

# ENTREVISTA A BERNARDO DEL ROSAL



## Bernardo del Rosal

Catedrático de Derecho Penal, abogado en la boutique penal, Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados, y consultor, especialista en derecho penal económico y una referencia en compliance

*Entrevistamos a Bernardo del Rosal, catedrático de Derecho Penal, abogado en la boutique penal, Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados, y consultor, especialista en derecho penal económico y una referencia en compliance al haber trabajado como of counsel para Clifford Chance y ser director del programa ejecutivo en compliance de Wolters Kluwer.*

*Buenos días Bernardo. Si me permites tutearte. Llevábamos tiempo queriendo conocerte de primera mano y preguntarte algunas cosas sobre el cumplimiento normativo.*

**La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un terremoto en nuestro ordenamiento jurídico penal. ¿Cómo lo viviste?**

Sin duda que lo fue. En los foros académicos especializados, hacía muchos años que se venía preconizando, por autores muy relevantes, su implantación y, por tanto, a los que frecuentábamos esos foros, acudiendo a congresos, seminarios, jornadas, etc., o leyendo los trabajos que se publicaban en revistas muy especializadas, no nos pilló de sorpresa. Así y todo, había mucha crítica y muchos críticos de esa posición y todo el mundo presentía las dificultades que esa implantación iba a traer. Ahora, para nuestro sistema de Derecho Penal, de construcción antropocéntrica, fue una auténtica revolución.



**España siempre fue considerada un país de pícaros. De hecho, la cultura del compliance y la cultura ética empresarial, tradicionalmente ligada a los países de cultura anglosajona y protestante, choca en los países latinos, donde, hasta hace escaso tiempo, eran vistas con normalidad y aceptadas socialmente algunas conductas improcedentes, hoy sancionadas penalmente, como el tráfico de influencias. ¿Con estos antecedentes, consideras factible que, en un tiempo razonable, nos adaptemos a ese cambio de mentalidad?**

No solo factible sino, incluso, diría que inevitable. Las barreras culturales con las que se encuentra en España – y, en general, los países de tradición continental y cultura latino - mediterránea -, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, más adaptado a países de tradición legal anglosajona, es incuestionable. Y, de hecho, esas barreras están demorando su implantación, porque se comprende y acepta mal. Pero también es incuestionable el impulso que, a determinadas instituciones legales, les da la globalización, porque ésta hace más viable la universalización de los sistemas legales. Ejemplo de ello es Italia, donde el sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas implantado en 2001, nominalmente administrativo, pero realmente penal, encontró similares barreras legales y culturales, pero, ahora, está perfectamente implantado y normalizado en su funcionamiento.

**¿Eres optimista, pues, en relación al futuro del cumplimiento legal en España?**

No sé si la palabra es optimista, pero, desde luego, estoy convencido de que es cuestión de poco tiempo que los esquemas y requerimientos del cumplimiento normativo se implanten en las empresas y se normalicen, de la misma manera que lo han hecho los esquemas y requerimientos de la prevención de riesgos laborales, o los de la prevención del blanqueo de capitales en los sujetos obligados. La realidad económica global en la que vivimos y nuestra integración en la Unión Europea, así como nuestros estrechos vínculos comerciales con los EE.UU., y, en general, con los países de tradición anglosajona, nos van a llevar, casi de forma inevitable, a ello.

**Cuando el Tribunal Supremo habló, por primera vez, en la tan comentada sentencia 154/2016 de 29 de febrero de 2016 y en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de ética empresarial, y algunos consideraron dicho pronunciamiento como un hito, porque antes, ninguna sentencia de la sala de lo penal del alto tribunal, se había parado a hablar de la ética, para fundamentar la existencia o no de un delito o de una eximente de la responsabilidad penal, mientras otros quedaron extrañados y criticaron que la ética fuese un criterio para determinar la existencia o no de un delito. ¿Qué te sugirió a ti como catedrático que eres en Derecho Penal esa referencia a la ética empresarial como base o elemento de los programas de compliance?**

Pues no dejó de generarme un cierto sentimiento de preocupación, porque, en Derecho Penal, la ética puede ser un desiderátum, un objetivo final que justifique el sistema (como, de hecho, lo es de todo el sistema legal), pero no está tan claro que deba de ser un objetivo de política criminal y, menos aún, un elemento, positivo o negativo, de la estructura de los delitos.

