

## CÓMO ACREDITAR LA EFICACIA DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN EL PROCESO PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

ANA MARÍA NEIRA PENA\*

### SUMARIO:

*1. Introducción. 2. La relevancia de los criminal compliance como objeto de prueba. 3. Los medios probatorios idóneos para introducir los compliance en el proceso penal. 4. La verificación técnica de la eficacia del programa. Los sistemas de certificación o auditoría de compliance. 5. La carga de la prueba y las reglas de valoración judicial sobre la eficacia de los programas de prevención de delitos. Bibliografía*

### RESUMEN:

*Este trabajo aborda la relevancia de los programas de compliance como objeto de prueba en el proceso penal seguido frente a una persona jurídica. En primer lugar, se tratará de determinar cuáles son los medios de prueba más adecuados para acreditar procesalmente la existencia y la eficacia de estos programas, con especial referencia a la eficacia procesal de las certificaciones realizadas por entidades expertas. A continuación, se analiza el controvertido tema de la carga de la prueba en relación con la vigencia y la eficacia de los modelos de prevención de delitos*

***Palabras clave:** Modelos de prevención; proceso penal; prueba; certificación de cumplimiento normativo; responsabilidad penal de las personas jurídicas*

### ABSTRACT:

*This paper addresses the relevance of compliance programs as evidence in criminal proceedings against corporations. Firstly, the means of evidence most appropriate to prove the existence and effectiveness of these programs will be determined, with special reference to the procedural effectiveness of the certifications carried out by*

\* Doctora en Derecho por la Universidade da Coruña. Actualmente contratada como Profesora Ayudante Doctora en la Universidade da Coruña. Dirección electrónica: ana.neira@udc.es

*expert entities. Then, the controversial issue of the burden of proof in relation to the existence and effectiveness of compliance programs will be analyzed.*

**Key words:** *compliance programs; criminal proceedings; evidence; certification of compliance; corporate criminal liability.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La introducción de sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos ordenamientos jurídicos en los que, tradicionalmente, ha estado vigente el principio *societas deliquere non potest*, obliga a plantearse, desde la perspectiva procesal, qué elementos habrán de ser probados para que una entidad pueda resultar condenada tras la celebración del pertinente juicio penal, así como qué elementos habrá de alegar y probar la entidad, como parte de su estrategia de defensa, para resultar absuelta o, en su caso, ver atenuada su responsabilidad, a pesar de haberse cometido un delito en su seno.

La mayor parte de los sistemas legales establecen modelos de autorresponsabilidad empresarial. Estos se caracterizan porque la responsabilidad de la organización, aunque presupone la comisión de un delito por una persona física, se fundamenta en el incumplimiento de ciertos deberes de dirección y supervisión por parte de la propia organización. Pues bien, en este tipo de sistemas legales, los *criminal compliance programs* desarrollan un papel fundamental en el cumplimiento, por parte de la organización, de sus deberes de prevención y detección de ilícitos penales.

Así pues, si una persona jurídica cuenta con un programa de prevención de delitos eficaz puede evitar ser acusada y juzgada, puede quedar exenta de responsabilidad tras el correspondiente juicio penal o, en el peor de los escenarios para la entidad, puede resultar condenada, si bien con una sustancial rebaja de su pena. En este contexto, lo que se entiende por un programa de cumplimiento penal eficaz y el modo en que tal eficacia puede ser probada en juicio son cuestiones de trascendental importancia.

Por lo tanto, partiendo de la relevancia de los programas de cumplimiento normativo como objeto de prueba, en aquellos procesos penales en que se enjuicie la responsabilidad criminal de una persona jurídica, habrá que determinar cuáles son los medios de prueba idóneos para acreditar procesalmente la eficacia de los programas de *compliance*, así como su efectiva implementación en la organización empresarial.

Otra cuestión clave y muy controvertida es la relativa a la carga de la prueba en relación con la idoneidad, la vigencia y la efectividad de tales modelos de preven-

ción. A este respecto, es necesario analizar si es la acusación la encargada de probar que la entidad no ha implementado de forma eficaz el modelo o si, por el contrario, es la persona jurídica la que debe acreditar que, a pesar de haberse cometido un delito en su seno, desde la organización se actuó diligentemente en la implementación de las medidas adecuadas para prevenir ese riesgo. La solución a este problema aparece vinculada, en parte, al encuadramiento dogmático de los modelos de prevención, ya como elementos del tipo penal imputable a las personas jurídicas, ya como circunstancias eximentes de la culpabilidad empresarial, cuestión, esta última, igualmente debatida en la doctrina.

## 2. LA RELEVANCIA DE LOS *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO OBJETO DE PRUEBA

La Fiscalía General del Estado español (FGE), en su Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resta importancia a la implementación de los programas de cumplimiento en la determinación de la responsabilidad de los entes colectivos. En este sentido, sostiene que *“lo importante será acreditar (...) que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias”* referidas en la legislación penal, a lo que añade que, *“si bien es cierto que las compliance guide pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo”*.

De esta forma, la Fiscalía española subestima el valor de los programas de cumplimiento para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por ende, aboga por una suerte de irrelevancia de los mismos como objeto de prueba en el proceso penal frente al ente. Si lo relevante para enjuiciar a las personas jurídicas es, exclusivamente, determinar cómo han actuado las concretas personas físicas que integran la organización, independientemente de la existencia y del contenido del programa de cumplimiento vigente en la entidad, las pruebas que pretendan practicarse para acreditar este último extremo resultarían impertinentes, por su desconexión con el objeto procesal e inútiles como parte de la estrategia de defensa de la entidad.

Ahora bien, en contra de la irrelevancia de los programas de *compliance* como prueba cabe esgrimir, por una parte, que los mismos resultan útiles para determinar en qué medida la entidad ha cumplido con los deberes de supervisar, vigilar y

1 FGE, Circular 1/2011, p. 49.

controlar la actividad de sus miembros, manteniendo los riesgos de su actividad en niveles jurídico-penalmente aceptables, lo cual podría determinar la ausencia de culpabilidad de la entidad<sup>2</sup> o, incluso, la atipicidad de su conducta, sirviendo el programa de cumplimiento cuando menos como un indicio de que, en el caso concreto, no ha existido un incumplimiento grave de los deberes de control<sup>3</sup>. De hecho, el Tribunal Supremo español (TS) entiende que “*el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo*”<sup>4</sup>, con lo cual, su relevancia como objeto de prueba quedaría fuera de toda duda<sup>5</sup>.

Adicionalmente, más allá de la consideración dogmática de los programas de prevención delictiva y de su concreto encaje en la teoría jurídica del delito, su implementación en la organización se muestra relevante para decretar las necesidades de prevención especial de la persona jurídica, de tal forma que será tomada en consideración, tanto en las decisiones relativas a la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la reiteración delictiva, como en la determinación de las eventuales penas que se le impongan de resultar condenada según la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva (art. 66 bis 1º a) CP)

Pues bien, determinados los efectos derivados de la efectiva implementación de un programa de cumplimiento penal, tanto para la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas, como para la determinación de las penas, resulta

- 2 En este sentido, entiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B. J.; Gómez-Jara Díez, c., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed. *Adaptado a la Ley 1/2105, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Navarra: 2016, pp. 143-219, p. 187, que “*el hecho de que en una persona jurídica tenga plena vigencia un programa de cumplimiento eficaz en el momento de cometerse el hecho delictivo simboliza una disposición jurídica determinada, una cultura de cumplimiento de la legalidad*” que convierte su conducta en irreprochable.
- 3 En este sentido, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B. J.; Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed. *Adaptado a la Ley 1/2105, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Navarra: 2016, pp. 121-141, p. 127, que el injusto propio de la persona jurídica viene dado por el defecto de organización, que ha generado un riesgo por encima del permitido, el cual se ha materializado en un resultado lesivo concreto; Por su parte, PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Abeledo Perrot, Chile: 2012, p. 7, entiende que la existencia de un modelo de prevención de delitos eficaz implica la atipicidad de la conducta.
- 4 STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016/966, F. J. 5.º.
- 5 Por su parte, el Ministerio Público Chileno, Oficio FN No. 440/2010, p. 7, señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica es consecuencia del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los deberes de dirección y supervisión de la entidad, de lo que se deriva que la efectiva adopción e implementación del modelo de prevención siempre será objeto de investigación y prueba.

indiscutible que tales programas son relevantes como objeto de prueba en el proceso penal. Sin embargo, hay que ser cauteloso para no dotarlos de un valor mayor del que racionalmente les corresponde, evitando que tales programas se conviertan en una prueba absoluta o autosuficiente, cuya existencia sirva para blindar a la persona jurídica ante las eventuales responsabilidades penales en que pudiera incurrir.

De la mera existencia de un programa de cumplimiento no se puede deducir que la entidad haya desplegado la diligencia debida o la que razonablemente le sería exigible para prevenir la comisión del delito enjuiciado. Esta valoración, relativa al cumplimiento o incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, tiene un carácter necesariamente casuístico, tal y como deja entrar el propio CP español con la expresión “*atendidas las concretas circunstancias del caso*” (art. 31 bis 1 b)). Por lo tanto, lo determinante para decidir sobre la responsabilidad penal de la entidad radica en el efectivo cumplimiento de los deberes de supervisión y control que debiera haber asumido en relación con la concreta actividad en el desarrollo de la cual, supuestamente, se ha perpetrado la actuación delictiva, sin perjuicio de que la existencia de tales programas preventivos sirva para protocolizar o formalizar los procedimientos de control y, por ende, como indicio de su efectivo cumplimiento<sup>6</sup>.

A continuación, se indicarán ciertos aspectos que debieran tomarse en consideración para ponderar adecuadamente la importancia de los programas de cumplimiento penal en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica, sin caer en automatismos que conduzcan a limitar el juicio de reprochabilidad frente a la entidad a una valoración formal acerca de la existencia o inexistencia del programa de prevención.

- En primer lugar, los programas de cumplimiento, para ser tomados en consideración por el juzgador, han de ser eficaces, esto es, adecuados desde una perspectiva *ex ante* para la prevención y detección de los delitos que, con mayor probabilidad, podrían cometerse en el desarrollo de la actividad de la organización. Además, deben de estar efectivamente implementados en la entidad, lo que implica que los protocolos de prevención y control diseñados al confeccionar el programa estén siendo aplicados, tanto por sus dirigentes como por el resto de miembros de la organización. Se descarta así la relevancia de los programas denominados

6 En este sentido, SALVO ILABEL, N., *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, tesis elaborada para el grado de Doctor España: Universidad Autónoma de Barcelona: 2014, p. 282, recuperado de <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/nsi1de1.pdf;jsessionid=0E638570FF686DD7B54A03ABFBBCBD2D.tdx1?sequence=1>, [último acceso: 16/05/2018], sostiene que “*la regulación de los programas de cumplimiento es especialmente útil por cuanto entrega instrucciones claras (...) acerca de cuándo una organización y funcionamiento resultan correcto y cuándo no*”.

“*de maquillaje*”, “*de escaparate*” o de “*window-dressing*”, esto es, meramente formales y sin eficacia preventiva o reactiva<sup>7</sup>.

- En segundo lugar, la mera existencia de un programa eficaz no puede ser considerada, aisladamente, como circunstancia eximente, en tanto que, habrá que determinar si, en el caso concreto, se omitieron o no los debidos controles. Esto implica, entre otras cosas, acreditar que el programa era eficaz para prevenir los delitos de la especie del cometido, que el fallo del programa es explicable como un hecho aislado y que el programa ha sido capaz de detectar y reaccionar adecuadamente ante la infracción cometida. Este análisis se realiza desde una perspectiva *post* delictiva y, por lo tanto, en gran medida casuística.
- En tercer lugar, en caso de que estén implicados en el delito, precisamente, los encargados de asumir las tareas de supervisión –tales como los administradores, los altos directivos o los propios encargados del programa de cumplimiento– resultará evidente que se ha omitido el control debido o, cuando menos, que los controles implementados eran ineficaces, en tanto que es ilógico sostener que, quien comete un delito, dolosa o imprudentemente, ha desplegado la diligencia debida para evitarlo<sup>8</sup>. Por eso, en mi opinión, cuando los encargados de prevenir o evitar la comisión de delitos están implicados en la actuación delictiva, eximir a la entidad de responsabilidad por tener un programa de cumplimiento eficaz encierra un cierto contrasentido que, tanto la regulación italiana como el CP español, intentan salvar, exigiendo, en tal supuesto, la autonomía del órgano encargado de la prevención delictiva respecto del órgano de administración, así como una actuación del presunto autor del delito específicamente orientada a eludir o sortear los mecanismos de prevención delictiva implementados en la organización (art. 31 bis 2.º y 3.º CP y art. 6.1 b) y c) D. Lgs. italiano 231<sup>9</sup>).

