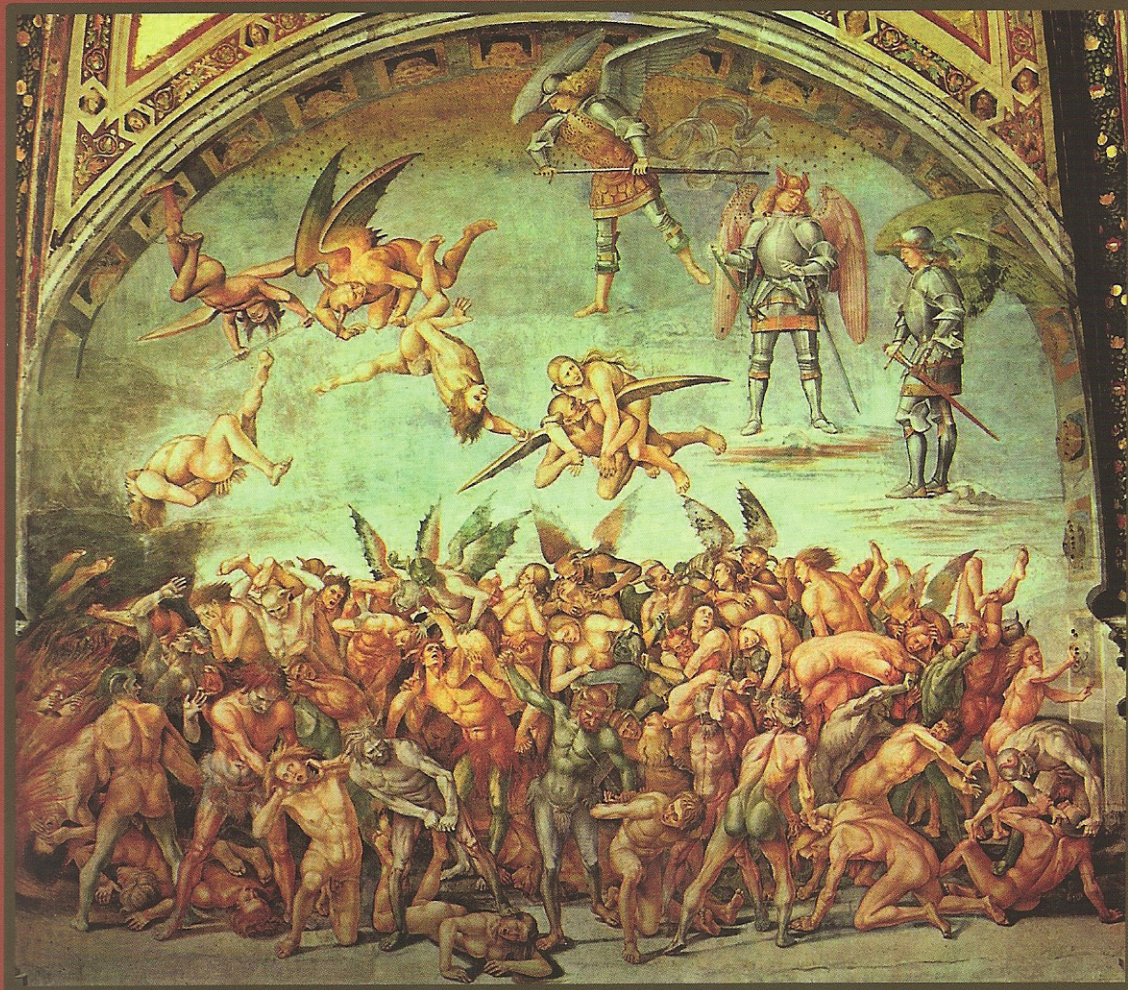


TOMO III

RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL EMPRESARIO



GRANDES MAESTROS
DEL DERECHO PENAL TRIBUTARIO

**EDUARDO
DEMETRIO
CRESP**

RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL EMPRESARIO

Eduardo Demetrio Crespo
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)



CENTRO MEXICANO
DE ESTUDIOS EN LO
PENAL TRIBUTARIO A.C.