En el ámbito del Derecho Penal de los individuos, la conducción ética no es un requisito esencial, por ejemplo, para la exención de la culpabilidad y creo que tampoco lo debe de ser en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Por lo demás, los referentes éticos no son universales ni ajenos al sistema de valores culturales y el Derecho Penal debe de aspirar a exigir unos mínimos éticos, que, en muchas ocasiones, se identifican, simplemente, con el cumplimiento estricto de la Ley. Más allá de ello, es muy peligroso establecer otros requerimientos. El problema, por eso, de la sentencia del Tribunal Supremo es que se lanza a hablar de ética empresarial sin que, en ningún momento, se defina ni en la sentencia ni en el sistema legal qué se quiere decir con ello. Por eso, en este aspecto, me identifico más con el voto particular que con la sentencia de la mayoría.

**El art. 31 bis del C.P. no incluye entre los requisitos que debe reunir un programa de cumplimiento normativo penal para poder actuar, en su caso, como eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica, de la necesidad de dotar al mismo de un "código ético o de conducta" ; sin embargo, nadie duda, a estas alturas, de que el mismo es un elemento esencial de un programa de cumplimiento normativo ¿Crees que ha sido un olvido del legislador o que quizás no consideró oportuno hablar de ética en un código penal?**

No creo que esté ausente del texto legal esa exigencia. Cuando en el Código Penal se dice que las empresas "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", es obvio que tales protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad se tienen que basar en principios y políticas de actuación que deberán estar definidos en un código de conducta de la empresa.

Ese Código de Conducta hará, además, más comprensibles a los directivos y trabajadores los protocolos y procedimientos de toma de decisión porque explicará las decisiones de política empresarial en el que están basados. No se me ocurre una mejor forma de hacerlo.

**En relación a los elementos del tipo penal del art. 31 bis. el Tribunal Supremo vino a identificar, en la tan referida Sentencia de 29 de febrero de 2016, la "acción antijurídica" que daría lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, con la "ausencia (total o parcial pero grave) de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos."; sin embargo el tipo del art. 31.bis a), en modo alguno hace referencia a "defectos organizativos, de control" o "ausencia de cultura de cumplimiento", como elemento del tipo. ¿No ha ido demasiado lejos el Supremo? Como abogado penalista, crees que este "defecto" de tipicidad, podría dar lugar, en caso de condena, a un recurso de amparo o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?**

Personalmente, creo que, en algunos extremos, la sentencia ha generado un cierto nivel de confusión que deberán de ir aclarando sentencias posteriores. Además, la exigencia de ese defecto de organización como elemento del injusto, o como fundamento de la culpabilidad, ni siquiera está aceptada mayoritariamente por la doctrina y es, por tanto, una posición muy controvertida. Por eso, creo que esta referencia de la sentencia es prematura e innecesaria y veremos cómo resuelve esta incertidumbre el desarrollo jurisprudencial posterior. No sé si el Tribunal Constitucional vería en esta una cuestión de relevancia constitucional, dada su afición a escurrir el bulto en los últimos tiempos, pero, desde luego, como abogado, vivo estas incertidumbres con la máxima preocupación.

**Hemos comprobado que hay empresas que, adoptando una actitud proactiva ante los cambios, siendo respetuosas con la ley, auditando sus cuentas, contando con certificaciones ISO de calidad o medioambiente, y adoptando una política de transparencia, sin embargo, tienen todas esas políticas y procedimientos un tanto deslavazados. ¿Consideras que un código ético o de conducta, bien elaborado, puede actuar de catalizador y dotar ese conjunto de protocolos y medidas, de la necesaria uniformidad, sirviendo a la misión, a la visión y a los valores de la empresa?**

Sin ninguna duda. El Código de Conducta (prefiero, porque no me gustan sus implicaciones, hablar así que no de un Código Ético) es el documento en el que la empresa debe de establecer y plasmar sus principios fundamentales de funcionamiento y su posición respecto a los temas más delicados (patrocinios, donaciones, cortesía empresarial, acoso laboral, derechos humanos en la empresa, etc.) y, a partir de ahí, podrá hacer efectivos esos principios de funcionamiento, a través de los adecuados procedimientos de gestión y a través de los controles que se entiendan necesarios. El Código de Conducta es algo así como la Constitución de las Buenas Prácticas empresariales. Además, el Código facilita la comprensión y el conocimiento de esos principios de actuación al compendiarlos en un solo documento que se puede publicitar para el conocimiento, también, de clientes y proveedores.

