

DELITO Y EMPRESA

**ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO
APLICADA AL DERECHO PENAL
ECONÓMICO-EMPRESARIAL**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

DELITO Y EMPRESA

ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO APLICADA AL DERECHO PENAL ECONÓMICO-EMPRESARIAL

**Ramon Ragués i Vallès
Ricardo Robles Planas
(dirs.)**

**Jesús-María Silva Sánchez
Nuria Pastor Muñoz
Raquel Montaner Fernández
Ivó Coca Vila
Beatriz Goena Vives**

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Catedrático acr. de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2018 Ramon Ragués i Vallès y Ricardo Robles Planas (dirs.); Jesús-María Silva Sánchez, Nuria Pastor Muñoz, Raquel Montaner Fernández, Ivó Coca Vila y Beatriz Goena Vives

© 2018 Atelier
Via Laietana 12, 08003 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-08-4

Depósito legal: B-17573-2018

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1. PRINCIPIOS DE IMPUTACIÓN EN LA EMPRESA	23
<i>Ricardo Robles Planas</i>	
I. El punto de partida: el principio de competencia	23
1. Competencia en el plano vertical	24
2. Competencia en el plano horizontal	29
II. La modificación por la delegación y la especialización	29
III. Los principios de desconfianza (vigilancia y control) y de confianza ..	30
IV. Delegación: ¿siempre desconfianza?	32
V. Especialización: competencia en lugar de confianza	36
VI. La intensidad de los deberes de procurarse conocimientos y las posiciones de garante	38
VII. Bibliografía	40
CAPÍTULO 2. LA EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DE DEBER DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. UNA OBSERVACIÓN DESDE LA CULTURA DEL COMPLIANCE ...	43
<i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	
I. Introducción	43
1. Preliminares	43
2. Premisas	44
II. La responsabilidad de las personas jurídicas y la cultura del <i>compliance</i> como factor de modificación de la posición de deber de las personas físicas	49
1. Premisas	49
2. Consecuencias	50
III. La cuestión de la imprudencia	51
1. El <i>statu quo</i>	51
2. Al final: camino de la <i>lex ferenda</i>	53

IV. Balance	56
V. Bibliografía	56
CAPÍTULO 3. EL <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES.	59
<i>Raquel Montaner Fernández</i>	
I. Introducción.	59
II. La delegación de funciones	64
1. Características fundamentales de la delegación.	64
2. Efectos de la delegación: distinción entre la delegación de competencias y la «delegación» de la ejecución de una función.	65
III. El <i>compliance officer</i> en el marco de la alta dirección de la empresa	67
1. Los principales competentes en materia de cumplimiento	67
2. ¿Es el <i>compliance officer</i> un delegado del empresario?	71
IV. La posible responsabilidad penal de los principales competentes en <i>compliance</i> desde la perspectiva de la delegación	77
4.1.El empresario o administrador de la empresa	77
4.2.El encargado de cumplimiento o <i>compliance officer</i>	79
V. Algunas consideraciones finales.	85
VI. Bibliografía	87
CAPÍTULO 4. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS Y EN LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA	93
<i>Ramon Ragués i Vallès</i>	
I. Introducción: la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho penal económico y de la empresa.	93
II. El tipo subjetivo de los delitos económicos.	95
III. La imputación subjetiva como factor para determinar la responsabilidad de personas físicas que actúan en el marco de estructuras empresariales	100
1. Aspectos subjetivos de la relación entre superior y subordinado.	103
2. Aspectos subjetivos de la relación entre miembros de órganos colegiados.	107
3. Relación entre el socio y el administrador.	108
4. Supuestos de intervención de testaferros	108
IV. Imputación subjetiva y responsabilidad penal de las personas jurídicas	113
V. Bibliografía	116
CAPÍTULO 5. CONSUMACIÓN, DESISTIMIENTO Y REPARACIÓN EN LOS DELITOS PATRIMONIALES	119
<i>Nuria Pastor Muñoz</i>	
I. El perjuicio como resultado de los delitos patrimoniales.	119
II. Peculiaridades del resultado de perjuicio.	123
1. «Reversibilidad» del perjuicio.	123
2. Dimensiones relevantes del perjuicio	123

