

La carga probatoria en la acreditación de los sistemas de cumplimiento

Link de la noticia

Fuente

Lo que en ningún caso se puede optar, bajo mi punto de vista, es el hecho de llegar a una determinada conclusión como hace la AN sin respetar el sistema de atribución de responsabilidad por el que opta. Aquello de “cuando el delito lo cometa una persona de la letra A, a veces corresponderá a la defensa de la persona jurídica acreditar la eficacia de los sistemas y otras veces no”. Ese “a veces” resulta contrario a la presunción de inocencia de la empresa, por lo que concluimos el presente análisis estableciendo que, primero ha de optarse por un sistema de responsabilidad y tras ello, respetar por su propia naturaleza la carga probatoria que conlleve la adopción de dicho sistema.

- Que resulta sumamente arriesgada como defensa penal no acreditar los sistemas de cumplimiento alegando que la acusación no los ha solicitado, sobre todo, ante órganos como la AN porque, al contrario que el TS, entiende que en determinados casos corresponde a la defensa probar la eficacia de dichos sistemas. Así, como estrategia de defensa habría que estudiar cada caso individualmente y rara vez parece recomendable no acreditar los sistemas, puesto que a pesar de que la línea jurisprudencial mayoritaria pudiera ser beneficiosa para dicha estrategia, resulta altamente arriesgada.

Un sistema de hetero responsabilidad para cuando las personas físicas acusadas sean las de la letra A y un sistema de auto responsabilidad para cuando las personas físicas acusadas sean de la letra B. Esto conllevaría la consecuencia práctica de que en el primero de los casos corresponda a la defensa la carga probatoria y en el segundo de los casos a la acusación. Esta conclusión es a la que llega parte de la doctrina al entender que la redacción de la letra A es distinta a la de la letra B y que la primera se configuraría más como una causa de justificación, mientras que la segunda sí que integraría el núcleo esencial del tipo penal.

Un sistema de auto responsabilidad y que la carga de la prueba siempre corresponda a la acusación.

- Que escoja la opción que se escoja siempre debería respetar el sistema de atribución por el que se opte. Las opciones por las que se podría optar en materia de carga probatoria, y siempre a mi entender, son las siguientes:

- Que la Sentencia referida de la Audiencia Nacional no basa su argumentación en una teoría de la responsabilidad previa y eso genera inseguridad jurídica y vulnera la presunción de inocencia de la empresa. Es decir, si se quiere establecer que cuando los acusados sean las personas físicas de la letra A corresponde a la defensa probarlo, se debe admitir implícitamente que en este apartado actúa un sistema de hetero responsabilidad. No vale adoptar un sistema de auto responsabilidad para establecer que en determinados casos corresponderá a la defensa la carga probatoria ya que, de tal manera, se estaría vulnerando la presunción de inocencia. Todo ello porque de entenderse que el incumplimiento de los sistemas de compliance forma parte del tipo penal – sistema de auto responsabilidad -, siempre será la acusación la que deberá probar su ineficacia.

- Que la Audiencia Nacional ha venido adoptando un nuevo criterio, mixto si se quiere, en el que cuando la persona física que comete el delito de referencia ostente un alto poder en la empresa, corresponderá a la defensa probar la eficacia de los sistemas de cumplimiento.

- Que la sentencia referida y dictada por la AN vulnera el derecho a la presunción de inocencia en los términos en los que se argumentará en las siguientes conclusiones.

- Que en materia de carga probatoria el TS y las AP entienden que, al haberse optado por un sistema de atribución de auto responsabilidad, la carga probatoria de acreditar los defectos de los sistemas de cumplimiento recae siempre en la acusación en respeto de la presunción de inocencia de la persona jurídica.

Conclusiones

Nótese que el Tribunal no establece que cuando las personas físicas acusadas sean de la letra A siempre la defensa tendrá que probar la eficacia de los sistemas y cuando sean de la letra B lo deberá realizar la acusación, sino que con suma ambigüedad, establece que "a más poder, será la defensa y a menos poder la acusación" abriendo las puertas a una casuística que no solo genera inseguridad jurídica sino que puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia tal y como se expresará a continuación.

"Respecto a quien le corresponde la prueba de este elemento, pertenezca al tipo o sea un elemento autónomo del tipo, o una causa de exención de la antijuricidad, existe una gran discusión, pero lo que parece cierto es que en casos como el presente en el que el autor persona física del delito cometido es quien ostenta el control absoluto del sociedad por ser su presidente y administrador, parece aconsejable considerar que es a él a quién le corresponden la carga de la prueba de la concurrencia de un sistema interno de prevención eficaz, algo que de existir, es adecuado para eximir de responsabilidad a la persona jurídica".

La Sentencia referida examina un caso en el que la persona física acusada es la obligada legalmente en implementar el sistema de cumplimiento, por lo que la Sala entiende que, en este caso, correspondería a la defensa probar la eficacia de los sistemas:

En otras palabras, a pesar de decantarse por un sistema de auto responsabilidad en el que la no implementación de los sistemas formaría parte del núcleo esencial del tipo penal, establece que las diferencias en la redacción de las personas incluidas en la letra A y de la letra B del 31 bis hacen decantarse por la casuística en relación con el poder que ostente la persona física acusada. Es decir, cuanto más poder tenga la persona física acusada del delito de referencia, más corresponderá a la defensa acreditar la eficacia de los sistemas y, por el contrario, cuanto menos poder ostente, más corresponderá a la acusación.