**¿Qué opinas de la elección del legislador de considerar a las personas jurídicas como responsables penales solo en relación a un número clausus de delitos? ¿No hubiera sido preferible que dicha responsabilidad, al menos desde el plano teórico se extendiera a la totalidad de conductas delictivas? Por poner un ejemplo, ¿No resulta un poco ilógico que si hay una muerte en un hospital por no aplicar de determinados protocolos médicos, con el fin de ahorrar costes, no exista responsabilidad penal de la persona jurídica?**

Digamos que para poner en marcha el sistema, no me parece mal. Es una decisión prudente. Pero estoy convencido que, una vez el sistema se consolide, terminará extendiéndose a mucho más delitos de los previstos ahora.

**Resulta evidente la relación que existe entre un programa de prevención de delitos y la función jurídica, hasta tal punto que en cierta medida hablar de ambos resulta una tautología; sin embargo, para elaborar un programa de cumplimiento normativo penal eficaz, ¿consideras que el Derecho se queda corto y necesita darse la mano con las técnicas de gestión más avanzadas?**

Sin ninguna duda. Es cierto que la complejidad y sofisticación de un programa de prevención de delitos dependerá del tamaño y de la propia complejidad de la empresa y de su actividad, pero, en la mayoría de los casos, el Derecho es un instrumento necesario, pero no suficiente. Por eso, estoy convencido de que los juristas tenemos un papel esencial en el diseño y la implementación de los programas de prevención, pero también lo tienen otro tipo de profesionales, mucho más familiarizados con la gestión de riesgos y la gestión empresarial.

**Sin embargo, esas técnicas son totalmente extrañas a la práctica totalidad de jueces y fiscales y la mayoría de abogados. ¿Crees que es así? ¿lo ves como un problema? ¿cómo afrontarlo?**

En general, jueces y fiscales tiene una formación deficiente en muchos de los ámbitos del mundo financiero y económico, como también la tenemos la gran mayoría de los abogados, pero esto no es un drama. Primero, porque hay profesionales que auxilian, en su labor, a la Administración de Justicia y, cada vez con más frecuencia, jueces y tribunales toman decisiones impensables si no se comprende la contabilidad de una empresa, o un plan de negocio, o un determinado producto financiero, etc.

Será una cuestión de tiempo que esto deje de ser un problema y, desde luego, no sería ninguna mala idea que el Consejo General del Poder Judicial retomara los cursos de formación a jueces que, en tiempos, fueron muy positivos, de la misma manera que la Fiscalía General del Estado debería de hacer lo propio.

**A este respecto ¿hasta qué punto los jueces de instrucción están capacitados para valorar en un proceso penal que la persona jurídica cuente o no con un programa de prevención de delitos eficaz?**

A día de hoy, es evidente que son minoría los jueces de instrucción que comprenden los fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica y lo que es y significa un programa de prevención, pero creo que es una cuestión de poco tiempo el que esta situación evolucione y mejore. Es cierto que queda mucho camino por andar, que hace falta un cuerpo de doctrina jurisprudencial que oriente a los operadores jurídicos, pero soy optimista (ahora sí) de ver que estamos evolucionando muy rápido y que la situación tiene buenas perspectivas de progreso. No debemos impacientarnos porque el cambio legal es inmenso y nada fácil de asumir.

**¿Crees que, en estos casos, será imprescindible valerse de periciales para acreditar la eficacia o no del programa de prevención?**

No estoy muy seguro de que sea éste un tema de pericial judicial. Creo que una empresa, sin necesidad de la intervención de un perito, puede estar en condiciones de demostrar la existencia del programa, su implementación y su adecuado funcionamiento, así como el desempeño del cargo del compliance officer. No tengo la impresión que para comprender que el programa existe y funciona adecuadamente hagan falta los conocimientos expertos de un perito, como sí puede hacer falta en el caso del análisis de unas cuentas, o de un producto financiero, o de un proceso de fabricación de un determinado producto. Ahora bien, no es en absoluto descartable que un juez recurra a ello.

**¿Crees que podría llegar a crearse un cuerpo de peritos especialistas en gestión y control del riesgo penal?**

No lo creo, si soy coherente con la respuesta anterior. En cualquier caso, el tiempo dirá si esa necesidad se plantea o no. De momento, vamos a ver si el sistema se desarrolla adecuadamente y funciona bien y, logrado ello, más adelante, nos podremos plantear estas cuestiones.

**¿Consideras una garantía que asegure la eficacia de un programa de prevención que un tercero independiente revise y audite el programa siguiendo estándares reconocidos internacionalmente?**

Absolutamente. No me cabe la menor duda de que esa es la mejor garantía para demostrar que el programa tiene, en principio, validez y eficacia. Es más, creo que este es un requisito de obligado cumplimiento.