3. El momento consumativo de los injustos patrimoniales: la imposibilidad de desplazarlo «hacia adelante» para tratar como desistimiento preconsumativo los actos postconsumativos de revocación del perjuicio	124
III. Esbozo de los posibles tratamientos de la revocación del injusto patrimonial tras la producción del perjuicio.	125
IV. Significado del desistimiento y significado de la reparación	127
V. Desistimiento y reparación en los injustos contra el patrimonio: cuestiones previas al problema del desistimiento intraconsumativo	130
VI. Sobre la revocación del injusto patrimonial tras la producción del perjuicio.	132
1. Desistimiento como revocación del injusto todavía «abierto».	132
2. Desistimiento y dogmática del patrimonio (y perjuicio): la fase consumativa de los injustos patrimoniales.	133
3. La revocación intraconsumativa del perjuicio: la minimización del perjuicio como puerta para la valoración de la conducta intraconsumativa como plena revocación del injusto.	135
4. La reducción del resultado a perjuicio insignificante no significa necesariamente una revocación del injusto.	136
5. ¿Es posible revocar el injusto sin reparar el perjuicio?.	137
6. ¿Desistimiento intraconsumativo malogrado?.	138
7. ¿Cuándo acaba la fase consumativa?.	138
8. ¿«Cierre anticipado» del injusto en los delitos de peligro para el patrimonio?.	140
VII. Distinciones	140
1. Distinción entre desistimiento intraconsumativo y reparación.	140
2. Reparación penal vs. reparación civil	142
VIII. Breve valoración de la figura de la « <i>tätige Reue</i> » del Código penal austríaco.	144
IX. Bibliografía	145
CAPÍTULO 6. LA CONSTRUCCIÓN DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	147
<i>Nuria Pastor Muñoz</i>	
I. Introducción.	147
II. Las premisas en la discusión sobre el patrimonio jurídico-penalmente protegido.	149
III. La gestación de la dogmática del patrimonio en el contexto del delito de estafa: influencia del desarrollo histórico en la dogmática general del patrimonio y en la interpretación del delito de administración desleal.	152
IV. El concepto de patrimonio y su concreción en el delito del art. 252 CP.	159
V. El concepto de perjuicio en el delito de administración desleal	164
VI. El problema del cálculo del perjuicio	166
VII. Consumación y carácter dinámico del perjuicio.	167
VIII. Conclusión: la necesidad de revisar el concepto jurídico-penal de patrimonio a partir de su naturaleza normativa.	169
IX. Bibliografía	170

CAPÍTULO 7. LEGÍTIMA DEFENSA, EMPRESA Y PATRIMONIO (A LA VEZ, SOBRE LA PRIMACÍA DE LOS CANALES INSTITUCIONALES Y LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE DEFENSA).	175
<i>Ricardo Robles Planas</i>	
I. Introducción.	175
II. ¿Legítima defensa de la persona jurídica y <i>contra</i> la persona jurídica?	176
1. ¿Cabe que una persona jurídica obre al amparo de la causa de justificación de la legítima defensa?	176
2. La legítima defensa por parte de una persona física <i>a favor</i> de una persona jurídica	178
3. ¿Legítima defensa <i>contra</i> la persona jurídica?	179
III. Los derechos patrimoniales como bienes defendibles y los canales institucionales de defensa	182
IV. Excurso y corolario	188
V. Bibliografía	191
CAPÍTULO 8. EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DE LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ART. 252 CP) Y CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS (ART. 286 BIS CP).	193
<i>Ivó Coca Vila</i>	
I. Introducción.	193
II. Sobre la necesaria teorización del consentimiento como causa general de exclusión del injusto en el Derecho penal económico	196
III. Sobre la relevancia del consentimiento ante la lesión de intereses individuales compartidos a propósito del delito de administración desleal (art. 252 CP)	200
1. Introducción	200
2. El consentimiento ante supuestos de cotitularidad patrimonial.	201
3. El consentimiento a actos de administración <i>prima facie</i> desleal en el marco de estructuras societarias	202
IV. El consentimiento ante delitos que protegen intereses individuales y colectivos a propósito del delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)	213
1. Introducción	213
2. El consentimiento del empresario en el delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis CP	215
3. El consentimiento como instrumento de definición del objeto de protección ante delitos (aparentemente) pluriofensivos.	222
V. Conclusiones	223
VI. Bibliografía	224
CAPÍTULO 9. LA EXIMIENTE DE «MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS». FUNDAMENTO Y BASES PARA UNA DOGMÁTICA	231
<i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	
I. Introducción.	231
1. Datos previos	231
2. Precomprensiones	232

