



Universidad Internacional de La Rioja

Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

**LA EFICACIA E IDONEIDAD DE LOS  
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO  
NORMATIVO COMO OBJETO DE PRUEBA  
EN EL PROCESO PENAL**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Ignacio Gamboa Martín
Tipo de trabajo:	Investigación
Área jurídica:	Derecho Penal
Director/a:	Olalla Baz Cares
Fecha:	20/01/2022

## Resumen

El presente trabajo estudia y analiza la necesidad de que los planes de cumplimiento normativo tengan que ser eficaces e idóneos para prevenir y detectar delitos -tal y como recoge el artículo 31 bis. del Código Penal- y sus implicaciones en la práctica procesal. Para ello, en un primer momento estudiaremos y analizaremos qué significa y qué valor tiene que un plan de cumplimiento normativo sea eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos. Posteriormente, pasaremos a analizar cómo se puede, y se debe, acreditar y probar en el proceso penal que un plan de cumplimiento es eficaz e idóneo. Y, por último, estudiaremos quién ostenta la carga de la prueba en los procesos penales seguidos contra personas jurídicas.

### **Palabras clave:**

Compliance, programas de cumplimiento normativo, eficacia, idoneidad, Responsabilidad penal de la persona jurídica.

## Abstract

The present essay studies and analyses the need for regulatory compliance programmes to be effective and suitable for preventing and detecting offences - as set out in Article 31 bis of the Criminal Code - and its implications in procedural practice. To this end, we will first study and analyse what it means and the value of a regulatory compliance plan being effective and suitable for preventing and detecting offences. Subsequently, we will go on to analyse how a compliance plan can, and must, be accredited and proven in criminal proceedings to be effective and suitable. And, finally, we will study who bears the burden of proof in criminal proceedings against legal persons.

### **Keywords:**

Compliance, effective, suitable, criminal compliance, criminal liability of legal persons

## Índice de contenidos

1. Introducción .....	6
1.1. Justificación del tema elegido.....	7
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	7
1.3. Objetivos.....	8
2. Marco teórico y desarrollo.....	9
2.1. Programa de cumplimiento normativo eficaz e idóneo .....	9
2.1.1. Concepto de programas de gestión y organización del art. 31 bis del CP. Eficacia e idoneidad.....	9
2.1.2. Programa de cumplimiento eficaz e idóneo en el caso de delitos cometidos por las personas definidas en los art. 31 bis. A) y 31 bis.2. del CP. ....	11
2.1.3. Programa de cumplimiento eficaz y adecuado en el caso de delitos cometidos por las personas definidas en los art. 31 bis. B) y 31 bis. 4 del CP.....	13
2.1.4. Requisitos de un programa de cumplimiento idóneo y eficaz (art. 31 bis. 5 CP) .....	16
2.1.5. Conceptos de idoneidad y eficacia. ....	22
2.2. La importancia de los estándares y las certificaciones. El Estándar UNE 19601. Especial atención al Caso Bankia. ....	24
2.3. El programa de cumplimiento normativo como objeto de prueba. Especial mención a la prueba pericial.....	28
2.3.1. La prueba documental y testifical. ....	29
2.3.2. La prueba pericial. ....	33
2.3.2.1. La prueba pericial económica. ....	33
2.3.2.2. La titulación del perito de compliance.....	35
2.3.2.3. La pericial de compliance y los límites del Iura Novit Curia.....	38

2.3.2.4.	Conclusiones al Informe Pericial de compliance.....	40
2.3.2.5.	Problemas en relación con los auditores y certificadores del plan de cumplimiento normativo. ¿Peritos, testigos o testigos-peritos? .....	41
2.4.	La carga de la prueba sobre la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento normativo y el derecho a la presunción de inocencia. ....	43
2.4.1.	Las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal contra las personas jurídica.....	43
2.4.2.	El estándar de “prueba clara y convincente”. Una solución a los problemas derivados de la carga de la prueba en los “sistemas de autorresponsabilidad”. ....	51
3.	Conclusiones.....	54
	Referencias bibliográficas.....	59
	Listado de abreviaturas .....	63
Anexo A.	Art. 31 Bis del Código Penal .....	65

## 1. Introducción

La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español ha traído consigo un sinfín de interrogantes, tanto procesales como de fondo, sobre los que más de diez años después todavía existen diversas concepciones e interpretaciones. Estas concepciones no son en absoluto son baladí, puesto que cada una de ellas presenta distintos problemas prácticos.

En el presente trabajo vamos a analizar la problemática que se plantea entorno a los planes de cumplimiento normativo como objeto de prueba.

Para este análisis debemos partir del hecho de que, una persona jurídica disponga de un programa de cumplimiento normativo no va a determinar automáticamente que el mismo vaya a servir para eximir de responsabilidad a la organización o, en su caso, para considerar que la conducta era atípica. Es decir, disponer de un programa de cumplimiento normativo, por sí solo, no va a conllevar la absolución de la persona jurídica.

Entonces, ¿cómo se puede lograr la absolución de una persona jurídica en un proceso penal? En nuestra opinión, la absolución va a depender, fundamentalmente, de que tenga implementado un programa de cumplimiento normativo eficaz e idóneo para prevenir y detectar la comisión de ilícitos penales en su seno.

Dicho lo anterior, queremos llamar la atención del lector hacia dos conceptos utilizados en el párrafo anterior: idoneidad y eficacia. Estos dos conceptos, partiendo de que el programa de compliance exista y esté efectivamente implementado, son los que el Juez o Tribunal va a valorar y evaluar a la hora de tomar una decisión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por tanto, es en el estudio de estos dos conceptos sobre los que va a girar el presente trabajo. En este sentido, vamos a realizar un análisis de fondo sobre cuando se considera que el programa de cumplimiento es eficaz e idóneo para prevenir delitos, posteriormente pasaremos a analizar cómo se puede y se debe demostrar en sede judicial y, finalmente,

estudiaremos quien tiene la carga de probar que el mismo era eficaz e idóneo -o en su caso que no lo era-.

### 1.1. Justificación del tema elegido<sup>1</sup>

Desde mi etapa universitaria he sentido un particular interés por el derecho penal, en concreto, por el derecho penal económico. Por ello, cuando tuve que decidir sobre el tema en el que iba a centrar mi TFM lo tenía claro, quería centrarlo en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en los programas de cumplimiento normativo.

Sin embargo, como ya hemos manifestado, la irrupción de la responsabilidad penal de la persona jurídica supuso un sinfín de interrogantes, los cuales han sido profundamente estudiados y abordados por la doctrina especializada, por lo que, posiblemente, mi investigación hubiera resultado menos interesante.

Por ello, y tras muchas consultas, me planteé hacerlo sobre un tema más novedoso y que no hubiera sido tan estudiado: la eficacia e idoneidad de los planes de cumplimiento como objeto de prueba en el proceso penal.

Este trabajo, por un lado, me ha permitido abordar determinadas cuestiones materiales y de fondo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y, por otro, me ha permitido tratar cuestiones procesales de especial interés. Todo ello, me ha llevado a ampliar y asentar mis conocimientos sobre el derecho penal y sobre el derecho procesal penal.

### 1.2. Problema y finalidad del trabajo

La finalidad del presente trabajo es dar una respuesta a los problemas que han venido suscitándose en la práctica procesal en relación con la prueba sobre los planes de cumplimiento normativo.

Para alcanzar estas respuestas, en un primer momento, abordaremos cuestiones de fondo sobre cuándo debe entenderse que un programa es eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos, así como los requisitos que debe contener.

---

<sup>1</sup> Este punto se ha abordado desde una perspectiva personal, razón por la cual es descrito en primera persona del singular.

Una vez realizado este análisis, pasaremos a estudiar cómo debe probarse dentro de un procedimiento penal que el programa de cumplimiento es eficaz e idóneo. Para ello, analizaremos, de manera general, la prueba documental y testifical en relación con el programa de cumplimiento normativo. A su vez, en este mismo punto, haremos un análisis más específico de la prueba pericial de compliance y los posibles problemas que se pueden derivar de su práctica, debido al papel fundamental que juega actualmente.

Por último, procederemos a analizar quién ostenta la carga de la prueba en los procesos penales seguidos contra la persona jurídica. En este punto, y debido a sus implicaciones en las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal, realizaremos un estudio de fondo sobre los dos sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica que dividen a día de hoy a la doctrina y a la jurisprudencia, a saber: 1) los sistemas de autorresponsabilidad y 2) los sistemas de heterorresponsabilidad. Tras ello, y debido a que parece que nuestro Tribunal Supremo ha ido inclinándose hacia el sistema de autorresponsabilidad, proponemos una solución a la dificultad con la que se puede encontrar la acusación a la hora de acreditar un hecho negativo como es el defecto de organización-entendido como la inexistencia, no implementación, ineficacia o inidoneidad del programa de cumplimiento normativo-.

### 1.3. Objetivos

De forma sucinta, debido a lo ya manifestado anteriormente, podríamos decir que el objetivo que persigue el trabajo es contestar a tres interrogantes en relación a la eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento normativo como objeto de prueba. Estos tres interrogantes son:

- 1) ¿A qué se refiere el Código Penal cuando se refiere a que el modelo de cumplimiento normativo tiene que ser eficaz e idóneo? ¿Qué importancia tienen estos conceptos?
- 2) ¿Cómo se ha de probar que un programa de compliance es eficaz e idóneo?
- 3) ¿Quién tiene que probar que el programa de cumplimiento es eficaz e idóneo?



## 2. Marco teórico y desarrollo

### 2.1. Programa de cumplimiento normativo eficaz e idóneo

#### 2.1.1. Concepto de programas de gestión y organización del art. 31 bis del CP. Eficacia e idoneidad.

Los programas de gestión y organización son sistemas organizativos que deben incluir una serie de principios, reglas, procedimiento e instrumentos idóneos y eficaces que deben ser implementados<sup>2</sup> en el seno de la persona jurídica con el objetivo de que éstas, en el desarrollo de su actividad, cumplan con la legalidad.

En concreto, los programas de gestión y organización a los que se refiere el art. 31 bis del Código Penal (en adelante, CP) son sistemas organizativos que tienen por objetivo garantizar el cumplimiento de la persona jurídica con la norma penal. Es decir, el “compliance penal” tiene un objetivo limitado, puesto que queda restringido al cumplimiento de la legalidad penal.

Para el cumplimiento con la legalidad penal, el art. 31 bis del CP recoge una serie de elementos que obligatoriamente tienen que contener el programa de gestión y organización para ser considerado como eficaz e idóneo. Se tratan de una serie de requisitos generales que se deben cumplir de manera material-no bastando el cumplimiento formal-y que, por tanto, deberán ser efectivamente previstos e implementados en el programa, teniendo en cuenta las características de la organización.

En nuestra opinión, la idoneidad y la eficacia son los dos objetivos que debe buscar todo programa de cumplimiento (FJ. 8º STS 316/2018). La eficacia en relación con la prevención y detección de delitos y la idoneidad en cuanto a que el mismo se adapte a las circunstancias particulares de la empresa en cuestión y a los riesgos concretos que se pretende mitigar.

Como posteriormente analizaremos, el hecho de tener implementado un plan de cumplimiento eficaz e idóneo permitirá que, en el caso de haberse cometido un delito en el

---

<sup>2</sup> Con implementación me refiero a su verdadera implantación, a su real operatividad en la organización y a si el mismo estaba en funcionamiento. Es decir, así el programa tenía incidencia real en la sociedad.

seno de una sociedad, la empresa pueda beneficiarse de una exención de responsabilidad o bien conllevaría la atipicidad de la conducta<sup>3</sup>.

Estas dos posibilidades se derivan de la propia redacción del art. 31 bis del CP<sup>4</sup>, la cual ha llevado que la doctrina y la jurisprudencia estén divididas en dos posiciones: 1) los que entienden que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en un sistema de autorresponsabilidad- en cuyo caso el programa de cumplimiento haría atípica la conducta- y 2) los que entienden que se debe fundamentar en un sistema vicarial- en cuyo caso el programa de cumplimiento funcionaría como una eximente o como una excusa absolutoria-.

Sea cual fuere el sistema en el que finalmente se fundamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que valorará el Juez cuando una persona jurídica resulte acusada será:

1. Si existía o no un programa de cumplimiento normativo en el momento de los hechos.
2. Si en el caso de que existiera, estaba efectivamente implementado.
3. Si en el caso de estar efectivamente implementado, el mismo era idóneo y eficaz para prevenir y detectar el delito o los delitos concretos que se investigan.

Por tanto, en nuestra opinión, si la organización efectivamente tenía implementado un programa de cumplimiento normativo, la discusión se va a centrar mayormente en valorar si ese sistema era eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos.

Ahora bien, teniendo eso en mente, es relevante atender a la distinción que realiza el CP en función de la persona que haya cometido el delito.

---

<sup>3</sup> A efectos puramente aclaratorios respecto de la atipicidad de la conducta consideramos relevante mencionar a AYALA GÓNZALEZ (2019, p.5:) que *“según el CP, la persona jurídica quedará exenta, entre otros extremos, si cuenta con un modelo que resulte adecuado para prevenir delitos. Pues bien, en la propuesta dibujada por el TS, si el tipo consiste en la carencia de elementos organizativo estructurales adecuados para la prevención de delitos, que una persona jurídica cuente con ellos implicaría la atipicidad de la conducta. Es decir, haber ejercido el debido control, siguiendo los parámetros preceptuados por el legislador, supondría la ausencia de tipicidad corporativa.”*

<sup>4</sup> A lo largo del trabajo será necesaria la lectura del art. 31 bis del CP. Por ello, hemos considerado necesario introducirlo como Anexo A.

### 2.1.2. Programa de cumplimiento eficaz e idóneo en el caso de delitos cometidos por las personas definidas en los art. 31 bis. A) y 31 bis.2. del CP.

Dispone el art. 31 bis. A) del CP que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por aquellas personas que representan a la sociedad, por la que toman decisiones en su nombre o deciden en su seno (para una mayor agilidad en la lectura nos vamos a referir a ellos como “directivos y similares”).

Sin embargo, añade el art. 31 bis. 2 del CP que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad, en estos casos, siempre que *“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”*.

