



**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE**  
**CRÍMINA**  
*Centro para el estudio y prevención de la delincuencia*

**TESIS DOCTORAL:**

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS Y DEBERES DE  
CONFIANZA EMPRESARIAL**

Criterios para la individualización de la responsabilidad penal empresarial  
desde el sistema estadounidense y desarrollo de la Teoría de Agencias

Tesis doctoral presentada por

Elena B. Fernández Castejón

Director: Prof. Dr. D. Fernando Miró Llinares





## AGRADECIMIENTOS

A mi maestro, el Prof. Dr. Fernando Miró, por enseñarme a entender y amar la Universidad y, sobre todo, por transmitirme su pasión por el Derecho penal, desde su primera clase en la Licenciatura de Derecho, con el entusiasmo que sólo los grandes maestros transmiten. También por ofrecerme la oportunidad de aprender de él día a día y haberme guiado para dar los pasos correctos en esta investigación. A la Universidad de Miguel Hernández de Elche y especialmente, al Departamento de Ciencia Jurídica, por darme la oportunidad de iniciar mi carrera como investigadora, por acogerme y permitirme trabajar en un ámbito de la investigación como el Derecho penal, que tanto me apasiona. A los miembros del tribunal, por la amabilidad de asistir al acto de defensa y porque sus sabias aportaciones me ayudarán a encaminar las investigaciones venideras que comienzan con esta tesis doctoral. A mis compañeros del Centro Crímina: a José Eugenio Medina, Zora Esteve, Mar Ruiz, Paco Bernabeu, Rebeca Bautista, Javier Castro, Ana Gómez, Araceli Pascual, Tere Díez, Nuria Rodríguez y Nazaret Alonso, por sus incesantes ánimos y porque siempre estáis dispuestos a ayudarme en todo lo que necesito. Al Prof. Dr. Richard Hartley del Departamento de Criminal Justice de la University of Texas at San Antonio de Estados Unidos y al Prof. Dr. Roger Enriquez, Director del Policy Studies Center, que me permitieron realizar en su Universidad, las dos estancias de investigación que fueron el origen de lo que sería posteriormente este trabajo, así como al Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz y al Área de Derecho penal de la Universidad de Navarra por facilitarme mi labor de investigación durante la estancia que desarrollé en la citada Universidad.

A toda mi familia, especialmente a mis padres. A mi madre, el mejor ejemplo de mujer trabajadora que hubiera podido tener, que me

transmitió desde pequeña la pasión por la docencia. Mis actos sólo son un reflejo de todo lo que me has enseñado en esta vida, espero que te sientas igual de orgullosa que yo de lo que esta obra representa. A mi padre, que me dio el mejor regalo que un padre puede hacer a su hija: dar la libertad y el apoyo para que elija lo que quiera ser en la vida. Ha sido constante vuestra confianza y cariño durante todo este camino, por eso esta obra es también, en gran medida, fruto de vuestra generosidad incondicional. A mis amigos, a todos y cada uno de ellos, por animarme a seguir hasta conseguirlo y comprender mis largas ausencias, especialmente en esta última etapa. A todos, gracias.





## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS PRINCIPALES</b> .....	<b>13</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>17</b>
<b>PRIMERA PARTE. LA NECESIDAD DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SENO DE LA EMPRESA: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PERSPECTIVA ADOPTADA</b> .....	<b>35</b>
<b>CAPÍTULO I: LA RESPUESTA JURÍDICO-PENAL A LA EMPRESA COMO FOCO DE RIESGO DE LA COMISIÓN DE DELITOS</b> .....	<b>37</b>
1. DELINCUENCIA EMPRESARIAL Y DIFICULTADES PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL SENO DE LA EMPRESA.....	37
2. LA RESPUESTA A LA “IRRESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL” .....	49
2.1. <i>La dificultad para “el levantamiento del velo” como “laguna de punibilidad”</i> .....	49
2.2. <i>La respuesta jurídico penal basada en el principio societas delinquere non potest</i> .....	54
2.3. <i>Los modelos de respuesta basados en el principio societas delinquere potest</i> .....	62
3. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN TIEMPOS DE “SOCIETAS DELINQUERE POTEST”: RAZONES DOGMÁTICAS Y ENFOQUE DEL TRABAJO.....	67
<b>CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPUESTA EN ESTADOS UNIDOS A LA EMPRESA COMO FOCO DE RIESGO DE LA COMISIÓN DE DELITOS</b> .....	<b>79</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	79
2. DESDE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> HASTA SU ABOLICIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	82
3. LA ABOLICIÓN DEL PRINCIPIO <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i> A PARTIR DE LA CREACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA FICCIÓN Y LA REALIDAD SOBRE LA NATURALEZA DE LA EMPRESA .....	98
3.1. <i>El origen de las teorías de la ficción y la realidad sobre la naturaleza de la empresa</i> .....	98
3.2. <i>La instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos</i> .....	121
3.3. <i>La crítica de la doctrina estadounidense a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: sólo la persona física puede delinquir</i> .....	124
4. LA CRISIS DEL SISTEMA DE RESPUESTA A LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	129
5. UN PASO HACIA DELANTE A NIVEL ESTRATÉGICO: EL YATES MEMORANDUM .....	143
6. EL DESARROLLO DE TEORÍAS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES INTERNOS DE LA EMPRESA .....	156
<b>CAPÍTULO III. HACIA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: BASES DOGMÁTICAS Y ALCANCE DEL ESTUDIO</b> .....	<b>165</b>
1. RECAPITULACIÓN DE LOS HALLAZGOS .....	165
1.1. <i>La necesidad de mantener la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa</i> .....	165

1.2. <i>La necesidad de superar la confusión de planos: imputación y valoración</i> .....	167
2. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE LOS QUE SE PARTE EN LA INVESTIGACIÓN .....	170
2.1. <i>Sobre la responsabilidad</i> .....	170
2.1.1. Los cuatro significados del término “responsabilidad” según Hart.....	170
2.1.2. Liability-responsibility o responsabilidad para la atribución de consecuencias por el hecho: la responsabilidad jurídica.....	177
2.2. <i>La diferenciación entre imputación y valoración: lenguaje dogmático para mejorar la individualización de la responsabilidad y acercar las dos tradiciones jurídicas</i> .....	179
3. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE ALTOS DIRECTIVOS COMO ÁMBITO ESPECÍFICO DEL PRESENTE TRABAJO.....	198
<b>SEGUNDA PARTE. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ALTOS DIRECTIVOS EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE .....</b>	<b>205</b>
<b>CAPÍTULO IV: BASES PARA LA IMPOSICIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE .....</b>	<b>207</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	207
2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE COMPORTAMIENTO Y LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE.....	209
3. LA NOCIÓN DE “ALTO DIRECTIVO” COMO CONCEPTO QUE AÚNA A LOS “DIRECTORS” Y “OFFICERS”: DEFINICIÓN Y CRITERIOS DELIMITADORES .....	224
<b>CAPÍTULO V: CRITERIOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ALTOS DIRECTIVOS EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE.....</b>	<b>251</b>
1. REGLAS DE INTERVENCIÓN.....	251
1.1. <i>La responsabilidad de los altos directivos como autores</i> .....	251
1.2. <i>La responsabilidad de los directores y officers como partícipes. El desarrollo de normas de intervención en la empresa a través de la Aiding and abetting liability</i> .....	261
2. REGLAS DE IMPUTACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSIBLE CORPORATE OFFICER DOCTRINE.....	269
3. REGLAS DE CONDUCTA: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS DIRECTIVOS FRENTE A LA ENTIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE COMPORTAMIENTO QUE ESTABLECEN DEBERES .....	284
3.1. <i>Introducción</i> .....	284
3.2. <i>Desarrollo jurisprudencial del deber de cuidado o duty of care</i> ...	285
3.3. <i>Desarrollo jurisprudencial del deber de lealtad o duty of loyalty</i> .	304
3.4. <i>Desarrollo jurisprudencial del deber de informar a los accionistas: duty of candor o duty of disclosure</i> .....	312
<b>TERCERA PARTE. DEBERES DE CONFIANZA EMPRESARIAL E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS: LA AGENCY THEORY .....</b>	<b>317</b>
<b>CAPÍTULO VI: LA CONVERGENCIA DE REGLAS DE CONDUCTA E IMPUTACIÓN EN UNA MISMA TEORÍA: LA AGENCY THEORY Y LA DOCTRINA DE LOS DEBERES NO DELEGABLES .....</b>	<b>319</b>

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA AGENCY THEORY .....	319
2. AGENCY THEORY Y LA RELACIÓN FIDUCIARIA.....	327
3. DOCTRINA DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS NO DELEGABLES.....	330
4. REGULACIÓN POSITIVA DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DEL ALTO DIRECTIVO A NIVEL INTERNACIONAL.....	334
4.1. <i>El Soft Law a nivel internacional.</i> .....	334
4.1.1 El <i>Soft Law</i> en los países de nuestro entorno.....	334
4.1.2. Especial referencia a los “Principles of Corporate Governance” del American Law Institute.....	336
4.2. <i>Informes sobre los deberes fiduciarios de los altos directivos de las organizaciones internacionales.</i> .....	338
5. DESARROLLO LEGAL DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DEL ALTO DIRECTIVO A NIVEL INTERNACIONAL.....	339
5.1. <i>Desarrollo legal de los deberes fiduciarios en el common law.</i> .....	339
5.2. <i>Algunas manifestaciones del desarrollo legal de los deberes fiduciarios en el civil law.</i> .....	340
<b>CAPÍTULO VII: LOS DEBERES DE CONFIANZA EMPRESARIAL EN ESPAÑA</b> .....	<b>343</b>
1. LOS DEBERES DE CONFIANZA EMPRESARIAL: EL CONCEPTO DE DEBERES FIDUCIARIOS EN ESPAÑA .....	343
2. REGULACIÓN ACTUAL DE LOS DEBERES DE CONFIANZA EMPRESARIAL EN ESPAÑA .....	349
2.1. <i>Normativa nacional de los deberes de confianza empresarial</i> .....	349
2.2. <i>Los deberes de confianza empresarial en las empresas del IBEX 35</i> 357	
2.2.1. La regulación interna de <i>INDITEX</i> .....	358
2.2.2. La regulación interna de <i>Telefónica</i> .....	358
2.2.3. La regulación interna del Banco Santander .....	359
3. LA APLICACIÓN ACTUAL EN LA PRAXIS JUDICIAL DE LOS DEBERES DE CONFIANZA .....	359
4. RECAPITULACIÓN .....	362
<b>CAPÍTULO VIII: HACIA LA MEJORA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS DIRECTIVOS EN ESPAÑA A PARTIR DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DERIVADOS DE LA AGENCY THEORY</b> .....	<b>365</b>
1. DEBERES FIDUCIARIOS Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ALTOS DIRECTIVOS: CONSIDERACIONES GENERALES .....	365
1.1. <i>Los deberes fiduciarios como “sustrato” de la responsabilidad de los altos directivos</i> .....	365
1.2. <i>Clases de Deberes de Confianza Empresarial y responsabilidad penal del alto directivo.</i> .....	371
2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS DIRECTIVOS A PARTIR DE LA CORRECTA APLICACIÓN DE LOS DEBERES DE CONFIANZA DE LA AGENCY THEORY .....	409
2.1. <i>La superación de la confusión de planos: Los deberes de confianza como sustrato para la valoración y la necesidad previa de imputación ordinaria (o extraordinaria)</i> .....	409
2.2. <i>La “delegabilidad” de los deberes del alto directivo y Teoría de agencias.</i> .....	414
2.3. <i>Deberes de confianza e intervención delictiva en la empresa</i> .....	425
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>437</b>

**BIBLIOGRAFÍA ..... 461**







## ABREVIATURAS PRINCIPALES

AA.VV.: Varios autores

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AA.PP.: Audiencias Provinciales

AP: Audiencia Provincial

act.: actualización

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AFD: Anuario de Filosofía del Derecho

AP: Actualidad Penal

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CADMC: Colección Análisis y Documentos del Ministerio de Cultura

CC: Código civil

CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial

CE: Constitución española

CFGE: Circular de la Fiscalía General del Estado

cfr.: confróntese

coord. / coords.: coordinador/coordinadores

CP: Código penal español

CPC: Cuadernos de Política Criminal

D: Directiva

dir.: director, directora

E. de M.: Exposición de Motivos

ed.: edición, editor

EPC: Estudios Penales y Criminológicos

et al.: y otros

FGE: Fiscalía General del Estado

ibid: en el mismo lugar

ILR: Iowa Law Review

InDret: InDret. Revista para el análisis del Derecho

(www.indret.com)

infra: más abajo

JCLC: The Journal of Criminal Law and Criminology

L: Ley

L.: Law

LH-Libro-Homenaje a

LL: La Ley

LO: Ley Orgánica

LPI: Ley de Propiedad Intelectual

n.: nota

nº: número

núm. marg.: número marginal

op.cit.: opus citatum

párr.: párrafo

passim: en diversos lugares

PE: Parte Especial

PG: Parte General

PJ: Poder Judicial

p.: página

pp.: páginas

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDL: Real Decreto Legislativo

RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc))

REDPC: Revista Española de Derecho Penal y Criminología

REFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

reimpr.: reimpresión

Rev. DP: Revista de Derecho penal

Rev. P/RP: Revista Penal, La Ley

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia  
RJCat: Revista Jurídica de Cataluña  
RPPJ: Responsabilidad penal de las personas jurídicas  
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional  
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial  
SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial  
SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo  
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo  
supra: más arriba  
TLR: Texas Law Review  
trad.: traducción, traducido  
TS: Tribunal Supremo  
vid.: véase  
vol: volumen  
WLR: Wisconsin Law Review  
YLJ: The Yale Law Journal





## INTRODUCCIÓN

Las empresas y sus agentes internos han pasado de ser casi ignorados por el Derecho penal a convertirse en protagonistas prácticamente absolutos del mismo. Y lo son a todos los niveles, legislativo, judicial o práctico y dogmático. A nivel legislativo, dando contenido a gran parte de la tendencia expansionista del legislador penal, con la intención de cubrir con el Código Penal cualquier aparente laguna punitiva relacionada con la claramente creciente delincuencia relacionada con el desarrollo de la actividad empresarial<sup>1</sup>. En el terreno de la práctica judicial, cada vez son más los casos en los que están implicados por diferentes delitos agentes internos de la empresa y, más recientemente, las propias organizaciones, debido a la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas que tanta relevancia teórica y, más que probablemente, práctica, tendrá<sup>2</sup>. Además, los tribunales también se han visto

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

<sup>2</sup> Sobre la diferencia entre transcendencia teórica y práctica, las razones para afirmar la primera y la necesidad de estudios empíricos para constatar la segunda, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 463 y ss.

obligados a modificar sus doctrinas sobre el delito y sus elementos, en una compleja evolución de la aplicación práctica de un sistema pensado para la perpetración de delitos de resultado lesivo por parte de agentes únicos que debe responder, ahora, a la comisión de delitos de peligro abstracto por parte de múltiples agentes en el seno de una organización<sup>3</sup>.

Porque el cambio más significativo acontece, a nuestro parecer, en lo dogmático, en la propia incidencia de la delincuencia económico-empresarial en la teoría del delito o, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, más particularmente en las concretas instituciones dogmáticas del mismo que, para aprehender nuevos supuestos no abarcados por concepciones preexistentes, se ven sometidas a reformulaciones que acaban derivando en cambios generales en el sistema<sup>4</sup>. Los nuevos intereses

---

<sup>3</sup> Acerca de la incidencia del Derecho penal económico-empresarial en la evolución de la jurisprudencia de los tribunales españoles, en particular del Tribunal Supremo, véase el exhaustivo análisis de MIRÓ LLINARES, F.: "Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (I) Tipo objetivo", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 115 y ss.; también MIRÓ LLINARES, F.: "Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (II) Tipo subjetivo", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 259 y ss.; y MIRÓ LLINARES, F.: "Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) Intervención delictiva", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 325 y ss.

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, p. 34.

económico-patrimoniales dignos de tutela y, muy particularmente, los nuevos agentes implicados en la lesión o puesta en peligro de los mismos, obligan a abordar no una revolución, pero sí una adaptación del sistema del delito que, en ocasiones, puede resultar incluso traumática al afectar a muchos de sus paradigmas clásicos.

Esto ha sucedido, en particular, con la “supuesta” quiebra del clásico principio *societas delinquere non potest*<sup>5</sup> y la instauración de un sistema, de discutida naturaleza, de responsabilidad directa de las personas jurídicas que, sin temor a errar, se ha convertido en la cuestión penal sobre la que más se ha escrito en la última década en

---

<sup>5</sup> Sin entrar en una cuestión de enorme complejidad como la planteada, consideramos que lo indiscutible de la Reforma penal llevada a cabo por la LO 5/2010 (de 22 de junio, BOE 23 de junio) es que introduce la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, pero no lo es que eso suponga que las empresas cometen delitos. Tal y como ha sido sostenido por otros autores, también es compatible sostener, con el régimen jurídico-penal actual, que las personas jurídicas no son quienes delinquen aunque sí pueden ser hechas responsables de tales delitos. Sobre esto véase, GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S.: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 331-384; GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO, M.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 207-254; GÓMEZ MARTÍN, V.: “La futura responsabilidad de las personas jurídicas: ¿servirá para colmar las lagunas de punibilidad?”, *Economist & Jurist*, vol. 17, nº 140, 2010, pp. 84-85; GOENA VIVES, B.: “Criminal Sanctions for Corporations in Spain”, *ZIS*, nº 4, 2016.

nuestro país<sup>6</sup>. Es indiscutible la importancia que, desde una perspectiva político criminal, tiene el nuevo régimen jurídico que permite que las personas jurídicas sean hechas responsables de delitos, y también lo es, como ha señalado ORTIZ DE URBINA, que ello supone una importante alteración del estado de cosas en la teoría jurídica del delito y un auténtico reto dogmático para la determinación del alcance de las categorías tradicionales del sistema en la interpretación de los nuevos tipos penales<sup>7</sup>. Pero no es esto lo único que ha cambiado en el

---

<sup>6</sup> Sobre ello, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012; CIGÜELA SOLA, J.: *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015; CIGÜELA SOLA, J.: “El injusto estructural de la organización”, *InDret*, nº 1, 2016; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, The Global Law Collection, Aranzadi, 2006; GÓMEZ MARTÍN, V.; NAVARRO MASSIP, J.: “La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2016, pp. 23-44; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Las Personas Jurídicas En El Código Penal Español ( Una Visión Crítica )”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 25, 2011; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010”, *Revista de Derecho Penal*, 31, 2010; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 4, 2013; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (COORD.), / BARONA VILAR, S. (COORD.), CALDERÓN CUADRADO. M. (COORD.): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel Editorial, Madrid, 2008; NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Xurídica Galega*, 63, 2009; NIETO MARTÍN, A.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Nueva Doctrina Penal*, 1, 2008.

<sup>7</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, op. cit., p. 465.

Derecho penal por la irrupción de la delincuencia económico-empresarial, ni, quizás, sea este el problema dogmático de mayor importancia práctica al que se enfrente tanto la doctrina penal como los tribunales en relación con tal tipo de delincuencia. Difícilmente nadie pensará que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solucionará los problemas político-criminales de la delincuencia empresarial y creemos que lo mismo debería decirse de su encaje dogmático.

