

Fundamentos del
Derecho penal
de la Empresa

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Fundamentos del
Derecho penal
de la Empresa

*Segunda edición
ampliada y actualizada*

Con la colaboración de

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ
Lectora de Derecho penal (acreditada agregada)
Universidad Pompeu Fabra

y

LORENA VARELA
Ayudante de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra



2016



Este libro se integra en el Proyecto DER2013-41252-P, “La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

I.S.B.N.: 978-9974-708-76-1 (en América)

I.S.B.N.: 978-84-15276-463 (en España)

En Madrid, España:

© EDISOFER S. L.

Calle San Vicente Ferrer 71 (28015)

Tel.: (0034 91) 521 09 24 - Fax: (0034 91) 532 28 63

www.edisofer.com

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en Argentina en el mes de abril de 2016 por:

La Imprenta Ya, Av. Mitre 1761, Tel.: (005411) 4761-8080

Florida, Buenos Aires.

www.laimprentaya.com

ÍNDICE

Capítulo I

TEORÍA DEL DELITO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO EMPRESARIAL

1. Introducción: lo teórico y lo experimental en la teoría del delito.....	1
1.1. Cambios de paradigmas o modelos teóricos	1
1.2. Experimentación y refutación de teorías	2
2. ¿Por qué los casos del Derecho penal económico tensionan especialmente a la teoría del delito?.....	7
3. El estado de la teoría del delito ante el abordaje de los casos de Derecho penal económico. Consideraciones generales.....	10
4. Las instituciones de la teoría del delito ante los casos de Derecho penal económico.....	13
4.1. Procesos de cambio.....	14
4.2. El impulso del Derecho penal de la empresa	35
4.3. Retos pendientes	46
5. Balance.....	53

Capítulo II

LEY PENAL ECONÓMICA
Y DERECHO REGULATORIO

1. Características generales.....	55
2. Los problemas de la accesoriedad de la legislación penal económica	57
2.1. El problema de la constitucionalidad	57
2.2. El problema de la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y de la retroactividad de las favorables	63
2.3. El problema de la interpretación	65
2.4. El problema de la prueba.....	67
3. Ley penal económica y Derecho regulatorio: concreciones	68
3.1. Introducción	68
3.2. El modelo de Estado y el Derecho penal del nuevo modelo de Estado	71
3.3. La crítica constitucional y el manejo dogmático de los modelos regulativos de Derecho penal.....	78

Capítulo III

BASES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES MERCANTILES

1. La relevancia de la posición del administrador en los delitos comunes y en los delitos especiales	85
2. La responsabilidad de los administradores por actos de criminalidad de empresa	91
2.1. Introducción	91
2.2. Criterios de imputación de responsabilidad a los administradores por delitos comunes....	98

2.3. En particular, la responsabilidad del administrador por omisión del deber de vigilancia.....	148
2.4. La responsabilidad por la toma de decisiones en el ámbito de los órganos colegiados	155
3. La responsabilidad de los administradores por los delitos especiales en o de la empresa..	166
3.1. El artículo 31 del Código Penal español...	166
3.2. Los sujetos contemplados en el artículo 31. El significado de la mención del “administrador de hecho”. Su trascendencia	171
3.3. Confluencia de responsabilidades de administrador de hecho y de derecho	189

Capítulo IV

DEBERES DE VIGILANCIA Y
COMPLIANCE EMPRESARIAL

1. El deber de vigilancia	193
1.1. Introducción	195
1.2. El fundamento y el contenido del deber de vigilancia: separación de esferas, confianza y desconfianza como modelos alternativos...	204
1.3. Las consecuencias de la infracción del deber de vigilancia	218
1.4. Límites del deber de vigilancia	224
1.5. ¿Vigilancia en relaciones horizontales? ..	225
1.6. Vigilancia interempresarial I: Grupos	232
1.7. Vigilancia interempresarial II: Terceros (<i>third parties</i>)	233
1.8. La delegación de la vigilancia.....	235
2. <i>Compliance</i>	237
2.1. Introducción	237

2.2. <i>Compliance</i> como forma de organizar la vigilancia	240
2.3. La delegación de la vigilancia: programas de cumplimiento y <i>compliance officers</i>	242
3. Perspectivas	245

Capítulo V

RESPONSABILIDADES INDIVIDUALES EN ESTRUCTURAS DE EMPRESA.

