



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**Carga de la prueba en la alegación de un programa
de *compliance* penal y su eficacia eximente**

Autor: JORDI FARNÉS AGRAMUNT

Trabajo de Fin de Grado en Derecho

Tutor: JOAN BAUCCELLS LLADÓS

Fecha de entrega: 10 de mayo de 2018

RESUMEN

Desde la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma del Código Penal del año 2010 y su posterior reforma en 2015, ha existido una importante labor de interpretación de la norma y de establecimiento del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, ha distado mucho de ser una interpretación fácil y exenta de discusión doctrinal. El Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado se han pronunciado al respecto y han expresado su parecer en la interpretación legislativa así como la doctrina. El legislador no fue lo suficientemente claro y explícito en sus dos reformas y nos sitúa ante una interpretación constante de la norma. La discusión se complicó con la introducción en 2015 de una eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica interpretada desde diferentes visiones: desde estar en el ámbito de la culpabilidad, de la punibilidad o incluso formando parte del tipo objetivo. Esa eximente incorpora en el derecho positivo español los programas de organización y gestión o *compliance programs*. La posibilidad de acreditar un programa de cumplimiento normativo como eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica genera la duda de cómo deben ser estos programas y la prueba de su eficacia real.

Palabras clave:

Responsabilidad penal – persona jurídica – prueba – eximente – defecto de organización – *compliance*.

ÍNDICE

1.	Abreviaturas	3
2.	Introducción	4
3.	Evolución de la regulación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	5
4.	La eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica	9
4.1	¿Que entendemos por eficacia?.....	13
4.2	¿Qué papel pueden jugar las certificaciones?	18
4.3	Límites a la eficacia de los <i>compliance programs</i>	21
5.	Teoría general de la prueba de las eximentes de responsabilidad penal	23
5.1	Presunción de inocencia.....	23
5.2	La carga de la prueba de las eximentes en el Código Penal.....	25
6.	Fundamento de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas	30
6.1	Fiscalía General del Estado.....	30
6.2	Tribunal Supremo	32
6.2.1.	<i>STS nº 514/2015 de 2 de septiembre</i>	32
6.2.2.	<i>STS nº 154/2016 de 29 de febrero</i>	34
6.2.3.	<i>Voto particular STS nº 154/2016 de 29 de febrero</i>	37
6.2.4.	<i>STS nº 221/2016 de 16 de marzo</i>	41
6.3	La doctrina	43
7.	Conclusiones	46
8.	Bibliografía	48
	ANEXO I – Art.31 bis Código Penal.....	53
	ANEXO II – Delitos atribuibles a las personas jurídicas.....	58

1. Abreviaturas

Art [s]: Artículo [s]

CP: Código Penal

Dir [s]: Director [es]

Eds: Editores

FGE: Fiscalía General del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

LO: Ley Orgánica

MF: Ministerio Fiscal

Nº: Número

OJ: Ordenamiento Jurídico

Pág.: Página

RPPJ: Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

2. Introducción

El derecho penal siempre ha sido objeto de múltiples reformas a lo largo de la existencia del Código Penal pero quizás una de las más importantes y relevantes en lo que al panorama empresarial se refiere es la reforma mediante 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”. En ella entramos en un paradigma nuevo con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un concepto ajeno al ordenamiento jurídico español hasta el momento. Con la introducción del artículo 31 bis del CP pasamos a un modelo dónde la responsabilidad penal de la persona física convive con el de la persona jurídica. Ello, junto a la llegada posteriormente, con la reforma del CP en 2015, de una eximente de RPPJ nos sitúa en un escenario de numerosas discusiones doctrinales y jurisprudenciales que se ciernen sobre la interpretación legislativa. Es evidente que el tema es de extrema novedad y candente discusión en el panorama judicial-legislativo español.

El presente trabajo pretende exponer cuáles son las diferentes visiones acerca las cuestiones más controvertidas y poder obtener una visión clara de ellas. No podemos obviar que la necesaria síntesis que exige un Trabajo de Final de Grado lleva a focalizar la atención en algunos aspectos concretos de la RPPJ y no poder hacer un estudio general profundizado de la totalidad del concepto.

Se estudia la evolución que padeció el Código Penal con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y centrando el objeto del trabajo en conocer la llamada eximente por *compliance*. En referencia a ella se estudia qué se entiende por un programa de organización y gestión eficaz y quién debe probarlo ante una posible alegación del mismo ante el órgano judicial con el objetivo de conseguir la eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica. Para ello se utilizan elementos doctrinales y normativos a la vez que la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo sobre el tema. Es importante también, y así se refleja en el estudio, la opinión mantenida por la Fiscalía General del Estado en su circular de 2016, analizando la última reforma del CP.

3. Evolución de la regulación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

El concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas es un concepto relativamente novedoso en el OJ español. Antes del 2010, sólo las personas físicas podían ser sujetas de responsabilidad penal¹. Se partía del arraigado aforismo latín “*societats delinquere non potest*” es decir, las sociedades no pueden delinquir. Por lo tanto, cuando se cometía un delito en el seno de una organización empresarial, el responsable a la hora de recibir las penas era la persona física autora del ilícito en cuestión.

Como es sabido, el derecho siempre va detrás de la realidad social y después de la aparición de diversos casos de corrupción vinculados al poder económico y de un tipo de criminalidad más organizada en las estructuras empresariales, el legislador creyó oportuno incluir una figura jurídica que hasta el momento era totalmente ajena a la realidad legislativa española y bastante arraigada en el derecho comparado: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se pasó pues, a un escenario de “*societats delinquere potest*”, las sociedades sí que pueden delinquir.

Este hecho fue recogido en la reforma del Código Penal del año 2010 mediante la “Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de, del Código Penal”.

Hay muchas razones que motivaron esta reforma pero “*es frecuente incluso que se hable de una auténtica necesidad político-criminal de castigar directamente a la agrupación de personas que constituye una empresa en el supuesto de que se ejecute un delito en el ámbito de actuación del propio ente colectivo*”².

De hecho en la misma exposición de motivos de la citada LO se exponen las razones de tal cambio: “*Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace*

¹ AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas*. Editorial Dykinson. Madrid 2016. Pág. 19.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General*. 5ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016. Pág. 569.

más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)”.

Por lo tanto, se desprende una voluntad de unificar y equipararse a aquellos países que ya han incorporado esta figura jurídica en su ordenamiento y dar respuesta a las situaciones delictivas donde la persona jurídica tiene una importancia fundamental. Cabe considerar también, que muchas veces, hay una gran dificultad para poder identificar a la persona física en estructuras societarias muy complejas o encontramos estructuras diseñadas y planeadas específicamente para poder delinquir y con el modelo exclusivo de responsabilidad penal de la persona física resulta complicado determinar al sujeto responsable. No podemos obviar tampoco la gran labor de prevención general³ que se consigue con esta reforma ya que el objetivo es evitar la comisión de futuros delitos por parte de las personas jurídicas.

Así pues, uno de los aspectos fundamentales de esta reforma, y que conviene analizar, es la introducción del artículo 31 bis del Código Penal estableciendo una responsabilidad penal directa e independiente de las personas jurídicas. Se pretende que independientemente de la responsabilidad en que puedan incurrir las personas físicas, haya responsabilidad penal también para las personas jurídicas, solo en los casos en que esta se haya beneficiado o haya actuado en su provecho.

A partir de entonces se va a trabajar con dos sistemas, el de las personas físicas y el de las personas jurídicas. Este hecho genera la discusión sobre si la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma (autorresponsabilidad) o deriva del hecho ajeno realizado por la persona física (heterorresponsabilidad), que es lo que se conoce como “sistema vicarial”⁴.

³ Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach, que consideraba la pena como una “coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. Extraído de MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Pág. 48.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José. “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y

El artículo 31 bis contempla en su apartado primero que: “*en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*”

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Estamos pues, ante dos requisitos para que exista RPPJ. Uno es que estemos ante un delito cometido por una persona física vinculada a una persona jurídica (persona con responsabilidades en la empresa o bien sometido al control de quien tiene la responsabilidad) y que el delito se haya cometido en provecho de la persona jurídica y en su nombre. Este último requisito “*constituye la base de la imputación y excluye a los delitos individuales desvinculados de la actividad de la persona jurídica o cometidos en beneficio propio o de terceros*”⁵.

La motivación de esta responsabilidad la encontramos en que las personas con responsabilidad mencionadas en el apartado 1 del art. 31 bis son personas con capacidad para obligar a la persona jurídica y por lo tanto actúan en nombre de ella. Respecto de los empleados sometidos a la autoridad de las personas con responsabilidad, encontramos la aparición de la *culpa in vigilando*, es decir que se entiende que el sistema ha fallado ya que los órganos de supervisión y control no han ejercido el debido control para evitar la comisión del delito tratándose de un defecto de organización⁶.

16 de marzo de 2016)” en *La Ley Penal*, nº 119, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica. Editorial La Ley. Marzo-Abril 2016,

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 9ª edición. Valencia. 2015. Pág. 630.

⁶ Gran parte de la doctrina también sostiene que el defecto de organización también puede ser atribuible a la primera vía de imputación.

Más adelante, hubo otra reforma en 2012 en la que se modificó el apartado 5º del artículo 31 bis mediante la “Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”. En esta reforma se pretendía eliminar la referencia a los partidos políticos y sindicatos como sujetos excluidos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que en la reforma de 2010 se había previsto⁷.

Finalmente, y cómo punto culminante de esta cronología vital de la RPPJ, se aprobó la “Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. Esta reforma trata de mejorar la respuesta dada por la ley anterior a la delincuencia económica que cada vez se desarrolla más aprovechando la estructura de las empresas.

En la reforma de 2015 se modificó el ya introducido artículo 31 bis en 2010, modificando el apartado primero y añadiendo unos nuevos apartados del 2 al 5. El contenido anterior que había en estos apartados se colocó en nuevos artículos, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Con la reforma se mejora el sistema existente y se introduce una eximente de RPPJ.

⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos”, en *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época, nº 11 (enero de 2014). Págs. 365-384; LEON ALAPONT, José. “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?” en *Revista General de Derecho penal*. nº 28, 2017. Págs. 1-40.

4. La eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica

Llegados a este punto cabe introducir uno de los elementos fundamentales y cruciales que va a ser la línea sobre la que se basa este trabajo: la introducción de una eximente de RPPJ.

Esta eximente está recogida en el apartado segundo del artículo 31 bis⁸ y contempla en resumen que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si “...*se han adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*”. Por lo tanto en el caso de que la persona jurídica goce de estos “modelos de organización y gestión” o más comúnmente conocidos como “*compliance programs*”⁹, podrá quedar exenta de su responsabilidad. Comentar la gran influencia que tuvo el ordenamiento jurídico italiano para la reforma del CP y la introducción de la eximente ya que fue introducida en Italia mucho antes que en España mediante el Decreto Legislativo nº 231/2001, de 8 de junio¹⁰.

⁸ Ver el artículo 31 bis completo según la reforma introducida por la LO 1/2015 en ANEXO I.

⁹ También denominados “programas de cumplimiento”, “*compliance programs*”, sistemas de gestión de cumplimiento”, “modelos de prevención de delitos”, “programas de prevención de riesgos penales”, entre otras denominaciones que son utilizadas tanto por la doctrina como en este trabajo.

¹⁰ Concretamente, el artículo 6.1 establece: “*Art. 6 Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell’ente*

1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell’articolo 5, comma 1, lettera a), l’ente non risponde se prova che: a) l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b).”

Tal y como apuntan VELASCO y SAURA¹¹, esta eximente tiene “*la pretensión de <premiar> a aquellas personas jurídicas que hacen un esfuerzo para introducir la prevención eficaz de los delitos en su seno, no respondiendo por tanto a concretas causas de justificación como ocurre en las eximentes previstas para la persona física*”. Se pretende al final crear una cultura de cumplimiento normativo en el mundo empresarial.

El Tribunal Supremo en la sentencia nº154/2016, de 29 de febrero de 2016 pone de manifiesto también sus razones sobre la introducción de esta reforma, ya que radica en la conveniencia de que las personas jurídicas “*dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social*”.

Existe un debate importante sobre el contenido que deben tener estos programas de cumplimiento ya que la ley deja bastante margen, a parte de una serie de requisitos mínimos que se describen en el artículo 31 bis apartado 5 del CP.

En él se expone que los programas deben:

1. Identificar actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

En este caso la ley nos exhorta a elaborar lo que se conoce como un “*mapa de riesgos*” respecto de las áreas y procedimientos donde es más probable cometer alguna de las categorías delictivas¹² que puede cometer la persona jurídica. Se ordenan los posibles delitos en función del riesgo y se apuntan las debilidades internas para poder prevenirlos a fin de poder reforzar los mecanismos. El mapeado de riesgos puede ser exclusivamente penal o también recoger otro tipo de riesgos no penales como podría ser por ejemplo

¹¹ VELASCO NUÑEZ, Eloy; SAURA ALBERDI, Beatriz. *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2016. Pg.30.

¹² La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015, expone “Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal”, pg.11. Ver ANEXO II para conocer el referido listado.

en materia de protección de datos¹³. A la hora de elaborarlo, no hay un método único de establecer mapas de riesgos, es más recomendable tener una matriz de riesgos simple y establecer medidas lógicas y aplicables que identificar como riesgos penales todos los delitos dónde existe responsabilidad penal de las personas jurídicas estableciendo una imagen poco real de los riesgos reales de la empresa¹⁴.

2. Establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

Se pretende plasmar claramente las relaciones de jerarquía y organización dentro del sistema de toma de decisiones de la persona jurídica. Para un *compliance program* eficaz, éste debe afectar a toda la estructura empresarial y dejar clara la cadena de responsabilidades.

3. Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos que deben ser prevenidos.

En este caso la ley establece que debe haber una dotación económica específica destinada al *compliance* normativo.

4. Imponer la obligación de informar de posibles riesgos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Se introduce la idea de establecer un canal de denuncias interno¹⁵ para poder recibir información, por parte de los propios empleados de la empresa, de

¹³ ANTICH SOLER, Jaume. *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Tesis doctoral UAB. Junio 2017 (inédita). Pág. 49.

¹⁴ PRIETO, Helena. "Regulación Jurídica de la responsabilidad penal de las empresas. Prevención de riesgos penales." en *Jornada sobre "La responsabilidad penal de las empresas. La figura del Compliance officer"*. Consejo General de la Abogacía Española, Paseo de Recoletos, 13, Madrid. 22 de junio de 2016. <http://www.formacionabogacia.es/enrol/index.php?id=79> (Consultado: 24 abril 2018).

¹⁵ También denominado "whistleblowing". Para más conocimiento sobre el tema consultar: PUYOL, Javier. *El funcionamiento práctico del canal de Compliance "Whistleblowing"*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017; GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2016. Pág. 73; LÓPEZ RINCÓN, Darío. "Whistleblowing o canales de denuncia interna" *Elderecho.com Lefebvre – El*

posibles incumplimientos que puedan producirse en el seno de la organización.

5. Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Prever una serie de sanciones para los incumplimientos que se puedan dar.

6. Verificar periódicamente el modelo y su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Cabe tener en consideración que un modelo de prevención de delitos no es un modelo estático, sino que se tiene que ir adaptando a la nueva realidad de la persona jurídica y a sus continuos cambios. Algunos autores¹⁶ se atreven a establecer un periodo de verificación del plan de cumplimiento en aproximadamente después de 6 meses de su creación para comprobar si es correcto y viable. El procedimiento consiste en diseñar el plan, implementarlo y verificarlo.

Así pues, estos son requisitos legales que exige el CP para los modelos de organización y gestión en cuanto al contenido.

No obstante, el legislador ha introducido dentro del artículo 31 bis del CP el término eficacia como requisito necesario para la posibilidad de que el modelo de gestión y organización tenga la función de eximente de RPPJ. Concretamente se

Derecho. http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/Whistleblowing-canales-denuncia-interna_11_1064680001.html (Consultado 18 de abril de 2018).

Interesante visión crítica es la que incorpora Paulo César Busato, advirtiendo de la poca efectividad de los Whistleblowers ya que están subordinados a la empresa y pueden estar sujetos a la presión de despido que pudiera haber en caso de ser descubierta la persona que internamente ha denunciado un posible hecho delictivo. Visto en: BUSATO, Paulo César. “Lo que no se dice sobre criminal compliance” en *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. REEPS 1 (2017). ISSN: 2531-1565. Pág. 4-5.

¹⁶ DEL ROSAL, Bernardo. “La figura del Compliance Officer. Implantación del modelo de prevención.” en *Jornada sobre “La responsabilidad penal de las empresas. La figura del Compliance officer”*. Consejo General de la Abogacía Española, Paseo de Recoletos, 13, Madrid. 22 de junio de 2016. <http://www.formacionabogacia.es/enrol/index.php?id=79> (Consultado: 24 abril 2018).

requiere haber “*adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión*”. En este sentido debemos cuestionarnos acerca de que debe entenderse por eficacia y qué deben contener estos programas para ser considerados eficaces y, en consecuencia, poder actuar como eximente de RPPJ.

Comentar que en la versión original del sistema RPPJ introducido en el año 2010 por el art. 31 bis de la LO 5/2010¹⁷, se hacía mención de forma indirecta a los programas de organización y gestión como circunstancia atenuante, en el apartado 4 del citado artículo, también condicionada a la comprobación de su eficacia y a su implementación anterior al juicio oral¹⁸. No obstante, no fue hasta 2015 que se introdujo su carácter eximente.

4.1 ¿Que entendemos por eficacia?

Para que estos programas puedan gozar de una eficacia real muchas son las opiniones y consideraciones que se han tenido en cuanto al contenido, pero aparte de los requisitos legales, acabados de apuntar, deben tener una serie de contenidos comunes¹⁹ que considero necesarios como los que podemos encontrar citados en el “Informe 5/2017 que emite la comisión jurídica sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”)”, del Consejo General de la Abogacía²⁰, elementos también compartidos por la doctrina:

¹⁷ Ver la comparación entre el art. 31 bis de la reforma de 2010 y la de 2015 en ANEXO I.

¹⁸ CUGAT MAURI, Miriam. “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: El papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*” en *Estudios penales y criminológicos vol. XXXV (2015)*. Pág. 923.

¹⁹ GOENA VIVES, Beatriz. “*Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017. Los elementos enunciados se corresponden con el modelo de *compliance program* diseñado en Estados Unidos por la Office of the Inspector General (OIG) del Departamento de Health and Human Services (HHS).

²⁰ ABOGACIA ESPAÑOLA. Informe 5/2017. “*Informe que emite la comisión jurídica sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”)”* <http://www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/2010/archivos/1719/Informe%205%202017.pdf> (Consultado: 29 de enero de 2018). Se omiten los elementos ya expuestos en el apartado anterior que también aparecen en este informe y se analizan los elementos nuevos que aporta el informe.

- Debe tratarse de un modelo normativo escrito. Pretendiendo evitar los programas o acuerdos orales de difícil capacidad probatoria posterior.
- Debe definir las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa de prevención. Debe mencionarse aquí la figura del *compliance officer*²¹, como persona responsable de velar por la correcta aplicación del programa, sin perjuicio que éste debe vincular a toda la organización y sus integrantes. Debe actuar con total independencia y puede tener el deber de garante en el caso de que el empresario le delegue las garantías de vigilancia y control. No obstante, ya apunta GIMENO BEVIÁ²², que lo que no cabe, en ningún caso, y en atención a la primigenia posición de garante de la persona jurídica, es la exención de responsabilidad penal de ésta, es decir, la empresa no podrá exculparse con base en la actuación del *compliance officer*.
- Debe contener un sistema de formación dirigido a los empleados y directivos. Los empleados deben conocer la normativa, el programa de cumplimiento normativo y debe recibir formación continua y actualizada sobre sus obligaciones y deberes en materia de cumplimiento. Es aconsejable, además, que se realicen tests comprobatorios de la comprensión del temario, así como de la realización de los cursos asignados.