7 Sobre las causas y consecuencias de este tipo de programas, véase NIETO MARTÍN, A., “Cosmetic use and lack of precision in Compliance Programs: any solution?”, en *Eucriim: The European Criminal Law Associations’ forum*, No. 3, 2012, pp. 124-127; KRAWIEC, K. D., “Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance”, en *Washington University Law Review*, Vol. 81, No. 2, 2003, pp. 487-544.

8 En este sentido, la STS (Sala 2.ª) No. 583/2017, de 19 de julio, RJ 2017, 4864, señala que “*sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes*” (F. J. 28.º).

9 D. Lgs. de 8 de junio de 2001, n. 231. “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*”, ley publicada en la Gaceta Oficial No.140, de 19 de junio de 2001 (D. Lgs. 231).

A mayor abundamiento, cabe señalar, en este punto, que la implementación de un programa de cumplimiento efectivo no debe ser la única vía para demostrar que se han cumplido los deberes de supervisión y control<sup>10</sup>, lo cual sería inadmisibles en un sistema de prueba libre, en el que los medios de prueba no se encuentran legalmente tasados o predeterminados<sup>11</sup> y en el que, además, rige el principio de libre valoración de la prueba. Por eso, considero que, de la inexistencia de tal modelo no debería deducirse, en todo caso, y de forma automática, que el control ejercido sobre los subordinados ha sido insuficiente<sup>12</sup>, en tanto que el propio art. 31 bis 1. b) CP exige que se atienda a las concretas circunstancias del caso a la hora de valorar si ha existido un incumplimiento grave de los deberes de control. En este sentido, deberán de ser consideradas pertinentes, y por ende, admisibles en el proceso, cualesquiera medios de prueba tendentes a determinar que, en el caso concreto, se cumplieron debidamente los deberes de dirección y supervisión<sup>13</sup>.

En definitiva, una vez rechazada la posibilidad de que los programas de cumplimiento sean legalmente irrelevantes, o impertinentes como objeto de prueba, y tras descartar una defensa exacerbada del programa, cabe concluir que el Juez deberá valorar, junto con el resto de pruebas, y atendiendo al principio de libre valoración de las mismas (art. 741 LECrim), si la persona jurídica actuó de forma diligente

- 10 En Italia, una vez que se constata la comisión de un delito, en interés del ente, por un sujeto en posición apical, la única forma de excluir la responsabilidad del ente es haber establecido, antes de la comisión del hecho, un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir los delitos de la especie que se ha verificado (art. 6.1.a) D. Lgs. 231).
- 11 En este sentido, los sistemas procesales penales español, chileno e italiano solo condicionan la admisión de las pruebas presentadas por las partes a su utilidad y pertinencia para determinar el objeto del proceso (cfr. arts. 187 y 190 Código Procesal Penal italiano, 659 LECrim y 278 Código Procesal Penal chileno).
- 12 En este sentido, VAN WEEZEL DE LA CRUZ, A., “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, Vol. 5, No. 9, julio de 2010, pp. 114-142, pp. 138-139, recuperado de [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf), [último acceso: 16/05/2018] pp. 138-139, tras mostrarse abiertamente contrario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recuerda que la adopción de un modelo de prevención como el que exige la ley no es obligatorio, por lo que, en su ausencia, la acusación tendrá que demostrar el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, y que la comisión del delito es “consecuencia” de dicho incumplimiento, sin que sea suficiente argumentar que la persona jurídica carecía de modelo preventivo.
- 13 En la misma línea, en relación con la regulación chilena de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos*, cit., p. 8, afirma, a mi juicio acertadamente, que los requisitos legales no son necesarios ni suficientes para probar que no ha habido un incumplimiento de los deberes de supervisión y dirección, siendo posible que la entidad disponga equivalentes funcionales a los modelos de prevención, esto es, mecanismos de dirección y supervigilancia distintos a los sancionados por la ley, pero que cumplan la misma función.

en el control de los riesgos delictivos derivados de su actividad, para lo cual la determinación de si existía un programa de cumplimiento eficaz puede resultar muy útil<sup>14</sup>, aunque no tiene porqué ser determinante, especialmente cuando se trata de pequeñas empresas.

El hecho de que el CP especifique detalladamente cuál ha de ser el contenido del programa de organización y gestión, señalando, además, que, de no acreditarse todos y cada uno de los extremos referidos en la ley, el programa tendrá una eficacia meramente atenuante (art. 31 bis 1. b) CP), puede resultar contraproducente, en la medida en que tienda a objetivar en exceso el juicio sobre la responsabilidad de la entidad, restando libertad al juzgador para realizar un verdadero juicio jurisdiccional que atienda a la materialidad o la reprochabilidad de la conducta empresarial, y no al mero cumplimiento formal de los referidos requerimientos legales<sup>15</sup>. Lo que, en definitiva, debe de valorar el juzgador, más allá de la estricta observancia formal de los requerimientos legales en cuanto al contenido del programa de prevención, es si se han incumplido gravemente los deberes de control en la entidad y si tal incumplimiento ha permitido o favorecido la comisión del delito o, en otras palabras, si el comportamiento de la entidad, antes, durante y después de la comisión del delito, evidencia la existencia de una cultura corporativa de respeto y cumplimiento de la ley<sup>16</sup>.

- 14 GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal: el proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1-2016 y jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Navarra: 2016, p. 247; Esta idea ya fue desarrollada por el autor antes de la entrada en vigor de la reforma del CP del año 2015 en su obra *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra: 2014, p. 288.
- 15 Igualmente, el hecho de que la regulación italiana señale que, para los delitos cometidos por dependientes, la adopción del modelo de prevención excluye, “*en todo caso*”, la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia (art. 7.2 D. Lgs. 231) y, por ende, la responsabilidad del ente que depende de esa omisión de control (art. 7.1 D. Lgs. 231), puede restar libertad al juzgador a la hora de determinar si, más allá del cumplimiento formal de los requisitos legales del programa de prevención, la entidad fue diligente en la asunción de sus obligaciones de prevenir y detectar delitos. Por lo tanto, parece más adecuado que la presunción legal se establezca en términos menos taxativos, omitiendo la expresión en todo caso, tal y como hace el CP español, para que quede claro que se trata de una presunción *iuris tantum* que, por consiguiente, admite prueba en contrario.
- 16 Tanto el TS como la FGE se refieren a la necesidad de que la persona jurídica, para quedar exenta de responsabilidad, cuente con una cultura de cumplimiento de la legalidad, más allá del cumplimiento de los requerimientos legales sobre el concreto contenido de los programas de cumplimiento penal. En este sentido, según el TS “*la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa*” (STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 154/2016, de 29 de febrero, RJ 2016, 600, F. J. 8.º), mientras que, en palabras de la FGE, que en su Circular



### 3. LOS MEDIOS PROBATORIOS IDÓNEOS PARA INTRODUCIR LOS *COMPLIANCE* EN EL PROCESO PENAL

Una vez establecido que los *criminal compliance programs* son relevantes como objeto de prueba, se puede afirmar que, consecuentemente, los medios probatorios tendientes a acreditar su existencia, su efectiva implementación en el seno de la organización así como su eficacia preventiva en relación con el delito enjuiciado, resultarán pertinentes y, por lo tanto, en principio, deberán ser admitidos en el proceso por su utilidad para determinar la responsabilidad de la persona jurídica acusada (art. 24.2 CE).

Dicho esto, a continuación, parece adecuado referir aquellos medios probatorios que, *a priori*, resultan más adecuados para introducir en el debate procesal los programas de cumplimiento normativo y acreditar su existencia, su vigencia y su eficacia.

Así pues, en primer lugar, el programa de cumplimiento, en tanto que deberá encontrarse documentado<sup>17</sup>, se aportará al proceso como prueba documental. En soporte documental, figurarán, de ordinario, el código ético de la entidad, su mapa de riesgos delictivos, el diseño de su modelo de organización y gestión preordenado a evitar delitos, los protocolos de actuación orientados a prevenir y detectar la comisión de ilícitos, los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, así como los procesos de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la configuración y las funciones del organismo encargado del funcionamiento del programa, el sistema disciplinario, el diseño del canal de denuncias, las labores de comunicación y formación previstas para dar a conocer el modelo entre los distintos agentes que se relacionan con la entidad, así como el procedimiento según el cual se actualizará y adaptará el programa a los cambios en

---

1/2016 hace referencia a la cultura de cumplimiento hasta en dieciséis ocasiones, “*los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento*” (p. 52). En la misma línea, la Norma UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal*, asume, como no podría ser de otro modo, que el cumplimiento de sus requerimientos no implica una exoneración automática de responsabilidad para la organización, sino que lo verdaderamente trascendente es poder acreditar debidamente la existencia de una cultura organizativa de respecto a la norma penal.

- 17 Cfr. GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en AA. VV., *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Mir Puig, S; Corcoy Bidasolo, M; Gómez Martín, V. (dirs.); Hortal Ibarra, J. C.; Valiente Iváñez, V. (coords.), B de F, Montevideo-Buenos Aires: 2014, pp. 195-229, p. 223.

la organización de la entidad o a los que, de otro modo, afecten a la determinación de los riesgos a prevenir.

Sin embargo, a pesar de su innegable utilidad, la aportación documental del programa en cuestión no puede ser considerada suficiente para verificar la efectividad del mismo. Esta insuficiencia se debe a que la eficacia del programa se deriva, no sólo de su configuración genérica o de su diseño, sino también de su efectiva y concreta implementación en la estructura del ente<sup>18</sup>. Por lo tanto, para que se aprecie su eficacia eximente no basta con el establecimiento abstracto de un conjunto de declaraciones programáticas, reflejando el compromiso de la entidad con la cultura de cumplimiento del Derecho, ni siquiera con la previsión de prevenciones y controles concretos, sino que se exige la efectiva implementación o puesta en práctica de tales controles y la adaptación de la actividad del ente, a nivel directivo, organizativo, financiero y operacional, a las reglas o protocolos diseñados y preordenados a neutralizar, en la medida de lo jurídicamente exigible, los riesgos delictivos propios de su desempeño.

El programa de cumplimiento ha de ser dinámico, como dinámicos son los procesos decisionales y operacionales de la organización, así como los riesgos a los que esta se enfrenta. Por lo tanto, una foto fija, que indique el diseño del programa en un determinado momento temporal, no es suficiente para acreditar su eficacia. En este sentido, resulta esencial el archivo y registro documental de la actividad de *compliance*, esto es, de los documentos generados por la protocolización de los diversos procesos y actividades que desarrolle la entidad, la información recabada a través del canal de denuncias, la documentación derivada de las investigaciones internas desarrolladas por la entidad, donde se contengan las diligencias o comprobaciones realizadas y sus resultados<sup>19</sup>, así como la documentación que genere, en su caso, la aplicación del sistema disciplinario. Igualmente, es preciso documentar la actividad del organismo encargado de la supervisión y vigilancia del sistema, reflejada en los informes de auditoría interna, las revisiones periódicas del modelo o los procesos de adaptación ante cambios en la organización, en la estructura de control o en la

18 GALLEGO SOLER, J. I., “Criminal compliance y proceso”, cit., p. 221, afirma que “*se trata de valorar tanto la configuración del modelo de prevención de delitos (análisis formal del programa de cumplimiento) como su correcta implementación (análisis material)*”.

19 Como apunta, NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, No. 8120, 5 de julio de 2013, cit., la información que se genera a través del canal de denuncias, así como los resultados de las investigaciones que la entidad decida emprender internamente a raíz de las mismas, podrían reflejar un historial de la vida delictiva de la persona jurídica, cuyo aporte voluntario al proceso podría servirle para atenuar su responsabilidad, o incluso como circunstancia eximente si prueba que, a pesar del delito cometido por alguno de sus empleados, la entidad desplegó el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

actividad del ente, así como las actividades que desarrolle la entidad para formar a sus empleados en la cultura de *compliance*, tales como manuales de formación, cursos, etc.

La referida actividad de *compliance* implica un trabajo operativo y burocrático que debe ser objeto de archivo documental, siendo el encargado natural del mismo el organismo que tiene encomendada la función de supervisar el modelo de prevención. Así pues, si la entidad cuenta con un programa de cumplimiento eficaz podrá y deberá usarlo para ir preconstituyendo pruebas que le podrán servir para quedar exenta de responsabilidad penal si, a pesar de que alguno o algunos de sus miembros hayan delinquido, acredita que empleó toda la diligencia debida para evitarlo<sup>20</sup>. He aquí una de las mayores potencialidades que presenta la implementación de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas, el acopio de elementos de prueba útiles para su efectiva defensa procesal en caso de acusación penal.

