

XV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Jueves 7- viernes 8/06/2012

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES
FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN DEBATE DE LA PONENCIA: ¿PUEDE LA PERSONA JURÍDICA CONOCER LA ANTIJURICIDAD DE LA NORMA? A PROPÓSITO DE UNA DOCTRINA DEL TEAC SOBRE EL ART. 179 LGT, DEL PROF. DR. DR. H.C. D. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

Viernes 8 de junio de 2012, 18,45-20,30 h.

Ponente: Prof. Dr. Dr. h.c. D. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

Moderador: Prof. Dr. D. Ángel Sanz Morán

Relatora: D.ª PAZ FRANCÉS LECUMBERRI



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

[TÍTULO]

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Miguel Bajo Fernández, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Moderador: Prof. Dr. D. Ángel Sanz Morán, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Sanz Morán, Bajo Fernández, Luzón Peña (Alcalá), Corcoy Bidasolo (Barcelona), Roso Cañadillas (Alcalá), Olaizola Nogales (Pública de Navarra), Jaime Lombana Villaba (del Rosario, Bogotá).

Relatora: D.ª Paz Francés Lecumberri, Ayudante de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona

I.

Resumen: El **Profesor Bajo Fernández** expuso en su ponencia cómo los Tribunales Contencioso Administrativos desde hace ya algunos años vienen apreciando en la responsabilidad de la persona jurídica criterios de imputación donde se introducen elementos subjetivos y también otros relacionados con la culpabilidad. La construcción progresiva de esta línea, considera el ponente, puede ser útil a la hora de adaptar algunas de las instituciones de la teoría del delito en lo referente a la imputación de responsabilidad a la persona jurídica abandonando el principio de atribución.

II. Debate correspondiente a la ponencia del Prof. BAJO FERNÁNDEZ

En la primera intervención el **Prof. Luzón Peña** se pregunta si es verdad que en el Derecho administrativo sancionador hay iguales garantías que las previstas para el Derecho penal o por el contrario esto no es una realidad. Él considera que no, que no se exige igual culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, y es más, tampoco considera que tenga sentido se exija lo mismo en uno y otro Derecho.

Advierte además que el Derecho administrativo sancionador no sólo se ciñe al Derecho económico, también hay otros ámbitos en los que actúa y hay muchos campos donde no se exige la culpabilidad.

Pero, aparte de esto, en el Derecho económico, por el hecho de que hay empresas involucradas considera que se es más estricto y que por ello se exige

conocimiento de la antijuridicidad. Pero el que por el Derecho administrativo sancionador se rechace, por ejemplo, el caso fortuito ¿significa que se exija el dolo o la culpabilidad? Por ejemplo, advierte cómo el Derecho sancionador desconoce la regla de que la imprudencia sólo se castigue cuando esté expresamente previsto por la norma. Pero además, dice, el Derecho administrativo sancionador desconoce el principio de que el castigo debe ser proporcional al dolo o culpa.

Además, el Prof. Luzón advierte cómo los tribunales administrativos en el análisis del conocimiento de la antijuridicidad (entendiendo el error de prohibición = error de derecho) no lo hacen en el sentido del Derecho penal. No analizan la vencibilidad o invencibilidad del error como el Derecho penal. Y si bien es cierto, continua diciendo, que en el Derecho administrativo se sanciona, las sanciones administrativas no son iguales a las penas. La estigmatización del Derecho penal no existe en el Derecho administrativo sancionador. Además este último desconoce las penas privativas de libertad. Por todo esto las penas criminales son más graves.

Siguiendo con las diferencias entre las dos ramas, el Prof. Luzón manifiesta que en el Derecho penal hay términos como: inimputabilidad, exigibilidad etc. que dan lugar a disculpas que no se darán nunca en el Derecho administrativo sancionador. Son instituciones que las desconocerán siempre los órganos administrativos sancionadores.

Retoma el Prof. Luzón las palabras que el ponente toma de Gustavo Bueno, y en este sentido advierte que hay que tener cuidado con el hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica se utilice de coartada para eludir la responsabilidad de la persona física, para que se diluyan responsabilidades con la persona jurídica, lo que ya se hace en el ámbito administrativo, y probablemente, intuye, así ocurrirá en el Derecho penal. Así que tal vez la coartada, en el sentido que plantea Gustavo Bueno, considera el Prof. Luzón ¿no será al revés?

A la intervención del Prof. Luzón, el ponente, el **Prof. Bajo** contesta discrepando sobre la afirmación de que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador no exigen lo mismo. En este sentido el Prof. Bajo plantea el siguiente supuesto: “Si un Consejo de administración se reúne para determinar si dar o no determinados medicamentos a unas gallinas, que sus miembros saben que son dañinos para el ser humano y uno de ellos no vota, otro se marcha de la reunión a mitad, otro se abstiene, otros tantos votan de manera negativa, otro positiva...” ¿el juez penal matizaría sobre la actuación de cada

uno de ellos? Si, contesta el Prof. Bajo; Y ¿El juez administrativo matizaría? Si, igualmente si, responde.

En este sentido, por ejemplo sobre las cuestiones que se planteaban en relación a la inimputabilidad el Prof. Bajo plantea que se debería hacer una adaptación de las instituciones del Derecho penal para las personas jurídicas. En este sentido por ejemplo ¿se podría asemejar la inimputabilidad al momento de formación de una empresa?

