

XXV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

EN HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H.C. JAVIER DE
VICENTE REMESAL. “PROBLEMAS DE DERECHO
PENAL GENERAL Y ESPECIAL”

Lunes 22 de julio de 2024

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

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: ¿HACIA DÓNDE NOS LLEVA
LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA?, del Prof.
Dr. D. LUIGI FOFFANI.**

Lunes 22 de julio de 2024, 19:10-19:55

Ponente: Prof. Dr. D. Luigi Foffani

Moderadora: Prof. Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales

Relatora: Prof. Dra. Dña. Lorena Alemán Aróstegui

UniversidadeVigo



¿HACIA DÓNDE NOS LLEVA LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA?

Ponente: Prof. Dr. D. Luigi Foffani. Catedrático (Prof. Ordinario) de Derecho Penal, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, Italia.

Moderadora: Prof. Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho Penal, Universidad Pública de Navarra.

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Luzón Peña, Prof. Dr. Paredes Castañón, Prof. Dr. Rusconi, Prof. Dr. Peñaranda Ramos, Prof.^a Dra. Olaizola Nogales.

El Prof. Dr. **Luzón Peña** interviene en primer lugar y felicita efusivamente a Prof. Dr. Luigi Foffani por su brillante intervención y la hace extensiva a todos y todas las ponentes de la jornada. A continuación, el Prof. Dr. **Luzón Peña** apunta que realizará una reflexión breve y concreta sobre la relación entre el Derecho penal y su expansión a las materias mencionadas por el Prof. Dr. Luigi Foffani frente a la posibilidad de utilizar el Derecho administrativo sancionador, en el caso del falseamiento de las cuentas. El Prof. Dr. **Luzón Peña** señala que el Prof. Dr. Luigi Foffani, con buen criterio, ha destacado que en la última directiva de la Unión Europea, se incorpora la obligación de dar información detallada sobre sostenibilidad, concretando qué es sostenibilidad, y que el cumplimiento de esta obligación depende de la regulación de cada Estado. Asimismo, ha apuntado que, en casos como la legislación italiana o la española, donde la regulación de las falsedades tiene limitaciones muy concretas en su redacción, lo señalado por la directiva no encaja de momento. Por tanto, habrá que ver si los parlamentos (español, italiano, etc.) se plantean que habría que modificar la redacción en el sentido de ampliar el alcance típico del delito. Al respecto de esta cuestión, el Prof. Dr. **Luzón Peña** plantea la posibilidad de que se considere que se cumple satisfactoriamente la eficacia de la obligación que quiere imponer la directiva europea con sanciones administrativas. Y añade que, político-criminalmente, lo que hay que evaluar es si debe mantenerse la concepción tradicional por la que se entiende que lo que hay que proteger penalmente es el interés de los titulares de la empresa, socios, administradores, etc.; si debe ampliarse protegiendo el interés de los que negocian económica y financieramente con la empresa (un aspecto patrimonial muy amplio); o si se opta por la vía no expansiva del Derecho penal: considerar que la protección de la sostenibilidad de cada empresa —aunque implique una obligación llevar la información a las cuentas anuales— no repercute en tal medida que lleve a suponer que entraña perjuicios para intereses patrimoniales, tanto de particulares como sociales, que deban protegerse penalmente. El Prof. Dr. **Luzón Peña** concluye señalando que aquí se halla una decisión político-criminal que, como en otros casos en los que se discute la expansión y los límites del Derecho penal, es opinable: puede haber razones en pro y en contra. En cualquier caso, no debe perderse de vista que el Derecho penal no siempre es

el mejor medio de protección para determinados intereses y que, como *extrema ratio*, en lugar del Derecho penal, puede bastar con la utilización de otros instrumentos sancionadores.