De hecho, en los estándares internacionales que fijan las normas ISO sobre gestión de *compliance* penal, es una constante la obligación de la entidad de conservar información documentada, como evidencia de la existencia de esa cultura de cumplimiento, en relación con las actuaciones de detección, de evaluación y de análisis de riesgos, de formación del personal, de control de riesgos en las distintas áreas de la entidad, de investigación de fallas e irregularidades, de denuncias, así como de las actuaciones de revisión y mejora del programa y, en definitiva, de cualquier actividad relacionada con las obligaciones de cumplimiento normativo que la entidad ha de asumir. Se trata, en última instancia, de generar muestras o evidencias de la asunción, por parte de la entidad, de sus deberes de cumplimiento normativo.

En principio, ante el requerimiento de la Fiscalía o, incluso de forma espontánea, la defensa del ente investigado podría entregar esta documentación derivada de la actividad de *compliance* para defenderse de las sospechas que sobre ella recaigan.

20 En este sentido, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "La culpabilidad de la persona jurídica" (2016) cit., p. 218, usando la terminología de la Norma UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal*, que la denominada "*información documentada*" puede ser relevante en el ámbito probatorio, al permitir al órgano judicial valorar la vigencia efectiva del modelo; Por su parte, el Reglamento de la Ley peruana No. 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas (Decreto Supremo No. 002-2019-JUS, en su art. 4.5 establece, como uno de los principios del modelo de prevención, el de documentación, según el cual las personas jurídicas han de documentar los procesos, los controles, la evaluación de riesgos y los resultados de esa evaluación, así como todos los elementos que sustenten que el modelo de prevención funciona adecuadamente. Este principio se observa a lo largo del articulado del referido Reglamento en relación con prácticamente todas las actividades de *compliance*, desde el análisis de riesgos, las políticas empresariales de rechazo frente a los delitos, los controles específicos que se implementen en cada una de las áreas de riesgos, las actividades de capacitación y sensibilización que se realicen. En relación con todas ellas y algunas otras, se establece expresamente la obligación de la persona jurídica de documentarlas.

Es más, si la Fiscalía requiere tal documentación para determinar si se han cumplido o no los deberes de control, y la entidad no responde a tal requerimiento, o sí responde, pero entregando información que pareciera ser falsa o incompleta, es posible que se solicite una orden judicial para incautar e inspeccionar tal documentación (arts. 573 LECrim).

Dicho esto, y sin subestimar el valor de la prueba documental, cuya relevancia creo que ha quedado sobradamente justificada con lo dicho hasta el momento, cabe señalar que las pruebas periciales y las testificales constituyen medios de prueba igualmente necesarios e idóneos para acreditar la eficacia del modelo de cumplimiento<sup>21</sup>. El motivo radica en que, tal y como se indicó *ut supra*, para valorar la eficacia del programa, una foto fija de la situación organizativa de la entidad resulta insuficiente, debiendo valorarse sus medidas preventivas desde una perspectiva dinámica, como dinámica es la realidad en la que intentan influir. Por eso, en contra de quien sostiene que casi toda la prueba que se va a aportar será documental, en concreto, el programa de *compliance*<sup>22</sup>, se debe afirmar que las vías probatorias apropiadas para acreditar la existencia y vigencia de los controles diseñados, así como la implementación e incidencia del programa en la presunta comisión del delito perseguido, serán también testificales (de empleados o del *compliance officer* o, incluso, de clientes o proveedores) y periciales (a través de informes de expertos que se pronuncien sobre la idoneidad y la aptitud de los programas *a priori* para prevenir delitos de la naturaleza del detectado)<sup>23</sup>. Todos estos medios de prueba se muestran, cuando menos desde una perspectiva *ex ante*, útiles para introducir los programas de cumplimiento en el proceso y, señaladamente, para acreditar su efectiva existencia, su vigencia y su eficacia.

De hecho, a medida que los servicios de *compliance* penal empresarial se van profesionalizando y tecnificando, es muy probable que se generalice, como medio de prueba más habitual, la figura del experto independiente que, actuando en calidad de perito, sea llamado a realizar un informe sobre la eficacia preventiva del

- 21 En esta línea, VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, en *Diario La Ley*, núm. 7794, 9 de febrero de 2012, sostiene que, una vez efectuado el diagnóstico, resulta necesaria la documentación del conjunto de medidas de prevención y detección de delitos, debiendo aportarse tal protocolo al Juzgado como prueba documental, sin perjuicio de la aportación como pericial del informe de un experto independiente, que corrobore la virtualidad de dicho protocolo y, ante todo, que los controles verdaderamente están implementados en la organización y se encontraban vigentes en el momento de comisión del delito.
- 22 VEGAS TORRES, J., “Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Diario La Ley*, núm. 7262, 10 de mayo de 2011.
- 23 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: 2012, p. 147.

programa implementado en la entidad. Tales profesionales, asesores, certificadores o auditores de *compliance* penal, podrían ser llamados al proceso en calidad de peritos, para evacuar un informe y declarar sobre la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento en orden a prevenir y detectar delitos de la especie del supuestamente cometido.

La importancia de la prueba pericial se justifica en la medida en que el programa tiene que reflejar el estado de la técnica en la materia de prevención de riesgos en el sector de que se trate<sup>24</sup>. En este sentido, se afirma que la presentación de periciales, realizadas por empresas especializadas, que aseveren la institucionalización efectiva de una cultura de cumplimiento de la legalidad en el momento de cometerse el delito, será, en ciertos casos, la vía idónea para excluir la responsabilidad de la persona jurídica<sup>25</sup>.

Al no existir, en España ni en Italia, ningún procedimiento de verificación *ex ante* de la eficacia de los programas de cumplimiento, ni estándares jurisprudenciales consolidados sobre qué ha de entenderse por control debido, y siendo normalmente los mecanismos de control de riesgos penales de carácter técnico, y muchos de ellos específicos para cada rama de actividad, se obliga al órgano judicial a tener que recurrir a peritos expertos, de cuyo informe, previsiblemente, dependerá, en gran medida, la valoración de la eficacia preventiva del programa de cumplimiento y, por lo tanto, la determinación de la responsabilidad del ente<sup>26</sup>.

Surge aquí la cuestión del carácter científico de la prueba, singularmente la suministrada por expertos y peritos, y su compatibilidad con el principio de libre valoración de la prueba por el juzgador. Sobre esta cuestión, afirma VÁZQUEZ

24 En esta línea, COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA.VV., Silva Sánchez, J.-M. (Dir.); Montaner Fernández, R. (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona: 2013, pp. 43-76, p. 63, advierte que, quienes valorarán la eficacia de los programas de cumplimiento, en último término, deberán ser los jueces, si bien tendrán que recurrir necesariamente a informes periciales de expertos independientes.

25 Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” (2016) cit., p. 218.

26 Según GALLEGO SOLER, J. I., “Criminal compliance y proceso”, cit., p. 223, se tratará de una prueba pericial peculiar, puesto que combinará elementos de contenido jurídico-penal y otros de corte más técnico; Por su parte, NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en AA.VV., A. Nieto Martín (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Barcelona: 2015, pp. 111-134, p. 116, indica que, “*aunque podría objetarse que la pericia se trata de una prueba sobre una cuestión de derecho, como es el debido control, y que por lo tanto no resulta admisible (...) de acuerdo con el principio iura novit curia, lo cierto es que la efectividad del debido control a través de un programa de cumplimiento es un hecho para cuyo conocimiento son necesarios conocimientos extrajurídicos, provenientes de disciplinas como la auditoría, la criminología, la sociología de la empresa, la dirección empresarial o recursos humanos*”.

SOTELO que el Juez debe controlar el grado de aceptación de las conclusiones de los peritos, así como la razonabilidad y fiabilidad de los procedimientos de análisis realizados, ya que, “*si al perito toca resolver un problema científico, o una duda técnica, al juez corresponde resolver el problema del proceso, que es siempre un problema humano y de proyección social*”<sup>27</sup>.

Otra cuestión es quién puede actuar como perito para declarar sobre la idoneidad y eficacia del programa de prevención de delitos de la entidad. En este sentido, resulta interesante la figura del testigo-perito, prevista en el art. 370.4 LECiv de aplicación supletoria a la LECrim. Este medio probatorio es usado para aquellos testigos que poseen especiales conocimientos sobre la materia a que se refieren los hechos.

Cabe observar que si los expertos en *compliance* llamados al proceso han participado directamente, en el diseño o en la auditoría del programa, ya como asesores, ya como certificadores, podrían ser citados en calidad de testigos técnicos o testigos-peritos, dado que habrían percibido ciertos hechos relevantes para el proceso de forma previa o extraprocesal, pero, al mismo tiempo, contarían con unos especiales conocimientos técnicos sobre la materia objeto del proceso<sup>28</sup>. Por ejemplo, el asesor jurídico empresarial al que se encargó el diseño del programa, el auditor externo contratado para certificar su eficacia o, incluso, el *compliance officer* de la organización encausada, siempre que no estuvieran personalmente imputados, ni hubieran sido designados como representantes defensivos del ente, podrían ser citados en tal calidad. Ahora bien, su imparcialidad a la hora de actuar como peritos podría ponerse seriamente en entredicho, dado su evidente interés objetivo en contribuir acreditar la adecuación y eficacia del programa por ellos diseñado, auditado o supervisado.

La figura del testigo-perito no se encuentra regulada en la LECrim, por lo que no está claro qué régimen de recusaciones y/o tachas se le aplicarían en caso de ser admitida en el proceso penal. Ahora bien, haciendo una lectura sistemática e integradora de la LECrim y de la LECiv<sup>29</sup>, supletoria de la anterior, parece posible que

27 VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona: 1985, pp. 470-479, esp. 478-479.

28 Según BELHADJ BEN GÓMEZ, C., “El testigo-perito, proposición y práctica de prueba. Distinción con el perito”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 2, 2014, pp. 1-6, p. 2, es un sujeto que, sin ser parte en el proceso, tiene un conocimiento de los hechos, anterior a la existencia del proceso y, al mismo tiempo, su cualificación profesional le permite agregar a su declaración una valoración técnico-científica.

29 Según la regulación contenida en la LECiv sobre el testigo-perito, “*Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer*

los referidos profesionales, al ser propuestos como peritos, sean recusados con éxito por la contraparte (arts. 467 y 723 LECrim), alegando su interés directo o indirecto en el asunto (art. 468 LECrim). En tal caso, si prosperase su recusación, aun podrían ser escuchados como testigos, dado su conocimiento previo y extraprocesal de los hechos, debiendo el juez considerar, al valorar sus declaraciones, la razón de ciencia de las mismas, las circunstancias personales que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas frente a ellos.

Igualmente, resultan, en principio, relevantes para acreditar la eficacia del programa de cumplimiento, las declaraciones testificales de otros miembros del órgano de vigilancia y de los trabajadores del ámbito operativo en el que se produjo el presunto delito, que deberán declarar sobre sí, efectivamente, en el desarrollo de la actividad, en la cual, supuestamente, se cometió el hecho ilícito, las medidas preventivas y los controles descritos en el programa de *compliance* se encontraban efectivamente implementados y vigentes. En este sentido, se argumenta que la persona jurídica, en su caso a través del representante procesal especialmente designado, con el fin de acreditar la eficacia de su modelo de prevención, deberá aportar la relación de todas las personas que conozcan datos concretos sobre la eficacia del programa, así como sobre el hecho delictivo presuntamente cometido o sobre los responsables individuales del mismo<sup>30</sup>.

Algunos de los referidos sujetos, en caso de tener conocimientos específicos sobre la actividad de prevención de delitos, como previsiblemente ocurrirá con el encargado de prevención, o sobre la específica actividad en la que se cometió el delito –como podría ocurrir, por ejemplo, con el director de finanzas, el jefe de contabilidad, el encargado de la gestión de residuos o el *controller* de la sección de calidad, según el tipo de delito que supuestamente se hubiere cometido–, también podrían ser llamados a declarar, en su caso, en calidad de testigos-peritos<sup>31</sup>, con las matizaciones ya señaladas en relación con las posibilidades de recusación y tacha.

---

*notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de esta Ley*” (art. 370.4); Sin embargo, en el proceso penal, tanto los peritos judiciales como los de parte pueden ser objeto de recusación (arts. 469, 470, 662, 723 y 724 LECrim), mientras que, al no preverse las tachas, la relación de los testigos con las partes o su interés en el objeto del proceso será puesta de manifiesto por el declarante al contestar a las preguntas generales de la ley (art. 436 y 708 LECrim), pudiendo, en su caso, ser tomadas en consideración por el juez a la hora de valorar libremente la prueba.

