

XXI SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DE LA EMPRESA

Jueves 14 - viernes 15/06/2018

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

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: “MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS Y OFICIAL DE CUMPLIMIENTO”, DEL PROF. DR. D. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN.

Jueves 14 de junio de 2018, 18:15-19:40 h.

Ponente: Prof. Dr. D. Víctor Gómez Martín

Moderador: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo

Relatora: Prof. Dra. D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

“MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS Y OFICIAL DE CUMPLIMIENTO”

Ponente: Prof. Dr. Víctor Gómez Martín, Catedrático aced. de Derecho Penal, Univ. de Barcelona.

Moderador: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Diego-M. Luzón Peña (Univ. de Alcalá), Miguel Díaz y García Conlledo (Univ. de León), Virxilio Rodríguez Vázquez (Univ. de Vigo), M.^a Ángeles Rueda Martín (Univ. de Zaragoza), Víctor Gómez Martín (Univ. de Barcelona) e Inés Olaizola Nogales (Univ. Pública de Navarra).

Relatora: Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. Profesora Visitante. Univ. de Alcalá.

Finalizada la ponencia del PROF. GÓMEZ MARTÍN, el moderador agradece al ponente su exposición y, a continuación, le concede la palabra al PROF. LUZÓN PEÑA. Este la aprovecha en primer lugar para destacar que es la primera vez que el Prof. Gómez Martín ha participado como ponente en el Seminario, siendo como es patrono de la FICP, y por ese motivo le agradece muy especialmente que haya aceptado su invitación –procedente del grupo de Alcalá y, por extensión, de toda su Escuela–. Recuerda el Prof. Luzón en este momento que la Escuela de Santiago Mir y la suya son dos escuelas hermanadas por la amistad que les une al Prof. Mir y a él, y que tiene entre otras consecuencias que tanto la Prof. Mirentxu Corcoy como el Prof. Víctor Gómez honren a la FICP siendo patronos.

A continuación, y a raíz de las referencias del Prof. Gómez Martín durante su ponencia a las posiciones de garante del oficial de cumplimiento y de los órganos directivos, el Prof. Luzón hace alusión a su propia publicación el año pasado de un macroartículo sobre delitos de omisión impropia –con acceso restringido en la revista *Libertas* de la FICP y con acceso libre en el último número de la *Revista Penal* del Prof. Donna–, dentro de cuya problemática, que todos conocen, trabajó la cuestión de las posiciones de garante. Por eso, y si bien todo lo que señala el Prof. Gómez Martín es muy sugerente y atractivo –prosigue–, desea realizarle una pequeña observación, motivada por un comentario del Prof. Moccia, que estaba a su lado, durante la ponencia. Este último –señala– le había preguntado si habría responsabilidad de garante del oficial de cumplimiento por un delito *culposo* respecto del no impedir un delito doloso, a lo que el Prof. Luzón le había contestado señalando que, efectivamente, se trataría de una

responsabilidad omisiva –en posible comisión por omisión u omisión impropia por estar en posición de garante el *compliance officer* o la directiva (esa es la disyuntiva que el ponente ha planteado)– de naturaleza *culposa o imprudente*, no dolosa. Y todo ello en delitos económicos –que son los que se dan en las empresas–, cuya comisión en Derecho positivo español y en la mayoría de los países es *dolosa*, salvo en el caso del delito de blanqueo de capitales o de los daños informáticos o al patrimonio, que se pueden cometer imprudente o dolosamente. Por eso, quiere hacerle al ponente la observación de que estaríamos ante una posición de garante *que no genera responsabilidad individual* para el oficial de cumplimiento ni para los miembros del consejo de administración, el administrador o el consejero delegado. El modelo español –mantiene– es uno de transferencia de la responsabilidad de tales individuos (que son los que deberían responder por su negligencia omisiva) a la persona jurídica. De modo que son garantes que no van a responder de nada, idea esta que, en opinión del Prof. Luzón, debe dejarse muy clara. Se trata de una posición de garante que en su caso genera responsabilidad penal *para la persona jurídica* en cuyo nombre actúan los oficiales de cumplimiento y los directivos de la empresa.