LA INFLUENCIA DE SESGOS COGNITIVOS Y DINÁMICAS DE GRUPO

1. Introducción.....	247
2. Aproximación a la fenomenología de los sesgos cognitivos desde una perspectiva individual	252
3. Sesgos cognitivos e imputación subjetiva: algunas consideraciones	257
4. Aproximación a la fenomenología de los sesgos cognitivos desde una perspectiva grupal y a otros efectos de las dinámicas de grupo	269
5. Injusto subjetivo y culpabilidad en los casos de sesgos y dinámicas de grupo: algunas consideraciones	278
6. Algunas consideraciones sobre la neutralización de sesgos cognitivos y de la influencia de fuerzas situacionales en la empresa	281
7. Balance.....	283

Capítulo VI

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL Y LOS MODELOS TEÓRICOS

1. Sobre la necesidad político-criminal de la imposición de consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas	285
---	-----

1.1. ¿Irresponsabilidad organizada?.....	287
1.2. ¿Insuficiencia preventiva de la responsabilidad individual?	289
1.3. ¿Insuficiencia preventiva de las sanciones administrativas a las empresas?	291
2. Modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas	296
2.1. El modelo de responsabilidad “por atribución”	297
2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio	301
3. La teoría del delito y las personas jurídicas ...	304
3.1. En el modelo de responsabilidad por atribución	304
3.2. En el modelo de responsabilidad por un hecho propio de la persona jurídica	305

Capítulo VII

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO ESPAÑOL

1. Introducción.....	319
2. El modelo español de imputación a las personas jurídicas de una responsabilidad penal por delitos cometidos en su seno.....	330
2.1. La acogida (en principio) del modelo de la atribución	330
2.2. Elementos que parecen introducir incoherencias en el modelo de la atribución.....	344
2.3. Otras figuras legales problemáticas desde la perspectiva de un modelo de transferencia.....	347
3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y <i>criminal compliance</i>	349
4. Las “penas” de las personas jurídicas.....	352
5. Un modelo interpretativo restrictivo, de posible aplicación al texto legal español.....	356

Capítulo VIII

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL
DERECHO PENAL ESPAÑOL TRAS LA
REFORMA DE 2015: UN ESBOZO

1. Introducción.....	367
2. El modelo de imputación de responsabilidad a la persona jurídica	367
3. El nuevo sistema de exención de responsabilidad (art. 31 bis 2, 3, 4 y 5).....	370
3.1. La dimensión institucional: la línea de <i>compliance</i>	372
3.2. La dimensión operativa del <i>compliance</i> ...	374
4. Otras reglas	376

Capítulo IX

LA EXIMENTE DE
“MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS”.
FUNDAMENTO Y BASES PARA UNA DOGMÁTICA

1. Introducción.....	379
1.1. Datos previos.....	379
1.2. Precomprensiones	381
2. La razonabilidad del efecto eximente de la adopción de modelos de prevención de delitos y de la efectiva ejecución de sus requisitos ...	386
2.1. Introducción	386
2.2. La cuestión de política jurídica: Los modelos de prevención de delitos y el Estado de la autorregulación regulada	394
3. La estructura de la exención de responsabilidad por adopción y ejecución eficaz de un modelo adecuado de prevención de delitos	399
3.1. Introducción	399
3.2. Concreción material	403

3.3. Elementos de una dogmática de los modelos de prevención	408
4. Consideraciones finales	419

Capítulo X

EPÍLOGO

<i>The Yates Memorandum</i>	421
-----------------------------------	-----