

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

Profesor de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE
DERECHO PENAL
ECONÓMICO

Parte General y Especial

editorial

IB de **f**
Montevideo - Buenos Aires

2014

Julio César Faira - Editor

ÍNDICE

| | |
|---|------|
| Presentación de la obra..... | XIII |
| LA INCIDENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN EN EL DEBATE LEGISLATIVO Y DOCTRINAL ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| II. FUNDAMENTOS DE LA AUTORREGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL..... | 6 |
| 1. Introducción: las relaciones entre sociedad, Estado, Derecho y organización empresarial en la sociedad moderna..... | 6 |
| 2. La sociedad policéntrica..... | 10 |
| 3. El Estado supervisor..... | 12 |
| 4. El Derecho reflexivo..... | 14 |
| 5. Las organizaciones empresariales..... | 16 |
| III. ÁMBITOS DE AUTORREGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL..... | 18 |
| 1. Autorregulación (I): cesión a la empresa de la soberanía del castigo a sus empleados..... | 18 |
| 2. Autorregulación (II): cesión a una entidad privada de la soberanía del castigo a las empresas..... | 22 |
| 3. Autorregulación (III): cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma derivan..... | 23 |
| IV. EL MODELO CONSTRUCTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL: UN ESBOZO..... | 25 |

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 25 |
| 2. Una teoría del delito empresarial..... | 27 |
| 3. Una teoría de la pena empresarial..... | 29 |
| 4. El modelo constructivista a debate..... | 35 |
| 4.1. ¿Realismo de la persona física vs. ficción de la persona jurídica? | 35 |
| 4.2. ¿Monismo de la teoría de sistemas vs. pluralismo de otras teorías? | 38 |
| 4.3. Responsabilidad empresarial vs. responsabilidad colectiva | 39 |
| 4.4. Culpabilidad empresarial “de verdad” vs. culpabilidad empresarial “a medias”..... | 42 |
| 4.5. Ciudadanía empresarial vs. ciudadanía individual | 45 |
| 4.6. Derecho penal empresarial de autor vs. Derecho penal empresarial del hecho | 49 |
| 4.7. Un Derecho penal empresarial de doble vía vs. un Derecho penal individual de tres vías..... | 51 |
| V. EL DEBATE LEGISLATIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL: A LA BÚSQUEDA DE LA EFICACIA Y LA JUSTICIA | 52 |
| 1. Introducción | 52 |
| 2. La necesidad de un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial | 54 |
| 3. La necesidad de establecer un doble fundamento de responsabilidad penal empresarial..... | 55 |
| 4. La necesidad de distinguir entre autoría y participación empresarial | 57 |
| 5. La necesidad de distinguir entre dolo e imprudencia empresarial..... | 58 |
| 6. La necesidad de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial | 59 |
| BIBLIOGRAFÍA | 67 |
| | |
| ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS DE EMPRESA EN VIRTUD DE SU DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN? ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 81 |

| | |
|--|-----|
| II. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE ROXIN | 87 |
| III. EL NÚCLEO DE LA DISCUSIÓN: EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN | 90 |
| 1. Dominio de la configuración relevantemente superior | 90 |
| 2. Dominio social | 92 |
| 3. Responsabilidad por el injusto de la organización (<i>Organisationsunrecht</i>)..... | 94 |
| 4. Utilización de quien ya se ha decidido por el hecho | 96 |
| IV. REQUISITOS BÁSICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN | 96 |
| 1. La intercambiabilidad o fungibilidad | 97 |
| 2. La jerarquía organizativa..... | 101 |
| 3. La desvinculación del Derecho (<i>Rechtsgelösheit</i>) | 102 |
| V. DIFICULTADES EN LA TRANSPOSICIÓN AL ÁMBITO EMPRESARIAL. LA EMPRESA: ¿UN APARATO ORGANIZADO DE PODER?..... | 105 |
| 1. ¿La organización empresarial está desvinculada del Derecho? | 108 |
| 2. Fungibilidad y jerarquía: problemática de la estructuración empresarial moderna..... | 110 |
| 2.1. ¿Fungibilidad real de los empleados de la empresa? | 120 |
| 2.2. ¿La jerarquía como criterio decisivo de la estructuración empresarial? | 121 |
| VI. <i>FACTI</i> : CRÍTICA AL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL | 123 |
| VII. APUNTANDO UNA POSIBLE SOLUCIÓN: ¿DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL?..... | 127 |
| | |
| ¿LA COAUTORÍA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR DELITOS COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS? REFLEXIONES PRELIMINARES | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 131 |
| II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA | 136 |
| III. CARACTERÍSTICAS PROBLEMÁTICAS DE LOS SUPUESTOS EMPRESARIALES A RESOLVER | 142 |
| IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA “HORIZONTALIDAD” DE LA COAUTORÍA ... | 146 |
| V. APUNTES SOBRE LA VERTIENTE SUBJETIVA: ¿ACUERDO COMÚN SOBRE LA REALIZACIÓN DEL HECHO? | 150 |