Retoma en este momento la palabra el moderador, PROF. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que informa a los asistentes de que, tras hablar con el Prof. Gómez, y a la vista de la escasez de tiempo disponible, ha decidido que se formulen primero todas las preguntas y comentarios pendientes y que el Prof. Gómez los conteste al final de manera conjunta. Personalmente, el Prof. Díaz y García Conlledo afirma tener tres observaciones, aunque una –la relativa al posible rendimiento de la figura del actuar por otro– ya haya sido contestada al final de la ponencia por el propio Prof. Gómez, cuyo contenido le parece muy sensato. La siguiente observación y pregunta se refiere a los supuestos con delitos comunes: como señalaba el Prof. Gómez, podría haber casos de autoría mediata si el oficial de cumplimiento provocara un error en el órgano de administración o los administradores, *siempre y cuando* –añadía el Prof. Gómez en su ponencia– el error fuera invencible; frente a esta idea, opina en cambio el Prof. Díaz que podría haber autoría mediata *incluso* aunque el error fuera vencible. En este punto aclara el PROF. GÓMEZ MARTÍN que sí se había referido también al error vencible, deshaciéndose con ello el malentendido. Por último, a la vista de las dificultades planteadas en la ponencia sobre las distintas posibilidades de participación del *compliance officer*, le pregunta el PROF. DÍAZ al Prof. Gómez Martín si se plantea la

creación de algunos delitos específicos de omisión pura –como han planteado para otros temas los Profs. Paredes o Schünemann– para hacer responder penalmente al oficial de cumplimiento. El Prof. Díaz termina agradeciendo al Prof. Gómez por su atención y le cede la palabra al PROF. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.

Este último agradece el gesto al moderador y aprovecha también para felicitar al ponente por su exposición y darle las gracias al Prof. Luzón por convocar a los asistentes un año más a participar en un seminario tan estimulante. El Prof. Rodríguez Vázquez señala a continuación el gran paralelismo que le sugiere el tema de la ponencia con el art. 316 CP, relativo al incumplimiento de las normas de riesgos laborales, y en concreto, con la discusión que se plantea en ese delito sobre la figura del técnico de prevención de riesgos laborales, obligada por la normativa laboral en función del tipo de empresa de que se trate, y cuya denominación puede variar (coordinador de seguridad, etc.). En relación con esa figura –prosigue– se plantean las mismas cuestiones y la doctrina trata de sistematizar las mismas soluciones para los diferentes supuestos; es decir –destaca–, que respecto del debate sobre la responsabilidad del oficial de cumplimiento ya habría de alguna forma un laboratorio de pruebas o un ensayo relativo al técnico de prevención de riesgos laborales. Por ello, una sugerencia que le hace al ponente sería comparar su objeto de estudio con otra figura idéntica que ya habría sido trabajada. También cree que, aplicando el análisis de la figura del técnico de prevención respecto del delito del art. 316, resulta muy difícil que el oficial de cumplimiento –al igual que el técnico de prevención– pueda responder penalmente, dado que en el fondo carece de capacidad ejecutiva en ninguno de los casos, de organizar recursos humanos o de presupuesto –por ejemplo, para facilitar (en el caso del técnico de prevención) los medios que se indican en el art. 316–.

Dicho esto, los debates en torno a las figuras del *compliance officer* y del técnico de prevención de riesgos laborales le sugieren al Prof. Rodríguez Vázquez la existencia de una deriva interesada en responsabilizar penalmente al eslabón más débil, o para que al menos se le sienta en el banquillo –lo que no sería poco, añade–. En el caso del 316 CP –ejemplifica–, a quien se sienta cada vez más en el banquillo es al técnico de prevención de riesgos laborales, porque en su denominación aparecen las palabras señaladas por el Derecho positivo español. Esto le parece al Prof. Rodríguez Vázquez especialmente grave, porque, en su opinión, sobre quien debería ponerse el foco es

sobre quien tiene los medios de producción, no sobre un simple empleado –el técnico de prevención–, cuyas manos están en definitiva atadas. Paralelamente, considera que lo mismo se estaría pretendiendo con la figura del oficial de cumplimiento.