El Prof. Dr. **Foffani** señala que comparte la sugerencia del Prof. Dr. Luzón Peña. Apunta que, por la amplitud de las obligaciones que se van a introducir como exigencias a las empresas, el papel prioritario será de un Derecho sancionador administrativo — probablemente, nuevo— con sanciones que no sean las clásicas (sanciones pecuniarias o de nuevo tipo y, sobre todo, con sanciones que van a afectar a los administradores y a la empresa). Por tanto, afirma que seguramente se tendrá que crear un nuevo Derecho sancionador administrativo de empresa. Asimismo, añade el Prof. Dr. **Foffani** que otro aspecto relevante es esa nueva cultura de la *compliance*. La *compliance* hasta ahora era entendida como un riesgo sancionador concreto y específico. Ahora no. La *compliance* de sostenibilidad es una *compliance* muy amplia, de 360 grados, con la cual hay que garantizar que la empresa sea sostenible, que prevenga todos los efectos potenciales adversos contra los derechos de los trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, etc. Al respecto, el Prof. Dr. **Foffani** señala que lo importante es que sea una *compliance* efectiva y, algo habrá que hacer para impulsar la adopción de una *compliance* de sostenibilidad que sea efectiva. No será una *compliance* que afecte a empresas pequeñas, a la microempresa subcontratada; sino que afectará a las grandes empresas que subcontratan, y esto habrá que hacerlo de forma seria y previniendo abusos. Más allá de lo anterior, puede ser adecuada una respuesta penal puntual y concentrada en pocas y claras prescripciones. En cualquier caso, el Prof. Dr. **Foffani** considera que no ve necesaria ni oportuna una especial expansión del Derecho penal económico. En cuanto al delito de falsedades en las cuentas en España, el Prof. Dr. **Foffani** opina que, si se quedara como se encuentra previsto en la actualidad, habrá que ver si la falta de información sobre la sostenibilidad puede ser la forma idónea para causar un perjuicio económico a la empresa, a alguno de los socios o un tercero.

El Prof. Dr. **Paredes Castañón** interviene y, en primer lugar, da la enhorabuena al Prof. Dr. Foffani por su ponencia. A continuación, señala que el ponente se ha referido, especialmente, a la posible repercusión de estas directivas en la criminalización del incumplimiento de obligaciones de información. Al respecto, formula la siguiente pregunta: ¿el tipo de obligaciones de información que se prevén en las directivas puede tener repercusión para las empresas en su responsabilidad por daños? Por ejemplo, el hecho de que la empresa no haya presentado, de la manera diligente que establecen las directivas, información sobre la cadena de suministro, ¿podría hacerla responsable penalmente —civilmente, probablemente la respuesta sea que sí— por lo que hace su subcontrata en Bangladesh? Es decir, ¿puede alterarse el deber objeto de cuidado de las empresas y su responsabilidad, ya no por no cumplir con sus obligaciones de información, sino por los daños que se acaben produciendo?

El Prof. Dr. **Foffani** contesta a la pregunta formulada por el Prof. Dr. Paredes Castañón. Afirma que quizás en los casos más graves sí se puede llegar a que la empresa responda penalmente por esos daños. La responsabilidad civil y administrativa tiene que ser la *prima ratio*, pero para los casos más graves, sí puede ser necesaria la respuesta penal. Por ejemplo, si se utilizan instrumentos de subcontratación de una forma claramente elusiva de las obligaciones legales, sí.

El Prof. Dr. **Paredes Castañón** señala que, hasta donde él conoce, en el ámbito civil americano, esto ya está funcionando: se hace responsable a la empresa por negligencia en el control y supervisión por los daños producidos por los subcontratistas. Apunta que no conoce si se está dando en el ámbito penal, pero que quizás podría llegar a darse.

El Prof. Dr. **Foffani** coincide con el Prof. Dr. Paredes Castañón y, en este sentido, afirma que es muy previsible que todo esto ocurra en el futuro.

El Prof. Dr. **Rusconi** explica que tiene una preocupación hace unas décadas en relación con la posibilidad de que los Estados, cada vez más, opten por combatir su propia ineficacia preventiva e investigativa generando un sistema punitivo administrativo o penal, pero en el mismo seno de las corporaciones. Por ejemplo, esto sucedió en el blanqueo de capitales: los deberes de informar operaciones sospechosas es un sistema punitivo generando un rol de investigación que el Estado no está cumpliendo adecuadamente. Al respecto, el Prof. Dr. **Rusconi** se pregunta: ¿esto está bien o mal? ¿Es una tendencia de la cual ya no se va a poder volver?

El Prof. Dr. **Luigi Foffani** responde que sí. Hay una tendencia consolidada hacia una función de policía interna en las empresas (alertadores, *whistleblowers*, etc.). Si una organización lleva a cabo una actividad empresarial de determinada estructura y nivel, debe estructurarse para averiguar que todo funcione de la manera correcta.