México, 2017

Edición original: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*,
Madrid, Iustel, 2009 (ISBN 978-84-9890-033-0)

© 2009 by Eduardo Demetrio Crespo y PORTAL DERECHO, S.A.

La autorización se otorga única y exclusivamente para la reedición
de la obra en formato impreso, quedando restringido su ámbito
de comercialización al país en que se reedita.

Primera edición: 2017

© Eduardo Demetrio Crespo

© Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, A.C.
Montecito 38, piso 30, oficina 8, colonia Nápoles
Ciudad de México, 03810

ISBN de la colección: 978-607-97227-0-8
ISBN: 978-607-97227-5-3

Diseño de portada: Cynthia García Chávez

Imagen de portada: *Juicio Final* (1499-1450), autor: Luca Signorelli

Impreso y hecho en México

*Meinen Kindern, Eduardo José y Alejandra María,
por la aventura alemana, pero por encima de todo, por ser como son.*

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR A LA PRESENTE EDICIÓN	11
PRÓLOGO A LA PRESENTE EDICIÓN <i>Miguel Ontiveros Alonso</i>	13
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN <i>Luis Arroyo Zapatero</i>	15
NOTA PRELIMINAR A LA PRIMERA EDICIÓN	19
ABREVIATURAS	21
PREFACIO	23

PRIMERA PARTE BASES METODOLÓGICAS Y PRESUPUESTOS

(§1) Capítulo Primero

INTRODUCCIÓN	31
I. De las formas de imputación de responsabilidad penal en la empresa . . .	31
II. Responsabilidad penal de los directivos de la empresa.	34
II.1 Soluciones de autoría	35
A. La autoría mediata.	35
B. La coautoría	38

II.2	Soluciones de participación	41
II.3	Soluciones por vía omisiva	42
III.	Elementos metodológicos para una teoría garantista de la responsabilidad penal del superior en el ámbito de la empresa: teoría de esferas de responsabilidad y sujetos responsables	47
III.1	Delimitación negativa	47
III.2	Delimitación positiva	48
IV.	Dogmática y Política Criminal en el Derecho penal económico y empresarial.	55

(§2) CAPÍTULO SEGUNDO

Consideraciones previas acerca de la dogmática de los delitos de omisión impropia

I.	Naturaleza de los delitos de omisión impropia	59
II.	¿Delitos de omisión impropia como delitos de infracción del deber? . .	66
III.	Las doctrinas de la garantía como formulaciones generales de la Parte Especial del Derecho Penal	70
IV.	Sobre el fundamento de los deberes de garantía y el artículo 11 del Código Penal español.	72

(§3) CAPÍTULO TERCERO

Presupuestos para la discusión acerca de la posición de garante del empresario

I.	Reconocimiento y amplitud del deber de impedir hechos delictivos en la empresa	79
I.1	Principales tesis	79
I.2	Delitos “vinculados al establecimiento” frente a delitos “cometidos con extralimitación”	81
II.	Principio de responsabilidad por el hecho propio y deber de garantía del empresario	82
II.1	¿Responsabilidad penal por el hecho antijurídico de un tercero? .	82
II.2	Compatibilidad esencial del principio de responsabilidad por el hecho propio y el deber de garantía del empresario	82

III.	Conformidad o disconformidad a Derecho de las acciones precedentes peligrosas	86
IV.	Riesgo permitido y relación entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa	88
V.	Delegación de competencias y responsabilidad por omisión	90
v.1	Delegación lícita y liberación de responsabilidad.	90
v.2	Delegación de competencias y mutación de esferas de responsabilidad	91
v.3	Retención de competencias y responsabilidad penal	93
VI.	Alcance de los preceptos de la Parte Especial del CP en esta materia ..	95