A nuestro entender, el modelo de cumplimiento normativo debe ser eficaz e idóneo tanto para prevenir la comisión de un delito mediante medidas de vigilancia y control, como para detectar y reaccionar ante un delito que se haya cometido en su seno. En este sentido, consideramos que todo plan de cumplimiento normativo debe contener dos tipos de medidas (SERRANO ZARAGOZA 2016):

1. Medidas de carácter preventivo: Que la persona jurídica haya adoptado y ejecutado *ex ante* medidas control y vigilancia idóneas y eficaces para reducir la posibilidad de que un delito sea cometido en su seno.
2. Medidas de carácter reactivo: A su vez, el programa de cumplimiento debe contener una serie de medidas de carácter reactivo. Estas medidas deben ser idóneas y eficaces para que, en el caso de haberse cometido un delito en el seno de la persona jurídica, ésta, pueda anular o minimizar sus efectos a la mayor brevedad posible. Es decir, estas medidas, deben permitir esclarecer la identidad de los autores y el destino de los efectos del delito, permitiendo, a su vez, la recuperación de los mismos (FGE 2016, pp. 23 y 27).

De acuerdo con LÓPEZ-VIOTA (2020, p.2), los presupuestos de idoneidad y eficacia en virtud del artículo 31 bis.2 CP tienen tres vertientes y, por ende, los Jueces y Tribunales deberán analizar el modelo de cumplimiento teniéndolas en cuenta. Estas vertientes son:

1. Temporal: Se debe haber adoptado e implementado un programa de cumplimiento eficaz e idóneo *“antes de la comisión del delito”*. Es decir, el juez debe valorar colocándose en una posición *ex ante* y en abstracto, para valorar y evaluar si el programa preveía una serie de medidas para evitar o reducir la probabilidad de que el delito se cometiese y si preveía medidas para detectar, en su caso, los delitos que se pudiesen llegar a materializar. Una vez que el juez viera que, con anterioridad a la comisión del delito, si se adoptaron una serie de medidas, deberá pasar a realizar un análisis formal de las mismas.
2. Formal: *“para prevenir delitos de la misma naturaleza”*. El Juez debe valorar si formalmente las medidas que contenía el programa eran adecuadas para evitar o reducir significativamente el riesgo de la comisión del delito y si también lo eran para detectar su posible comisión. Es decir, el Juez deberá analizar si, al menos, formalmente el programa preveía riesgo una posible infracción penal de la misma naturaleza que el delito que se hubiera cometido. Una vez que el juez evaluará si, al menos, formalmente el programa contenía una serie de medidas eficaces e idóneas para prevenir y detectar delitos de la misma naturaleza, pasará a realizar un análisis material de estas medidas.
3. Material: *“El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia (...) medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”*. En relación a esta vertiente, el Juez deberá valorar y evaluar tanto las circunstancias propias de la empresa –mercado en el que opera, estructura de la sociedad, antecedentes, etc.- como la implementación de las medidas y si las mismas eran eficaces e idóneas. Es decir, deberá evaluar y analizar si las medidas estaban implementadas y eran eficaces e idóneas para reducir significativamente el riesgo de comisión de un delito.

Por tanto, independientemente del sistema de responsabilidad en el que finalmente se sustente la responsabilidad penal de la persona jurídica, el Juez o Tribunal siempre deberá realizar este análisis, evaluando las tres vertientes expuestas y en el citado orden. En conclusión, deberá analizar, en primer lugar, si se preveían las medidas con anterioridad a la comisión del delito, en segundo lugar, si las mismas eran, al menos, formalmente eficaces e idóneas y, en tercer lugar, si las mismas estaban verdaderamente implementadas teniendo en

cuenta las circunstancias propias de la sociedad y si resultaban materialmente eficaces e idóneas.

### 2.1.3. Programa de cumplimiento eficaz y adecuado en el caso de delitos cometidos por las personas definidas en los art. 31 bis. B) y 31 bis. 4 del CP.

En el caso de que el delito sea cometido por las personas sometidas a la autoridad de los directivos y similares (nos vamos a referir a ellos como “empleados”), el CP utiliza los términos “eficacia” y “adecuado” para referirse al modelo de cumplimiento normativo. En este sentido, debemos atender al tenor literal del art. 31 bis. 4 del CP, donde se dispone que, cuando el delito fuera cometido por los empleados, *“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 **adecuado** para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*.

Sin embargo, pese a que el legislador decide utilizar términos distintos a los expuestos en el art. 31 bis. 2 del CP, puede observarse, sin género de dudas, que el objetivo perseguido sigue siendo el mismo: que la persona jurídica disponga de un eficaz e idóneo programa de cumplimiento normativo para prevenir y reaccionar ante los riesgos y que el mismo esté correctamente implementado (MAGRO SERVET 2019). De hecho, de este apartado, se puede extraer que los presupuestos de eficacia y adecuación -a los efectos reales, idoneidad- tienen exactamente las mismas tres vertientes que las analizadas anteriormente para el art. 31 bis. 2 del CP.

Aun así, lo que verdaderamente llama la atención, tras una lectura pormenorizada de los extremos contenidos en los apartados a) y b) del art. 31 bis. 1 del CP es que, en el apartado b), el legislador mantiene que en el supuesto en el que el delito es cometido por un empleado debe existir un “incumplimiento grave” de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de aquellas personas que ocupen cargos de directivos y similares. No obstante, en el apartado a), el CP no hace mención a la existencia de un “incumplimiento grave” por los directivos y similares a la hora de adoptar el plan de cumplimiento normativo. En nuestra

opinión, esto solo tiene una explicación razonable, y es que no adoptar el plan de cumplimiento es, por sí mismo, lo que determina el hecho delictivo<sup>5</sup>.

Por otro lado, y en consonancia con lo anterior, cabe destacar que, el art. 66 bis. 2º b) 2º del CP<sup>6</sup> establece que, ante un delito cometido por un empleado debido a un incumplimiento no grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los directivos y similares, la persona jurídica sigue siendo penalmente responsable (FGE 2016, pp. 12 y 13). Ahora bien, de ello se desprende, en nuestra opinión, que estamos ante una auténtica contradicción, ya que, de un lado, el legislador exige que el incumplimiento tiene que ser “grave”, pero, de otro lado, el incumplimiento “no grave” sigue siendo punible. Es decir, de un pensamiento lógico tras la lectura del art. 33. bis. 4 del CP, el hecho de que el incumplimiento fuera “no grave” o “menos grave” debería llevar de manera automática a la impunidad de la conducta, no a una rebaja de la pena.

Este mismo criterio lo comparte la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) (2016, p.5) cuando manifiesta que *“la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio <<gravemente>> permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad”*. Por ello, la FGE, al igual que nosotros, se inclina por buscar otra solución distinta para casos como el contemplado en el art. 66 bis. 2ºb) parrafo 2º, ya que como hemos manifestado *ut supra*, *“la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015”*.

A este respecto, debemos atender a las exigencias contenidas en las previsiones sectoriales que están contenidas en las Decisiones Marco y en la Directivas de la Unión Europea. En éstas, se establece la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista cualquier falta de supervisión o control- ya sea grave o no grave-. Sin embargo, lo que no se

---

<sup>5</sup> Opinión que solo puede afirmarse desde una teoría del delito que abrace la autorresponsabilidad.

<sup>6</sup> El art. 66 bis. 2º b) 2º del CP, expresa que: *“cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”*.

exige es que el reproche tenga que ser obligatoriamente penal, bastando con que sean efectivas, proporcionales y disuasorias. En este mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, donde establece que si las sanciones penales tienen por objeto los incumplimientos graves, los incumplimientos menos graves deben ser sancionados vía administrativa (FGE 2016).

Por tanto, lo que sería fundamental es establecer una diferenciación entre cuando estamos ante “incumplimientos graves” y cuando estamos ante “incumplimientos no graves”. Sin embargo, por ahora, parece que esta diferenciación será algo que deberá realizarse “*ad hoc*” por el Juez, valorando la prueba y determinando si estamos ante un incumplimiento grave o no.

En consonancia con lo manifestado, lo que parece a todas luces claro, es que tales incumplimientos “menos graves”, de acuerdo al valor del derecho penal como *última ratio*, deben quedar fuera del ámbito penal y ser corregidos por la normativa extrapenal, ya sea mediante la normativa administrativa o la mercantil.

En conclusión, el objetivo perseguido por el legislador es que las personas jurídicas implanten en su seno un modelo de cumplimiento normativo eficaz e idóneo para prevenir y detectar los delitos que pudieran cometer tanto por los directivos y similares como por los empleados- por incumplimientos grave de los primeros-. Por tanto, lo propio, en aras de mantener estos estándares de eficacia e idoneidad, sería crear un programa de compliance que se adapte tanto a los empleados como a los directivos y similares, teniendo en consideración la funciones que cada uno de ellos realizan, la estructura de la sociedad y a los riesgos que se enfrentan. Es decir, lo ideal podría ser crear una suerte de dos programas de cumplimiento normativos adaptados a unos y a otros y que ambos formen parte de un único programa de cumplimiento para toda la persona jurídica<sup>7</sup> (MAGRO SERVET 2019, p.4.).

---

<sup>7</sup> Con esto me refiero a establecer planes de formación, procedimientos y procesos adaptados al perfil de cada empleado, directivo o socio de negocio.

#### 2.1.4. Requisitos de un programa de cumplimiento idóneo y eficaz (art. 31 bis. 5 CP)

A efectos de valorar la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica, es necesario tener en cuenta, como ya hemos hecho, lo establecido en los apartados 2 y 4 del artículo 31. bis -diferenciado entre directivos y similares y empleados- y, a su vez, los requisitos generales que todo programa de cumplimiento normativo penal debe contener, previstos en el art. 31. bis 5º del CP.

Estos requisitos contenidos en el apartado 5º, no son independientes unos de los otros- ni tampoco son independientes de los contenidos en los arts. 31 bis.2 y 4 del CP puesto que a la hora de implementar estos requisitos habrá que hacerlo adaptándolos a los empleados y directivos y similares-, sino que para que se pueda excluir de pena a la persona jurídica, es necesario que el programa de compliance contenga material y cumulativamente todos ellos.

Sin embargo, debemos destacar que los requisitos contenidos en el citado apartado son profundamente generales. Por ello, y para el estudio de los mismos, vamos a proceder a realizar un análisis individual especificando lo que, en nuestra opinión, debería contener cada uno de ellos, a la vez que indicamos lo que, también en nuestra opinión, debería considerarse y evaluarse a efectos de idoneidad y eficacia del programa.

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

El primero de los requisitos es que la persona jurídica debe realizar una labor de análisis y evaluación de riesgos. Esta labor, se suele realizar mediante la confección de un mapa de riesgos penales, que sirva para observar qué delitos pueden ser cometidos en el seno de la sociedad, diferenciando en qué actividades pueden ser perpetrados.

Obviamente, los delitos que se deberán estudiar en el mapa de riesgos serán todos aquellos que puedan generar responsabilidad penal de las personas jurídicas -recordemos que es un catálogo cerrado-. En este mapa de riesgos se deberán, por tanto, incluir todos los delitos de este catálogo



independientemente de que el riesgo sea nulo<sup>8</sup>. Una vez que se conocen los mismos, éstos deben ser analizados y evaluados por área de actividad, a efectos de valorar en qué existe mayor o menor riesgo en relación a cada tipo delictivo (VAZQUEZ-PORTOMEÑE 2020).

El riesgo delictivo viene determinado por la probabilidad de que puedan materializarse y por los posibles efectos que pueda generar. En este sentido, un riesgo alto será aquel que tenga altas probabilidades de materializarse a la vez que, pueda generar graves consecuencias para la empresa.

Para esta labor, a su vez, se debe realizar un análisis que permita identificar dichos riesgos teniendo en cuenta los tipos de cliente, países, productos, servicios, operaciones, etc., teniendo siempre en consideración determinadas variables como pueden ser el propósito de la relación del negocio, la duración de la misma o el volumen de operaciones. En este sentido, todas estas tareas deben estar siempre guiadas por criterios de proporcionalidad (LÓPEZ-VIOTA 2020).

A estos efectos, consideramos que el programa de cumplimiento habrá cumplido con este requisito de manera eficaz e idónea siempre que dicha evaluación se haya realizado teniendo en cuenta una magnitud acorde a la realidad del riesgo. Es decir, si el delito cometido tenía en el mapa de riesgos asignada una magnitud baja o nula de riesgo, lo normal será entender que la evaluación no era correcta y, por ello, difícilmente se podrá entender que el modelo era eficaz e idóneo para prevenir delitos.

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

---

<sup>8</sup> Este mapa de riesgos deberá ser objeto de actualización por los cambios que puedan existir en la actividad, en la organización o en las normas.

Tras realizar un análisis y evaluación de riesgo, la organización deberá adoptar una serie de decisiones adecuadas que permitan controlar y prevenir que los riesgos se materialicen.

Para ello, el modelo de prevención y gestión deberá crear e implementar una serie de protocolos de actuación que sirvan para reducir la probabilidad de que los riesgos identificados anteriormente lleguen a materializarse. Es decir, estos procedimientos o protocolos tienen la función de formalizar como la sociedad va a tomar y ejecutar decisiones y establecer la manera en la que la entidad va a formar su voluntad, tratando de reducir que los meritados riesgos penales lleguen a materializarse.

A su vez, el programa deberá contener una serie de protocolos y procedimientos que se vayan a seguir para que, en el caso de haberse materializado el ilícito penal, la organización pueda detectarlo y reaccionar ante el mismo.

### 3. Modelos de gestión de recursos financieros para impedir la comisión de delitos.

En tercer lugar, junto con los riesgos relacionados con la propia actividad, el legislador español tiene a bien introducir un riesgo *ex lege* que no es otro, que el relacionado con la actividad financiera de la entidad. Desde nuestro punto de vista, este mandato encierra dos obligaciones:

La primera es que se establezcan una serie de reglas, protocolos o procedimientos encaminados a la gestión y administración del capital con el objetivo de impedir o reducir la probabilidad de que se materialicen estos riesgos. Esta reglas, procedimientos o protocolos deben ir encaminadas hacia la obligación de registrar todas las operaciones financieras y de tesorería, a la distribución de responsabilidades de aquellas áreas o departamentos de la empresa que tengan encomendadas funciones de administración o gestión de recursos financieros. Junto a ello, será importante realizar auditorías y establecer protocolos de manera periódica

para detectar posibles irregularidades en los procedimientos y protocolos adoptados.

La segunda es que el modelo de cumplimiento normativo también debe contar con los recursos financieros -y por supuesto, humanos y tecnológicos- necesarios para garantizar la eficacia e idoneidad del modelo.

4. Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al encargado del funcionamiento y observancia del programa de cumplimiento.