El Prof. Dr. **Peñaranda Ramos** felicita al Prof. Dr. Luigi Foffani por su intervención, afirma que le ha hecho pensar mucho. A continuación, apunta que tiene la impresión de que todo lo que se discute respecto de estas directivas tiene que ver con los desafíos que presenta el comercio internacional, a los que se hace frente con distintas formas de proteccionismo (prohibicionismo y otras formas). Considera que hay una forma de enfrentarse a estos desafíos que es el modelo europeo, que consiste en el establecimiento de requisitos, de estándares de determinados valores que se consideran esenciales en la Unión Europea, etc. Y que, para que este modelo sea creíble y pueda exigirse a quienes compiten con las empresas europeas desde fuera, tiene que cumplirse primero internamente. Entonces, el Prof. Dr. **Peñaranda Ramos** pregunta: ¿está de acuerdo con esta apreciación? ¿Puede ser que estas directivas europeas pretendan

apuntalar el modelo europeo de relaciones laborales, empresariales y de medio ambiente para poder exigirlo hacia afuera?

El Prof. Dr. **Foffani** señala que considera que el Prof. Dr. Peñaranda Ramos tiene mucha razón. Se trata del modelo europeo de la globalización —que quizás convive con un modelo proteccionista—, un modelo más ambicioso que implica una globalización respetuosa con los derechos humanos, fundamentales, el medio ambiente, etc. El Prof. Dr. **Foffani** insiste en que se trata de un modelo ambicioso, que requiere de mucha fantasía e ingenio para la conformación de los instrumentos de regulación de la actividad económica. No se trata de un proteccionismo absoluto. Finalmente, considera que, a partir de los preceptos penales que existen en la actualidad, pueden introducirse nuevas sugerencias a partir de este Derecho europeo de la sostenibilidad.

El Prof. Dr. **Luzón Peña** señala que considera brillantísima la observación realizada por Prof. Dr. Rusconi y desea realizar una breve reflexión al respecto. Considera que, en estos casos, se da una inversión absoluta del viejo principio de subsidiariedad de que el Estado no deba hacer todo aquello que pueda hacer la sociedad. Se da una inversión absoluta porque la Unión Europea impone obligaciones y quiere sancionar y obliga a sancionar a los particulares —en este caso, las empresas— que no cumplen las labores de fiscalización, prevención y sanción que deberían realizar los Estados miembros. Al hilo de esta cuestión, el Prof. Dr. **Luzón Peña** comparte la siguiente reflexión: señala que se ha dado cuenta que, en este campo, las interpretaciones ampliatorias o la modificación directa de los preceptos delictivos relacionados con las materias empresariales, parecen conducir al reconocimiento de delitos omisivos, y apunta que también existe la técnica legislativa de tipificar omisiones propias equiparándolas a las comisivas por omisión (a las impropias) y poniendo la misma pena. Y, sin embargo, en este ámbito hay una tendencia —a juicio del Prof. Dr. **Luzón Peña**, preocupante— a que se amplíe la legislación creando nuevos delitos omisivos propios.

La Prof.^a Dra. **Olaizola Nogales**, moderadora de la ponencia, agradece al Prof. Dr. **Foffani** su ponencia y, antes de terminar, señala que, estando en parte de acuerdo con las consideraciones realizadas por el Prof. Dr. Luzón Peña y el Prof. Dr. Rusconi, considera que debe exigirse cierta responsabilidad social a las empresas. Es verdad que el Estado es el responsable de perseguir, investigar y sancionar, pero eso no excluye la posibilidad de exigir a las empresas que se ocupen de informar, prevenir y procurar que la empresa sea sostenible. En este sentido, la Prof.^a Dra. **Olaizola Nogales** considera que estas directivas —especialmente, la última— constituyen un avance. La duda que plantea es qué pasará con estas directivas si los movimientos de extrema derecha en Europa ganan peso.

El Prof. Dr. **Foffani** señala que comparte las dudas de la Prof^a. Dra. Olaizola Nogales, puesto que el clima político no resulta muy favorable a reformas de este estilo. Se trata de proyectos para el futuro muy ambiciosos y habrá que ver cómo evolucionan.

Relatora: Dña. Lorena Alemán Aróstegui. Profesora Ayudante Doctora en Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra.