persona jurídica, y en la defensa, responsable de evidenciar los requisitos de exoneración para demostrar la inocencia, materializado a través de la prueba, donde los programas de cumplimiento penal son fundamentales y se respaldan con medios como la prueba pericial, documental y testifical, principalmente.

La cultura de cumplimiento de las corporaciones se ve cada vez más como una parte primordial para la prevención de delitos económicos y corrupción, alineando así a España con las recomendaciones de organismos internacionales.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. Evolución legislativa

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el ámbito doctrinal¹, tiene origen anterior a la aprobación del vigente CP. No obstante, el primer antecedente legislativo², del actual artículo 31 bis del CP, fue el artículo 129 CP.

Aunque algunos autores defendieron que ese precepto (el artículo 129 CP) instauraba ya una verdadera responsabilidad penal de los sujetos colectivos, de forma mayoritaria se comprendió que lo que se contemplaban eran las conocidas como consecuencias accesorias: el cierre de la empresa y sus establecimientos físicos de forma temporal o definitiva, la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la suspensión de la persona jurídica, prohibición de realizar en un futuro actividades, o similares en el contexto en el que se haya realizado, favorecido o encubierto el delito y la intervención de la empresa para proteger los derechos de trabajadores o acreedores por un tiempo necesario.

Por ello, las consecuencias accesorias han tenido una aplicación muy limitada, sobre todo a raíz de la reforma del Código Penal realizada en el año 2010 objeto de este trabajo.

Seguidamente encontramos la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en la que se intenta encaminar nuestra legislación al abandono del “*societas delinquere non potest*”³. Se añadió

¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *Cuadernos de política criminal*, nº 11, 1980, pág. 67-88.

² Sobre los antecedentes de la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, artículo 129 CP y evolución legislativa, GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

³ La Exposición de Motivos de esa norma señala en su apartado II “*Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que, si el delito se ha cometido a través de*

al artículo 31 en el apartado 2 una responsabilidad directa y solidaria entre la persona física y la persona jurídica.

Tras esta andadura legislativa llegó la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

Esta reforma del Código Penal sí que fue un cambio decisivo en lo que respecta a nuestra legislación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Realmente fue la primera vez que se derogó el aforismo latino *“societas delinquere non potest”*.

La reforma provocó la eliminación del ya citado artículo 31.2 CP, que establecía que si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuenta actuó; y se *reescribió* el artículo 129 CP, de tal forma que este artículo, referido a las consecuencias accesorias se aplica únicamente a los entes que, por carecer de personalidad jurídica, no quedan comprendidos en el artículo 31 bis CP y por ello, y retomando la idea de unos párrafos más arriba, este artículo no será comúnmente usado⁴.

El artículo 31 bis CP instaura una doble vía de imputación. La persona jurídica podrá ser condenada tanto por los delitos que cometa personal directivo, como por los delitos cometidos por personal subordinado que, al no haber sido sometidos al debido control por parte de los dirigentes, hayan podido cometer el hecho delictivo.

Frente a tan relevante cambio legislativo, surgió un fuerte debate sobre si el régimen de responsabilidad instaurado para las personas jurídicas, desde 2010, era encuadrable en un sistema de autorresponsabilidad⁵ o heterorresponsabilidad⁶. La FGE, mediante Circular 1/2011⁷ sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, trató de clarificar la posición del

una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso.”

⁴ Tal y como señala FEIJOO SÁNCHEZ B. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ B. J. Y GÓMEZ JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. 2a. ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2016, desde la entrada en vigor de la responsabilidad penal, el artículo 129 pasa a tener *“un papel residual subsidiario dentro del sistema como medio de intervención contra entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica”*. Las principales novedades tras este cambio son que deja de hacer referencia a los fines de preventivo criminales y sus consecuencias; se introduce un *“hecho de conexión”* entre la persona física y una entidad sin personalidad jurídica; se ha eliminado la obligación de dar audiencia a titulares o representantes legales; ya no aparece la consecuencia de disolución de la persona jurídica, y se establece expresamente que las consecuencias accesorias son derivadas de la pena no del delito.

⁵ También nos referiremos a esta forma de atribución como *“responsabilidad por hecho propio”*.

⁶ A lo largo del texto se encontrarán como sinónimos de este término *“responsabilidad vicarial”* o *“responsabilidad por transferencia”*.

⁷ A lo largo de este documento nos referiremos a la Fiscalía General del Estado de forma indistinta simplemente como *“Fiscalía”*, con sus siglas *“FGE”* o a la redacción completa de estas.

Ministerio Público sobre el régimen instaurado. Ello además facilitaba conocer cuál iba a ser la actuación de Fiscalía ante la imputación de las personas jurídicas. Desarrollaba la Circular que la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría tener encuadre en los dos sistemas de responsabilidad antedichos:

Una responsabilidad vicarial o por transferencia en la que se establece que los Compliance Program⁸ podían servir como camino para analizar si se ha cometido un ilícito penal en la persona jurídica, pero *“su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal”*⁹. La FGE entendía que era indiferente si se había cometido el delito bajo un idóneo modelo de prevención penal. Para esta Circular (conclusión cuarta), la existencia de un modelo de prevención penal podrá *“servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa”*.

Por lo tanto, como se deduce de la posición de Fiscalía (que, ya se adelanta, se decanta por este sistema), en la regulación no se habla de defecto organizativo, por lo que no es necesario para colmar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se entiende que se transfiere la responsabilidad criminal de la persona física sin atender al cumplimiento o no de hechos propios por parte de la persona jurídica para evitar este acto delictivo. Si se ha beneficiado la persona jurídica de este hecho ilícito se le imputaría directamente a esta como responsable penal.

Siguiendo esta forma de atribución de la responsabilidad, la acusación se tendría que limitar a probar el hecho inicial, cometido por la persona física, por el que se está juzgando a la persona jurídica, siendo carga de esta última probar la inexistencia del hecho de conexión, o la ausencia de provecho propio.

Como segundo sistema consta el de autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio, por el cual se debería determinar si se han llevado a cabo los debidos controles dentro de la persona jurídica para que ese hecho delictivo no fuera llevado a cabo. Según este modelo, lo que se castigaría, sería un hecho propio de la persona jurídica, consistente en no haber seguido la debida diligencia en el control de su actividad.

⁸ A lo largo de este documento nos referiremos a él indistintamente como modelo de prevención, modelo de organización y gestión o *Compliance Program*.

⁹ Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Posteriormente, el legislador realizó una modificación de la regulación punitiva de las personas jurídicas, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que sirvió para aclarar en qué supuestos nacía la responsabilidad penal de la empresa, y sobre todo reguló los modelos de prevención penal como método de exención de responsabilidad. En la exposición de motivos de esta Ley Orgánica (dos primeros párrafos del apartado II), se clarifica el régimen de responsabilidad instaurado, y con ello, se pone fin al debate anteriormente planteado:

“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.”

De este modo, el delito de los sujetos colectivos no es, por transmisión, el mero hecho de que una persona física haya cometido un ilícito en su seno que haya generado un beneficio directo o indirecto al ente, sino que es necesario acreditar un defecto propio y grave de la corporación o, dicho de otro modo, no haber llevado a cabo el debido control de su actividad empresarial. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016 ratifica que nos encontramos ante un modelo de “autorresponsabilidad” o de responsabilidad por hecho propio.

Pese a ello, la FGE, en su Circular 1/2016¹⁰ vuelve a incidir en la idea de heterorresponsabilidad, aunque sí que admite aquí el Ministerio Público que estaríamos ante un modelo atenuado de responsabilidad vicarial, ya que se deberán tener en cuenta los modelos de organización y gestión.

¹⁰ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

2.2. Requisitos de responsabilidad penal de la persona jurídica

A continuación, se indicarán los requisitos que deben concurrir para que se produzca la responsabilidad penal de las empresas, partiendo del modelo de autorresponsabilidad que, como se ha indicado, se ha instaurado respecto a las personas jurídicas.

Para poder entender cuáles son las causas de exoneración de la responsabilidad penal, y más concretamente poder analizar los *Compliance Program*, es preciso consignar previamente qué requisitos son necesarios para condenar a una persona jurídica por un delito.

GASCÓN INCHAUSTI¹¹ clasifica los hechos objeto del procedimiento penal frente a las personas jurídicas en tres grupos:

2.2.1. *Hechos de referencia o delito base.*

Se parte de la comisión de un delito por una persona física perteneciente a la empresa. Puede que la persona física no este individualizada, no tenga nombre y apellidos, pero sí que se tiene que poder determinar un grupo de posibles autores ya sean directivos o personal subordinado (artículo 31 ter CP).

Nuestro modelo legislativo se sienta sobre la determinación de una doble vía de imputación penal, según si el delito ha sido cometido por los responsables o subordinados:

i. Elementos comunes de ambas vías.

Con carácter previo a tratar las características de cada una de las vías de imputación se establecerán, primeramente, los elementos comunes a estas:

a) Número cerrado de delitos.

Como primer elemento que destacar, ambas vías de imputación cuentan con las mismas categorías delictivas, siendo un *númerus clausus*. Concretamente, el CP recoge treinta

¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012, págs. 19-45.

¹² “categorías delictivas” en las que se puede incurrir generando responsabilidad penal de la persona jurídica.

b) Beneficio

Y, el segundo elemento común será el beneficio a la empresa. Es necesario que el delito que la persona física cometa tenga una intención de conseguir un beneficio a la empresa¹³. Ya señalaba DOPICO GÓMEZ-ALLER que es irrelevante si el beneficio se logra al obtener un ingreso económico, patrimonial, o de cualquier otro tipo para la empresa o si, por el contrario, el beneficio obtiene mediante el ahorro a la persona jurídica de unos costes¹⁴. También participa la Circular 1/2016 en la definición de beneficio indirecto cuando incluye, como beneficios, los ahorros de costes y todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

ii. *Delitos cometidos por Directivos.*

Por un lado, están los delitos cometidos por las personas que actúan en nombre o a cuenta de la empresa de manera individual, o como parte de un órgano de esta entidad.

Los sujetos que pueden cometer delitos dentro de la primera vía de imputación son las personas físicas que tengan la categoría de representantes legales, siendo estas personas las que con sus actos pueden obligar a la persona jurídica. Aquí encontraremos personas sobre las que recae una confianza directiva u organizativa por parte de la persona jurídica. No necesitan de autorización para realizar actuaciones que afecten directamente a la empresa, organizativamente, y sobre los aspectos referidos a su control de esta. Dentro de esta categoría podemos determinar que, residualmente¹⁵, también se encuentren personas con

¹² Recogidas a lo largo de la parte especial de nuestro Código Penal. Libro II.