El cuarto requisito, exige que los miembros de la organización estén informados sobre lo deberes y las prohibiciones tienen en el desarrollo de sus funciones derivados del plan de compliance, así como una obligación por parte de la sociedad de formarles y capacitarles para que cumplan con el programa de gestión y organización.

Es decir, formarles para que conozcan las reglas, procedimientos, protocolos, deberes y prohibiciones que deben cumplir. En este sentido, después de que la empresa haya cumplido esta obligación de capacitarles y formales, los miembros de la organización tienen la obligación de informar de los posibles riesgos e incumplimientos al organismo que se encargue de la supervisión, vigilancia y funcionamiento del modelo de cumplimiento.

Esta acción, de informar al órgano de supervisión suele ser realizada mediante la creación de un canal de denuncias o “whistleblowing channel”. Obviamente, este canal de denuncias deberá, en cualquier caso, garantizar la indemnidad del denunciante, salvo que se haya hecho de mala fe, en cuyo caso podrá ser sancionado.

Una vez que la información llegue al órgano de supervisión, esté deberá abrir un proceso de investigación sobre los hechos que hayan sido denunciados. Ya que, el hecho de no abrir esta investigación supondría la ineficacia del objetivo perseguido mediante el canal de denuncias.

5. Establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas adoptadas por el modelo de cumplimiento normativo.

El quinto requisito, consiste en establecer un programa disciplinario que tenga por objetivo sancionar a aquellos miembros de la organización que hayan incumplido las reglas, protocolos, procedimientos, deberes y prohibiciones contenidos en el programa de gestión y organización.

Es decir, el objetivo perseguido por el sistema de sanciones es lograr la implantación efectiva del programa de cumplimiento normativo. Para ello, lo ideal sería que se redacte un documento escrito de reglas internas que contengan un listado de acciones ilícitas y que establezca sanciones con finalidades preventivo generales y reeducadoras<sup>9</sup>.

Junto a ello, la doctrina científica española, ha venido poniendo en el foco en la necesidad de que el programa de prevención prevea incentivos y no solo sanciones. En palabra de GOENA VIVES y PUIS FUSTÉ (2016, p.5) *“se echa de menos una referencia a este aspecto en el artículo 31 bis. Dar importancia a los incentivos, tiene que ver con la tendencia cada vez más acentuada de que el programa de compliance no solo debe ser reactivo, sino también proactivo. Es decir, se trata de que el programa de cumplimiento no solo detecte delitos, sino que también instaure valores”*.

6. Verificación periódica del modelo y modificación del mismo cuando se hayan puesto de manifiesto infracciones o cuando se produzcan cambios organizativos, estructurales o de actividad.

El sexto, y último requisito, se refiere a la necesidad y obligación de verificar de manera periódica el programa de cumplimiento. Esta obligación se debe a que una sociedad es un ente dinámico y, por ende, los riesgos a los que se enfrenta también pueden cambiar.

---

<sup>9</sup> Sin embargo, en la práctica se aplican las sanciones que establezca el convenio colectivo del sector porque no se pueden poner sanciones más duras que las que establezca el propio convenio colectivo. Por ello, no se suele redactar este catálogo, sino tan solo remitirse a las sanciones del convenio colectivo

Por ello, el programa debe ser objeto de revisiones y actualizaciones constantes<sup>10</sup>, ya sea por cambios en la propia organización o estructura de la persona jurídica, ya sea por la detección de fallos e incumplimientos o ya sea por cambios legales en los entornos en los que opere. Esto sin perjuicio de que, la recomendación general, salvo motivos justificados, es la revisión, al menos, anual de modelo de cumplimiento normativo.

En opinión de GOENA VIVES y PUIG FUSTÉ (2016, p.17), hubiera sido recomendable que la Ley cuando se refiere a “verificación periódica” hubiera tenido bien concretar a que se refiere. Es decir, que distinguiera, al menos, entre los procesos de monitorización y las auditorías internas<sup>11</sup>.

Ahora bien, pese al análisis específico que hemos realizado de cada uno de los requisitos, el hecho de que el CP recoja una serie de requisitos básicos y generales que deben ser cumplidos tiene por objetivo otorgar libertad a la empresa para que diseñe e implemente el programa de cumplimiento que más se adapte a su estructura y a su actividad.

Sin embargo, hay que señalar que esta regulación legal también entraña una serie de riesgos, puesto que al establecer los requisitos generales que deben ser cumplidos, puede conducir a las organizaciones hacia la estandarización de sus medidas de control y gestión o hacia una utilización de un modelo genérico que prevea formalmente estos requisitos pero que no tenga incidencia en la organización. Es decir, esto puede conllevar que las empresas, en lugar de tratar de implementar una cultura de cumplimiento normativo, tiendan al mero cumplimiento

---

<sup>10</sup> El CP solo habla de periodicidad en el análisis.

<sup>11</sup> En este sentido, GOENA VIVES y PUIG FUSTÉ (2016, p.17) distinguen las monitorizaciones de las auditorías diciendo que:

*“- La monitorización consiste en producir informes periódicos sobre el grado de efectividad del programa, analizando el contenido y los resultados de las denuncias que se hayan tenido, los procedimientos internos seguidos, así como los procedimientos penales y civiles en los que se haya visto involucrada la persona jurídica.*

*- Además, es conveniente que para una adecuada verificación se lleven a cabo las denominadas auditorías legales. Estas tienen la ventaja de que reflejan la situación legal del compliance de la empresa, sin ser acusaciones contra ella. Normalmente una auditoría sobre el programa de compliance consiste en la evaluación del status de la empresa según la ley aplicable y los estándares éticos, recomendaciones de acciones correctivas y consejos para prestar más atención a los riesgos de delitos que se han detectado”.*

formal de los requisitos mínimos y generales exigidos por la Ley, sin que se preocupen de si el programa es idóneo y efectivo para la detección y prevención de delitos.

En este sentido, se pronuncia ALONSO, GARCIA (2019, p.5), diciendo que *“no basta con disponer de un programa de compliance , que en realidad se reduzca a una mera declaración de intenciones (...) sino que debe tratarse de un programa cuyas características revelen una cultura corporativa de respeto al Derecho”*. A este respecto, la FGE expresa que la clave a la hora de valorar la eficacia y la idoneidad del programa de cumplimiento no radica en la mera existencia formal de programa de prevención, sino en la verdadera relevancia e incidencia que tiene el programa en la forma en la que toman decisiones los dirigentes y los empleados de la sociedad, y en la medida en el que se programa es una verdadera expresión de cultura del cumplimiento. Es decir, que más allá de la conformidad formal del programa con los requisitos legales, éste debe expresar un verdadero compromiso corporativo con una ética del cumplimiento que tienda hacia la observancia del ordenamiento jurídico (FGE 2016).

#### 2.1.5. Conceptos de idoneidad y eficacia.

Tal y como hemos indicado en los apartados precedentes, las referencias a los términos eficacia e idoneidad contenidas en el CP deben llevarnos al pensamiento de que no es suficiente con que las personas jurídicas cuenten con un simple programa de cumplimiento de carácter formal. Sino que, por el contrario, el modelo debe ser idóneo y efectivo para reducir riesgos delictivos adaptándose a la estructura organizativa, al tamaño de la sociedad, a los países donde opera, a la actividad que desarrolla, etc., y debe ser implementado de manera efectiva, es decir, que tanto la estructura organizativa como todos los procesos de la sociedad, deben responder a los principios, protocolos y reglas que estén contenidos en el modelo de cumplimiento.

Por tanto, y con el objetivo de facilitar el entendimiento, vamos a pasar a analizar ambos conceptos de manera individual:

- **Idoneidad:** A nuestro entender, idoneidad se refiere a que el programa de cumplimiento normativo se debe adaptar a la organización y a los riesgos a los que esta se enfrente en el desarrollo de su actividad. Este es uno de los puntos clave, puesto que los riesgos que enfrenta cada empresa son muy distintos en función de

estructura organizativa, en función de actividad, en función de los países en los que opera, etc., y si el modelo no se adapta a la organización en su conjunto y a los riesgos que esta se enfrenta, el programa resultara inidóneo para esa organización, y, por ende, ineficaz para prevenir los posibles delitos, que, en función de la entidad, misma se puedan cometer.

- Eficacia: Debemos partir de la base de que, al referirnos a eficacia, en realidad, no nos referimos a una eficacia absoluta, sino que nos estamos refiriendo a una eficacia relativa. Esto, que a priori puede sonar contradictorio, encuentra su fundamento en que no es posible reducir el riesgo de comisión de un delito a cero (PORTAL MANRUBIA 2017). Por tanto, el hecho de que un delito sea cometido en el seno de una sociedad, no podría determinar, *per se*, que el programa de cumplimiento es ineficaz. En este sentido, entendemos que la eficacia debe estar vinculada a:
  - Reducir la posibilidad de que un delito sea cometido y que esa posibilidad se mantenga en niveles jurídico-penales aceptables. Es importante entender que, como hemos manifestado, por muy eficaz que sea un programa de cumplimiento es imposible que reduzca la posibilidad de comisión de delitos a cero, siempre quedará un riesgo residual.
  - A la capacidad del programa de detectar las infracciones que se cometen y a la capacidad del mismo a reaccionar a estos fallos de manera rápida y efectiva.

Por ello, y en base a lo anterior, entendemos que el hecho de que un delito sea cometido en nombre y por cuenta de la sociedad, no conduce a que se derive automáticamente responsabilidad penal hacia la persona jurídica, sino que debe dilucidarse si la sociedad verdaderamente tenía implementando de manera eficaz un programa de compliance penal idóneo para prevenir y detectar la comisión de un delito en su seno, aunque el mismo se hubiera materializado.

Es decir, el hecho de que se haya cometido un delito en el seno de una organización no supone *per se* que el programa de cumplimiento sea ineficaz o inidóneo, pues, aunque se instaure perfectamente el programa de cumplimiento y el mismo sea eficaz e idóneo, siempre va a existir un riesgo de que se cometa el delito-el riesgo cero no existe-. Por tanto, el programa

de compliance eficaz e idóneo es aquel que reduce al máximo las posibilidades de que se pueda cometer un delito en su seno (LÓPEZ-VIOTA PADILLA 2020).

## 2.2. La importancia de los estándares y las certificaciones. El Estándar UNE 19601. Especial atención al Caso Bankia.

La norma UNE<sup>12</sup> 19601 es un estándar nacional cuyo objetivo, mediante una serie de requisitos, es establecer un marco de referencia completo para facilitar el diseño y la evaluación de los sistemas de cumplimiento penal.

Ahora bien, tal y como recoge la Norma UNE, el hecho de cumplir con todos sus requisitos no proporciona una garantía absoluta de la eliminación del riesgo de los delitos que puedan ser cometidos en el seno de la persona jurídica. A su vez, la Norma advierte, que, de acuerdo con la legislación española, el cumplimiento con el estándar UNE no asegura, *per se*, la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal.

En nuestra opinión, lo anterior, se debe a que el cumplimiento formal con los requisitos contenidos en el estándar UNE- al igual que sucede con los contenidos en el CP- no puede determinar que el programa de cumplimiento sea considerado como eficaz e idóneo para prevenir delitos. Ya que lo relevante será que estos requisitos se adapten a las cuestiones propias de cada organización, no bastando con el mero cumplimiento formal y estricto de estos requisitos.

Por otro lado, la norma sí que resalta que su cumplimiento ayuda a desarrollar sistemas eficaces de gestión de cumplimiento penal para prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas y permitiendo, de esta manera, generar una cultura organizativa de cumplimiento con la legalidad. Es decir, la normativa ayuda a que, una vez adaptados los requisitos de esta normativa a la organización en concreto, el programa pueda resultar eficaz e idóneo.

---

<sup>12</sup> La Norma UNE 19601 es el estándar nacional de referencia en compliance penal. Nos referimos a la normativa UNE 19601 en lugar de la ISO 37301, puesto que el primero es el estándar español. Sin embargo, debemos manifestar que la forma de acreditar buenas prácticas de forma internacional será mediante la certificación ISO 37301.



Desde nuestro punto de vista, una de las mayores ventajas que podrían llegar a tener estos estándares, sería lograr una equiparación de criterios entre los Órganos Judiciales y las entidades que monitorizan, auditan y certifican los programas de cumplimiento normativo. Es decir, podría suponer un punto de partida hacia la reducción de posibles divergencias en la evaluación y valoración de la eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento normativo (NEIRA PENA 2018).

En la práctica estos estándares, nacionales o internacionales, tienen una especial relevancia como se pudo observar en el denominado Caso Bankia (SAN 13/2020). En un artículo publicado por CORTÉS LABADÍA y SOLÍS BENJUMEA (2020), personas encargadas de hacer la pericial de Deloitte, relatan las dificultades con las que se encontraron a la hora de llevar a cabo tal trabajo. Dentro de estas dificultades, una de ellas fue que en 2011<sup>13</sup> -periodo que se estaba enjuiciando- no se habían establecido por el CP los requisitos que debía cumplir un programa de compliance, razón por la que deciden acudir como metodología para verificar la adecuación del Modelo de Cumplimiento de Deloitte al estándar internacional de referencia en materia de compliance en ese momento- ISO-19600<sup>14</sup>- y así poder evaluar el grado de implementación del mismo.

Gracias a ello, los peritos consiguieron probar, y así lo avaló la Audiencia Nacional<sup>15</sup>, que el programa estaba alineado con los requisitos de la Normativa ISO y que el programa de cumplimiento normativo existía, estaban efectivamente implementados en el seno de la sociedad y era eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos . De esta manera, se llegó a la

---

<sup>13</sup> SAN 13/2020 (F.J. 23º): “Fueron precisamente estas entidades las que, sin corresponderles, se encargaron de acreditar, y con éxito, que en el año 2011 (y DELOITTE mucho antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010), disponían de normas, medidas y protocolos destinados a garantizar una cultura de respeto del Derecho (...)”.

<sup>14</sup> Las normas ISO 19600 es un estándar internacional en el ámbito del cumplimiento normativo. Cabe resaltar que este estándar internacional ha sido reemplazado recientemente-2021- por la ISO 37301 (la cual, sí es certificable, la ISO 19600 no lo era).