No obstante, los programas de cumplimiento normativo deben ceñirse al caso específico²³ de la persona jurídica en cuestión para que resulten realmente eficaces. Es esencial tener programas adaptados a la empresa y a sus posibles lagunas organizativas, ya que cada persona jurídica tiene sus actividades y un posible “mapa de riesgos” distinto. Es por ello que es un modelo flexible y revisable, rechazando programas rígidos que sean copiados o no adaptados según el mapa de riesgos concreto de la empresa.

²¹ Puede encontrarse más información sobre el “Perfil y responsabilidades del *Compliance officer*” en: AAVV. *Libro Blanco sobre la Función de Compliance*. Asociación Española de Compliance (ASCOM). Coordinado por Alain Casanova Ysla. Madrid, marzo de 2017. Pág. 41.

²² GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal... Ob. cit.* Pág. 270.

²³ BAUCCELLS, Joan. “La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas” en GARCIA-ARAN, Mercedes; BOTELLA, Joan (dirs.). *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pág. 307.

A tal efecto es importante tener en cuenta que el juicio de eficacia de los programas de cumplimiento normativo debería hacerse desde una *perspectiva ex ante*, situándonos en el momento previo a la comisión del delito. Ello es necesario para poder analizar si el modelo era adecuado según el contexto técnico y legislativo del momento²⁴. Claro está, que si nos situásemos en una perspectiva *ex post*, siempre veríamos el programa como ineficaz e inidóneo debido a la evidente comisión delictiva. El objetivo es valorar si en el momento concreto se actuó con la diligencia debida necesaria para evitar el delito.

Hay que tener muy presente que los modelos de organización y gestión no deben ser una especie de “pasaporte” o de salvoconducto” para simplemente eludir responsabilidades penales o poder establecer relaciones comerciales con determinadas instituciones o países que quizás lo requieran. Estos modelos van más allá y deben tener una eficacia práctica donde al final será un juez quien valorará si son realmente efectivos o no. Por lo tanto, de nada sirve establecer un programa de cumplimiento normativo estático y sin ninguna aplicabilidad práctica en el seno de la organización empresarial.

La circular 1/2016²⁵ de la Fiscalía General del Estado establece una serie de directrices y pautas para poder entender que un modelo de organización y gestión normativo es eficaz. Con estos criterios la FGE trata de proporcionar a los fiscales unos criterios interpretativos para que puedan valorar la adecuación y eficacia de estos modelos, con el objetivo de facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público.

Para la FGE, el objetivo de los *compliance programs* a parte de evitar la sanción penal es promover una verdadera cultura ética empresarial que debe desprenderse de la voluntad de los dirigentes y empleados en su toma de decisiones. En este

²⁴ MAZZACUVA, Francesco. “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en PALMA HERRERA, José Manuel (dir.). *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Dykinson. Madrid, 2014. Pág. 82 y ss.

²⁵ Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015. Apartado 5.6. “Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión”. Pág. 51.

punto es importante que los altos cargos de la empresa estén implicados en el respecto y cumplimiento de estos programas. Por lo tanto, desde el órgano de administración se deberá transmitir un apoyo a la instauración de la cultura de *compliance* en la empresa, mediante lo que se conoce como “*tone from the top*”²⁶. Según la FGE, este es un indicio claro para poder ver si realmente el programa es eficaz o no, debido a que, si un alto cargo participa, consiente o tolera el delito revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho el programa establecido.

Ante todo, es muy conveniente remarcar que no se debe banalizar con los modelos de organización y gestión, es decir, se trata de una implementación mucho más compleja y práctica de lo que a priori las empresas puedan pensar²⁷. Un programa de cumplimiento normativo para que sea eficaz tiene que modificar diferentes conductas empresariales en caso que sean actuaciones que puedan derivar a futuros incumplimientos y seguramente supondrá una modificación de la organización interna. En este sentido ya apunta la Fiscalía²⁸ que “*muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal*”.

En cuanto al beneficio que pueda obtener la persona jurídica de la comisión del delito el art. 31 bis apartado 1 establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables “*de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las*

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Derecho penal de la Empresa*. Euros Edisofer SL. Madrid 2016. Pág. 373.

²⁷ Para más información sobre la implementación de un programa de cumplimiento en la empresa puede consultar: PUYOL, Javier. *Guía para la implantación del Compliance en la empresa*. Wolters Kluwer, S.A. Barcelona, junio 2017.

²⁸ Circular 1/2016...*Ob. Cit.* Pág. 40.

mismas, y en su beneficio directo o indirecto [...]”. En este aspecto la Fiscalía entendiendo que cabe un beneficio indirecto de la persona jurídica tal y como se expone en el citado artículo del Código Penal, entiende que *“la responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por el delincuente”*. Es decir, se trata de los casos en el que el beneficio de la persona jurídica es residual, por el contrario, el beneficio de la persona física es el realmente relevante a efectos penales. La FGE en estos casos comenta que el valor de un programa de prevención es escaso y que la mejor vía de prevención de estas conductas es llevar a cabo una buena selección de directivos y empleados. Es decir, tener una política de recursos humanos en cuanto a promoción y contratación que contenga altos estándares éticos y estos sean incorporados a los modelos de organización y control.

Es muy valorable para la eficacia del programa que la propia empresa tenga mecanismos para la detección de incumplimientos y posterior puesta en conocimiento a la autoridad. Estaríamos ante una clara muestra de eficacia del modelo y de una implementación de la cultura de cumplimiento normativo. En esta línea comentar que la comisión de un delito por la persona jurídica no invalida directamente el modelo de prevención, aunque puede quedar en entredicho según el tipo y gravedad del delito.

También es muy relevante el comportamiento que ha tenido la organización respecto a anteriores incumplimientos y su grado de firmeza en la respuesta. Es de especial relevancia para valorar la eficacia del modelo el ver si existen procedimientos penales anteriores o en trámite, así como sanciones en vía administrativa. Se valorará también el comportamiento tras la comisión del delito a enjuiciar, viendo si se han adoptado las medidas disciplinarias correspondientes.

Finalmente, para la Fiscalía es importante también tener en cuenta la restitución, reparación inmediata del daño, colaboración, aportación de una investigación

interna, hechos que podrán ser considerados como atenuantes²⁹ de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

4.2 ¿Qué papel pueden jugar las certificaciones?

A raíz de la determinación del concepto eficacia de los *compliance programs* han surgido una serie de certificaciones para poder acreditar unos estándares de cumplimiento de los programas. Surge la duda de qué eficacia real pueden tener a la hora de alegar un programa con este tipo de certificación.

Podríamos definir las entidades de certificación como aquellas organizaciones privadas que tienen como función evaluar y certificar el cumplimiento de una norma de referencia, ya sea del producto, del servicio, o del sistema de gestión de una organización. La ENAC³⁰ define la acreditación como *“la herramienta establecida a escala internacional para generar confianza sobre la correcta ejecución de un determinado tipo de actividades denominadas Actividades de Evaluación de la Conformidad y que incluyen ensayo, calibración, inspección, certificación o verificación entre otras. En general cualquier actividad que tenga por objeto evaluar si un producto, servicio, sistema, instalación, etc. es conforme con ciertos requisitos puede estar sujeta a acreditación. Dichos requisitos pueden estar establecidos por ley y tener por tanto carácter reglamentario o estar especificados en normas, especificaciones u otros documentos de carácter voluntario.”* Este tipo de normas siempre han ido más asociadas a los sectores más técnicos e industriales, pero en los últimos tiempos se ha abierto también al sector jurídico.

En relación con los modelos de organización y gestión encontramos una serie de normas de estas entidades como la norma ISO19600³¹ sobre Sistemas de Gestión de Cumplimiento normativo que se basa en las mejores prácticas internacionales

²⁹ Circunstancias contempladas en el artículo 31 quater del Código Penal.

³⁰ Entidad Nacional de Certificación <http://www.enac.es/>

³¹ ISO: Organización Internacional de Normalización (International Standard Organization). Es una organización internacional no gubernamental voluntaria e independiente, con sede en Ginebra, integrada por organizaciones nacionales de estandarización, que en España corresponde a AENOR. <https://www.iso.org/home.html>

en materia de gestión, en este caso de cumplimiento legal, transparencia, ética corporativa y buen gobierno. Trata de dar una serie de recomendaciones de cara al establecimiento de un correcto modelo de *compliance*. También encontramos en el caso español que AENOR aprobó la norma UNE 19601 sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Esta norma, el cumplimiento del cual puede ser certificado por parte la organización acreditadora, sigue las directrices del artículo 31 bis del Código Penal para que las empresas puedan implementar los modelos que marca la ley para la prevención de riesgos penales pretendiendo conseguir la eximente de RPPJ en el caso de una posible comisión de un delito en el seno de la organización.

En este sentido está claro que estas entidades de certificación como entidades externas e independientes de la organización jugarán un papel muy importante para la implantación de los diferentes sistemas y modelos de gestión y organización empresarial.

No obstante, llegado a este punto debemos preguntarnos sobre el fondo de la cuestión y es qué nivel probatorio tienen estas certificaciones para demostrar la eficacia ante una posible alegación de la eximente de RPPJ. ¿Puede una empresa conseguir su exención de responsabilidad solo con acreditar una certificación de una entidad independiente conforme cumple la normativa sin tener que aportar ningún elemento probatorio adicional? En esta cuestión, es muy clara y contundente la Fiscalía³² cuando afirma que *“las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones 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 su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”*.