¹³ Analizando el requisito del beneficio, la STS núm. 89/2023, de 10 de febrero, en su F.D. vigesimoquinto señala: “Sea cual fuere su justificación última, lo indiscutible es que la responsabilidad penal de la persona jurídica deberá asentarse, en el supuesto previsto en el artículo 31 bis a) del Código Penal, en la existencia de un delito cometido por quien, actuando en su nombre o por su cuenta, y manteniendo con ella los vínculos de representación o capacidad para tomar decisiones en su nombre, hubieran actuado en su beneficio. Pero ello no significa, naturalmente, frente a lo que parece pretender quien aquí recurre, que dicho beneficio haya de ser efectivamente obtenido y, mucho menos aún, que, descubierto el delito o como consecuencia final del mismo, los beneficios o aprovechamientos que se perseguían no puedan finalmente frustrarse o, incluso, situar a la propia persona jurídica en una posición desfavorable, también en términos económicos, con relación a la que tuviera antes de cometerse la infracción.”

¹⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, págs. 139 y ss.

¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ªed. Valladolid: Lex Nova, 2015, pág. 104

facultades de organización y control y autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica. Se incluyen en esta categoría también los administradores de hecho, mandatos intermedios y *Compliance Officer* (en castellano: *Oficial de Cumplimiento*).

El *Compliance Officer* es una figura con importancia dentro del ámbito de responsabilidad penal corporativo por lo que en epígrafes posteriores se le dedicaran unas líneas para su explicación.

En relación con estos sujetos, que con sus actos pueden generar responsabilidad a la persona jurídica, también diferencia el CP si son hechos en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

Cuando una persona actúa en nombre de la PJ está ejerciendo en el marco de las competencias atribuidas dentro de esta, mientras que si actúa por cuenta de la PJ significa que está sobrepasando estas competencias atribuidas, pero por la naturaleza de su puesto, un tercero ajeno a la persona jurídica no pondría en duda que está actuando en nombre de la persona jurídica.¹⁶

Esta situación es la que nos permite conectar el hecho de que una persona física realice un acto y que ese acto genere la posibilidad de incurrir en una responsabilidad penal corporativa.

iii. Delitos cometidos por sujetos sometidos a la autoridad de los Directivos.

Por otro lado, encontramos los delitos cometidos por personal subordinado dentro de la persona jurídica. Este personal está bajo el control y supervisión de los enumerados en el apartado anterior. Se hace referencia a las actuaciones que incumplen las *normas* orientadas a su supervisión y vigilancia. Se analizará qué sujetos pueden generar responsabilidad penal corporativa estando sometidos a los sujetos apicales.

¹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M. “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas: especial referencia al sistema español”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 25, 2011, págs. 61-65.

En el apartado primero letra b) del ya nombrado artículo 31 bis CP recoge las situaciones que nos podemos encontrar al analizar un delito por esta segunda vía de imputación.

El legislador es genérico al nombrar que serán delitos los que “*en el ejercicio de actividad sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas ..., han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*”¹⁷

De este precepto podemos destacar que, en primer lugar, encontramos a los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas que se mencionan en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis CP.

Los nombrados como subordinados no son más que, siguiendo a GÓMEZ TOMILLO¹⁸, los “*meros ejecutores de decisiones ajenas*”, siempre y cuando se demuestre una relación jurídica entre la persona física que realiza el acto y la persona jurídica.

También, GÓMEZ TOMILLO entiende que se extiende esta relación al ámbito mercantil, pudiendo incluirse a la responsabilidad penal empresas externas que hayan contratado o realizado negocios con la persona jurídica principal.

En segundo lugar, podemos destacar de la letra b que también recoge la necesidad de que las acciones se realicen “*en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta*”. De aquí podemos extraer, ya mencionado anteriormente, como una persona que por la cotidianidad de sus actos puede sobrepasar los límites que tiene de responsabilidad dentro de la empresa sin que los terceros que tienen relación con la persona jurídica no se percaten de esta auto atribución de competencias.

En último lugar se menciona que se debe haber producido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad.

Este presupuesto es uno de los más importantes ya que crea el criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica y el núcleo de la tipicidad en esta segunda vía.¹⁹

¹⁷ Artículo 31 bis, apartado 1, letra b CP.

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., “Introducción a la responsabilidad penal de las PJ...” ob. cit., pág. 106.

¹⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...” ob. cit. pág. 143.

Es un presupuesto clave en esta segunda vía porque, siguiendo la explicación de GALÁN MUÑOZ²⁰, por este cauce se amplía el número de personas que pueden convertir a la entidad en responsable de conductas delictivas que cometan las personas físicas que actúan bajo su cobertura, pero también aumenta el número de requisitos que se piden para que se considere a la persona jurídica responsable de este delito.

Tienen que ser los sujetos ya nombrados en el apartado 1 a) del artículo 31 bis CP los que por descuidos o negligencias sean los responsables del delito cometido en el seno de la persona jurídica.

Cuando hablamos de “supervisión, vigilancia y control” no encontramos una definición clara de cada uno de esos actos por lo que se entiende que el legislador quiere recoger de manera amplia distintas situaciones en las que se puede dar una omisión de deber y esta sea la causante de un delito.²¹

Lo que sí que parece claro es que estos deberes de supervisión, vigilancia y control son el núcleo de la relación de causalidad del tipo penal al que nos estamos refiriendo. Esta vía de imputación se da lugar en base a la omisión, si no se produce la omisión en estos deberes de supervisión, vigilancia y control no podríamos imputar a la persona jurídica. Este deber, si se hubiera observado correctamente, tendría que haber sido impeditivo y así el delito no se hubiera realizado.²²

2.2.2. *Hechos internos de la persona jurídica*

Aunque el acto sea realizado por una persona física tienen que concurrir hechos internos de la persona jurídica, mejor dicho, además del acto de la persona física, tiene que concurrir algún elemento atribuible a la persona jurídica. En esta categoría GASCÓN INCHAUSTI²³ diferencia los hechos referidos a la responsabilidad corporativa de los cuales podemos encontrarnos (i) con los hechos por la concurrencia de un defecto organizativo, (ii)

²⁰ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 entre la hetero- y la autorresponsabilidad” en ROMEO CASABONA, C.M, FLORES MENDOZA, F. (Eda.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada, Comares, 2012, pág. 198.

²¹ GÓMEZ TOMILLO, M., “Introducción a la responsabilidad penal de las PJ...” ob. cit., págs. 109-112.

²² GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 pág. 167.

²³ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Proceso penal y PJ”. Ob. cit. págs. 35-38.

los hechos relativos al programa de *Compliance* y su exoneración de responsabilidad y (iii) los hechos que, aunque no se no sean suficientes para demostrar la exoneración de la responsabilidad, puedan derivar a una atenuación de la pena.

Debería encuadrar en este apartado los hechos relativos a las causas de exoneración y atenuación de la responsabilidad penal pero debido a la importancia de esos aspectos en este trabajo, les dedicare un epígrafe más adelante en exclusividad a ellos.

En lo relativo a los hechos determinantes de defecto organizativo adquiere una gran importancia si se analiza desde las teorías de la heterorresponsabilidad o de la autorresponsabilidad.

Retomando lo dicho previamente, las circulares de la FGE de 2011 y 2016 defienden que nos encontramos ante un modelo de heterorresponsabilidad en el cual no se necesita nada más que el delito de un sujeto apical o de un trabajador para que se incurra en responsabilidad penal a la persona jurídica de la que forman parte.

Pero en la reforma de la LO 1/2015 se persiguió un modelo de autorresponsabilidad en el cual se necesita un elemento estructural adicional: el defecto organizativo, constitutivo del delito corporativo. El defecto estructural es la raíz de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y el principio de presunción de inocencia establece que la carga de la prueba sobre tal elemento recaiga sobre la acusación, pudiendo la defensa proponer pruebas como la testifical, documental, y demás, que ya estudiaremos, para demostrar el correcto cumplimiento de los requisitos para la exoneración de la responsabilidad.²⁴ A esta última idea es a la que nos acogemos a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, en la práctica, el defecto organizativo se inserta de una forma muy distinta dependiendo si el delito lo han realizado los sujetos mencionados en la letra a) del artículo 31.1 bis CP o si se ha realizado por los subordinados de estos.

Es importante destacar que, si se demuestra que el delito es realizado por las personas que ostentan un puesto de organización y control dentro de la persona jurídica, se presumirá que ha habido un defecto organizativo y, por lo tanto, y aquí viene la diferencia con los sujetos de la letra b), es la propia persona jurídica la que tendrá el peso de demostrar que cumple con los requisitos de exoneración de la responsabilidad penal que se recogen en el

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El delito corporativo en el Código penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2016, págs. 126 -127

apartado 2 del artículo 31 bis CP. Esto es así por la pura lógica mercantil, ya que, si el fallo ha estado en la estructura de control de la propia empresa, la persona jurídica debe tener la oportunidad de proponer prueba en contrario para poder convencer al tribunal de su inocencia. En ambos casos, en el delito cometido por sujetos apicales y en el cometido por los subordinados, el defecto organizativo es la conducta típica que se castiga de la persona jurídica, pero, cuando el delito lo comete un directivo, se presupone que concurre esa conducta típica. Cuando lo comete un subordinado, tendrá la acusación que acreditar ese defecto organizativo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de Apelación) núm. 18/2023, de fecha 16 de octubre de 2023, señala: “Respecto a quien le corresponde la prueba de este elemento, pertenezca al tipo o sea un elemento autónomo del tipo, o una causa de exención de la antijuricidad, existe una gran discusión, pero lo que parece cierto es que en casos como el presente en el que el autor persona física del delito cometido es quien ostenta el control absoluto del sociedad por ser su presidente y administrador, parece aconsejable considerar que es a él a quien le corresponden la carga de la prueba de la concurrencia de un sistema interno de prevención eficaz, algo que de existir, es adecuado para eximir de responsabilidad a la persona jurídica”.

La aplicación del defecto organizativo como requisito a la hora de enjuiciar un delito en cualquiera de las dos vías de imputación *también* creó un debate en la doctrina. Esto se debe a que es difícil determinar en qué casos se colma suficientemente el defecto organizativo como para generar responsabilidad penal y si es necesario que se encuentre presente en todos los tipos de delitos corporativos.

El Tribunal Supremo en su *primera* jurisprudencia estableció que el defecto organizativo sería un requisito necesario tanto para sujetos apicales como para sujetos subordinados a estos. Hubo opiniones en contra por lo que se podría concluir que no estamos muy lejos de encontrarnos en un sistema mixto en el cual tendremos un modelo de heterorresponsabilidad con matices en los supuestos de los delitos cometidos por sujetos apicales y un modelo de autorresponsabilidad en el caso de los delitos cometidos por subordinados.