SEGUNDA PARTE

FUNDAMENTO, CONTENIDO Y LÍMITES

(§4) CAPÍTULO CUARTO

Fundamento de la posición de garante del empresario

I.	Posición de garante como consecuencia de un deber jurídico extra-penal: tesis y objeciones	107
II.	Posición de garante como consecuencia de un deber de protección ..	107
III.	Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia ..	108
III.1	Basado en el comportamiento anterior	108
A.	Por razón del actuar precedente (injerencia)	108
B.	Por razón del comportamiento previo (“permitido”) que incrementa el riesgo	111
C.	Por razón de la desestabilización de un “foco de peligro” preexistente (Gimbernat)	113
III.2	Basado en la responsabilidad sobre fuentes de peligro propias de la empresa (Heine)	116
III.3	Basado en la idea de la “competencia organizativa” (Jakobs) ...	119
III.4	Basado en la idea del “dominio”	123
A.	Clases de dominio	123
B.	El dominio sobre el fundamento del resultado (Schünemann)	124
C.	¿Criterios normativos complementarios?	128
a.	La ponderación de intereses (Frisch)	128

b. Equidad social (Bottke)	129
c. Ejercicio de facultades individuales de autoorganización (Lascuraín)	130

(§5) CAPÍTULO QUINTO

Contenido y límites de la posición de garante del empresario

I. Contenido de deber de garante del empresario	133
I.1 Pautas generales	133
I.2 Específica obligación legal o contractual de actuar	134
II. Límites dogmáticos de la posición de garante del empresario	138
II.1 De carácter general	138
A. El principio de responsabilidad por el hecho propio	138
B. La parte subjetiva del hecho	139
C. El título de imputación	139
II.2 Específicamente empresariales	146
A. La delegación lícita de competencias	146
B. Carácter vinculado a la empresa de los delitos cometidos . . .	146
CONCLUSIÓN FINAL	151
BIBLIOGRAFÍA	153

NOTA PRELIMINAR A LA PRESENTE EDICIÓN

EDUARDO DEMETRIO CRESPO*

El próximo mes de enero de 2017 hará ya dos años que, en el marco de los Cursos de Postgrado en Derecho que se celebran periódicamente por esas fechas en Toledo, tuve ocasión de conocer al doctor Jesús Agustín Celorio Vela, Director del Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario. Este encuentro propició la oportunidad de conversar acerca de temas vinculados al Derecho penal económico y enseguida me percaté de su enorme inquietud intelectual.

Poco después, recibí una amable invitación suya para participar en las *I Jornadas Internacionales México-España sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, que reunieron en Ciudad de México a un buen número de especialistas procedentes de varios países europeos e iberoamericanos. Precisamente en ellas me anunció su interés por reeditar mi monografía *La responsabilidad penal por omisión del empresario* (Madrid, 2009), lo que le agradezco profundamente. Al mismo tiempo me gustaría expresar mi sincera gratitud por su generosidad a la Editorial Iustel, que ha concedido el permiso para que ello fuera posible. De los datos relativos a la primera edición, que se ha preferido mantener intacta, se da cuenta en el *copyright*, tal como se solicitó.

Si en aquella ocasión conté con el prólogo del profesor Luis Arroyo Zapatero, quien se ha alegrado de la noticia de esta nueva impresión, en esta tengo la inmensa suerte de que mi viejo amigo, el profesor Miguel Ontiveros Alonso, haya accedido a redactar una breve presentación. Se da la circunstancia de que ambos hemos sido becarios de la Alexander von Humboldt Stiftung y de que esta monografía fue el fruto de la estancia de investigación que bajo sus auspicios llevé a cabo entre 2005 y 2006 en el Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de la Universidad de Colonia.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

A él y a quienes, en su momento, de un modo u otro me ayudaron en el camino, van destinadas mis últimas palabras de agradecimiento, en la esperanza de que pueda resultar de alguna utilidad a todos aquellos interesados en las cuestiones relativas a la responsabilidad penal individual (por omisión) del empresario, en tiempos en los que el foco de atención se ha trasladado a la otra cara de la moneda, la de la responsabilidad (“penal”) de la propia empresa entendida como corporación o “persona jurídica”.

