

¿Cómo probar la eficacia de los modelos de compliance penal?

El art. 31 bis del [Código Penal](#) (en adelante C.P.), exige que para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica por delitos cometidos en su seno, la misma debe haber adoptado y ejecutado con eficacia y con anterioridad a la comisión del delito, modelos de organización y gestión que deben incluir medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Por tanto, la eficacia del modelo de *compliance* es un requisito indispensable para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica y deberá probarse la concurrencia de la misma en cada caso concreto.

¿Quién tiene la obligación de probar la eficacia del modelo de *compliance* penal?

En base a lo establecido en la STS (Sala Segunda) nº 154/2016, de 29 de febrero, los modelos de [compliance penal](#) que incluyen medidas para la evitación de la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas se vinculan con el elemento objetivo del tipo y, en consecuencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, que será la encargada de probar el llamado “defecto de organización”. Sin perjuicio de ello, resulta deseable que la defensa de la persona jurídica practique prueba con el fin de determinar que tal defecto no concurría y que el modelo de *compliance* y sus medidas específicas eran eficaces al efecto de prevenir el delito cometido.

Por otro lado, la cultura de cumplimiento de la legalidad por parte de las personas jurídicas se vincula con el elemento subjetivo del tipo o culpabilidad y, si lo que se pretende es la absolucón de la persona jurídica por la existencia de esa cultura de cumplimiento de la legalidad en su seno, lo lógico es que sea la defensa quien deba probar la concurrencia de ese elemento subjetivo negativo del tipo.

La mejor forma para probar la eficacia del modelo de *compliance*, así como la existencia de cultura de cumplimiento de la legalidad en la organización, es a través de una prueba pericial llevada a cabo por una persona o entidad ajena a la organización y con formación específica en tal sentido. Lo deseable sería que existiera un registro público de peritos expertos en *compliance*, si bien actualmente no existe ninguno, aunque sí existen otros registros de profesionales, por ejemplo, el elaborado por la [Asociación Española de *compliance*](#) (ASCOM).

¿Cuál es la consecuencia de probar la implementación eficaz de un modelo de *compliance* en el seno de la persona jurídica?

La prueba de la existencia de un modelo de *compliance* eficazmente implementado y ejecutado en la persona jurídica, con anterioridad a la comisión del delito en su seno, determinaría su absolucón por no concurrir el elemento objetivo del tipo penal, siempre y cuando se pruebe la concurrencia del resto de condiciones establecidas en el art. 31 bis.2 y/o 31 bis. 4 C.P. Si solamente existe acreditación parcial de tales condiciones, ello se tendrá en cuenta a efectos de atenuación de la pena de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del art. 31 bis.2 y 4 C.P.

Por otro lado, la implementación de modelos de *compliance* con posterioridad a la comisión del delito igualmente tiene efectos favorables para las personas jurídicas, pues tal prueba determinaría la aplicación de la circunstancia atenuante establecida en el art. 31 quater.1 d) C.P.

¿Qué forma debe adoptar la pericial sobre el modelo de *compliance*?

En cuanto a esta cuestión, debe indicarse que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula la pericial jurídica, por lo que el informe pericial sobre el modelo de *compliance* debe centrarse en la existencia o no de medidas eficaces para la prevención de delitos, teniendo como base la regulación del art. 31 bis, evitando efectuar una interpretación jurídica al respecto, e incluyendo las características y circunstancias propias de la persona jurídica en cuanto a la existencia de cultura de cumplimiento de la legalidad en su seno. Evidentemente las referencias jurídicas resultan inevitables, e incluso necesarias, si bien no debe perderse de vista que la pericial debe basarse en el análisis del modelo y de las concretas medidas, no así en las consecuencias jurídicas que deriven de ello.

Y es que si por parte del órgano judicial se entendiera que lo que se ha llevado a cabo es una pericial jurídica, podríamos vernos en la tesitura de que la misma se rechazase (STS 277/2018, de 8 de junio).

¿Cuándo debe probarse la eficacia del modelo de *compliance*?

Pueden distinguirse dos momentos en que examinar la eficacia del modelo de cumplimiento, uno al implementarse el mismo en la organización, donde se analiza la calidad de su implementación y ejecución diarias y otro examen una vez cometido un delito en el seno de la organización. Estos dos exámenes son fundamentales para determinar si el programa de cumplimiento es eficaz para eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

1. la prueba *Ex Ante*

El examen del modelo de cumplimiento *ex ante* de la comisión de un delito en el seno de la organización es un examen del modelo en abstracto, por lo que el estudio se centrará en el objetivo del modelo de cumplimiento, el análisis de la idoneidad de las medidas en abstracto y si la implementación y ejecución de las medidas ha sido correcta, requiriéndose para superar este primer test que el objetivo al que tiende el modelo sea el correcto, que las concretas medidas sean correctas y suficientes respecto de los riesgos existentes en la organización y que esas medidas se hayan implementado y ejecutado correctamente en la organización a través de la dirección de la empresa y la formación de los empleados.

Una buena forma de llevar a cabo esa prueba *ex ante* es a través de la obtención de una certificación del cumplimiento de la norma ISO 19601 sobre sistemas de gestión de *compliance* penal.

2. La prueba *Ex Post*

Al igual que la prueba *ex ante*, la prueba una vez cometido el delito en el seno de la persona jurídica puede llevarse a cabo por una persona u órgano integrante de la misma, o por un tercero ajeno que pueda ostentar la posición de perito y comparecer como tal ante el órgano judicial, siendo lo deseable que concurren ambas.

En cuanto a ello, debe tenerse en cuenta que el art. 81.1 del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que:

“En representación de la persona jurídica que pueda resultar penalmente responsable comparecerá la persona física especialmente designada por su máximo órgano de gobierno o administración para ostentar el cargo de director del sistema de control interno de la entidad, quien habrá de estar directa e inmediatamente

bajo la autoridad de dicho órgano y disponer de poder especial otorgado al efecto”

Por tanto, en principio, quien en el futuro deberá comparecer ante el órgano judicial es el *compliance officer* quien podrá explicar las características del modelo de prevención de delitos implementado en la organización y justificar la existencia de cultura de cumplimiento de la legalidad pero, sin perjuicio de ello, lo deseable sería presentar ante el órgano judicial una pericial elaborada por un tercero, en calidad de perito experto en cumplimiento normativo, que avale la declaración del *compliance officer*, acudiendo además el perito que elabore este informe ante el órgano instructor o, en su caso, al acto del Juicio Oral, al efecto de explicar el informe llevado a cabo de manera pormenorizada y para contestar a las cuestiones que le efectúen las partes al respecto.

La comprobación de que en el seno de la persona jurídica existía un modelo de organización y gestión eficazmente implementado y que el mismo contenía medidas específicas de prevención en cuanto a la comisión de delitos en su seno, así como la existencia de cultura de cumplimiento de la legalidad, es lo que permitiría, de probarse correctamente la concurrencia de todo ello, la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica. Destaca el análisis efectuado a tal respecto en la SAN (Sección Cuarta) nº 13/2020, de 29 de septiembre.