El profesor FEIJOO SANCHEZ afirma que nos encontramos ante “*un modelo impuro de autorresponsabilidad*”.²⁵

En este apartado sobre los hechos internos de la persona jurídica, también se tratarán los hechos internos que influyen directamente en la determinación de la pena que puede

²⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. “*El delito corporativo en el Código Penal Español: ...*” ob. Cit. pág. 127.

imponerse a un individuo que ha sido declarado culpable de cometer un delito. Estos hechos vienen recogidos en el artículo 66 bis del CP donde establece el sistema de multas para la condena de las personas jurídicas siendo esta la manera más eficaz de contrarrestar el perjuicio económico que haya generado la persona jurídica al realizar el hecho delictivo.

Ahora bien, el propio artículo 66 bis también recrea la posibilidad de penas graves “para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos” teniendo que recurrir al artículo 33 apartado 7 del Código Penal para poder encontrar la determinación de pena grave para una persona jurídica: “(...) b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.* c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* (...)” Entre otros efectos recogidos en el artículo 33. 7 CP y estas se sumarían a la pena multa que ya se les hubiera impuesto.

Para imponer estas penas denominadas por la doctrina “*interdictivas facultativas*”²⁶ se atiende a:

- a. Necesidad preventivo-especial, para evitar que el sujeto colectivo reincida o cometa nuevos delitos
- b. Impacto social de la pena, estudiando el volumen de trabajadores y de socios de la persona jurídica

2.2.3. *Hechos propios de la persona física*

En los que únicamente, y como el nombre indica, afectarían a la culpabilidad de la persona física.

²⁶ GONZÁLEZ GUGEL, J., “¿Cuándo prescribe la acción penal nacida de la comisión de un delito atribuido a una persona jurídica?”, *Diario LA LEY*, N° 10353, Sección Tribuna, 21 de Septiembre de 2023, pág. 3.

3. DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

Los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal aluden a la necesidad de la comisión del delito por una persona física, pero sin que la determinación de quién ha sido sea un inconveniente para generar responsabilidad penal a la persona jurídica. Puede ser una persona física indeterminada quien haya cometido el delito que genere responsabilidad penal.

Como ya se ha comentado, la persona física que cometa el delito puede ser un subordinado o una personal directivo y el delito tiene que surgir de una infracción grave de los deberes del personal directivo en supervisión, vigilancia y control.

El profesor MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ²⁷ nos ayuda a arrojar la primera idea *“la atribución de responsabilidad a la persona jurídica requiere un hecho propio, que, dicho sintéticamente, se basa un déficit organizativo criminógeno, favorecedor de la comisión de delitos por parte de los integrantes de la empresa.”*

FEIJOO²⁸ tras analizar las ideas de *“acción colectiva”* y de *“intencionalidad colectiva”* concluye con que *“identificar responsabilidad corporativa (empresa como actor corporativo) y colectiva (empresa como actor colectivo) no resulta del todo satisfactorio para explicar el modelo implantado en el ordenamiento jurídico-penal español: la pena no se impone a un colectivo, sino a una entidad con cierta identidad propia y la multa afecta al patrimonio de esta”*.

No se busca que la pena recaiga sobre los que forman la persona jurídica como ente colectivo, sino que se busca un *“defecto institucional y estructural”* que se relaciona con que sea la persona jurídica la que contemple la eficaz ejecución de la legalidad. *“Esta perspectiva organizativo-institucional permite basar la responsabilidad penal en una realidad social o en fenómenos estructurales que son tan reales como la acción humana que ha soportado en exclusiva la responsabilidad penal hasta el presente.”*

Sintetiza muy bien FEIJOO²⁹ *“delito corporativo conducta antijurídica persona física + déficit grave de control, vigilancia y supervisión por parte de terceras personas + defecto estructural. (...)*

a) Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. A la persona jurídica la responsabilidad le llega siempre a través del injusto de la persona física.

²⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., “La estructura de la infracción penal de la persona jurídica: el presupuesto (el déficit organizativo peligroso) y el resultado/condición objetiva de punibilidad (el hecho de conexión posterior)” *Revista de responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, volumen nº3, 2023, pág. 29.

²⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. “El delito corporativo en el Código Penal Español: ...” ob. Cit. págs. 66-71, pág. 102.

²⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. “El delito corporativo en el Código Penal Español: ...” ob. Cit.pág.102-106.

b) *Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso de empleados dichos deberes corresponden a los superiores jerárquicos con capacidades importantes de decisión y gestión. En el caso de que el delito sea cometido por éstos, será relevante la creación de una estructura de vigilancia y de la legalidad de sus decisiones. Por ejemplo, estableciendo un órgano de cumplimiento que realice funciones de Consejo u Órgano de vigilancia o Comisión de Control del Consejo de Administración.*

c) *Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad. En caso de que se den los dos presupuestos anteriores, la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede ver en todo caso excluida siempre que se hayan implantado estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización de la que la persona jurídica es titular.”*

FEIJOO³⁰ finaliza estas ideas diciendo que “*tal como se encuentra regulado el artículo 31 bis, aunque no establece expresamente un deber de desarrollar políticas de cumplimiento de la legalidad de las empresas, conduce en la práctica a que la inexistencia de un programa eficaz de cumplimiento implique responsabilidad penal. (...) la mera referencia a un defecto organizativo es un requisito pobre para la responsabilidad penal, que dice bien poco si no se vincula al cumplimiento de la legalidad como cometido institucional de la empresa.*”

³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. “*El delito corporativo en el Código Penal Español: ...*” ob. Cit. págs. 128-130.

4. CAUSAS DE MITIGACIÓN O EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

4.1. Planteamiento

Fue en la modificación de Código Penal de 2015 en la que se previó unos requisitos para la exoneración de la responsabilidad penal vinculados a la adecuada implantación de los modelos de prevención penal. De esta forma, si se acredita que la empresa ha instaurado correctamente un *Compliance Program*, y se reúnen el resto de los requisitos que ahora se indicará, no habría responsabilidad penal de la entidad.

GÓMEZ-JARA DÍEZ relaciona el concepto de culpabilidad con el tipo de cultura que ha implementado la persona jurídica porque esto hace que conozcamos su intención frente a derecho. Por ello, la responsabilidad no se asocia ni con la culpabilidad individual de una persona física ni con deficiencias en la organización. Se refiere más bien a una "*actitud personal*" que la entidad adopta frente al cumplimiento del Derecho³¹. Si la persona jurídica está en condiciones de acreditar que existe una adecuada cultura de cumplimiento en su seno, deberá quedar exonerada³².

4.2. Requisitos para la exoneración de la responsabilidad penal en sujetos apicales.

Es el propio Código Penal en el apartado 2 el que establece las condiciones para la exoneración de la responsabilidad penal derivada de delitos cometidos por sujetos apicales. Se tienen que conseguir las siguientes condiciones para que se pueda lograr una exención de la responsabilidad penal de los hechos cometidos por personal directivo:

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ B. J. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Tratado de responsabilidad penal de las PJ: ..." *ob. cit.* pág. 177-178

³² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en Sentencia núm. 89/2023 de 10 febrero.

1. Encargo de la función al *Compliance Officer*.

Esto es lógico ya que no se le va a encargar la función de control a la misma persona que tiene que estar bajo ese régimen de supervisión (si es una empresa con un gran volumen de personal). De aquí surge la figura del *Compliance Officer*. Nos referiremos indistintamente al CO ya sea una sola persona o un departamento con un *Chief Compliance Officer* (un director de cumplimiento).

Las funciones del CO no son más que el producto de la delegación realizada por órganos superiores de sus funciones, de deber y vigilancia, necesarias para que el modelo de prevención penal sea eficaz. Gestiona el Compliance, garantizando que se cumplan las normas internas y externas, y se encarga de rectificar los posibles errores e incrementar su rendimiento.³³

Las actuaciones que puede realizar el CO son³⁴ por ejemplo intervenir para el control jurídico, auditar para la supervisión de procesos y procedimientos, realizar consultas para evitar la elusión fraudulenta de los protocolos internos y establecer las directrices de formación para los empleados que están bajo su supervisión.

En cambio, el legislador es comprensivo con las empresas más pequeñas y entiende que el propio órgano de administración puede realizar estos deberes de vigilancia de manera eficiente.³⁵

2. La persona física tiene que haber cometido el delito eludiendo los *Compliance Program* de manera fraudulenta.

Según GALÁN MUÑOZ³⁶, la interpretación de este presupuesto ha generado un debate doctrinal con posturas divergentes.

³³ CUEVAS OLTRA, C. M., *Personas Jurídicas: delitos, garantías y Compliance* (1st ed.). J.M. Bosch Editor, 2023, pág. 141

³⁴ RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., “Cumplimiento normativo y protección de datos: la compleja articulación de las relaciones entre el Compliance Officer y el DPO en la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, (182),2022, págs. 97-111.

³⁵ GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 209.

³⁶ En lo relativo al debate planteado, GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch, 2017. Pag 150 y ss.

Para una parte de la doctrina³⁷, este requisito implica la impunidad de la persona jurídica, argumentando que ninguna medida puede limitar la voluntad de quienes actúan en su representación.

Sin embargo, GALÁN MUÑOZ y otros coinciden en que, aunque las medidas preventivas parezcan adecuadas, si no impiden la comisión del delito, el sistema de prevención se considera ineficaz. Respecto a la expresión "eludir fraudulentamente", GALÁN MUÑOZ sugiere que el juez debe determinar si las medidas preventivas, inicialmente consideradas apropiadas, estaban siendo implementadas efectivamente por aquellos responsables asignados, incluso si el delito se comete de manera casual y sin un esfuerzo especial por parte del autor.

3. Que las medidas de supervisión, vigilancia y control se hayan implementado en el modelo de control se hayan realizado de manera suficiente.

Se requiere para que se pueda apreciar este requisito de exoneración que el *Compliance Officer* haya realizado las funciones encomendadas a su cargo de manera eficiente, sin incurrir en una negligencia que se entienda por incumplido su deber de control.

Según VELÁZQUEZ VIOQUE³⁸, atendiendo a lo establecido en el Código Penal, para que proceda la exención de responsabilidad deben concurrir dos circunstancias. La primera de ellas, la implantación del *Compliance Program* de una forma anticipada (con un mapa de riesgos) y el resto de los requisitos que establece el Código Penal. Y, la segunda de ellas, que exista un órgano de gestión para este modelo de prevención de riesgos. Si se comete un hecho delictivo y no se cumple con los requisitos aquí descritos la persona jurídica será responsable penalmente.

³⁷ GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad penal ..." ob. cit. pág. 152.: se refiere el autor a QUINTERO OLIVARES, G «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pág. 90.

³⁸ VELÁZQUEZ VIOQUE, D., "Responsabilidad penal de las empresas ¿Cómo probar el debido control?", *Diario La Ley*, núm. 7794, sección Tribuna, 9 febrero 2012, año XXXIII, pág. 3.