Es cierto que existe una profusa literatura que analiza los nuevos tipos penales y son muchas las cuestiones relativas a la imputación objetiva, a la imputación subjetiva o a consideraciones de intervención delictiva que han sido analizadas por los autores en relación con el derecho penal económico empresarial<sup>8</sup>, pero la atención sobre esto parece ser menor que sobre la propia responsabilidad de la persona jurídica. Pareciera como si el hecho de que la persona jurídica ya pudiera ser hecha responsable minimizara la obvia dificultad, por las nuevas estructuras organizativas complejas, de individualizar la responsabilidad penal en su seno. Riesgo que, de hecho, fue observado hace tiempo por parte de la doctrina penal norteamericana que llevaba

---

<sup>8</sup> Véase en particular la obra colectiva SILVA SÁNCHEZ, J. M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del Delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, con múltiples referencias y citas a otras relevantes obras en cada uno de los problemas de la teoría del delito.

décadas luchando contra la delincuencia empresarial con y sin vigencia del principio *societas delinquere potest* y que ha sido particularmente puesto de manifiesto en el conocido Yates Memorandum que insta a un cambio de paradigma que deje de centrar la atención en la responsabilidad directa de la persona jurídica y lo haga en la necesaria búsqueda de “los auténticos responsables”<sup>9</sup>. No debe discutirse, además, que sea dogmáticamente muy relevante conjugar con los principios penales fundamentales el que se haga responsable a una persona jurídica, pero, desde luego, ello no convierte en dogmáticamente menos complejo el conjugar instituciones como el dolo, la imputación objetiva o las figuras de la intervención delictiva pensadas para comportamientos lesivos perpetrados por una única persona, con la intervención de agentes individuales en estructuras organizadas con las distorsiones de disociación entre acción y responsabilidad, de escisión de los elementos del tipo, y otras características del actuar en grupo que ello conlleva<sup>10</sup>.

La presente tesis doctoral parte de la constatación de la necesidad de no olvidar, incluso de reforzar, el sistema de individualización de la responsabilidad en el

---

<sup>9</sup> Yates Memorandum, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, op. cit., p. 37.

seno de las organizaciones empresariales precisamente ahora que las mismas pueden ser responsables penales de los hechos delictivos. La tesis no entra en discutir la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque resulte una materia transversalmente planteada en ocasiones, particularmente desde una perspectiva político-criminal para argumentar que la misma no basta para cumplir con los objetivos de prevención de la delincuencia empresarial que se pretenden. Pero sí aborda la cuestión de la necesidad de mantener “el levantamiento del velo”, la técnica de individualización de la responsabilidad en el seno de una organización, y la búsqueda de criterios dogmáticos que mejoren su aplicación a los nuevos supuestos de delincuencia empresarial sin renunciar a los principios básicos de la teoría del delito.

No es este su contenido esencial, como después se explicará, pero sí es su origen y lo que explica, además, el enfoque esencial y definitorio de la misma: acudir al Derecho penal americano, con una tradición jurídica muy distinta a la continental-germánica que ha definido nuestro elaborado Sistema del Delito, pero con una experiencia legislativa de respuesta a la delincuencia empresarial mucho más grande que la nuestra y que, además, parece transitar en un camino, no inverso al nuestro, pero sí de refuerzo de la individualización de la responsabilidad penal. Lo que se pretende, con ello, es,

por una parte constatar el riesgo que se corre si la posibilidad de hacer responsables de los delitos a las empresas conlleva una debilitación en la necesidad de buscar responsables concretos entre los agentes de la misma, y, por otra, aprovechar su experiencia transitando de un modelo a otro.

Es indiscutible que el citado planteamiento conllevaba algunos riesgos considerables. El primero, el de acercarse a una tradición jurídico-penal distinta a la propia, como es la anglosajona, y el de hacerlo pretendiendo que tal acercamiento sirva efectivamente para resolver en nuestro sistema cómo se tiene que llevar a cabo la individualización de la responsabilidad penal empresarial. Aun a sabiendas del riesgo que se corre de encontrar soluciones difícilmente exportables a nuestro sistema jurídico, entendemos que, por una parte, la tendencia en las últimas décadas de algunos sectores de ambas partes del Atlántico a tratar de encontrar puntos de encuentro entre los dos sistemas facilita la tarea<sup>11</sup>; y,

---

<sup>11</sup> Véase, AMBOS, K.: "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", *Política Criminal*, vol. 5, A6-5, 2008, pp. 1-26 ; PIÑA ROCHEFORT, J. I.: *La estructura del delito en el ámbito jurídico del «common-law»*, Comares, Granada, 2002. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. (Spanish)*, Ariel-Libros Jurídicos, Barcelona, 2011. MAÑALICH RAFFO, J. P.: "Bases para una teoría comparativa del hecho punible", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 75, 2006; OXMAN, N.: "Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón", *Ius et Praxis*, vol. 19, 1, 2013. Y, desde EEUU, FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000. DUBBER, M. D.: "Theories of crime and punishment in German criminal law", *The American journal of comparative law*, vol. 53, nº 3, 2005; DUBBER, M. D.: "The promise of German criminal law: A

por otra, el esfuerzo dogmático que se ha realizado desde la doctrina americana a la hora de tratar de aportar claridad sobre el cuerpo de normas y principios jurídicos que definen la posición, facultades y poderes de altos directivos y otros agentes individuales de la empresa, así como la naturaleza jurídica de la relación entre ellos y la sociedad, supone un aporte de suficiente entidad como para ser tenido en cuenta y tratar de contribuir en la dogmática con esta investigación. En otras palabras, todo esfuerzo en la búsqueda de criterios que puedan resolver de un modo adecuado los problemas que se vienen presentando en la práctica judicial en el ámbito de la imputación de hechos delictivos relacionados con estructuras empresariales complejas, no es sólo una cuestión teórica, sino que parte de una imperante necesidad práctica. Por ello, cualquier enseñanza, aun desde otro modelo jurídico, recibida desde la práctica puede servirnos en el futuro siempre que seamos capaces de adaptarla a nuestro modelo teórico. Esto es lo que aquí se pretende.

Hay un segundo riesgo, en parte relacionado con lo anterior, de un planteamiento como el aquí adoptado: la enorme amplitud de un estudio de estas características.

---

science of crime and punishment", *German Law Journal*, nº 9, 2005. DUBBER, M. D.; HÖRNLE, T.: *Criminal law: a comparative approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Véase sobre la cuestión de la posibilidad de una ciencia penal universal y acerca de lo que separa a unos y otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº 1, 2002, Madrid, pp. 83-101.

Pretender analizar y explicar todas las teorías que han sido desarrolladas desde el *common law* para la individualización de la responsabilidad penal de todos y cada uno de los agentes intervinientes en una organización empresarial, y adaptar los criterios que éstas utilizan a nuestra tradición jurídica era “una empresa” inabarcable para ser realizada con el rigor exigido. Tampoco era una tarea lógica: la doctrina norteamericana ha desarrollado muchísimas teorías pensando en muy diferentes problemas dogmáticos y en intervenciones de distinta naturaleza, por lo que no sería ordenado ni funcional hacer un planteamiento general. Por todo ello estimamos conveniente centrar el análisis en alguno de los problemas de individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa de mayor trascendencia práctica, probablemente el que mayor desarrollo dogmático ha tenido en los EEUU y cuyo desarrollo más puede, a nuestro humilde parecer, aportar a la misma cuestión en nuestro sistema jurídico: la responsabilidad penal de los altos directivos de la empresa.

La presente tesis doctoral analiza cómo afectan los deberes de confianza empresarial a la responsabilidad de los altos directivos a partir del desarrollo de la Teoría de Agencias, tal y como ésta ha sido aplicada en el sistema

estadounidense<sup>12</sup>. A partir de la correcta aplicación de los deberes de confianza empresarial, se trata de aportar criterios útiles para la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos en España. No se trata, pues, de una tesis sobre la responsabilidad penal de los altos directivos, aunque esté más cerca de este planteamiento, ni sobre los tipos penales aplicables directamente a los altos directivos de las organizaciones. La tesis se ocupa de analizar qué relevancia, a la hora de determinar la responsabilidad penal de estos agentes de las organizaciones empresariales, desempeñan los denominados deberes fiduciarios, a partir de una teoría dogmática norteamericana que construye todo un complejo desarrollo normativo sobre las relaciones de confianza entre la organización empresarial y sus altos directivos que, a nuestro parecer, es totalmente extrapolable a nuestro sistema jurídico.

La teoría de agencias, pese a ser de obvio contenido mercantil, materia que, por tanto, ha tenido que ser profundamente abordada en este trabajo desde el ámbito del Derecho norteamericano, puede constituir un poderoso aporte para el juicio de valoración sobre cuándo un alto directivo ha incurrido en un concreto tipo penal perpetrado en el seno de la actividad empresarial. Además, y como se verá, la aplicación de esta teoría en

---

<sup>12</sup> *Vid. infra*, capítulo VI.

los EE.UU. y la toma en consideración de los deberes de confianza a la hora de la determinación de la responsabilidad penal del alto directivo, también puede ayudarnos a comprender cómo deben separarse el juicio de imputación del hecho al agente y el de valoración del hecho como injusto para no mezclar elementos de atribución de conocimientos con la atribución de sentidos delictivos de las diferentes conductas.

Para todo ello la tesis doctoral adopta, además, un planteamiento dogmático clásico, el de la doctrina de la imputación kantiana, desarrollado por HRUSCHKA<sup>13</sup> y en España por SÁNCHEZ-OSTIZ<sup>14</sup> y MIRÓ LLINARES<sup>15</sup>, que no constituye un modelo de teoría del delito sino, más bien, un lenguaje explicativo de las instituciones del sistema del delito y del contenido del mismo que sirve, a nuestro parecer, como un adecuado vehículo de comunicación

---

<sup>13</sup> HRUSCHKA, J.: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

<sup>15</sup> MIRÓ LLINARES, F.: "La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva.", en MIRÓ LLINARES, F.; POLAINO-ORTS, M.: *La imputación penal a debate una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Lima. Perú, 2010; y también MIRÓ LLINARES, F.: "Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva", en MIRÓ LLINARES, F.; POLAINO-ORTS, M.: *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2013.

entre tradiciones jurídicas aparentemente tan alejadas como la anglosajona y la germánico-continental.

La estructura de la presente tesis se encuadra, pues, en dicha finalidad del planteamiento descrito, dividiéndose en tres partes claramente diferenciadas: una primera, en la que se justifica la necesidad de la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa; una segunda parte, que focaliza su atención en la individualización de esta responsabilidad penal respecto a los altos directivos desde la perspectiva del sistema estadounidense; y una última y tercera parte, en la que, a partir de la Agency Theory, se analizan los deberes de confianza empresarial y sus implicaciones para la atribución de la responsabilidad de los altos directivos.

El capítulo primero contextualiza la respuesta jurídico-penal a la empresa como foco de riesgo, planteando desde un primer momento el problema que supone la delincuencia empresarial y las dificultades para la atribución de responsabilidad en la empresa. En este sentido, la dificultad para el levantamiento del velo como laguna de punibilidad en nuestro sistema jurídico ha provocado que sean diversas las alternativas que se han dado desde el Ordenamiento para dar respuesta al problema, que pueden ser clasificadas en dos grandes categorías: por un lado, aquellos modelos de respuesta

jurídico-penal basados en el principio *societas delinquere non potest*, y por otro, la respuesta jurídico-penal basada en el principio *societas delinquere potest*. En base a ello, se cierra este primer capítulo explicando el enfoque que va a tener la presente tesis.

En el segundo capítulo nos acercamos al estudio de la evolución histórica de la respuesta en Estados Unidos a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos, donde la larga tradición jurídica de un sistema en el que llevan tanto tiempo “conviviendo” la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de las personas físicas, nos puede servir, no sólo para hipotetizar acerca de si en nuestro país el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas servirá como respuesta eficaz al problema planteado, sino más allá de eso, para saber cuáles son las enseñanzas que podemos extraer de un sistema que lleva siglos haciendo un dantesco esfuerzo jurisprudencial y dogmático para enfrentarse a la dificultad del levantamiento del velo en la empresa, que ha quedado materializado en el desarrollo de diversas teorías para la individualización de la responsabilidad de los agentes internos de la empresa

Ante el desarrollo tan prolijo de las mencionadas teorías en el ámbito del *common law*, se dedica el capítulo tercero de la presente tesis, además de a establecer por

un lado, los presupuestos dogmáticos de los que se va a partir en el trabajo, a delimitar el alcance del estudio a la responsabilidad penal del alto directivo. Y es que, el alto directivo, además de ser el “eterno” implicado en los casos de delincuencia empresarial, es, precisamente por ello, con diferencia, sobre el que más criterios se han desarrollado, tanto por la praxis judicial como por la doctrina estadounidense. Por otro lado, en relación a los presupuestos dogmáticos que se acogen en este punto de la tesis, nos acogemos a la clásica teoría de la imputación por cuanto supone un lenguaje dogmático para mejorar la individualización de la responsabilidad y acercar las dos tradiciones jurídicas

En el capítulo cuarto, que se ocupa del establecimiento de las bases para la imposición de responsabilidad penal a los altos directivos desde la perspectiva estadounidense, se analiza cómo operan las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en el sistema de *common law*, así como también se explica el contenido del concepto “alto directivo” al que nos hemos acogido en el presente trabajo.

El capítulo quinto, referido a los criterios para la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos en el sistema estadounidense, se centra en tres tipos de cuestiones: las reglas de intervención que se aplican en el sistema estadounidense para valorar

como autoría o como participación la conducta del alto directivo; el desarrollo de las reglas de imputación en la empresa, haciendo una breve referencia a la Responsible Corporate Officer Doctrine; y por último, se hace una breve introducción a la responsabilidad de los altos directivos por el incumplimiento de reglas de comportamiento que establecen deberes. Esta última cuestión tiene un desarrollo más profundo en el capítulo sexto.

El capítulo sexto, punto esencial en el presente trabajo, trata de concretar los deberes de confianza empresarial derivados de la Agency Theory y sus implicaciones en la responsabilidad de los altos directivos, así como la “delegabilidad” de los mismos. Es la necesidad de una mayor concreción de los deberes que deben infringir los altos directivos para ser considerados responsables, lo que nos ha llevado a plantear la presente tesis como un estudio del papel específico que los deberes derivados de la relación de confianza existente entre la empresa y el alto directivo, deben jugar para establecer la responsabilidad de éstos. En este sentido, se concreta el contenido, alcance y aplicación de estos deberes fiduciarios “sui generis”, no sólo en el *common law*, sino que se intenta ir más allá, llevando a cabo un breve estudio comparado de su desarrollo normativo en algunos países de nuestro entorno.

El capítulo séptimo está dedicado al estudio de los deberes de confianza empresarial en España. Con tal objetivo, se lleva a cabo en primer lugar una breve compilación y análisis de la normativa nacional en la que están previstos estos deberes, para posteriormente explicar el desarrollo de los mismos en la regulación interna de algunas de las empresas del IBEX 35. Este penúltimo capítulo se cierra con el análisis de la aplicación actual en la praxis judicial de estos deberes de confianza empresarial.

Finalmente, el capítulo octavo está dedicado al estudio de las bases para la correcta aplicación de los deberes fiduciarios derivados de la Agency Theory, en cuanto estos suponen una mejora para la individualización de la responsabilidad de los altos directivos. Partiendo de la teoría clásica de la imputación, se explica la aplicación en la praxis de la Teoría de Agencias, concretando el papel que juegan las distintas clases de deberes de confianza empresarial del alto directivo para la atribución de responsabilidad del mismo.



**PRIMERA PARTE. LA NECESIDAD DE LA  
INDIVIDUALIZACIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SENO DE LA  
EMPRESA: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y  
PERSPECTIVA ADOPTADA**





## **CAPÍTULO I: La respuesta jurídico-penal a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos**

*“Corporation, n - An ingenious device for obtaining individual profit without individual responsibility”.*

Ambrose BIERCE<sup>16</sup>.

### **1. Delincuencia empresarial y dificultades para la atribución de responsabilidad en el seno de la empresa**

Que la naturaleza de la empresa, como organización de personas que interactúan entre ellas y con el entorno, da lugar a oportunidades delictivas es un hecho incontestable<sup>17</sup>. También está aceptado como cierto que según estemos ante grandes empresas, con estructura organizativa compleja y un gran número de trabajadores, o ante pequeñas y medianas empresas, son distintas tanto

---

<sup>16</sup> BIERCE, A.: *The Devil's Dictionary: The collected works of Ambrose Bierce*, Vol. VII, Neale, New York, 1911.

<sup>17</sup> CULLEN, F.; CAVENDER, G.; MAAKESTAD, W.; BENSON, M.: *Corporate crime under attack: The fight to criminalize business violence*, 2ª ed., Routledge, Londres, 2014, p. 9. También DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Prevención de la delincuencia empresarial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, 2012, p. 163 y AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: “Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”, *Política criminal*, vol. 5, nº 10, 2010, p. 354, y en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: *Delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control empresario*, Atelier Penal, Barcelona, 2009.

las modalidades y alcance de las oportunidades delictivas que se generan, como los mecanismos de control que -según los recursos financieros de cada empresa- se implementan en la vigilancia de los trabajadores<sup>18</sup>. Incluso se sostiene la existencia de una relación directa y positiva entre las dimensiones de la empresa y el riesgo delictivo. Esto podría explicar, junto a otros factores como el propio incremento de los tipos penales relacionados con la actividad empresarial y el aumento de la sensibilidad social sobre la necesidad de la persecución de las actividades de riesgo de las empresas, que, al aumentar en las últimas décadas en España las empresas grandes y la complejidad de su estructura organizativa, los delitos empresariales no sólo persistan sino que crezcan significativamente.

Y el incremento de la complejidad estructural de las organizaciones conlleva, a su vez, un aumento en la dificultad de individualización de la responsabilidad penal en la estructura empresarial. Como es sabido, en la actividad empresarial suele ser habitual la intervención de múltiples sujetos que, en muchas ocasiones, ocupan escalones diversos en una estructura empresarial difusa en la que las competencias, las funciones específicas y las responsabilidades no siempre están definidas de forma

---

<sup>18</sup> En este sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: "Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial", op. cit., pp. 352-409.

clara o no siempre existe correspondencia entre las definidas formalmente y las materialmente ejecutadas. También es habitual, especialmente en organizaciones grandes, la existencia de órganos funcionales similares o de intervenciones fragmentadas dentro de la empresa<sup>19</sup>. Y, en un sinnúmero de ocasiones se percibe en las empresas, algo menos en las pequeñas pero también en estas, una disociación entre, por un lado, las actividades de gestión, administración y representación y, por otro, el poder de decisión de quien, de facto, dirige de hecho la organización.

Que las organizaciones corporativas sean estructuras difusas y complejas conlleva que lo sea también el proceso de toma de decisiones en su seno, particularmente en comparación con el mismo proceso en las personas físicas. Y todo ello supone que la identificación de las personas responsables, dentro de la empresa, de los concretos hechos que percibimos que se realizan en el seno de la misma, resulte una tarea costosa y problemática, tanto a nivel procesal como argumentativo. En ocasiones resulta complicada la identificación de los auténticos responsables bien porque

---

<sup>19</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 40, 2007.

la jerarquía no esté bien definida<sup>20</sup>, o bien por la difícil individualización de la atribución de la realización de hechos concretos a agentes (personas físicas), pudiendo únicamente afirmarse que las decisiones han sido tomadas por “el conjunto de la formación empresarial”<sup>21</sup>. La existencia de órganos funcionales similares o de intervenciones fragmentarias dentro de la empresa, conlleva que pueda parecer en ocasiones que ningún individuo comete el hecho delictivo por sí mismo, pero todos lo cometen conjuntamente, surgiendo, en el caso de los órganos colegiados, el problema de la coautoría funcional<sup>22</sup>. Y en otras ocasiones la complejidad

---

<sup>20</sup> Estas se estructuran en el plano horizontal a través de la división del trabajo y en el plano vertical se apoya en el principio de jerarquía. (Vid. , entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 193.) Precisamente, en el plano vertical, que existe en cualquier organización jerárquica (empresarial o no), por el desplazamiento de las estructuras, no sólo surgen cuestiones acerca de si junto a la responsabilidad del ejecutor directo del delito (subordinado) deben responder penalmente el superior o superiores, sino también, si estos últimos en la empresa quedan exonerados de pena o no cuando, en su caso, hubiera habido una delegación de competencias. Ahora bien, cualquier intervención de varias personas ordenada jerárquicamente en la comisión de un hecho delictivo, cuando la conducta delictiva del subordinado se debe a que ha recibido una orden o instrucción, tiene como presupuesto el análisis de la posible exención de responsabilidad penal, conforme a las teorías de la justificación y la exculpación. En este sentido, PÉREZ CEPEDA, A. I.: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista penal*, nº 9, 2002.