La **Prof. Corcoy** se pronuncia compartiendo la conclusión del Prof. Luzón de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se convertirá en coartada para no determinar la responsabilidad de las personas físicas. Así explica como, por ejemplo, en Francia y EEUU se persigue a la persona jurídica y se olvida a la física por las facilidades que se dan respecto de la primera. La Prof. Corcoy ve que esto es una clara coartada para que una persona física no responda.

Pero además recuerda como no es igual persona física que jurídica y no cree, por ello, que haya de comparar y analizar de igual forma y de manera tan exacta los dos Derechos (el administrativo sancionador y el penal) y sus exigencias. Considera que el trasladar el Derecho penal al Derecho administrativo sancionador no significa trasladar todo. Se pregunta la Prof. Corcoy si cuando Hassemer habla de Derecho administrativo sancionador ¿está diciendo trasladar todo? Pues igual no, responde, y es que además tal vez no tenga sentido hacerlo.

Es cierto también que hay una diferencia entre la pena del Derecho penal y la sanción administrativa en la estigmatización que la primera lleva aparejada y no la segunda: la llamada “pena de banquillo”.

Para finalizar plantea si en el Derecho penal que responde a las garantías clásicas y protegiendo riesgos y el Derecho administrativo sancionador en su ámbito la responsabilidad de las persona jurídica en realidad vale para algo.

El Prof. Bajo responde a la Prof. Corcoy recordando que el hecho de que haya un Derecho administrativo sancionador con una serie de criterios en relación a la persona jurídica y una realidad como es la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal plantea cuestiones que hay que solucionar. La opinión del Prof. Bajo es la de trasladar el Derecho penal de la persona física al de la persona jurídica para lograr las

mayores garantías, no considera suficiente el principio de atribución porque la persona jurídica responde por el hecho propio y ésta debe ser la interpretación.

La Prof. Corcoy vuelve a tomar el turno de palabra y advierte cómo las decisiones de la empresa vienen por las decisiones de alguien que está detrás.

La **Profesora Roso** se pregunta si la prueba de indicio de la Ley Tributaria más que un indicio no es una presunción. Además se muestra contraria a la identidad entre la pena criminal-penal y la sanción administrativa sobre todo por la sensación para la empresa y el coste social para la misma.

La **Prof. Olaizola** afirma que si vamos al Derecho positivo, parece que el legislador en el art. 31 bis ha ido claramente por el camino de la atribución.

El Prof. Bajo considera que efectivamente del tenor literal parece que sea así, pero hay que interpretarlo. Considera que en el art. 31 bis hay dos criterios, uno es el de la atribución y el otro no.

El **Prof. Lombana Villalba** plantea que, más que una cuestión de eventual coartada, la de la responsabilidad de la persona jurídica es una cuestión de prueba, lo que hace que se tienda a la responsabilidad de la persona jurídica. Ésta, en este ámbito parece más fácil y de ahí que se opte por exigir responsabilidad a la persona jurídica y dejar pasar lo relativo a la física.

El **Prof. Luzón**, en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica se pronuncia considerando que si sólo atendemos el art. 31 bis, no habría ningún problema para considerar que la persona jurídica, aunque no sufra una pena en sentido estricto, tiene “responsabilidad penal” y esto en analogía con la LORPM que dice que los menores son responsables penalmente. El problema es que no todos son responsables de manera igual. Por ejemplo, las sanciones de la LORPM son sanciones penales pero especiales y no hay problema en decir que existe responsabilidad penal de los menores.

El problema del CP no es por tanto el art. 31 bis, en considerar responsable a la persona jurídica, el problema, considera, es el art. 37 porque a las sanciones que impone a esas

empresas o sociedades responsables las llama penas. El problema no está en la responsabilidad penal sino en la respuesta que se escoge como sanción penal. Las del menor, por ejemplo, son medidas. Ya en el Anteproyecto del 83 y luego en el Código penal de 1995 se utilizó la terminología de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, pero ahora el legislador no lo ha querido hacer así y ha planteado con ello el verdadero problema: el problema es llamar penas a esas sanciones para la persona jurídica, se tendrían que haber llamado sanciones criminales, medidas criminales o medidas de seguridad y así se hubiera terminado la discusión.

Las sanciones para la persona jurídica, considera el Prof. Luzón y así lo expresa, son una tercera vía de responsabilidad penal. Está de acuerdo con que se acuda a las sanciones o medidas penales para que las personas jurídicas respondan, pero no en llamarlas penas.

Considera que si se reinterpreta lo que dice el CP no en el sentido de la atribución o transferencia de responsabilidad (aunque le parece secundario), esto sería correcto, pero siempre que sean respuestas diferentes a las penas. Es decir, que se llame de otra manera porque si se llaman penas, se vulnera de manera flagrante, en primer lugar, el principio de culpabilidad y en segundo lugar el principio de responsabilidad subjetiva, o sea la exigencia del elemento subjetivo del dolo o la imprudencia y de sanción distinta según que haya uno u otra, y desde luego el principio de responsabilidad personal.

Para terminar el Prof. Bajo dice que él, antes de la reforma 5/2010 hubiera dicho exactamente lo mismo, pero no después de esta reforma. Considera que el hecho propio de la persona jurídica está claro que lo debe cometer una persona física pero en parte el hecho lo comete la jurídica.