Coincido con el parecer de la Fiscalía General del Estado, en que corresponde exclusivamente al órgano judicial valorar si el programa de cumplimiento

³² Circular 1/2016...*Ob. Cit.* Pág. 52.

normativo cumple con las condiciones suficientes para ser eximente. Se pretende no desvirtuar la función judicial a órganos externos, que si bien pueden ser de gran ayuda no tienen atribuida la función indirecta de eximir la RPPJ. En definitiva, y tal y como comenta NURIA MELER³³, con estas certificaciones “*se consigue demostrar un compromiso de buen hacer que puede ser el decisivo para ganar la confianza del mercado y acceder así a determinados contratos o licitaciones*”, además de poder ser un elemento más a tener en cuenta a la hora de valorar judicialmente la eficacia del modelo de organización y gestión para poder eximir a la organización de su responsabilidad penal. Ya advierte CUGAT³⁴, el peligro de que la formalización de los requisitos de las *compliance* lleve a una aplicación mecanizada de las mismas, que nos llevaría a una suplencia de la necesaria comprobación de las condiciones sustanciales para la imputación de responsabilidades penales en el ámbito de la empresa, a la que los jueces no pueden renunciar. Es por lo tanto el juez quien debe valorar la idoneidad del programa de cumplimiento que pretende evitar la comisión del delito.

Por otro lado autores como MATUS ACUÑA³⁵ le dan un poco más de valor a la certificación española ya que expone que “*la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa es un “buen ciudadano corporativo” y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie, como la empresa es una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto*”. No obstante, como se ha expuesto, es el órgano judicial quien tiene la última palabra vista cuenta de la ayuda de la que puede servirse en caso de ser aportada una certificación por parte de la defensa.

³³ MELER, Nuria. “Estandarización en el ámbito jurídico: ¿la alternativa del siglo XXI a los convenios internacionales?” en *Cinco Días*. Ed Prisacom. Madrid, 14 octubre 2017. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/10/13/legal/1507899901_187758.html (consultado: 10 de enero de 2018).

³⁴ CUGAT MAURI, Miriam. “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*Ob. Cit.* Pág. 927.

³⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 151.

4.3 Límites a la eficacia de los *compliance programs*

Una vez comentado y expuesto lo que se considera eficaz para conseguir la eximente de RPPJ conviene aportar una visión crítica sobre la eficacia real de este tipo de programas. Son varios los autores que han alertado de no idealizar los modelos de cumplimiento ante los posibles límites que puedan tener.

Una situación controvertida es aquella que sucede cuando el delito cometido en el seno de la organización es considerado doloso por parte de las personas que lo cometen, es decir conociendo y queriendo realizar el ilícito. En este caso, el disponer de un programa de cumplimiento, aunque sea eficaz será muy difícil que este funcione. Tal y como apunta CUGAT³⁶, “*ni el mejor programa de compliance evita la comisión del fraude, que puede pasar desapercibido a la mayoría si se saben aprovechar adecuadamente las limitaciones consustanciales a cualquier sistema de control y eventualmente se recurre a falsedades que encubran la naturaleza delictiva de los hechos.*” Así pues parece que los programas de organización y gestión distan mucho de tener una eficacia absoluta sino su función debería ser la de reducir de forma significativa el riesgo de la comisión del delito, tal y como establece el art. 31 bis apartado 2, párrafo 1º del CP. Así pues, según CUGAT, las *compliance* sólo pueden aspirar a desplegar verdadera eficacia preventiva frente a los delitos imprudentes, que serían a su parecer: el delito de blanqueo de capitales, delito ecológico y la nueva modalidad de quiebra. Este tipo de delitos son los únicos a los que pueden prevenirse eficazmente a través de normas de organización y gestión.

BUSATO³⁷ expone la problemática que suscita el *compliance* como método de autorregulación, lo que él considera “el lobo a cuidar el ganado”. A su visión, el *compliance* pretende una cierta privatización de la función de prevención de irregularidades, convirtiéndose la empresa en juez de sí misma. En este sentido vemos como a través de los sistemas internos será la propia empresa quien al final seleccionará los datos que se van a facilitar al ministerio público. Tal y como

³⁶ CUGAT MAURI, Miriam. “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*Ob. Cit.* Pág. 942.

³⁷ BUSATO, Paulo César. “Lo que no se dice...” *Ob. cit.* Pág. 3 y ss.

expone NIETO MARTÍN³⁸, “*quien investiga siempre tiene más posibilidades de construir la realidad tal como le conviene*”. Entonces, ante una posible denuncia interna, esta será filtrada y será la empresa quien decidirá cómo gestionar el asunto.

Existen puntos de discrepancia para algún sector doctrinal respecto a la eficacia real de los *compliances* y algunas veces puede no ser un perfecto instrumento de control social en el ámbito empresarial, aunque el modelo esté bien definido.

³⁸ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal” en: KHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo – (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013. Pág. 48.

5. Teoría general de la prueba de las eximentes de responsabilidad penal

En este apartado entramos en uno de los núcleos del trabajo y es la carga de la prueba de las eximentes de responsabilidad penal y en concreto la eximente de RPPJ. Para poder tener una visión clara de cómo se encaja la teoría de la carga de la prueba en la reciente e incorporada eximente de RPPJ dentro del marco probatorio penal, debemos tener una conceptualización de la teoría general de la prueba y más concretamente, de la prueba de las eximentes de responsabilidad penal.

Es un tema muy controvertido debido a las numerosas sentencias y opiniones doctrinales que hay sobre él, y a los derechos que entran en colisión. Tal y como expone ESCALER BASCOMPTE³⁹, el problema radica en que la carga de la prueba es una figura jurídica polifacética, que puede analizarse desde diversos puntos de vista y que, en función del que se adopte, puede suscitar afirmaciones muy distintas.

Lo fundamental, es que las reglas de la carga de la prueba funcionan como reglas de juicio ya que pretenden orientar al juez a la hora de decidir sobre unos hechos tras el posible fracaso de la actividad probatoria de los mismos hecha por las partes.

5.1 Presunción de inocencia

En primer lugar, no podemos hablar de carga de la prueba sin mencionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

El TC lo define de la siguiente forma: *“El derecho a la presunción de inocencia se configura, tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa*

³⁹ ESCALER COMPTE, Ramon. *La carga de la prueba*. Atelier. Barcelona 2017. Pág. 23.

inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”⁴⁰.

Así pues, se parte inicialmente de la premisa de qué uno es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Aquí es donde la carga de la prueba aparece de forma inminente, ya que este principio implica que es la acusación quien debe probar la imputación de los hechos al acusado, si no es así, la única solución que contempla la constitución es la absolución del acusado.

Algunos autores, como CUERDA RIEZU⁴¹ se atreven a cuestionar incluso la misma denominación de “presunción de inocencia”, ya que según él, este derecho no implica *presumir* que el acusado es inocente, sino que supone *tratar* al acusado como lo que *es*, en realidad un inocente (no un presunto inocente), porque así lo exige el derecho fundamental. Esto será así hasta que sea demostrada su culpabilidad en una sentencia condenatoria, referente a una concreta acusación fundamentada en los hechos probados correspondientes.

En cuanto a las personas jurídicas, el derecho a la presunción de inocencia es igualmente válido que en las personas físicas. Tal y como exponen algunos autores⁴², *“para enervar la presunción de inocencia que asiste a las personas jurídicas en el ámbito penal, deberá constatarse la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal y del proceso de formación de la prueba – que, como resulta sabido debe obtener no por cualquier medio, sino con pleno respeto de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad –.”* Por lo tanto, deberán aplicarse las mismas garantías para probar la imputación de los hechos a la persona jurídica y demostrar su culpabilidad.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 126/2011 de 18 de julio, Fundamento Jurídico 21a). Así como STC nº 123/2006 de 24 de abril.

⁴¹ CUERDA RIEZU, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?” en *InDret Revista para el análisis del derecho* 2/2014. Barcelona, Abril de 2014. Pág. 3.

⁴² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi. Segunda edición. Cizur Menor 2016. Pág. 338.

5.2 La carga de la prueba de las eximentes en el Código Penal

Las eximentes de responsabilidad criminal de las personas físicas las encontramos recogidas en los artículos 19 y 20 del Código Penal español⁴³. Las eximentes tratan de excluir uno de los requisitos de la teoría general del delito (antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) y cómo consecuencia excluyen la responsabilidad criminal. Por lo tanto, para poder ser delito éste requiere que no se cumplan ninguna de las circunstancias mencionadas en estos artículos.

En cuanto a la prueba, la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁴ sostiene que “*las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes deben estar tan acreditadas como el mismo hecho*”. No obstante, algún sector de la doctrina como CUERDA RIEZU mantiene que esta posición choca frontalmente con el derecho a la presunción de inocencia y con lo que el mismo implica respecto a la carga de la prueba, ya que exigiría una dificultad añadida para probar una circunstancia eximente. El TS, en contraposición sostiene que “*la presunción de inocencia no extiende su tutela a las circunstancias eximentes*⁴⁵” Así, sigue en la STS 493/2005 de 2 de abril dejando de lado la tesis de vulneración de la presunción de inocencia esgrimiendo: “*Nuestro Código parte de la plena imputabilidad del sujeto activo del delito. Cualquier anomalía o déficit en tal sentido debe ser acreditada por la defensa, que no es lo mismo que probar su inocencia. En igual dirección STS 139/2008, de 28 de febrero, 1448/2000, de 18 de septiembre, 75/2000 de 16 de junio, 1395/99 de octubre, según la cual no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia a modo de presunción en sentido inverso como si a la acusación correspondiera la carga de probar la inexistencia de circunstancias eximentes o atenuantes a la responsabilidad criminal, a partir de una supuesta presunción de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal, a partir de una supuesta presunción de concurrencia de datos realizables que las constituyen*”. Por lo tanto, la situación status quo de partida en cuanto a las eximentes debe ser que el sujeto activo es plenamente

⁴³ Además de las eximentes recogidas en los artículos 14 y 16 del Código Penal.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 415/2006 de 18 abril FJ 14 (A. 2006/2289).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1068/2012 de 13 de noviembre FJ 2 (2016/2011).

imputable, por lo tanto, las circunstancias que alteren esta situación de plena imputabilidad deben ser debidamente probadas⁴⁶.