El PROF. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO agradece al Prof. Rodríguez Vázquez su intervención y le concede la palabra a la PROF. RUEDA MARTÍN, que dedica sus primeras palabras a felicitar al ponente por su interesante exposición. Señala inmediatamente después que, aunque le han surgido varias dudas y observaciones, planteará al ponente solo aquella que le ha llamado más la atención. La Prof. Rueda Martín desea confirmar, en primer lugar, que el ponente se inclina por atribuir responsabilidad al oficial de cumplimiento, cuando no lleva a cabo su función, como *partícipe en comisión por omisión*, porque mediante su omisión ha tenido lugar un favorecimiento del hecho cometido por el autor principal; y, en segundo lugar, que el Prof. Gómez considera que debe afirmarse la *posición de garante* basada por una parte en que el oficial de cumplimiento tiene un deber de diseño de un modelo que no ha llevado a cabo correctamente, o un deber de establecer el modelo que no ha ejecutado adecuadamente, un deber de supervisión, un deber de recabar información o un deber de formar a los trabajadores que no ha realizado correctamente. Si esas son las líneas generales de imputación de responsabilidad penal –prosigue–, entonces su observación concreta sería la siguiente: en su opinión, cuando se produce una infracción de uno de estos deberes que darían lugar a una posición de garante del oficial de cumplimiento, no habría *identidad* –o, en términos más habituales, *equivalencia*– con una conducta de *participación activa* en un delito principal cometido por un actor que lo domina. Cree la Prof. Rueda Martín que, salvo tal vez en el caso del deber de supervisión, la omisión del resto de deberes se alejaría muchísimo del requisito de la identidad –como prefiere llamarlo– o equivalencia.

En este punto, el PROF. DÍAZ le agradece a la Prof. Rueda su intervención y se disculpa por la falta de tiempo disponible, que le obliga a presionar a los intervinientes para ser breves. A continuación, concede la palabra al PROF. GÓMEZ MARTÍN para que dé respuesta a las preguntas y comentarios formulados hasta el momento.

Este último agradece en primer lugar a todos los participantes sus aportaciones a la discusión, indicando que sus preguntas y sugerencias resultan muy interesantes –más

que la propia ponencia, bromea– y recalcando que precisamente su objetivo con la exposición era recibir contribuciones del público para continuar desarrollando su investigación. En este punto indica el Prof. Gómez que, dada la falta de tiempo, responderá solo telegráficamente, pero dedicando una respuesta a cada interviniente.

En cuanto a la observación del Prof. Luzón, señala que el tema daría para otra ponencia: se trata de la cuestión de si en algún supuesto de los que se da la vía de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (por ejemplo, la primera vía de atribución, que es más o menos de lo que se está hablando, es decir, de la comisión de un delito por quien tiene capacidad de decisión en la persona jurídica, o bien –como se añadió en la reforma de 2015– por quien tiene capacidad de control y organización) se exigiría *también* responsabilidad a la persona física. Pues bien, habría que detallar mucho, y en su opinión personal la aplicación debería ser extraordinariamente restrictiva, pero lo cierto –aclara– es que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas evidentemente *permite* que se pueda acumular la responsabilidad penal de la corporación con la de la persona física, respondiendo ambas. A partir de aquí –concluye, añadiendo que esto sería solo una mínima aportación al debate–, habría que analizar en qué casos debería responder individualmente la dirección de la empresa y, en su caso –de forma mucho más restrictiva aún– el órgano de cumplimiento. Pregunta en este momento el PROF. LUZÓN si la responsabilidad de la persona física sería como *partícipe* o como *coautor*, a lo que el PROF. GÓMEZ responde que dependería del delito y de si la persona tiene o no facultades ejecutivas.