"En un sentido práctico consideramos que la existencia del modelo de prevención de modelos de organización y gestión debe acreditarla la defensa, mientras que cuando se han podido cometer delitos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso, lo debe llevar a cabo la acusación. Ahora bien, se da un tercer ámbito de estudio en la concurrencia del delito corporativo, y es que partiendo de que los modelos de organización y gestión incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza en el caso de los delitos cometidos por los que mandan en la empresa, en el caso de los delitos cometidos por los subordinados el modelo de organización y gestión debe resultar adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido; en este punto la carga de la prueba estaría repartida en función del tipo de delito se haya cometido y de quienes sean los autores del mismo, y así, cuando más subordinado sea el autor, más corresponderá al Ministerio Fiscal la carga de la prueba y cuando menos subordinado a la defensa".

Pues bien, la AN en su sentencia referenciada en el título del presente escrito y que será objeto del consiguiente análisis crítico ha venido a establecer un nuevo criterio a este respecto. Si bien parecían haberse resuelto las dudas por el TS, la AN ha venido

a aportar su propio criterio. En primer lugar, no duda acerca del sistema de atribución de responsabilidad por el que opta, lo entiende como un debate superado y acepta el sistema de auto responsabilidad. Sin embargo, establece que en función del cargo que ostente la persona física que haya cometido el delito de referencia, habrá de entenderse que la carga probatoria recae en un lado u otro:

El criterio de la Audiencia Nacional

Lo que sí parece claro es que, según el TS, si la acusación no solicita los sistemas de compliance y no consigue probarlo en el juicio oral, no podría condenarse a la persona jurídica por el principio acusatorio, y más importante aún, por la presunción de inocencia que tiene reconocida la persona jurídica, ya que, al tratarse de un requisito del tipo penal, es la acusación la que debe probar el defecto de los sistemas referidos.

Huelga destacar que toda esta línea jurisprudencial va en contra de lo que en un primer momento consideró la Fiscalía. En su Circular 1/2016 establece que no es deber de la acusación probar hechos negativos. O, dicho de otro modo, que el art. 31 bis está redactado de tal manera que la acreditación de la eficacia de los sistemas de cumplimiento se incardina más en una causa de justificación y no en un requisito del tipo penal. Sin embargo, el TS lo vio de distinta manera, ya comentada.

De todo ello surge una pregunta interesante con respecto a la defensa penal. Si la Fiscalía no solicita los sistemas de cumplimiento, ¿qué debería hacer la defensa? ¿Arriesgarse a no entregarlos ya que bajo esta línea jurisprudencial la persona jurídica quedaría absuelta pues la acusación no ha hecho esfuerzos por probar la ineficacia de los sistemas? o, ¿sería sumamente arriesgado no entregarlos por si el Juzgado o Tribunal en cuestión no adopta dicho criterio?

Así, resulta evidente que, siguiendo el criterio establecido por el TS y las distintas AP, la carga probatoria descansa en la acusación. No solo teniendo que solicitar los sistemas de cumplimiento la persona jurídica, sino probando en el propio juicio oral su carácter defectuoso y, en consecuencia, delictivo.

Efectivamente, así lo vienen interpretando las distintas AP, adoptando el criterio del TS ya mencionado. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) 116/2017, de 30 de junio, se revocó la condena a una sociedad cooperativa por un fraude de IVA (art. 305 CP) al que también se había condenado al presidente de la sociedad. Se estableció que en el juicio oral no se había practicado ninguna prueba que acreditara los defectos en los sistemas de cumplimiento.). En consecuencia, se absolvió a la sociedad referida aplicando el derecho a la presunción de inocencia. De igual manera, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª) 112/2016, de 27 de mayo, se absolvió a la persona jurídica del delito de estafa (art. 248 CP) al que también se había condenado a su administrador único, ya que tampoco había quedado probada la ausencia de medidas de control que debe fundamentar la responsabilidad penal de la empresa (la sociedad únicamente respondió como responsable civil subsidiaria del mencionado delito de estafa).

Así lo han establecido las sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de marzo, y 668/2017, de 11 de octubre. Concretamente, en la última sentencia referida se dictaminó la imposibilidad de condenar a la empresa por un delito contra el medio ambiente ante "[…] la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora […]". En otras palabras,, la acusación ni tan siquiera había alegado la supuesta comisión del "delito corporativo", consistente en la ausencia de medidas de control eficaces.

El criterio del TS y de las distintas AP con respecto a quién debe probar la eficacia o ineficacia de los sistemas de cumplimiento ha sido unánime, aunque sin demasiada profundización, por parte de los Tribunales referidos. Su tesis es la siguiente: al haberse optado por un sistema de auto responsabilidad en el que "la no implementación de los sistemas de cumplimiento" forma parte del núcleo esencial del tipo penal, es la acusación la que debe probar su ineficacia.

El criterio del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales

En efecto, nos referimos a la carga probatoria a la hora de acreditar la eficacia o ineficacia de los sistemas de compliance, sobre la cuál existen escasos pronunciamientos del TS y de las AP que se limitan a establecer que la carga de la prueba recaerá en la acusación, ya que el "no establecer los sistemas de cumplimiento" forma parte del núcleo esencial del delito corporativo. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre. establece un nuevo criterio a este respecto que será objeto de análisis en el presente artículo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado diversas discusiones de índole jurídico-penal durante esta última década. Quizás el principal debate haya radicado en el sistema de atribución de dicha responsabilidad, a saber, la elección entre un modelo de autorresponsabilidad o de heteroresponsabilidad. No obstante, la referida controversia no solo recae en aspectos teóricos o, si se quiere, doctrinales, sino que existen determinados aspectos que conllevan una relevante influencia en el terreno práctico.