<sup>21</sup> Problema también apuntado por la doctrina americana; véase por todos FISSE, W.: “The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility”, *Adel. L. Rev.*, vol. 6, 1981, pp. 372-373.

<sup>22</sup> Sobre la aplicación en la doctrina y la jurisprudencia españolas la teoría de la autoría de Roxin, consúltese: DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas: consideraciones críticas”, *Nuevo foro penal*, nº 76, 2011, pp. 15 - 48. Así, como destaca BAIGÚN, cuando el órgano de una corporación (por ejemplo, el directorio de una sociedad anónima) realiza una

estructural de la empresa no oculta la existencia de actos claramente contrarios a reglas de conductas, pero dificulta la imputación del conocimiento de los agentes de la realización de los mismos<sup>23</sup>, y, con ello, la propia atribución de responsabilidad. Podría decirse, pues, que la complejidad de la estructura organizativa de las empresas supone, en muchas ocasiones, la creación de un muro infranqueable para la constatación de responsabilidad<sup>24</sup>.

---

conducta delictiva, tres son las hipótesis que pueden presentarse en relación con la autoría: a) que convergiendo una pluralidad de sujetos, cada uno de los integrantes realice por sí mismo la acción típica o tome parte en ella (autoría concomitante o paralela); b) que el delito sea llevado a cabo por un conjunto de personas, las cuales realizan una parte de la conducta descrita en el tipo, pero ninguno la totalidad; es la llamada coautoría funcional, donde convergen la decisión en común (aspecto subjetivo) y la realización en común por división del trabajo, y c) la denominada "autoría pluriobjetiva", en la que cada uno de los tramos de acción ejecutados es individualmente atípico, pero el comportamiento compuesto reviste la calidad de delictivo. Véase BAIGÚN, D.: "¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?", *Revista de Ciencias Penales*, nº 1, 1995, Montevideo, p. 42.

<sup>23</sup> Cuestión destacada también por la doctrina americana; véase por todos CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, Collier Mac Millan, London, 2005, p. 45 ("[i]t is not simply that the lower levels, for whatever reasons, do not wish to inform higher-ups; often the upper levels do not wish to be told"). También la doctrina alemana ha reflexionado sobre esta cuestión, en especial SCHÜNEMANN, refiriéndose a la "descentralización del conocimiento", SCHÜNEMANN, B.: "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 55, nº 1, 2002, pp. 11-16.

<sup>24</sup> Como recuerda en su artículo FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", op. cit., explicando que "Un hecho que puede tener relevancia típica como una mano de un trabajador destrozada por una máquina, unas urticarias padecidas por una serie de consumidores de un mismo producto o un bosque destruido por la lluvia ácida acaba siendo consecuencia de una pluralidad de acciones realizadas por varios sujetos sin que cada una de ellas considerada de forma aislada pueda fundamentar la responsabilidad por el hecho".

Además, la dificultad en la atribución de los hechos y en la valoración de la diferente implicación de los intervinientes en los mismos se incrementa para algunas estructuras empresariales y, también, para concretos miembros de la organización. Respecto a lo primero, las organizaciones empresariales, ya de por sí complejas, se embarcan a menudo en procesos de fusión con otras organizaciones, dando lugar a estructuras aún más complejas sometidas, además, a distintos regímenes jurídicos cuando la causa es la necesidad de internacionalización, lo cual, en ocasiones, complica más que aclara la realidad competencial de los agentes de la empresa. Algo similar sucede cuando la descentralización de la gestión lleva a la externalización de algunas, o todas, de las funciones (y decisiones) a otras empresas o agentes individuales externos, creando un vínculo entre la empresa que externaliza y la empresa “outsourcing” con mayor o menor alcance y vocación de permanencia, con las ventajas que supone esta técnica para la división funcional del trabajo pero, también, con los obvios riesgos que esto conlleva de pérdida de capacidad decisoria y de dificultad en la articulación de las relaciones entre los agentes empresariales. No cabe duda que si la atribución de responsabilidad es de por sí complicada en las empresas, todas estas formas de división funcional de las competencias hace aún más difícil la tarea.

Por otro lado, la dificultad para la individualización de los agentes de los actos que acontecen en las empresas y para la identificación de los responsables de los mismos, no es idéntica según el agente de que se trate. Sin entrar aún en profundidad en la descripción y análisis de las funciones y competencias de los altos directivos o de los miembros de los Órganos de dirección, cuya responsabilidad penal derivada de los principios de confianza empresarial ocupará gran parte de este trabajo, es evidente que es sobre esta modalidad de agente interno de la empresa sobre el que se centra gran parte del interés de establecer criterios claros de individualización de la responsabilidad penal y sobre el que, en muchas ocasiones, más difícil será llevar a cabo tal tarea <sup>25</sup>. De hecho muchas de las principales problemáticas a las que se enfrenta la praxis forense en la hora de individualizar la responsabilidad penal en el seno de la estructura empresarial, tiene que ver con estos agentes. Así sucede, en particular con la problemática de la delegación de competencias y funciones (pues del mismo modo que verticalmente, surgen problemas de delegación de competencias, horizontalmente, surgen

---

<sup>25</sup> MEINI MÉNDEZ, I.: "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 52, 1999, p. 888.

problemas de división del trabajo <sup>26</sup>), y estrictamente ligada a esta cuestión, también la constatación de la posición de garante <sup>27</sup> en la empresa y el problema

---

<sup>26</sup> Vid. más ampliamente, explicando todos estos modelos, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", Ferré Olivé, Juan Carlos y Anarte Borrallo, Enrique, *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, nº 86, 1999. Sobre estos temas también véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en BACIGALUPO: *Empresa y delito en el nuevo CP*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997; y DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Delincuencia organizada", *Harlax: Revista técnica del Ertzaina*, nº 16-17, 1996.

<sup>27</sup> Hay quienes defienden que, a través de la cláusula general de "la actuación en lugar de otro" el sujeto se subroga en la misma posición en que se encuentra el representado. Sin embargo, existe una opinión contraria que entiende que la posición de garante es personal y sólo puede dar lugar a una delegación, cuando es posible verificar: primero, que el tipo en cuestión es susceptible de comisión por omisión; segundo, que los elementos de la omisión realizada por el sujeto se corresponden con los de la acción desde el punto de vista del contenido del injusto y, por último, cuando un sujeto se coloca en la posición objetiva de un garante no necesita de la cláusula de la actuación en nombre de otro porque asume él mismo dicha posición específica de garante, es decir, el compromiso efectivo de actuar como barrera de contención ante un peligro en concreto. En consecuencia, en aquellos supuestos, como ha señalado GRACIA MARTÍN, que el representante o subordinado, no actúa sometido al superior jerárquico, al poseer un poder autónomo, adquiere él mismo responsabilidad jurídico-penal. (PÉREZ CEPEDA, A. I.: "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", op. cit.). Así, BAIGÚN, D.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 88 expresa: "En un exhaustivo estudio sobre problemas básicos de la dogmática jurídico - penal y política criminal, en torno a la criminalidad de empresas, Bernd Shünemann examina la responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa con relación a los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por los subordinados, y llega a la conclusión de que la fuente de la posición de garante se funda en el dominio que ejercen los directivos, tanto sobre las cosas peligrosas como sobre el comportamiento de las instancias inferiores, comportamiento que se conecta con las relaciones de poder y el ámbito de competencia". Recientemente, adhiriéndose a esta opinión, ha expresado Paz Mercedes DE LA CUESTA AGUADO que: "Quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro para bienes jurídicos, es responsable de que tal peligro no se materialice. Así sucede respecto a las industrias peligrosas por sus propietarios" cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, p. 224. Para un completo panorama de la cuestión en la doctrina alemana, cfr. FRISCH, W.: "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de

dogmático relativo a la omisión dentro de la corporación <sup>28</sup>, cuestiones todas ellas que han hecho correr ríos de tinta en la dogmática penal.

Y no termina aquí la exposición de los distintos obstáculos que se presentan a la hora de adscribir responsabilidades penales a los distintos agentes en la empresa. La determinación del grado de intervención delictiva (autoría y participación <sup>29</sup>, y dentro de esta última qué tipo de participación) de los distintos sujetos puede aumentar exponencialmente su dificultad en una estructura empresarial compleja en la que existen una pluralidad de conductas (algunas dolosas, otras imprudentes, unas activas y otras omisivas); y derivada de ésta, en algunos casos también la legitimidad del castigo de la participación (especialmente del caso de los

---

dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo”, en MIR, S.; LUZÓN PEÑA, D.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 111-114.

<sup>28</sup> Cuestión conflictiva en la praxis y en la dogmática española, y para la que el Derecho alemán preveía ya hace décadas una responsabilidad administrativa (art. 130 de la ley sobre contravenciones al orden, referente a los delitos o faltas cometidos por los subordinados) TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 1, Allgemeiner Teil, Hamburg, 1976, p. 204.

<sup>29</sup> Sobre ello, DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, *Nuevo foro penal*, vol. 3, nº 71, 2013, pp. 115-144.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., VICENTE REMESAL, F. J. Y OTROS: “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989”, *Poder Judicial*, nº 27, 1992

*extranei*<sup>30</sup>)<sup>31</sup>. A todo ello también se le pueden añadir los problemas de autoría mediata del no cualificado que

---

<sup>30</sup> Sobre ello, ROBLES PLANAS, R.; RIGGI, E. J.: "El extraño artículo 65.3 del Código Penal", *InDret*, vol. 4, 2008. ROBLES PLANAS, R.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La responsabilidad en los «delitos especiales».: El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 59-97.

<sup>31</sup> Si bien la punición del partícipe *extraneus* en los delitos de infracción de un deber es algo asumido en general por la doctrina en lengua española (salvo autores como GARCÍA CAVERO, ROBLES PLANAS o SILVA SÁNCHEZ que consideran esta posición dogmáticamente inconsecuente), que también, mayoritariamente, defiende algún tipo de atenuación, existen grandes reticencias a aceptar la segunda consecuencia para los delitos configurados como de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 170 y ss. (teoría general), p. 193 y ss. (defraudación tributaria), p. 204 y s. (delito contable); GARCÍA CAVERO, P.: *Derecho penal económico: Parte General*, 2ª ed., ARA, Lima, 2007, p. 436 y ss., p. 769 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 313, 530-531: "[...] el administrador de hecho sólo podrá ser sujeto activo idóneo si se le ha trasladado el deber institucional, algo que será excepcional: ello sucedería en los supuestos de administrador con nombramiento defectuoso, y también podría sostenerse en la hipótesis de un administrador fáctico que cuente con el consentimiento de los socios y siempre que no exista un administrador formalmente nombrado"; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria", en BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESSE, S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 77, 80 y 96: "[...] si el delito consiste exclusivamente en la infracción de un deber, el art. 31 no permite considerar como autor al administrador de hecho como regla general, aunque posea el dominio social típico, salvo en los casos (muy excepcionales) en que quepa entender que se le ha trasladado el deber"; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 118 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 67, quien considera, a partir de una concepción excesivamente formal de los delitos especiales de infracción de un deber, que «sólo los administradores de derecho podrán recibir de modo general la transferencia de responsabilidad de la persona jurídica *intraneus*. Pues, en efecto, sólo aquellos tienen con dicha persona jurídica el vínculo jurídico que fundamenta tal transferencia. Por lo que hace, en cambio, a los administradores de hecho, no puede efectuarse la referida generalización»; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora", en VV.AA.: *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 908.

domina el hecho (y de la instrumentalización del sujeto no cualificado)<sup>32</sup>, así como el carácter eminentemente normativo y menos “físico-causal” de los delitos económicos frente a los delitos contra las personas (o Derecho penal nuclear<sup>33</sup>), que provoca que los delitos económicos puedan plantear dificultades especiales en materia de la “mal llamada” imputación objetiva<sup>34</sup>, por la complejización de los nexos causales, en las que con frecuencia se desconocen -o no se conocen suficientemente- algunos eslabones importantes de la cadena.

Por último, la actividad empresarial suele estar significativamente normativizada, lo cual también enmaraña en muchas ocasiones la determinación de la responsabilidad. Lo está en primer lugar la propia estructuración empresarial, y aunque el objetivo de la regulación societario pueda ser el delimitar las competencias y las funciones de la forma más clara posible, en muchos casos tan sólo hay un cumplimiento formal de las normas y el conocimiento de la regulación

---

<sup>32</sup> BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 1, 2000, p. 362.

<sup>33</sup> POLAINO-ORTS, M.; POLAINO NAVARRETE, M.; JAKOBS, G.: *El derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro. Una respuesta desde el Estado de derecho*, vol. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.

<sup>34</sup> Sobre la cuestión de que la imputación objetiva, ni es imputación, ni es objetiva, consúltese MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, *Cuadernos de política criminal*, nº 113, 2014.

no facilita la individualización de la responsabilidad. Pero, además, y en segundo lugar, gran parte de las actividades empresariales están sometidas a profundas y complejas normativas como, por ejemplo, el ámbito de la producción y el consumo, autorizadas conforme a reglas apoyadas en conocimientos especialmente técnicos, e incluso científicos, con la problemática que a efectos de imputación del conocimiento ello implica<sup>35</sup>.

Y la evolución natural en la sociedad del riesgo globalizada <sup>36</sup> en la que estamos es que las

---

<sup>35</sup> Todas estas cuestiones apuntadas, describen lo que el propio SCHÜNEMANN conceptualizó gráficamente como el fenómeno de la “irresponsabilidad organizada” en el ámbito de la empresa, desechando la opción doctrinal basada en la idea de autoría mediata en los aparatos organizados de poder como una solución factible a los problemas de adscripción de responsabilidad individual en el marco de las actividades empresariales. Así, apoyándose en las ideas de autores como HEINE, ROTSCH o BOSCH, explicaba SCHÜNEMANN que “esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresas que están en la cúspide de la jerarquía (...) no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división del trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un “poder de intermediación” y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso a una «irresponsabilidad penal organizada». SCHÜNEMANN, B.: “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación”, op. cit., p. 16; HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 1995, p. 44 y ss.; ROTSCH, T.: *Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 1998, p. 297 y ss.; BOSCH, N.: *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2002, p. 16.

<sup>36</sup> BECK, U.: “La política de la sociedad de riesgo”, *Estudios demográficos y urbanos*, vol. 13, nº 3, 1998, p. 501.

estructuras corporativas sean cada vez más complejas y resulte aún más complejo la individualización de la responsabilidad.

## **2. La respuesta a la “irresponsabilidad penal empresarial”**

### **2.1. La dificultad para “el levantamiento del velo” como “laguna de punibilidad”**

Dannecker afirma, con razón, que al Derecho podría abandonarle su carácter de institución social necesaria y que, incluso, corre el peligro de que las categorías fundamentales de la justicia y de la injusticia se tambaleen, en el caso de que no se sancionen penalmente hechos materialmente injustos. Y lo hace para referirse, en particular, a la necesidad de adaptar la respuesta jurídica para hacer frente al peligro de la “irresponsabilidad individual estructural” en el seno de las empresas<sup>37</sup>. Y no es el autor alemán el único que mantiene que, por la comentada dificultad de la atribución de responsabilidad en el seno de las empresas, se corre el peligro de que se cree una irresponsabilidad individual estructural. Prácticamente toda la doctrina está de acuerdo al afirmar que la consecuencia de todo lo

---

<sup>37</sup> DANNECKER, G.: “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista penal*, nº 7, 2001, p. 42.

anteriormente explicado, de la dificultad para aislar o identificar al agente individual que ha llevado a cabo el ilícito penal, es una laguna de punibilidad frente a muchos supuestos de conductas que ponen en riesgo e, incluso, lesionan, intereses jurídicos dignos de tutela penal. La certeza de que la complejidad de las organizaciones no va a disminuir sino a acrecentarse no ha hecho sino aumentar, a su vez, la preocupación por que múltiples delitos queden impunes, con las consecuencias de deslegitimación del sistema que ello conlleva.

No hay acuerdo, sin embargo, acerca de en qué falla el sistema jurídico penal frente a tal “organización desorganizada” que es la empresa y, por tanto, acerca de por dónde deben transitar las soluciones a esta problemática. Un sector importante de la doctrina situaba todo el acento del problema en la falta de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>38</sup>. La laguna de punibilidad no se produce porque sea difícil individualizar la responsabilidad de los responsables, sino porque no se hace responsable a quien sí se puede

---

<sup>38</sup> Entre ellos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest»”, *Cuadernos de política criminal*, nº 11, 1980, Instituto Universitario de Criminología, pp. 79-81; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, en *Hacia un derecho penal económico europeo/Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995, p. 2.

identificar, la persona jurídica. Con ello, sin embargo, se confunde el plano de la solución con el del problema: este no consiste, en realidad, en que no haya responsabilidad penal de las empresas, sino en que hechos delictivos puedan resultar impunes por no ser posible identificar a los agentes responsables del mismo (incluso a la propia empresa si es que se considera que puede serlo). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, como posteriormente se verá, se ha presentado como una solución a la laguna de punibilidad pero, hasta en el caso de que lo sea, afirmar que la laguna de punibilidad deviene de la inexistencia de sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas probablemente suponga una excesiva reducción de la problemática.

En realidad la laguna de punibilidad tiene que ver, en general, con el propio diseño del sistema de atribución de responsabilidad y con la propia configuración de los tipos penales, todo ello construido a partir de la idea de que los delitos suelen cometerse por agentes individuales. Como ha señalado Zúñiga Rodríguez, el sistema de imputación de responsabilidades penales está diseñado sobre la conducta de un autor, sujeto individual<sup>39</sup>, y esto tanto en lo que se refiere a las reglas de la teoría

---

<sup>39</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo", *Revista*

del delito como en la propia configuración, por lo menos hasta hace unas décadas, de los tipos penales de la “parte especial”. Respecto a lo primero, no se trata tanto, como ha señalado García Arán, de que las reglas de imputación subjetiva tengan que ver con “mecanismos psicológicos” que imposibilitan su aplicación a la persona jurídica con la consiguiente impunidad por no ser aplicable el tipo penal<sup>40</sup>. También desde una perspectiva normativa parece necesario convenir que la atribución de responsabilidades en que consiste el Sistema de la Teoría del Delito no se puede trasladar de forma idéntica a otro tipo de agente, en términos de libertad, distintos a las personas físicas como son las personas jurídicas.

Respecto a lo Segundo, la criminalización de conductas se hacía, hasta hace no tanto, pensando en que estas iban a ser realizadas por un agente único o por pocos y que todo lo realizado por él sería lo que configuraría el injusto de que se tratase. Esto choca frontalmente con la realidad que hemos comentado, con hechos perpetrados por agentes que están, a su vez, en el seno de otro tipo de agente social, las empresas, caracterizadas, especialmente las grandes, por “división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades”<sup>41</sup>.

---

*electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 10, 2008, Universidad de Granada, pp. 11-12 .

<sup>40</sup> GARCÍA ARÁN, M.: *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico, Universidad de A Coruña, 1998, p. 48.

<sup>41</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 18, 2007.

En definitiva, y como han señalado Silva Sánchez y Miró Llinares, parece claro que el Derecho penal, tanto a nivel de teoría del delito como de política criminal de criminalización de conductas, que tomaba como modelo de análisis el homicidio o las lesiones cometidas por un autor aislado o por varios en concierto, no proporciona el instrumental necesario para responder adecuadamente a delitos de nuevo cuño perpetrados en el marco de una estructura organizada de personas<sup>42</sup>. Pero, como por otro lado ha señalado Schüneman, quizás no debiéramos despreciar el potencial que pueden tener procesos de imputación que gozan de crédito desde hace más de cien años y continuar desarrollándolos y, añadiría, adaptándolos a los nuevos agentes y las nuevas realidades, de tal forma que se respeten los dos principios inalterables del Derecho Penal del hecho y del Derecho Penal de la culpabilidad sin que, a su vez, se llegue a la laguna de punibilidad<sup>43</sup>. Por lo menos habrá que potenciar la adaptación de los mismos a las nuevas estructuras aun cuando, desde una perspectiva político criminal, se adopte, como así ha sido, como principal línea estratégica una reforma del sistema penal hacia la atribución directa de responsabilidad al agente: empresa.