Respecto a la carga de la prueba, el TS en la declaración de la STS 336/2009, de 2 de abril, FJ único (A. 2009/4151) expone: *“corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error (de prohibición), y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto (...)”*. Se exige una prueba por parte de la defensa suficientemente motivada para poder gozar la eximente alegada. El TS reafirma su posición también en la STS 531/2007, de 18 de junio, FJ1.8 (A.2007/3462): *“Cuando se trata de circunstancias eximentes o atenuantes la regla de juicio halla su respuesta en el principio general que late en nuestro Código Penal al estructurar las causas de imputabilidad de forma negativa, de modo que debemos siempre entender que una persona disfruta de las facultades mínimas de comprender y querer, salvo que se pruebe lo contrario, esto es, las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditados como el hecho principal mismo sobre el que inciden. La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega, que no ha probado la base fáctica que propiciaría su acogimiento”*. Es decir, la defensa debe probar los hechos que acreditarían una eximente de responsabilidad penal y debe hacerlo del mismo modo como sucedería con el hecho principal objeto de delito.

El TC sigue la posición del TS en cuanto indica que la carga de la prueba de descargo corresponde a quien la alega. Incluso se desmarca de un posible choque con el derecho a la presunción de inocencia cuando afirma que *“la apreciación de la existencia o no de una eximente entra de lleno en el ámbito propio de la apreciación y valoración de las pruebas en relación con una cuestión de mera legalidad, que no pertenece al ámbito constitucional de la presunción de*

⁴⁶Se parte de la extrapolación de la doctrina del Tribunal Supremo a las circunstancias eximentes en general y no a cada tipo en concreto.

*inocencia*⁴⁷. CUERDA RIEZU sigue apuntando la doctrina del TC respecto a su inamovible posición respecto a la carga de la prueba y que declara en la STC 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5, que la concurrencia y prueba de una causa de justificación, en contra de lo sostenido por los demandantes, no corresponde a la acusación, sino a la defensa que es quien la alega.

Los dos grandes tribunales, por lo tanto, exponen que la prueba de las eximentes constituye una excepción al derecho a la presunción de inocencia y que corresponde a la defensa su prueba en base a diferentes razones. Una por el principio de aportación de parte del proceso civil y la máxima de *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*⁴⁸. Otra de las razones es de economía procesal, ya que resulta más práctico suponer que cualquiera de las eximentes no concurre en el caso, salvo que se demuestre lo contrario. Finalmente el objetivo de los máximos órganos judiciales es impedir la ardua tarea⁴⁹ que supondría para la acusación tener que probar que no existen los presupuestos objetivos necesarios para establecer concurre alguna de las posibles eximentes, es decir, evitar la prueba de hechos negativos.

CUERDA RIEZU se muestra bastante crítico con las tesis de los altos tribunales en cuanto comenta que el proceso civil de carga de la prueba no es trasladable al proceso penal. También añade que la calificación de hecho negativo o positivo a veces es intercambiable y confuso, ya que la prueba de la culpabilidad puede configurarse como un hecho negativo y por lo tanto como *probatio diabólica*, ya que implica demostrar la ausencia de causas de inimputabilidad, pero si lo que se discute es la existencia o no de una eximente, la prueba de la existencia de tal eximente recae sobre un hecho positivo y ya no sería una prueba imposible sino que se trataría de demostrar que el sujeto no es imputable y no es culpable.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 81/1988 de 28 de abril FJ 3.

⁴⁸ PICO i JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007. Pág. 102.

⁴⁹ Esta situación dónde la carga de la prueba es totalmente descompensada para una de las partes que no tendría la información suficiente para poder probar es denominada con la expresión latina "*probatio diabólica*".

También es interesante reflexionar sobre la posición que tiene el Ministerio fiscal tal y como vemos en el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que expone “*El Ministerio fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad [...]*”. Por lo tanto, en este caso también entraría dentro del rango de sus funciones el detectar si concurre o no una eximente, actuar de oficio y pedir su estimación si es conveniente. Por lo tanto, aquí se diluye un poco la tesis de que compete a la defensa la prueba de las eximentes.

A toda esta discusión doctrinal sobre la carga de la prueba de las eximentes CUERDA RIEZU propone una solución ya que, a su entender, ésta pasa por distinguir entre mera alegación y prueba de lo alegado: a la defensa del acusado le correspondería la alegación de la eximente y a la acusación la prueba de la existencia del elemento delictivo cuestionado por tal eximente. En definitiva, trata de reconocer que la prueba de las eximentes representa una excepción relativa. Reconoce que la defensa está en mejores condiciones de alegar la eximente y suscitar la duda al tribunal, entonces la acusación deberá demostrar que tal eximente no concurre en el hecho o la persona responsable.

Cabría preguntarse también si la prueba de las eximentes debería ser tanto rigurosa como la prueba del mismo hecho. Es decir, si se exige la misma fuerza probatoria en la prueba de la eximente como en el caso de la acreditación del hecho típico que llevaría a una posible sentencia condenatoria. En este sentido CUERDA RIEZU expone que en su opinión “*es el ejercicio del ius puniendi del Estado el que requiere de una justificación plena de la verosimilitud de los hechos que se consideran delito y de la responsabilidad penal que genera el mismo*”. Entonces, según él la prueba de la eximente no sería tan rigurosa como la acreditación de los hechos constitutivos del delito. En esta posición se manifiestan los tres magistrados del voto particular de la STC 169/2004 de 16 de octubre: “*Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia, y mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la*

carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena”.

Como conclusión de este apartado vemos como la línea que separa la carga de la prueba de las eximentes y la posible vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia puede parecer muy fina. No obstante, con el propósito de encuadrar la situación, cabe considerar que la doctrina del TS es muy clara en el principio general de que las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo, sin estar produciéndose una vulneración de la presunción de inocencia. A su vez, las circunstancias eximentes deben ser probadas por la defensa según el principio de quien alega debe probar.

6. Fundamento de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este punto se discutirá y se expondrá la parte más controvertida de la reciente incorporada eximente de RPPJ. Existen diferentes posicionamientos referentes a dónde encontramos el fundamento de la RPPJ y como ésta se relaciona con la citada eximente en cuanto a su carga de la prueba. De un lado, se sostiene que la ausencia de programas de cumplimiento normativo forma parte del tipo objetivo y hay quien sostiene que el disponer de estos programas exime de responsabilidad penal en alguna de las categorías de la teoría general del delito. Se expondrá la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, la opinión del Ministerio Fiscal y opiniones doctrinales a fin de poder establecer una idea concreta de cuál es el debate y los diferentes posicionamientos al respecto, que tanta discusión ha dado a los diferentes autores en sendos libros y manuales recientes.

6.1 Fiscalía General del Estado

La FGE⁵⁰, en cuanto al modelo de atribución de RPPJ expone como hipótesis, que si consideramos como fundamento de imputación la defectuosa organización, entonces el contar con un programa *compliance* acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo. Es decir, en este caso el contar o no con un programa de cumplimiento normativo forma parte del tipo objetivo o subjetivo necesario para la imputación del delito correspondiente. Este hecho nos conduce a concluir que entonces estamos ante una “especie de falsa eximente”, ya que en realidad no funcionaría como eximente, sino que el hecho de contar con un programa de cumplimiento normativo nos evoca a considerar que no concurriría un elemento básico del hecho típico (el tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo (ya sea el dolo o culpa).

No obstante, la Fiscalía se remite al art. 31 bis del Código Penal donde se desprende la responsabilidad indirecta o vicarial conforme la cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, es decir en las acciones cometidas por las personas físicas en cuestión (heterorresponsabilidad). Esta transferencia se produce cuando del delito de la

⁵⁰ Circular 1/2016,... *Ob. Cit.* Pág. 55.

persona física nace el de la persona jurídica, cuya responsabilidad quedará exenta si resulta acreditado un programa de cumplimiento normativo. Según la fiscalía “*esta construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión*”. En este caso pues, los modelos de organización y gestión funcionarían como “*excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*⁵¹”. Por lo tanto según la fiscalía, es una causa de exclusión de la punibilidad, afirmación que después es cuestionada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016⁵² que a continuación se analizará.

La conclusión final de la Fiscalía en este aspecto es que “*atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art 31. 1º*”. Añadir que los programas servirán también para poder medir las obligaciones de las personas físicas a las que el Código Penal se refiere.

En justificación a la posición tomada y para evitar objeciones y contrariar el derecho fundamental a la presunción de inocencia expuesto *ut supra*, la Fiscalía

⁵¹ Art. 31 quater: Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

⁵² La comentada sentencia expone: “*Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “excusa absolutoria”, vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “excusa absolutoria” ha de partir, por su esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.*”

argumenta que *“la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también 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, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible”*. En este sentido, es de entender que la empresa es quien tiene la facilidad para poder acreditar la eficacia del programa de organización y gestión ya que es quien está en una mejor posición para proporcionar datos de su propia organización. En caso contrario, para fiscalía y órgano judicial sería una ardua tarea el tener a la disposición protocolos y procedimientos correspondientes a la toma de decisiones de la empresa o de los modelos de gestión.

6.2 Tribunal Supremo

Muy pocas veces se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde su introducción como tal en nuestro OJ en 2010. De hecho, desde la reforma de 2010 hasta la reforma de 2015, dónde se introdujo la exigente, no hubo ningún pronunciamiento del alto tribunal. No obstante a partir de la reforma del año 2015, se pronunció por primera vez el de septiembre del mismo año y le siguieron otras sentencias de especial interés.