30 SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 6, 2016, pp. 191-214, p. 206.

31 En opinión de SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad” cit., p. 206, la declaración del *Compliance Officer* como testigo-perito podría tener una especial

En definitiva, y a modo de conclusión de lo dicho hasta el momento, cabe señalar que para acreditar la efectiva existencia e idoneidad de un modelo de organización empresarial dirigido a prevenir delitos, la prueba documental es necesaria, pero no autosuficiente. Como norma general, serán también precisos los testimonios de los trabajadores de la entidad a cuya actividad afecte la implementación del programa, los de los directivos encargados de supervisar y aplicar de forma efectiva las medidas de control, así como la opinión de expertos o peritos que verifiquen la eficacia *ex ante* del programa, tanto en abstracto, como en relación con el tamaño, la actividad y la estructura organizativa del ente, para lo cual han de conocer los riesgos específicos del sector o de la actividad en cuestión, así como el umbral de riesgo cotidianamente asumible o aceptable en el tipo de industria o negocio de que se trate, cuestiones que, por otra parte, no son en absoluto inmutables en el tiempo<sup>32</sup>. En definitiva, la prueba documental es útil para valorar la corrección del diseño del programa de cumplimiento y su idoneidad en abstracto, la pericial para valorar su eficacia, tanto en abstracto, como en concreto, y la testifical para acreditar su efectiva implementación en la organización y su vigencia en el momento de comisión del delito.

#### 4. LA VERIFICACIÓN TÉCNICA DE LA EFICACIA DEL PROGRAMA. LOS SISTEMAS DE CERTIFICACIÓN O AUDITORÍA DE COMPLIANCE

Tal y como se anticipó en el epígrafe 2 dedicado a los medios de prueba para acreditar la eficacia de las medidas de prevención delictiva, los informes técnicos que puedan emitir peritos expertos en *compliance penal*, a los efectos de determinar si el programa y los controles implementados por la entidad son eficaces para prevenir delitos de la especie del supuestamente cometido, serán pruebas claramente útiles y pertinentes para determinar en qué medida la entidad ha cumplido con sus deberes de supervisión y control y, por lo tanto, en qué medida debe o no responder la persona jurídica de los delitos imputados a sus miembros.

Ahora bien, al no existir en España ningún procedimiento oficial o normatizado de certificación o de verificación *ex ante* de la eficacia de los programas de cumplimiento, y al no aludir la normativa a la posibilidad de certificación de tales programas, resulta difícil determinar qué valor podría tener, en un proceso penal,

---

relevancia.

32 En este sentido, el Reglamento de la Ley peruana No. 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, antes citado, resulta interesante porque prevé la emisión de un informe técnico por la Superintendencia del Mercado de Valores, a solicitud del Fiscal, previéndose, para su realización, no sólo el análisis de documentación, sino la realización de visitas de inspección y de entrevistas (art. 47).



el hecho de que el programa de cumplimiento venga avalado o certificado por una entidad externa especialista en cumplimiento penal.

Atendiendo a la regulación vigente, cabe señalar, en primer lugar, que la certificación o auditoría del programa de cumplimiento penal no resulta obligatoria, dado que no existe ninguna norma que señale tal obligatoriedad. Sin embargo, en la medida en que se entiende que un informe pericial, elaborado tras la comisión del delito para su aportación al proceso, puede ser útil para acreditar procesalmente la eficacia y vigencia del programa, parece necesario admitir que, tal labor de certificación puede desarrollarse, así mismo, de forma previa a la comisión del ilícito penal. En este sentido, se afirma que las certificaciones de programas de cumplimiento podrían ser consideradas como una prueba pericial anticipada<sup>33</sup>.

Cuestión más compleja será establecer qué tipo de controles o comprobaciones es preciso realizar para que tal tarea de certificación o auditoría resulte apta para determinar que la entidad cumplió con sus deberes de prevención delictiva. En este sentido, la lógica señala que la vigencia del programa y su debida implementación no pueden acreditarse a través de la comprobación puntual de que su diseño es adecuado ni de la verificación de que, en un momento determinado del tiempo, el programa se encontraba vigente, requiriéndose, seguramente, llevar a cabo un cierto seguimiento de la actividad de *compliance* desarrollada por el ente a lo largo del tiempo para poder determinar el nivel de cumplimiento de la entidad.

La ausencia de regulación sobre el sistema de certificaciones o sobre el valor que las mismas puedan tener en un eventual proceso penal no ha impedido que se hayan empezado a desarrollar determinados servicios de certificación y asesoría de los programas de cumplimiento penal. En este sentido, resulta digna de mención la labor de la Asociación Española de Certificación y Normalización (en adelante, AENOR). Se trata del único organismo de normalización reconocido en España, cuya creación se remonta al año 1986. En 2017, se procedió a un desdoblamiento de sus actividades, por el cual la Asociación española de Normalización (UNE), asociación sin fines lucrativos, desarrolla la actividad de Normalización y Cooperación, mientras que AENOR, constituida como Sociedad Anónima, trabaja en los ámbitos de la evaluación de la conformidad y actividades asociadas, como la formación o la venta de publicaciones especializadas<sup>34</sup>.

La labor de certificación consiste en que una entidad independiente declare, tras realizar las comprobaciones pertinentes, que una organización, un producto, un proceso o un servicio cumplen con una serie de requisitos predefinidos en unas normas o especificaciones técnicas. Pues bien, en el caso de los modelos de prevención

33 NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas” cit., p. 116.

34 Sobre el inicio de la normalización en España, así como sobre la creación y funciones de AE-

de delitos, AENOR, y cada día más despachos de abogados, con un mayor o menor nivel de especialización, se dedican a la certificación de estos modelos de prevención delictiva, aplicando no sólo las exigencias contenidas en el CP, sino también los estándares internacionales y especificaciones técnicas fijados por las normas UNE. Entre estas normas destaca la Norma UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal*, la cual contiene especificaciones técnicas susceptibles de certificación por los correspondientes organismos evaluadores.

En el año 2016, AENOR publicó un informe titulado “*Sistemas de gestión de riesgos para la prevención de delitos en las organizaciones*” en el que indicaba que el sistema de prevención de delitos consiste en “*un modelo que incluye requisitos auditable para prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica y que lleven aparejada responsabilidad penal para la misma, así como reparar y disminuir los efectos de los delitos cometidos y con ello ayudar a reducir la responsabilidad penal de las empresas y organizaciones y de sus administradores y responsables legales, a través del uso de la mejora continua. Este sistema incluye la comprobación por parte de un equipo experto de auditores del cumplimiento de los requisitos, de la implantación y mantenimiento efectivo del sistema*”<sup>35</sup>. Así pues, la normativa técnica UNE trata de establecer, además de un lenguaje común para este campo de actividad, estándares homogéneos que puedan servir a las empresas a la hora de diseñar, implementar, evaluar y mejorar de forma continua el sistema de *compliance* penal, aspirando, así mismo, a servir de referencia a los jueces, fiscales y otros operadores jurídicos a la hora de valorar la eficacia preventiva de los programas de cumplimiento.

Contrariamente a lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, la regulación chilena sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas sí contempla expresamente la posibilidad de que la eficacia de los *compliance* sea auditada o certificada *ex ante* por organismos especializados e independientes de la entidad. En este sentido, la norma indica que “*las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos*”, en la que deberá constar que el mismo cumple con los requerimientos legales relativos a la designación de un encargado de prevención, a los medios y facultades que este ostenta, así como al contenido del propio programa, todo ello considerado “*en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica*” (art. 4.º 4) b) Ley 20.393).

---

NOR, véase AA.VV., AA.VV. Bonatti Bonet, F. (coord.) *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*, Francis Lefebvre, Madrid: 2017, pp. 13-14.

35 Así lo señala SALVADOR ROMÁN, Gerente de responsabilidad social de AENOR, en el informe sobre transparencia, recuperado de [http://webantigua.transparencia.org.es/seminario\\_prevenccion\\_corrcc\\_sector\\_privado/ponencias/salvador\\_roman.pdf](http://webantigua.transparencia.org.es/seminario_prevenccion_corrcc_sector_privado/ponencias/salvador_roman.pdf), [último acceso: 16/05/2018]

Las certificaciones podrían servir, en cierta medida, para homogeneizar los criterios de valoración de la eficacia de los programas de cumplimiento, ante la previsible disparidad de los órganos judiciales encargados, en última instancia, de llevar a cabo tal evaluación de los programas, como parte del juicio jurisdiccional sobre la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, lo cierto es que, al menos hasta el momento, también en Chile, el valor de tales certificaciones en un eventual proceso penal resulta incierto. Esto se explica, en primer lugar, porque la certificación está en manos de empresas privadas, algunas de las cuales comparten intereses comerciales de diversa índole con las entidades certificadas. En segundo lugar, por la inexistencia de un procedimiento de certificación estandarizado, que obliga al juzgador a valorar casuísticamente como se ha realizado la certificación y el seguimiento de la entidad. Y, en tercer lugar, por la escasa o nula jurisprudencia al respecto, que impide conocer la posición de la judicatura sobre el valor de las certificaciones.

Por otra parte, tal externalización y tecnificación en la valoración de un elemento clave para apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede implicar riesgos para la imparcialidad judicial a la hora de valorar libremente las pruebas que las partes aportan al proceso. En este sentido, nuevamente, “*es necesario estar precavido para no caer en los “excesos del cientifismo” de la prueba*”<sup>36</sup>.

Aunque a la empresa certificadora, especialista en gestión de riesgos o en programas de cumplimiento penal, le corresponda evaluar los riesgos delictivos de la entidad y analizar la estructura de la organización para cerciorarse de que el programa es eficaz para prevenir y detectar delitos, al Juez le corresponderá determinar si, en el caso concreto, el delito pudo cometerse como consecuencia de un incumplimiento grave de los deberes de dirección, supervisión o control de la entidad. De tal juicio jurisdiccional, basado en todas las pruebas útiles y pertinentes practicadas a tal fin en la vista oral, se derivará la condena o absolución de la persona jurídica, independientemente de que esta cuente o no con un programa certificado. Por eso, lo esencial de la tarea del certificador, más allá de emitir inicialmente un certificado, será realizar una labor de seguimiento de las políticas de cumplimiento penal de la entidad e ir, de este modo, preconstituyendo y recopilando pruebas válidas, cuya aportación en un eventual proceso penal frente a la persona jurídica evidencien que la misma actuó de forma diligente y comprometida con la legalidad<sup>37</sup>.

36 VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*, cit., pp. 477-478.

37 Es por eso que NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas”, cit., pp. 113 y 116, afirma que “*La certificación de los programas de cumplimiento puede resultar de utilidad como instrumento de defensa penal de la entidad*”, ya que puede servir como prueba documental y como “*prueba pericial anticipada*”.

En el proceso de certificación pueden distinguirse, siguiendo a PIÑA ROCHEFORT<sup>38</sup>, dos dimensiones, el juicio abstracto del modelo, que se limita a acreditar que la entidad cumple con los requerimientos de mínimos que fija la ley, y el juicio concreto, que evalúa si el modelo se encuentra efectivamente implementado en la estructura organizativa. Esta segunda dimensión es sin duda la más compleja, entre otras cosas, porque requiere de una actualización continua, que implica, entre otras cosas, que las certificaciones nacen con fecha de caducidad.

En cualquier caso, independientemente de cuál sea el sistema de auditoría empleado, las certificaciones “*no pueden ser por sí mismas una constatación de que se ha adoptado un modelo de prevención idóneo y eficaz*”<sup>39</sup>, sino que será necesario comprobar si, atendidas las concretas circunstancias del caso, el programa en abstracto y su efectiva implementación en la entidad, resultaron en medidas eficaces para mantener los riesgos penales en niveles jurídicos aceptables, lo cual sólo podrá ser acreditado por la entidad certificadora cuando haya habido un seguimiento real y efectivo de las actividades de la entidad certificada.

En la misma línea, la FGE señala que “*las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo, pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial*”<sup>40</sup>. Por su parte, el Ministerio Público de Chile también indica que “*la empresa no se exime de responsabilidad por el mero hecho de contar con esa certificación*”, ya que es posible que el modelo, aun cumpliendo con la normativa, no se corresponda con la verdadera política de negocios de la organización, lo que pondría de manifiesto la falta de aplicación efectiva del mismo<sup>41</sup>.

En definitiva, las certificaciones no pueden entenderse como “prueba reina” y autosuficiente para acreditar la eficacia de los programas de cumplimiento y su efectiva implementación en la organización, ni tampoco pueden servir para hurtar al Juez la facultad de valorar libremente si, en el caso concreto, el delito, presuntamente cometido, puede, razonablemente, atribuirse, o no, a los excesivos riesgos en que incurrió la entidad con su actividad o a la falta de medidas de vigilancia y control para neutralizar o reducir tales riesgos<sup>42</sup>. En otras palabras, la falta de con-

38 PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos*, cit., pp. 90-93.

39 GALLEGOS SOLER, J. I., “Criminal compliance y proceso”, cit., p. 225.

40 FGE, Circular 1/2016, p. 52.

41 Ministerio Público De Chile, Oficio FN No. 440/2010, p. 10.

42 En esta línea, NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas” cit., p. 117,

trol debido sobre los riesgos penales derivados de la actividad del ente, como núcleo del injusto que se imputa a la organización, debe ser objeto de un verdadero juicio jurisdiccional.