| | |
|---|-----|
| VI. APUNTES SOBRE LA VERTIENTE OBJETIVA: ¿EJECUCIÓN CONJUNTA DEL HECHO? | 155 |
| VII. CONCLUSIÓN | 158 |
| CRISIS FINANCIERA Y RETRIBUCIÓN DE DIRECTIVOS ¿TERRENO ABONADO PARA SU CUESTIONAMIENTO PENAL POR VÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL? | |
| I. INTRODUCCIÓN | 161 |
| II. CONFLICTO DE INTERÉS EN LA REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES | 166 |
| III. INCARDINACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL | 169 |
| 1. El delito societario del art. 295 del Código Penal | 171 |
| 2. El delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal | 176 |
| 3. El tipo de abuso del artículo 295 CP y su distinción de la apropiación indebida del art. 252 CP: abuso de poder (art. 295 CP) frente a extralimitación en el poder (art. 252 CP) ... | 180 |
| a) Introducción..... | 180 |
| b) Punto de partida jurisprudencial: distinción entre vulneración de deberes genéricos <i>ad-intra</i> (295 CP) y deberes específicos <i>ad-extra</i> (252 CP)..... | 184 |
| c) Apunte dogmático: libertad de disposición sobre el patrimonio confiado a cambio del deber de administrarlo fiel y lealmente | 188 |
| d) Consecuencias de la interpretación propuesta..... | 192 |
| IV. TRAZANDO LOS LÍMITES PENALES DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN CASOS CONTROVERTIDOS | 194 |
| 1. Introducción | 194 |
| 2. Criterio procesal (<i>Business Judgment Rule</i>) y criterio material (<i>Pay for Performance</i>)..... | 196 |
| 3. El conocido problema de las compensaciones sigilosas (<i>Stealth Compensations</i>): pensiones remuneratorias, remuneraciones por reconocimiento ex post (a propósito del caso Mannesmann y del caso BSCH) | 198 |

| | |
|--|-----|
| 4. El problema candente en la realidad empresarial estadounidense: la “predatación” (<i>Backdating</i>) de las opciones sobre acciones (a propósito del caso <i>Brocade Communications</i>) | 202 |
| V. CONCLUSIONES | 205 |
| VI. TABLA DE SENTENCIAS | 207 |
| BIBLIOGRAFÍA | 208 |
| ¿ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA POR MOTIVOS CONCURSALES? | |
| I. INTRODUCCIÓN | 215 |
| II. CUESTIONES ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO CONCURSAL Y SOCIETARIO..... | 217 |
| 1. Elementos del conflicto de interés | 218 |
| 1.1. El deber de los administradores hacia la concurzada (artículo 35 LC)..... | 218 |
| 1.2. El deber de los administradores hacia la cotizada (artículo 127 LSA) | 221 |
| 2. ¿Responsabilidad penal de la administración concurzal? Irrelevancia del consentimiento del socio mayoritario y administración desleal en grupos de sociedades (<i>Konzernuntreue</i>) | 223 |
| III. CONCLUSIÓN | 225 |
| CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO: ¿COMPETENCIA DESLEAL Y/O ADMINISTRACIÓN DESLEAL? | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 227 |
| II. FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNICIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO | 231 |
| 1. Introducción | 231 |
| 2. El modelo de fundamentación de la decisión marco de 22 de julio de 2003 | 231 |
| III. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL | 235 |
| 1. Introducción | 235 |
| 2. La situación actual: ¿ampliación del concepto de funcionario público (art. 24 CP) e inclusión de la corrupción privada en el tipo de la administración desleal?..... | 235 |

| | |
|---|-----|
| 3. La reforma del Código Penal español: el art. 286 bis..... | 238 |
| IV. EL NÚCLEO DE LA DISCUSIÓN PRESENTE Y FUTURA: ¿IMPLICA LA COMPETENCIA DESLEAL SIEMPRE UNA ADMINISTRACIÓN DESLEAL? | 240 |
| 1. Introducción | 240 |
| 2. El grupo de casos denominados “kick-backs” | 242 |
| 2.1. Introducción | 242 |
| 2.2. Problemas con el tipo de administración desleal | 244 |
| V. CONCLUSIÓN | 252 |
| EL CRITERIO DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES <i>BONA FIDES</i> COMO BARRERA DEL ABOGADO DEFENSOR FRENTE AL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL <i>Un apunte introductorio</i> | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 253 |
| II. LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO PROPIO DEL ROL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: CONDUCTAS O ACTOS NEUTRALES..... | 254 |
| III. LA PAULATINA MODIFICACIÓN DE DETERMINADOS ROLES PROFESIONALES: EN ESPECIAL SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ROL DE ABOGADO | 260 |
| IV. LA 2ª DIRECTIVA Y LA STJCE DE 26 DE JUNIO DE 2007: ¿HACIA LA SALVAGUARDA DEL DERECHO DE DEFENSA? | 263 |
| V. EL PROBLEMA DE LA 3ª DIRECTIVA: ¿SIGUE VIGENTE LA SALVAGUARDA DEL DERECHO DE DEFENSA?..... | 266 |
| VI. ILEGITIMIDAD DE LA MODIFICACIÓN DEL ROL POR PARTE DEL ESTADO: INTROMISIÓN INTOLERABLE EN LA ESFERA DE LOS PARTICULARES PESE A LA INTERPOSICIÓN DE UN TERCERO..... | 268 |
| VII. EL CONCEPTO DE HONORARIOS <i>BONA FIDES</i> COMO CRITERIO PARA NO IMPUTAR RESPONSABILIDAD PENAL AL ABOGADO DEFENSOR POR LA PERCEPCIÓN DE HONORARIOS DE POSIBLE PROCEDENCIA ILÍCITA | 271 |
| VIII. CONCLUSIÓN | 276 |