4.3. Modelo de prevención penal (apartado 5 del artículo 31 bis CP)

Este requisito es común tanto para el delito cometido por personas a las que se refiere la ley en la letra a) de este artículo, personal directivo o altos cargos; como la letra b), personal subordinado.

Para que sea considerado como una causa de exoneración es preciso que el modelo sea implementado en la persona jurídica con anterioridad al hecho delictivo, que sea idóneo para prevenir delitos, y que sea eficaz, lo que requiere, principalmente, que tenga relevancia en el funcionamiento societario, debiendo huir de lo que se conoce como “*paper Compliance*”, “*make-up Compliance*” o “*fake Compliance*”. El legislador nos facilita conocer qué es “debido control” debiéndose cumplir los siguientes requisitos, recogidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

i. Mapa de riesgos

En primer lugar, la persona jurídica deberá elaborar un mapa de riesgos donde se “*Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*”.

Se trata de determinar qué actividades de la sociedad pueden culminar con la comisión de alguno de los riesgos penales comisibles por las personas jurídicas, y que terminarán componiendo lo que se denomina “mapa de riesgos”. Se debe hacer un análisis *ex ante*, con una perspectiva futura a los hechos potencialmente típicos que puedan surgir en el seno del ente.

Para el análisis es preciso considerar la probabilidad de la comisión (para lo que se puede atender, por ejemplo, a la frecuencia con que se produce en la Sociedad la actividad potencialmente riesgosa) y la gravedad de las consecuencias y una valoración de los riesgos penales estableciendo un nivel de riesgo atendiendo al análisis anterior, apartado 6.2 de la NORMA UNE 19601.³⁹

³⁹ La UNE 19601 es una norma española sobre los sistemas de gestión de Compliance penal. Establece un marco de referencia para tener una educación acorde a ser unos “buenos ciudadanos corporativos” por el que se recogen unas buenas prácticas para reducir el riesgo de comisión de delitos para cualquier tipo de empresa,

NIETO MARTÍN ⁴⁰ analiza los apartados que debe contener un buen mapa de riesgos: fijación del objeto, identificación de las posibles infracciones, probabilidad de riesgo, evaluación de riesgo, tratamiento de riesgo y revisión.

ii. Protocolo de formación de la voluntad societaria

En segundo lugar, un protocolo de formación donde se “*Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*”

Sobre este requisito nos encontramos con la dificultad que atañe la poca doctrina penalista desarrollada sobre este elemento de los modelos de prevención penal del artículo 31 bis CP. La NORMA UNE 19601 hace una breve mención, pero no lo explica.

GONZALEZ CUSSAC da una gran importancia a los informes elaborados por la asesoría jurídica de la persona jurídica. Esto es así porque el Programa de Cumplimiento no puede llegar a ser efectivo si no se documenta como, donde, cuando y bajo qué procedimiento se ejecutan las decisiones y por ende poder comprobar que las órdenes son entendidas y cumplidas de la forma y con el fin por el que se crean. ⁴¹

iii. Recursos financieros suficientes

En tercer lugar, deberá contar con un plan de recursos financieros en el cual se “*Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*”

La persona jurídica deberá recoger en sus presupuestos una parte destinada a la correcta funcionalidad de los *Compliance* ya sea para que funcione el propio programa o para

⁴⁰ NIETO MARTÍN, A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., BLANCO CORDERO, I., PÉREZ FERNÁNDEZ P. Y GARCÍA MORENO, B. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 154.

⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos” GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 317-347.

controlar las cuentas del ente y controlar que los recursos de la entidad no se emplean en la comisión de delitos.⁴²

Pueden ser recursos financieros, tecnológicos y humanos, así como el asesoramiento externo, según el apartado 7.2 de la NORMA UNE 19601.

iv. Canal de denuncias

Por cuarto lugar, la empresa deberá contar con un canal de denuncias por el cual *“Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.”*

Se trata de establecer un medio, comúnmente conocido como canal de denuncias donde los integrantes de la persona jurídica, y personas relacionadas (proveedores principalmente) puedan notificar posibles infracciones. Antes de establecer medidas correctoras contra el acusado se tendrá que acometer una investigación interna para determinar la veracidad de los hechos denunciados, personas implicadas, y las posibles medidas que sean necesarias para evitar que la conducta se reproduzca en el futuro.⁴³

Recientemente se ha publicado una NORMA UNE – ISO 37002⁴⁴ sobre los canales de denuncias, y las investigaciones internas. Se pretende orientar a las organizaciones para que implementen de manera efectiva, ya sea creando o mejorando, un sistema de gestión de denuncia de irregularidades.

v. Sistema disciplinario

En quinto lugar, establecerán un sistema disciplinario que *“Sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.”*

⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: ...” ob. cit. pág. 206-208.

⁴³ PASCUAL SUAÑA, O. “Mejores prácticas en los canales de denuncias”, *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 9(2), 2023, págs. 575-607.

⁴⁴ Asociación Española de Normalización y Certificación. (2021). Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices. (UNE-ISO 37002:2021) <https://www.iso.org/standard/65035.html>

Lo habitual, como apunta GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴⁵, será que el programa de cumplimiento se remita a los convenios sectoriales o al mismo Estatuto de los Trabajadores para ver la legislación específica o general en materia de faltas, sanciones y, si se llegara a esta situación, despido disciplinario.

vi. Verificación periódica

Y, en último lugar, se realizará una verificación periódica cuando se encuentren incumplimientos graves de este modelo o cuando se modifique el organigrama o la estructura de control de tal manera que sean necesarios.⁴⁶

4.4. Requisitos para la mitigación de la responsabilidad penal

En lo que nos respecta a la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también se le cubre de importancia a las actuaciones que ésta realice tras la comisión del delito. Nuestro legislador en el artículo 31 quater del Código Penal establece qué tendrá que hacer una persona jurídica para atenuar su responsabilidad penal una vez inmersa en el procedimiento.

Para que se aprecie una atenuación de la responsabilidad se tendrá que dar alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

- i. Acreditación parcial de la concurrencia de las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo 31 bis CP

La primera de las circunstancias en las que una empresa puede lograr la atenuación de la responsabilidad penal es con la acreditación parcial de las circunstancias del apartado 2 del artículo 31 bis CP. Se configura como recompensa por haber neutralizado parte del

⁴⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” ... Ob. cit. págs. 143-220, pág. 212.

⁴⁶ Asociación Española de Normalización y Certificación. (2017). Sistemas de gestión de Compliance Penal. Requisitos con orientación para su uso. (UNE 196001:2017) <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0058338>

posible daño que se hubiera dado si nada del apartado 2 estuviera implementado en la persona jurídica. Apunta FARALDO CABANA, P. que *“Esa acreditación parcial no se puede confundir, a mi juicio, con la falta de eficacia del programa determinada desde un punto de vista ex post, es decir, una vez que la comisión del delito por la persona física ha revelado que el programa no ha conseguido cumplir su objetivo de prevenir delitos.”*⁴⁷

Y ya, en segundo lugar y atendiendo a lo que recoge el artículo 31 quater CP:

ii. Haber confesado ante las autoridades competentes antes de que se haya iniciado el procedimiento judicial

El razonamiento de esta circunstancia es sencillo: facilitar, economizar e instigar la rapidez del procedimiento. El legislador es consciente que la aportación de declaraciones con una información veraz y significativa para la buena ventura de las investigaciones o del procedimiento es positivo para este y por eso anima al sujeto a aportar datos o hechos que ayuden en las fases previas.⁴⁸ Para que se considere como requisito atenuante tiene que haber tenido lugar antes de que se inicien las indagaciones, ser afirmaciones ciertas, y deben tener concreción suficiente para poder ser útiles.

iii. Haber colaborado aportando pruebas que faciliten la investigación siendo de nueva noticia o relevantes en el caso

Este requisito está estrechamente relacionado con el anterior, ya que en ambos la base es la cooperación con las autoridades encargadas de la investigación o del propio procedimiento, pero son independientes. Se puede dar uno sin necesidad del otro.

La colaboración puede considerarse acreditada si la persona jurídica responde positivamente a la información y documentos que le requieran las autoridades o, sin necesidad de que se hayan solicitado esa información, la propia persona jurídica los aporte.

⁴⁷ FARALDO CABANA, P., “Los Compliance Programs y la atenuación de la responsabilidad penal” en GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 162.

⁴⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Tratado de responsabilidad penal de las PJ: ...” pág. 231 al referirse a *“la atenuante de confesión tiene una larga tradición en el Derecho penal individual y por ello parecerá lógico otorgarle el mismo contenido en el Derecho penal de las personas jurídicas”*.

Tenemos que estar ante pruebas nuevas y decisivas para que sean aceptadas como atenuante y se atienden igual ya sean para esclarecer la información referida al hecho delictivo en sí mismo o para fundamentar el error en el modelo de prevención penal que hubiere, o no, implantado en el seno de la persona jurídica.⁴⁹

iv. Haber realizado actuaciones para enmendar el daño producido o reducir el impacto. Da igual en qué momento se realice para que sea tenido en cuenta

El TS entiende que si ya se ha restablecido el daño que se causó a la víctima, la necesidad de imponer una pena mengua. Los beneficios para afectados y para el acusado son indudables, las víctimas ven los daños económicos subsanados de una forma rápida y la persona jurídica evita un grado mayor de reprimenda en la sentencia.⁵⁰ Se tiene que enmendar el daño producido de una forma significativa y relevante. Aquí la jurisprudencia⁵¹ se pronuncia sobre la capacidad económica de la persona jurídica, atendiendo a la solvencia o insolvencia de esta, para poder asumir medidas que puedan reducir o reparar el daño causado.

v. Haber instaurado en el organismo el modelo de prevención eficaz para delitos futuros en el seno de la persona jurídica antes del juicio oral

Esto se hace con la intención de evitar o disminuir la posibilidad de cometer en un futuro hechos ilícitos. La doctrina mayoritaria entiende que es necesario la implementación de un *Compliance Program* completo para colmar este requisito.⁵²

5. CARGA DE LA PRUEBA

Por concluir el debate que he planteado en epígrafes anteriores sobre si estamos ante una responsabilidad vicarial o una responsabilidad por hecho propio le dedicaré unas breves

⁴⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “*La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” ob. cit. págs. 237-238.

⁵⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “*La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” ob. cit. pág. 242

⁵¹ STS núm. 59/2011 de 2 febrero.

⁵² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “*La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” ob. cit. pág. 244.

líneas a la cuestión de qué y quién debe probar los elementos esenciales que se han ido tratando.

Es determinante fijar a este respecto cuál es el concreto injusto que debe cometer la persona jurídica, para tener responsabilidad penal y, con ello, cómo operan los modelos de prevención penal.

