

XVII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

Jueves 12- viernes 13/06/2014

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

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: - “RESPONSABILIDAD
PENAL DE DIRECTIVOS, ADMINISTRADORES O REPRESENTANTES
DE EMPRESAS POR INFRINGIR DEBERES DE VIGILANCIA Y
CONTROL”, del Prof. Dr. D. JAVIER DE VICENTE REMESAL**

Viernes 13 de junio de 2014, 10:30 h.

Ponente: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal

Moderador: Prof. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro

Relatora: Dña. Susana Escobar Vélez



“RESPONSABILIDAD PENAL DE DIRECTIVOS, ADMINISTRADORES O REPRESENTANTES DE EMPRESAS POR INFRINGIR DEBERES DE VIGILANCIA Y CONTROL”

Ponente: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo

Moderador: Prof. Dr. D. Agustín Jorge Barreiro. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Miguel Díaz y García-Conlledo, Luis Gracia Martín, Diego-Manuel Luzón Peña, Enrique Peñaranda Ramos.

Relator: Dña. Susana Escobar Vélez. Investigadora de Derecho Penal. Universidad de León

El moderador, Prof. Jorge Barreiro, agradece al Prof. De Vicente por su ponencia, destaca lo debatido del tema que ha tratado y da paso al turno de intervinientes en el debate.

En primer lugar interviene el Prof. Díaz y García Conlledo, quien advierte que no va a entrar de fondo en el asunto que se ha tratado en la ponencia, pero sí quiere decir dos cosas: en primer lugar, manifestar públicamente su felicitación al Prof. De Vicente, no sólo por la ponencia sino en general por la minuciosidad con la que siempre aborda todos los temas que trata. En este sentido, agrega que el día anterior, el Prof. Gracia Martín se refería a cómo estaba “de capa caída” la dogmática; sin embargo, considera que trabajos como los que hace el Prof. De Vicente, con rigor y seriedad, no sólo en esta oportunidad sino siempre, lo reconcilian a uno con esa situación. Reitera, entonces, su máxima felicitación al ponente por todos sus trabajos. En segundo lugar expone que, estando básicamente de acuerdo con todo lo dicho por el Prof. De Vicente, considera que, desde un concepto restrictivo de la comisión por omisión como el que maneja el ponente y varios de los presentes en el seminario, incluyéndose, cabría dar más juego a la figura de las omisiones puras de garante, que planteó el Prof. Silva Sánchez hace ya muchos años y que resultan muy interesantes. Advierte que estas figuras son difíciles de tipificar, pero quizá habría que acudir a ellas. Señala, en este punto, que dará incluso un paso más -y ahí sí, “tirándose al vacío”, aunque cree que el Prof. Paredes también alguna vez lo ha afirmado-, con la idea de dar cabida también a las omisiones puras, a las que se les ha dado poco juego. Continúa diciendo que, en el tema de la delincuencia empresarial, le da la impresión de que existe la tendencia a que todo tiene que ser autoría y comisión por omisión, pero sostiene que esas otras figuras a las que se ha referido también dan juego.

El ponente agradece al Prof. Díaz por sus palabras y le explica que en el trabajo completo sí hace referencia exactamente a lo que le acaba de plantear, es decir, que desde un concepto restrictivo de autor existen esas otras alternativas en relación con el ámbito de responsabilidad al que ha hecho referencia.

Interviene el Prof. Gracia Martín, que se suma a la felicitación del Prof. Díaz al ponente y afirma que quiere, además, contar un “secretillo”: el Prof. De Vicente ha enviado este trabajo como contribución al libro homenaje al Prof. Schünemann en Latinoamérica. El Prof. Gracia es coeditor de ese libro homenaje y, por tanto, ya ha podido leer el trabajo y constatar que es de máximo nivel. Por esa misma razón, considera que el trabajo se puede