Ya hace una década tuve la intuición de que se podían producir una suerte de “interferencias” entre los dos ámbitos, cuya consecuencia más dañina redundaría en profundizar en una línea de desprecio a la dogmática y devaluación general de los principios penales bajo la bandera de un cierto “efectismo” político-criminal, no sé si “eficiente” (si se me permite el juego de palabras), pero sí bastante rentable. Ahora toca evaluar si ha sido así (en el caso de que, entre la ingente bibliografía sobre el tema, estemos en condiciones de esclarecer, más allá de la mera exégesis de la legalidad, los fundamentos de un sistema de atribución de responsabilidad penal de esta naturaleza), o si, por el contrario, habría que dar la razón a quienes lo defienden.

Sigo pensando, en todo caso, que el “verdadero” objeto de investigación es otro, a saber, la relación que cabe establecer entre la “esfera de responsabilidad individual” y la “esfera de responsabilidad colectiva”, sin que esto tenga nada que ver con el lenguaje funcionalista relativo a los ámbitos de “competencia” como criterio sustitutivo del “dominio del hecho” en el campo de la autoría aplicado al Derecho penal empresarial.

Concluyo con un sentido recuerdo hacia México, país que he visitado en diversas ocasiones con motivo de mi participación en congresos, seminarios o maestrías, y que llevo en el corazón.

Toledo, a 12 de diciembre de 2016.

PRÓLOGO A LA PRESENTE EDICIÓN

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO*

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, implementado en el sistema de justicia mexicano, tiene una vinculación directa con el empresario y los administradores del ente colectivo. Aunque no puede afirmarse que la normativa vigente en nuestro país establezca una responsabilidad penal directa de la empresa, no queda duda de que sí la hay bajo el esquema de “transferencia”. Y aquí el rol del empresario es el eje en torno al cual gira la imputación que, según las pautas establecidas por el código nacional de procedimientos penales, puede ser imputado —por acción u omisión—, de manera independiente o conjunta con el ente colectivo.

Lo anterior toma especial relevancia con la reciente reforma al código penal federal, pues ahí se incorpora un catálogo amplio de delitos que pueden ser cometidos por la empresa: desde fraude y operaciones con recursos de procedencia ilícita, transitando por el tráfico de órganos o los delitos ambientales, hasta la trata de personas o el cohecho. En un buen número de casos, estas modalidades delictivas son imputadas, también, a líderes de empresas en comisión por omisión, de conformidad con la cláusula de transformación, contemplada en el código penal, y con apoyo en los criterios rectores de la teoría de la imputación objetiva.

¿Cuál es el fundamento de la posición de garante del empresario y en qué coordenadas se ubican sus fronteras? ¿Cuál es la relación —en caso de que ésta exista—, entre el riesgo permitido y el *compliance program* que rige al interior de la empresa? ¿Puede hacerse responsable al empresario por un hecho ajeno? La respuesta a estos interrogantes marca la diferencia entre imputación o exclusión, esto es, entre la libertad o el ingreso del empresario a prisión.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Academia Mexicana de Ciencias Penales

Hasta ahora no existía —entre nosotros—, una obra que analizará puntualmente los criterios para imputar por omisión al empresario. Menos aún, con una sistemática seria y de vanguardia, tal y como suele suceder con quienes se han formado en el ámbito de la dogmática alemana. Y es que, contrario a lo que pudiera pensarse, los criterios de imputación objetiva —que han sido desarrollados mejor que nadie por los alemanes—, son aplicados constantemente por nuestros tribunales, de tal forma que su dominio por parte de los penalistas mexicanos no resulta necesario, sino indispensable.