II. La razonabilidad del efecto eximente de la adopción de modelos de prevención de delitos y de la efectiva ejecución de sus requisitos.	235
1. Introducción	235
2. La cuestión de política jurídica: Los modelos de prevención de delitos y el Estado de la autorregulación regulada	240
III. La estructura de la exención de responsabilidad por adopción y ejecución eficaz de un modelo adecuado de prevención de delitos.	242
1. Introducción	242
2. Concreción material	244
3. Elementos de una dogmática de los modelos de prevención	247
IV. Epílogo	254
V. Bibliografía	254
CAPÍTULO 10. CULPABILIDAD: JUICIO DE IMPUTACIÓN O DE ATRIBUCIÓN?	
ESTUDIO A PARTIR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA	259
<i>Beatriz Goena Vives</i>	
I. Introducción.	259
II. El principio de culpabilidad y la culpabilidad sistemática: distinción entre lo analítico y lo sintético en el Derecho penal	261
III. Responsabilidad por imputación y responsabilidad por atribución.	262
IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas como un modelo de atribución o <i>Zuschreibung</i>	264
1. Destinatarios: Personas jurídicas	264
2. Presupuesto de la atribución: Estado de las cosas antijurídico.	267
3. Consecuencia jurídica: los correctivos del artículo 33.7 CP.	268
V. Consecuencia: Las garantías penales aplicables a las personas jurídicas en el marco de la responsabilidad penal corporativa.	269
1. Las garantías penales	269
2. Garantías derivadas del principio de legalidad.	270
3. Prohibición de la responsabilidad objetiva	271
4. Otras garantías derivadas del Título Preliminar del Código penal	272
5. Proporcionalidad.	273
6. Garantías procesales	275
VI. Recapitulación	277
VII. Bibliografía	277
RELACIÓN DE AUTORES	283

ABREVIATURAS

AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
AC:	<i>Archiv des Criminalrechts</i>
ACLR:	<i>American Criminal Law Review</i>
AG:	<i>Die Aktiengesellschaft</i>
AP:	Actualidad Penal
ARSP:	<i>Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie</i>
AT:	<i>Allgemeine Teil</i>
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
CCZ:	<i>Corporate Compliance Zeitschrift</i>
Colum. L. Rev.:	<i>Columbia Law Review</i>
CP:	Código penal
DPE:	Derecho Penal Económico
EPyC:	Estudios Penales y Criminológicos
FGE:	Fiscalía General del Estado
Fla. St. U. L. Rev.:	<i>Florida State University Law Review</i>
FS:	<i>Festschrift</i>
GA:	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i>
HRRS:	<i>Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafgesetzbuch</i>
Iowa L. Rev.:	<i>Iowa Law Review</i>
J. Corp. L.:	<i>The Journal of Corporation Law</i>
JURA:	<i>Juristische Ausbildung</i>
JuS:	<i>Juristische Schulung</i>
JZ:	<i>Juristen Zeitung</i>
KritV:	<i>Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>

Abreviaturas

LH:	Libro Homenaje
LK:	<i>Leiptziger Komentar Strafgesetzbuch</i>
LSC:	Ley de Sociedades de Capital;
Maryland L.R.:	<i>Maryland Law Review</i>
MK:	<i>München Komentar Strafgesetzbuch</i>
NK:	<i>Nomos Komentar Strafgesetzbuch</i>
NStZ:	<i>Neuen Zeitschrift für Strafrecht</i>
NZWSt:	<i>Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht</i>
PE:	Parte Especial
PG:	Parte General
PJ:	Revista del Poder Judicia
RDPP:	Revista de Derecho y Proceso Penal
RIDPP:	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
RJUAM:	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ:	Revista del Poder Judicial
Rutgers L. Rev.:	<i>Rutgers Law Review</i>
SAP:	Sentencia de Audiencia Provincial
<i>Sch-Schr:</i>	<i>Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar</i>
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Stetson L. Rev.:	<i>Stetson Law Review</i>
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
UNAV:	Universidad de Navarra
UPF:	Universitat Pompeu Fabra
Wash.U.L.Q:	<i>Washington University Law Quarterly</i>
Wisconsin L. Rev.:	<i>Wisconsin Law Review</i>
Yale L. J.:	<i>Yale Law Journal</i>
ZCP:	<i>Zeitschrift für Civilrecht und Prozess n. F.</i>
ZEE:	<i>Zeitschrift für Evangelische Ethik</i>
ZIP:	<i>Zeitschrift für wirtschaftsrecht</i>
ZIS:	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
ZRFC:	<i>Zeitschrift Risk, Fraud & Compliance</i>
ZStW:	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