En suma, cabe afirmar que el plan de prevención se diseña —y se audita o certifica— desde una perspectiva *ex ante*, mientras que, evidentemente, la responsabilidad se determinará desde una perspectiva *ex post*<sup>43</sup>. De tal dicotomía se deriva una inevitable dosis de inseguridad en cuanto a la eficacia del programa para prevenir aquellos riesgos que, finalmente, se han materializado en un resultado lesivo y, por ende, en cuanto a la efectividad del modelo para eximir de responsabilidad penal a la entidad. Para reducir esa incertidumbre, la mejor estrategia de la persona jurídica consiste en ir archivando y preconstituyendo pruebas que, en un eventual proceso penal, sirvan para acreditar que los instrumentos de prevención y detección de delitos del programa se encontraban vigentes y funcionaban adecuadamente en el momento en que se cometió el delito. En esta tarea de archivo, evidentemente, la intermediación de un auditor independiente que intervenga en la preconstitución de tales evidencias supondrá un plus de fiabilidad en cuanto a la veracidad e integridad de tales fuentes de prueba.

Algunos autores chilenos han vinculado la existencia de una certificación con la carga de la prueba sobre la eficacia de los mecanismos de prevención de la entidad, entendiendo que las empresas que hayan certificado su modelo contarán con una presunción de cumplimiento, que deberá ser desvirtuada por el Ministerio Público, mientras que aquellas que no lo hayan certificado deberán probar que, a pesar de la comisión del delito, su modelo de prevención era idóneo para cumplir con su función<sup>44</sup>. En este sentido, en los trabajos pre-legislativos relacionados con la elaboración de la Ley 20.393 se afirmaba que el informe de auditoría certificando el correcto funcionamiento del modelo de prevención de delitos constituiría una

---

advierte que la certificación no va a tener un valor probatorio absoluto, “*pues en el derecho penal no son admisibles las pruebas regladas y rige el principio de libre valoración de la prueba*”. Sin embargo, el autor augura que “*su valor se incrementará a medida que se consoliden como criterios técnicos únicos, eliminando la posibilidad de contraste*”.

- 43 GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales”, en S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J.C. Hortal Ibarra; V. Valiente Iváñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires: 2014, pp. 367-419, pp. 374-375.
- 44 En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. 5, No. 9, julio de 2010, pp. 207-236, p. 227, recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n9/art05.pdf>, [último acceso: 16/05/2018], sostiene que “*en caso de no contar con certificado, es la empresa la que debe demostrar que ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión*”; Cfr. PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos*, cit., p. 90.

presunción legal en favor del cumplimiento de los deberes de implementación y supervisión que exige la ley. En una línea similar, en la doctrina española, NIETO MARTÍN señala que los estándares procedentes de las certificadoras privadas podrían servir para establecer una presunción *iuris tantum* favorable a la eficacia del modelo si bien, posteriormente, muestra algunos reparos sobre la credibilidad y la independencia de las entidades certificadoras<sup>45</sup>.

En mi opinión, la argumentación que vincula carga de la prueba y certificación no es del todo correcta, en tanto que, independientemente de que el programa de cumplimiento se encuentre certificado o no, o incluso de que exista o no, la acusación será la encargada de probar que el delito se cometió como consecuencia de un ejercicio insuficiente de los deberes de supervisión y control de la entidad o por la asunción excesiva de riesgos por parte de la organización. Probado lo anterior, la persona jurídica, para quedar exenta de responsabilidad, deberá acreditar que contaba con mecanismos idóneos para prevenir y detectar delitos, los cuales pueden haber adoptado la forma de un modelo de prevención delictiva típico y auditable o no, y pueden haber sido objeto de certificación o no.

De hecho, considero que el automatismo consistente en entender la certificación como una presunción de eficacia del modelo, situando en una situación probatoria privilegiada a la entidad cuyo modelo ha sido certificado, resulta peligroso. En primer lugar, porque no todas las empresas pueden permitirse desembolsar el coste de certificar sus programas, con lo que tal interpretación puede ser discriminatoria para aquellas entidades con menos recursos. Y, en segundo lugar, porque no existe un procedimiento de certificación estandarizado y, consecuentemente, la certificación en sí misma no acredita nada. Lo que sirve, al fin y al cabo, para acreditar la eficacia del programa son las garantías que ofrece el procedimiento de certificación, esto es, los controles implementados por la certificadora sobre la entidad certificada y las pruebas que a través de la relación de seguimiento entre ambas empresas se van produciendo y recopilando. Y eso es, precisamente, lo que debe acceder al proceso en soporte documental y, en su caso, a través de la declaración del certificador en calidad, ya de perito, ya de testigo-perito.

45 NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en Kuhlen, L; Montiel, J. P.; Ortiz De Urbina Gimeno, I. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid: 2013, pp. 21-50, pp. 28-29, 42-43; En una línea similar, se pronuncia FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en AA.VV., Ontiveros Alonso, M. (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia: 2014, pp. 135-176, pp. 152-153, al señalar que, emitida la certificación, corresponderá a la acusación desacreditarla.

En definitiva, la existencia de una certificación, otorgada por una entidad externa e independiente, resultará relevante<sup>46</sup>, si bien no determinante, de la eficacia del sistema de prevención delictiva de la entidad. Ahora bien, previsiblemente, será preciso que la entidad certificadora sea llamada al proceso, ya como perito, ya como testigo-perito, para explicar en qué ha consistido y qué garantías ofrece el procedimiento de certificación desarrollado.

## 5. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS REGLAS DE VALORACIÓN JUDICIAL SOBRE LA EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

### 5.1. La naturaleza dogmática de los programas de cumplimiento como fuente de incertidumbre sobre las reglas de la carga de la prueba

La dificultad de encajar los programas de cumplimiento normativo en alguna de las categorías de la teoría jurídica del delito se traduce en opiniones divergentes en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre la existencia y eficacia de tales programas. En este sentido, quienes configuran el incumplimiento de los deberes de prevención como núcleo del injusto imputable a las personas jurídicas o como fundamento de su culpabilidad entienden que es la acusación la que ha de acreditar tal extremo, mientras que aquellos que entienden la existencia de tales programas de prevención y su efectiva implementación en la organización como una circunstancia eximente hacen recaer tal carga en la propia organización acusada<sup>47</sup>.

46 Por su parte, el Reglamento de la Ley peruana No. 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, antes citado, tras establecer una serie de parámetros dirigidos a la Superintendencia del Mercado de Valores a los fines de la emisión del informe técnico sobre la eficacia e implementación del modelo de prevención (art. 48), señala que *“La SMV en la emisión del informe técnico adicionalmente puede tener en cuenta la existencia de las certificaciones relacionadas a sistema de gestión de riesgos, gestión de Compliance o sistema de gestión anti soborno, que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del exterior”* (art. 49.2).

47 En contra de que la carga de la prueba dependa de la configuración dogmática de tales programas se pronuncia la sentencia del STS (Sala 2.<sup>a</sup>, Sección 1.<sup>a</sup>) No. 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016/966, señalando que *“ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal. En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física”* (F. J. 5. °).

La FGE afirma que la construcción de los programas de cumplimiento en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas del CP español remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión, de tal forma que, concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito, los modelos de organización operarán a modo de excusa absolutoria, como una “*causa de exclusión personal de la punibilidad*”<sup>48</sup>. Consecuentemente, de acuerdo con este, cuando menos, discutible encuadramiento dogmático, correspondería a la persona jurídica acreditar que sus modelos de organización y gestión cumplen con las condiciones y requisitos legales y que son eficaces en su función de prevención delictiva.

Por su parte, el voto particular a la STS, de 29 de febrero de 2016, niega que la ausencia de una cultura de control sea un elemento objetivo del tipo que deba ser, en todo caso, probado por la acusación. Así pues, la opinión minoritaria recogida en tal resolución afirma que, tratándose de una circunstancia eximente que excluye la culpabilidad, “*corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos*”, sin que sea exigible imponer a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia ya que esto supondría, según se argumenta en la resolución, configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas, que carecería de justificación (F. J. 3.º)<sup>49</sup>.

Otro argumento que conduciría a la misma conclusión alcanzada en el voto particular de la referida STS, de 29 de febrero de 2016, es el de la facilidad probatoria, acercándose a una suerte de teoría dinámica de la carga de la prueba<sup>50</sup>, al

48 FGE, Circular 1/2016, p. 56.

49 Tal y como indica el voto particular a la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 154/2016, de 29 de febrero, RJ 2016, 600, F. J. 3.º, no hay razón alguna para alterar las reglas probatorias generales aplicables a las circunstancias eximentes. La resolución ejemplifica esta distorsión de las reglas probatorias ordinarias, señalando que no se debe imponer a la acusación la acreditación del hecho negativo de falta de concurrencia de la eximente, al igual que “*no se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación*”.

50 La carga dinámica de la prueba es definida por BERMÚDEZ MUÑOZ, M., “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, en *Revista Temas Jurídicos*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia, No. 11, 1997, pp. 16-38, p. 16, como “*una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla*”. Sobre esta teoría, véase también PINOCHET CANTWELL, F. J., “Cargas dinámicas de la prueba: el agravamiento en Chile”, en J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar; M. P. Calderón Cuadrado (coords.) *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*. Juan Montero Aroca. *Liber Amicorum*, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Tirant lo Blanch, Valencia: 2012, pp. 729-760.



situar tal carga en aquel sujeto que, en principio, tiene más facilidades para aportar las evidencias requeridas. En este sentido, la FGE señala que es la propia empresa la que cuenta con los recursos y con mayores posibilidades de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización<sup>51</sup>.

En sentido contrario, la opinión mayoritaria del TS, en la tantas veces citada sentencia de 29 de febrero de 2016, dispuso que, “*si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión*”<sup>52</sup>. La referida resolución judicial, aun siendo dictada con una mayoría muy ajustada –en tanto que siete de los quince magistrados que integraron el Pleno de la Sala 2.ª del TS suscribieron el ya referido voto particular–, no deja de ser una sentencia de Pleno, por lo que, previsiblemente, la postura esgrimida en la misma se corresponderá con la línea jurisprudencial seguida por el TS e, incluso, por otros Juzgados y Tribunales inferiores en próximas resoluciones. De hecho, poco tiempo después, el mismo órgano judicial, reafirmando en la citada postura, señaló que “*en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión*”<sup>53</sup>.

Por su parte, el Ministerio Público de Chile, en su instrucción 440, en una línea similar a la fijada por el TS español, señala que todos los presupuestos de impu-

- 51 Circular 1/2016, p. 57; En la misma línea, GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia: 2016, pp. 32-33, señala que, es la persona jurídica, la que tiene la información y se encuentra en condiciones óptimas para acreditar que contaba con una organización diligente o no defectuosa, por lo que resultaría artificial trasladar esa carga a la acusación.
- 52 STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 154/2016, de 29 de febrero de 2016, RJ 2016, 600, F. J. 8.º. En esta misma resolución, sostiene el TS que “*la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*”;
- 53 STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016/966, F. J. 5.º; En la misma línea, el CONSEJO DE ESTADO, Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013 (No. expte. 358/2013), señala que la acreditación de la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación debería recaer sobre las partes acusadoras.

tación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que se encuentra el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, deben ser acreditados por la acusación, sobre la que recae la carga probatoria<sup>54</sup>. Este presupuesto requiere, por lo tanto, una actividad de investigación y prueba, de la cual no se exime a la Fiscalía, ni siquiera cuando la entidad no cuenta con un modelo de prevención de delitos como el propuesto por la ley<sup>55</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia italiana, aun reconociendo, como lo hace nuestro TS, que el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión constituye el núcleo de la culpabilidad de la empresa, no aprecia una ilegítima inversión de la carga de la prueba cuando, por disposición legal, tal incumplimiento se presume, con carácter *iusuris tantum*, de la actuación delictiva de un “sujeto apical”<sup>56</sup>, exigiendo, en tal caso, que la organización acredite ciertos extremos para poder quedar exenta de responsabilidad<sup>57</sup>.