Conocí a Eduardo Demetrio Crespo durante nuestros estudios de doctorado en la prestigiosa Universidad de Salamanca. Él disfrutaba de una beca del Ministerio de Educación y apenas regresaba —corría el año de 1995—, de una estancia de investigación en Alemania, país al que regresó para concluir su tesis doctoral, que defendió en 1997. Más tarde, en 1999, ya con una beca postdoctoral, realizó una nueva estancia de investigación en el Kriminalwissenschaftliches Institut de la Universidad de Colonia, bajo la dirección del profesor Hans Joachim Hirsch. Años después me enteré, con enorme gusto, de su partida al Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Colonia, donde fue recibido por el profesor Thomas Weigend. Entonces fue financiado —nada más, pero, nada menos—, que por la *Fundación Alexander von Humboldt*, merced a una beca que cualquier penalista del mundo quisiera tener.

El resultado de estos procesos de formación está a la vista: España tiene a uno de los especialistas más destacados en ciencias penales y, México, una publicación única en la materia. Es un privilegio para mí prologar esta obra, a la que deseo mucho éxito y una amplia difusión en Iberoamérica.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

LUIS ARROYO ZAPATERO*

Todo lo acontecido hasta hoy en materia de exigencia de responsabilidad penal en las empresas y de las empresas viene de la resolución jurídica que trajo consigo el *New Deal*. Es decir, el primer intento de “refundar” el capitalismo o, de otro modo, de someter la natural codicia a unas ciertas reglas que hicieran posible no abocar a la recurrente crisis del sistema. Se trataba de dar algo de visibilidad a la mano invisible de Adam Smith y de someterla a cierto control por agentes públicos. El sistema del mercado de valores y su inspección y la proscripción de los monopolios fueron su contenido esencial. Pero todo aquello fue en sus orígenes demasiado largo en el tiempo y sus efectos quedaron limitados a territorio americano.

Cuando en 1936 Erwin Sutherland pronuncia su famosa conferencia en la Sociedad Americana de Sociología, desvela un nuevo tipo de crimen y de criminal, entonces con *white collar*, proclama un nuevo paradigma en la concepción del delito y del delincuente que se va a ir abriendo campo penosamente tras la segunda Guerra Mundial y la primera globalización, con dificultades añadidas por la división del mundo en dos bloques que, entre otros efectos, comportó la suspensión de la construcción de un orden jurídico mundial y un gobierno del mundo, tal y como había quedado diseñado en el tiempo de la Carta de San Francisco. La caída del muro de Berlín ha coincidido con otros factores relevantes como la creación de un mercado único en el espacio europeo con un sistema jurídico-económico muy regulado, y con la segunda globalización de la economía mundial hecha posible y potenciada por el muro. Todo ello ha comportado una “americanización” del Derecho mercantil y consecuentemente, del Derecho penal

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale.

económico en lo que son sus dos elementos nucleares: por una parte la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente de las empresas y, por otra, la construcción de criterios de imputación en la esfera vertical y horizontal de la organización del trabajo y de la responsabilidad de decisión en las empresas. A ambos temas respectivamente han dedicado sus últimos libros mis amigos y compañeros Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, y hoy presentamos el de este último joven profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha en Toledo.