6.2.1. STS nº 514/2015 de 2 de septiembre

En la Sentencia del TS de 2 de septiembre de 2015, se recoge un primer planteamiento expresado en la siguiente afirmación: *“Esta sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*. Es decir, en esta primera

sentencia⁵³, el TS quiso sentar las bases de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tratándola con las máximas garantías, y con la *“necesidad de evitar automatismos en esta materia”*⁵⁴. Se infiere que para una condena de la persona jurídica se necesita un pronunciamiento propio y diferenciado que para la persona física. Y aunque fuera una condena basada en el hecho ajeno (el de la persona física, por lo tanto, un modelo de heteroresponsabilidad), se deberá incluir una fundamentación específica para la persona jurídica. Es decir, podemos estar ante una situación en dónde la actuación de la persona física derive en responsabilidad también para la persona jurídica pero igualmente en este caso, debe evitarse de cualquier modo un automatismo que prescinda de fundamentar y de analizar el comportamiento específico de la persona jurídica. Se pretende evitar un modelo de responsabilidad por transferencia puro. Así pues, tal y como expresa GÓMEZ JARA⁵⁵, el hecho de que se exima de responsabilidad a la persona física no impide que se pueda condenar a la persona jurídica.

Estamos ante la primera interpretación del TS respecto de la presunción de inocencia ya que en la sentencia casada no se especifica en concreto el fundamento por el cual se condena a la empresa a diferencia de la argumentación expuesta para la persona física. El TS finalmente absuelve a la persona física por determinadas cuestiones no relevantes a efectos de la presente discusión y la no ausencia del pronunciamiento condenatorio en la argumentación de la sentencia recurrida lleva también a la absolución de la persona jurídica. Así, *“el Tribunal Supremo establece, de forma magistral, las consecuencias del principio de presunción de inocencia para la persona jurídica – no podrá ser condenada si no existen hechos y fundamentos jurídicos referidos específicamente a la misma – como la referida a su relación con la persona física – a presunción de inocencia aplicable a la persona física no se puede extender automáticamente a la persona*

⁵³ En ella se absolvió de la condena hecha por la Audiencia provincial de Madrid por un delito de estafa a un administrador y su empresa.

⁵⁴ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Aranzadi SA. Cizur Menor 2017. Pág. 31.

⁵⁵ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo...Ob.cit.* Pág. 45.

jurídica, si la condena de la misma se ha basado en hechos y fundamento diferenciado de la persona física.”⁵⁶.

Por lo tanto, este corto pero no menos importante pronunciamiento del TS nos aboca a un modelo en donde se debe fundamentar la responsabilidad penal propia para la persona jurídica, y tal y como apunta la doctrina⁵⁷, parece descartarse de un modo implícito el modelo de la heteroresponsabilidad a diferencia de lo sostenido por la FGE.

6.2.2. STS nº 154/2016 de 29 de febrero

La segunda sentencia del TS que se pronuncia sobre la RPPJ es con toda seguridad la más importante y la más controvertida de las que ha habido hasta que se escriben estas líneas. El magistrado ponente es el que después fuera Fiscal General del Estado⁵⁸, el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Es interesante ver como la sentencia se pronuncia en profundidad en cuestiones que no fueron planteadas de forma expresa en los recursos. No obstante, el Tribunal consideró oportunas las consideraciones que hizo para establecer unas pautas de la tan novedosa legislación. Según el literal de la sentencia se expone: *“Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la presunción de inocencia, sino también a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí*

⁵⁶ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo... Ob. cit.* Pág. 47.

⁵⁷ AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas. Ob. Cit.* Pág. 123.

⁵⁸ Lo fue desde el 25 de noviembre de 2016 hasta el 18 de noviembre de 2017, fecha de su fallecimiento.

constancia de las siguientes precisiones". Por otra parte, cabe remarcar de un buen inicio que la sentencia es apoyada por ocho de los quince magistrados del pleno de la sala de lo penal del TS. De manera que 7 magistrados firmaron un importante voto particular, interesante a efectos de análisis.

Para empezar, parece que el TS se acaba decantando por un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, tal y como ya había apuntado en su sentencia anterior, en aras de una mejor aplicación de los principios informadores del derecho penal. En este sentido parte del delito de la persona física como presupuesto pero no como el fundamento de la RPPJ⁵⁹, tal y como expone la sentencia diciendo: *"el sistema de responsabilidad penal de a persona jurídica se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad"*. Acto seguido la sentencia entra de pleno en el fundamento de la RPPJ, razonando: *"Así, 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 que baría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos"*. Para el TS es importante a efectos de responsabilidad que haya un déficit de control y una ausencia de una cultura de respeto al derecho. Acto seguido, introduce su visión sobre los modelos de organización y gestión en cuanto los relaciona más bien con el tipo objetivo *"lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física"*. Sintetizando en pocas palabras, el TS mantiene su posición respecto a la autorresponsabilidad de la persona jurídica y establece la eximente del art. 31 bis 2 y 5, en su ausencia,

⁵⁹ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo...Ob. cit.* Pág. 56.

como núcleo de la RPPJ. Asimismo, los magistrados aducen una dura crítica a la posición mantenida por la Fiscalía en su tesis de excusa absolutoria ya que esgrimen que ésta ha de partir por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que al parecer del tribunal la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción. Así pues, el Tribunal se manifiesta en contra de vincular la eximente con la exclusión de la culpabilidad o la antijuridicidad y opta por establecer una relación de la eximente con el tipo objetivo⁶⁰.

A resultas de su posición es cuando por primera vez en la sentencia se introduce la palabra “*compliance*”, lo que la doctrina⁶¹ considera como una coherencia de que el TS haya pretendido centrar la atención en lo que, a nivel de estandarización internacional, se considera decisivo para determinar la eficacia de los modelos o sistemas de *compliance*. Así pues, el TS concreta el concepto de “medidas de control adecuadas para la evitación de delitos” en las denominadas “*compliances*” o “modelos de cumplimiento”.

A tal efecto el TS atribuye la responsabilidad de acreditar y probar la ausencia de estos programas a la acusación cuando afirma: “*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*”.

Para el TS pues, el núcleo típico de la RPPJ estaría constituido por la ausencia de medidas de control y por la previa comprobación de la comisión de un delito por

⁶⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas*. Ob. Cit. Pág. 134.

⁶¹ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo...* Ob. cit. Pág. 73.

parte de una persona física integrante de la organización⁶² y en consecuencia, la carga de la prueba, según los magistrados, correspondería a la acusación.

6.2.3. Voto particular STS nº 154/2016 de 29 de febrero

Es conveniente analizar por separado el voto particular de la sentencia acabada de exponer por su relevancia y su propia entidad dentro de la opinión doctrinal y jurisprudencial.

Los magistrados que firman el voto particular disienten de manera contundente en la argumentación de la sentencia mayoritaria, no obstante, comparten el fallo y puntualizan: *“formulamos este voto concurrente para poder expresar en él nuestra respetuosa discrepancia con alguna de las doctrinas que se sostienen en la sentencia, sin afectar al fallo de la resolución, que compartimos”*.

El voto particular plantea una cuestión problemática que es la consideración de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación. Según el voto particular, el Ministerio fiscal no tuvo la oportunidad de pronunciarse debidamente y aún más cuando es la propia sentencia quien afirma que este no ha sido el tema central de debate en el procedimiento, pero sin embargo se pronuncia y establece unas bases más que controvertidas provocando una posible vulneración del principio de contradicción. Según el voto particular, hubiera sido mejor esperar a un recurso que demandase un pronunciamiento expreso sobre el tema, antes que anticiparse a ello sin poder debatir los argumentos de forma contradictoria según lo que se podría exponer en el recurso. No se escuchó, al parecer de los firmantes del voto particular, a lo sostenido por la fiscalía en las dos extensas y argumentadas circulares, la 1/2011 y 1/2016.

Los magistrados disidentes reconducen el debate centrando el fundamento de la RPPJ al cauce de la ley, y es que son los elementos contenidos en los párrafos a) y b) del art. 31 bis 1º los que marcan el núcleo del tipo objetivo que debe ser probado por la acusación. Fundamentan esta responsabilidad en los principios de

⁶² AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas. Ob. Cit.* Pág. 135.

la “culpa in eligendo” y “culpa in vigilando”. Según los magistrados disidentes, el tener que demostrar la ausencia de una cultura de respeto al derecho en la persona jurídica supone demostrar un elemento evanescente, poco concreto y negativo. Es importante tener en cuenta además, que la ausencia de una cultura de control y de respeto al derecho no ha sido incorporada en el derecho positivo y por lo tanto como un presupuesto específico de la RPPJ o elemento del tipo objetivo⁶³.

El voto particular encuentra su carga argumentativa y su discusión más importante entorno a la exención de responsabilidad penal y su prueba. En primer lugar, cuestiona si, según la argumentación mayoritaria, estamos ante un modelo probatorio excepcional y privilegiado de las personas jurídicas. Los magistrados exponen: *“No apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia”*. Y para una mejor comprensión y visualización de la magnitud e importancia del cambio de criterio ejemplifican diciendo: *“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 en base razonable para su apreciación.”*

En este trabajo, he tenido la ocasión de exponer cuales son las reglas de carga de la prueba respecto de las eximentes de responsabilidad penal y es que el voto particular reitera lo comúnmente conocido: *“Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo”*. Por lo tanto, según lo expuesto, debería ser quien alega la eximente, en este caso la defensa, quien debe probar los elementos que justificarían su apreciación. Adoptando este cambio de criterio, y considerando que el objeto de prueba es la inexistencia de instrumentos

⁶³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado” en *Diario La Ley*, nº 8732. Editorial La Ley. Sección Doctrina, Ref. D-135,1 de abril de 2016. Pág. 11.

adecuados y eficaces de prevención del delito en vez de la prueba de la disposición de estos, se estaría dando una “casi impunidad” a las personas físicas. Adviértase lo comentado por la doctrina⁶⁴ que si finalmente se consolida esta línea jurisprudencial, puede llegar a provocar que si la acusación no es capaz de demostrar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos, no se llegue a abrir la causa penal o, de abrirse, ésta puede quedar sobreseído en un estadio muy temprano de las diligencias de investigación, por no ser el hecho penalmente relevante. Y es que cabe considerar la dificultad por parte de la acusación de conocer en exactitud y profundidad el funcionamiento interno de las empresas⁶⁵, hecho que le es mucho más fácil acreditar y probar a la defensa cuando alegue la citada eximente.