INTRODUCCIÓN

I

¿Es necesaria una teoría del delito propia y diferenciada para el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa? Con esta pregunta radical en el trasfondo acometimos el desarrollo del proyecto de investigación «La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa».¹

En efecto, no es necesario dar pruebas de que en las últimas décadas se ha disparado el interés científico por el Derecho penal económico. Sin embargo, no es menos cierto que la inmensa mayoría de los estudios doctrinales se vienen centrando en la Parte Especial del Derecho penal económico. Si dejamos de lado la cuestión de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas, el interés por los problemas de Parte General ha sido, en cambio, mucho menor y mucho más fragmentario.² No obstante, es asimismo cierto que las particularidades de la delincuencia económica y corporativa generan notables dudas en lo relativo al tradicional sistema del delito: ¿se trata de adaptarlo a tales particularidades, modificándolo o modernizándolo para que dé respuesta satisfactoria a las nuevas realidades? ¿O el sistema tradicional del delito ya contiene por su generalidad y abstracción una respuesta que simplemente debe ser aplicada a los subsectores de nuevo cuño? ¿Qué sucede entonces con aquellas soluciones que, por lo menos a priori o intuitivamente, no resultan satisfacto-

1. Financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Referencia: DER-2013-41252-P. Investigadores principales: Ramon Ragués i Vallès y Ricardo Robles Planas. Agradecemos a Oriol Martínez Sanromà (Personal Investigador en Formación en la Universitat Pompeu Fabra) la edición de los textos que integran la presente obra.

2. Con importantes excepciones, como por ejemplo, los diversos trabajos contenidos en el libro SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013; en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., 2016 y sobre todo el tratado de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed., 2016. En Alemania, destacadamente, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014.

rias? Y, finalmente, de nuevo la pregunta inicial: ¿no sería mejor mantener la teoría del delito tradicional para el clásico Derecho penal y desarrollar un marco teórico nuevo para el delito económico y empresarial?

Es difícil negar que «en la actualidad las instituciones concretas de la teoría del delito se hallan sometidas, ante todo, a la tensión derivada de los casos del Derecho penal económico», de modo que este sector desempeña «un papel motor de la evolución del sistema del delito».³ A este proceso de reelaboración de las categorías del delito suele aludirse con el término «normativización». Ahora bien, cabe advertir que dicha normativización viene marcada no tanto por un cambio radical en el paradigma metodológico de la dogmática, sino, precisamente, por una ampliación de miras en relación con su objeto de estudio. Así, el delito de lesión doloso de acción ejecutado de propia mano por un autor individual no es ya el caso que preocupa, sino los problemas para atribuir responsabilidad a sujetos que (inter)actúan en el marco de estructuras complejas y que o bien no ejecutan nada pero adoptan las decisiones relevantes o bien sí ejecutan pero su ámbito de competencias es muy reducido o simplemente nulo en lo que a cuestiones decisorias se refiere. Ello provoca la pérdida de relevancia de conceptos naturalísticos fuertemente arraigados como la causalidad, el dominio y el conocimiento como estado mental, a favor de otros conceptos —de nuevo: normativos— como la infracción de un deber (también en el ámbito subjetivo: de conocer), el riesgo permitido, las posiciones de garantía o la responsabilidad por la provocación de estados defectuosos.