En cuanto al encuadramiento dogmático de los programas de prevención de delitos, en la doctrina, se pueden encontrar, así mismo, opiniones encontradas. Por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, en la línea de la opinión mayoritaria del TS, sostiene que la tipicidad objetiva del injusto típico de la persona jurídica consiste en la organización de la entidad de forma que se superen los niveles de riesgo permitido y en la materialización de tal riesgo en un resultado lesivo, mientras que su culpabilidad se fundamentaría en la cultura empresarial de incumplimiento de la

54 Ministerio Público De Chile, Oficio FN No. 440/2010, p. 5.

55 Ministerio Público De Chile, Oficio FN No. 440/2010, p. 7.

56 El término apical es empleado por la regulación italiana para referirse a aquellos sujetos que desarrollan funciones de representación, administración o dirección del ente o respecto de alguna de sus unidades organizativas con autonomía, ya funcional, ya financiera, así como para quienes ejercen la gestión o el control de la entidad de facto. Aunque en castellano no es un término comúnmente empleado, se utilizará en este artículo para referirse a los administradores, representantes legales, directivos o dirigentes de la organización, así como a aquellos que ejercen las funciones decisorias o de organización y control dentro de la entidad, para distinguirlos de los subalternos o subordinados a aquéllos. El vocablo es definido por la RAE, Diccionario, 23º ed., 2014, como “perteneciente o relativo a un ápice o punta”.

57 Sentencia de la Corte de Casación Penal italiana, Sección 6, de 17 de noviembre de 2009, No. 36083 (Cass. Pen. sez. VI, 17 novembre 2009, n. 36083, recuperado de [http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8839:cassazione-penale-sez-6-17-novembre-2009-n-36083-mancata-adozione-o-attuazione-dei-modelli-organizzativi-responsabilita-dellente-&catid=134:giurisprudenza-sul-dlgsn-2312001&Itemid=60](http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=8839:cassazione-penale-sez-6-17-novembre-2009-n-36083-mancata-adozione-o-attuazione-dei-modelli-organizzativi-responsabilita-dellente-&catid=134:giurisprudenza-sul-dlgsn-2312001&Itemid=60), [último acceso: 25/05/2018]); Sentencia de la Corte de Casación Penal italiana, Sección 6, de 16 de julio de 2010, No. 27735 (Cass. Pen. sez. VI, 16 julio de 2010, No. 27735, recuperado de [http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3790:cassazione-penale-sez-6-16-luglio-2010-n-27735-responsabilita-amministrativa-degli-enti&catid=17:cassazione-penale&Itemid=60](http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=3790:cassazione-penale-sez-6-16-luglio-2010-n-27735-responsabilita-amministrativa-degli-enti&catid=17:cassazione-penale&Itemid=60), [último acceso: 25/05/2018]).

legalidad<sup>58</sup>. Por su parte, PIÑA ROCHEFORT entiende que la existencia de un modelo de prevención de delitos eficaz implica la atipicidad de la conducta<sup>59</sup>. De forma similar, COLLADO GONZÁLEZ viene a situar la inexistencia de estos programas en la tipicidad, al entender que, si hay un programa eficaz y, a pesar de ello se comete el delito, no podrá apreciarse imprudencia en la actuación del ente a la hora de organizarse<sup>60</sup>.

Otros autores optan por asimilar el defecto organizativo o la falta de control debido a la culpabilidad empresarial, constituyendo aquel el equivalente funcional de este elemento de la teoría jurídica del delito<sup>61</sup>. Por su parte, NIETO MARTÍN sostiene que la función del defecto de organización en la *offense*, esto es, en la prohibición cuyo incumplimiento se imputa a la persona jurídica, es similar a la de una condición objetiva de punibilidad, como la que cumple en el delito de quiebra alemán la declaración de insolvencia<sup>62</sup>. En cualquier caso, tanto de esta línea doctrinal como de las posturas sostenidas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, PIÑA ROCHEFORT y COLLADO GONZÁLEZ, se deriva que es la acusación la que debe probar la inexistencia o ineficacia del modelo de prevención, por tratarse de un elemento constitutivo de la responsabilidad penal de la organización, entendimiento este mayoritario en la doctrina, seguramente, en parte, inspirado en la reciente jurisprudencia del TS al respecto<sup>63</sup>.

58 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal” (2016), cit., pp. 105-107.

59 PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Modelos de prevención de delitos*, cit., p. 7.

60 COLLADO GONZÁLEZ, R., *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados en Chile y en España*, Thomson Reuters: Legal Publishing, Santiago de Chile: 2013, pp. 81-82.

61 Tal y como se indicó *ut supra* el concepto de culpabilidad por defecto de organización (*Organisationverschulden*) se atribuye a TIEDEMANN, K., “Die ‘Bebüssung von Unternehmen nach dem 2’ Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pp. 1172 y ss., siendo numerosos los defensores de esta concepción de la culpabilidad empresarial. Así pues, en la doctrina española, es defendida, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa en las personas jurídicas y programas de ‘compliance’ (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, en *Diario La Ley*, No. 7742, 9 de julio de 2010; En la doctrina italiana es seguida, entre otros, por CADOPPI, A.; GARUTI, G.; VENEZIANI, P., *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Turín: 2010, p. 328; Y, en la chilena, por ARTAZA VARELA, O., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en *Política criminal*, Vol. 8, No. 16, 2013, pp. 544-573, p. 547, recuperado de [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A6.pdf), [último acceso: 16/05/2018]

62 NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento”, cit., p. 39.

63 En este sentido, son muchos los autores que sostiene que la prueba de la inexistencia o ineficacia de los programas de cumplimiento corresponde a la acusación. Entre otros, GIMENO BEVIÁ,

Sin embargo, otra parte de la doctrina, en la línea de la FGE y del voto particular a la STS, de 29 de febrero de 2016, califica la existencia de un programa idóneo y eficaz como circunstancia eximente de la responsabilidad<sup>64</sup>, cuya prueba recaería, por lo tanto, según reglas procesales generalmente aceptadas, en la defensa.

Se observa, por lo tanto, que las opiniones son dispares y el tema es controvertido y de difícil solución. Ahora bien, llama la atención que, en tales argumentaciones, ni la doctrina y ni la jurisprudencia española hagan prácticamente distinción entre los dos sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas que, cuando menos, las leyes italiana y española establecen de forma claramente diferenciada, según el delito haya sido cometido por un sujeto apical o por un subalterno. En este sentido, la doctrina italiana es la única que reconoce claramente, por venir casi impuesto por la literalidad de su regulación, que cuando delinquen los sujetos apicales, se invierte la carga de la prueba y es la entidad la que ha de acreditar que contaba con un modelo de prevención de delitos idóneo y eficaz<sup>65</sup>.

Para abordar el tema desde esta perspectiva, esto es, distinguiendo los dos modelos de imputación, según si delinque un dirigente de la entidad o un subalterno, resulta relevante uno de los argumentos empleados por la FGE para hacer recaer sobre la organización la carga de acreditar la eficacia de su modelo de prevención de delitos. Se trata de la lógica de la prueba por indicios. En este sentido, la FGE argumenta que *“la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva (...) del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio”*. Si bien, a renglón seguido, la Fiscalía matiza, y aquí está la clave de lo que se expondrá a continuación, que, mientras *“un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, no sucede lo mismo con otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración”*. Pues bien, la referida interpretación de la FGE,

J., *Compliance y proceso penal*, cit., pp. 295-297; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica” (2016), cit., pp. 178-179; MAGRO SERVET, V., *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid: 2017, pp. 212-213.

64 GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los *compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal*, No. 24, 2015, pp. 1-24; GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política*, cit., pp. 31-39; AA. VV., Juanes Peces, A. (Dir.); Díez Rodríguez, E. (coord.) *Memento Experto. Compliance penal*, Madrid: 2017, pp. 283-285.

65 ALBERICI, A.; BARUFFI, P.; IPPOLITO, M. et. al., *Il modello di organizzazione gestione e controllo di cui al D. Lgs. 231. Profili metodologici e soluzioni operativi*, Giuffrè, Milán: 2008, pp. 73-75.

en cierto modo, tal y como se tratará de argumentar, se refleja en la regulación legal contenida en el CP, así como también en las regulaciones italiana y chilena, ya que todas ellas distinguen claramente dos sistemas de imputación de responsabilidad, con diferentes elementos constitutivos, según qué puesto ocupaba en la jerarquía empresarial el autor del hecho delictivo.

## 5.2. La carga de la prueba en el proceso penal de las personas jurídicas

### 5.2.1. Delitos cometidos por sujetos “apicales” o con poderes de representación, dirección o control (art. 31 bis 1 a) CP)

Cuando los presuntos autores del delito sean los representantes legales de la entidad, aquellos autorizados para tomar decisiones en su nombre o quienes ostentan facultades de dirección, organización o control dentro de la misma, en principio, de acuerdo con la literalidad de la regulación española –claramente inspirada, en este punto, en la regulación italiana (art. 7.1 D. Lgs. 231)–, a la acusación le bastaría con probar que tales individuos cometieron el hecho de referencia, actuando en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio directo o indirecto, sin que el CP exija específicamente el incumplimiento de los deberes de supervisión y dirección, contrariamente a lo que ocurre cuando los que delinquen son los subalternos (art. 31 bis 1 b) CP). A este respecto, resulta llamativo que el distinto régimen de imputación previsto en el CP, según quien sea el autor del hecho de referencia, resulte mayormente ignorado por la doctrina y por la jurisprudencia a la hora de determinar qué debe probar la acusación para que la persona jurídica resulte condenada<sup>66</sup>.

En este primer supuesto de imputación, previsto en el art. 31 bis 1 a) CP, la responsabilidad organizativa se derivaría de la implicación en la comisión del delito por aquellos que tienen, precisamente, el deber de controlar los riesgos delictivos en la entidad. Tal protagonismo de los miembros del órgano de gobierno o de la alta dirección del ente en el ilícito penal justifica que no sea preciso exigir una prueba específica sobre la eventual omisión de las obligaciones de vigilancia y control, si bien, a pesar de ello, cabe sostener que la persona jurídica responde conforme a su propia culpabilidad, deducida, con carácter *iuris tantum*, de ciertas actuaciones de

66 A pesar de que el CP, antes de la reforma del año 2015, no exigía la falta de control debido para el caso de que delinquieren los administradores o representantes y, actualmente, sigue sin exigir el incumplimiento grave de los deberes de dirección y control para el caso de que sean los altos cargos los que delincan, parte de la doctrina se empeñó desde el principio en derivar tal exigencia del principio de culpabilidad consagrado constitucionalmente. Destacan, en este sentido, las reflexiones de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en AA. VV. Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.) *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid: 2010, pp. 11-38, p. 18, indicando la necesidad de interpretar el art. 31 bis CP de acuerdo con la CE, lo que, a su juicio, implicaría exigir, en todo caso, un fallo

sus dirigentes, las cuales constituyen, cuando menos, fuertes indicios de que la organización carecía de un compromiso serio de cumplimiento de la legalidad penal.

El fundamento empírico de tal suerte de presunción en cuanto al incumplimiento de los deberes de organización y control por parte de la persona jurídica radica en que son los altos cargos de la entidad los responsables de diseñar sus estrategias y políticas, de fomentar una cultura de cumplimiento de la legalidad en su seno y de asumir la dirección y supervisión de su actividad de *compliance*. Por eso, cuando tales sujetos cometen un delito, difícilmente podrá sostenerse que se han cumplido los deberes de dirección y control o que la entidad estaba comprometida con el cumplimiento del Derecho. En este sentido, es necesario poner en valor la importancia del compromiso de la alta dirección con la cultura de cumplimiento normativo, el denominado *tone from the top* que, según los estándares internacionales sobre gestión de *compliance* penal, se erige en premisa de tal cultura de cumplimiento, de tal forma que este deber de la alta dirección para con las políticas de *compliance*, se considera parte central del núcleo duro del sistema<sup>67</sup>.

Deducir de la comisión de un delito por la alta dirección de la organización la inexistencia o ineficacia de los mecanismos de prevención delictiva o la falta de una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad es absolutamente legítimo y racional. Se trata, simplemente, de aplicar la dinámica de la prueba por indicios, según la cual, de la prueba de un hecho indicio –en este caso, la comisión de un delito en nombre y beneficio de la entidad por un miembro de su órgano de gobierno o de la alta dirección de la organización–, a través de un enlace lógico, preciso y directo

---

organizativo por parte de la entidad; Por su parte, la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016, 966, señala, sin distinguir entre los dos sistemas de imputación previstos en la ley, que “*la persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*” (F. J. 5.º); Y en una línea similar, la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 516/2016, de 13 de junio, RJ 2016, 2531, considera el art. 31 bis CP como una cláusula de determinación de la autoría definitoria del tipo de autor en las personas jurídicas, argumentando que los presupuestos que han de concurrir para la declaración de la persona jurídica como autora del delito son los siguientes: “*un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar*” (F. J. 1.º).