**Hablando de dichos estándares. ¿Qué destacarías de la ISO 19601 que se acaba de publicar?**

Más que destacar los elementos internos de la mismas, que convertiría esta respuesta en excesivamente extensa, me gustaría destacar el propio hecho de su publicación, porque va a ser, sin duda, un documento de trabajo esencial para empresas y asesores.

**¿Qué significado tiene para ti que una empresa adopte las recomendaciones de la ISO 19600 sobre sistema de gestión de compliance o se certifique en la 19601? ¿Crees en términos de defensa, que los seguimientos de dichas recomendaciones podrían servir para demostrar en un proceso penal el compromiso de la empresa con los criterios de buen gobierno y gestión y control del riesgo de comisión de delitos?**

Sin ninguna duda, va a ser un elemento de defensa esencial, que le va a aportar credibilidad a la empresa y la va a colocar en una posición más favorable frente al juez instructor o frente al juzgador para lograr la aplicación de la eximente de responsabilidad penal.

**¿Hasta el punto de servir de eximente de la responsabilidad penal de la misma?**

No creo que se pueda llegar tan lejos. La certificación es un elemento muy importante para acreditar la validez e idoneidad del programa, pero teniendo en cuenta que un programa de prevención es un mecanismo muy vivo, es probable que, junto a la certificación, haya que aportar otros elementos de convicción del programa y que tengan que ver con su funcionamiento en los meses previos a la comisión del delito. La certificación es un elemento necesario, pero no suficiente.

**¿Sería conveniente que el legislador desarrollase los requisitos que ha de reunir un programa de prevención de delitos, así como el estatuto del compliance officer definiendo los principios que deben regir su actuación, sus funciones, deberes y responsabilidades, a fin de facilitar a los jueces la tarea de valorar adecuada y objetivamente la eficacia de un programa de prevención de delitos y la función llevada a cabo por el compliance officer?**

No estoy seguro. Soy muy reactivo a los excesos de regulación que encorsetan las instituciones y no permiten la necesaria flexibilidad para adaptarlas a las situaciones específicas. En mi opinión, las cosas están suficientemente reguladas y, en todo caso, un cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se irá generando conforme se vaya aplicando esta legislación, ayudará a aclarar algunos conceptos.



**Siendo cierto que los programas de prevención de delitos no son una obligación legal para las personas jurídicas susceptibles de ser condenadas penalmente, también lo es que el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, al regular el deber de diligencia de los administradores de las sociedades de capital si impone a éstos, en su apartado 2, el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. ¿Se puede hablar entonces de un deber de los administradores de establecer e implantar dichos programas de prevención de delitos, pues en caso de no hacerlo, se les exigiría por accionistas o acreedores, la correspondiente responsabilidad ligada al incumplimiento del deber de diligencia?**

El deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad no incluye, necesariamente, la obligatoriedad de implantar un programa de prevención de delitos. Creo que no hay que ir más allá de lo que la Ley va, imponiendo obligaciones que no están nítidamente establecidas en la Ley. Cosa distinta es que la Ley premie a quien ha implantado un programa de prevención o que la Ley lo exija en determinados ámbitos, por obvias razones (por ejemplo, para contratar con las Administraciones Públicas, tal y como apunta la Directiva Europa de Contratación Pública).

**¿Cómo puede un administrador reducir la posibilidad de acciones de regreso ante daños causados por un incumplimiento de la legalidad?**

Es una pregunta muy difícil de contestar, en términos generales. Habrá que ver el caso particular, pero, obviamente, esas acciones de regreso no están, en general, excluidas.

**Prácticamente las grandes corporaciones cuentan ya con programas de compliance, sin embargo, éstos no han llegado todavía a la inmensa mayoría de las pymes, que son las que conforman fundamentalmente nuestro tejido empresarial. ¿En qué medida la implantación de un programa de prevención de delitos eficaz y la debida publicidad del código ético y de la existencia de un canal de denuncias, puede suponer una ventaja competitiva para las empresas, también para las pymes?**

Creo que es un elemento muy importante para a imagen de la empresa y, como tal, para la captación de clientes o de socios para las aventuras conjuntas, o para la captación de profesionales. Una empresa, por pequeña que sea, que se toma en serio estos requerimientos qué duda cabe de que transmite la imagen de que se toma así misma, y de que se toma el respeto a la Ley, muy en serie y, por tanto, es una empresa fiable.

*Podríamos seguir charlando durante largo rato, pero tampoco se trata de abusar de tu tiempo, ha sido un placer. Especialmente te felicito por toda la tarea formativa y divulgativa del compliance que lideras. Muchas gracias Bernardo del Rosal.*