Con todo, es necesario insistir en algo de especial trascendencia: no se trata aquí de una nueva teoría del delito, sino que los conceptos fundamentales sobre los que esta se asienta siguen siendo los tradicionales. Es más, los «nuevos» conceptos normativos no son, por lo general, tan nuevos, como fácilmente puede advertirse en los ejemplos antes referidos. ¿Qué ha sucedido entonces realmente? Algo muy importante pero mucho menos espectacular: que han recibido una concreción distinta, esto es, que manteniendo su esencia como conceptos generales de la atribución de responsabilidad, su contenido, en vista del nuevo campo de aplicación, ha variado sustancialmente. Dicho de forma aún más clara: ni se descubre ni se reformula el concepto de posición de garante en el moderno Derecho penal económico y de la empresa, sino que se *aplica* a un ámbito hasta el momento inexplorado y por tanto se le dota de determinados contenidos. En este sentido resulta inocuo hablar de una «Parte General» o de una «teoría del delito» del Derecho penal económico, esto es, en tanto en cuanto se trate de adaptar las cuestiones teóricas generales a sectores del Derecho penal que requieren de nueva y especial atención. Lo problemático sería, por el contrario, desarrollar ámbitos de excepción para ciertas partes del Derecho penal, que en esa medida constituirían

3. SILVA SÁNCHEZ, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 34.

«Partes Generales especiales».⁴ Y ello por dos razones. Por un lado, se resentiría la propia teoría del delito, que perdería de ese modo su pretensión de generalidad. No se trata de algo baladí: los tipos de la Parte Especial presuponían estructuras complementarias para su correcta aplicación. Tales estructuras generales garantizan, entre otras cosas, la seguridad jurídica, que desaparecería si cada sector del Derecho penal desarrollara su propia teoría del delito. Pero, además, las estructuras se insertan en un sistema con pretensión de consistencia, lo que las depura y perfila convenientemente y a la vez permite su control científico y su permanente revisión en aras a la corrección. Por otro lado, es evidente que una teoría del delito sectorial, independiente, caería fácilmente en la tentación de desarrollar estructuras «ad hoc», evitando el «corsé» que supone trabajar únicamente con las sometidas a examen y depuración durante décadas por la dogmática penal (p. ej. no sería difícil que se retomara el «*versari in re illicita*» en el ámbito empresarial).

Ahora bien, como se ha indicado, sería incorrecto negar que los nuevos fenómenos económico-empresariales obligan al sistema del delito a incrementar su grado de abstracción, concentrándose entonces a identificar «genotipos» allí donde hasta el momento simplemente se trabajaba con «fenotipos». El desarrollo de la teoría del delito de corte europeo se caracteriza por ir integrando en estructuras generales controlables racionalmente las apariciones fenomenológicas de la vida social, convirtiéndose progresiva e incesantemente en una teoría capaz de procesar la totalidad de la dinámica de las relaciones jurídicas entre sujetos con trascendencia penal. Todo ello nos pone sobre la pista de la respuesta definitiva a la pregunta formulada al inicio. La teoría del delito de cuño clásico es el instrumento teórico adecuado para abordar las cuestiones generales de atribución de responsabilidad penal en los «nuevos territorios». Y ello porque los principios —de justa imputación— sobre los que ella se construye no pueden excepcionarse en ningún caso. Y porque su generalidad, sistematicidad y abstracción son una garantía de imparcialidad y corrección de las soluciones. De ahí que aquí hablemos de «traslación». Sin embargo, la teoría del delito debe ser capaz de extenderse a todos los ámbitos, lo que parece implicar también su disposición al incremento de generalidad y abstracción (de nuevo: normativización) allí donde ello sea necesario para integrar las soluciones a nuevos problemas y/o estructuras que (solo aparentemente) se plantean como excepciones. Ciertamente, las cuestiones relativas a los concretos contenidos pueden acometerse sectorialmente; pero no cabe duda de que las estructuras generales han de permanecer, adecuadamente formuladas, en un único sistema común. Desde ese punto de vista no solo el Derecho penal económico debe agradecer la existencia de la teoría del delito. También la teoría del delito es deudora de aquel al empujarle a ser (cada vez) más y mejor *TEORÍA*.