discutir, porque tiene nivel, pues de otra manera no podría ni discutirse. En este punto, afirma que es evidente que la escuela del Prof. Luzón es de un nivel máximo y ha producido conocimiento que enriquece a la ciencia penal y que, por tanto, es idóneo y adecuado para establecer un diálogo entre colegas y entre científicos. Señala que, por su parte, se ha dedicado mucho al tema de la criminalidad empresarial y a la omisión, y en general a todos estos temas, y comparte con las posturas acerca de la omisión desarrolladas por la escuela del Prof. Luzón cuestiones muy importantes, muy esenciales, pero también tiene sus discrepancias. Así, una primera cuestión que plantea es la relativa a la terminología que ha empleado el ponente. Señala que éste ha hablado de “correspondencia” y de “equivalencia”, y sostiene que esos términos tienen que hacerse sinónimos y equivalentes a “idénticos”: si una cosa no es idéntica a otra -idéntica, no parecida- no se le puede tratar igual. Continúa afirmando que aquí se está tratando de cargar sobre la omisión la misma consecuencia jurídica de la acción y, por tanto, hay que buscar un punto de conexión en el que se produzca la identidad. ¿Dónde está ese punto de conexión?, se pregunta el Prof. Gracia Martín, y su respuesta es: en el dominio sobre la causa fundamental del resultado, que ha desarrollado el Prof. Schünemann. En este punto plantea lo siguiente, en relación con la postura de la escuela del Prof. Luzón: afirma que la omisión no causa, y que el ponente ha dicho que en la omisión puede haber una causalidad pero diferente, a lo que replica que si es diferente ya no es idéntica y no puede tratarse del mismo modo porque se estaría violando el principio de igualdad. Por consiguiente, señala, si no hay causalidad en la omisión, la identidad no se puede encontrar en el aumento o creación de un riesgo. Y reitera: si la omisión no causa, tampoco puede crear ni incrementar un riesgo. El Prof. Luzón exclama que eso es falso, y los asistentes ríen. El Prof. Gracia Martín continúa con su intervención y señala, en referencia a la postura de la escuela del Prof. Luzón, que ésta alude a un riesgo en sentido normativo-social, pero que un riesgo así entendido no es un riesgo empírico, y se trata de dos niveles diferentes. Añade que, cuando se habla de conceptos normativos, para ver qué es lo que subyace a ellos, hay que desnormativizarlos, hay que hacer el proceso inverso a su construcción para ver con qué realidad empírica nos encontramos. Así, agrega, si desnormativizamos el concepto de riesgo normativo-social, nos encontramos con un proceso causal que no lo ha originado el omitente sino que viene, por ejemplo, de la enfermedad, del niño que se ha caído al agua... Reitera que no se le puede atribuir la creación de un riesgo a la omisión, que eso es imposible. Vuelve a preguntarse dónde está el punto de conexión, y a responder que se encuentra en el dominio sobre la causa fundamental del resultado. ¿Y cómo se explica la identidad?, continúa preguntándose, y señala que para él, como lo explica en el prólogo del último libro de la Prof. Rueda, cuando se produce un proceso causal peligroso por una razón ajena al omitente, éste puede hacer lo siguiente: o dejarlo pasar -en cuyo caso no realiza comisión por omisión- o, mediante un acto voluntario, asumir en su esfera personal de dominio ese proceso causal para controlarlo. Pone como ejemplo a la enfermera que se hace cargo del tratamiento de un paciente, y que un buen día se niega a suministrarla la dosis. Ella ha asumido voluntariamente el control del proceso causal y lo domina, y se coloca en una posición *idéntica* a la del autor activo en la fase de tentativa acabada, donde puede decidir que siga el curso adelante (que él mismo inició), o desistir y evitar el resultado. Señala que ahí está, a su juicio, el punto de identidad. Luego añade otras dos cuestiones breves: en cuanto a las soluciones para la criminalidad empresarial, está de acuerdo con que una de las soluciones es la omisión, pero ésta no lo resuelve todo, pues la mayor parte de los casos son delitos de acción. En este punto pone como ejemplo al Consejo de Administración que planifica y programa la realización del hecho delictivo, que se va a realizar por acción. Sostiene que condenarles por omisión por no haber evitado el resultado es una contradicción; es como si al asesino se le condena por no haber evitado o disminuido el riesgo de muerte que él quería producir. Insiste en que es una contradicción castigar por omisión cuando hay una acción. Considera inadecuada la solución por la vía de la infracción del deber de vigilancia por la siguiente razón: la infracción de un deber de vigilancia es imprudencia, y la imprudencia se castiga solo de modo excepcional. Si se crea