Como se ha dicho, el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 por la que se modifica el Código Penal establece que nos encontramos en un modelo de autorresponsabilidad, llevando la contraria a las circulares de la FGE.

De este modo, si estamos ante un modelo de autorresponsabilidad, a la acusación le corresponderá acreditar la existencia de un defecto organizativo. Por ello, será la persona jurídica la que tenga que demostrar los requisitos de exoneración, es decir, que, aunque los hechos sean típicos, y antijurídicos, no es culpable.

La anterior afirmación es matizable pues, como ya se ha resaltado, cuando el delito haya sido cometido por un sujeto apical de la persona jurídica, directamente se presumirá el defecto organizativo por lo que la empresa tendrá que demostrar, además, que este no se da.

El enjuiciamiento de la persona jurídica se enfocará en determinar si existen defectos organizativos en la supervisión, vigilancia y control de la actividad. Se buscará establecer si las faltas estructurales han generado un riesgo por encima de lo permitido y, finalmente, si ese peligro ha resultado en el ilícito cometido por la persona física.

En la práctica, se presumirá el defecto organizativo cuando el delito sea cometido por los sujetos apicales según el artículo 31.bis 1 CP, letra a). En este caso, la persona jurídica deberá ser la encargada de exponer los presupuestos establecidos en el apartado 2 del artículo 31 bis CP para conseguir la exoneración de responsabilidad. No obstante, se aclara que esto no significa que el defecto estructural deje de ser un elemento del tipo, pero cuando la conducta proviene de los representantes societarios, puede suponer un problema de diseño en las estructuras de control, ante lo cual se admitirá prueba en contrario.⁵³

⁵³ NEIRA PENA, A.M, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2015, pág. 798.

En lo que concierne a la aprobación e implementación de un modelo de prevención penal, aunque constituye un requisito común, su relevancia varía considerablemente según quién cometa el ilícito y las circunstancias específicas que lo rodeen.

En el caso de delitos perpetrados por directivos, si el ilícito se lleva a cabo con el consentimiento del órgano de administración, esto evidencia una clara falta de cultura de cumplimiento legal (precisamente este órgano es responsable de implementar el modelo), lo que dificulta que el modelo de organización y gestión pueda eximir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, si un miembro del órgano de gobierno decide cometer el delito de manera individual, la eficacia del modelo de prevención puede ser mayor, posiblemente contribuyendo a la exención de responsabilidad.⁵⁴

En cuanto a los delitos cometidos por subordinados, la efectiva implementación del modelo de prevención permitirá prevenir y detectar ilícitos, lo que aumenta significativamente su capacidad para eximir de responsabilidad.

⁵⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento” en GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 191.

6. PARTE ESPECIAL

6.1. La prueba y el derecho de defensa

A lo largo de este epígrafe nos apoyaremos principalmente en el catedrático PICO I JUNOY⁵⁵ para entender el punto de vista de la doctrina constitucionalista en lo relativo al derecho de prueba: cuál es el concepto de dicho derecho, qué se entiende como el contenido al derecho a la prueba y sus límites.

6.1.1. Concepto de derecho a la prueba y su importancia práctica

PICO I JUNOY define el derecho a la prueba como *“aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del juez o tribunal acerca de lo discutido en el proceso.”*⁵⁶

La Constitución Española recoge este derecho entre los fundamentales, previstos en el Título I, de los derechos y deberes fundamentales; capítulo segundo, derechos y libertades; sección 1ª, de los derechos fundamentales y libertades públicas:

“Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

6.1.2. Contenido del derecho a la prueba: la admisión, práctica y valoración de la prueba.

Lo primero que se tendrá que dar es que la prueba cumpla con los límites exigidos, es decir y como ya veremos, si la prueba es útil y pertinente y, por ende, si deberá admitirse.

⁵⁵ PICO I JUNOY, J. “El derecho a la prueba”, en MIRANDA VÁZQUEZ, C. y HIERRO SÁNCHEZ L. A., *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*. Barcelona: J M BOSCH EDITOR, 2021, págs. 19-56.

⁵⁶ PICO I JUNOY, J., “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos...” ob. cit. pág. 46.

El TC⁵⁷ ha destacado la obligación que tiene el magistrado que enjuicie este proceso de determinar de forma explícita si la prueba es, o no, útil y pertinente para que la parte a la que le afecte de manera negativa esta decisión sobre su admisión pueda impugnarla.

Siguiendo esta línea por la cual el afectado tiene posibilidad formalmente de recurrir la admisión o no de prueba, el juez deberá motivar la admisión o inadmisión de la prueba en el momento en el que se le propone, no pudiendo esperar a momentos posteriores ni, por supuesto, a la resolución de la sentencia.

En segundo lugar, está el derecho a la práctica de la prueba admitida, el cual implica el poder de exigir que se practique toda la actividad probatoria acordada. Si no se realiza, se considera una denegación implícita del derecho. Es fundamental que se lleve a cabo la prueba que se ha admitido inicialmente para que este derecho sea efectivo y real.⁵⁸

Para no vulnerar el derecho a la práctica de la prueba se debe tener en cuenta que este derecho también abarca la realización de diligencias finales, que sirven para llevar a cabo, en el proceso civil, pruebas que no fueron posibles en su momento procesal adecuado. Si una prueba ha sido admitida pero no se pudo realizar a pesar de los esfuerzos de la parte solicitante, y hay otro momento procesal adecuado para llevarla a cabo, debe hacerse en ese momento para no vulnerar el derecho a la prueba.

Por último, el derecho a la valoración de la prueba practicada significa que el derecho a la prueba incluye el poder de exigir que la prueba admitida y practicada sea valorada por el tribunal. Si esto no ocurre, se estaría dejando inutilizada su efectividad. Dicho de otro modo, si el tribunal no valora los resultados probatorios, se estaría frustrando el propósito del derecho a la prueba, convirtiéndolo en una garantía superficial y sin valor real.⁵⁹

Sería ideal que el tribunal explicara todos los resultados obtenidos de la prueba, aunque bastaría con que explicara aquellos que le hayan llevado a formar una convicción

⁵⁷ STC 128/2017, de 13 de noviembre establece que se vulnera el derecho a la prueba “cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha admisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable”

⁵⁸ STC 130/2017, de 13 de noviembre se establece la idea de que “el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión; (v) que la inejecución de una prueba admitida a trámite equivale a su inadmisión, pero ello no impide que opere la doctrina reiterada del Tribunal sobre el derecho a utilizar los medios pertinentes para la propia defensa.”

⁵⁹ Citada la obra de TARUFFO, M., *Il diritto all' prova nel processo civile*, en “revista di diritto processuale”, 1984, IV, p. 106 por PICO I JUNOY, J., “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos...” ob. cit. pág. 42.

sobre los hechos en disputa, ya que se puede inferir que los demás también fueron considerados de manera negativa.

6.1.3. Límites del derecho a la prueba

Este derecho, pese a ser considerado como un derecho fundamental, se encuentra limitado por el legislador a través de normas procesales que lo regulan. Seguiremos el estudio de PICO I JUNOY sobre los límites que caracterizan este derecho y por ende determinar cuándo una prueba debe admitirse y practicarse o no:

i. Límites intrínsecos: la pertinencia y la utilidad

El catedrático PICO I JUNOY define esta categoría como los límites *“inherentes a la actividad probatoria, esto aquellas condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba para ser considerada como tal, siendo éstas su pertinencia y utilidad.”*⁶⁰

La legislación española recoge en su literalidad el límite de la pertinencia del derecho a la prueba en los artículos 24.2 CE y en el 283.1 LEC.

En este segundo artículo la LEC establece que la pertinencia de una prueba se define por su relación con los hechos que son objeto del proceso. Este límite tiene por objeto evitar que todo el material que se establezca en el procedimiento como medio de prueba realmente sirva para convencer al juez sobre el objeto del litigio, así se podrá considerarlo como medio de prueba real y estar protegido por este derecho a la prueba. Además, se evita que el proceso se alargue indebidamente al debatir sobre cuestiones baladíes sobre el objeto de la prueba.

También en los artículos 24.2 CE y en el artículo 283.2 LEC se recoge el límite de la utilidad, aunque no de manera tan literal. Recordando la definición que da PICO I JUNOY⁶¹ el fundamento de este límite se encuentra en la inutilidad de la prueba cuando no sirve para convencer al juez del objeto del litigio.

⁶⁰ PICO I JUNOY, J., “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos...” ob. cit. pág. 44.

⁶¹ “Aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, es claro que la prueba «inútil», en la medida en que no será apta para formar la debida convicción judicial, queda excluida del contenido del derecho a la prueba.”

El concepto de inutilidad es muy amplio pero el legislador nos ayuda a acotar la extensión de este límite *“en primer lugar, que las reglas y criterios que fundamenten el rechazo de la prueba sean «razonables y seguros» y, en segundo lugar, que «en ningún caso» la prueba propuesta pueda «contribuir a esclarecer» los hechos controvertidos, por lo que en caso de duda no podrá entrar en juego este límite y deberá admitirse la prueba.”*⁶²

No debe confundirse utilidad con los conceptos de eficacia, abundancia o carga probatoria.

El órgano juzgador no puede inadmitir una prueba por pensar que esta no dará lugar al resultado esperable, no puede juzgar antes de tiempo su eficacia.

Tampoco se puede comparar utilidad con abundancia. No es lo mismo que el juez deniegue un medio probatorio por prueba abundante al estimar que ya tiene forma bastante, con el material aportado, de crear su propio conocimiento sobre el objeto del litigio; que el juez inadmita un medio probatorio por la calidad de una prueba debido a que aquí sí que estaríamos ante el criterio de utilidad.

Finalmente, aclarar, que la aplicación carga de la prueba tiene lugar cuando se dicta sentencia así que sería un gran error inadmitir un medio probatorio por la incorrecta iniciativa de la defensa o acusación.

ii. Límites extrínsecos

PICO I JUNOY establece que los límites extrínsecos son *“debidos a los requisitos legales de proposición, que hacen referencia a las formalidades y cauces procesales imprescindibles para ejercitar válidamente el derecho a la prueba.”*⁶³

Pueden ser límites genéricos, cuando versen sobre cualquier medio de prueba, o específicos, cuando recaen sobre un tipo de prueba en concreto los cuales se pueden encontrar desarrollados en la LEC.

Los límites genéricos son la licitud de la prueba, la prohibición de la prueba (art. 283.3 LEC: *“Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”*⁶⁴), el requisito de legitimación y los requisitos temporales y de forma.

⁶² PICO I JUNOY, J, “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos ...” ob. cit. pág. 46.

⁶³ PICO I JUNOY, J, “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos ...” ob. cit. pág. 44.

⁶⁴ PICO I JUNOY, J, “La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos ...” ob. cit. pág. 52.