4. Cfr. SCHUHR, «Kann und sollte der «Allgemeiner Teil» noch allgemein sein?», *Festschrift für Streng*, 2017, p. 153.

II

La presente monografía gravita sobre cuatro bloques temáticos. Un primer bloque temático, compuesto por tres capítulos, está dedicado a abordar cuestiones relacionadas con la atribución de responsabilidad penal a sujetos que actúan en el marco de estructuras empresariales. En el primero de ellos —titulado «**Principios de imputación en la empresa**»— *Ricardo Robles* analiza en qué términos la teoría de la imputación penal se traslada a los juicios de atribución de responsabilidad en la criminalidad de empresa, un ámbito en el que los criterios propios de la imputación omisiva se imponen de modo claro a las reglas clásicas de imputación a comportamientos activos. A tal efecto el autor centra especialmente su atención en el principio de competencia, como elemento básico en dichos juicios, un criterio que se modula en función de la posición que ocupa cada individuo en la jerarquía empresarial: mientras en los escalones inferiores la neutralidad es el criterio, los deberes de evitación propios de los garantes imperan en los niveles gerenciales y, por supuesto, de administración. El trabajo se detiene especialmente en la tarea de perfilar la fuente de estas posiciones de garantía y, una vez determinado el concepto de competencia en un sentido estático, se aborda el análisis de fenómenos como la delegación o la especialización, que hacen posible la división del trabajo a partir de la reconfiguración dinámica de las posiciones de garantía. Se propone asimismo revisar el planteamiento dominante de que en casos de delegación rige la desconfianza por principio y, por el contrario, en casos de especialización el principio debe ser la confianza. Además, este último principio, el de confianza, es objeto de novedosa crítica y, según el autor, debe ser relegado como criterio de imputación.

Precisamente en estas últimas cuestiones abunda la primera contribución al presente libro de *Jesús-María Silva*, que lleva por título «**La evolución de la posición de deber del consejo de administración. Una observación desde la cultura del *compliance***». En este capítulo se analizan los fundamentos de la posición de garantía de los miembros del consejo de administración respecto de las conductas de sus subordinados y las consecuencias de la infracción de los deberes de vigilancia asociados a tal posición, con especial atención al problema dogmático que plantea el hecho de que, a menudo, el incumplimiento de tales deberes se corresponda con el modelo de la participación omisiva imprudente en hechos dolosos ajenos. En este último sentido, la presente contribución pone en evidencia cómo, si bien los modelos de prevención de delitos en la empresa son un elemento básicamente considerado para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también deben desempeñar un importante papel a la hora de perfilar los deberes de vigilancia aludidos, tanto respecto de los subordinados como entre los propios miembros del consejo.

El tercer trabajo centrado en cuestiones de imputación de responsabilidades individuales en la empresa corresponde *Raquel Montaner* y lleva por título «**El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones**». En esta contribución el principal objetivo pasa por analizar cómo las delega-

ciones dentro de la empresa afectan a la trascendencia jurídico-penal de los comportamientos de aquellos sujetos especialmente implicados en funciones de vigilancia del cumplimiento normativo. A tal efecto se estudia, en primer término, la cuestión de si el encargado de cumplimiento o *compliance officer* es propiamente un delegado del empresario y, en su caso, cuáles son las consecuencias de su relación con la alta dirección en aras de la posible responsabilidad penal de ésta en tanto que principal responsable de velar por el respeto de la legalidad en la empresa. Y a continuación se profundiza en la cuestión de los posibles deberes de control del empresario respecto de la actividad del *compliance officer*, así como en las posibilidades jurídicas de exigir responsabilidad penal a este último por la no evitación de delitos. Entre las aportaciones más relevantes de este trabajo cabe destacar, sin duda, la distinción entre la delegación de competencias en sentido estricto y la «delegación» o encargo de la ejecución de una función, una diferenciación sutil pero determinante cuando se trata de delimitar las responsabilidades entre empresario y responsable de cumplimiento por no haber evitado delitos.

Una vez concluido este primer bloque temático, *Ramon Ragués* pasa a ocuparse en el cuarto capítulo, como indica el propio título de su trabajo, de «**La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa**». A tal efecto, su contribución se centra, en primer lugar, en determinar el alcance que en este ámbito tiene el principio de culpabilidad y en estudiar de qué manera los conceptos genéricos de dolo e imprudencia se adaptan tanto a los tipos penales que integran el Derecho penal económico como a las diversas formas de intervención punible que se presentan en las estructuras empresariales. En la parte final del capítulo se efectúan algunas consideraciones sobre la polémica cuestión de si existe una suerte de tipicidad subjetiva en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aun cuando la posibilidad de exigir algo parecido al tipo subjetivo a las empresas es negada por una parte importante de la doctrina, debido a la imposible concurrencia en tales entidades de la base eminentemente psíquica en la que mayoritariamente se asienta el dolo, otros autores consideran que, cuando menos a la hora de graduar las sanciones, es necesario atender al grado de implicación de los órganos de la persona jurídica en el hecho delictivo del agente, no pudiendo sancionarse igual, por ejemplo, un delito cuya comisión ha sido alentada desde el consejo de administración que el cometido por una negligente gestión de los controles. De la necesidad de diferenciar en su tratamiento jurídico estas diferentes situaciones derivaría la conveniencia de diseñar una teoría de la imputación subjetiva —o algo parecido— específicamente pensada para la empresa.