---

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.; MIRÓ LLINARES, F.: "Presentación de la obra", en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, p. 28.

<sup>43</sup> SCHÜNEMANN, B.: "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación", op. cit., p. 22.

Acerca de los diferentes tipos de modificaciones del sistema penal realizadas para hacer frente a la laguna de punibilidad derivada de la difícil individualización de la responsabilidad en el seno de las empresas dedicaremos las siguientes páginas. Diferenciaremos entre aquellas en las que la respuesta jurídico penal se ha basado en el principio *societas delinquere potest* y aquellas en las que la respuesta se ha basado en la idea *societas delinquere non potest*.

## **2.2. La respuesta jurídico penal basada en el principio *societas delinquere non potest***

Ante el incremento de la delincuencia empresarial y la dificultad para la individualización de la responsabilidad son múltiples y de diferente naturaleza las respuestas adoptadas hasta la fecha por nuestro Ordenamiento Jurídico. Probablemente todas ellas sean, por sí mismas, insuficientes para responder de forma eficaz al problema y, quizás por ello, muchas de ellas han sido adoptadas de forma conjunta por los estados en diferentes momentos y distintas reformas penales. Aunque no se pretende con este apartado hacer un detallado análisis de los diferentes modelos de intervención político-legislativa para frenar la delincuencia empresarial o para facilitar la incriminación de los responsables, sí entendemos necesario apuntar algunas de las principales técnicas adoptadas con el

citado propósito de combatir la “irresponsabilidad penal organizada”, en aras de situar en qué posición queda la individualización de la responsabilidad penal. Y para ello entendemos oportuno diferenciar entre aquellas políticas adoptadas desde el prisma de que sólo se puede hacer responsables de los delitos a personas físicas, las más utilizadas en nuestro país a finales del siglo pasado, de aquellas otras que, por el contrario, pretenden solucionar la problemática de la dificultad para la atribución de responsabilidad a agentes individuales en el seno de la empresa reconociendo que esta, como agente diferenciado a las personas que la conforman, también puede ser hecha responsable. Comenzaremos por analizar las primeras aunque, como es sabido, cuando el esquema de Societas Delinquere Potest se ha impuesto en muchos países, incluso en el nuestro, la otra modalidad de respuesta también ha sido utilizada por los estados.

Dentro de un esquema que mantiene como premisa la idea de que son los agentes individuales dentro de una organización los que pueden ser responsabilizados de los crímenes cometidos en el seno de esta, una de las respuestas adoptadas no sólo por nuestro Ordenamiento Jurídico, sino también a nivel internacional, ha sido la creación, cada vez más, de distintos tipos de delitos económicos, en un sentido más estricto (estafas, delitos

societarios, delitos contra el sistema financiero, etc.)<sup>44</sup> o más laxo (los que se producen en la actividad económica,

---

<sup>44</sup> Sobre el concepto de Delitos económicos o “socioeconómicos”, como se generalizó la denominación de la categoría a partir del CP de 1995, tomando como referencia esencial las tesis de TIEDEMANN plasmadas en múltiples artículos y particularmente en TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 1, op. cit., y en TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, véanse las obras clásicas de, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESSE, S.: *Derecho penal económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010, p. 14; MUÑOZ CONDE, F.: “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995, p. 267, BACIGALUPO ZAPATER, E.; STAMPA BRAUN, J. M.: “La reforma del derecho penal económico español”, *Revista Jurídica de Cataluña-Extra. El proyecto de Código Penal*, vol. 79, nº 1, 1980, p. 152; GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995, p. 169, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, op. cit., p. 12 y ss.; HORMAZABAL MALAREE, H.: “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “La Constitución económica española y el derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Madrid, 1983; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 3, 1980, Facultad de Derecho; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Política criminal y reforma penal: delitos patrimoniales económicos”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993. ARROYO ZAPATERO, L.: “Delitos socioeconómicos”, en VIVES ANTÓN, T.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, CGPJ, Madrid, 1996; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Actualidad político criminal del Derecho Penal Económico en España”, en ARROYO ZAPATERO, L.; TIEDEMANN, K.: *Estudios de derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista penal*, nº 1, 1998; QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en QUINTERO OLIVARES, G.; VALLE MUÑIZ, P.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Los delitos económicos en el proyecto de Código Penal”, *ADPCP*, 1981; HUERTA TOCILDO, S.: “Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980”, *Cuadernos de política criminal*, nº 15, 1981, Instituto Universitario de Criminología, p. 476; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.: “Sobre la tipificación del delito contable en el Derecho Español”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995, p. 367; PÉREZ DEL VALLE, C.: “Introducción al Derecho

como, por ejemplo, las cuestiones referentes a la responsabilidad penal por la producción o comercialización de bienes o productos defectuosos peligrosos o lesivos de bienes jurídicos como la vida o la salud de las personas, delitos medioambientales, etc.). En realidad esta tendencia de expansión del Derecho penal hacia la regulación de múltiples actividades de riesgo relacionadas con la actividad económica o empresarial<sup>45</sup>, no tiene tanto que ver con la voluntad de combatir la “irresponsabilidad penal organizada” como con proteger los intereses patrimoniales y socio-económicos ante nuevas peligros. Sin embargo es indiscutible que gran parte de los tipos penales incorporados *ex novo* lo que suponían era un adelantamiento de las barreras punitivas con la intención de castigar conductas por el riesgo potencial que las mismas conllevaban y fuera del modelo habitual anteriormente de los delitos de lesión/resultado

---

penal económico”, *Curso de Derecho penal económico, 2ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2005, p. 22, entre muchos otros.*

<sup>45</sup> Acerca de cómo la actividad económico-empresarial ha sido ámbito de significativa expansión del ámbito de intervención del Derecho penal en las últimas décadas véase la ya clásica obra de SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., y sobre cómo tal expansión puede afectar a principios fundamentales del sistema penal, CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña Del Mar*, nº 8, 2012, pp. 45-76; y más ampliamente no sólo respecto al Derecho penal económico sino a otros ámbitos de intervención de la sociedad del riesgo CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia [ie delincuencia] y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, y CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13, 2003.

material<sup>46</sup>, y que dentro de muchas ellas destacaban aquellas que se centraban en concretas actuaciones económicas o en particulares agentes en relación con deberes más o menos específicos, como ocurre con los delitos societarios o con otras figuras delictivas similares<sup>47</sup>. Aun así los problemas para la identificación de los responsables de los diferentes delitos seguían siendo los mismos: la creación de nuevos delitos que protejan de forma más amplia el entorno ambiental o de preceptos que incriminen la violación de derechos laborales, por citar dos ejemplos, puede conllevar una mejora de la protección de determinados intereses jurídicos e, incluso, una criminalización de los comportamientos de algunos agentes internos de las empresas en relación con concretas obligaciones normativas, pero no facilita, por sí misma, la determinación de los concretos responsables de muchos delitos de peligro o de resultado de lesión.

Dentro de la tendencia a incluir nuevos tipos

---

<sup>46</sup> Sobre el habitual recurso de empleo de la técnica legislativa de los delitos de peligro para la tutela de intereses económicos individuales y colectivos véase, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: "Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales", *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, nº 11, 2003, p. 95 y ss.

<sup>47</sup> Así, DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; y FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista P Revista Penal*, nº 1, 1997, relacionando la incorporación al Código Penal de estos tipos penales con el fracaso de los tradicionales instrumentos mercantiles de control dentro del ámbito de las sociedades mercantiles.

penales reguladores de la actividad económica o empresarial quizás debamos considerar como una técnica legislativa más enfocada a la determinación de la responsabilidad en la empresa la consistente en la creación de tipos con conceptos unitarios de autor. Con la intención de facilitar la adscripción de responsabilidad de los agentes empresariales, se crean tipos “absolutamente omnicomprensivos, en los que las diferencias entre preparación, ejecución y consumación se diluyen”<sup>48</sup> y en los que cualquier forma de intervención suponga finalmente la autoría. Ejemplo de la inclusión de tipos penales en el Derecho penal económico-empresarial siguiendo un concepto unitario de autor, son algunas de las actuales tipificaciones de delitos como el blanqueo de capitales<sup>49</sup>, la corrupción privada<sup>50</sup> y el castigo de determinadas

---

<sup>48</sup> Como explica DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, op. cit., p. 118

<sup>49</sup> Encontramos manifestaciones en este ámbito por parte de la doctrina en sentido diverso. Por un lado, los que entienden que no se debe en el delito de blanqueo de capitales adoptar un concepto unitario de autor y que, por tanto el punto de partida será el del concepto restrictivo de autor; en este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 349. BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 76. DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 246. En sentido contrario, entienden determinados autores, que redacciones de este tipo suponen una excepcionalidad de la complicidad en beneficio de las formas de autoría; ZARAGOZA AGUADO, J. A.: “El blanqueo de bienes de origen criminal”, *Manuales de formación continuada*, nº 14, 2001, p. 383. Asimismo, entienden otros autores respecto a este tipo de delitos, que no hay obstáculo para la autoría mediata, la coautoría y la inducción. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 521.

<sup>50</sup> Cuya regulación, en opinión de Carolina Bolea, responde a la “decisión del legislador de adoptar un concepto unitario de autor (para convertir en autoría

conductas entre los delitos contra la propiedad intelectual<sup>51</sup>. La redacción de estos delitos tras la Reforma del Código Penal de 2015 permite calificar la realización de actos ejecutivos en calidad de autor a toda una diversidad de conductas de significación y alcance diversos y, en muchas ocasiones, incluso alejadas de una posible puesta en peligro del bien jurídico protegido.

A nuestro parecer tal técnica debe criticarse, así como al parecer de DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO. Explica el autor que en primer lugar, y desde el marco definitorio de lo que debiera ser el Derecho penal de un Estado Democrático de Derecho, porque supone equiparar conductas de muy distinta gravedad<sup>52</sup>. Pero, también, y en segundo lugar, porque con tal técnica tampoco se asegura la individualización de la responsabilidad si no se une la misma a una ampliación excesiva de los injustos

---

conductas que no pasarían de ser calificadas de participación de no existir una previsión específica). BARDON BOLEA, C.: "El delito de corrupción privada", *InDret*, nº 2, 2013.

<sup>51</sup> Como el actual apartado 2, del artículo 270 del Código Penal, redactado de la siguiente forma: "La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios."

<sup>52</sup> DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", op. cit., p. 118.

penales<sup>53</sup> por medio de preceptos poco taxativos o sin exigencia de un contenido material de injusto y, en ese caso, la crítica consiste en lo inaceptable que supone tal expansión de la intervención penal.

Algo similar sucede con la técnica consistente en la creación de tipos de pertenencia a organización<sup>54</sup> y similares. En este sentido, destaca DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO que “En primer lugar, hay que decir que resulta difícil imaginar tipos así en relación con la delincuencia empresarial, pues la pertenencia a la organización, es decir, a la empresa, es por definición lícita (...). Pero, además, en general, aun aceptando que puedan ser convenientes algunos de esos tipos y agravaciones, los tipos de dirección o pertenencia a organización no serían suficientes por sí mismos, pues parece que la sanción de esa dirección o pertenencia no puede obviar la búsqueda de responsabilidad penal diferenciada por los concretos hechos delictivos cometidos en el seno de la organización”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Sobre ello, consúltese la magnífica obra JAKOBS, G.; POLAINO-ORTS, M.: *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Grijley, Lima, 2009.

<sup>55</sup> DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, op. cit., p. 119.

Estas son las distintas respuestas jurídicas que se han planteado hasta la fecha frente al problema de la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos adoptando el modelo “tradicional” basado en la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. No obstante, parecen manifiestamente insuficientes y, en algunos casos, como se ha dicho, incorrectas en un Estado de Derecho, en el que algunos de los principios clásicos del Derecho penal se pueden ver lesionados ante tal tipo de alternativas. Es por ello, que vamos a centrar en el siguiente apartado nuestro análisis en aquellos sistemas en los que el legislador ha propuesto directamente “derribar” el principio *societas delinquere potest*.

### **2.3. Los modelos de respuesta basados en el principio *societas delinquere potest***

El gran problema de la criminalidad empresarial se ha intentado mitigar en los últimos años en muchos países de nuestra tradición jurídica mediante el recurso a la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No negamos el valor que la implantación de este sistema pueda tener a efectos de prevención general, ni tampoco a efectos de prevención especial, pues también al sancionar a las personas jurídicas se pretendía la eficacia frente a estos nuevos sujetos del Derecho penal que representaban una especial

peligrosidad criminal. Sin embargo, la instauración de este sistema ha abierto la puerta a nuevos debates doctrinales.

En efecto, en el momento actual en el que la práctica penal española se encuentra inmersa en un sistema en el que tras la LO 5/2010<sup>56</sup> coexiste la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de las personas físicas, la problemática teórica ya no es la tradicional cuestión en torno a si debe responder penalmente la persona jurídica, pues este debate<sup>57</sup> quedó atrás con la introducción en el art. 31 bis. Si bien sigue habiendo disquisiciones teóricas acerca de si sigue vigente el principio “societas delinquere non potest”, pero más bien ahora debería matizarse bajo la fórmula “Societas delinquere non potest sed puniri potest”<sup>58</sup>, o bien este principio que parecía inamovible ha sido derogado en nuestro ordenamiento jurídico-penal<sup>59</sup>, lo

---

<sup>56</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Y más recientemente, la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido una descripción de los llamados “programas de cumplimiento”.

<sup>57</sup> Sobre este debate, se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, 8248, 2014

<sup>58</sup> GOENA VIVES, B.: “Criminal Sanctions for Corporations in Spain”, op. cit., p. 248 y ss.

<sup>59</sup> En este sentido, son paradigmáticos los trabajos de FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. Y OTROS: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, op. cit.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “La Ley Penal 76”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; MORENO TORRES HERRERA, M.R.; PÉREZ ALONSO, E.J.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.; RAMOS

importante a los efectos que nos interesan, es que ahora a la necesidad de dar respuesta práctica a la determinación de la responsabilidad de los agentes internos de la empresa, se suma la de dar respuesta a un sinfín de problemas que plantea la intervención de la persona jurídica en el ámbito de la empresa y que no sólo se limitan a si la empresa debe responder por sus propios actos o por los actos de los agentes que actúan en el seno de la misma<sup>60</sup>, sino también a la individualización de responsabilidades entre ésta y los distintos sujetos que intervienen en las diferentes actividades delictivas. Sin embargo, ¿era éste, además de sancionado, el sujeto penalmente responsable? ¿Era necesario abrir una herida en el valor simbólico del Derecho penal para llegar a esto? Y sobre todo: ¿soluciona el problema de la criminalidad empresarial la instauración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Pese a no existir hasta la fecha estudios empíricos a nivel nacional al respecto, pues es ahora cuando comienzan a surgir las primeras resoluciones judiciales

---

TAPIA, M.I.: *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 575 y ss.

<sup>60</sup> GRACIA MARTÍN, L.: "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18-05, 2016, pp. 1-95. CUADRADO RUIZ, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿ un paso hacia atrás?", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007.

en las que se condenan a las personas jurídicas<sup>61</sup>, resulta difícil creer que ésta puede ser la solución al complejo problema de la proliferación de los delitos en el seno de la estructura empresarial. Otra cosa distinta es afirmar que existirá una tendencia a ahorrar esfuerzos procesales y materiales en la búsqueda de los verdaderos culpables -personas físicas- de los delitos perpetrados en la empresa, pues ya no interesará tanto encontrar a un agente físico cuando al menos con la condena a la persona jurídica, ya tienen a quien castigar en su lugar, por lo menos tendrán una cabeza de turco.

En efecto, lo paradójico de la inclusión de este nuevo sujeto responsable en nuestro ordenamiento jurídico es el hecho, ya constatado -como se verá al hilo de la evolución histórica de la experiencia estadounidense con la coexistencia del régimen de responsabilidad de las personas físicas y jurídicas<sup>62</sup>-, de que la tradicional problemática de la individualización de la responsabilidad en el seno de la empresa, persiste e incluso se agudiza en la praxis con este nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

---

<sup>61</sup> STS núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016 y STS núm. 221/2016, de 16 de marzo de 2016.

<sup>62</sup> Véase *infra*, Capítulo II.

Asimismo, sin despreciar los posibles efectos preventivos anteriormente apuntados que puede suponer la instauración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, debe advertirse del peligro que supone que las sociedades pudieran sentirse inclinadas con este nuevo régimen de responsabilidad a tratar a las sanciones pecuniarias como un coste más dentro del negocio mismo<sup>63</sup>. Así, salvo en casos extraños y ante contextos especialmente turbulentos o precarios, lo más probable es que, como allí ha estado ocurriendo, la ley que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se utilice principalmente para castigarlas a éstas, sino para evitar el castigo de las personas físicas que actuaron en su nombre. En este sentido, una vez sobreseída -o en camino de sobreseerse- la causa contra la persona física, habitualmente la persona jurídica se allanará a una suspensión condicional del procedimiento mucho antes de que se discuta acerca de si la persona física cumplió con sus deberes de vigilancia o no lo hizo, o creó o contribuyó activamente al riesgo que finalmente derivó en el resultado típico. De esta manera se pone además en manos del fiscal un poder inaudito para influir sobre la

---

<sup>63</sup> Como ya destacaba la doctrina americana hace más de treinta años, prediciendo en cierto modo el mercantilismo en el que se convertiría la responsabilidad penal de la empresa en el sistema norteamericano. CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, Collier Mac Millan, London, 1980, pp. 280-281.

empresa en toda la etapa de investigación<sup>64</sup>. En los pocos casos que lleguen a juicio, es previsible que siga habiendo un solo sancionado, la persona jurídica que soportará las consecuencias económicas del castigo<sup>65</sup>. No obstante, antes de seguir adelantando las consecuencias de optar por esta última solución frente a la criminalidad empresarial, la de la instauración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vamos a adentrarnos en el nacimiento de esta responsabilidad y las distintas teorías que lo apoyaron, a lo que dedicaremos el epígrafe siguiente.

### **3. El levantamiento del velo en tiempos de “societas delinquere potest”: razones dogmáticas y enfoque del trabajo**

---

<sup>64</sup> En este sentido, LYNCH, G.: “The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 60, nº 3, 1997, p. 23 y ss., 54 y ss. La experiencia estadounidense de los *deferred prosecution agreements* (DPA), en especial a partir del llamado “Memorandum Thomson”, es ilustrativa al respecto. Entre las cláusulas de tales “acuerdos”, que en realidad son redactados unilateralmente por el órgano persecutor, eran habituales las prohibiciones a la empresa de financiar los gastos de abogados de sus ejecutivos, hasta que el 16 de julio de 2007 el Juez Kaplan sobreseyó a 13 de los 16 imputados en un proceso contra KPMG y algunos de sus ejecutivos, pues el DPA había supuesto una violación de su derecho a defensa. Entre otras cosas, esto ha contribuido a moderar los requerimientos de la Fiscalía, pero ellos siguen siendo enormes al amparo de la discrecionalidad administrativa.