6.2. El papel de las partes en el proceso penal

Retomando las ideas del epígrafe 2 de este trabajo podemos realizar un breve resumen a modo de introducción para esta nueva parte.

Por un lado, recordamos que es la acusación a la que le corresponde la prueba del defecto organizativo. Es la acusación la encargada de determinar cuáles son las fallas estructurales dentro de la persona jurídica que le llevan a cometer un ilícito penal. Esto es así siempre y cuando el delito sea cometido por una persona subordinada dentro de las estructuras de organización del ente, ya que, si el delito lo comete un sujeto apical se presumirá el defecto organizativo (por ser estos los garantes del correcto funcionamiento de la persona jurídica).

Por otro lado, la defensa es la encargada de demostrar los requisitos de exoneración necesarios para acreditar que no es culpable. Es decir, es la defensa la encargada de demostrar una correcta cultura de cumplimiento en la persona jurídica y esto se garantiza con un correcto, útil y eficaz modelo de prevención penal.

Determinado ya que los *Compliance Program* son el eje principal de la prueba en el enjuiciamiento penal de la persona jurídica no solo demostrando su eficiencia sino también demostrando su efectiva ejecución en la empresa.

La importancia que tiene el programa de prevención de delitos va de la mano con la importancia que tienen los medios de prueba que se utilizarán para acreditar esa existencia, vigencia y eficacia.⁶⁵

Tal y como señala la STS 221/2016, de 16 de marzo, los medios de prueba más utilizados van a consistir en la prueba pericial, documental y testifical.

⁶⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., y NEIRA PENA A. M., *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, pág. 281

6.3. Los medios probatorios idóneos para introducir los Compliance Program en el proceso penal

CLIMENT DURAN define el medio de prueba como “*los medios probatorios son los instrumentos mediante los cuales se trata de conseguir la finalidad de justificar la verdad de las afirmaciones básicas realizadas por las partes.*”⁶⁶

MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁷ nos ayuda a establecer una pequeña referencia a la relevancia de la prueba: “*La prueba es una actividad esencial del proceso sobre la que se fundamenta la actividad decisoria del Juez penal a través de la sentencia, dentro del debate contradictorio que exige el proceso penal.*”

Como afirma la profesora MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁸, el derecho a probar no es absoluto. Sin embargo, su ejercicio está intrínsecamente ligado a los derechos fundamentales que garantizan la presunción de inocencia y un proceso justo con todas las garantías.

Este enlace se fortalece mediante el derecho de defensa, que implica la participación del imputado en la actividad probatoria, el acceso a la información sobre sus derechos y la garantía de que la prueba se lleve a cabo con la asistencia de un abogado.

La presentación de pruebas es un “*acto de parte*”, quienes tienen la responsabilidad de demostrar su postura para lograr un fallo a su favor. Específicamente, es tarea de la acusación proporcionar los hechos y pruebas que consideren.

A lo largo de este epígrafe trataremos los medios de prueba más propios de procedimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas, rodeando más en concreto en la idea de Compliance Program como objeto de prueba y los medios de prueba suficientes para acreditarlo siguiendo a la autora NEIRA PENA en este epígrafe.⁶⁹

Cuando los líderes de una empresa cometen un delito, se presume que hubo un incumplimiento de sus deberes de dirección o supervisión, lo que indica que es potencialmente una ineficacia del programa de cumplimiento de la empresa. Sin embargo, la

⁶⁶ CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal* (2ª ed.), 2005, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 80.

⁶⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Concepto, fuentes y medios de prueba.” en GONZÁLEZ CANO, M. I., y ROMERO PRADAS, M. I., *La prueba. Tomo II, La prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 28-33.

⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “*La prueba ...*” ob. cit. pág. 28-33.

⁶⁹ NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, págs. 232-254.

empresa puede rebatir esta presunción demostrando que los líderes eludieron los controles para prevenir y detectar conductas ilícitas.

Si son empleados de rango menor quienes cometen el delito, no se puede asumir automáticamente que hubo un fallo en la dirección o en las medidas de prevención de la empresa. En este caso, la acusación debe probar que la empresa carecía de prácticas o medidas adecuadas para prevenir el delito, y esto debe ser demostrado más allá de cualquier duda razonable mediante el interrogatorio de directivos y empleados, así como la revisión de documentos relevantes.

6.3.1. *La prueba documental*

ASENCIO MELLADO define el documento como medio de prueba: *“la representación, a través de cualquier medio —escrito, hablado, visionado etc.— y su plasmación en papel o distinto soporte, de una idea o realidad preexistente al proceso e independiente del mismo, que se aporta a él con fines esencialmente probatorios.”*⁷⁰

Una segunda definición de prueba documental nos la da CLIMENT DURÁN: *“el documento es un medio probatorio caracterizado por ser una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, producto del pensamiento humano, y que está destinado a formar la convicción del Juzgador sobre un hecho a que el mismo se refiere.”*⁷¹

NEIRA PENA le confiere el título de “prueba reina” en los procedimientos penales en que intervengan personas jurídicas. Esto es así ya que lo habitual en el desarrollo de la actividad de una persona jurídica es que se vaya archivando información económica, financiera, de personas y demás situaciones importantes de ella. También, por supuesto, se guardará documentación propia de las actividades o protocolos establecidos y realizados sobre la prevención, detección y represión de los delitos que se puedan cometer en el seno de la entidad, como parte del programa de cumplimiento.

⁷⁰ ASENCIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 230.

⁷¹ CLIMENT DURÁN, C., “La prueba penal ...” ob. cit. pág. 605.

La primera toma de contacto que tendrá el *Compliance* como medio de prueba será como prueba documental ya que tal programa de cumplimiento deberá aportarse con los suficientes documentos. Principalmente se compondrá de los siguientes:⁷²

- Código ético de la entidad
- Mapa de riesgos delictivos
- Diseño de su modelo de organización y gestión preordenado para evitar delitos
- Protocolos de actuación orientados a prevenir y detectar la comisión de ilícitos
- Procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de a persona jurídica, de adopción y ejecución de decisiones
- Configuración y funciones del organismo encargado del funcionamiento del programa
- Sistema disciplinario
- Diseño del canal de denuncias
- Labores de comunicación y formación diseñadas para dar a conocer el modelo entre los distintos agentes que se relacionan con la entidad
- Sistema de actualizaciones del programa e informes sobre actualizaciones y modificaciones
- Informes de auditoría interna
- Registro y archivo documental de la actividad del modelo de prevención penal (recabar información a través de los anteriores medios: canal de denuncias o sistema disciplinario)

⁷² NEIRA PENA, A. M., *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ªed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pág. 283-284.

En relación con los documentos relevantes para acreditar la eficacia NIETO MARTÍN⁷³ destaca las investigaciones internas: “*En un modelo de cumplimiento presidido por un código ético su objeto es averiguar cualquier tipo de infracción al código ético y a las normas de cumplimiento normativo que lo desarrolla. Las investigaciones internas pueden ser utilizadas, por tanto, para esclarecer hechos delictivos que pueden dar lugar a responsabilidad de la empresa.*”

Las autoridades pueden llegar a conocer esta información a través de la entrada y registro a la sede de la persona jurídica donde se encuentren documentos que sean útiles para esta “prueba reina”, también se puede requerir a terceros que se relacionen con la parte investigada como pueden ser entidades bancarias, u otras personas tanto físicas como jurídicas.

Hemos analizado ya que se puede requerir a la propia persona jurídica para que facilite esta documentación, pero hay que tener en cuenta que el derecho a no autoincriminarse da la facultad al investigado a negarse a la aportación de dicha documentación.⁷⁴

Otorgada la importancia que tiene a la prueba documental en este tipo de procedimientos no se pueden desmerecer otras formas de demostrar la efectividad del modelo como la prueba pericial y la prueba testifical.

6.3.2. La prueba pericial

GÓMEZ COLOMER⁷⁵ nos define el perito como “*un tercero, es decir, una persona ajena al proceso, que posee unos conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados que el Juez no tiene, sea título profesional o no, y que los vierte en el mismo tras haberlos aplicado a estudiar los hechos u otros elementos objeto de la investigación*”. En esta definición incide la propia redacción del artículo 456 LECRIM.⁷⁶

⁷³ NIETO MARTÍN, A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., BLANCO CORDERO, I., PÉREZ FERNÁNDEZ, P., y GARCÍA MORENO, B., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 223.

⁷⁴ NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 270-271.

⁷⁵ GÓMEZ COLOMER, J. L., “los actos de investigación no garantizados.” en MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*. 26ªed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pág. 210.

⁷⁶ Artículo 456 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM): “*El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.*”

GASCÓN INCHAUSTI⁷⁷ señala que el objeto de la prueba pericial en los procedimientos de responsabilidad penal de la persona jurídica significa que “*a través de informes de expertos que se pronuncien sobre la aptitud a priori del programa de cumplimiento de la persona jurídica y de sus mecanismos de control para evitar la comisión de delitos por parte de directivos o empleados.*”

Este medio de prueba será muy utilizado en el seno de la investigación a la persona jurídica ya que los delitos que puedan cometerse en la organización suelen estar relacionados con materias complicadas como la economía, asuntos financieros o contabilidad. Estas complejidades suelen pedir el auxilio de un peritos, auditores o contables para poder facilitar el entendimiento de la información que pueda ser importante para el enjuiciamiento de la persona jurídica.⁷⁸

También se suma al carro de la complejidad el, a veces, enmarañado organigrama de algunas personas jurídicas donde concedores de las técnicas de organización empresarial, delegaciones y descentralización tengan que ayudar a los informes relativos a la eficacia del sistema de evaluación y prevención de riesgos o las medidas de prevención delictiva atendiendo a la estructura o descentralización de la entidad⁷⁹.

En cualquiera de los casos el perito no puede intentar reemplazar el conocimiento del juez a la hora de enjuiciar la tipicidad de un hecho: *iura novit curia*. El juez en base a su conocimiento y a las pruebas practicadas dictará sentencia acorde a la ley⁸⁰. GARUTI advierte del peligro al intentar suplantar la libre valoración del juez al utilizar de manera excesiva la herramienta del perito como medio de prueba “*como en la determinación de si ha habido un incumplimiento grave de los deberes de control y si tal incumplimiento resulta jurídico-penalmente relevante, (...)*”. Es decir, que no se puede pretender que con las valoraciones de los peritos se pretenda eclipsar la voluntad del juzgador sobre el caso concreto. Para ello el juez en la motivación de su sentencia debe dejar claro cuál es el *iter* de su razonamiento.

⁷⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F. “*Proceso penal y PJ*”. Ob. cit. pág. 147.

⁷⁸ Utilizaremos en las próximas líneas del Trabajo a NEIRA PENA, A. M., “*La defensa penal de la PJ ...*” ob. cit. pág. 235-236 refiriéndose a GARUTI, G. “*Il processo ‘penale’ agli enti.*” Utet, 2011.