Eduardo Demetrio, aun cuando se encuentra en el principio de su madurez, asentado con su mujer y compañera de Derecho procesal Ágata Sanz Hermida y sus hijos en la ciudad que en sus piedras y espíritu resulta más representativa de la historia de Europa, que es Toledo, me sigue pareciendo tan joven como cuando lo conocí, recién regresado de Colonia en cuyo Instituto de Ciencias Penales le había acogido con su proverbial hospitalidad el maestro común Hans Joachim Hirsch. Me correspondía inaugurar el programa de doctorado de la Universidad de Salamanca. Aquel día 5 de noviembre de 1997 por la mañana había “creado” –como se dice en los usos canónicos para los Cardenales– Doctor *Honoris Causa* a José Saramago, en el crucero de la antigua iglesia del ex convento de San Pedro Mártir en Toledo y sobre la tumba de Melchor Cano, inquisidor y dominico tan poderoso que había hecho preso a todo un Cardenal de Toledo. Pero con todo aquel asunto no me había preparado la lección y tuve que improvisarla, para lo que recurrí a ofrecer una explicación de los problemas dogmáticos más graves de la teoría general del delito vistas en el *Ensayo sobre la ceguera*, cuya lectura había realizado en las vísperas. Sólo tras ello le merecía a Eduardo Demetrio respeto suficiente, creo, como para tomar en serio mi ofrecimiento posterior para que se incorporara a nuestra Universidad. Por cierto, pronto podremos utilizar la película sobre la gran novela para nuestras clases y trabajos dirigidos

Además de juventud tiene Eduardo Demetrio tenacidad germánica, que le sirve para mantener el ensimismamiento y tensión que requiere la reflexión dogmática, muy bien cultivada en segunda vuelta por el patrocinio generoso de la Fundación Alexander v. Humboldt pero que adoba con una gran curiosidad humana como revela su peregrinación por las sedes –como en el tiempo del *ius commune*– de varios viejos profesores alemanes, para conocer y preguntar. Don Marino Barbero, a quién asistió en sus últimos años, se hubiera sentido orgulloso de modos antiguos y educados.

Pero a todas las cualidades mencionadas le suma Eduardo Demetrio la inteligencia clara y la capacidad de síntesis que se muestra en este libro en el que

nada sobra y todo dice, con sencillez y viejo castellano, sobre las condiciones en que se puede imputar al empresario por su omisión las responsabilidades en que incurran sus empleados. El asunto se presenta en toda empresa, pero, sobre todo, en las más grandes. Es más, cuando el huracán de la crisis financiera se disuelva, en las estructuras de responsabilidad de los sistemas empresariales y de las instituciones de supervisión se advertirá un alto grado de presencia de omisiones de impedir acciones de subordinados que resultan equivalentes a su comisión.

Este libro es una valiosa contribución a la construcción de los nuevos paradigmas del pasado mañana en lo que respecta a la responsabilidad penal de los que detentan el poder máximo de decisión o de supervisión en las y de las empresas de un mundo que estará aún más globalizado que el presente, pero que debe estar regido por un orden normativo y de responsabilidades que dificulte que la codicia rompa de nuevo todas las barreras.

Montes de Toledo, 22 de noviembre de 2008.

NOTA PRELIMINAR A LA PRIMERA EDICIÓN

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

El presente trabajo se llevó a cabo gracias a la generosa financiación de la Fundación Alexander von Humboldt, a la que agradezco muy sinceramente la concesión de la Beca de Investigación que me permitió llevar a cabo una estancia entre octubre de 2005 y septiembre de 2006 en el *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de la Universidad de Colonia para su desarrollo. Especial agradecimiento merece asimismo el Director de este centro, Prof. Dr. Thomas Weigend, por su extraordinaria hospitalidad, así como por su orientación científica.

Asimismo quisiera agradecer a los Profs. Drs. Günther Heine, Hans Joachim Hirsch, Claus Roxin, Bernd Schünemann, Klaus Tiedemann y Klaus Volk su amabilidad al recibirme en sus respectivas universidades durante mi estancia para conversar sobre el tema de la presente investigación. A los Profs. Drs. Claus Kreß y Werner Beulke por la oportunidad de debatir sobre los problemas planteados en sendos seminarios organizados en sus cátedras.

También a D. Jesús Iván Mora González (Becario de Investigación, UCLM) por su ayuda en la localización de libros y materiales. Y *last but not least* a D. Nikolaos Gazeas (Asistente científico en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht* de la Universidad de Colonia) por su apoyo y Amistad incondicionales.