<sup>65</sup> Según los datos que aporta GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal Press, New York, 2004, p. 1-51 y ss., un estudio de los casos seguidos federalmente en los Estados Unidos entre 1984 y 1987 muestra que en un 48,8 % sólo se persiguió penalmente a la persona jurídica, es decir, no hubo coimputadas personas naturales; en un 23,8 % hubo además una persona natural coimputada, mientras que sólo en un 27,4 % hubo más de una persona natural coimputada.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede construir desde diferentes bases dogmáticas<sup>66</sup> pero, sean estas cuales sean uno de sus apoyos político criminales esenciales, no el único pero sí uno de los más importantes, consiste en la asunción de que su implantación tendrá cierto efecto disuasorio de la comisión de delitos en las organizaciones mismas (y, por ende, en los agentes de las mismas) ayudando a implantar políticas de vigilancia de las conductas de sus agentes y de cumplimiento de las normas en su seno. Esto último, en todo caso, la que se ha denominado cultura del cumplimiento, no es el objetivo final de la política criminal relacionada con la responsabilidad penal empresarial, sino el que no se cometan delitos en el seno de la empresa. Y este objetivo exige, a nuestro parecer, que el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea compatible con la individualización de la responsabilidad de los agentes individuales en el seno de la empresa. Dicho de otro modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas

---

<sup>66</sup> Una revisión reciente de las principales teorías y posicionamientos en nuestra doctrina, en FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. Y OTROS: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, op. cit.; CIGÜELA SOLA, J.: *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, op. cit.; CIGÜELA SOLA, J.: "El injusto estructural de la organización", op. cit.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, op. cit.

no sólo no puede pretender sustituir a la atribución de responsabilidad a quienes, en el seno de una empresa, cometen delitos, sino que sólo funcionará y cumplirá los fines a los que está dirigida si se complementa con esta.

Afirmamos esto a partir de la convicción de que el sometimiento de los agentes individuales de la empresa a la amenaza de sanciones penales sigue proporcionando importantes incentivos adicionales a la atribución de responsabilidad a las propias organizaciones. Tanto si se asume que el Derecho penal debe cumplir una finalidad preventiva general positiva o negativa como si se entiende que la sanción penal responda exclusivamente a una finalidad retributiva, la determinación de los agentes individuales responsables de los diferentes injustos perpetrados en el seno de la estructura empresarial sigue teniendo una gran relevancia.

Desde una perspectiva retribucionista pura, siguiendo a Köhler, la pena a las personas físicas sería la compensación del delito que pretende reinstaurar la relación jurídica que sería rota sin respuesta al actuar contrario del autor en seno de la estructura empresarial<sup>67</sup>. La aplicación de responsabilidad directa a la empresa no colmaría el fin de justicia exigido a la pena

---

<sup>67</sup> KOHLER, M.: *Strafrecht : allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg/NewYork, 1997, pp. 36-51.

si se entiende que ha habido hechos individuales que deben poder ser atribuidos a sus agentes a los que, a su vez, se les debe poder atribuir el demérito moral de realizarlos. También adoptando una perspectiva retribucionista como la sostenida por Lesch, cercana, hasta el punto de solaparse en muchos de sus fundamentos y consecuencias, a los postulados Jakobsianos de la prevención general positiva<sup>68</sup>, la pena a los agentes dentro del seno de la estructura empresarial cumpliría con la función de la estabilización de expectativas que, “[...] en caso de defraudación, no deben decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente”<sup>69</sup>. Las expectativas normativas no quedarían confirmadas si se hace responsable a la empresa pero no a quienes han actuado en su seno.

---

<sup>68</sup> JAKOBS, G.: *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991. Pese a la evolución del pensamiento de Jakobs sobre la posibilidad de atribuir culpabilidad a las personas jurídicas, el autor siempre ha destacado la necesidad político criminal de hacer responsables penalmente a las organizaciones pero nunca ha negado la evidente necesidad desde sus posiciones funcionalistas sistémicas de atribuir responsabilidad a los agentes individuales. Es más, su teoría de la participación delictiva basada en la división de tareas a partir de la propia idea del rol, concuerda con la necesidad de identificar la concreta responsabilidad de cada uno de los sujetos que interviene en un hecho delictivo en el seno de una organización. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, p. 177 y ss. Sobre los aspectos fundamentales del Derecho penal funcionalista consúltese POLAINO-ORTS, M.; CARO JOHN, J. A.: *Derecho penal funcionalista: aspectos fundamentales*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2009; y también POLAINO-ORTS, M.: *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2016.

<sup>69</sup> LESCH, H. H.: *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 49.

La necesidad de levantar el velo e identificar a los responsables de los concretos hechos delictivos cometidos dentro de una organización, es aún más evidente desde una perspectiva consecuencialista, atendiendo a los fines preventivos que debe cumplir la pena. Sin entrar en los fines de prevención especial que podrían lograrse al sancionar al agente individual que cometió la infracción cumpliendo, así, los fines reeducadores para tratar de evitar que lo vuelva a hacer, en tanto en cuanto la persona física condenada sería intimidada para no reincidir en un futuro en este ámbito, es evidente que la individualización de la responsabilidad en el seno de las organizaciones es esencial para mantener la finalidad disuasoria de la conminación penal y cumplir los postulados de la prevención general negativa. Con muchas matizaciones imposibles de detallar aquí, puede reconocerse que el Modelo de la Disuasión<sup>70</sup>, concretado en la idea de que la severidad, certeza y prontitud o celeridad de la sanción incidirán en el comportamiento de quien recibe el

---

<sup>70</sup> ANDENAES, J.: *Punishment and deterrence*, University of Michigan Press, Michigan, 1974; CAVAIOLA, A.; WUTH, C.: *Assessment and treatment of the DWI offender.*, Haworth, New York, 2002; PATERNOSTER, R.: "How much do really know about criminal deterrence?", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, nº 3, 2010, p. 756 y ss.; PIQUERO, A. R.; POGARSKY, G.: "Beyond Stafford and Warr's reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, 2, 2002, p. 153 y ss.

mensaje normativo <sup>71</sup>, ha recibido apoyo empírico, especialmente el factor de la certeza de ser sancionado<sup>72</sup>. Esto implica que para que la conminación de una pena cumpla el fin pretendido de motivar a la no realización de la conducta que se asocia a la misma, la sanción y el mal asociado a ella vayan dirigidos, en primer lugar, al agente que tiene que realizar el comportamiento de que se trate. Si el castigo no va a serlo para tal agente, en el sentido de que el mismo no va a ser afectado por él, difícilmente la amenaza de la sanción puede ser percibida como cierta y, por tanto, desarrollar su efecto disuasorio.

---

<sup>71</sup> BAUTISTA ORTUÑO, R.; MIRÓ LLINARES, F.: “¿Por qué algunos siempre incumplen?: Infractores y multi-infractores en seguridad vial”, *InDret*, nº 4, 2015.

<sup>72</sup> Véase en este sentido, DECKER RICHARDT; ROBERT LOGIE, S. W.: “Perceptual deterrence among active residential burglars: A research note”, *Criminology*, vol. 31, nº 1, 1993, p. 135 y ss.; LOCHNER, L.: “Individual perceptions of the criminal justice system”, *American Economic Review*, vol. 97, nº 1, 2007, p. 444 y ss.; MATSUEDA, R. L.; KREAGER, D. A.; HUIZINGA, D.: “Deterring Delinquents: A Rational Choice Model of Theft and Violence”, *American Sociological Review*, vol. 71, 1, 2006, p. 95 y ss.; NAGIN, D. S.: “Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century”, *Crime and Justice*, vol. 23, 1998, p. 15; NAGIN, D. S.; POGARSKY, G.: “Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: Theory and evidence”, *Criminology*, vol. 39, 4, 2001, p. 865 y ss.; HIRSCH, A. VON; BOTTOMS, A.; BURNEY, E.; WIKSTRÖM, P.-O.: “Criminal Deterrence and sentence severity: An analysis of recent research”, *Oxford: Hart Publishing*, nº 2, 1999. De hecho la doctrina científica apunta que la certeza de la sanción es una condición sin la cual la severidad percibida -otro de los factores mencionados anteriormente-, no podría tampoco disuadir de la transgresión de la ley Véase en este sentido, GRASMICK, H.; BRYJAK, G.: “The deterrent effect of perceived severity of punishment”, *Social forces*, vol. 59, nº 2, 1980, p. 471 y ss.; NAGIN, D. S.; POGARSKY, G.: “Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: Theory and evidence”, op. cit., p. 865 y ss.

Es claro que en muchos casos la sanción a la persona jurídica podrá constituir una amenaza de castigo cierto y lo suficientemente severo como para disuadir algunas acciones de algunos agentes individuales de la misma, pero también lo es que tal modalidad de sanción a tal agente concreto no los disuadirá a todos y que individualizar la responsabilidad y aplicar a cada interviniente la sanción que le corresponde por los hechos realizados es siempre mejor forma de disuadir la comisión de los mismos.

Por otro lado, la imposición de la responsabilidad personal de los agentes internos de la empresa puede y debe seguir sirviendo a otros importantes fines preventivos, reforzando las nociones de responsabilidad personal en el contexto de la organización<sup>73</sup>, así como también el fortalecimiento de los incentivos de los trabajadores para resistir las presiones corporativas a favor de la infracción de la ley<sup>74</sup>. Asimismo, la aplicación

---

<sup>73</sup> El profesor STEVENSON, comentando el fracaso de los ejecutivos de General Motors, al descubrir que los mecanismos de 1.959 Cadillacs que estaban fallando a un ritmo alarmante, se preguntaba: "Is it naive to assume that if any one of the employees involved in this decision had felt individually responsible the consequences would likely have been different? In the mechanics of corporate decision making, however, individual responsibility somehow falls through the cracks; and human values seem inevitably to be subordinated to economic ones. STEVENSON JR, R. B.: "Corporations and Social Responsibility in Search of the Corporate Soul", *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 42, 1973, p. 717.

<sup>74</sup> En este mismo sentido, se pronunció ya CRANE en 1980. CRANE, M.: "Commentary: The Due Process Considerations in the Imposition of Corporate Liability", *N. Ill. UL Rev.*, vol. 1, 1980, p. 1245.

de la sanción penal a los ejecutivos de las empresas es además en cierto modo necesaria para mitigar la percepción pública de que los “delincuentes de cuello blanco”<sup>75</sup> se tratan de manera diferente a quienes perpetran “crímenes callejeros”<sup>76</sup>. Igualmente, tampoco debe despreciarse el hecho de que sancionar a los agentes corporativos individuales también se puede ver de algún modo como un castigo indirecto a la propia entidad corporativa, ya que el fallo condenatorio y la encarcelación de directivos con experiencia pueden dañar la rentabilidad de las empresas y empañar la imagen pública de una empresa.

Finalmente, y desde las posiciones teóricas del denominado “merecimiento empírico” desarrolladas por ROBINSON<sup>77</sup>, también parece clara la necesidad de individualizar la responsabilidad en los agentes internos de la empresa aunque esta sea, por sí misma, responsable penalmente. Sin disponer, obviamente, de datos empíricos precisos parece claro que las intuiciones de la

---

<sup>75</sup> Sobre la delincuencia de cuello blanco, en España, han publicado autores como ORTIZ DE URBINA, relacionando este fenómeno con la Teoría de las Actividades Cotidianas. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Too much of a good thing? Marcus Felson, la Teoría de las Actividades Cotidianas y la delincuencia de cuello blanco”, en MIRÓ LLINARES, F.: *Crimen, oportunidad y vida diaria*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 495-516.

<sup>76</sup> GEIS, G.: “Criminal penalties for corporate criminals”, *Criminal Law Bulletin*, vol. 8, 1972, p. 384.

<sup>77</sup> ROBINSON, P. H.: *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

comunidad sobre la justicia no se entenderán satisfechas si, independientemente de que la organización responda, no lo hacen todos los agentes responsables de los hechos. La percepción de justicia, esencial para el cumplimiento normativo más allá que la propia capacidad disuasoria de las normas <sup>78</sup>, tal y como se ha demostrado empíricamente <sup>79</sup>, no se verá colmada sin la necesaria individualización de la responsabilidad de los distintos hechos delictivos perpetrados en el seno de una organización.

Sea cual sea, pues, la posición que se defienda sobre los fines del Derecho penal hay argumentos suficientes para defender la necesidad de seguir individualizando la responsabilidad de los agentes individuales de la empresa aun estando vigente el sistema de responsabilidad directa de las organizaciones. Pero, junto a estas argumentaciones basadas en las teorías de la pena <sup>80</sup>, desde una perspectiva político

---

<sup>78</sup> ROBINSON, P. H.: "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *Geo. LJ*, vol. 91, 2002, p. 58. Y también CARLSMITH, K. M.; DARLEY, J. M.; ROBINSON, P. H.: "Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment", *Journal of personality and social psychology*, vol. 83, 2, 2002.

<sup>79</sup> Véanse los datos y las referencias de MIRÓ LLINARES, F.; BAUTISTA ORTUÑO, R.: "¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, 2013.

<sup>80</sup> Acerca de las teorías de la pena en el ámbito económico, especialmente en materia de corrupción, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)", en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 385-407.

criminal sería aconsejable acudir a la observación de algún sistema jurídico penal que haya pasado de no tener el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas a disponer de él, para analizar los efectos concretos de tal modificación. El objetivo inicial de tal análisis sería comprobar dos hipótesis: la primera, si la implantación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto una suficiente reducción de la criminalidad empresarial hasta el punto que pueda decirse que con ella se cumple el objetivo disuasorio<sup>81</sup> pretendido por la ley penal y no resulta necesario la individualización de la responsabilidad de los otros agentes individuales; la segunda, si la puesta en marcha de tal modelo de responsabilidad directa de las organizaciones no conlleva, como efecto colateral indeseado, una posible flexibilización de los esfuerzos de búsqueda de responsables concretos en el seno de la empresa.

Pues bien, es la voluntad de comprobación de tales hipótesis la que explica que esta tesis se plantease, en un primer momento, como un análisis de la evolución del sistema de atribución de responsabilidad en la empresa y a la empresa en EEUU y de la implementación, allí, de criterios para la individualización de la responsabilidad

---

<sup>81</sup> Sobre la disuasión en materia de Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho, consúltese ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho: ¿es posible la disuasión?", en DEMETRIO CRESPO, E.: *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 113-146.

en el seno de las organizaciones. Como es bien sabido, EEUU dispone desde hace más de un siglo de un sistema de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, si bien se olvida, a veces, que eso no fue siempre así y, se desconoce, por muchos, que fruto de la implementación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquél país y de la detección de algunas deficiencias en el mismo, se inició hace años un importante debate doctrinal y político sobre la conveniencia de revisar el sistema y, en particular, acerca de la necesidad de potenciar la individualización de la responsabilidad de los agentes internos de las empresas. Siendo esto así, resultaba del máximo interés, primero analizar tal evolución en EEUU para comprobar si allí se daban las comentadas hipótesis, y, segundo, y más importante, aprender de tal evolución y, en particular, de los distintos tipos de criterios para la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la estructura empresarial desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, para encontrar referencias aplicables a nuestro sistema jurídico para mejorar la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa una vez está en marcha el sistema de responsabilidad penal de las empresas.

Es momento de presentar, pues, a los lectores cómo la evolución de los sistemas de responsabilidad penal de la empresa y en la empresa en EEUU, principal país importador del sistema, muestra algunos de los temores

plasmados en las hipótesis reseñadas y, en particular, la necesidad de seguir potenciando el sistema penal para que sea capaz de individualizar la responsabilidad de los agentes internos de las organizaciones.



## **CAPÍTULO II: Evolución histórica de la respuesta en Estados Unidos a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos**

“Las cosas podían haber sucedido de cualquier otra manera y, sin embargo, sucedieron así.”

Migel DELIBES<sup>82</sup>

### **1. Introducción**

Si, generalmente, la comprensión de cualquier institución jurídica requiere el conocimiento de su génesis histórica, en nuestro caso el estudio histórico adquiere una especial significación. Al fin y al cabo, y como se ha dicho anteriormente, la propia evolución del sistema estadounidense de atribución de responsabilidad penal en el seno de las empresas y a las propias organizaciones constituye, por un lado, la base desde la que se fundamentará la necesidad de seguir individualizando la responsabilidad de los agentes individuales y, por otro, el contexto que explica cómo han ido evolucionando los diferentes criterios que han surgido para ello.

---

<sup>82</sup> DELIBES SETIÉN, M.: *El camino*. Destino, Barcelona, 1950.

Es por ello que no vamos a convertir ni mucho menos este análisis histórico en un mero catálogo de precedentes normativos y judiciales cronológicamente ordenados, sino más bien en un instrumento de comprensión de la influencia de las distintas circunstancias sociales que en Estados Unidos han propiciado que en un momento determinado se adopte una solución concreta, ya sea normativa o jurisprudencial, utilizando unos criterios específicos. Sólo así dispondremos de los datos necesarios para entender el alcance la problemática de la individualización de la responsabilidad penal de los agentes internos de la estructura empresarial en el ámbito empresarial que en nuestros días todavía persiste -y con consecuencias cada vez más dañosas- en el continente europeo. Y sólo comprendiendo ese contexto social podremos averiguar cómo han evolucionado las soluciones aportadas por la jurisprudencia y doctrina del *common law*, y cómo debe seguir haciéndolo también en nuestro sistema. Todo ello para poder responder a una cuestión central de nuestro trabajo: ¿Cuáles son los criterios de imputación y valoración que nos pueden servir para individualizar la responsabilidad de los agentes internos de la empresa?

Por todo ello, y pese a aceptar junto con la doctrina mayoritaria que ya se puede hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados

Unidos a partir de los inicios del s. XIX<sup>83</sup>, anticiparemos el momento de estudio a épocas de no reconocimiento de esta institución, para así entender mejor los intereses y los problemas a los que, históricamente se intentaba dar solución y los criterios jurídicos que se utilizaban para ello antes y después de la creación de tal institución.

---

<sup>83</sup> La doctrina que se ha dedicado al análisis de la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema de *common law* fija como auténtico nacimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los inicios del siglo XIX. Véase a este respecto, entre muchos otros, LAFAVE, W. R.: *Criminal law*, 3ª ed., West Publishing Co., Saint Louis, Minn, 2000; METZGER, M. B.: "Corporate Criminal Liability for Defective Products: Policies, Problems, and Prospects", *The Georgetown Law Journal*, vol. 73, 1984, p. 1 y ss.; FRENCH, P. A.: *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984, p. 175 y ss. De una curiosa sentencia, dictada por un Juez Federal de Omaha, Nebraska, contra la Missouri Valley Construction Company of Grand Island, en 1983, informa Lejins (Theory, History and Current Policy Issues Regarding Economic Crime en "The sanctions in the Field of Economic Criminal Law", International, Penal and Penitentiary Foundation, Proceedings of the Meeting of Kristiansand, Bonn, 1984, pp. 16 y 22.). El juez ofreció a la Compañía la elección entre el pago de una multa de 2 millones de dólares, o el pagar tan sólo 325 mil dólares y someterse durante 5 años a *probation*, entre cuyas condiciones se incluía la dotación de una cátedra de ética en la Universidad de Nebraska. La compañía escogió la segunda opción. También en este sentido, KENNY, C. S.: *Esquisse du Droit Criminel anglais*, Marcel Giard ed., Paris, 1921, p. 81. Esta cuestión ha sido estudiada de forma profusa también por la doctrina penal no estadounidense. BARBERO SANTOS, M.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Doctrina Penal*, nº 35, 1986, pp. 402-403; BRICOLA, F.: "Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 4, 1970, pp. 966-974; PRADO, L. R.: "La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 57, nº 3, 2000. En las primeras decisiones, los tribunales del *common law* sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (*nonfeasance*) y comisivos dolosos (*misfeasance*). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Interpretation Act (1889), por medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las regulatory offences (*public welfare offences*), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza (como el estupro y el homicidio).