Los siete magistrados refuerzan su posición de que los programas de gestión y organización deben ser alegados y probados por parte de la defensa y de que se trata en esencia de una circunstancia eximente y no un elemento del tipo objetivo, remitiéndose otra vez al tenor literal de la ley cuando en el artículo 31 bis apartado 2º último párrafo se establece que “*en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena*”. Es una muestra clara del seguimiento por parte de legislador del criterio general expuesto de que estas circunstancias deben ser acreditadas y probadas y que su función es de atenuación o de exención y no de ser el núcleo o parte esencial del injusto.

Los magistrados son muy contundentes con lo que se podría desprender de la ley y lo que el legislador hubiera pretendido con la importante reforma del CP en 2015 ya que, a su parecer, la interpretación que el TS en su sentencia mayoritaria no es acorde con la intención legislativa. En este sentido se manifiesta DEL ROSAL⁶⁶, cuando afirma que “*la labor interpretativa de los jueces debe ir*

⁶⁴ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales... *Ob. Cit.* Pág. 5.

⁶⁵ BAUCCELLS LLADÓS, Joan. “Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos” en *Revista General de Derecho Penal* 28 (2017).

⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales... *Ob. Cit.* Pág. 9

fundamentalmente destinada a facilitar la aplicación de una norma legal, en este caso, el art. 31 bis del CP, y, por lo tanto, a aclarar el sentido de las palabras de la Ley. Sin embargo, todo el discurso de las Sentencias – si bien, no tanto el del voto particular concurrente y, menos aún, el de la Circular – parece estar construido al margen del contenido de la Ley”.

Un último punto relevante a comentar del voto particular es el que gira en torno al que consideran como incongruencia de la resolución. A su vista, los magistrados discrepantes detectan una serie de contradicciones en la argumentación mayoritaria que exponen que de ser la ausencia de una cultura de respeto al derecho parte del núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado por la acusación para que la condena pudiera prosperar, *“es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que pudiésemos confirmar la condena de las personas jurídicas recurrentes”*, ya que para poder subsumir los hechos al fundamento del tipo objetivo deben ser incorporadas las pruebas en el relato fáctico. Teniendo esto en cuenta, no ven los firmantes del voto particular ninguna apreciación probada respecto a esta carencia de *“cultura de respeto al derecho”* o que *“careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito”*. Establecen una crítica contundente a los firmantes mayoritarios en cuanto a la empresa Transpinelo SL se le atribuye en la fundamentación jurídica del Tribunal, una falta de estos instrumentos de prevención de la comisión de delitos y, no obstante, no figura en los hechos probados. A tal efecto exponen: *“Constituye una doctrina consolidada de esta Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que, si realmente se considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia.”*

En esta argumentación concluyen exponiendo un punto reflexivo y que pone en tela de juicio la posición sostenida por el TS: *“En el caso de que se hubiese exigido de modo efectivo en el caso actual la prueba por la acusación de la ausencia de una cultura de control y de elementos específicos de prevención en*

las empresas enjuiciadas, como elemento autónomo del tipo objetivo que tendría que constar en los hechos probados, la resolución determinada por el relato fáctico habría tenido que ser absolutoria". Y es que como se ha comentado anteriormente, la crítica del voto particular se hace respecto a elementos que finalmente no inciden en la decisión principal del Tribunal, la cual el voto particular comparte, sino que la *ratio decidendi* de la sentencia va por otros cauces. No obstante, el voto particular reflexiona sobre qué hubiera pasado si la posición mayoritaria hubiese sido aplicada desde un principio y fuese tomada en cuenta para la decisión principal. Al entender del voto particular, de ser así, esa controvertida sentencia hubiera tenido que ser absolutoria.

6.2.4. STS nº 221/2016 de 16 de marzo

Pocos días después de la tan trascendente sentencia del TS, el tribunal se vuelve a pronunciar sobre el fundamento de la RPPJ a través de la Sentencia 221/2016 de 16 de marzo, con el magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Marchena como ponente.

Esta sentencia viene a matizar lo ya expuesto en la anterior sentencia 154/2016 de 29 de febrero. Es de relevancia para el análisis, el FJ quinto referente al recurso de la persona jurídica "Anjuma Gestiones Inmobiliarias SL". La sentencia vuelve a recordar lo dicho en la primera sentencia (STS 514/2015 de 2 de septiembre" dónde se exponía que "*cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*". Asimismo, admiten que este pronunciamiento tuvo un alcance limitado ya que no existía un recurso propio por parte de la persona jurídica. Acto seguido hacen referencia a la posterior sentencia de 29 de febrero de 2016 admitiendo la complejidad del tema abordado, así como la existencia de un importante voto particular que "*refleja la conveniencia de aceptar la existencia de puntos controvertidos que aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización*". De la reflexión inicial se infiere la voluntad de llegar a puntos de acuerdo respecto a las diferentes posiciones y evitar otra diferencia de opiniones tan importante. El Tribunal admite que puede haber soluciones dogmáticas muy variadas y que no existe un elenco restringido de soluciones. A su parecer, la

doctrina jurisprudencial asentada solo se podrá conseguir conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a su consideración cada una de las situaciones.

A corte de curiosidad, de los cinco magistrados firmantes de esta sentencia, en este caso sin voto particular, tres fueron partidarios de la sentencia mayoritaria anterior y dos fueron firmantes del voto particular.

Hechas estas precisiones iniciales se adentra en el recurso de la persona jurídica y en lo que al fundamento de su responsabilidad se refiere.

El Tribunal expone que para que se pueda imputar a la persona jurídica unos hechos delictivos (juicio de autoría), se requiere no solamente la acreditación del hecho delictivo por parte de la persona física, sino que este hecho venga facilitado por la concurrencia de un delito corporativo. El fiscal, es quien debe acreditar que este delito corporativo ha sido consecuencia de un defecto de estructura empresarial *”en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”*. Es decir, el Tribunal hace referencia de forma indirecta a los *compliance programs* situándolos como base de la imputación de los hechos delictivos. Por lo tanto, el defecto estructural en los modelos de control constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, por lo que si se quiere respetar la presunción de inocencia será la acusación la que deba probar ese defecto estructural⁶⁷.

No obstante el tribunal mantiene 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.”*. Parece que se pretende dejar claro que para los magistrados lo más importante es establecer un

⁶⁷ AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas. Ob. Cit.* Pág. 179.

modelo de autorresponsabilidad dónde la base de la imputación de la persona jurídica debe ser demostrada con la misma intensidad que para la persona física. Las personas jurídicas constituyen un sujeto singular y la responsabilidad por transferencia directa no es compartida por los magistrados. Este pensamiento se ve reflejado cuando la sala expone: *“La sala no puede identificarse – insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica – con la tesis de que una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto de organización”*. Por lo tanto rechazan las tesis de la FGE que aboga por un sistema vicarial y siguen el TS opinando de forma muy similar a como lo hizo en la sentencia anterior. La sentencia resume su tesis respecto al tema que nos ocupa exponiendo 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. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos – pericial, documental, testifical – para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”*.

Comentar que a parte de las 3 importantes sentencias acabadas de exponer el TS ha tenido que pronunciarse sobre otros casos en los que aparece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante el interés jurisprudencial y doctrinal se centra en las ya expuestas ya que no hay un debate explícito sobre el fundamento de la eximente de RPPJ, teniendo en cuenta pero que el tribunal sigue sosteniendo un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica⁶⁸.

6.3 La doctrina

La doctrina a expensas de la discusión producida en el TS y la opinión mantenida por la FGE, ha desarrollado su propia opinión y construcción dogmática acerca

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº516/2016 de 13 de junio, FJ 1.

del fundamento de la eximente de RPPJ y su carga de la prueba. De forma mayoritaria se han acercado de forma clara a las tesis de los magistrados firmantes del Voto particular de la STS nº 154/2016 de 29 de febrero y de la FGE.

Especialmente taxativo se muestra GÓMEZ JARA⁶⁹, cuando sostiene lo que se imputa a la persona jurídica es el concreto hecho delictivo tipificado en el CP, y que si se añadiera como elemento del tipo la falta de cultura de cumplimiento de la legalidad, se estaría vulnerando el principio de taxatividad. Rechaza por tanto la tesis del TS considerando que la cultura de cumplimiento no puede ser considerado un elemento objetivo del tipo. Respecto a la carga de la prueba rechaza las tesis del tribunal y propone una solución integradora que pasaría por asignar la carga probatoria a la acusación solo respecto de la falta de idoneidad de las medidas de control respecto del delito concreto sobre la base de los hechos objeto de acusación. De manera que, teniendo medidas de control y vigilancia, a la vista de las circunstancias concretas, éstas no han resultado idóneas. No obstante, que no sean idóneas en el ámbito concreto no significa que la persona jurídica merezca un reproche culpabilístico ya que puede demostrar que gozaba de una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad y que es merecedora de una exención de responsabilidad penal, prueba que le corresponde a la defensa⁷⁰. Es decir, la prueba sobre la idoneidad del programa en el caso concreto enjuiciado correspondería a la acusación y la prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad incluida la idoneidad del *compliance program* correspondería a la defensa⁷¹.

Para DEL ROSAL BLASCO⁷² los magistrados firmantes de la sentencia mayoritaria STS nº 154/2016 de 29 de febrero no han facilitado la aplicación de la norma legal construyendo su discurso al margen del contenido de la Ley.