<sup>15</sup> SAN 13/2020 (F.J. 23º) recoge que: “(...) el perito D. Hernan, que, ratificando su informe pericial, mantuvo en el plenario que DELOTTE, desde antes de que entrara en vigor la ley que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas contaba dicha auditora con múltiples herramientas en orden a comprobar que se ejecutaba debidamente el modelo de cumplimiento implantado en la organización, siendo el modelo de compliance con el que contaba obediente con los requisitos establecidos en el Código Penal”.

conclusión de que el programa cumplía con el estándar internacional de referencia en ese momento, y que, en consecuencia, debía absolverse a Deloitte.

Tal y como hemos manifestado anteriormente, el estándar UNE 19601 establece que el cumplimiento del mismo, no asegura la exención o atenuación de la responsabilidad penal. Sin embargo, lo que si debemos resaltar es que esta Norma UNE contiene todos los requisitos contenidos en el art. 31 Bis. 5 del CP, pero lo hace de una manera más exhaustiva y desarrollada, lo cual, en nuestra opinión, siempre que se adapten los mismos a la organización en concreto, permite instaurar en el seno de la sociedad una cultura de cumplimiento mucho más desarrollada.

Además, debemos destacar en este punto, que el cumplimiento de un estándar, nacional o internacional, puede ser objeto de certificación por una entidad independiente y acreditada para ello<sup>16</sup>. Ahora bien, el cumplimiento con la Norma UNE 19601 no requiere de manera obligatoria una certificación, sino que se puede cumplir con los requisitos contenidos en la norma, desarrollando un programa de cumplimiento eficaz e idóneo sin necesidad de una ulterior certificación.

Sin embargo, esta certificación, a juicio de ALONSO GARCÍA (2020) resultará muy conveniente, sobre todo a efectos probatorios para acreditar que el programa de compliance ha sido implantado de conformidad con la norma UNE 19601 y que, por ende, el mismo, aparentemente, es eficaz e idóneo para prevenir delitos.

Entendemos, que esta afirmación de ALONSO GARCÍA, se debe al hecho de que conseguir esta certificación implica, *a priori* y a juicio de la entidad certificadora en ese momento puntual, que el programa de cumplimiento da respuesta a todos los requisitos que se contienen en la norma. Sin embargo, debemos manifestar que estas certificaciones, pese a sus innegables ventajas probatorias, tienen un efecto relativo puesto que no acreditan *per se* que el programa de cumplimiento sea eficaz e idóneo, sino que solo acreditan que en un determinado momento y a juicio de una entidad independiente el programa daba respuesta a las exigencias de la normativa UNE 196001.

---

<sup>16</sup> Recordemos que el estándar ISO 19600 no podía ser objeto de una certificación posterior.

De hecho, la propia Circular 1/2016 de la FGE, coincidiendo con nuestro criterio, da una importancia relativa a estas certificaciones manifestando que *“las certificaciones (...) 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”* (FGE 2016, pp. 26 y 27).

Pese a estas ventajas, también debemos hacernos eco de los peligros que entrañan estas certificaciones. Uno de los principales peligros, es otorgarles un valor desmedido como si del hecho de obtener la misma, se derivara, por sí solo, que el programa de cumplimiento es eficaz, idóneo y que está correctamente implementado. Cuando nos referimos a valor desmedido, nos referimos al hecho de que la simple certificación implique, como algunos autores están afirmando (NIETO MARTIN 2013), una presunción *iuris tantum* sobre la eficacia del programa de cumplimiento normativo<sup>17</sup>.

Aun así, cierto es que, hasta el momento, y esperemos que así siga, el valor de estas certificaciones-que no el hecho de que cumplan materialmente con los estándares- en la práctica procesal tiene un valor relativo. En opinión de NEIRA PENA (2016, p.5), con la que coincidimos plenamente, esto se debe a tres razones:

1. Las certificaciones quedan en manos de empresas privadas, con los posibles intereses comerciales que puede tener la empresa en cuestión con la certificadora del programa<sup>18</sup>.
2. La no existencia de un de un procedimiento estandarizado de certificación, lo cual obligará siempre a Jueces y Tribunales a valorar como se ha realizado esa certificación y qué procedimiento se ha seguido.
3. La escasa regulación jurisprudencial al respecto que impide conocer el valor que Jueces y Tribunales dan a esa certificación.

---

<sup>17</sup> El problema de que algunos autores los consideren como una presunción *iuris tantum* tendrá especial relevancia a efectos de carga de la prueba como posteriormente analizaremos en el apartado correspondiente.

<sup>18</sup> Tema que será abordado posteriormente en el apartado correspondiente a la imparcialidad del perito de compliance.

Como ya hemos expuesto, en nuestra opinión, otorgar un automatismo al valor de estas certificaciones puede resultar peligroso. Ya que, en todo caso, lo que debe ser acreditado es que la empresa cuenta con mecanismos idóneos para prevenir y detectar delitos y que los mismos son eficaces e idóneos y han sido verdaderamente implementados en el seno de la sociedad, siendo indiferente si los mismos hayan sido certificados o no.

Este valor relativo de las certificaciones también se deriva del hecho de que una certificación de programa de cumplimiento es un ejercicio que se realiza *ex ante*. Es decir, es un ejercicio que valora y evalúa la eficacia, la idoneidad y el grado de implementación del modelo de cumplimiento en abstracto y por una entidad independiente – o no tan independiente-. Por tanto, aunque el modelo de compliance haya sido certificado *ex ante*, puede resultar ineficaz o inidóneo ante la concreción de un riesgo- es decir, *ex post*- (NEIRA PENA 2018).

En conclusión y en nuestra opinión, el valor de las certificaciones sí es relevante a la hora de observar la eficacia, idoneidad e implementación del programa de cumplimiento, pero en ningún caso debe resultar determinante, ni suponer *per se* ningún tipo de presunción.

### 2.3. El programa de cumplimiento normativo como objeto de prueba. Especial mención a la prueba pericial.

La prueba es la actividad que realizan las partes ante los Jueces y Tribunales a los efectos de que éstos adquieran una convicción sobre la realidad de los hechos acaecidos. En este sentido, y una vez analizado todo lo anterior, podemos manifestar que la eficacia y la idoneidad de los programas de cumplimiento normativo son elementos centrales de la responsabilidad penal de la persona jurídica (PORTAL MANRUBIA 2017)

En este sentido, conviene recordar que los modelos de cumplimiento normativo permitirán determinar en qué medida la organización ha respetado los deberes de supervisión, vigilancia y control. Esto tiene una importancia mayúscula puesto que puede determinar la exención de responsabilidad -sistema vicarial- o la propia atipicidad de la conducta -sistema de autorresponsabilidad-.

Por tanto, debemos concluir que la existencia, la eficacia, la idoneidad y la verdadera implementación del programa de compliance son extremos de hecho, y que, por ende, deben ser susceptibles de prueba por los medios previstos por la normativa procesal. A este respecto,

el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE), permite a las partes utilizar todos los medios de prueba pertinentes, útiles y necesarios para acreditar sus intereses (VAZQUEZ-PORTOMEÑE 2020).

### 2.3.1. La prueba documental y testifical.

Obviamente, cuando estamos ante un procedimiento penal que se sigue frente a una persona jurídica, los medios de prueba irán enfocados hacia la acreditación de la existencia del programa de cumplimiento normativo, su vigencia, su verdadera implementación y su idoneidad y eficacia en relación el delito que se hubiere cometido.

El programa de cumplimiento normativo debe estar siempre disponible en algún tipo de soporte documental y, por ende, se podrá aportar al proceso como prueba documental. Por tanto, en principio, con el objetivo de acreditar la existencia y vigencia del mismo, debemos considerar al propio programa de cumplimiento normativo como uno de los objetos de prueba más importantes.

Normalmente dentro de este soporte documental encontramos, el código ético, el mapa de riesgos, los protocolos y procedimientos de carácter preventivo, los protocolos y procedimientos de carácter reactivo, los procedimientos que sirven para concretar la formulación de voluntad de la persona jurídica, los procesos que se han seguido a la hora de adoptar decisiones y los que se han seguido a la hora de ejecutarlas, el diseño del canal de denuncias, las formaciones que se van a impartir sobre el programa, los procedimientos por los que se actualizara el plan de cumplimiento, etc. (NEIRA PENA 2018).

En este sentido, podemos observar que el hecho de que el programa se aporte como documental tiene un indudable valor y utilidad a efectos de prueba<sup>19</sup>, sin embargo, esta aportación no permitirá acreditar, más que formalmente, que el programa de cumplimiento era eficaz e idóneo, así como su existencia y vigencia. Ya que el diseño del programa no servirá,

---

<sup>19</sup> SAN 13/2020 (F.J. 23º): *“El propio auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado aseguraba que el Manual de Compliance aportado por DELOITTE <<cumple los requisitos expuestos (art. 31 bis del Código Penal), así como que para su gestión se cuenta con las suficientes herramientas, políticas y protocolos, que componen el llamado Sistema de Control de Calidad adecuado para exigir al personal de la misma el cumplimiento de las normas profesionales, estableciendo medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos>>”.*

por sí mismo, para probar si el mismo está verdaderamente implementado en la sociedad. Con esto me refiero a lo mencionado en apartados anteriores, respecto de que no debe bastar con un programa de cumplimiento puramente formal, sino que debe exigirse una verdadera implementación del programa diseñado en el seno de la sociedad.

Por ello debemos manifestar, sin ser nuestra intención infravalorar en estos casos la introducción del propio programa como prueba documental, que al final el hecho de introducir procesalmente el programa de cumplimiento no va a permitir valorar y evaluar la eficacia e idoneidad material del mismo, ni mucho menos si realmente estaba implementado, puesto que, como también hemos declarado anteriormente, lo relevante será valorar si ese programa es capaz de influir en la realidad práctica de la sociedad. Es decir, consideramos que la prueba documental como aportación del programa solo permitirá acreditar la existencia y vigencia formal del programa de cumplimiento y de los controles que éste haya diseñado.

En concreto, SERRANO ZARAGOZA (2016) mantiene que la prueba documental que se tiene que aportar, es aquella documentación interna generada por la empresa que es idónea para acreditar y probar la eficacia e idoneidad del plan de cumplimiento normativo. Por ello, lo que sí será muy interesante será introducir, como prueba documental, todo aquello que se derive del archivo y registro de las actividades de cumplimiento normativo. Normalmente, las actividades derivadas de la aplicación del programa de cumplimiento normativo (documentación de las investigaciones efectuadas, información recibida por el canal de denuncias, actividades desarrolladas por la empresa para formar a los empleados, etc.) son objeto de archivo documental y todos estos documentos tienen un alto valor probatorio puesto que son indicativos de la implementación del programa, del funcionamiento del mismo y de su eficacia e idoneidad (NEIRA PENA 2018)<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> En este sentido, NEIRA PENA (2018, p. 44 y pp. 100 y ss) mantiene que *“la referida actividad de compliance implica un trabajo operativo y burocrático que debe ser objeto de archivo documental, siendo el encargado natural del mismo el organismo que tiene encomendada la función de supervisar el modelo de prevención. Así pues, si la entidad cuenta con un programa de cumplimiento eficaz podrá y deberá usarlo para ir preconstituyendo pruebas que le podrán servir para quedar exenta de responsabilidad penal si, a pesar de que alguno o algunos de sus miembros hayan delinquido, acredita que empleó toda la diligencia debida para evitarlo. He aquí una de las mayores potencialidades que presenta la implementación de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas, el acopio de elementos de prueba útiles para su efectiva defensa procesal en caso de acusación penal”*.

Otra cuestión interesante a introducir en el procedimiento como prueba documental serán los informes derivados de las posibles auditorías y monitorizaciones que se hubieran realizado sobre el programa de cumplimiento, así como las certificaciones que se hubiera podido obtener por una entidad independiente que hubiera certificado el programa de cumplimiento. Estos informes, deberán ser introducidos en el programa como prueba documental y no como informe pericial. En este sentido, se pronuncia MAGRO SERVET (2019, p.8), manifestando que en cualquier caso esta *“prueba es documental y se aportará como tal ante el juez de instrucción, y, si no se archivan las diligencias, propuesta como documental en el escrito de defensa”*. Además, como posteriormente analizaremos, el auditor o certificador deberá ser llamado al proceso en calidad de testigo y no como perito.

Por otro lado, las testificales también tendrán una especial relevancia puesto que permitirán acreditar la existencia, implementación, vigencia e incidencia del programa de cumplimiento en el seno de la sociedad. Estas pruebas testificales consistirán en las declaraciones de empleados, directivos, administradores, compliance officer o miembros del comité de compliance, auditores, abogados internos, así como proveedores o clientes.

En este sentido, debemos resaltar la figura del testigo-perito, la cual, está regulada en el artículo 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)- recordemos que la LEC es de aplicación supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) en el proceso penal-. El citado artículo establece que *“cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”*.

Dentro de la figura de testigo-perito encontraríamos, entre otros, a aquellas personas que, perteneciendo a la organización, tengan conocimientos técnicos, prácticos o científicos sobre una determinada rama de la actividad de la sociedad, siempre que hayan tenido un conocimiento directo sobre los hechos que se están tramitando en el proceso penal. Dentro de este grupo, de manera general, podemos encontrar, al abogado interno, al compliance officer o encargados del programa de cumplimiento, etc. Junto a ellos, y a nivel específico considerando el área de la empresa donde haya sido cometido el delito, podemos encontrar al director financiero de la entidad, al director de contabilidad, etc.

También, en calidad de testigos-perito, se podrían encontrar a aquellas personas que poseyendo la cualificación de funcionarios públicos y en el ejercicio de sus competencias inspectoras hubieran descubierto la posible comisión de un delito y que serán llamados al proceso tanto para aportar su conocimiento directo sobre los hechos como sus conocimientos técnicos y científicos sobre aquellos que han descubierto (NEIRA PENA 2020).

Es decir, son testigos de los hechos, pero que, dada su cualificación, sus aportaciones en el procedimiento estarán marcadas por sus especiales conocimientos técnicos y científicos sobre los cuales podrán ser también objeto del interrogatorio. Por ello, la diferencia entre comparecer como perito o como perito-testigo va a depender principalmente de si su relación con los hechos es anterior e independiente con el procedimiento penal (BELHADJ BEN GÓMEZ 2014).

En particular, debemos hacer especial referencia al compliance officer o a los miembros del órgano encargado del cumplimiento normativo, puesto que dado sus conocimientos técnicos, científicos y prácticos sobre el sistema de compliance junto con sus percepciones directas llevan a que cumplan todos los requisitos para poder ser llamados al proceso penal en esta calidad<sup>21</sup>.