⁷⁹ NEIRA PENA, A. M., “*La defensa penal de la PJ ...*” ob. cit. pág. 236.

⁸⁰ Artículo 741 LECRIM: “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.*”

MAGRO SERVET⁸¹ sobre la dicotomía de si la pericial es un elemento puramente jurídico o si se puede considerar como un medio de prueba afirma que la necesidad de un enfoque profesional en este asunto requiere conocimientos específicos además de los jurídicos, para proporcionar al juez orientación al decidir sobre un componente crucial del proceso. En el análisis del programa de cumplimiento normativo, la perspectiva legal solo adquiere relevancia en función de las consecuencias que el perito experto en el modelo de prevención penal identifique tras el examen. Por ello el juez tras haber atendido a los conocimientos del perito sobre los elementos del Compliance Program determinará si es adecuado o no para ser una circunstancia de mitigación.

El propósito de la pericial en Compliance no se centra en cuestiones legales, sino en la evaluación que realiza el juez sobre la prueba pericial. Se argumenta que los jueces penales deberían aceptar informes periciales en Compliance elaborados por expertos en este campo. La clave está en demostrar la capacitación del experto, ya sea mediante una titulación reconocida por un Registro del Ministerio de Justicia o mediante la documentación de su preparación y formación específica, incluyendo la afiliación a colegios profesionales y la realización de cursos relevantes para demostrar la competencia en la materia.

Se le da tanta importancia al conocimiento acreditado del perito debido a que en los procesos penales que involucran a personas jurídicas se enfrentan a desafíos por la complejidad de los hechos investigados. Los programas de cumplimiento son esenciales en la defensa de las personas jurídicas y están influenciados por normativas técnicas para evitar riesgos penales. La Norma UNE 19601 es crucial para evaluar la idoneidad de estos programas, y podría utilizarse como base para las certificaciones de los programas de cumplimiento.

Se considera la posibilidad de que expertos en riesgos penales asistan al tribunal durante la fase de instrucción.⁸²

Los requisitos que se exigen a estos expertos son la imparcialidad y la competencia profesional. Sobre el requisito de imparcialidad nos resulta obvio, y más en materia de derecho, que el perito encargado del análisis del Compliance Program sea una persona

⁸¹ MAGRO SERVET, V., “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”, *Diario la Ley*, núm. 9337, 2019, pág. 5-8.

⁸² En lo relativo a las certificaciones necesarias para demostrar la efectividad de un programa de cumplimiento normativo nos apoyaremos del artículo de PASCUAL SUAÑA, O., “El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal”, *Revista general de derecho procesal* núm. 47, 2019.

completamente ajena y sin ningún vínculo con la persona enjuiciada para que el informe pericial sea todo lo objetivo que se trata de que sea. Y, en relación con la competencia profesional, es realmente lo que nos permite denominar a este tipo de pruebas como periciales, debido a la importancia que requiere los conocimientos de los expertos que vayan a realizar las certificaciones.

Ahora bien, y como conclusión, se debe tener cuidado en no excederse en la utilización de la prueba pericial, pero esto no significa que no sean de gran relevancia a la hora de auxiliar en la demostración del Compliance Program como objeto de prueba, GÓMEZ-JARA DÍEZ⁸³ afirma que en muchos de las ocasiones por la complejidad de los casos esta será la única forma de poder acreditar una exclusión de la responsabilidad.

6.3.3. Testifical

ASENCIO MELLADO⁸⁴ define al testigo como *“aquella persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento.”*

MORENO CATENA⁸⁵ completa la definición afirmando que *“el testigo es una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial para que este preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un status procesal propio.”*

En las pruebas testificales en relación con la declaración de las personas que han tenido conocimiento de los actos de control se encuentran los empleados encargados de su ejecución, desde el llamado *Compliance Officer*, hasta el responsable del departamento de contabilidad que se encarga de verificar que las facturas cumplen con las condiciones necesarias para asegurar que no encubren dádivas a funcionarios. Y, por supuesto, también puede acudir al testimonio de sujetos ajenos a la persona jurídica que hayan experimentado el funcionamiento de las normas de control, como pueden ser otros clientes o proveedores de la empresa.⁸⁶

⁸³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” en *“Tratado de responsabilidad de las PJ: ...”* ob. cit. pág. 180.

⁸⁴ ASENCIO MELLADO, J.M., *“Derecho procesal penal ...”* Ob. Cit., pág. 155.

⁸⁵ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pág. 475.

⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F. *“Proceso penal y PJ”*. Ob. cit. pág. 147.

Serán especialmente utilizadas las declaraciones de los empleados ocupados de vigilar y los compañeros del área en la que se produjo el acto ilícito para que declaren si las medidas de control, supervisión y vigilancia eran vigentes en el momento en el que la persona cometió el hecho delictivo.

También podrían ser llamados terceros con los que se relaciona la persona jurídica tales como clientes, proveedores, accionistas, asesores.

No se podrá considerar como testigo la persona física que se impute junto con la persona jurídica por ser investigada como autora de los hechos punibles.

Así se evita la posibilidad de la autoincriminación respetando el derecho al silencio, ya que *“no cabe desconocer que el apical o el dependiente, que han cometido el delito en el interés o ventaja del ente, al prestar declaración sobre la responsabilidad de la persona jurídica, pueden perjudicar su propia posición subjetiva”*.⁸⁷

Siguiendo esta idea NEIRA PENA defiende que no se podrá considerar como testigo a la persona que se le asigne la función de representar al ente en el procedimiento, pero, en cambio, los representantes legales de la persona jurídica que no tengan la condición de representantes en el procedimiento sí que se les podrá llamar a que, como testigo, cuenten su versión y los datos que puedan aportar gracias a su propia versión⁸⁸. Con todas las consecuencias en las que podría incurrir cualquier testigo el delito de falso testimonio. El derecho al silencio nace de la posibilidad de tener en el seno de la organización relaciones protegidas por la confidencialidad y el secreto sobre todo cuando se trata de información que conocen gracias al ejercicio de su puesto (cualidades laborales) y no por cualidades propias a la persona por ejemplo el abogado encargado de representar a la persona jurídica.⁸⁹

En lo relativo a materias tan complejas y amplias parece necesario mencionar la figura de testigo-perito. El testigo-perito es la persona que, poseyendo conocimientos especializados –científicos, técnicos o artísticos–, percibe un hecho extraprocesalmente, a base precisamente de aquellos, y es llamado al proceso para que refiera cuanto sepa sobre el

⁸⁷ Citada de la obra de VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milan, 2021, pág. 379 por NEIRA PENA, A. M. “la defensa de la PJ...” ob. cit. pág. 240.

⁸⁸ NEIRA PENA nos ofrece una visión más internacional en el ya citado libro “la defensa de la persona jurídica, pág. 240”: esto es algo propio de nuestra legislación ya que, en otros países, como Chile o Suiza, los representantes legales de la persona jurídica poseen todos el derecho a no declarar que se le otorga a la empresa.

⁸⁹ Artículo 416 de la LECRIM: “Están dispensados de la obligación de declarar: (...) 2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.”

mismo.⁹⁰ En nuestra legislación solo se puede encontrar esta figura en la LECiv, pero la jurisdicción⁹¹ acepta el uso de esta figura en el procedimiento penal.

Mientras que el testigo habla de hechos que presenció fuera del proceso, el perito ofrece su opinión sobre asuntos del caso que requieren su experiencia especializada. Se le convoca como perito, pero se le pide que declare como testigo sobre hechos que conoce externamente al caso.⁹²

El profesional que puede encuadrar dentro de esta figura de testigo-perito sería el “*Compliance Officer*” o encargado del programa de cumplimiento por ser quien ha tenido un conocimiento directo sobre algunos de los hechos relevantes para el juicio penal. También podríamos encontrar al auditor contable de la entidad encausada o al abogado interno, en la medida en que no se encontrase protegido por el derecho al secreto.

El *Compliance Officer*, con su experiencia en prevención delictiva, podría proporcionar su conocimiento directo sobre los hechos ocurridos dentro de la entidad investigada, o incluso sobre lo que ha aprendido al gestionar el sistema de denuncias internas o dirigir investigaciones internas previas al proceso judicial. Por esto, su testimonio como testigo-perito, debido a su experiencia profesional y posible observación directa de hechos relevantes para el juicio penal, es de gran importancia.

El principal problema⁹³ al designar a estos profesionales como testigos-peritos es la posible falta de imparcialidad requerida para actuar como peritos, especialmente si han tenido algún tipo de participación en el proceso en la certificación, gestión o evaluación de programas cuestionados en el juicio. Esto podría generar sospechas sobre su objetividad. Además, la figura del testigo-perito no está definida claramente en la LECrim, lo que genera incertidumbre sobre el régimen de recusaciones o tachas que se le podrían aplicar en caso de

⁹⁰ NEIRA PENA, A. M. “La Prueba Pericial En Los Delitos Económicos. De La Pericial Contable al Perito de Compliance.” *Estudios penales y criminológicos* 40, 2020, pág. 715, citando la obra de GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: Derecho procesal penal, 10a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1986, pág. 32.

⁹¹ STS (Sala 2a, Sección 1a) núm. 65/2019, de 7 febrero (RJ 2019\522), en su F. J. 2o, señala, refiriéndose a la prueba pericial de inteligencia, que la misma “*ha sido configurada como pericial y testifical en razón a la duplicidad de quien así declara en juicio oral, ya que el agente policial que elabora el informe conoce del contenido de la materia y en consecuencia lo hace por sus conocimientos científicos, pero también actúa como testigo en razón de lo que sabe*”.

⁹² NEIRA PENA, A. M., “La prueba pericial en los delitos económicos...” ob. cit. pág. 717, citando la obra de GAMO YAGUE, R.: “Colaboración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria con los órganos jurisdiccionales”.

⁹³ NEIRA PENA, A. M., “La prueba pericial en los delitos económicos ...” ob. cit. pág. 718.

ser admitida esta figura en el procedimiento. Se recuerda que una de las causas de recusación de los peritos consiste, precisamente, en tener interés en el proceso (art. 468.2 LECrim).

7. DECLARACIÓN DEL ACUSADO

7.1. Declaración del acusado como persona jurídica

MORENO CATENA se ayuda de unos artículos de la LECRIM para poder aportar una definición de declaración del acusado *“Los arts. 385 a 409 regulan estas declaraciones estrictamente como actos o diligencias de investigación de los hechos delictivos (así, se prestan «para la averiguación de los hechos», art. 385; las preguntas «se dirigirán a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado», art. 389; se le interrogará sobre «la procedencia de objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder», art. 391), entre las que se incluye por último la «confesión» del presunto responsable (art. 406).”*⁹⁴

La persona que declare tiene que estar en conocimiento de que lo hará en calidad de investigado notificándosele así en la citación sin perjuicio de que al principio del procedimiento no estén claras la determinación de las figuras procesales y declare como testigo con el fin de averiguar si estaba o no implicado como autor.