67 AA.VV., F. Bonatti Bonet (coord.) *Sistemas de Gestión de Compliance*, cit., p. 49. Así mismo, se indica, sobre este particular que la exigencia del liderazgo se concreta en un serie de acciones y compromisos que emanan siempre de la alta dirección y que serían los siguientes: 1. Debe aprobar expresamente el sistema y asegurar su observancia; 2. Debe crear, dotar de autoridad y dar

–la máxima según la cual cabe afirmar que, si el encargado de prevenir delitos los comete, las tareas de prevención están desatendidas–, es posible deducir la existencia de un hecho presunto sobre el que no hay prueba directa –en este supuesto, el incumplimiento de los deberes de prevención delictiva o la ineficacia de las medidas implementadas a tal fin–.

La referida deducción, en mi opinión, no erosiona la presunción de inocencia de la entidad, en tanto que se parte de un nexo preciso, lógico y no arbitrario, consistente en entender que cuando los encargados de dirigir y controlar están implicados en el delito, ya dolosa, ya imprudentemente, los deberes de dirección y control no se han cumplido. Además, se trata de una asunción que admite prueba en contrario y que, por lo tanto, sólo será válida en tanto en cuanto no sea contradicha por el resultado del resto de las pruebas. En este sentido, resulta evidente que la entidad puede vencer o desvirtuar las asunciones derivadas de tal indicio, bien deslizando su responsabilidad de las actuaciones de sus dirigentes, si acredita que la actuación de sus altos cargos se desarrolló burlando los controles preestablecidos por la organización para prevenir la comisión de ilícitos penales en el desarrollo de su actividad (art. 31 bis 2. 3. ° CP)<sup>68</sup>, en cuyo caso se pondría en entredicho el enlace entre el hecho indicio y el hecho presunto, o bien puede, así mismo, tratar de acreditar que contaba con un modelo de prevención delictiva eficaz, desacreditando, de este modo, directamente el hecho presunto<sup>69</sup>.

En definitiva, si las deducciones acerca de la ineficacia de los modelos de prevención delictiva parten de un enlace lógico y racional y tales asunciones indiciarias se configuran con carácter *iuris tantum*, a mi juicio, nada cabe oponer a este razonamiento desde la perspectiva de la presunción de inocencia de la persona jurídica, que resultará suficientemente salvaguardada, siempre que el enlace lógico entre el hecho indicio y el hecho presunto se exteriorice por el juzgador a la hora de valorar

---

soporte y recursos a las funciones de cumplimiento; 3. Debe predicar con el ejemplo y amparar las conductas de los subordinados conformes con el sistema de *compliance*; 4. Debe responder firmemente frente al incumplimiento; Por su parte, la FGE señala que “*cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía*”. Por eso, “*si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz*” (Circular 1/2016, p. 63)

68 En la misma línea, véase el art. 6.1.c) D. Lgs. italiano 231.

69 En este sentido, el art. 385.2 LECiv señala que “*Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción*”. Además, según el art. 386.2 LECrim, esta misma regla se aplica a las presunciones judiciales, como la aquí referida, que consiste

las pruebas y, al mismo tiempo, se permita a la defensa, con plena contradicción e igualdad de armas, atacarlo y contrarrestarlo<sup>70</sup>.

Llegados a este punto, cabe traer a colación una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se estima un recurso de apelación, absolviendo a una Cooperativa que había sido condenada en primera instancia, señalando que es palmaria la vulneración de la presunción de inocencia de la persona jurídica “*dado que no se ha practicado prueba por las acusaciones respecto de la inexistencia de controles por parte de la entidad para prevenir el delito que se le atribuye*”<sup>71</sup>. Resulta, cuando menos, curiosa la absolución de la entidad acusada, habiéndose declarado probado, en primera instancia, que durante cuatro años consecutivos se defraudó IVA por un importe aproximado de cinco millones de euros anuales, para lo cual, se llevó una contabilidad paralela a la oficial, de forma que, sistemáticamente, una parte de las ventas se cobraba en B, de lo cual, según la propia resolución, tenía pleno conocimiento el Presidente del Consejo Rector y representante legal de la entidad. Este sujeto, a diferencia de la Cooperativa, sí resultó condenado porque, tal y como razona la sentencia, además de estar al tanto del fraude, era, según los Estatutos de la entidad, la persona que asumía las obligaciones contables y fiscales en nombre de aquella.

En un caso como el descrito, ¿acaso no es lógico deducir, de los hechos declarados probados en sentencia, que la entidad no contaba con mecanismos idóneos para prevenir el fraude fiscal? A mi juicio, desde luego, tal deducción, en absoluto vulnera la presunción de inocencia de la persona jurídica. Otra cosa es que, durante el juicio y en la sentencia de instancia, deba ponerse de manifiesto esta tesis, para que sea sometida a la debida contradicción y puedan discutirse, por parte de la defensa, tanto las conclusiones alcanzadas, como la racionalidad y la lógica del proceso mental deductivo y valorativo aplicado por el juzgador, tal y como se exige, ordinariamente, para la aplicación de la prueba indiciaria.

---

en que, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal presume la certeza de otro hecho, “*si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*” (art. 386.1 LECiv)

70 Reiterada jurisprudencia del TC ha afirmado la legitimidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios. En este sentido, el Alto Tribunal afirma que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (véanse, entre otras, las SSTC 24/1997, de 11 de febrero, 174/1985, de 17 de diciembre, 175/1985, de 7 de marzo y 157/1998, de 13 de julio)

71 SAP de Pontevedra (Sección 4.ª) No. 116/2017, de 30 de junio ARR, 2017, 973, F. J. 6.º.



En el referido escenario, en el cual el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión se deduce indiciariamente de la comisión del delito por ciertos individuos, precisamente por aquellos que asumen el deber indelegable de dirigir y supervisar la política de cumplimiento penal, la existencia de medidas eficaces de prevención delictiva se configuraría como un conraindicio, cuya prueba correspondería a la defensa, la cual, en orden a evitar la condena, tendría que acreditar la eficacia y la vigencia de su modelo de organización y gestión orientado a la prevención delictiva o el hecho de que los autores del delito eludieron fraudulentamente los controles y prevenciones implementados por la entidad. De igual modo, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando hay pruebas de cargo suficientes, que demandan una respuesta o una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, si este adopta una actitud pasiva o ejercita su derecho al silencio, tal comportamiento procesal puede servir para confirmar, en base a la lógica y al sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable<sup>72</sup>.

En definitiva, probada la comisión de un delito por los altos cargos de la organización, actuando en su nombre y en su beneficio, parece haber indicios incriminatorios suficientes de los que deducir la ausencia de medidas de prevención delictiva eficaces en su seno. Y en este contexto, la acreditación de la efectiva implementación de un modelo de prevención delictiva funciona como una circunstancia excluyente de responsabilidad que, como regla general, al igual que las atenuantes, debe ser probada por la defensa<sup>73</sup>.

### ***5.2.2. Delitos cometidos por subalternos sin poder de representación, dirección o control (art. 31 bis 1 b) CP***

Al contrario de lo que ocurre en el supuesto de que sean los altos cargos de la entidad los autores del delito, cuando quien delinque es un subordinado, esto es, un

72 STEDH, de 8 de febrero de 1996. Caso John Murray c. Reino Unido.

73 Véase, en esta línea, la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 277/2014, de 7 de abril, RJ, 2014, 2181, F. J. 5.º; Por su parte, los tribunales italianos, aplicando un sistema de responsabilidad casi idéntico al español en su literalidad, declararon exenta de responsabilidad a una entidad cuyos directivos habían maquillado el balance de la entidad para tranquilizar al mercado financiero, difundiendo datos sobre las condiciones patrimoniales y financieras de la entidad, tras haberlos falseado. En tal caso, aunque la actuación delictiva fue perpetrada por el presidente del consejo de administración y el consejero delegado, el comportamiento de la empresa no se consideró punible porque tales individuos actuaron eludiendo el correspondiente modelo de organización de la entidad. En este sentido, argumenta el Tribunal italiano que, si hubiesen seguido el proceso previsto en el modelo, habría sido imposible para los imputados actuar de ese modo. Por lo tanto, el comportamiento ilícito no se debería a un modelo organizativo erróneo, sino a un comportamiento de los directivos contrario a las reglas internas reflejadas en tal modelo (Sentencia del Tribunal de Milán, Juez para la Investigación Preliminar E. Manzi, 17 de noviembre de 2009

sujeto sin poder de decisión, control, administración o representación en la entidad, la norma española exige probar que su actuación delictiva, además de haberse realizado en el ejercicio de las actividades sociales o por cuenta del ente y en su beneficio directo o indirecto, ha sido posible por el incumplimiento grave de los deberes de dirección, supervisión, vigilancia o control<sup>74</sup>, por parte de las personas u órganos responsables de tales funciones, atendidas las concretas circunstancias del caso. Esto se traduce en que la entidad sólo responde si, a través de la omisión de sus deberes de control, ha incurrido en un riesgo grave que, posteriormente, se ha materializado en la comisión de un delito en su beneficio, por alguno de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones en la organización.

La diferencia más relevante en relación con el supuesto anterior radica en que, en este caso, el incumplimiento grave del deber de control no puede deducirse de la comisión del delito por un miembro de la entidad que no ostenta poderes de administración, dirección o supervisión, ya que, este acto, por sí solo, no tiene fuerza indiciaria suficiente para incriminar a la persona jurídica. Por eso, adicionalmente, se requiere una prueba de cargo, específica y suficiente, que acredite la falta de controles en el área de actividad en que presuntamente se cometió el ilícito<sup>75</sup>. Solo de esta forma, cabe afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un hecho propio de la entidad y no en la mera trasmisión de la responsabilidad derivada de las actuaciones de sus miembros.

En este supuesto, por lo tanto, la acusación debe probar la falta de una adecuada supervisión por parte de los dirigentes de la entidad sobre sus subordinados que, en el caso concreto, haya permitido a estos últimos cometer un delito por cuenta y en beneficio de la entidad<sup>76</sup>. Ahora bien, tal omisión del control debido, aun

---

(conocido como caso “*impregilo*”). Pronunciamiento confirmado por la Corte de Apelación de Milán No. 1824, de 21 de marzo de 2012); En contra de esta opinión, véase CONSEJO DE ESTADO, Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013 (No. expte. 358/2013), indicando que la acreditación de la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación debería recaer sobre las partes acusadoras.

74 Tal y como indica la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016, 966, F. J. 5.º, “*los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos*”, debiendo ser la acusación la que acredite, no sólo el referido incumplimiento, sino su gravedad.

75 Esta falta o insuficiencia de controles podría deducirse de circunstancias tales como la inadecuada o confusa distribución de responsabilidades entre los miembros de la entidad, la falta de supervisión sobre los subalternos, la insuficiencia o inexistencia del sistema de sanciones para quienes incumplan el modelo de prevención, la carencia de medidas apropiadas para prevenir y detectar conductas delictivas, así como de otras características de la organización, siempre que hayan influido de algún modo en la comisión del hecho delictivo, bien promoviéndolo, bien facilitándolo.

76 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*, cit., p. 146; Así mismo, MARTÍNEZ

cuando no pueda determinarse específicamente para la concreta actuación delictiva enjuiciada, puede inferirse de la ausencia de ciertas prácticas, protocolos, rutinas o mecanismos preestablecidos en orden a prevenir la comisión de ilícitos penales. Tal inferencia estaría en línea con lo previsto en la regla 406 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, al disponer que las pruebas de los hábitos de una persona o de la práctica rutinaria de una organización pueden admitirse para probar que, en una ocasión particular, la persona o la organización actuaron de acuerdo con ese hábito o práctica rutinaria<sup>77</sup>.

Por lo tanto, a los efectos respetar la presunción de inocencia del ente, cuando el autor del delito no es un alto cargo de la entidad, la acusación deberá practicar prueba de cargo suficiente para acreditar ese incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre sus subordinados, ya a través de la verificación de que no existe un programa de prevención de delitos vigente, ya a través de la prueba sobre sus fallas o su falta de idoneidad o eficacia, sin que la comisión de un delito por cualquier empleado, sin poderes autónomos de dirección y supervisión, resulte evidencia suficiente a tal fin.

Por su parte, la defensa, probados los hechos constitutivos de su responsabilidad, podrá desvirtuar las pruebas de la acusación acerca del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, demostrando que, antes de cometerse el delito, la persona jurídica contaba con ciertos protocolos o estándares de actuación orientados a prevenir la comisión de delitos, y que estos eran conocidos y aplicados de forma consistente por los miembros de la organización, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su preexistencia, de su vigencia en la entidad, así como de su efectividad y, en su caso, de su incidencia real en los hechos delictivos supuestamente acaecidos<sup>78</sup>.

---

PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M. <sup>a</sup> J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., Castillejo Manzanares, R. (Dir.); Sande Mayo, M. <sup>a</sup> J. (Coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid: 2012, pp. 373-396, p. 394, sostienen que la carga de la prueba sobre el defecto de organización, en tanto que hecho constitutivo de la responsabilidad penal del ente, corresponde a la acusación; JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa, Cuadernos penales de José María Lidón*, No. 8, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao: 2011, pp. 39-44, p. 44.