## 2. Desde la vigencia del principio *societas delinquere non potest* hasta su abolición en los Estados Unidos

A pesar de la extendida fama de los países de corte anglosajón acerca de su tradicional vigencia del principio *societas delinquere potest*<sup>84</sup>, en los países en que rige el sistema de *common law*, particularmente en EEUU, no siempre se admitió la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>85</sup>. De hecho, en un principio se rechazó cualquier idea de que las empresas pudieran ser declaradas penalmente responsables. Hasta principios del s. XIX, el pequeño tamaño de las empresas hacía que fuera relativamente fácil identificar a los individuos responsables de malas prácticas corporativas –como ocurría, por otra parte, en el sistema europeo hasta no hace muchos años- y evitar los difíciles problemas

---

<sup>84</sup> Al margen de que SINIBALDO DE FIESCHI (el Papa Inocencio IV), autor de la repetida máxima en el siglo XIII, en modo alguno quisiera atribuirle un valor universal ( BERISTAIN IPIÑA, A.: *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 202 y ss.; ORALLO PANIZO, S.: *Persona jurídica y Acción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975, p. 343 y ss.;

<sup>85</sup> Véase, en este sentido, BLACKSTONE, W.: “Commentaries 476”, *The Shadow Regulatory State Civil Justice Report*, vol. 14, 2012 (“corporation cannot commit treason, felony, or other crime in corporate capacity, though its members may do so in their distinct individual capacities”); LAFAVE, W. R.; SCOTT, A. W.: *Handbook on criminal law*, West Publishing Company, Saint Louis, Minn, 1972; ELKINS, J.: “Corporations and the criminal law: An uneasy alliance”, *Ky. Lj*, vol. 65, 1976.

conceptuales en la imposición de la responsabilidad penal en la propia entidad corporativa<sup>86</sup>.

Las empresas, al fin y al cabo, eran ficciones legales. Carecían de, por así decirlo, una "mente", por lo que era difícil concebir cómo podía llegar a constatarse en ellas el elemento subjetivo necesario de *mens rea* (además de *actus reus*) requerido para los delitos de *common law*<sup>87</sup>. Se decía, con razón, que las empresas sólo podían actuar a través de sus agentes y además eran inmunes a la prisión, la sanción de *common law* por excelencia. A ello se sumaba el hecho de que la doctrina de "ultra vires" de los actos ilegales<sup>88</sup> en Derecho societario, precisamente había aparecido para impedir la imputación a la entidad corporativa. En efecto, uno de

---

<sup>86</sup> STONE, C. D.: *Where the law ends: The social control of corporate behavior*, 3ª ed., Harper & Row, New York, 1975.

<sup>87</sup> BRICKEY, K. F.: "Corporate criminal accountability: a brief history and an observation", *Wash. ULQ*, vol. 60, 1982; ELKINS, J.: "Corporations and the criminal law: An uneasy alliance", op. cit.; MUELLER, G. O. W.: "Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 19, 1957. Véase en este sentido también el *Case of Sutton's Hospital*, 77 Eng. Rep. 960, 973 (K.B. 1612): "Corporations aggregate cannot commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by attorney."

<sup>88</sup> Sobre la admisión de esta doctrina de ultra vires en el ámbito societario en los Estados Unidos puede verse, entre otros: *United States v. Alaska Packers Ass'n*, 1 Alaska 217 (1901); y más recientemente, *Carmody v. Toll Bros., Inc.*, 723 A.2d 1180 (Del. Ch. 1998). Véase también sobre esta cuestión, LAFAVE, W. R.; SCOTT, A. W.: *Handbook on criminal law*, op. cit.; MUELLER, G. O. W.: "Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability", op. cit.

los tópicos sobre la responsabilidad de los directores por violación del deber de obediencia -sobre el que volveremos con profundidad más adelante- que surgen en los primeros años de crecimiento del tejido empresarial estadounidense es la cuestión de los actos “ultra vires”, es decir aquellos actos emitidos por los altos directivos de la empresa más allá o en exceso de sus facultades conforme la normativa aplicable, sea general o particular de la sociedad en cuestión, o bien más allá o en exceso de los poderes conferidos por los accionistas<sup>89</sup>. Asimismo, el cúmulo de consideraciones teóricas problemáticas planteadas por la mera noción de la responsabilidad penal de las empresas también impedía el desarrollo y apoyo doctrinal de esta idea<sup>90</sup>. Por otro lado, también la sensación social de injusticia que suponía que miembros inocentes de la empresa sufrieran igualmente la pena impuesta a la empresa<sup>91</sup>, junto a otros condicionantes, basados principalmente en la tradición de la praxis judicial -cuyo peso, como por todos es

---

<sup>89</sup> Véase, *Ravenswood inv. Co., L.P. v. Bishop Capital Corp.*, 374 F. Supp. 2d 1055, 2005 U.S. Dist. LEXIS 12932 (D. Wy. June 29, 2005).

<sup>90</sup> Véase sobre ello, entre otros, HENN, H. G.: *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, 2ª ed., West Pub. Co., New York, 1970, pp. 352-356; LEIGH, L. H.: *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1969, pp. 3-12; WILLIAMS, G. L.: *Criminal law: the general part/by Glanville Williams*, 2ª ed., London: Stevens, 1961, London, 1961, pp. 853-857; WELSH, R. S.: “The Criminal Liability of Corporations”, *Law Quarterly Review*, vol. 62, 248, 1946.

<sup>91</sup> MACHEN, A.: “Responsibility for Crime by Corporations”, *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York: The Reform of the Criminal Law and Procedure*, vol. 1, nº 4, 1911, pp. 590-599.

sabido, es notablemente más importante en los sistemas de corte anglosajón- y en los principios clásicos del Criminal Law, hacía que la mera idea de la del abandono de la responsabilidad subjetiva en el ámbito empresarial en los Estados Unidos, recibiera las críticas de un importante sector de la doctrina y tuviera numerosos detractores<sup>92</sup>.

Así, en los primeros casos de Derecho económico empresarial en los sistemas de corte anglosajón, sostenían de forma expresa que las empresas no podían ser siquiera procesadas por cualquier acto ilícito. Esta posición tajante por parte de las primeras resoluciones jurisprudenciales relativas a la cuestión que nos ocupa, era en parte atribuible a la categórica sentencia pronunciada por el Chief Justice HOLT en 1691, el cual llegó a declarar que "*A corporation is not indictable but the particular members of it are.*"<sup>93</sup> Lo especialmente curioso de

---

<sup>92</sup> Enunciando estas críticas, LAFAVE, W. R.: *Criminal law*, op. cit., p. 275 y ss.; y más recientemente en LAFAVE, W. R.: *LaFave's Criminal Law*, 5ª ed., West Publishing Co., Saint Louis, Minn, 2010, p. 741, donde explica "*The early common law view was that a corporation could not be guilty of a crime: it had no mind, and thus was incapable of the criminal intent then required for all crimes; it had no body, and thus could not be imprisoned*". En este sentido, también HENN, H. G.; ALEXANDER, J. R.: *Laws of corporations and other business enterprises*, 3ª ed., West Academic, New York, 1983.

<sup>93</sup> "Una corporación no es procesable pero los miembros particulares de la misma sí lo son." Anonymous, 88 Eng. Rep. 1518 (K.B. 1701). En lo que sigue, se transcribe literalmente el acta literal de la brevísima resolución:

935. ANONYMOUS

Corporation is not indictable

Note: per Holt, Chief Justice. A corporation is not indictable, but the particular members of it are.

este caso es que no había en esta resolución hechos que acompañaran esta observación, ni aparecía reflejado el contexto en el que se pronunciaba tal afirmación. Estas deficiencias, sin embargo, no disuadieron a los jueces del *common law* para que hicieran referencia expresa a la resolución de HOLT en numerosas ocasiones y la citaran para apoyar la exclusiva responsabilidad de los individuos que conformaban la empresa -y a su vez, la irresponsabilidad de la misma-, gozando esta idea de gran apoyo por parte de la doctrina jurisprudencial<sup>94</sup> en estos primeros años. Ni siquiera los grandes tratadistas que trabajaban sobre esta cuestión tuvieron problema alguno en admitir esta resolución del juez Holt como una declaración definitiva sobre el tema<sup>95</sup>.

En este sentido, todas las normas aplicables que establecen la responsabilidad del director de una empresa que, con su conducta permite, facilita o aprueba, por ejemplo, una distribución ilícita de ganancias como violación al deber de obediencia a aquéllas, datan su

---

<sup>94</sup> Sí se había declarado la responsabilidad de algunas empresas en determinados casos, pero siempre fuera del ámbito penal. En este sentido, *Rex v. Inhabitantes Civitates Norwici* (5 Geo. I), 1 Stra. 177; *Rex v. Inhabitants of West Riding of Yorkshire* (1802), 2 East 342; *Rex v. Mayor, etc., of Stratford-upon-Avon* (1811), 14 East 348; *Rex v. Inhabitants of the Hundred of Oswestry* (1817), 6 M. & S. 361.

<sup>95</sup> Véase en este sentido, BLACKSTONE, W.: "Commentaries 476", op. cit.: "A corporation cannot commit treason, or felony, or other crime, in its corporate capacity: though its members may in their distinct individual capacities."

origen en el siglo XVIII. Este “deber de obediencia” de los *directors* y *officers* se definía como la expectativa que el legislador tenía de que estos cumplirían sus deberes de acuerdo con la normativa aplicable, que en los Estados Unidos se expresaba en los fallos vigentes locales o federales (“common law”) y en las normas orgánicas de derecho societario sancionadas por cada Estado o por el Estado Nacional, llamadas usualmente (“estatutos” o “normas estatutarias”), así como en los términos del estatuto propio de cada sociedad sancionado en el acto de constitución o modificado ulteriormente<sup>96</sup>.

Aparecen en este siglo, también, los inicios de los cuerpos legislativos que derivan de estas normas y que sirven como pautas modélicas, tales como el Revised Model Business Corporation Act <sup>97</sup>, que definía la distribución ilícita de ganancias de los directores como una transferencia monetaria ilícita directa o indirecta u otro tipo de propiedad -excepto las propias acciones de la sociedad-, o el endeudamiento societario a favor de

---

<sup>96</sup> Lo que en el derecho anglosajón se llama “articles of incorporation” se denomina en algunos Estados de los Estados Unidos “corporate charter” como fuentes de normas vigentes para la regulación orgánica y empresarial de cada sociedad, sancionadas en el acto de constitución por los accionistas. Es aproximadamente el equivalente de la normativa aplicable contenida en el estatuto social -y eventualmente en el Reglamento de cada sociedad- de muchos ordenamientos nacionales de los países del derecho continental europeo. Los autores norteamericanos se refieren a esta fuente cuando hablan también del “charter”.

<sup>97</sup> Véase, Revised Model Business Corporation Act §1.40 (6).

sus accionistas en forma de acciones. Se explicaba en estos primigenios preceptos que esa distribución podía darse de múltiples formas, tales como por ejemplo, una declaración formal o pago de dividendos, una compra, una redención u otro tipo de adquisición de acciones, una distribución de “promissory notes”, o evidencias de endeudamiento o una distribución en una liquidación voluntaria o involuntaria de la sociedad <sup>98</sup>. Debemos aclarar en este sentido, que aunque posteriormente se dará una definición más amplia de los términos *directors* y *officers* en el momento actual<sup>99</sup>, cuando utilizamos el término “directors” en este momento histórico, lo hacemos en referencia a los miembros del directorio del máximo nivel jerárquico de gobierno y administración societaria. En cambio, cuando utilizamos el término “officers”, nos referimos, en este momento de génesis de la normativa empresarial, a los órganos societarios de administración subordinados a los directores. También podrían ser órganos que estaban a cargo de un comité del directorio, cuando éste no estaba presidido por un director. No obstante, debe tenerse en cuenta que este criterio no era tan rígido -y en la época actual lo es mucho menos-, porque a veces los términos como “Chief Executive Officer” (CEO) y otros, podían referirse a

---

<sup>98</sup> En este sentido, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED, Official Comment (3d ed. 1985), 76-77.

<sup>99</sup> Véase *infra* Capítulo IV.

miembros del directorio <sup>100</sup>. Al respecto, el régimen primigenio aplicable a la responsabilidad de los directivos de la empresa por distribución ilícita de ganancias -en términos generales, ya que cada Estado regulaba el problema de modo diferente- era el siguiente<sup>101</sup>:

1. La responsabilidad podía ejecutarse por la sociedad contra los directores o bien los acreedores podían reclamar la repetición de los dividendos directamente de los accionistas<sup>102</sup>.

2. El principal argumento que se empleaba para justificar la responsabilidad de los directores era la violación del deber de obediencia a las sentencias aplicables en este ámbito, del estatuto de la sociedad o de las normas estatutarias de cada Estado<sup>103</sup>.

3. Asimismo, cabía la responsabilidad de los directores por los dividendos repetibles de los

---

<sup>100</sup> En cualquier caso, he seguido la terminología jurídica norteamericana que usaban las fuentes históricas citadas.

<sup>101</sup> Para una visión panorámica y más profunda del mismo, por ejemplo, KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, 7ª ed., Lexis Nexis, USA, 2008, pp. 1-43.

<sup>102</sup> En este sentido, el caso *ProtoComm Corp. v. Novell, Inc.*, 55 F. Supp. 2d 319, 329-30 (E.D. Pa. 1999), aplicando Derecho del Estado de Delaware.

<sup>103</sup> El término “statutes” ha sido traducido como “estatutos” o “normas estatutarias”. Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho societario sancionados por los distintos Estados de la Unión o bien por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo aplicable conjuntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales. Son diferentes totalmente a los Estatutos de las sociedades en España.

accionistas que habían cobrado un exceso del máximo que se hubiera debido distribuir.

4. Los casos de responsabilidad de los directores podían darse, bien por dolo o en su modalidad imprudente, si bien en algunos Estados sólo cabía cuando concurriera dolo.

5. Solían estar exceptuados de la responsabilidad los siguientes directores: ausentes, objetantes o de buena fe que habían confiado en la información contable y societaria.

Otro de los tópicos sobre la responsabilidad de los directores por violación del deber de obediencia que surge en este siglo, es la anteriormente mencionada, doctrina de los actos “ultra vires”. Con ella, se hace referencia a aquellos actos emitidos más allá o en exceso de sus facultades conforme la normativa aplicable, sea general o particular de la sociedad en cuestión<sup>104</sup>, o bien más allá o en exceso de los poderes conferidos por los accionistas<sup>105</sup>. Según se entendía esta doctrina en origen, como regla general los directores eran responsables por los actos realizados “ultra vires” cuando los habían

---

<sup>104</sup> Sobre la admisión de la doctrina del ultra vires en el derecho societario en los Estados Unidos puede verse, entre otros: *Carmody v. Toll Bros., Inc.*, 723 A.2d 1180 (Del. Ch. 1998).

<sup>105</sup> En este sentido, FLETCHER, W. M.; JONES, B.: *Fletcher cyclopedia of the law of corporations*, Thomson/West, New York, 1931, §3401; *Ravenswood inv. Co., L.P. v. Bishop Capital Corp.*, 374 F. Supp. 2d 1055, 2005 U.S. Dist. LEXIS 12932 (D. Wy. June 29, 2005).

votado, habían participado en su consecución o habían incumplido negligentemente sus deberes de gobierno societario al llevar a cabo esos actos<sup>106</sup>, aunque también podían llegar a ser responsables por los actos “ultra vires” que hubiera dictado el directorio como cuerpo colegiado<sup>107</sup>. El deber de obediencia llegaba a exigir que el director se abstuviera o evitara tomar decisiones ultra vires<sup>108</sup>. No obstante, en algunas jurisdicciones estatales el director no incurriría en responsabilidad por esta causa a menos que el acto “ultra vires” también fuera ilegal<sup>109</sup>, con lo que puede verse que ambas categorías podían no identificarse necesariamente. Los principios de esta doctrina también eran aplicables para el caso de los *officers* que actuaban “ultra vires”<sup>110</sup>.

Con todo ello, no fue hasta 1793 cuando KYD en su Tratado sobre la Ley de Sociedades Anónimas, puso en duda el carácter extremadamente categórico de algunas de las sentencias anteriores, en tanto en cuanto no se podía admitir una irresponsabilidad absoluta de las

---

<sup>106</sup> En este sentido, entre otros, *Brown Leasing, Inc. V. Stone*, 284 Ill. App. 3d 1035, 1047, 220 Ill. Dec. 518, 673 N.E. 2d 430, 438 (1996).

<sup>107</sup> En este sentido, el caso *Small Bus. Admin. V. Segal*, 383 F. Supp. 198, 203 (D. Conn. 1974).

<sup>108</sup> Véase en este sentido, el caso *Gearhart Indus., Inc. V. Smith Int’l, Inc.* 741 F.2d 707, 719 (5th Cir. 1984).

<sup>109</sup> *Ibidem.*

<sup>110</sup> En este sentido, véase entre otros, *Lurie v. Arrizona Fertilizer & Chem. Co.*, 101 Ariz. 482, 421 P. 2d 491 (Utah 1996).

empresas en todos los ámbitos, pero sí, y así lo manifestaba expresamente, se podía afirmar con rotundidad que no podía concebirse nunca una responsabilidad de la empresa en el ámbito penal por un delito grave (*felony*) o un delito leve (*misdemeanour*)<sup>111</sup>. Así, para los casos en los que se detectaba algún delito en el ámbito empresarial se seguían dirigiendo todos los esfuerzos, tanto procesales como materiales, en la individualización de la responsabilidad de los miembros corporativos<sup>112</sup>.

Esta tendencia, se mantuvo también en otros países en los que regía el sistema de *common law*. Así, por ejemplo, en 1842, el Court of Queen's Bench de Canadá, si bien confirmó la responsabilidad contra una compañía de ferrocarriles por incumplimiento de un deber específico impuesto por la ley en el ámbito civil<sup>113</sup>, y cuatro años después el mismo tribunal emitió otra sentencia similar contra una empresa por el mal mantenimiento de la vía pública<sup>114</sup>, si bien el Tribunal afirmó de manera expresa y

---

<sup>111</sup> WOLFENDEN COMMITTEE: "Great Britain Committee on Homosexual Offences and Prostitution", *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957, p. 94. En el caso de esta recomendación la misma tuvo cuatro votos en contra, frente al único voto en contra que tuvo la recomendación de la despenalización de la conducta homosexual en privado.

<sup>112</sup> Véase en este sentido, el caso *Rutland Elec. Light Co. V. Bates*, 68 Vt. 579, 35 A. 480 (1896).

<sup>113</sup> Caso *Regina v. Birmingham, etc., Ry. Co.*, 3 Q. B. 223.

<sup>114</sup> Caso *Regina v. Great North of England Ry. Co.*, 9 Q. B. 315.

tajante que las empresas no podían ser responsables por los actos de “carácter criminal de la mente corrupta que los comete o aquellos que sean violaciones de los derechos sociales que pertenecen a los hombres y los ciudadanos”<sup>115</sup>. Al fin y al cabo, las empresas habían sido reconocidas por la ley como una abstracción, que carecía de capacidad cognitiva para poder llevar a cabo una conducta ilícita penalmente y de “cuerpo” para sufrir un castigo<sup>116</sup>. Esta era la tendencia entonces porque el papel económico y social de la empresa en esta primera época permitía que fuera inmune a la responsabilidad penal: eran pocas, bien reguladas y creadas para llevar a cabo tareas específicas. Su impacto en la población en general era mínimo entonces y los mecanismos adicionales para regular el “comportamiento” de éstas se consideraban absolutamente innecesarios<sup>117</sup> cuando material y procesalmente los instrumentos existentes eran suficientes para combatir el problema de la criminalidad empresarial.

---

<sup>115</sup> En este sentido, el caso *Regina v. Great North of England Ry. Co.*, 9 Q. B. 315. “criminal character from the corrupted mind of the person committing them or which are violations of the social duties belonging to men and citizens.”

<sup>116</sup> En este sentido en el caso *Sutton's Hospital*, 77 Eng. Rep. 960, 973 (K.B. 1612), se expresa, “cannot commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by attorney.”

<sup>117</sup> ELKINS, J.: “Corporations and the criminal law: An uneasy alliance”, op. cit., p. 75.

Sin embargo, como la forma corporativa se hizo más común, esta actitud cambió drásticamente. Durante los siglos XVII y XVIII, se comenzó a hacer más evidente que los accionistas no podían o no querían supervisar la gestión de las empresas<sup>118</sup>, cuyo impacto en la comunidad iba creciendo sustancialmente. Como las empresas crecían en tamaño, potencia y número, se comenzó a reconsiderar la regla de *common law* de *nonliability*<sup>119</sup>. Fue

---

<sup>118</sup> En este sentido, LEIGH, L. H.: *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, op. cit., pp. 3-12.