una cláusula de infracción del deber de vigilancia como regla de imputación en la criminalidad empresarial estamos discriminando: ¿por qué en ese ámbito creamos un *crimen culpae* total y general, y en el resto de los ámbitos de la vida social funcionamos con el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes? Agrega que, a su juicio, la solución no está más que en construir una figura de autoría mediata en la dirección sugerida por Bottke, por ejemplo, a partir del dominio de aparatos de poder como son las empresas. Añade que el concepto de dominio del hecho es graduable, y por eso Bottke habla de un dominio del hecho superior al que tienen sujetos inferiores responsables pero con un dominio del hecho débil.

El ponente le manifiesta al Prof. Gracia Martín que todo lo que ha expresado lo considera de un gran valor. En cuanto a la correspondencia o equivalencia o identidad entre la acción y la omisión, afirma que, por lo que ha visto, cada vez son más los autores que hablan sin reparos de causalidad en la omisión. En este punto le pregunta al Prof. Gracia Martín si él considera idéntico el empleo o gasto de energía, al no gasto de energía. Agrega que la única diferencia, desde el punto de vista de las leyes naturales, está en que la acción requiere un empleo de energía y la omisión no. Eso no impide, en su opinión, afirmar que pueda haber una causalidad en la omisión, aunque no haya habido ese empleo de energía que existe en la acción. En este punto, el Prof. Gracia Martín le replica al Prof. De Vicente que un ahorro de energía no gastada no ha puesto en movimiento nada, se ha quedado dentro la energía, no se ha manifestado y, por tanto, no ha causado, no ha iniciado ningún proceso causal, el proceso causal ya le viene dado, por ejemplo por la enfermedad que tiene el sujeto, el perro que va a morder al niño, ahí está la causalidad, y un sujeto la asume, la incorpora a su esfera de dominio y entonces tiene las riendas, tiene en sus manos la decisión acerca de si se produce o no el resultado. A esto responde el ponente que, llegados a ese momento, a ese punto, para el Prof. Gracia Martín ya sería una causalidad. Éste le responde que es una situación no creada por el omitente.

Luego toma la palabra el Prof. Luzón, y advierte, en tono jocoso, que no pensaba intervenir, pero que el Prof. Gracia Martín lo ha “provocado” directamente. En primer lugar, afirma que la cláusula de la correspondencia alemana no es lo mismo que la fórmula de la equivalencia española. En Alemania, explica, buscaron una fórmula, “corresponderse”, que es mucho más laxa, para poder incluir muchas omisiones con posición de garante, que no se parecen en nada a la causación activa del resultado. Por eso, añade, tienen una cláusula facultativa de atenuación de la pena. En España, en cambio, el Código -más acertadamente- pide equivalencia, aunque luego “la fastidia” diciendo que equivale siempre que hay ley, contrato... En segundo lugar, y lo considera más importante -si bien advierte que no se va a extender y que dentro de un año le dará al Prof. Gracia Martín cumplida respuesta, y dirá que es parecidísimo lo que sostiene el Prof. Schünemann, a quien admira profundamente, lo que sostiene el Prof. Gracia, a lo que sostiene el propio Prof. Luzón, el Prof. Silva y algún otro autor, y va a explicar mucho mejor lo que ahora solamente apunta- le dice al Prof. Gracia Martín que, como él (se refiere al Prof. Gracia Martín) no cree en la imputación objetiva, por eso discrepan, y que le ha entendido mal, porque jamás ha hablado de un riesgo normativo sino de que socio-normativamente hay determinadas omisiones en que la propia omisión crea o incrementa un riesgo. Si lo crea, es que el riesgo jurídica o socio-normativamente se da como inexistente. ¿Cuáles son esos riesgos?, se pregunta. Y responde que son los que existían, sí, por causas naturales o intervención de terceros, pero estaban totalmente controlados. Le explica al Prof. Gracia Martín -haciendo la advertencia de que hasta ahora no lo ha dicho pero se lo dice a él en primicia-, que habla de crear el riesgo, porque ese es el requisito número uno que se utiliza en la imputación objetiva. Antes se hablaba de adecuación, ahora se habla de crear un riesgo relevante, otros dicen crear un riesgo superior al permitido o jurídicamente desaprobado. Añade que, si eso se pide para el delito comisivo normal, también hay que pedirlo para el delito omisivo normal. Para terminar con su

intervención y dar la oportunidad al Prof. Peñaranda que ha pedido la palabra, el Prof. Luzón se pregunta por la diferencia con la postura del Prof. Gracia Martín. Responde que en la imputación es un primer requisito típico que hay que completar luego, al llegar a la autoría y participación, con un segundo requisito. Si es autoría, tiene que haber una de estas dos cosas: en los delitos de resultado puros, determinación objetiva del hecho, que la doctrina mayoritaria llama dominio del hecho cuando hay dolo; o, segunda posibilidad, en algunos delitos funciona la autoría, excepcionalmente, como autoría por infracción del deber. En los delitos en que no funciona la autoría por infracción de deber sino los normales, de autoría mediante el dominio del hecho, hay que examinar si hay dominio del hecho. Y en este punto le concede la razón al Prof. Gracia Martín en que hay que analizar si hay dominio sobre la causa, el “Grund” (aquí advierte que “Grund” no es la causa, causa es “Ursache”), la razón, el fundamento del resultado. Pero llama la atención sobre el hecho de que también hay participación en comisión por omisión y, en ese caso, también puede hablarse de creación o incremento de un riesgo, en todo caso descontrolando lo que estaba controlado, o creando mayor descontrol del que ya había. Aclara que se trata de creación o incremento del riesgo no de dominar el curso del acontecimiento, sino de favorecer, porque estamos en el ámbito de la participación. Considera que eso se olvida un poco en la postura del Prof. Gracia Martín, porque si únicamente se habla del dominio, no se puede explicar la participación en comisión por omisión.