En lo que al comentario del Prof. Díaz se refiere, el Prof. Gómez reconoce que durante su ponencia ha formulado más preguntas que respuestas. Así pues, ¿cómo se podrían resolver los referidos casos con delitos especiales que plantean aparentes lagunas de punibilidad? En su opinión, ninguna de las dos soluciones ofrecidas hasta el momento resulta satisfactoria del todo. Así, no lo es la solución que propone entender que muchos de los delitos especiales son en realidad delitos de posición: quienes hayan leído sus previos trabajos sabrán que él defiende un concepto bastante amplio de los delitos especiales, de acuerdo con el cual los delitos de posición *también son* delitos especiales. En todo caso, el Prof. Gómez considera que la propuesta de Ricardo Robles Planas a este respecto es más bien una propuesta de *lege ferenda*, según la cual *deberíamos redactar* los tipos de tal modo que cupiera el oficial de cumplimiento en

alguno de los casos en los que entendemos que debería responder: es decir, redactarlos más bien como delitos comunes que como delitos especiales. Por lo tanto –remarca el Prof. Gómez–, de *lege lata* el problema lo seguiríamos teniendo. Y, en cuanto a la solución que propuso en su momento Ramón Ragués i Vallès para los casos de instrumento cualificado imprudente, consistente en la idea de “estirar el chicle” del “administrador de hecho” del art. 31 CP (que el propio Ragués habría reconocido que no era satisfactoria), apunta el Prof. Gómez que en el mismo planteamiento de la propuesta se encuentra su crítica: la tentación, bastante evidente, de aplicar una analogía *contra reo*. Por lo tanto –concluye, ironizando–, frente a esas dos soluciones insatisfactorias para aquellos casos en que entendemos que debería haber responsabilidad, la solución sería que el propio legislador hubiese caído en ello y hubiese tenido la habilidad de redactar bien los tipos, aunque ello sería pedirle mucho al legislador.

Pasa a continuación el Prof. Gómez a responder a la observación del Prof. Rodríguez Vázquez, y manifiesta no ver la analogía tan extrema que este último plantea entre el oficial de cumplimiento y el art. 316 CP (en particular, la figura del técnico de prevención de riesgos laborales), en beneficio de la tesis que el mismo Prof. Rodríguez Vázquez defiende. El argumento en términos de responsabilidad, aunque sin entrar en detalles, sería que si el Prof. Rodríguez considera –y el ponente se muestra de acuerdo con él en este punto– que en los casos del 316, incluso aplicando la cláusula del 318 –una suerte de art. 31 aplicado a la seguridad en el trabajo, aclara– es muy discutible que deba responder el técnico de prevención de riesgos laborales no ya como autor, sino incluso como partícipe, con razón de más va a ser discutible que responda el oficial de cumplimiento, cuya posición ni siquiera es análoga a la del técnico de prevención de riesgos laborales. Como señalaba el Prof. Gómez al comienzo de su exposición, existe cierto consenso entre la doctrina en torno a que la figura del oficial de cumplimiento *no es exactamente un delegado de seguridad* (como sí lo es, en cambio, el técnico de prevención de riesgos laborales en el ámbito de los riesgos en el trabajo): más bien, si sirve la analogía, y si este fuera uno de los ámbitos naturales de actuación del oficial de cumplimiento –que no lo es, aclara–, este último sería un *supervisor* del técnico de prevención de riesgos laborales. Con lo que, si el técnico no responde, menos aún debería hacerlo el supervisor más o menos formal del técnico.