<sup>119</sup> En este sentido STONE, argumentó que: “[A]s corporations became diverse and ranging in their functions, and more complex in their organizational structure, more and more problems connected with corporations could no longer feasibly be dealt with by, in effect, ignoring them as entities and reaching inside to locate some specific, human malfeasors. Thus, over a period of years the compunctions about whether corporations might “themselves” be liable for various classes of wrongs were disregarded, one by one, until only a few vestiges remain.”, STONE, C. D.: *Where the law ends: The social control of corporate behavior*, op. cit.; Véase también Brickey, 396; ELKINS, J.: “Corporations and the criminal law: An uneasy alliance”, op. cit., pp. 87-88. The first crack in the facade of corporate nonliability came when the courts, first in England and later in the United States, began to recognize that public and municipal corporations could be prosecuted for nonfeasance amounting to a public nuisance. *Ibid.*, pp. 86-87, 91. En este sentido, el caso *State v. Dover*, 9 N.H. 468, 471 (1838) (information can be filed against town for not building or repairing highways). These nonfeasance actions normally involved the corporation's failure to perform public duties like repairing bridges and highways. Véase en este sentido, HORWITZ, M.: *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, London, 1977; ELKINS, J.: “Corporations and the criminal law: An uneasy alliance”, op. cit., p. 91. At that time, the greater number of corporations were either public or municipal. In both England and the United States the courts later extended this liability for nonfeasance to commercial corporations. En este sentido, *Queen v. Birmingham & Glouc. Ry.*, 114 Eng. Rep. 492 (Q.B. 1842) (where statute creates legal duty to remove bridge, corporation can be indicted and fined for nonfeasance); Véase en este sentido, *Ibid.*, p. 88, n.47. En este sentido, el caso *State v. Ohio & Miss. R.R.*, 23 Ind. 362, 365 (1864); *State v. Great Works Milling & Mfg. Co.*, 20 Me. 41, 43-44 (1841); véase también Elkins, 91-93. From this it was but a short step to recognition of corporate criminal liability for misfeasance. Sobre la discusión en este proceso, véase Elkins, 88. También el caso *Queen v. Great N. of Eng. Ry.*, 115 Eng. Rep. 1294, 1298 (Q.B. 1846) (nonfeasance and misfeasance legally indistinguishable). En general, sobre esta cuestión, LEIGH, L. H.: *The*

en ese contexto en el que tanto los jueces, como la doctrina penal del *common law* comenzaron a idear teorías para justificar una responsabilidad penal de las empresas. Sobre el debate teórico del significado, función y utilidad de estas doctrinas que daban forma de ser a una todavía incipiente responsabilidad penal de las empresas, y que podría ser expuesto con profundidad desde una perspectiva histórica para poder evaluar las críticas inevitables, así como sus explicaciones, no vamos a reparar en este trabajo<sup>120</sup>. Y ello, porque al mismo

---

*Criminal Liability of Corporations in English Law*, op. cit. Para la discusión de este proceso en Estados Unidos, véase ELKINS, J.: "Corporations and the criminal law: An uneasy alliance", op. cit., pp. 93-94.

<sup>120</sup> Un análisis crítico puede verse en LAUFER, W. S.: "Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability", *Business Ethics Quarterly*, vol. 18, 3, 2008. El hardware del sistema norteamericano deriva, en gran medida de trabajos como el de ROSEN, R. E.; FISSE, B.; BRAITHWAITE, J.: "Corporations, Crime and Accountability.", *Contemporary Sociology*, vol. 24, 1995 o BRAITHWAITE, J.: "Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control", *Michigan law review*, vol. 80, nº 7, 1982. Quien tenga interés en conocer minuciosamente el sistema estadounidense responsabilidad penal de la empresa debe consultar la monumental obra de GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit. o, en castellano, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006. Un excelente libro para el estudio del derecho comparado es el de DE MAGLIE, C.: *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Paris, 2002. El libro coordinado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, op. cit., con contribuciones de HEINE, LAUFER y el propio GÓMEZ - JARA es muy útil para acercarnos a las últimas propuestas dentro del debate doctrinal. Sobre el debate acerca de la autorregulación que ha irrumpido como nueva forma de control público son de lectura obligada, las obras de NIETO MARTÍN, ADÁN / ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; NIETO MARTÍN, A.: "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa: Social responsibility, Corporate and governance and Self-Regulation; its influence in Corporate criminal law", *Política Criminal*, 5, 2008; DARNACULLETA GARDELLA, M. M.: *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005 y PARDO, J. E.: *Autorregulación: génesis y efectos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002. Otras obras

tiempo que parte de la doctrina, a la que vertiginosamente iban adhiriéndose más autores, dedicaba sus esfuerzos a argumentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, otra parte de la doctrina penal, se centró en seguir defendiendo la exclusiva responsabilidad de las personas físicas que actuaban en el seno de la empresa y desarrollar teorías y criterios para la atribución de una responsabilidad -la del agente interno de la empresa- cada vez más compleja por la transformación misma de la naturaleza de las empresas. Así, en la evolución histórica de esta postura doctrinal -minoritaria-, centraremos las líneas que siguen.

Con el devenir de los años, comenzaron a proliferar los “delitos de bienestar público” <sup>121</sup>. Estos acontecimientos fueron facilitados de forma directa en los Estados Unidos por el aumento mismo de la creación legislativa de “delitos de bienestar público”, que eran delitos *malum prohibitum* o de responsabilidad objetiva, es decir, delitos que imponían la responsabilidad del sujeto activo independientemente de que incurriera en el mismo dolo o imprudencia, y por lo tanto eran

---

importantes para mayor profundidad sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son entre otros muchos otros, ELKINS, J.: “Corporations and the criminal law: An uneasy alliance”, op. cit., pp. 87-88; HORWITZ, M.: *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op. cit., p. 112; LEIGH, L. H.: *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, op. cit.

<sup>121</sup> Sobre los orígenes de los “public-welfare offenses”, véase, SAYRE, F.: “Public welfare offenses”, *Columbia Law Review*, nº 55, 1933.

conceptualmente más fáciles de aplicar a las empresas. Y es que en esta época, en Estados Unidos todavía no había habido ningún reconocimiento expreso de que una empresa pudiera ser responsable por un delito que requiriera dolo. Los conceptos de dolo y *willfulness*, que el *common law* aplicaba a los agentes individuales presentaban dificultosos problemas conceptuales para aplicarlos a la entidad corporativa.

Sin embargo, esta barrera se redujo paulatinamente, ya que los tribunales de los Estados Unidos comenzaron a imponer responsabilidad penal de las empresas por los “errores intencionales” imputando a la entidad corporativa la “intención” criminal de sus agentes corporativos. Los tribunales a menudo hacían una analogía *-in malam partem-*, estableciendo una responsabilidad penal de las empresas apoyándose en precedentes en los que se había establecido una responsabilidad civil a la misma por los actos de sus agentes <sup>122</sup>. Esta violación de principios clásicos del Derecho penal tan fundamentales como el principio de culpabilidad hizo saltar las voces de los acérrimos defensores de un Derecho penal tradicional, garantista.

---

<sup>122</sup> Véase en este sentido, entre otras resoluciones, la del caso *United States v. MacAndrews & Forbes Co.*, 149 F. 823, 836 (S.D.N.Y. 1906) (as easy and logical to ascribe evil mind to corporation as to impute sense of contractual obligation); *Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*, 72 Mass. 294, 297, 52 N.E. 445, 446 (1899) (no more difficult to impute specific intent to corporation in criminal proceedings than in civil).

Supone esto un salto histórico en el Criminal Law que causa una división en la doctrina penal entre los que aceptan el cambio y lo justifican, y los que comienzan a buscar nuevas vías para luchar contra la criminalidad empresarial respetando los principios clásicos del Derecho penal y concentrando sus esfuerzos en el desarrollo de criterios y teorías para la imputación de responsabilidad de los agentes internos de la empresa. Al desarrollo de esta última corriente en la doctrina jurisprudencial, apoyada en el desarrollo de teorías de contados autores de la doctrina penal, dedicaremos el epígrafe que sigue.

### **3. La abolición del principio *societas delinquere non potest* a partir de la creación de las teorías de la ficción y la realidad sobre la naturaleza de la empresa**

#### **3.1. El origen de las teorías de la ficción y la realidad sobre la naturaleza de la empresa**

El nacimiento de la persona jurídica como un sujeto responsable en el sistema de *common law*, está estrechamente unido al debate teórico sobre si el status legal que tiene la persona jurídica es una concesión del Derecho que crea, así, entes artificiales que sólo existen para el ordenamiento *-fiction theory-*; si, por el contrario, el mismo nace del acuerdo de voluntades de aquellas personas físicas que la constituyen, limitándose las

normas a reconocerlo *-contract o aggregate theory-*; o si, en realidad, es un mero reconocimiento de una realidad que existe previamente *-real entity theory*<sup>123-</sup>.

Fue el gran historiador del derecho inglés, Frederick William MAITLAND, el primero que dio a conocer en el Derecho anglo-americano el pensamiento de GIERKE y sus nuevas teorías sobre las personas jurídicas<sup>124</sup>. En 1895 publica, junto a Frederick POLLOCK, la primera edición de su libro *La Historia del Derecho Inglés antes de la época de Eduardo I*, y en uno de sus capítulos, denominado «Personas ficticias», realiza ya numerosas referencias al libro que GIERKE había publicado en 1868, defendiendo su nueva teoría sobre la naturaleza de la personas jurídicas y titulado *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Es más, cuando en 1898, MAITLAND y POLLOCK publican la segunda edición de su libro, el capítulo que hemos mencionado pasa a denominarse «Corporations and Churches»; cambio que

---

<sup>123</sup> Con más detalles sobre las diversas teorías, véase HARRIS, R.: “Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, The Symposium: Understanding Corporate Law through History”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 63, 2006, p. 1424.

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 1431-1432; también, HAGER, M. M.: “Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 50, 1988, p. 580; en el mismo sentido, HORWITZ, M.: “Santa Clara revisited: The development of corporate theory”, *W. va. l. rev.*, vol. 88, 1985, p. 179.

el propio MAITLAND atribuye, según la primera nota del mismo, a la influencia del gran libro de GIERKE<sup>125</sup>.

Dos años después, MAITLAND publicaría la traducción del libro de GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, acompañado de una introducción escrita por él mismo; y entre los años 1900 y 1904 publicaría otros cuatro artículos sobre la historia de las personas jurídicas, que culminarían con la publicación del estudio «Personalidad moral y personalidad legal», en el que sostiene las ideas de GIERKE, relativas a que las personas jurídicas son entes reales o naturales que poseen personalidad legal merecedora de reconocimiento<sup>126</sup>. En los Estados Unidos, la primera referencia a las teorías de GIERKE vendría de la mano de Ernst FREUND, nacido precisamente en Alemania y profesor de la Universidad de Chicago, que en 1897 publicaría el libro *La naturaleza legal de las personas jurídicas -The legal nature of Corporations-*<sup>127</sup>. En este texto afirmaría que, junto a los

---

<sup>125</sup> HARRIS, R.: "Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, The Symposium: Understanding Corporate Law through History", op. cit., p. 1432.

<sup>126</sup> HORWITZ, M.: "Santa Clara revisited: The development of corporate theory", op. cit., p. 179.

<sup>127</sup> *Ibid.*

individuos, existen estas entidades, las corporaciones, dotadas de voluntad y de capacidad de actuar<sup>128</sup>.

Así pues, una vez importadas estas ideas de Europa, los autores estadounidenses, como ya habíamos adelantado, no fueron ajenos al debate que las mismas suscitaron, al contraponerse a las concepciones más tradicionales que consideraban las corporaciones como una mera ficción creada por el Estado que sólo ostentaba las facultades que éste le otorgaba<sup>129</sup>; o como una mera asociación de individuos que contrataban entre ellos a estos efectos<sup>130</sup>. Esta discusión teórica languidecería a

---

<sup>128</sup> Decía este autor: «Above the existence of the individual there is the existence of the species, and the corporation is nothing but the legal expression of this fact, which appears as a reality in the physical person, so the higher will of the species is embodied in numerous and various forms of association, and as a result we find, beside the individual, entities of a higher order endowed with volition and acting capacity. And where the law recognizes such embodied will as a person, we have a juristic person or a corporation». Véase al respecto, OMAN, N.: "Corporations and Autonomy Theories of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria", *Denv. U.L. Rev.* 101, 2005, p. 116.

<sup>129</sup> En 1819, el Tribunal Supremo Federal había dictado sentencia en el caso *Dartmouth College v. Woodward* y había declarado lo siguiente: «A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it either expressly or as incidental to its very existence...».

<sup>130</sup> Para una exposición más detallada, sobre el desarrollo y contenido de esta discusión teórica, véase, PADFIELD, S.: "Rehabilitating Concession Theory", *Okla. L. Rev.*, nº 12-13, 2013; PETRIN, M.: "Reconceptualizing the Theory of the Firm – From Nature to Function", *Penn St. L. Rev.*, vol. 118, 2013, pp. 11-13; HORWITZ, M.: "Santa Clara revisited: The development of corporate theory", op. cit. También, KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", *Loy. U. Chi. L.J.*, vol. 37, 2005, pp. 64-90.

partir del primer cuarto del siglo XX. Su debilitamiento fue impulsado por el pragmatismo de autores como John DEWEY, que precisamente pretendía poner de manifiesto la inutilidad de la discusión entre las distintas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas, y particularmente, entre la teoría de la ficción de SAVIGNI y la de la realidad de GIERKE<sup>131</sup>.

Ante el imparable crecimiento de su presencia en la realidad económica como un actor fundamental, los análisis sobre las empresas comenzaron entonces a centrarse en otras cuestiones más prácticas y menos filosóficas, entre ellas el fenómeno creciente de la progresiva separación entre «la titularidad» de la entidad, residenciada en sus accionistas (cada vez más numerosos, y con un papel más pasivo), y su centro de control, situado en la denominada nueva *class of corporate managers*<sup>132</sup>; o la demanda de responsabilidad por los

---

<sup>131</sup> En este sentido, POLLMAN, E.: "Reconceiving Corporate Personhood", *Utah L. Rev.*, vol. 2011, 2011, pp. 1650-1651; MAYER, C.: "Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights", *Hastings Lj*, vol. 41, 1989, pp. 639-640; o HAGER, M. M.: "Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory", op. cit., p. 62.

<sup>132</sup> POLLMAN, E.: "Reconceiving Corporate Personhood", op. cit., pp. 1651-1652. En esta misma línea, LAUFER, W. S.: "Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability", op. cit., pp. 49-50. También, KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", op. cit., pp. 83-84, para quien, a partir de ese momento, que coincide precisamente con la publicación por el Gobierno Federal de las primeras Securities Laws, el asunto primordial a discutir será precisamente la legitimidad y ejercicio de ese poder por parte de los directivos de las entidades. En los años 30, Adolf BERLE y Gardiner MEANS, ante el hecho de que la separación entre la propiedad y el control era una realidad en las *public*

hechos cometidos en el ejercicio de su actividad, algo para lo cual, qué eran desde el punto de vista ontológico, no pareció nunca realmente relevante. De hecho, la práctica de los Tribunales hacía tiempo que había empezado a rechazar cualquier obstáculo que pudiera surgir, para el reconocimiento de dicha responsabilidad, de una adhesión estricta a la teoría de la ficción o a la teoría contractual, menos proclives que la teoría de la realidad a reconocer que las empresas ostentaban el *state of mind* necesario para ser responsable civil o penalmente<sup>133</sup>.

Para algunos autores<sup>134</sup>, esa pérdida de fuerza del debate teórico significó precisamente el triunfo de la

---

*corporations*, y que este último estaba en manos de directivos profesionales, más interesados en su propia consolidación que en los intereses de los accionistas, desarrollaron una teoría, según la cual su papel debía ser, respecto a los accionistas, similar al de los *trustee* (aquel que, en un *trust*, administra el patrimonio a favor de los beneficiarios del mismo). Debían pues ajustar su conducta a una serie de pautas de comportamiento: atención suficiente al negocio, fidelidad a los intereses de la entidad y ejercicio de la actividad con una razonable prudencia. De esta manera, entre estos directivos y la entidad debía existir una relación fiduciaria (aquella que existe entre dos personas cuando una tiene la obligación de actuar o dar consejo en beneficio de otra en el ámbito de su relación). La Jurisprudencia, por su parte, no ha sido ajena a esta doctrina, y ha impuesto a los directivos unos deberes de lealtad y cuidado hacia la entidad a modo de esos «deberes fiduciarios». Cuando nos ocupemos de la responsabilidad de éstos explicaremos con más detalle el contenido de estos deberes.

<sup>133</sup> Véase al respecto, HAGER, M. M.: “Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory”, op. cit., pp. 588-592.

<sup>134</sup> Véase, BLAIR, M. M.: “Corporate Personhood and the Corporate Persona”, *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2013, pp. 807-808; KRANNICH, J.: “The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, op. cit., pp. 80-81.

teoría de la realidad, pues no significaba otra cosa que la aceptación de las empresas como “legal actor”, embestida de intereses dignos de protección, que el Derecho debía reconocer. Pues bien, si la creciente importancia del papel de las empresas en el mundo económico estuvo detrás, como hemos dicho, del cese o de la ralentización del debate teórico sobre su naturaleza, para atender así a cuestiones más «prácticas», el carácter absolutamente predominante que dicho papel alcanzó en los años 70 y 80 del siglo pasado motivó, paradójicamente, un resurgir de la discusión teórica.

Por un lado, los defensores de la *social responsibility* afirmaron que las empresas habían crecido tanto, afectando de tal modo su comportamiento a la sociedad, que el Derecho debía considerarlas como instituciones públicas o cuasi públicas, y regularlas como tal, siendo por tanto preciso un mayor desarrollo normativo<sup>135</sup>. Por otro lado, y como contrapunto precisamente a las ideas anteriores, para los defensores de la conocida como the *nexus of contracts theory*<sup>136</sup>, las corporaciones debían ser tratadas como un conjunto de contratos entre interesados<sup>137</sup>, una mera ficción legal que servía de nexo

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>137</sup> ABRAMSON, B.: “Why the Limited Liability Company Should Sound the Death Knell of the Application of the Nexus of Contracts Theory to Corporations?”, *FIU L. Rev.*, vol. 1, 2006, p. 187.

a un conjunto de relaciones contractuales entre individuos<sup>138</sup>, que eran las llamadas a regularla<sup>139</sup>.

Para autores como EASTERBROOK y FISCHER, «the Corporate law is a set of terms available off the rack so that participants in corporate ventures can save the cost of contracting»<sup>140</sup>; mientras, para otros, y enlazando con las teorías expresadas años atrás por Adam SMITH en *Wealth of Nations*, sería el mercado quien forzaría a las empresas a acordar contractualmente con sus inversores las estructuras más adecuadas para satisfacer las necesidades de éstos<sup>141</sup>. Estas teorías «contractuales» han sido ampliamente debatidas en los últimos tiempos<sup>142</sup>,

---

<sup>138</sup> KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", op. cit., p. 87. En el mismo sentido, BLAIR, M. M.: "Corporate Personhood and the Corporate Persona", op. cit., p. 808.

<sup>139</sup> Esta teoría tiene su origen en el movimiento denominado Law and Economics Movement que surge en los años 70, y que, aún con un importante peso en la actualidad, propugna la aplicación del pensamiento económico al análisis de las normas jurídicas. Véase, HOVENKAMP, H.: "The First Great Law & Economics Movement", *Stanford Law Review*, vol. 42, nº 4, 1990. También sobre esta doctrina, véase, O'KELLEY, C.: "Coase, Knight, and the Nexus-of-Contracts Theory of the Firm: A Reflection on Reification, Reality, and the Corporation as Entrepreneur Surrogate", *Seattle University Law Review*, vol. 35, 2012; BAINBRIDGE, S. M.: "The Board of Directors as Nexus of Contracts", *Iowa L. Rev.*, vol. 88, 2002.