Luego toma la palabra el Prof. Peñaranda, y advierte que queda muy poco tiempo para decir cualquier cosa. En primer lugar felicita al Prof. De Vicente por su ponencia, que además ha generado esta discusión y ha mostrado las dificultades que el tema plantea. Considera que en muchas ocasiones se discute más sobre palabras que sobre el fondo de los asuntos, y eso hace que tendamos a no entendernos. Como ejemplo se refiere al concepto de dominio sobre el fundamento, sobre la causa, sobre la razón del resultado. Pone de relieve que en la ponencia del Prof. Gracia Martín se hablará de *quaternio terminorum*, y advierte que aquí hay una *quaternio terminorum* “como una casa”, porque se utiliza el término “fundamento”, “causa fundamental”, en dos sentidos distintos; tan distintos, afirma, que luego hay que precisar, hay que especificar que, por un lado, tiene que ver con la situación de desamparo y, por otro lado, tiene que ver con los riesgos que puedan afectar al bien jurídico, es decir, de nuevo, deberes de protección y deberes de control. Sostiene que estamos empeñados, sistemáticamente, en poner distintos nombres a cosas que, al final, nos vuelven a aparecer, porque es imprescindible que aparezcan. Agrega que, en la omisión, se habla siempre de una especial responsabilidad del omitente, llámese o no garante, eso de nuevo es una discusión sobre el uso de las palabras. Esa especial responsabilidad, añade, puede tener dos razones: una conexión especial con el bien jurídico, o una conexión especial con el riesgo que afecta al bien jurídico. Explica que eso ya se había planteado bastante bien desde Armin Kaufmann, y no hacía falta modificarlo. Con respecto al tema de la causalidad, considera que es otra discusión sobre el uso de las palabras, pues depende de a qué llamemos causalidad. Si llamamos causalidad al conjunto de las condiciones que explican la producción del resultado, las omisiones pueden formar parte de ellas sin ninguna dificultad, como condiciones negativas, y desde la ciencia no hay ninguna discusión al respecto. Se afirma, por ejemplo, que un niño se ha muerto porque tuvo una peritonitis y no fue operado a tiempo, y nadie pone eso en cuestión. En este punto el Prof. Gracia Martín dice que él sí lo pone en cuestión. Continúa el Prof. Peñaranda afirmando que no se puede poner en cuestión que se pueda decir eso, y que otra cosa es que luego eso plantee problemas epistemológicos en función del concepto de causa que se maneje. Considera que, en Derecho, estamos para cuestiones un poco más prácticas, y en este caso se trata de resolver el problema práctico de cómo se responde en el ámbito de las empresas, cómo responden los directivos por hechos que se producen en su ámbito. Se cuestiona si es posible responder por omisión y considera que sí, aunque no siempre se responde por omisión, porque a veces hay comportamientos activos pero, si por omisión ya se responde, no puede haber una

responsabilidad activa cuando la intervención activa es menos intensa que cuando sólo hay una omisión, porque sino se producen paradojas. Las reglas del Derecho, agrega, tienen que ver con esto, con cuestiones pragmáticas muy importantes que hacen que no se responda más por menos, ni menos por más. Añade que no necesariamente se responde siempre como autor, y advierte que eso lo ha planteado muy bien el ponente. Expone que se trata de dos cuestiones distintas: si se responde por omisión y cómo se responde por omisión, y eso dependerá, entre otras cosas, de los delitos, de la conexión, de la forma en que se vinculan. En este punto se refiere al supuesto de un directivo de una empresa que ve cómo -advierte que no sólo ve sino que lo ha apoyado, motivado- sus subordinados están vendiendo preferentes a determinadas personas que no cumplen los requisitos para vendérselas, y que tiene una especial responsabilidad por lo que allí está ocurriendo, porque está en su propio ámbito. Considera que por omisión es razonable que responda y que hay una fuerte razón para decir que es posible que también sea en el máximo nivel. Se refiere, además, a la particularidad del Derecho español, que no tiene el alemán, y que condiciona la discusión alemana, y es la figura de la cooperación necesaria, que ofrece la posibilidad de hacer responder a un cómplice con la misma pena del autor. Para terminar, insiste en que estaría bien que alguna vez sólo se hablara sobre el fondo del asunto, es decir, sobre cómo tendría que estar regulado determinado fenómeno, y luego le pusiéramos los nombres como nos parecen, pero después de haber aclarado el fondo.

El ponente agradece al Prof. Peñaranda por su intervención y considera que tiene razón, pues efectivamente es una cuestión a veces de epistemología o de terminología, pero a veces es difícil huir de ello, pues hay que utilizar una terminología concreta para poder expresar algo. Manifiesta su acuerdo con respecto a lo dicho por el Prof. Peñaranda sobre el concepto de causalidad, y la posibilidad de hablar de causalidad en la omisión sin problema ninguno. En cuanto al concepto de “fundamento”, señala que la denominación que suele utilizarse del dominio sobre las causas que fundamentan el resultado, personalmente no le convence (en cuanto a la utilización del término, no en cuanto a lo que quiere significar). Sin embargo, reitera que hay que utilizar los conceptos, y eso puede dar lugar a estos conflictos.

El moderador agradece y felicita nuevamente al Prof. De Vicente por su ponencia, y da por concluido el debate.