

¿Cómo probar que el Barça es el mejor club del mundo?

El Barça será el mejor club del mundo si se auto-exige un cumplimiento real de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y si después lo puede probar. Si gana o no partidos es harina de otro costal



ENRIQUE DE MADRID-
DÁVILA

Miembro del Consejo Directivo del
Instituto de Probática y Derecho
Probatorio de Esade
Profesor de Investigación Privada,
Seguridad y Riesgo Corporativo de
la Universitat de Barcelona
Consultor Estratégico & Detective
Privado



Barack Obama, en su libro «La Audacia de la Esperanza» relata la discusión entre dos senadores norteamericanos que acababa con el siguiente relato:

«– Bien, puede que no estés de acuerdo conmigo, Pat, pero tengo derecho a tener mi propia opinión.

A lo cual, Moynihan replicó con frialdad:

– Tienes derecho a tener tu opinión, pero no tienes derecho a tener tus propios hechos»

Fantástico, a Barack Obama le interesa la probática. Queda ahora en duda si le interesa el derecho probatorio y la licitud de los medios de prueba, a tenor

del escándalo del espionaje internacional destapado por Snowden. Ética, legalidad y procedimientos de conocimiento de hechos. Veremos que pasa, pero pasemos a lo que me interesa en este artículo: ¿Podemos probar que el Fútbol Club Barcelona es el mejor club del mundo? Me interesa particularmente este asunto en relación con la aplicación de la reciente normativa sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante RPPJ), y su implicación en el anteproyecto de reforma del Código Penal.

Es claro que un fan del FC Barcelona obviamente tendrá una opinión propia favorable a la pregunta, pero examinemos si tiene derecho a tener sus «**propios hechos**».

Veamos entonces el problema siguiendo el símil del ciclo de la vida de los hechos:

OBTENCIÓN Y ADQUISICIÓN

El concepto que se deriva de la aplicación normativa de la RPPJ es la obligación por parte de las personas jurídicas a una auto-regulación que se transforme en una serie de medidas de obligado cumplimiento con objeto de prevenir y detectar el delito corporativo. Estas medidas de obligado cumplimiento es lo que en la literatura actual tiende a llamarse programas de *Compliance*.

La aplicación de la normativa de la RPPJ tendrá impacto en las corporaciones que puede resultar en importantes y letales penas para las mismas, lo que lógicamente provocará la necesidad de evaluar cuestiones importantes en sede judicial.

En este momento, el concepto de *debido control* que especifica el art. 31 bis del vigente código penal es el eje clave sobre el que valorar la diligencia de las compañías en la aplicación de la norma. Dicho *debido control* debe ser el resultado emergente de la aplicación de medidas de obligado cumplimiento.

La normativa sobre RPPJ está orientada a obligar a las corporaciones privadas a (1) dotarse de una arquitectura organizativa «ad hoc» para prevenir y detectar el delito corporativo (desde el soborno, la estafa, la alteración de precios del mercado, consumidores, contra la Hacienda Pública, falsedad, blanqueo de capitales, etc.) (2) a dotarse de un proceso de análisis de riesgos (3) dotarse de un código ético y reglamento sancionador (4) y a dotarse de un sistema de control e investigaciones internas. Este es un gran resumen. Bien, estos son los hechos en relación con la ley. Ahora veamos los hechos en relación con el comportamiento de la organización.

Tecleando en *google* el nombre del club conjugándola con la palabra escándalos sale una innumerable lista de noticias tales como:

- Los miembros de la junta se espían entre ellos a través de medios poco éticos.
- Jugadores defraudan a la Hacienda Pública haciendo malabarismos en paraísos fiscales.
- El Barça «desangra» a los consumidores catalanes quedándose ayudas públicas a través de una fundación.
- El Barça es patrocinado por Qatar Foundation, organización con base en un país con serias dudas sobre los derechos humanos.
- El presidente del Barça tiene negocios con delincuentes económicos brasileños.

ADMISIÓN

No creo que exista ninguna duda sobre la existencia de la normativa RPPJ. Se admiten estos hechos.

Claro, la veracidad de la noticias de *google* son harina de otro costal. Son problemas todavía por probar sin son ciertos o no, por lo cual otorgamos la «presunción de inocencia». Ciertamen-

te a mi no me interesan si los hechos ocurrieron o no. No es objetivo de este artículo decir nada malo de este club de fútbol, tan honorable y con la «presunción de inocencia» tan intacta como la de cualquier club de fútbol. Pero en la probática es también importante que es aquello que es más probable (estadísticamente hablando incluso). Clubs de fútbol en Inglaterra, Italia, Alemania han sido condenados judicialmente por delitos cometidos en la gestión empresarial. Poder, comisiones, medios de comunicación, paraísos fiscales, apuestas amañadas, y otros ingredientes son un cóctel explosivo que afectan a todos los clubs de fútbol importantes del mundo. Por tanto, cuando las barbas de tu vecino veas cortar...