La imputación de una persona jurídica requiere que su declaración sea hecha por una persona física designada, según la Ley 37/2011, que modifica la LECrim. Se introduce el artículo 119 bis para permitir la declaración del representante designado, con asistencia legal por un abogado.

La ausencia de normativa sobre la designación del representante genera amplitud de problemas al no tratar las incompatibilidad o conflictos de interés de esta figura. Lo único que la legislación nos arroja un poco de luz es sobre la incompatibilidad de la figura del representante con la de figura del testigo.

Según la ley⁹⁵, si el representante designado no se presenta para declarar no se le busca simplemente se considera que el acto ha tenido lugar y se interpreta que opta por no declarar.

⁹⁴ A lo largo de este epígrafe seguiremos las explicaciones de MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho procesal penal*. 10ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pág. 245-250.

⁹⁵ Artículo 409 bis LECRIM “(...) No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”

7.2. Declaración del acusado como persona física

Para referirnos en los siguientes párrafos a la declaración del acusado nos apoyaremos en la tesis de GIMENO BEVIA.⁹⁶

La STC 153/1997 en lo relativo a la declaración estableció que *“el acusado a diferencia del testigo, no tienen obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente e incluso mentir”*.

Teniendo en cuenta todo lo estudiado hasta aquí parece obvio entender el conflicto de intereses en el momento de la declaración entre la persona física que cometió el delito y la persona jurídica sobre la que recaería la pena por ello se plantea GIMENO BEVIA si la persona física se llamaría a declarar como testigo o como parte de la imputación.

Ante esta dicotomía se distinguiremos situaciones clave en el procedimiento: si la persona jurídica ya ha sido juzgada o no.

Si cuando declare la persona física ya se ha juzgado a la persona jurídica esta asumirá el papel de testigo estando obligada a declarar y a decir la verdad, salvando la no autoincriminación.

Y si, por el contrario, la persona jurídica y la persona física declaran a la vez se considerarán ambas como coimputados manteniendo ambas los derechos a no declarar y demás propios de la figura procesal.

La declaración de la persona física representante de la persona jurídica la herramienta más importante será el “interrogatorio” de esta para poder corroborar que esta persona es la autora del delito que se enjuicia.

Sobre este tema se ha desarrollado una gran evolución jurisprudencial⁹⁷ pero no existe una regulación específica sobre la declaración del acusado⁹⁸.

MORENO CATENA⁹⁹ no elige la determinación de “interrogatorio” para referirse a la declaración del acusado ya que entiende que es un medio de prueba por el que se da la

⁹⁶ GIMENO BEVIÁ, J. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, págs. 298-300.

⁹⁷ Como ejemplo destacamos: STS de 12 de mayo de 1986, STC núm. 233/2002, STC núm. 153/1997 de 29 de septiembre, STS núm. 46/2007, STS núm. 515/2019 de 29 de octubre

⁹⁸ MORENO CATENA, V., “Derecho procesal penal ...” ob. cit. pág. 469

⁹⁹ MORENO CATENA, V., “Derecho procesal penal...” ob. cit. pág. 470

posibilidad al acusado de defenderse de las acusaciones o penas solicitadas y posicionarse en el juicio, es “*una cierta manifestación del poder de disposición del acusado sobre el objeto del proceso penal*”

8. CONCLUSIONES

Analizado el avance legislativo de la materia, estableciendo los requisitos necesarios para juzgarla; la posibilidad de exonerar o mitigar la responsabilidad penal, la necesidad de una implementación efectiva de programas de cumplimiento, la elusión fraudulenta de estos programas por parte de quien comete el delito, y la realización de acciones correctivas, se puede concluir:

- I. La autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio tiene como elemento cúlspide el defecto organizativo como mecanismo colaborativo en los hechos determinantes del delito realizado por una persona física e imputable a un ente corporativo.
- II. La importancia de diferenciar las dos vías de imputación: si el delito lo comete un sujeto apical o un subordinado de este. Gracias a la autorresponsabilidad, se diferencia el trato procedimental según se trate de la primera vía de imputación o la segunda. Cuando el delito sea cometido por miembros con gran poder de decisión y actuación dentro de la persona jurídica se presumirá que hay defecto organizativo por ser una parte fundamental del organigrama. No hay que demostrar un defecto organizativo ya que es fehaciente que hay un fallo en los sistemas de control de la empresa.
- III. La importancia del *Compliance Officer* como figura responsable de la correcta implementación del modelo de organización y gestión, así como de su efectiva ejecución por parte de todos los integrantes de la persona jurídica.
- IV. El derecho a la prueba es crucial, garantizando un proceso justo y equitativo al brindar la oportunidad de presentar argumentos tanto a favor como en contra de la persona corporativa.

La acusación busca demostrar que el delito cometido por la persona física es consecuencia de un defecto organizativo estructural del Ente y la defensa busca demostrar que, a pesar de haberse cometido un delito por la persona física, la corporación posee una cultura de cumplimiento del Derecho y por

lo tanto cumple con los requisitos (total o parcialmente) de exoneración del artículo 31 bis CP.

- V. Es fundamental destacar la relevancia de la prueba documental, específicamente el canal de denuncias, como una herramienta esencial para la detección anticipada de infracciones y hechos delictivos. Asimismo, las certificaciones de los programas de cumplimiento adquieren importancia como prueba pericial, en el caso de que se aprueben durante el procedimiento, o como prueba documental, si dichas certificaciones ya han sido otorgadas previamente.
- VI. La cultura de cumplimiento de la legalidad de las personas jurídicas en España ha experimentado un significativo avance y consolidación a lo largo de los últimos años. Este progreso refleja el compromiso firme de los legisladores en la lucha contra el grave problema que ha arraigado en nuestro país, la corrupción, si bien es imperativo no perder de vista la problemática asociada al llamado "*make up Compliance*". Se trata de un esfuerzo arduo y exigente en términos de tiempo y recursos financieros, que proporciona a las empresas un reconocimiento de honorabilidad.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M., y Fuentes Soriano, O., *Derecho procesal penal*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOOO SÁNCHEZ B. J. Y GÓMEZ JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. 2a. ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2016.
- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal* (2ª ed.), 2005, Tirant lo Blanch.
- CUEVAS OLTRA, C. M., *Personas Jurídicas: delitos, garantías y Compliance* (1st ed.). J.M. Bosch Editor, 2023.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídica* en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- FARALDO CABANA, P., “Los Compliance Programs y la atenuación de la responsabilidad penal” en GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019,
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento” en GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A., *La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 entre la hetero- y la autorresponsabilidad*. en ROMEO CASABONA, C.M, FLORES MENDOZA, F. (Eda.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: tomares, 2012.
- GARUTI, G. “Il processo ‘penale’ agli enti.” Utet, 2011 por NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y Compliance como objeto de prueba*, 1ªed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., “los actos de investigación no garantizados.” en MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*. 26ªed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal penal*, 10a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1986 citado por NEIRA PENA, A. M. “La Prueba Pericial En Los Delitos Económicos. De La Pericial Contable al Perito de Compliance.” *Estudios penales y criminológicos* 40, 2020.
- GÓMEZ TOMILLO, M. “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas: especial referencia al sistema español” *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 25, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ªed. Valladolid: Lex Nova, 2015.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., y ROMERO PRADAS, M. I., *La prueba. Tomo II, La prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos” GÓMEZ COLOMER, J. L., y MADRID BOQUÍ C. M. *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019,
- GONZÁLEZ GUGEL, J., “¿Cuándo prescribe la acción penal nacida de la comisión de un delito atribuido a una persona jurídica?”, *Diario LA LEY*, N° 10353, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2023.
- GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014

- MAGRO SERVET, V., “Viabilidad de la pericial de Compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”. *Revista diariolaley*, núm. 9337, 2019.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Concepto, fuentes y medios de prueba.” en GONZÁLEZ CANO, M. I., y ROMERO PRADAS, M. I., *La prueba. Tomo II, La prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., “La estructura de la infracción penal de la persona jurídica: el presupuesto (el déficit organizativo peligroso) y el resultado/condición objetiva de punibilidad (el hecho de conexión posterior)” *Revista de responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, volumen nº3, 2023.
- MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho procesal penal*. 10ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y Compliance como objeto de prueba*, 1ªed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- NEIRA PENA, A. M., *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ªed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- NEIRA PENA, A.M, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., BLANCO CORDERO, I., PÉREZ FERNÁNDEZ, P., y GARCÍA MORENO, B., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- PASCUAL SUAÑA, O. “Mejores prácticas en los canales de denuncias”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 9(2), 2023.
- PASCUAL SUAÑA, O., “El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal”, *Revista general de derecho procesal* núm. 47”, 2019.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., y NEIRA PENA A. M., *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.
- PICO I JUNOY, J., “El derecho a la prueba” en MIRANDA VÁZQUEZ, C. y HIERRO SÁNCHEZ L. A., *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*. Barcelona: J M BOSCH EDITOR, 2021
- QUINTERO OLIVARES, G. “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2015 en GALÁN MUÑOZ, A. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch, 2017.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., *Cumplimiento normativo y protección de datos: la compleja articulación de las relaciones entre el Compliance Officer y el DPO en la contratación pública. Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, (182), 2022.
- TARUFFO, M., *Il diritto allá prova nel proceso civile*, en “revista di diritto processuale”, 1984, IV, por PICO I JUNOY, J. “El derecho a la prueba” en MIRANDA VÁZQUEZ, C. y HIERRO SÁNCHEZ L. A., *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*. Barcelona: J M BOSCH EDITOR, 2021
- VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milan, 2021, pág. 379 por NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, 1ªed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D., Responsabilidad penal de las empresas ¿Cómo probar el debido control?, Diario La Ley, núm. 7794, sección Tribuna, 9 febrero 2012, año XXXIII.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *Cuadernos de política criminal*, nº 11, 1980.

10. JURISPRUDENCIA

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Tribunal Supremo:

- STS núm. 59/2011 de 2 febrero.
- STS núm. 65/2019, de 7 febrero.
- STS núm. 322/2019, de 24 de abril.
- STS núm. 89/2023, de 10 de febrero.
- STS núm. 89/2023 de 10 febrero.

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 128/2017, de 13 de noviembre
- STC núm. 130/2017, de 13 de noviembre

UNE-ISO 37002:2021 Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices. Asociación Española de Normalización y Certificación. <https://www.iso.org/standard/65035.html>

UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización y Certificación. <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0058338>