⁶⁹ GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo... Ob. cit.* Pág. 89.

⁷⁰ Se sigue con la propuesta de GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo... Ob. cit.* Pág. 90.

⁷¹ Más detalles en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad... Ob. Cit.* Pág. 126 y ss.

⁷² DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales... *Ob. cit.* Pág.7.

Asimismo, califica de absurda la interpretación del TS en cuanto la acusación debe probar la ausencia de cualesquiera medidas de control y debe probar la ausencia de un modelo de organización y gestión eficaz ya que según él nos conduce a una situación que, en la práctica, es casi imposible de aplicar debido a que no se puede abrir el procedimiento penal hasta que no haya, al menos, indicios de la ausencia de medidas de control en los términos del art. 31 bis.

De similar modo se manifiesta BAUCELLS⁷³ cuando se posiciona a favor del voto particular de la STS de 29 de febrero en cuanto no hay razón que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes. Además considera dogmáticamente posible y preferible que la eximente se fundamente en la exclusión del *injusto* por ausencia de “defecto de organización”⁷⁴.

SILVA SÁNCHEZ⁷⁵ sostiene que el indicio de la ejecución del delito por parte de la persona física constituiría una – aunque no la única – condición de punibilidad, su resultado. El estado de cosas de favorecimiento quedaría razonablemente compensado por la sucesión de medidas adecuadas de prevención adoptadas y mantendrían. Es decir, el modelo de prevención adecuado tendería a la sustitución del estado de organización defectuosa por una organización lo más correcta posible, de manera que el estado de riesgo/empresa pasaría a constituir un estado de riesgo no desaprobado jurídicamente a la línea de lo acabado de exponer.

Así pues, según parte de la doctrina mayoritaria debería ser la defensa quien debe probar la disposición de programas de cumplimiento normativo por parte de la empresa y su eficacia. Y la eximente subsana el defecto de organización.

⁷³ BAUCELLS, Joan. “La responsabilidad penal de los partidos... *Ob. Cit.* Pág. 306.

⁷⁴ En la línea de lo propuesto por GARCÍA ARAN, Mercedes en: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Comentarios al código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011. Pág. 394.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Derecho penal de la Empresa*. *Ob. Cit.* Pág. 393.

7. Conclusiones

- I. Debe entenderse por programas de organización y gestión eficaces no solo los que contengan los requisitos legales descritos en el art. 31 bis 5º del CP sino los que contengan también otros elementos comunes necesarios como el ser un documento escrito, definir las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa (*compliance officer*), contener un sistema de formación y lo que en definitiva es esencial: ceñirse al mapa de riesgos específico de la persona jurídica en cuestión.

- II. Recae de forma exclusiva en el juez la valoración de la eficacia de un programa de organización y gestión. Las certificaciones serán valorables solamente como un elemento adicional para demostrar un compromiso de buen hacer (cultura de cumplimiento) pero en ningún caso evitarían el control y análisis por parte del órgano judicial. A tal efecto para la valoración del programa, es necesaria una valoración *ex ante* trasladándonos en el momento de la comisión delictiva, valorando la situación y la reacción de la persona jurídica.

- III. El sistema español de RPPJ parece decantarse más por un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica que de heterorresponsabilidad (sistema vicarial) aunque no de forma completa.

- IV. La responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en un defecto de organización que permite salvaguardar el principio de responsabilidad penal personal. La persona jurídica no responde por hechos ajenos sino por su propio defecto de organización. Su exclusión por contar con programas de cumplimiento eficaces funciona como eximente.

- V. En consecuencia, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo encontramos en el artículo 31 bis CP dónde la acusación debe demostrar la comisión del hecho típico y la vía de imputación correspondiente al defecto de organización. Corresponde, en cambio, a la defensa alegar y probar la eximente de RPPJ mediante la acreditación de

programas de organización y gestión eficaces. No hay razón que justifique alterar las reglas de la carga de la prueba y establecer un modelo privilegiado para las personas jurídicas.

- VI. Es evidente que el tema es de gran actualidad y desarrollo constante. Por ello, es muy probable que veamos nuevas reformas en el futuro y/o nuevas interpretaciones respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su eximente por *compliance*.

8. Bibliografía

AAVV. *Libro Blanco sobre la Función de Compliance*. Asociación Española de Compliance (ASCOM). Coordinado por Alain Casanova Ysla. Madrid, marzo de 2017.

ABOGACIA ESPAÑOLA. Informe 5/2017. “Informe que emite la comisión jurídica sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“compliance officer”)”
<http://www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/2010/archivos/1719/Informe%205%202017.pdf> (consultado: 29 enero de 2018).

AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; JAÉN VALLEJO, Manuel; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *Derecho Penal de las personas jurídicas*. Editorial Dykinson. Madrid 2016.

ANTICH SOLER, Jaume. *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Tesis doctoral UAB. Junio 2017 (inédita).

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi. Segunda edición. Cizur Menor, 2016.

BAUCELLS, Joan. “La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas” en GARCIA-ARAN, Mercedes; BOTELLA, Joan (dirs.). *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BAUCELLS LLADÓS, Joan. “Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos” en *Revista General de Derecho Penal* 28 (2017).

BUSATO, Paulo César. “Lo que no se dice sobre criminal compliance” en *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. REEPS 1 (2017). ISSN: 2531-1565.

CUERDA RIEZU, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?” en *InDret Revista para el análisis del derecho* 2/2014. Barcelona, Abril de 2014.

CUGAT MAURI, Miriam. La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: El papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance* en *Estudios penales y criminológicos vol. XXXV (2015)*.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado” en *Diario La Ley*, nº 8732. Editorial La Ley. Sección Doctrina, Ref. D-135,1 de abril de 2016.

DEL ROSAL, Bernardo. “La figura del Compliance Officer. Implantación del modelo de prevención.” en *Jornada sobre “La responsabilidad penal de las empresas. La figura del Compliance officer”*. Consejo General de la Abogacía Española, Paseo de Recoletos, 13, Madrid. 22 de junio de 2016. <http://www.formacionabogacia.es/enrol/index.php?id=79> (Consultado: 24 abril de 2018).

ESCALER COMPTE, Ramon. *La carga de la prueba*. Atelier. Barcelona, 2017.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, SA. Cizur Menor, 2016.

GARCÍA ARAN, Mercedes en: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Comentarios al código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GOENA VIVES, Beatriz. “Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Aranzadi SA. Cizur Menor, 2017.

LEON ALAPONT, José. “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?” en *Revista General de Derecho penal*. nº 28, 2017.

LÓPEZ RINCÓN, Darío. “Whistleblowing o canales de denuncia interna” *Elderecho.com* *Lefebvre* – *El Derecho*. http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/Whistleblowing-canales-denuncia-interna_11_1064680001.html (Consultado 18 de abril de 2018)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General*. 5ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

MAZZACUVA, Francesco. “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en PALMA HERRERA, José Manuel (dir.). *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Dykinson. Madrid, 2014.

MELER, Nuria. “Estandarización en el ámbito jurídico: ¿la alternativa del siglo XXI a los convenios internacionales?” en *Cinco Días*. Ed Prisacom. Madrid, 14 octubre 2017. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/10/13/legal/1507899901_187758.html (consultado: 10 de enero de 2018)

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 9ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal” en: KHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo – (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2013.

PRIETO, Helena. "Regulación Jurídica de la responsabilidad penal de las empresas. Prevención de riesgos penales." en *Jornada sobre “La responsabilidad penal de las empresas. La figura del Compliance officer”*. Consejo General de la

Abogacía Española, Paseo de Recoletos, 13, Madrid. 22 de junio de 2016. <http://www.formacionabogacia.es/enrol/index.php?id=79> (Consultado: 24 abril de 2018).

PICO i JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

PUYOL, Javier. *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “Whistleblowing”*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

PUYOL, Javier. *Guía para la implantación del Compliance en la empresa*. Wolters Kluwer, S.A. Barcelona, Junio 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Derecho penal de la Empresa*. Euros Edisofer SL. Madrid, 2016.

VELASCO NUÑEZ, Eloy; SAURA ALBERDI, Beatriz. *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, José. “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)” en *La Ley Penal*, n° 119, Sección *Jurisprudencia aplicada a la práctica*. Editorial La Ley. Marzo-Abril 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos”, en *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época, n° 11 (enero de 2014).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche

prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"

Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015.

Sentencias

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 126/2011 de 18 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 123/2006 de 24 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 81/1988 de 28 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 169/2004 de 16 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 415/2006 de 18 abril.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 1068/2012 de 13 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 516/2016 de 13 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 514/2015 de 2 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 154/2016 de 29 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 221/2016 de 16 de marzo.

ANEXO I – Art.31 bis Código Penal

<u>Artículo 31 bis después de la reforma de 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</u>	<u>Artículo 31 bis después de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</u>
<p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.</p> <p>En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.</p> <p>2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos</p>	<p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</p> <p>a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.</p> <p>b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión,</p>

<p>o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.</p> <p>3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.</p> <p>4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales,</p>	<p>vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.</p> <p>2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:</p> <p>1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;</p> <p>2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;</p> <p>3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo</p>
---	--

<p>las siguientes actividades:</p> <p>a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.</p> <p>b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.</p> <p>c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.</p> <p>d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.</p> <p>5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a</p>	<p>fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y</p> <p>4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a</p> <p>En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.</p> <p>3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.</p> <p>4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte</p>
--	---

<p>los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.</p> <p>En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»</p>	<p>adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.</p> <p>En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.</p> <p>5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.</p> <p>3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.</p> <p>4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo</p>
---	--

	<p>encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.</p> <p>5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.</p> <p>6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.</p>
--	--

ANEXO II – Delitos atribuibles a las personas jurídicas

Delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal según figura en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Delitos	Artículos CP
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis

Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

El régimen del artículo 129 del Código Penal se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se haya cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

Delitos	Artículos CP
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 quater