A continuación, el libro se adentra de la mano de *Nuria Pastor* en cuestiones relacionadas con el *iter criminis* y el concepto de resultado propio de los delitos patrimoniales, unas infracciones que, como es sabido, constituyen el núcleo más tradicional de los tipos que configuran la llamada criminalidad de empresa. En su primera contribución, titulada «**Consumación, desistimiento y reparación en los delitos patrimoniales**», la autora se enfrenta a cues-

tiones relacionadas con el concepto de consumación y su traslación a este ámbito de criminalidad, cuyos resultados típicos presentan características no extrapolables a otros sectores de la teoría del delito, como su reversibilidad. En este proceso de adaptación conceptual, la autora propone abandonar la noción de consumación habitualmente aplicada a la delincuencia patrimonial, basada en el modelo del hurto y en el desplazamiento de bienes como paradigma. Y, precisamente para compensar el adelantamiento que dicho abandono puede suponer, y en atención asimismo a la citada posibilidad de reversión del resultado, aconseja repensar ciertos dogmas clásicos acerca de los efectos del desistimiento y de la reparación, llegando a sugerirse para este ámbito de criminalidad la aceptación, con ciertas condiciones, de un desistimiento intra-consumativo.

En su segundo texto —que lleva por título «**La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal**»— *Nuria Pastor* se centra en el análisis del resultado de los delitos patrimoniales, prestando especial atención al delito de administración desleal, una de las piezas clave de la criminalidad patrimonial y, por extensión, empresarial, al ser un delito mayoritariamente cometido en contextos societarios. A tal efecto la autora propone respuestas para cuestiones cruciales como los conceptos penales de patrimonio y de perjuicio patrimonial, tratando de ampliar el enfoque tradicional, muy basado en el delito de estafa, y poniendo de manifiesto cómo en el delito de administración desleal se advierte la especial importancia de la dimensión personal del patrimonio y, más en concreto, la vinculación intrínseca entre patrimonio y libertad. A su juicio, el concepto abstracto de patrimonio se concreta en la dogmática de cada tipo de la Parte Especial de manera distinta: en la estafa, mediante la garantía de información y en la administración, mediante la garantía de una administración leal, cuyo contenido se debe valorar a la luz de la relación interna autor-víctima.

El siguiente bloque temático, compuesto por dos capítulos, se refiere a las causas de justificación y su vigencia en el Derecho penal económico y empresarial, un ámbito en el que aquellas pueden desempeñar un papel mucho más relevante del que se les ha atribuido tradicionalmente. En el primer trabajo, *Ricardo Robles* se centra en la legítima defensa —bajo el título «**Legítima defensa, empresa y patrimonio (a la vez, sobre la primacía de los canales institucionales y las restricciones al derecho de defensa)**»— y analiza dos grandes temas: por un lado, la cuestión de si es posible que la empresa actúe *en* legítima defensa y si es posible ejercer legítima defensa *contra* la empresa; y, por otro, la posibilidad de que el patrimonio sea un bien jurídico defendible y las eventuales limitaciones de la autotutela de este bien jurídico provocadas por la existencia de canales institucionalizados de defensa. En este último punto el trabajo pone en evidencia las serias debilidades de los planteamientos mayoritarios vigentes en la actualidad sobre los límites de la legítima defensa frente a los ataques a intereses patrimoniales.

Por su parte, *Ivó Coca* aborda la cuestión del consentimiento en el trabajo que lleva por título «**Un estudio a propósito de los delitos de administración**

desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)». Al igual que sucede con la legítima defensa, apenas existen estudios que se ocupen de los efectos justificantes del consentimiento en la criminalidad económica y empresarial, lo que seguramente se explica por dos razones: de un lado, porque numerosas figuras delictivas en este ámbito están pensadas para tutelar bienes supraindividuales y, por tanto, indisponibles; y, de otro lado, porque en el caso del bien individual tutelado por excelencia por estos tipos (el patrimonio) el consentimiento del titular elimina directamente la tipicidad del hecho. Pese a ello, el presente trabajo pone en evidencia cómo el consentimiento justificante debe desempeñar de todos modos un papel en el abordaje dogmático de este sector de criminalidad y, de modo más concreto, su capacidad de rendimiento se demuestra en los casos de posibles administraciones desleales societarias, cuando la totalidad o una parte de los titulares de capitales consienten ciertas actuaciones de los administradores, así como en delitos que, como sucede con la interpretación mayoritaria de la corrupción en los negocios, tutelan simultáneamente bienes colectivos e individuales.