Así pues, éstos podrán ser interrogados sobre la forma en la que la persona jurídica implementó el modelo de cumplimiento, así como sobre la eficacia e idoneidad del mismo - debido a sus conocimientos técnicos, así como sobre los riesgos específicos que se derivaban de la propia actividad de la empresa y sobre el nivel de riesgo que asumía la empresa- como testigo de los hechos.

El principal problema que nos vamos a encontrar cuando se traiga a alguna de estas personas como testigo-perito va a ser el grado de imparcialidad se le exige a un perito. Este problema se ve agravado por el hecho de que esta figura no se encuentra regulada en la LECrim, por lo

---

<sup>21</sup> Parte de la doctrina entiende que el compliance officer o los miembros del órgano de cumplimiento, están sujetos a un “secreto profesional” que le impide ser citado como testigo. Esta parte de la doctrina, considera que sería como citar al abogado para declarar contra su cliente. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los abogados internos no gozan de secreto profesional debido a que tienen una relación laboral con la compañía, por lo que, si trasladamos este pensamiento al mundo del cumplimiento normativo, nos llevaría a la conclusión de que el compliance officer o miembros del órgano de supervisión no están sujetos a secreto profesional. No abordo este por no ser objeto del presente trabajo.



que no que regímenes tachas y/o recusaciones se les aplicará en el proceso penal. En opinión de NEIRA PENA, con la que coincidimos plenamente, cuando se cita en el proceso penal a alguien como testigo-perito se debe aplicar la regulación de la LEC a esta figura según la cual *“respecto de los conocimientos técnicos que el testigo-perito agregue a su declaración, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de circunstancias de tacha (art. 370.4 LEC), las cuales serán tomadas en consideración por el juzgador a la hora de valorar su declaración (art. 376 LEC)”* (NEIRA PENA 2020, p. 725).

### 2.3.2. La prueba pericial.

La prueba pericial es el medio de prueba a través del cual el perito o peritos suministran a los Jueces y Tribunales conocimientos técnicos, científicos y/o prácticos que resultan esenciales para valorar los hechos y circunstancias relevantes del asunto enjuiciado. Por tanto, la prueba pericial va dirigida a convencer al juzgador de la veracidad o falsedad de los hechos que han sido alegados en el proceso.

El perito será un tercero designado por las partes o por el juez para apreciar hechos o circunstancias que requieran de un conocimiento especializado. Es decir, se trata de un medio de prueba eminentemente personal, puesto que la fuente de la prueba viene conformada por los conocimientos especializados y técnicos del perito en un determinado asunto.

El objeto de la pericia son cuestiones técnicas que exijan un conocimiento especializado del asunto. En este sentido, la prueba pericial debe aportar claridad y luz sobre los hechos acaecidos, que son la base de la disputa entre las partes procesales. Por tanto, el perito está llamado a proporcionar al Juez o Tribunal los conocimientos científicos y técnicos de los que carece.

En concreto, en la pericial de compliance, el objetivo de la pericia será determinar si el programa cumple con las exigencias de eficacia, idoneidad e implementación, siendo estos, como venimos manifestando, las exigencias necesarias para lograr la absolución de la persona jurídica en un proceso penal (MAGRO SERVET 2019).

#### 2.3.2.1. La prueba pericial económica.

En la línea de lo expuesto anteriormente, debe entenderse que cuándo dichos conocimientos especializados sean propios de las ciencias económicas y empresariales estaremos ante una prueba pericial económica.

No obstante, cuando acudimos a la LECrim no encontramos ninguna referencia directa a la pericial económica, siendo la única referencia, y no directa, que encontramos a una pericial de contenido económico la establecida en el art. 365 LECrim, la cual hace alusión a aquella que estime el valor de la cosa en supuestos de robo, hurto o estafa.

El hecho de que no exista ni una sola referencia directa a la prueba pericial de carácter económico es indicativo de que nos encontramos ante una Ley que debe ser modificada y actualizada a los efectos de regular y dar solución a los problemas penales habituales en la actualidad, que no son otros que la tecnificación de los delitos económicos.

Hoy en día, la prueba pericial económica resulta a todas luces esencial en la mayoría de las causas que se siguen por los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Esto se debe al hecho de que los procedimientos penales en materia de delitos económicos tienen, de manera general, una complejidad técnica y fáctica mayor que otros delitos. Puesto que, para la valoración de los hechos relacionados con estos delitos, es necesario, observar, entre otras muchas cosas, si ha habido manipulaciones en la contabilidad, observar si la conducta ha sido perjudicial o beneficiosa, cuantificar el perjuicio y el beneficio, etc. Es decir, resulta innegable decir que los asuntos relativos al Derecho penal económico son asuntos que están profundamente determinados por la prueba pericial (FRÍGOLS I BRINES 2020).

Pues bien, en el ámbito económico, con la creciente profesionalización de la delincuencia económica, se hace cada vez más necesario contar con expertos en el campo económico-financiero de cara a valorar y analizar los hechos que sean objeto de enjuiciamiento en el proceso penal. Esta creciente profesionalización de la delincuencia económica lleva a que las pruebas testificales en estos delitos resulten insuficientes o, incluso, inexistentes, siendo, de esta manera, las pruebas documentales y las periciales las más relevantes.

La prueba pericial económica tradicionalmente se ha identificado con la prueba pericial contable. Sin embargo, la creciente tecnificación de la delincuencia económica, ha ido ampliando el alcance las pericias económicas, surgiendo, entre otras, la prueba pericial

tributaria, la prueba pericial que determina restricciones a la competencia, la prueba pericial que valora los daños y perjuicios de decisiones empresariales, etc. (NEIRA PENA 2020).

A todos estos subgéneros de la prueba pericial económica, debe sumarse uno adicional que trae causa de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal y que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo esta la pericial de compliance. En ésta, el perito podrá ser llamado al proceso penal iniciado frente a una persona jurídica para que analice y valore la idoneidad y eficacia del programa de organización y gestión implementado por una persona jurídica para prevenir riesgos penales.

#### 2.3.2.2. La titulación del perito de compliance

De acuerdo con el art. 457 LECrim podemos encontrar peritos titulares y no titulares. Siendo los peritos titulares aquellos que *“tienen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración”* y los no titulares son los que *“careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte”*.

Existen materias que al no entrar dentro de un determinado ámbito académico no requieren de un grado de titulación especial, por tanto, solo podemos encontrar peritos no titulares. Sin embargo, en el resto de casos, el perito necesitará haber obtenido una determinada titulación para poder actuar como tal. De hecho, el propio art. 458 LECrim establece que *“el Juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen título”*.

Por lo general, en la pericial económica encontramos una titulación oficial<sup>22</sup> o una formación/conocimientos<sup>23</sup> que nos permite determinar quién puede y debe ser llamado como un experto a un proceso judicial.

---

<sup>22</sup> Como ejemplos podemos citar la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoria de Cuentas o el Decreto de 26 de abril de 1977, núm. 871/77, Estatuto Profesional de Economistas y Profesores y Peritos mercantiles. Ambas normas establecen los requisitos y titulación específica que debe poseer el perito.

<sup>23</sup> Como ejemplo, podemos citar la pericial tributaria. En estas periciales, lo habitual es que el Juez cuente con un informe emitido por los peritos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), bien porque éste hubiera realizado un procedimiento previo de inspección o comprobación o porque haya sido designado por el juez para que realice un informe. Y, normalmente, la defensa, realiza una pericial contradictoria, que será efectuada por un profesional que cuente con unos conocimientos tributarios, al menos, comparables a los del perito de la AEAT. Es decir, en este caso, lo relevante son los conocimientos sobre la normativa fiscal y sobre el

En materia de cumplimiento normativo, por ahora, no encontramos una titulación oficial que deba poseer un experto de compliance. Por tanto, y atendiendo al art. 457 LECrim, al no existir dicha titulación oficial, podrán ser peritos aquellos que posean amplios conocimientos técnicos sobre el mundo de cumplimiento normativo.

Sin embargo, también nos encontramos con opiniones doctrinales dispares respecto de la formación y conocimiento que deben poseer estos expertos de cumplimiento. Hay quienes se decantan porque las periciales de compliance sean realizadas por economistas o auditores, otros que mantienen que deben ser realizadas por aquellos que merezcan la consideración de expertos en riesgos, y otros que se decantan por que debe ser realizada por abogados y economistas conjuntamente.

Debido a estos problemas sobre la formación que debe poseer el perito de compliance, MAGRO SERVET (2019) propone, en un claro ejemplo de acercar posiciones con la regulación de auditoría de cuentas y tratando de que existan peritos titulares, la creación de un Registro de Expertos de Compliance, dependiente del Ministerio de Justicia, para, de esta manera, objetivar la cualificación de los peritos. Esta propuesta señala que sólo podrán acceder a este Registro aquellos que hubieran sido certificados por los, denominados por el autor, Institutos de Compliance. Para dicha certificación, los profesionales deberán cursar la formación ofrecida por el Instituto de Compliance.

Lo cierto, es que la creación de este Registro Público podría tener bastantes ventajas puesto que, por un lado, permitiría aumentar la confianza de las personas jurídicas a la hora de contratar a alguien como compliance officer o a la hora de contratar a alguien para elaborar e implementar el modelo de compliance. Y, por otro, permitiría a los Jueces y Tribunales y a las partes contar con un listado de profesionales expertos, peritos titulares, para cuando fuera necesario nombrar un perito judicial de compliance o encargar de parte la elaboración de una pericial de compliance (MAGRO SERVET 2019)<sup>24</sup>

---

sistema tributario, sin que se exija pertenencia a un determinado registro o una titulación especificada por la Ley.

<sup>24</sup> MAGRO SERVET (2019, p. 2) establece que la creación de un Registro Público de expertos en compliance provocaría dos efectos de vital importancia, a saber:

Sin embargo, y por el momento, esta falta de regulación y profesionalización del experto de cumplimiento está siendo suplida por determinadas iniciativas privadas como la Asociación Española de Compliance (en adelante, ASCOM), que centra sus objetivos en ofrecer una certificación a estos profesionales, mediante dos tipos de certificaciones:

1. La Certificación española de Compliance (CESCOM).
2. La Certificación Internacional de Compliance (iCECOM).

Estas dos certificaciones profesionales tienen por objetivo acreditar que las personas que obtienen esta certificación cuentan con suficientes conocimientos profesionales en el ámbito de compliance. No obstante, solo se adquiere la calidad de perito cuando se obtiene la certificación CESCOM y, además, superar con éxito un curso de perito impartido por ASCOM.

Es decir, estas certificaciones persiguen lograr las mismas ventajas que el modelo propuesto por MAGRO SERVET, difiriendo ambas, a grandes rasgos, en si la certificación la otorga un ente privado o un ente público<sup>25</sup>.

En este punto se pronuncia NEIRA PENA (2020) manifestado que, a su parecer, resulta preocupante que se deje en manos privadas los requisitos que deben cumplir los profesionales del cumplimiento, puesto que los programas de compliance penal, pese a su naturaleza privada, tienen un valor cuasi-normativo, y considerando que persiguen el cumplimiento de la legalidad, la autora manifiesta que tienen un cierto carácter de orden público.

---

*“1. Permitirá que estén inscritos en este Registro aquellos profesionales que pueden ofrecer a las empresas que pueden actuar como compliance officer, y que dan la garantía máxima de que tienen aptitud suficiente para este trabajo. Ello dará una seguridad al empresariado español de que la persona a quien ha confiado la elaboración e implementación del compliance en su empresa tiene la cualificación suficiente para llevarlo a cabo.*

*2. Se permite que, mediante la remisión de selección al Registro de expertos en compliance, podrá utilizarse cuando sea necesario contar con una pericial para que se pueda validar que el compliance elaborado es válido e idóneo”.*

<sup>25</sup> Esta similitud puede observarse claramente si comparamos el modelo propuestos por MAGRO SERVET y lo que propone ASCOM en su página web (disponible en [https://www.asociacioncompliance.com/registro-de-peritos-expertos-en-compliance/registro\\_peritos\\_2021/](https://www.asociacioncompliance.com/registro-de-peritos-expertos-en-compliance/registro_peritos_2021/)): *“En el Registro de Peritos Expertos en Compliance de ASCOM del año 2021 se incluye, por orden alfabético, a todas las personas que han superado los requisitos establecidos por ASCOM, es decir, tener actualizada la Certificación de Compliance CESCOM y haber superado con éxito el Curso de Peritos Expertos en Compliance de ASCOM (62 horas de formación). El listado de las personas inscritas en el Registro de Peritos Expertos en Compliance ha sido remitido por ASCOM al Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo Penal, Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que se indican”.*

Por tanto, a nuestro entender y hasta el momento en el que exista una regulación oficial, debemos centrarnos en la idoneidad del perito. Por tanto, lo relevante en materia de cumplimiento normativo será, en nuestra opinión, que el perito tenga un perfil multidisciplinar, es decir, que tenga conocimientos tanto empresariales como jurídicos y que un sea especialista en mundo del cumplimiento normativo con experiencia en este ámbito.

#### 2.3.2.3. La pericial de compliance y los límites del *iura Novit Curia*

Una de las cuestiones más relevantes respecto de la prueba pericial de compliance es si se trata de una pericial jurídica o de una verdadera prueba *pericial stricto sensu*. Nos referimos con prueba pericial *stricto sensu*, a aquella que ofrece, debido al saber del perito, una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos que ayuden al juez a tomar una decisión sobre un elemento concreto del procedimiento.

Por tanto, y a priori, una prueba pericial jurídica en una causa jurisdiccional no tendría ningún sentido, puesto que, con carácter general, un dictamen jurídico no tiene valor probatorio en la medida en la que son los Jueces y Tribunales los que tienen la función de interpretar y aplicar el derecho, y por tanto, éstos no servirán para ayudarles a la hora de tomar una decisión<sup>26</sup>.

Ahora bien, existen determinadas materias en las que los conocimientos técnicos y los conocimientos jurídicos van de la mano. Para ilustrarlo, pensemos en una pericial tributaria o una pericial contable, en estos casos es indudable que los peritos deberán utilizar la normativa tributaria o el Plan General de Contabilidad para el desarrollo de sus pericias. Por tanto, lo que debemos entender, es que es la propia normativa lo que no puede ser objeto de un informe pericial, pero nada debe impedir que los peritos hagan uso e interpreten los cuerpos normativos para el desarrollo de su pericia y para llegar a sus conclusiones.