VALORACIÓN

La aplicación de la RPPJ va a ser un problema muy complejo para las organizaciones en el futuro que puede conllevar penas de alta cuantía económica, abandonar sectores de negocio e incluso la disolución de la persona jurídica. Aparte de cuestiones dogmáticas sobre si la persona jurídica puede ser responsable penalmente, y de los problemas procesales que también afloran, nacerá con fuerza la probática relativa a si las medidas de prevención del delito fueron reales, es decir, que fueron un hecho.

Siguiendo el argumento de la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, una de las cuestiones controvertidas se centra en si las medidas para la prevención y detección del crimen corporativo fueron cosméticas o no. Esto es, que las medidas de prevención y detección de crímenes corporativos no se quedaron únicamente en el detalle de manuales escritos (documentos de descripción de lo que debería ser el programa de *compliance*) sino que se implementaron en el plano de los hechos. Este último concepto de *implementación en el plano de los hechos* será una cuestión clave. En definitiva, **probar** el «debido control». Así pues será decisivo obtener prueba de la implicación del consejo de administración

y junta de gobierno, de la existencia del código ético y del reglamento sancionador, de la existencia y planes de actuación del *compliance officer*, de la eficiencia de los canales de denuncia, etc.

Y no sólo. El antes mencionado anteproyecto menciona también la posibilidad de que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si **prueba** que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención. Esta puede ser una buena vía de escape para descargar de responsabilidad a la empresa y una línea estratégica de la defensa penal de la persona jurídica afectada.

El anteproyecto de reforma del CP menciona la posibilidad de que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si prueba que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención

En definitiva: probar, probar y probar.

Aquí es importante aclarar ahora que en la aplicación de las medidas de RPPJ no exista la confusión entre riesgo penal y riesgo de seguridad en el control. Una cosa es defender de una imputación penal a la persona jurídica (riesgo penal) y otra defender a la empresa de las acciones de un delincuente corporativo (riesgo de seguridad). Cuidado con confundirlos. Existe



el riesgo de que me roben en la calle y el riesgo de que coja una gripe. A nadie se le escapa que aún utilizando el mismo término «riesgo»- el experto de la gripe es un médico y el experto de la seguridad ciudadana es el policía. Pues en el mundo del «riesgo» corporativo existe una importante confusión que provoca una importante distorsión de la realidad. Tienen diferentes definiciones y metodologías de solución de problemas.

Esto nos llevará a un escenario en que será muy importante que los juristas cuenten con investigadores y peritos técnicos sobre la cuestión para solucionar innumerables problemas de prueba, tanto para la defensa como a la acusación.

CONCLUSIONES

La RPPJ puede ser una materia muy delicada para grandes corporaciones como puede ser el caso de grandes clubs de fútbol que han demostrado deportivamente que son muy buenos. Pero claro, han de ganar deportivamente siendo éticos y cumpliendo la ley en su gestión.

Para las cuestiones legales que nazcan en imputaciones penales la cuestión de prueba va a ser un capítulo decisivo, sobre el cual será necesario juristas especializados, con profundos conocimientos en probática, que

trabajen conjuntamente con expertos en áreas como la *corporate crime prevention*, la auditoría de cuentas, la *compliance* empresarial, la investigación interna en las organizaciones, y la informática / telecomunicaciones.

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas puede ser una materia muy delicada para grandes corporaciones como puede ser el caso de grandes clubs de fútbol

Por último una reflexión. El sociólogo Zygmunt BAUMAN afirma que la ética no se puede exigir a terceros sino que sólo el propio sujeto es ético si se auto-exige un cierto comportamiento a sí mismo. El sujeto que sigue una ética impuesta (unas normas de comportamiento) puede que la cumpla por miedo a la sanción. No por ser ético. Como sería el caso de acatar el Código Penal. Ello abre un importante debate sobre si en el Código Penal se puede exigir a la persona jurídica que tenga un código ético y un reglamento sancionador. ¿es la ética un falso debate y sólo se debe exigir el cumplimiento de las leyes? El probatorista Jordi FERRER de la Universitat de Girona argumenta que la «presunción de inocencia» no existe a efectos reales -y que es meramente, según yo lo interpreto, una «ficción moral» cosmética para quedarnos tranquilos-. Puede ser que el código ético, que las nuevas tendencias en RPPJ quieren imponer, sea algo parecido. No lo sé.

En cualquier caso el Barça será el mejor club del mundo si se auto-exige un cumplimiento real de la RPPJ y si después lo puede probar. Si gana o no partidos es harina de otro costal. O no.