77 En concreto, la regla probatoria del ordenamiento estadounidense señala que “*Evidence of a person’s habit or an organization’s routine practice may be admitted to prove that on a particular occasion the person or organization acted in accordance with the habit or routine practice. The court may admit this evidence regardless of whether it is corroborated or whether there was an eyewitness*” (*Fed. R. Evid.* 306, texto recuperado de <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>, [último acceso: 23/05/2018]).

78 FGE, Circular 1/2011, p. 48; En la línea de atribuir a la persona jurídica la carga de la prueba sobre la adopción de modelos de prevención y control de los delitos, se pronuncian, entre otros:

Dada la redacción de la ley italiana, que señala que la inobservancia de las obligaciones de control se excluye, en todo caso, si existían modelos de organización y gestión idóneos para la prevención del delito cometido (art. 7.2 D. Lgs. 231), parece que esta presunción no admite prueba en contrario en aquel país. Sin embargo, tal y como se viene argumentando a lo largo de este trabajo, no parece adecuado limitar la actividad valorativa del Juez a comprobar que el programa de cumplimiento respeta formalmente los requisitos exigidos por la ley, debiendo centrarse su juicio jurisdiccional en determinar si, en el caso concreto, la persona jurídica puso la diligencia debida o exigible para prevenir la comisión del delito enjuiciado<sup>79</sup>, o si, por el contrario, incurrió en un riesgo excesivo, al no contar con medidas eficaces para controlar los riesgos delictivos de su actividad.

### 5.3. Valoración de la prueba e in dubio pro reo

En todo caso, lo que no soluciona la prueba indiciaria, ni la consideración de la eficacia de los modelos de prevención delictiva como circunstancia eximente de la responsabilidad penal, es la “cantidad” de prueba necesaria para convencer al Juez

---

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*, cit., p. 146, para quien corresponde a la entidad probar la existencia de controles adecuados dado que se trata de un elemento que podría exonerarla de responsabilidad penal; GIMENO SENDRA, V.; GIMENO BEVIÁ, J., *Dictamen de 18 de abril de 2012 solicitado por el Consejo General de la Abogacía sobre los “Código de buena conducta de las personas jurídicas”*, pp. 1-56, p. 48, recuperado de <https://noticiasabogadoscabelos.blogspot.com.es/2012/06/por-el-consejo-general-de-la-abogacia.html>, [último acceso 16/05/2018], en el que se señala que la sociedad habrá de acreditar, en primer lugar, que posee un programa de cumplimiento y, en segundo, que, en el caso concreto, se ha aplicado correctamente; ROMA VALDÉS, A.; Escoc García, I. (coord.), *Responsabilidad de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a la 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 y a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, 2011*, Rasche, Madrid: 2012, p. 91, para quien la carga probatoria sobre la existencia de este sistema de control incumbe a la propia persona jurídica; En la misma línea, se pronuncia BARALLAT LÓPEZ, J., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Observatorio de Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG., en *Diario La Ley*, No. 7752, 12 de diciembre de 2011, para quien la prueba sobre la falta del debido control debe corresponder a la acusación, por ser un elemento del tipo, mientras que, si el programa de cumplimiento se considera una eximente que excluye la culpabilidad, debe ser probado por la persona jurídica.

- 79 Tal y como señala SALVO ILABEL, N., *Modelos de imputación penal*, cit., p. 337, la adopción del modelo de prevención de delitos será analizada por el juez en relación con el delito concreto que ha dado lugar al proceso, por lo que su idoneidad y su capacidad para conjurar el riesgo delictivo se deberá examinar en relación con él y no en relación con todos los riesgos que enfrenta la actividad del ente.

de que el ente actuó diligentemente en sus deberes de prevención delictiva<sup>80</sup>. Esta es una cuestión de estándar probatorio, ajena al sentido de la carga de la prueba.

Para evitar problemas de legitimidad constitucional en relación con la presunción de inocencia, se debe entender que cuando una eximente es razonablemente introducida en el proceso por el acusado, haciendo nacer dudas razonables en el juzgador sobre su concurrencia, deberá acordarse su absolución<sup>81</sup>, de tal forma que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, las dudas fundadas sobre la vigencia de una eximente, se equiparen a la consecución de la prueba positiva sobre su existencia. En este sentido, cabe argumentar que “*si la postura de la defensa es plausible, razonable, quiere decir que la otra tesis, la del fiscal, no ha podido superar el estándar exigido y, en consecuencia, su prueba no va más allá de la duda razonable*”<sup>82</sup>.

En otras palabras, para obtener su absolución, bastaría con que el ente acusado hiciera surgir una duda razonable en el juzgador sobre la existencia y la vigencia de un modelo de prevención de delitos eficaz<sup>83</sup>, mientras que la absoluta falta de prueba al respecto o la existencia de prueba en contrario comportaría la condena del ente, en su caso, con la correspondiente atenuación de responsabilidad. En definitiva, a la hora de decidir sobre la culpabilidad de la entidad, en aplicación del principio *in dubio pro reo*<sup>84</sup>, cualquier duda razonable, ya sobre la ofensa, ya sobre las defensas, debiera resolverse en favor del acusado<sup>85</sup>.

80 En términos similares, aunque en relación con la regulación italiana, se pronuncia CHIMICHI, S., “Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova de la colpa di organizzazione”, en *Diritto penale e processo*, Vol. 5, 2004, pp. 617-621, p. 620.

81 En este sentido, tal y como afirma la FGE, Circular 1/2016, p. 46, la referencia a la “acreditación parcial” de las circunstancias que integran la eximente de responsabilidad (art. 31 bis 2. 4.º CP) “no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena”.

82 CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.; CASTILLO VAL, I., “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Ius et Praxis*, Vol. 17, No. 2, 2011, pp. 77-118, p. 117, recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art05.pdf>, [último acceso: 16/05/2018]

83 En términos similares, aunque en relación con la regulación italiana, se pronuncia VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milán: 2012, pp. 365-367.

84 Este principio, según el cual cualquier duda sobre la culpabilidad debe de beneficiar al acusado, se recoge en el art. 6.2 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, como uno de los contenidos fundamentales del derecho a la presunción de inocencia.

85 Así se deduce, claramente, del art. 340 Código Procesal Penal chileno, al señalar que la convic-

Del mismo modo, si surge en el juzgador una duda razonable sobre la concurrencia del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, siendo este un elemento determinante de la responsabilidad del ente para el caso de que haya delinquido un subalterno, procederá la absolución del ente ya que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, tanto la falta de prueba de cargo suficiente sobre un elemento de la ofensa, como la duda fundada sobre la concurrencia da una defensa excluyente de la responsabilidad, impedirían dictar una sentencia condenatoria.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., Juanes Peces, A. (Dir.); Díez Rodríguez, E. (coord.) *Memento Experto. Compliance penal*, Madrid, 2017.
- ALBERICI, A. / BARUFFI, P. / IPPOLITO, M. et. al., *Il modello di organizzazione gestione e controllo di cui al D. Lgs. 231. Profili metodologici e soluzioni operativi*, Giuffrè, Milán, 2008.
- ARTAZA VARELA, O., “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en *Política criminal*, vol. 8, No. 16, 2013, pp. 544-573.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa en las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, en *Diario La Ley*, No. 7742, 9 de julio de 2010.
- BARALLAT LÓPEZ, J., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Observatorio de Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG.”, en *Diario La Ley*, No. 7752, 12 de diciembre de 2011.

ción del tribunal, más allá de toda duda razonable, no alcanzará sólo a la comisión del hecho, sino también a la culpabilidad y a la punibilidad del acusado. También del art. 330.3 Código Procesal Penal italiano, el cual dispone que la duda sobre una causa de justificación o sobre una causa personal de exclusión de la punibilidad debe conducir a una sentencia absolutoria. Por su parte, la LECrim no hace referencia expresa al principio *in dubio pro reo*, si bien, es reiterada la jurisprudencia del TS que lo deriva del art. 24.2 CE, aunque su ámbito de aplicación se limita a los casos en que el Tribunal sentenciador reconoce la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo y opta por la solución más perjudicial para el acusado. Por lo tanto, sólo aplica en casos de duda, pero existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) No. 827/2015, de 15 de diciembre, RJ 2015, 6624).

- BELHADJ BEN GÓMEZ, C., “El testigo-perito, proposición y práctica de prueba. Distinción con el perito”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 2, 2014, pp. 1-6.
- BERMÚDEZ MUÑOZ, M., “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, en *Revista Temas Jurídicos*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Colombia, No. 11, 1997, pp. 16-38.
- CADOPPI, A.; GARUTI, G. / VENEZIANI, P., *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Turín, 2010.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. / CASTILLO VAL, I., “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Ius et Praxis*, Vol. 17, No. 2, 2011, pp. 77-118.
- CHIMICHI, S., “Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova de la colpa di organizzazione”, en *Diritto penale e processo*, Vol. 5, 2004, pp. 617-621.
- COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA.VV., Silva Sánchez, J-M. (Dir.) / Montaner Fernández, R. (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43-76.
- COLLADO GONZÁLEZ, R., *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados en Chile y en España*, Thomson Reuters: Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en AA. VV. Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), en *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 11-38.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en AA.VV. M. Ontiveros Alonso (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 135-176.
- GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en AA. VV. Mir Puig, S (dir.) / Corcoy Bidasolo, M (dir.) / Gómez Martín, V. (dir.) Hortal Ibarra, J. C. (coord.) / Valiente Iváñez, V. (coord.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 195-229.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo, 2012.
- GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal: el proceso penal de las personas jurídicas: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015*, circular FGE 1-2016 y jurisprudencia del TS, Aranzadi, Navarra, 2016.
- GIMENO BEVIÁ, J., Dictamen de 18 de abril de 2012 solicitado por el Consejo General de la Abogacía sobre los “Código de buena conducta de las personas jurídicas”, pp. 1-56.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política lesiglativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en Bajo Fernández, M / Feijoo Sánchez, B. J. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2.ª ed. Adaptado a la Ley 1/2105, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 121-141.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, Bajo Fernández, M / Feijoo Sánchez, B. J. / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2.ª ed. Adaptado a la Ley 1/2105, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 143-219.
- GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales”, en S. Mir Puig (dir.) / M. Corcoy Bidasolo (dir.) / V. Gómez Martín (dir.) / J.C. Hortal Ibarra (coord.) / V. Valiente Iváñez (coord.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo / Buenos Aires, 2014, pp. 367-419.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los *compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal*, No. 24, 2015, pp. 1-24.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. 5, No. 9, julio de 2010, pp. 207-236.
- JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*, Cuadernos penales de José María Lidón, No. 8, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 39-44.



- KRAWIEC, K. D., “Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance”, en *Washington University Law Review*, Vol. 81, No. 2, 2003, pp. 487-544.
- MAGRO SERVET, V., Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance), Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M. <sup>a</sup> J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., Castillejo Manzanares, R. (Dir.) / Sande Mayo, M. <sup>a</sup> J. (Coord.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid: 2012, pp. 373-396.
- NIETO MARTÍN, A., “Cosmetic use and lack of precision in Compliance Programs: any solution?”, en *Eucrim: The European Criminal Law Associations forum*, No. 3, 2012, pp. 124-127.
- NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en AA.VV., A. Nieto Martín (Dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Barcelona: 2015, pp. 111-134
- NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, No. 8120, 5 de julio de 2013.
- NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en Kuhlen, L (ed.) / Montiel, J. P. (ed.) / Ortiz De Urbina Gimeno, I. (ed.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 21-50.
- PINOCHET CANTWELL, F. J., “Cargas dinámicas de la prueba: el agravamiento en Chile”, en J. L. Gómez Colomer (coord.) / S. Barona Vilar (coord.) / M. P. Calderón Cuadrado (coord.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 729-760
- PIÑA ROCHEFORT, J. I., Modelos de prevención de delitos en la empresa, Abeledo Perrot, Chile, 2012.
- ROMA VALDÉS, A.; Escoz García, I. (coord.), *Responsabilidad de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a la 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 y a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, 2011*, Rasche, Madrid, 2012.
- SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cómo conseguir la exención de responsabilidad pe-

nal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 6, 2016, pp. 191-214.

TIEDEMANN, K., Die “Bebüssung von Unternehmen nach dem 2” Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalitat, en *Neue Juristische Wochenschrift*, No. 41, 1988, pp. 1172 y ss.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, A., “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Política Criminal*, Vol. 5, No. 9, julio de 2010, pp. 114-142.

VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milán: 2012.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español, Bosch, Barcelona: 1985

VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, en *Diario La Ley*, No. 7794, 9 de febrero de 2012