Esta dificultad de distinguir entre lo técnico y lo jurídico de las pericias, como en los casos ejemplificados anteriormente, también ocurre en las periciales de compliance. Ya que, como

---

<sup>26</sup> En la STS 941/2009 (FJ. 6º), nuestro Alto Tribunal expresa que “*en sentido estricto, es incuestionable que, en principio, no cabe admitir en el proceso la proposición y práctica de pruebas periciales sobre cuestiones jurídicas, respecto de las cuales debe versar la preparación profesional del juzgador -perito en Derecho-, conforme también al principio iura novit curia, pues la prueba pericial procederá <<cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos>> (v. art. 335 LEC y art. 456 LECrim )*”.

hemos manifestado a lo largo del presente, los requisitos para conseguir la exoneración de responsabilidad o la atipicidad de la conducta son los que se encuentran contenidos en el art. 31 bis CP. Por tanto, esta pericial siempre va tener un indudable componente jurídico.

En nuestra opinión, debido a la incuestionable conexión entre lo técnico y lo jurídico en el caso del cumplimiento normativo, lo que deberá hacer el juez es valorar y distinguir dentro del informe pericial aquellas partes técnicas de las valoraciones jurídicas. Pero, lo que, a nuestro entender, no debería suceder es el rechazo de toda la pericia, sino que el juez deberá ignorar y rechazar aquellos extremos que sean puramente jurídicos. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (en adelante, TS), diciendo que *“un informe pericial se desliza hacia consideraciones de tipo jurídico no lo invalida si el Tribunal hace su propia valoración autónoma”* (FJ. 28º STS 277/2015).

Incluso, como sucedió en el Caso Bankia anteriormente analizado, cuando se realiza una pericial de compliance que tiene por objetivo determinar si se han cumplido con los estándares- UNE 19601, ISO 37301...- lo que se va a verificar es si se han cumplido materialmente con los requisitos de esta normativa en conexión siempre con el CP. Es decir, el hecho de que se realice una pericial sobre la eficacia e idoneidad de un programa de cumplimiento, va a conducir, innegablemente, al perito a determinar si la entidad cumple materialmente con los requisitos contenidos en la norma penal. Ahora bien, evidentemente, lo que debe hacer el perito, en la medida de lo posible, es abstenerse de realizar valoraciones jurídicas y centrarse en las cuestiones técnicas.

Sin embargo, lo que no es viable es prohibir el uso de normas jurídicas en informes periciales que requieren de la utilización e interpretación de normas jurídicas, y por ello, como venimos manifestado, lo que debe hacer el Juez es diferenciar y distinguir las partes técnicas de las jurídicas, rechazando la últimas, pues son las que corresponden al Juez de acuerdo con el principio *lura Novit Curia*.

En este mismo sentido se pronuncia VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEJIAS (2019, p.5) diciendo *“que las eventuales extralimitaciones a ámbitos que la instancia judicial juzgue puramente jurídicos no debieran comportar el rechazo in totum de la pericia, sino sólo de aquellos extremos donde incurra en tal exceso. Por ello, la pericial puede abarcar todo el conjunto de requisitos exigibles*

*a los programas, pero a expensas de que su criterio sea ignorado en aquellos extremos que, en opinión de la instancia judicial, revistan carácter puramente jurídico”.*

Lo que sí debemos recalcar es que la pericial de compliance es una prueba necesaria, procedente y adecuada, puesto que será la única prueba que sirva para reflejar el grado de eficacia, implementación e idoneidad del programa de cumplimiento.

#### 2.3.2.4. Conclusiones al Informe Pericial de compliance.

Las posibles conclusiones a las que puede llegar un perito al analizar un programa de cumplimiento normativo son, a grandes rasgos, las siguientes:

1. Que el informe pericial concluya que el programa de cumplimiento no existía en el momento en el que se cometió el delito.
2. Que el informe pericial concluya que el programa de cumplimiento existía pero que no era eficaz, ni idóneo pues no estaba implementado en la sociedad.
3. Que el informe concluya, pese a que el programa existía, que carecía de alguno de los requisitos esenciales, que se había implementado de manera defectuosa o había fallos en su implementación, o que había existido un control inadecuado de los riesgos que se han materializado en la comisión de un delito.
4. Que concluya que el programa era eficaz, idóneo y estaba válidamente implementado y que, por tanto, la comisión de delito se pudo deber a: 1) una elusión fraudulenta de las medidas de control por parte del autor o 2) a un riesgo imprevisible o de difícil previsión (NEIRA PENA 2020).

En este sentido, conviene recordar que de acuerdo con el 348 de LEC el informe pericial carece de carácter vinculante para el Juez o Tribunal. De hecho, serán los Jueces y Tribunales lo que deberán valorar estos informes de acuerdo a los estándares de la sana crítica.

Por tanto, ni el informe pericial que se decante por considerar que programa de cumplimiento es eficaz e idóneo, ni el que se decante por considerar que ineficaz o inidóneo, implicaran por si mismos la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica o la culpabilidad de la misma. En este sentido, el art. 741.1 de la LECrim establece que será el Tribunal quien, apreciando todas las pruebas practicadas y las razones expuestas por acusación y defensa, y atendiendo a lo que manifieste el procesado o procesados, dictará sentencia.



#### 2.3.2.5. Problemas en relación con los auditores y certificadores del plan de cumplimiento normativo. ¿Peritos, testigos o testigos-peritos?

El hecho de que cada día sea más habitual que las organizaciones cuenten con programas de cumplimiento ha traído consigo la generalización de auditorías y procesos de certificación de los mismos, pese a que estos no son obligatorios. La generalización de estas auditorías y certificaciones ha radicado en su utilidad como prueba de que el programa de cumplimiento estaba implementado, así como que *ex ante* era eficaz e idóneo a juicio de estas entidades o profesionales.

Estas actividades debido a que no existen organismos públicos que puedan llevarlas a cabo, ni tampoco existe una regulación oficial sobre quién debe realizar estas labores de auditoría y certificación, lleva, de manera directa, a que estas sean realizadas por empresas privadas. El problema no radica, *per se*, en que estas certificaciones o auditorías sean realizadas por empresas privadas, sino que radica en que la esencia de una auditoría o de una certificación reside precisamente en la independencia y la calidad técnica del que la realiza. Por tanto, cuando se dan conflictos de intereses entre la empresa o persona que realiza la auditoría o el procedimiento de certificación y la empresa objeto de certificación o auditoría, el carácter independiente de éstas queda profundamente dañado.

En este sentido, consideramos relevante referirnos al Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que en su art. 3 establece que la responsabilidad y actuación de los auditores de cuentas debe estar regida por los siguientes principios éticos: competencia profesional, diligencia debida, integridad y objetividad, sin perjuicio del deber de independencia. En este mismo artículo, en su apartado c) expresamente se dice que: *“La objetividad implica, para los auditores de cuentas, actuar con imparcialidad y sin conflictos de intereses que pudieran comprometer su independencia”*

Este Real Decreto manifiesta que su principal objetivo es reforzar la independencia de los auditores en el ejercicio de su actividad, ya que la misma es el pilar básico y fundamental en el que reside *“la confianza que se deposita en el informe de auditoría, incorporándose requisitos más restrictivos, potenciándose la actitud de escepticismo profesional y la atención*

*especial que debe prestarse para evitar conflictos de interés o la presencia de determinados intereses*”. Junto a ello, este Real Decreto, añade, en su art. 41, que los auditores de cuentas que no eliminen las amenazas de independencia o no reduzcan el riesgo de falta de independencia deberán abstenerse de realizar la auditoría.

Trayendo el razonamiento seguido por este Real Decreto 2/2021 al mundo del cumplimiento normativo, y teniendo en cuenta lo manifestado por la LECrim, debemos entender que, si se trae al procedimiento en calidad de perito a cualquier miembro de la empresa que implementó, supervisó, auditó o certificó el modelo de cumplimiento, éste deberá ser recusable puesto que como establece el artículo 468.2 LECrim tendrá un interés directo o indirecto en el procedimiento. Por tanto, si finalmente fuera recusado, el auditor o certificador podría seguir siendo llamado como testigo, pero no como perito.

En este sentido, se pronuncie NEIRA PENA (2020, p. 725) diciendo que, en definitiva, *“la entidad certificadora no deberá actuar como perito en el marco de un proceso judicial, en tanto que su imparcialidad estará en entredicho, dado su evidente interés objetivo en contribuir a la acreditación de la adecuación y eficacia del programa por ella certificado”*.

En el caso de que éstos, en lugar de ser traídos como peritos fueran traídos al proceso como testigos-peritos sería de aplicación lo expuesto anteriormente para esta figura, por lo que sería de aplicación la regulación contenida en la LEC. Según esta normativa, respecto de todos los conocimientos técnicos o prácticos que agregue a su declaración el testigo-perito, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha del art. 343 de la LEC. En este caso concreto, la contenida en el art. 343.2 de la LEC respecto del interés directo o indirecto en la causa. Estas tachas, de acuerdo con el art. 376 de la LEC, llevan a que el Juez o Tribunal tenga que valorar sus declaraciones técnicas, considerando las tachas que han sido formuladas.

Otra cuestión es que se introdujeran el proceso judicial las certificaciones o informes de auditoría. En estos casos, como ya hemos manifestado, estas certificaciones o informes deberán ser introducidos en el proceso como prueba documental y no como pruebas periciales, debiendo comparecer, en nuestra opinión, en calidad de testigo limitándose, por

ende, a compartir con el Juez o Tribunal sus conocimientos extraprocesales de los hechos enjuiciados (MAGRO SERVET 2019).

## 2.4. La carga de la prueba sobre la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento normativo y el derecho a la presunción de inocencia.

2.4.1. Las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal contra las personas jurídica.

De acuerdo con LASCURAÍN, la carga de la prueba en relación a los programas de cumplimiento normativo es *“uno de los asuntos más enconados y de mayor trascendencia práctica para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”* (LASCURAIN SÁNCHEZ 2020).

A la hora de abordar esta cuestión tan debatida debemos partir de la regla general: la acusación es quien debe probar que se ha realizado una acción típica, antijurídica y culpable. En este sentido, conviene recordar el criterio de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) que establece que, *“la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación”* (FJ. 2º STC 138/1992).

Sin embargo, los problemas que suscita encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en concreto, los sistemas de cumplimiento a la teoría jurídica del delito, ha llevado a una división de opiniones sobre quién, acusación o defensa, debe probar que el programa de cumplimiento existe o no y, en su caso, si el mismo es eficaz, idóneo y esta efectivamente implementado o no para prevenir y detectar delitos.

Así pues, por un lado, encontramos a aquellos que, basándose en el denominado “sistema de autorresponsabilidad”, consideran que la carga de la prueba sobre la ineficacia e idoneidad de los planes de cumplimiento normativo corresponde a la acusación.

Esta parte de la doctrina considera que la persona jurídica debe responder por un hecho y una culpabilidad propias. De acuerdo con esta teoría, la acción típica sería el defecto de organización; y la culpabilidad, respondería a la ausencia de una cultura de cumplimiento normativo. Es decir, esta teoría trata de concebir *“un sistema de responsabilidad «puro» del ente colectivo intentando obviar cualquier factor humano, en donde tanto la acción como la culpabilidad le son «propias»”* (AYALA GÓNZALEZ 2019, p.2).

Por ello, de acuerdo con las normas de la carga de la prueba, es la acusación la que debe acreditar que se ha cometido un delito, que en este caso sería el defecto de organización. En este sentido, considera que lo contrario supondría no equiparar el trato procesal de las personas jurídicas al de las personas físicas, ya que supondría aceptar un sistema de responsabilidad objetiva de la persona jurídica por el delito cometido por la persona física (DOLZ LAGO 2016).

A este respecto, y en consonancia con lo anterior, debemos manifestar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ir acompañada de las garantías procesales propias de la imposición de una pena y que, dentro de esas garantías, se encuentra el derecho a la presunción de inocencia (GÓMEZ JARA 2020).

Lo cual, aplicado al ámbito de las personas jurídicas, llevaría de manera directa a que la acusación tuviera que probar la existencia de un delito corporativo -defecto de organización entendido como programa de cumplimiento ineficaz e inidóneo para prevenir y detectar delitos-, al igual que en los delitos perpetrados por personas físicas en los que se obliga a la acusación a probar la existencia de un delito individual. El citado como “delito corporativo”<sup>27</sup>, de acuerdo con este sector doctrinal, encuentra su base en el art. 31 bis. del CP cuando se refiere a la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Por otro lado, encontramos a aquellos que, basándose en el denominado “sistema vicarial”, consideran que la persona jurídica debe responder de los delitos cometidos por sus miembros. Es decir, *“los ilícitos cometidos por los integrantes de una organización son imputables a esta siempre que hubieran actuado en el marco de las competencias que tenían atribuidas. No solo se imputa la conducta, sino también el elemento subjetivo con la que esta se desarrolló, transfiriéndose en consecuencia la responsabilidad de uno a otro. Funda, en definitiva, una heterorresponsabilidad en tanto que el ente colectivo responde por las actuaciones de otro sujeto (su integrante)”* (AYALA GONZÁLEZ 2020, p.2).

---

<sup>27</sup> Término acuñado por la STS 221/2016 cuando expresa que, *“la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo (...)”*.

Esta parte de la doctrina considera que la eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento normativo y su implementación en el seno de la sociedad deben ser considerados como una causa eximente o como una excusa absolutoria<sup>28</sup>, y por tanto la carga de la prueba, de acuerdo con las reglas generales, recaerá en la defensa.

Pese a ello, esta parte de la doctrina entiende que la persona jurídica seguirá gozando del derecho a la presunción de inocencia, puesto que parte de que la acusación sigue teniendo la carga de probar que los hechos cometidos por los miembros de la organización son constitutivos de delito. Es decir, al no considerar que la adopción de un plan de cumplimiento normativo forme parte del tipo, la probanza del citado plan será considerada como un elemento que permite eximir – o atenuar- de responsabilidad a la persona jurídica. Por ello, y de acuerdo con las normas de la carga de la prueba<sup>29</sup>, para lograr la citada exención le correspondería a la defensa acreditar que ese programa estaba implementado, que era eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos (ATS 1452/2007).