Finalmente, en relación con los comentarios de la Prof. Rueda, el Prof. Gómez aclara que la cuestión no es exactamente como ella la expone. La reflexión –precisa– es más bien la siguiente: existe un sector doctrinal según el cual toda posición de garante debe implicar necesariamente una responsabilidad a título de *autoría*; y, por ejemplo en este ámbito, tales autores son muy restrictivos con lo que serían deberes de garante, considerando que solo lo serían en general aquellos que la Prof. Rueda ha apuntado: los deberes de supervisión. Un poco al hilo de esta posición, y sin defenderla –matiza el Prof. Gómez, puesto que él sí entiende que puede haber responsabilidad a título de partícipe en comisión por omisión, por tanto, una especie de *garante partícipe*–, efectivamente entiende que, de todos los deberes secundarios cuyas funciones son delegadas al oficial de cumplimiento, algunos de ellas quedan claramente *separadas* de la cláusula de equivalencia para la acción. Por ejemplo, si el modelo no está bien diseñado, difícilmente puede decirse que el riesgo que ahí se introduce o que no se controla se realice en un resultado cuya no evitación equivalga a la causación activa; y con otros deberes sucedería exactamente igual. Por eso, el que el Prof. Gómez ve más claro es el deber de supervisión, aunque no descartaría que en algún supuesto concreto en el que se infringieran (según cómo) ciertos deberes de información cupiera también establecer la equivalencia con la acción; pero no, desde luego, en todas las funciones que se delegan en el oficial de cumplimiento. El Prof. Gómez recuerda en este punto que se trata de un proyecto en desarrollo y que estas cuestiones requerirían un análisis ulterior.

Retoma entonces la palabra el moderador, PROF. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, señalando que hay un poco de tiempo extra y que, por ello, admitirá un último y muy breve comentario por parte de la PROF. OLAIZOLA NOGALES, quien admite dudar sobre si su pregunta guarda alguna relación con lo hasta ahora discutido. Recuerda la Prof. Olaizola que para que la persona jurídica sea responsable penalmente hace falta que los delitos se cometan en nombre o por cuenta de la misma y en su beneficio directo o indirecto. Se pregunta entonces por los supuestos que cumplirían esta premisa relativa al beneficio: por ejemplo, en los casos en los que el oficial de cumplimiento incumpliera sus deberes de información –ejemplifica–, no entiende por qué no iba a informar, si realmente el delito que va a cometer para que la persona jurídica sea responsable debe ser en su beneficio directo o indirecto.

Responde el PROF. GÓMEZ señalando que sí se trata de una cuestión que puede guardar relación. Recuerda en este punto que su postura es en realidad muy crítica –como la de algunos de los asistentes al seminario– con la responsabilidad penal de las personas jurídicas configurada en la legislación. Pero, por no plantear la misma crítica de siempre en este sentido, le había parecido que para esta edición del seminario podía encajar mejor un enfoque que partiera del marco jurídico existente y de los modelos de prevención de delitos y se centrara en la nueva problemática en términos de responsabilidad individual que genera esta figura del oficial de cumplimiento. El tema –sostiene el Prof. Gómez– presenta autonomía con respecto al de la propia responsabilidad de la persona jurídica, como lo demuestra por ejemplo el hecho de que en foros y eventos más orientados a la práctica profesional surja esta pregunta a menudo por parte de oficiales de cumplimiento o de personas que dudan sobre si aceptar o no el cargo –y hace aquí referencia el Prof. Gómez al artículo de Antonio Lascuraín titulado “Salvar al oficial Ryan”–. Y –continúa– porque incluso aunque la persona jurídica no respondiera, podría tener sentido que nos planteáramos si debería hacerlo el oficial de cumplimiento o los miembros de ese órgano colegiado, si lo fuera, como persona física. Otra cosa es que, si entonces responde, nos preguntemos si, a propósito del delito por el que responde la persona física oficial de cumplimiento, podría generarse también responsabilidad penal para la persona jurídica a través de la primera vía de atribución de responsabilidad, dado que se trata de un órgano de control o coordinación. Ese es el nexo de conexión –concluye– que la pregunta que formula la Prof. Olaizola tiene con el tema.

Llegados a este punto, el PROF. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO indica que ya no hay más tiempo disponible para continuar con la discusión, motivo por el que da por finalizado el debate con la reiteración del aplauso al ponente y el agradecimiento al resto de participantes por su intervención.

* * * * *