Finalmente, los dos últimos capítulos se ocupan de cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, más concretamente, de la traslación a tales entidades de ciertas categorías propias de la teoría del delito. En primer término, *Jesús-María Silva* analiza la «**Eximente de ‘modelos de prevención de delitos’**», brindando las bases teóricas para empezar a desarrollar una dogmática respecto de dicha materia. A tal efecto, el autor parte de la premisa según la cual la responsabilidad de las personas jurídicas debe limitarse a aquellas situaciones en las que es posible observar en ellas un estado de cosas defectuoso objetivamente favorecedor de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que las integran. Partiendo de esta base, a su juicio un modelo de prevención merecedor de efectos eximentes debería tender a la sustitución del estado de organización defectuosa por una organización lo más correcta posible, capaz de evitar hechos lesivos. Una hipótesis de partida a cuya concreción se procede en las siguientes páginas, que contienen aportaciones especialmente significativas, entre las que cabe destacar, entre otras, la propuesta de determinación en el tiempo de los efectos de esta eximente, una cuestión fundamental para aquellas compañías que se proponen introducir tales modelos iniciando una transición que puede durar años; la aportación de criterios para determinar el estándar de adecuación aplicable a los modelos de prevención; o, por fin, el tratamiento que merecen aquellas personas jurídicas que no pueden afrontar la implantación del modelo por necesidades económicas.

El libro se cierra con un trabajo de *Beatriz Goena* titulado «**Culpabilidad: ¿juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa**». La autora se plantea en esta contribución de qué modo es posible trasladar la categoría de la culpabilidad a las personas jurídicas tanto en su dimensión de elemento como de límite de la responsabilidad penal. A tal efecto se parte de la distinción entre imputación de responsabilidad en sentido fuerte o estricto y de atribución de responsabilidad en sentido

débil o amplio. Esta última se aplica según la autora a materias como las medidas de seguridad, el comiso y, también, la responsabilidad corporativa, unos sectores del sistema penal donde se prescindiría de la categoría de la culpabilidad tal como ésta se concibe en el caso de las personas físicas imputables. Partiendo de esta premisa, el trabajo realiza aportaciones concretas, entre las que cabe mencionar la propuesta de concebir las «penas» de las personas jurídicas como correctivos preventivos o de modular las garantías aplicables a dichas entidades en materias tan significativas como la legalidad, la proporcionalidad y los derechos procesales.

Por último conviene añadir que, además de los dos trabajos citados, se enmarca también en este último bloque temático, y en la ejecución del presente proyecto de investigación, el estudio de *Ramon Ragués* sobre los elementos de conexión del hecho delictivo de la persona física a la jurídica y, en especial, sobre la exigencia legal (art. 31 bis CP) de que la primera actúe *en beneficio* de la segunda para que ésta sea responsable. Sin embargo, dada la extensión alcanzada por este trabajo se ha publicado finalmente como una obra distinta, en la monografía titulada *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal* (Marcial Pons 2017).

Ciertamente los trabajos mencionados no abarcan la totalidad de las categorías que conforman la teoría del delito y, por tanto, no es posible ofrecer todavía con este libro una propuesta completa sobre cómo debería ser la traslación íntegra de dicha teoría a la criminalidad económica y empresarial. Sin embargo, el conjunto de las anteriores contribuciones abarca una parte muy amplia del objeto de investigación y, en tal medida, los anteriores capítulos pueden ser piezas básicas en la tarea, todavía por culminar, de ofrecer a la comunidad jurídica una formulación acabada acerca de cómo la teoría del delito en su conjunto debe trasladarse a los delitos económicos y a la delincuencia corporativa. El reto científico, por tanto, sigue vigente, pero con estas páginas su superación parece mucho más cercana.

Ramon Ragués i Vallès

Ricardo Robles Planas

En Barcelona, a 1 de marzo de 2018