Además de lo manifestado, en opinión de GÓMEZ TOMILLO (2016), el hecho de que la carga de la prueba deba recaer en la defensa también se debe a los siguientes motivos:

1. **Es razonable eximir de prueba a aquello que es excepcional.** El autor manifiesta que en la mayoría de las ocasiones el hecho de que se haya cometido un delito en el seno de la sociedad sería una señal de que el programa no era idóneo, eficaz o no estaba bien implementado. Por ello, considera que es excepcional que el sistema de cumplimiento estuviera bien diseñado e implementado y, que, pese a ello, se hubiera cometido un delito. Por ello, considera que la plena exención de responsabilidad será la excepción que confirme la regla.
2. **Imposibilidad de prueba de un hecho negativo.** Este segundo motivo tiene su base en una cuestión más práctica: no es factible que recaiga en la acusación la prueba de la

---

<sup>28</sup> La FGE (2016, p.56) introduce la posibilidad de que el plan de cumplimiento normativo sea valorado como excusa absolutoria diciendo que, “los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de 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”.

<sup>29</sup> ATS 1452/2007 expresa que, “en todo caso, corresponde a la parte procesal que invoca una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal la carga de la prueba sobre los extremos que hayan de sustentarla”.

ausencia de un sistema cumplimiento normativo eficaz e idóneo. Ya que, lo contrario supondría cargar a la acusación con una imposible prueba diabólica.

3. **Razones prácticas.** Obviamente, es la propia organización la que tendrá información precisa para acreditar que programa de cumplimiento era eficaz e idóneo. Por ello, resultaría un sinsentido cargar a la acusación con la tarea de probar aquello que la empresa tiene a su disposición. En opinión del autor, esto *“se encuentra en línea con el fundamento del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas, cifrado en la necesidad contrarrestar el creciente poder de aquellas entidades, trasladándolas la responsabilidad de implementar mecanismos de cumplimiento normativo, a la vista de las dificultades que la fiscalía, poder judicial y miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad tienen a la hora de investigar lo que ocurre en el seno de las empresas”* (GÓMEZ TOMILLO 2016, p.3). Por tanto, no sería lógico después traspasar la carga de la prueba a la acusación pues estaríamos yendo en contra de la propia funcionalidad del sistema.

Para el análisis de esta cuestión procesal, profundamente marcada por cuestiones de fondo, es necesario, en nuestra opinión, atender a la Sentencia de Pleno STS 154/2016, en la que se divide la opinión de los magistrados sobre cuál de las dos partes, acusación o defensa, tienen la carga de la prueba. Para la mejor comprensión del lector, vamos a dividir este análisis en dos puntos:

#### I. **Sistema de autorresponsabilidad. Jurisprudencia del TS.**

En el Fundamento Jurídico octavo de la meritada sentencia, el TS establece que la inexistencia, la no implementación o la ineficacia e inidoneidad de un modelo de organización y gestión es el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este sentido, el TS discute el criterio seguido por la FGE en su circular 1/2016, donde la FGE mantiene que la existencia de herramientas de control eficaces e idóneas deben ser consideradas como una excusa absolutoria. A este respecto el TS afirma que el hecho de considerar este programa de cumplimiento como una excusa absolutoria, llevaría a la afirmación de que la organización es responsable y que, posteriormente por tener este programa de cumplimiento, se la excluye de punición.

Por tanto, a juicio del TS el hecho de tener implementado un modelo de cumplimiento normativo eficaz e idóneo supone la inexistencia misma del delito, no una eximente o una excusa absolutoria. Es decir, el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica sería la ausencia de medidas eficaces e idóneas para prevenir y detectar delitos.

Añade el TS que obviamente, en la práctica procesal, la persona jurídica podrá apoyar su defensa en la acreditación de que disponía de modelos de cumplimiento normativo eficaces e idóneos que revelen que tenía implementado en su seno una verdadera “cultura de cumplimiento”. Pero lo que a su juicio no puede sostenerse es que se imponga a la persona jurídica una obligación ineludible de probar estas medidas, puesto que ello llevaría a que, en el caso de las personas jurídicas no rigieran lo principios básicos del derecho procesal penal, *“tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo”*.

En este sentido, prosigue el TS manifestando que para analizar la propia responsabilidad penal de la persona jurídica se debe evaluar y analizar la inexistencia de instrumentos idóneos y eficaces de prevención de delitos, pues es esencial para su condena. Por tanto, la acusación está obligada a acreditar y probar la inexistencia, no implementación, ineficacia o inidoneidad de los controles, ya que no tendría sentido que se la dispensase de la acreditación de dicho extremo esencial para lograr su pretensión.

## **II. Sistema Vicarial. Voto particular.**

Los magistrados que suscriben este voto particular, se pronuncian sobre el sistema de responsabilidad y, por ende, sobre la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad de la persona jurídica manifestado que la *“ausencia de unanimidad en la respuesta, dota lamentablemente a la resolución en esta materia de un tinte de provisionalidad, que habrá que ir matizando, o confirmando, en función de los supuestos específicos que en adelante vayan siendo sometidos a nuestra consideración”*.

Este grupo de magistrados discrepantes, no comparten el criterio de que la ausencia de medidas eficaces e idóneas de prevención y control, pueda ser calificado como el núcleo de la tipicidad o como un elemento autónomo del tipo. Sino que, por el contrario, entienden que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o los elementos del tipo objetivo son los que vienen contenidos en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art. 31 bis del CP, y que son éstos los que deben ser probados por acusación-el delito cometido por los directivos y similares o empleados es el que trasladan responsabilidad a la persona jurídica-. De esta manera, estos magistrados, justifican que no pretenden imponer una responsabilidad penal objetiva a las personas jurídicas.

Así pues, consideran que las previsiones que contempla el art 31. Bis. 2 y 4 son en realidad circunstancias de exención de la responsabilidad. Es decir, una persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal cuando tenga implementado un sistema de prevención de delitos eficaz e idóneo.

El razonamiento que sigue este grupo de magistrados discrepantes para llegar a esta conclusión es el siguiente: *“Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal”*.

Con la opinión de que se trata de una causa de exclusión de responsabilidad, mantienen que no se puede imponer a la acusación la obligación de acreditar el hecho negativo de que la empresa no tenga implantado este modelo de organización y gestión. Por tanto, en su opinión, corresponderá a la acusación probar los elementos del tipo y corresponderá a la defensa alegar y aportar una base racional para que se conste que disponía de ese modelo de compliance a efectos de lograr la exención de responsabilidad. Puesto que lo contrario, según argumenta la sentencia, llevaría a imponer un modelo probatorio privilegiado para las personas jurídicas que carecería de cualquier tipo de justificación.



Por ende, queda claro que es la acusación es la que, en cualquier caso, debe probar los ilícitos penales cometidos por las personas físicas. Pero, ahora bien, como esta parte de la doctrina entiende que estos programas de cumplimiento no son hechos constitutivos de delitos, éstos no deben ser probados por la acusación, sino que, como elemento que puede, en su caso, excluir de responsabilidad a la persona jurídica, debe ser probado por la defensa. A esto añaden, que el hecho de que la persona jurídica sea la que tenga que acreditar que tenía implementado un sistema eficaz e idóneo de prevención de delitos no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, puesto que lo normal es que la prueba de elementos de descarga corra a cargo de la defensa- lo mismo ocurre con causas de justificación o causas de exclusión de responsabilidad en las personas físicas-.

Unos días después de que el TS se pronunciase en los términos referidos, el TS vuelve a pronunciarse, mediante la STS 221/2016 de 16 de marzo, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sobre en quien recae la carga de la prueba. En esta Sentencia, el TS expresa que *“desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”*.

Prosigue el TS indicando que no puede -con independencia de si se opta por un sistema vicarial o de autorresponsabilidad- coincidir con la tesis que propugna que una vez que haya sido probado el delito cometido por la persona física, debiera existir una presunción, salvo prueba en contrario, de la existencia de un defecto en la organización. En este sentido, llega el Tribunal a manifestar que lo anterior, sería contrario al principio de presunción de inocencia, pues se estaría creando *de facto* dos categorías de sujetos de imputación: *“una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra*

*ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado”.*

Así pues, nuestro Alto Tribunal entiende que la persona jurídica no puede ser responsable de todos los delitos cometidos por las personas físicas- en el ejercicio de su actividad y en su beneficio directo o indirecto-. Sino que, solo podrán ser responsables las personas jurídicas por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión y vigilancia. Por tanto, al entender que el fundamento de la responsabilidad es el defecto de organización y vigilancia, lo que debe probar la acusación es ese incumplimiento grave de los deberes.

Es decir, la imputación de la persona jurídica tiene una relación clara y estrecha con el delito de referencia –el cometido por la persona física- pero, aun así, lo que debe acreditar la acusación es que en la persona jurídica existía un déficit organizativo y de supervisión, pues es el núcleo típico de la responsabilidad penal. En este sentido, el TS, entiende que *“la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”.*

Llegados a este punto, podríamos concluir que la jurisprudencia del TS en este sentido es clara: el sistema de responsabilidad de la persona jurídica es el de autorresponsabilidad, y, por ende, la carga de la prueba debe recaer en la acusación.

Sin embargo, en el año 2019, una sentencia del TS, concretamente la STS 123/2019, pasa a contradecir este criterio, abrazando el sistema de responsabilidad vicarial, manifestando que *“es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como*

*aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión”* (FJ. 1º STS 123/2019)

Por tanto, lo que verdaderamente podemos afirmar es que lo que antes estaba claro, ahora deja de estarlo. Sin embargo, lo que sí que parece que está claro a día de hoy es que nos encontramos con dos líneas jurisprudenciales sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ésta inseguridad jurídica entraña bastantes interrogantes en concreto y por ser el tema del presente trabajo, ¿a quién corresponde la carga de la prueba? Respuesta a día de hoy incontestable, pues que dependerá del sistema de responsabilidad penal que finalmente sea asumido.

#### 2.4.2. El estándar de “prueba clara y convincente”. Una solución a los problemas derivados de la carga de la prueba en los “sistemas de autorresponsabilidad”.

Sin perjuicio de lo anterior, parece plausible es que nuestro TS sigue encaminándose hacia un sistema de autorresponsabilidad. Es decir, hacia un sistema que entienda que el núcleo del delito de la persona jurídica es el defecto de organización, como algo completamente distinto al comportamiento individual de la persona física.

Por tanto, si partimos de que la conducta típica es la existencia de un defecto de organización, la acusación tendrá que probar precisamente ese defecto en la organización. Sin embargo, como ya hemos expuesto, esta prueba será bastante difícil, pues cargaría a la acusación con obligación de probar un hecho negativo.

Por ello, y en caso de que finalmente la jurisprudencia se decante por este sistema, nos debemos plantear si sería posible rebajar los estándares de prueba. Pero, ahora bien, ¿qué es una estándar de prueba? Un estándar de prueba es un umbral o nivel de suficiencia a partir del cual una hipótesis se consideraría probada (LÓPEZ-VIOTA PADILLA, 2020).

El problema principal, en nuestra opinión, será conocer hasta qué punto debe probar la acusación este defecto de organización, es decir, que nivel de suficiencia necesitan los jueces y tribunales para considerar acreditado que existía este defecto.

De acuerdo con el art. 24 de la CE, solo se puede atribuir responsabilidad penal al acusado cuando los hechos hubieran sido probados como constitutivos de delito más allá de toda duda razonable. En palabras del nuestro TC, *“(...) nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. En palabras de la ya citada STC 81/1998 (FJ 3) <<la presunción de inocencia opera ... como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable>>”* (FJ. 9º STC 124/2001).

Por tanto, y a nuestro entender, la presunción de inocencia se debe identificar con el momento en el que el juez debe tomar una decisión. Es decir, la presunción de inocencia es una regla de juicio que se asume por el Juez cuando una vez practicada la prueba, éste alberga dudas sobre la decisión que debe tomar. Cuando esté en ese punto, de acuerdo con el derecho a la presunción de inocencia, deberá decidir en favor del acusado. Es decir, este derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la CE, adquiere valor cuando el juez está ante una situación de duda razonable sobre la culpabilidad del acusado.

Es decir, en consonancia con lo anterior, es completamente posible, en determinados casos, concebir un sistema que reconozca el derecho a la presunción de inocencia a la vez que establece un estándar más laxo que el de duda razonable.

A efectos de explicar mejor lo anterior, vamos a determinar cuáles son estos estándares de prueba menos exigentes. En concreto, nos encontramos con dos, uno el “preponderancia de la evidencia”, y el otro, el de “prueba clara y convincente”. LASCURAIN SANCHEZ (2020) explica en qué consisten ambos estándares diciendo que *“el de la preponderancia de la prueba, como su propio nombre indica, en la convicción de que la culpabilidad es más probable que improbable. El de la prueba clara y convincente es más exigente: algunos autores anglosajones sitúan la frontera de este segundo estándar en el 75%”*.

Una vez que conocemos en que se basa cada uno de los estándares, vamos a analizar la afirmación efectuada anteriormente sobre que es posible concebir un sistema que reconozca el derecho a la presunción de inocencia, a la vez que aplica un estándar de prueba más laxo.

El estándar de prueba de “más allá de toda duda razonable” es un estándar o un principio que permite reducir los riesgos de una falsa condena a los inocentes, asumiendo el riesgo de que se absuelva a los que son culpables. Es decir, el estándar de “más allá de toda duda razonable” en nuestro sistema penal está completamente justificado, en determinados casos, puesto que permite asegurar la libertad y la dignidad de las personas. En este sentido, conviene extraer lo mantenido por CASTILLO VAL (2011/12, p.6) en su tesis doctoral *“Una persona que es perseguida penalmente no sólo tiene el derecho a que el ius puniendi sea correctamente aplicado, es decir, que sea ejercido con verdad, sino que tiene derecho a un proceso que esté encaminado racionalmente a buscar esa verdad (la del estándar bard –“más allá de toda duda razonable”, con un alto nivel de corroboración epistémica. Tiene derecho a un juicio que tenga una especial preocupación por no equivocarse, pero no sólo eso, sino que, además, tenga una especial sensibilidad por garantizar la libertad y la dignidad de las personas”*.

Es decir, este estándar de prueba está completamente justificado cuando una persona natural es acusada por un delito y se enfrenta a unas enormes consecuencias sociales y personales, entre ellas la pérdida de libertad. Por ello, en los procesos seguidos contra personas físicas, sobre todo cuando se enfrentan a una pérdida de libertad, la presunción de inocencia debe llevarse sus máximas consecuencias estableciendo el estándar de prueba más exigente, que no es otro que de que la culpabilidad del acusado debe probarse “más allá de toda duda razonable”.

El sector doctrinal que se decanta por la tesis de la autorresponsabilidad, se plantea si en el caso de las personas jurídicas debería promulgarse ese mismo estándar o uno más laxo. Puesto que la sanción a imponer a la persona jurídica no es tan gravosa como la que se puede imponer a la persona física- no se puede meter a una empresa en la cárcel-. En este sentido, LASCURAIN (2020) establece que *“la cuantía menor de la sanción y sobre todo el hecho de que no sea privativa de libertad flexibiliza la aplicación de los principios y permite formas distintas de sancionar, aconsejadas por razones de eficiencia”*.

De acuerdo con esta línea doctrinal, el estándar que aboga por aplicar “más allá de una duda razonable” tiene que ser utilizado en aquellos casos en los que está en juego una pena de prisión, mientras que, en otros casos, por razones de eficacia, se podrá reducir el estándar, al menos, al de “prueba clara y razonables”. En mi opinión, no sería posible, de acuerdo con las

garantías ofrecida por el Derecho Penal, rebajar el estándar de prueba hasta el límite del estándar de “preponderancia de la prueba”.

La referencia a las razones de eficacia en el caso de la responsabilidad de la persona jurídica dentro del sistema de autorresponsabilidad es clara. Ya que, si partimos de que la carga de la prueba debe recaer en la acusación y que lo que debe probar es en un hecho negativo, defecto de organización, debemos coincidir en que se trata de una prueba bastante complicada- por no decir casi imposible-<sup>30</sup>.

Por tanto, y al no estar en juego una pena privativa de libertad, este sector entiende que se podría compensar esta dificultad probatoria flexibilizando el estándar de prueba a que la inexistencia, ineficacia o no idoneidad de los programas de cumplimiento normativo sea confirmado mediante el estándar de “prueba clara y convincente”- es decir, que fuera un 75% más posible que existiera ese defecto a que no existiera- que como ya hemos indicado no afectaría al núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia.

### 3. Conclusiones

#### 1. Respecto de la idoneidad y eficacia de los programas de cumplimiento normativo:

- Una vez que el programa exista y esté implementado en la organización, se va a valorar si el mismo es eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos. Para que un programa de compliance sea considerado eficaz e idóneo no basta con que se cumplan formalmente los requisitos contemplados en el art. 31 bis del CP, sino que es necesario que se cumplan materialmente adaptándose a la estructura y actividad de la organización.
- La organización que cuente con un programa de cumplimiento normativo, previamente a la comisión de delito, que sea eficaz e idóneo para prevenir y detectar delitos llevará a que la conducta sea a atípica-sistema de autorresponsabilidad- o una exención de responsabilidad-sistema vicarial-.

---

<sup>30</sup> La acusación podría tratar de probarlo solicitando al juez que requiera a la persona jurídica para aportar el programa de cumplimiento y su eficacia e idoneidad. Pero la persona jurídica, en tanto que investigada, podría negarse a aportar documentación, esto es, a colaborar porque es investigada y tiene derecho a no colaborar con la investigación (derecho a guardar silencio).

- Que se haya cometido o llegado a cometer un delito en el seno de la persona jurídica no implica *per se* que el programa de cumplimiento sea ineficaz y/o inidóneo, ya que siempre va a existir un riesgo residual. Por tanto, es eficaz e idóneo aquel programa de cumplimiento que reduce al máximo las posibilidades de que un delito sea cometido en su seno.
  - Para que el programa de compliance sea eficaz e idóneo es necesario que se adapte tanto a los empleados como a los directivos y similares, teniendo en consideración la funciones que cada uno de ellos realizan, la estructura de la sociedad y a los riesgos que se enfrentan. Por tanto, lo ideal establecer planes de formación, procedimientos y procesos adaptados al perfil de cada empleado, directivo o socio de negocio.
2. Respecto de la importancia de los estándares y el valor de las certificaciones:
- El cumplimiento de la persona jurídica con los estándares, nacionales o internacionales, no garantiza *per se* la eliminación del riesgo, ni una automática absolución de la persona jurídica. Sino que, para conseguir estos objetivos, será necesario que los requisitos contenidos en estos estándares sean adaptados a la estructura y actividad de la organización, con el objetivo de lo que los mismos resulten idóneos y eficaces para prevenir y detectar delitos.
  - Una de las principales ventajas que pueden traer estos estándares es que, finalmente, se pueda lograr una equiparación de criterios entre los Órganos Judiciales y las entidades que monitorizan, auditan y certifican los programas de cumplimiento normativo
  - El cumplimiento con el nacional UNE 19601, puede ser objeto de una ulterior certificación por una entidad independiente En nuestra opinión, el valor de estas certificaciones como prueba es limitado y en ningún caso podría ser considerado como una presunción *iurus tantum* de cumplimiento.
3. Respecto de la prueba documental:
- Se debe aportar el programa de cumplimiento normativo como prueba documental. Sin embargo, la aportación del propio programa de cumplimiento normativo solo permitirá probar que el programa existía y que, a efectos formales,

el mismo era eficaz e idóneo. Es decir, en nuestra opinión, su mera aportación difícilmente servirá para probar que estaba implementado y que materialmente era efectivo e idóneo para prevenir y detectar delitos.

- Se debe introducir como documental todo aquello que se haya derivado del archivo y registro de las actividades de cumplimiento normativo, ya que esto permitirá acreditar que el programa de cumplimiento estaba implementado. A su vez, se deberá introducir como documental las certificaciones e informes de posibles auditorias o monitorizaciones que se hubiesen realizado sobre el programa de cumplimiento normativo.

4. Respeto de la prueba testifical:

- Dentro de las testificales, normalmente, nos encontraremos con las declaraciones de empleados, directivos, administradores, compliance officers, auditores, abogados internos, etc., así como proveedores o clientes. Estas declaraciones permitirán acreditar la existencia, implementación, vigencia e incidencia práctica del programa de cumplimiento normativo.
- Los abogados internos, compliance officers o miembros del comité de compliance, encargados del programa de cumplimiento, etc., podrán ser llamados como testigos-peritos en lugar de ser llamados como testigos. Sin embargo, el principal problema que vamos a encontrar cuando sean llamados en esa calidad es su grado de imparcialidad, pudiendo ser tachados.

5. Respeto de la prueba pericial:

- El objetivo de la pericial será auxiliar al Juez o Tribunal para determinar si el programa de cumplimiento normativo cumple con las exigencias de idoneidad, eficacia e implementación.
- Como no existe, de momento, regulación oficial sobre el perito de compliance, a nuestro entender, éste tiene que ser una persona que sea especialista en el mundo del cumplimiento normativo, con experiencia en este ámbito y con conocimiento jurídicos y empresariales. Sin que, a nuestro entender, sea necesario que tenga ningún tipo de certificación de carácter privado.



- El perito en sus informes periciales deberá abstenerse, en la medida de lo posible, de efectuar valoraciones jurídicas. Sin embargo, consideramos que es prácticamente imposible que cuando se haga una pericial de compliance no se aluda al CP. Por tanto, entendemos que lo que debe hacer el Juez es distinguir entre las valoraciones jurídicas y las técnicas, rechazando las primeras en base al principio *Iura Novit Curia*.
- Los certificadores y auditores del programa de cumplimiento normativo no pueden ser los que, posteriormente, realicen la pericial sobre el programa de cumplimiento.
- Los certificadores y auditores, en nuestra opinión, deberán ser llamados al proceso en calidad de testigos.

6. Respecto de la carga de la prueba:

- Nosotros consideramos que el delito propio de la persona jurídica, su conducta típica, es el defecto de organización, entendido como la inexistencia, no implementación, ineficacia o idoneidad de su programa de cumplimiento normativo para prevenir y detectar los delitos cometidos por sus directivos o empleados en su beneficio directo o indirecto. Es decir, consideramos que el delito de la persona jurídica es diferente -pero conectado- al previo delito cometido por la persona física.  
Por tanto, deducimos, que aquel que atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica por este delito, es el que tiene que probarlo. En este sentido, entendemos que es la acusación la que tiene que probar el defecto de organización de la persona jurídica.
- Por ello, y como solución a la dificultad probatoria con la que se puede encontrar la acusación, consideramos que, en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se podría rebajar el estándar de prueba hacia la regla de la prueba clara y convincente.



## Referencias bibliográficas

### Bibliografía básica

ALONSO GARCÍA, J. “Compliance penal (II): Modelos de prevención de proyección delictiva externa e interna. Compliance ad intra y compliance ad extra”. *Aranzadi digital*, 2020.

ALONSO GARCIA, J., “Compliance penal (III): Modelos de prevención y normativa de calidad. La norma española UNE 19601 Sistemas de gestión de compliance penal”. *Aranzadi digital*, 2020.

AYALA GONZÁLEZ, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”. *InDret.Revista para el análisis del derecho*, 2019.

AYALA GONZÁLEZ, A., “¡Houston, tenemos un problema! La indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Diario La Ley, Sección Tribuna, Wolters Kluwers*, 2019.

BELHADJ BEN GÓMEZ, C. El testigo-perito, proposición y práctica de prueba. Distinción con el perito. *Revista Aranzadi Doctrinal parte Estudios, Aranzadi (Cizur Menor)*, 2014.

CASTILLO VAL, I. Il criterio del beyond any reasonable doubt nella responsabilità delle persone giuridiche. Studio polico criminale e sulla finalità della pena. Director: Claudio Luzatti. Tutores: Francesco Viganó y Jesús Silva Sánchez. Università degli studi di milano. Facoltà di giurisprudenza. Milan. 2011/12.

CORTÉS LABADÍA, JP Y SOLÍS BENJUMEA, I., “La pericial de sistemas de compliance: particularidades el Caso Bankia”. *Diario la Ley, Sección Tribuna, Wolters Kluwers*, 2020.

DOLZ LAGO, M.J., “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas versus. Delito corporativo?”. *Diario La Ley, Sección Comentarios de jurisprudencia, Wolters Kluwers*, 2016.

FRÍGOLS I BRINES, E. *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*. 1ª ed. Madrid. Lefebvre, 2020.

GOENA VIVES, B Y PUIG FUSTÉ, E. “Los modelos de prevención de delitos: elementos para acreditar su eficacia en un proceso penal”. *Aranzadi Doctrinal*, 2016.

GÓMEZ JARA, C. “Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Diario La Ley, Sección Tribuna, Wolters Kluwers*, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, M. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento”. *Diario La Ley, Sección Tribuna Wolters Kluwer*, 2016.

SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como conseguir la exención de la responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”. *Revista Aranzadi Doctrinal parte Estudio, Aranzadi (Cizur Menor)*, 2016.

LASCURAÍN SANCHEZ, J.A., ¿Cuánto hay que probar el incumplimiento? Almacén del derecho. 14 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cuanto-hay-que-probar-el-incumplimiento>

LÓPEZ-VIOTA PADILLA, V., “Dos aspectos llamado a jugar un papel clave en el compliance: el juicio de idoneidad y pericial”. *Diario la Ley, Sección Doctrina, Wolters Kluwers*, 2020.

MAGRO SERVET, V., “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, Wolters Kluwers*, 2019.

MAGRO SERVET, V., “Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance”. *Diario La Ley, Sección Doctrina, Wolters Kluwers*, 2019

NEIRA PENA, AM. “La efectividad de los criminal compliance programas como objeto de prueba en el proceso penal”. *Política Criminal*, 2016.

NEIRA PENA, AM, “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”. *Grandes Tratados. La defensa penal de la persona jurídica. Editorial Aranzadi, S.A.U.* 2018.

NEIRA PENA, AM, “La prueba pericial en los delitos económicos de la pericial contable al perito de compliance”. *Estudios penales y criminológicos*. 2020.

NIETO MARTIN, A., *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal*, en: KUHI, F.N. Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

PORTAL MANRUBIA, J., “Aspectos concernientes a la prueba en el enjuiciamiento penal de la persona jurídica”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017.

RAYÓN BALLESTEROS, MC Y PÉREZ GARCÍA, M. “Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2018.

VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, JJ., “La actividad pericial sobre «compliance» tributario en el proceso penal”. *Monografías. El compliance tributario en el proceso penal*. Editorial Aranzadi, S.A.U, 2020.

### **Legislación citada**

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978. Nº 311.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995. Nº 281.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000. Nº 7.

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de julio de 2015. Nº 173.

Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. *Boletín Oficial de Estado*, de 30 de enero de 2021. Nº 26.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *GAZ*, de 17 de septiembre de 1882. Nº 260

Decreto de 26 de abril de 1977, núm. 871/77, Estatuto Profesional de Economistas y Profesores y Peritos mercantiles. *Boletín Oficial de Estado* de 28 de abril de 1977. Nº 101.

### **Estándares**

UNE-ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance penal.

UNE 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance penal. Requisitos con orientación para su uso.

UNE-ISO 37301 de Sistemas de Gestión de Compliance. Requisitos con orientación para su uso.

### **Jurisprudencia referenciada**

Sentencia 124/2001 del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2001.

Sentencia 138/1992 del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1992.

Sentencia 123/2019 del Tribunal Supremo del 8 de marzo 2019. Rec. 1763/2018

Sentencia 316/2018 del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018. Rec. 2036/2017.

Sentencia 221/2016 del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016. Rec. 1535/2015

Sentencia de pleno 154/2016 del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016, Rec. 10011/2015

Sentencia 277/2015 del Tribunal Supremo de 3 junio de 2015. Rec. 10546/2014.

Sentencia 941/2009 del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009. Rec. 941/2009

Auto 1452/2007 del Tribunal Supremo de 17 septiembre de 2007, Rec. 10276/2007.

Sentencia 13/2020 de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2020. Rec. 1/2018.

## Listado de abreviaturas

AEAT- Agencia Estatal de la Administración Tributaria

ASCOM- Asociación Española de Compliance

ATS-Auto del Tribunal Supremo

CE- Constitución Española

CP- Código Penal

FGE- Fiscalía General del Estado

ISO: Organización Internacional de Normalización

LEC- Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrIm- Ley de Enjuiciamiento Criminal

p.-Página

pp. Páginas

SAN- Sentencia de la Audiencia Nacional

STC- Sentencia del Tribunal Supremo

ss.- Siguietes

STS-Sentencia del Tribunal Supremo

TC- Tribunal Constitucional

TS- Tribunal Supremo

UNE- Una Norma Española



## Anexo A. Art. 31 Bis del Código Penal

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

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.

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, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

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:

1.<sup>a</sup> 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;

2.<sup>a</sup> 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;

3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

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

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.

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 aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

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 **adecuado** para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

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:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

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.

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

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

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

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.