<sup>140</sup> EASTERBROOK, F.; FISCHER, D.: "The corporate contract", *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, p. 1444. Véase también al respecto, ABRAMSON, B.: "Why the Limited Liability Company Should Sound the Death Knell of the Application of the Nexus of Contracts Theory to Corporations?", op. cit., p. 206.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 206-207.

<sup>142</sup> LIPSON, J.: "Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation", *UCLA Law Review*, vol. 50, 2003, p. 1192;

como lo ha sido, en general, la visión económica del Derecho de la que surge y la influencia que ello tiene a la hora de discernir qué papel ha de jugar el Corporate Law<sup>143</sup>. Además, especialmente intensa sin duda ha sido en las últimas décadas la discusión en torno a la denominada responsabilidad social corporativa - Corporate Social Responsibility-, y particularmente sobre su alcance y límites, más allá del mero cumplimiento con el Derecho y con las normas vigentes. En este sentido, se defiende desde algunos sectores que las empresas, más allá de lograr el máximo beneficio para sus accionistas, cumpliendo, como hemos dicho, con el Derecho vigente, deben perseguir otros objetivos tales como un crecimiento sostenible, un acceso igualitario al empleo y, en general, una mejora del bienestar social y medioambiental<sup>144</sup>.

En realidad, se trata cada vez más, de dejar atrás intentos pasados de encuadrar a las empresas en una

---

también, ABRAMSON, B.: "Why the Limited Liability Company Should Sound the Death Knell of the Application of the Nexus of Contracts Theory to Corporations?", op. cit., p. 186.

<sup>143</sup> Véase, HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R.: "Organizational law as asset partitioning", *European Economic Review*, vol. 44, 2000.

<sup>144</sup> Entre otros muchos, CONLEY, J.; WILLIAMS, C.: "The corporate social responsibility movement as an ethnographic problem", *UNC Legal Studies Research Paper*, nº 1285631, 2008, p. 1. También, KOCHAN, D. J.: "Corporate Social Responsibility in a Remedy-Seeking Society: A Public Choice Perspective", *Chap. L. Rev.*, vol. 17, 2014; JAMISON, E. M.: "The Juxtaposition of Corporate Social Responsibility Initiative and the Pursuit of Corporate Wealth Maximization", *Wayne L. Rev.*, vol. 57, 2011.

determinada categoría legal, para centrarse en el papel que las mismas juegan en la sociedad moderna<sup>145</sup>. Hemos de reconocer, no obstante, que la discusión más tradicional sobre si las empresas son una ficción o una realidad no ha desaparecido completamente y resulta especialmente relevante, como vamos a ver a continuación, cuando se trata de discernir si las mismas son titulares o no de un determinado derecho constitucional, cuestión que ha tenido un prolijo desarrollo en Estados Unidos. También cuando se interpreta una determinada norma para concluir si se aplica o no a dichas entidades<sup>146</sup>.

Las empresas no sólo tienen plena capacidad jurídica y, en consecuencia, pueden hacer, como hemos dicho, todo aquello que puede hacer una persona física para el desarrollo de su actividad, sino que también, como éstas, pueden ser titulares de derechos constitucionales. Efectivamente, el Tribunal Supremo Federal ha reconocido a estas entidades algunos de los derechos reconocidos en la Bill of Rights.

En este sentido, el primer paso para la «personificación» de las corporaciones desde el punto de

---

<sup>145</sup> KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", op. cit., p. 89.

<sup>146</sup> PETRIN, M.: "Reconceptualizing the Theory of the Firm – From Nature to Function", op. cit., pp. 12-13.

vista constitucional se da por el Alto Tribunal en 1886 con el dictado de la sentencia dictada en el caso Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.<sup>147</sup>. En esta resolución, relacionada con la valoración de determinadas propiedades de ciertas empresas ferroviarias para el pago de impuestos al Estado de California, el Tribunal Supremo Federal declaró que las personas jurídicas tenían derecho, como las personas físicas, a la protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, esto es, tenían la consideración de «persona» a estos efectos.

La Decimocuarta Enmienda, aprobada en el año 1868, después de declarar que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos son ciudadanos de

---

<sup>147</sup> Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co., 118 U.S. 394 (1886). Véase en este sentido, POLLMAN, E.: "Reconceiving Corporate Personhood", op. cit., pp. 1642-1345; KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", op. cit., pp. 77-80; RIPKIN, S.: "Corporate First Amendment Rights After Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations", *U. Pa. J. Bus. L.*, vol. 14, 2011, pp. 223-224. Antes del dictado de esta resolución, el Tribunal Supremo Federal, y al negar los demandados esta posibilidad, había declarado en la sentencia dictada en el caso *United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809), que las personas jurídicas podía ser demandadas y entablar acciones ante los Tribunales Federales, cuya jurisdicción, según la Constitución, está limitada a la resolución de controversias entre ciudadanos de distintos Estados –controversies between citizens of different states -. Para el Tribunal, en una decisión adoptada por unanimidad, aun cuando "a corporation is certainly not a citizen", no obstante estaba representada por sus miembros que sí eran ciudadanos y las auténticas partes en litigio, a quienes, por tanto, cuando eran ciudadanos de distintos Estados, no se les podía negar esta posibilidad. O'KELLEY, C.: "The Constitutional Rights of Corporations Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after *First National Bank v. Bellotti*", *Georgetown Law Journal*, vol. 67, 1979, p. 1352.

este país y del Estado en el que residen, sin que puedan ser privados de los derechos y privilegios que como tales corresponden, establece que ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso- “due process of law”-, ni denegarle dentro de su territorio la aplicación equitativa del derecho- “equal clause”- <sup>148</sup>. Esta Enmienda está dirigida a los Estados, frente a las diez primeras de la Constitución Americana (que configuran propiamente la Carta de Derechos -Bill of Rights-) que aprobadas en 1791 fueron pensadas para limitar el poder del Gobierno Federal. Su aprobación respondió inicialmente al intento de evitar que los Estados y, fundamentalmente, los Estados del Sur, continuaran aplicando normas discriminatorias frente a la población afroamericana<sup>149</sup>; y progresivamente, a través de las garantías en ella consagradas -“due process of law” y “equal clause”-, ha permitido que el resto de los derechos y garantías constitucionales reconocidos en la Bill of Rights sean

---

<sup>148</sup> El contenido de la norma es el siguiente: «all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

<sup>149</sup> Sobre los orígenes de esta norma y el papel que la misma ha desarrollado en la justicia penal de los Estados Unidos, véase, STUNTZ, W.: *The collapse of American criminal justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 2011, pp. 99-157.

también exigibles frente al poder estatal, y no solo frente al federal.

Pues bien, en *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, el Tribunal Supremo Federal consideró que las corporations eran personas a los efectos de la Decimocuarta Enmienda. Así lo concluye, en un pronunciamiento realizado a modo de *obiter dicta*, articulado en un solo párrafo y sin muchos argumentos que lo apoyen, manifestando literalmente lo siguiente: «el Tribunal no desea oír alegaciones sobre la cuestión de si la decimocuarta enmienda, que prohíbe a un Estado denegar a una persona, en su jurisdicción, una aplicación equitativa del Derecho, se aplica a las corporaciones. Nuestra opinión es que sí lo es»<sup>150</sup>.

Además del indudable reconocimiento de las corporaciones a efectos constitucionales que supuso dicha declaración, la misma implicó, para algunos autores, la asunción por parte de este órgano de la teoría de la realidad. Es el caso de LAUFER<sup>151</sup>, para quien, en esta resolución, se abandona la concepción tradicional de las personas jurídicas como entes artificiales y sin vida,

---

<sup>150</sup> Véase, HORWITZ, M.: “Santa Clara revisited: The development of corporate theory”, op. cit., pp. 173-174.

<sup>151</sup> LAUFER, W. S.: “Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability”, op. cit., p. 11.

para otorgarles personalidad propia y considerarlas “legal persons”.

En sentido contrario se han pronunciado sin embargo otros autores como HORWITZ. Según este autor si atendemos a la materia en litigio y a los argumentos esgrimidos por los defensores de la propia corporación, lo que pretendía el Tribunal con su afirmación era declarar que los derechos de propiedad de la entidad eran dignos de protección, y ello con la intención de proteger los derechos de propiedad de los accionistas, que era lo que realmente estaba en discusión. Además, por otro lado, la fecha de la resolución es anterior a la propagación en los Estados Unidos de las ideas de GIERKE y por tanto no podía suponer la asunción de una teoría que aún no se había difundido<sup>152</sup>.

En cualquier caso, y sea cuál sea la conclusión que alcancemos al respecto, lo que sí es indudable es que *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, al considerar a las personas jurídicas como personas a los efectos de la Decimocuarta Enmienda, abrió la puerta al reconocimiento a su favor de otros derechos constitucionales<sup>153</sup>. Así, el Tribunal Supremo de Estados

---

<sup>152</sup> Para una exposición detallada de los argumentos de este autor sobre el particular, véase HORWITZ, M.: “Santa Clara revisited: The development of corporate theory”, op. cit.

<sup>153</sup> Véase, RIPKIN, S.: “Corporate First Amendment Rights After Citizens

Unidos ha reconocido que las personas jurídicas son titulares de los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda, de manera que están protegidas frente a cualquier registro o incautación de sus bienes que no esté basada en una causa razonable –“unreasonable searches and seizures”-<sup>154</sup>. Ostentan también el derecho al proceso debido y a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos <sup>155</sup>, ambos incluidos en la Quinta Enmienda, aunque no del derecho a no autoincriminarse<sup>156</sup>. También tienen derecho a ser juzgadas por un Jurado, así como el

---

United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations”, op. cit., p. 223, donde se destaca cómo, durante los primeros cincuenta años de vigencia de la Decimocuarta Enmienda, más del 50% de los casos en los que se instó su aplicación ante el Tribunal Supremo, fueron promovidos por personas jurídicas, mientras que menos del 1% de ellos estuvo relacionado con la discriminación racial. Véase también, MAYER, C.: “Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, op. cit., p. 518, para quien la literatura popular ha marcado el año que se dictó Santa Clara, como el año que las corporations «robaron» la Decimocuarta Enmienda.

<sup>154</sup> En este sentido se pronunció el Tribunal, en el año 1906, en el caso *Hale v. Henkel*, 201, U.S. 43 (1906), donde declaró: «A corporation is, after all, but an association of individuals under an assumed name and with a distinct legal entity. In organizing itself as a collective body it waives no constitutional immunities appropriate to such body. Its property cannot be taken without compensation. It can only be proceeded against by due process of law, and is protected under the Fourteenth Amendment, against unlawful discrimination (...). Corporations are a necessary feature of modern business activities, and their aggregated capital has become the source of nearly all great enterprises».

<sup>155</sup> *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962). Véase, POLLMAN, E.: “Reconceiving Corporate Personhood”, op. cit., p. 1656; también MAYER, C.: “Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, op. cit., pp. 606-620.

<sup>156</sup> *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

derecho a ser asistidas por un abogado, sin que puedan defenderse a sí mismas<sup>157</sup>

Asimismo, son titulares del derecho a la libertad de expresión -“freedom of speech”-, consagrado en la Primera Enmienda<sup>158</sup>; mientras que, hace cinco años, en la sentencia dictada en *FCC v. AT&T*<sup>159</sup>, el Tribunal Supremo Federal, en una resolución dictada por unanimidad, ha negado que sean titulares del derecho a la privacidad -“right of privacy”-<sup>160</sup>. Al examinar esta jurisprudencia, la doctrina coincide<sup>161</sup> en que el Tribunal

---

<sup>157</sup> COX, J. D.; HAZEN, T. L.: *The Law of Corporations*, Thomson/West, New York, 2010, p. 4.

<sup>158</sup> *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

<sup>159</sup> *FCC v. AT&T*, 562 U. S. (2011).

<sup>160</sup> Esta resolución, concretamente, niega a las personas jurídicas este derecho a los efectos de aplicar una de las excepciones previstas en la Freedom of Information Act. Esta es una norma federal que obliga a las agencias federales, si así se le solicita, a hacer públicos determinados archivos y documentos que hayan podido recopilar en el curso de una investigación. Esta obligación de publicidad tiene varias excepciones y una de ellas es que la publicación requerida suponga una invasión de la privacidad personal. Pues bien, en *FCC v. A T&T*, la compañía de comunicaciones, AT&T, que había estado sometida a una investigación por una de estas agencias, instó ante el Tribunal Supremo la aplicación de esta excepción para impedir la publicación de determinada documentación relacionada con la misma. El Tribunal resolvió en contra entendiendo que la expresión «personal privacy», que era la empleada en la norma en cuestión, no era aplicable a las corporations.

<sup>161</sup> Véase al respecto, entre otros muchos, PIETRANTON, E.: “One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply to Corporations”, *JL & Com.*, vol. 30, 2012; POLLMAN, E.: “Reconceiving Corporate Personhood”, op. cit.; KRANNICH, J.: “The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, op. cit.; GRAVER, D.: “Personal Bodies: A Corporeal Theory of Corporate Personhood”, *U. Chi. L.*

Supremo Federal no ha elaborado una doctrina propia sobre las personas jurídicas, como no ha acogido plenamente ninguna de las teorías sobre su naturaleza a las que nos hemos referido, sino que ha ido fluctuando en función de la cuestión controvertida o del derecho constitucional de que se tratase <sup>162</sup>, adoptando una aproximación que algunos han llegado a calificar como pragmática y antiteórica<sup>163</sup>, amparada en el estudio del caso concreto -“case by case”-<sup>164</sup>.

En efecto, como adelantamos, es aquí, al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre qué derechos de los proclamados en la Bill of Rights pueden ser atribuidos a las personas jurídicas, donde el debate

---

*Sch. Roundtable*, vol. 6, 1999; MAYER, C.: “Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, op. cit.

<sup>162</sup> Véase, JOHNSON, L.: “Law and legal theory in the history of corporate responsibility: corporate personhood”, *Seattle University law review*, vol. 35, 1135, 2012, p. 15; POLLMAN, E.: “Reconceiving Corporate Personhood”, op. cit., p. 1630; RIPKIN, S.: “Corporate First Amendment Rights After Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations”, op. cit., pp. 246-247; KRANNICH, J.: “The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, op. cit., p. 62; GRAVER, D.: “Personal Bodies: A Corporeal Theory of Corporate Personhood”, op. cit., pp. 236, 240. También, MAYER, C.: “Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, op. cit., pp. 621-622, examinando la sentencia dictada en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), en la que el Tribunal Supremo Federal, para negar a las corporations el derecho a no autoincriminarse, se ampara en la teoría de la ficción, y para declarar, en la misma resolución, que sí gozan del derecho a no ser objeto de irrazonables registro o incautaciones de bienes, abraza la teoría de la realidad.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>164</sup> RIPKIN, S.: “Corporate First Amendment Rights After Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations”, op. cit., p. 246.

tradicional relativo a la naturaleza de éstas ha permanecido más presente, al tratar de discernirse por la doctrina norteamericana qué son las personas jurídicas para este órgano o, más exactamente, qué concepción sobre las mismas subyacen en los razonamientos expuestos en cada una de las sentencias citadas; alcanzando al respecto las conclusiones expuestas sobre esa falta de elaboración de una concepción clara y concreta. Compartimos estas conclusiones, pero no «la extrañeza» que ello parece causar en alguno de los autores que la sostienen, porque, en nuestra opinión, esa ausencia de un mayor desarrollo teórico o dogmático puede apreciarse también en otras materias que son objeto de estudio por el Tribunal Supremo Federal, siempre cercano al supuesto de hecho presentado ante él, y siempre impregnado de ese pragmatismo, que estos autores parecen criticar en este extremo concreto.

Efectivamente, en ninguna de las resoluciones que hemos mencionado apreciamos una gran elaboración teórica o dogmática sobre qué sea una corporación o sobre su personalidad jurídica. Es el caso de Santa Clara o de FCC v. AT&T, separadas por más de un siglo<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> En este sentido, se pronuncia LAUFER, para quien ni en Santa Clara ni en otras resoluciones se exponen consideraciones teóricas sobre la personalidad jurídica que se reconoce a las corporations o sus implicaciones; respondiendo más bien los pronunciamientos que en ellas se contienen a consideraciones de política económica o pública. Véase, LAUFER, W. S.: "Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability", op. cit., p. 51. En esta línea, podríamos destacar cómo en la sentencia dictada en FCC v. AT&T el Tribunal,

También es el caso de la sentencia dictada en *First National Bank of Boston v. Bellotti*<sup>166</sup>, o la dictada en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>167</sup>, ambas relacionadas con el derecho a la libertad de expresión, donde también se aprecia esta falta de construcción teórica.

En esta última decisión, adoptada por una ajustada mayoría de cinco a cuatro, el Tribunal Supremo Federal, confirmando la doctrina instaurada en *Bellotti*, reitera que las personas jurídicas son titulares del derecho a la libertad expresión consagrado en la Primera Enmienda que, según el Tribunal, no admite restricciones amparadas en el hecho mismo de que estas entidades sean personas jurídicas y no físicas, pues unas y otras han de jugar en el contexto político, que es en el que se planteaba el asunto litigioso, «el mismo papel». Este reconocimiento de que las personas jurídicas son titulares de esa libertad de expresión, cuyo ejercicio el Tribunal, por otro lado, considera esencial en el contexto político, le conduce a declarar contraria a la Constitución

---

para concluir que las corporations no tiene derecho a la privacidad, se limita a realizar una interpretación literal de los términos empleados en la norma cuestionada, así como a valorar su contexto. De esta forma, sigue la línea interpretativa marcada en la sentencia del caso *Rowland v. California Men's Colony, Unit II Men's Advisory Council*, a la que también hicimos referencia con anterioridad.

<sup>166</sup> *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

<sup>167</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

una norma federal que prohibía a las corporaciones y a los sindicatos determinadas contribuciones directas o indirectas a las campañas electorales federales. El Gobierno, dice literalmente el Tribunal en *Citizens United*, citando lo dicho en *Bellotti*, no restringe “la libertad de expresión en el ámbito político porque aquel que habla sea una corporación»<sup>168</sup>.

Para los Jueces que suscriben sin embargo el voto disidente, la mayoría se equivoca al realizar esta equiparación, pues es evidente que las corporaciones son diferentes a las personas físicas individuales. En primer lugar, sus titulares y directivos ostentan una responsabilidad limitada; en segundo lugar, disfrutan, frente a las personas físicas, de una “perpetual life”; en tercer lugar, se caracterizan por la separación entre la propiedad de la misma y su control; y por último, no tienen «ni conciencia, ni creencias, ni sentimientos, ni

---

<sup>168</sup> Este pronunciamiento ha generado una importante polémica porque, como expone el Juez Stevens, en el voto disidente que suscriben el Juez Ginsburg y la Juez Sotomayor, puede conducir a que las business corporations más poderosas ejerzan una influencia excesiva en las campañas electorales, distorsionando su resultado. Véase, JOHNSON, L.: “Law and legal theory in the history of corporate responsibility: corporate personhood”, op. cit., p. 1141. También sobre esta sentencia, véase, SHEYN, E.: “The Humanization of the Corporate Entity: Changing Views of Corporate Criminal Liability in the Wake of *Citizens United*”, *U. Miami L. Rev.*, vol. 65, 2010, pp. 28-39; o, GANS, D. H.; KENDALL, D. T.: “A capitalist Joker: The Strange Origins, Disturbing Past, and Uncertain Future of Corporate Personhood in American Law”, *J. Marshall L. Rev.*, vol. 44, 2011.

pensamientos, ni deseos»<sup>169</sup>. Para los Jueces Stevens, Ginsburg, Breyer y Sotomayor, firmantes de este voto disidente, las corporaciones no están incluidas en la expresión «We the People», para quién y por quién se aprobó la Constitución.

Por el hecho mismo de que la mayoría del Tribunal Supremo realiza en *Citizens United* esta equiparación entre corporaciones y personas físicas, algunas voces propugnaron una ampliación de los derechos constitucionales que le corresponden a estas entidades, reclamando que dicho órgano debería replantearse, entre otras cuestiones, su negativa a reconocerles el derecho a no autoincriminarse<sup>170</sup>. No pareció acoger esta línea, sin embargo, el Alto Tribunal en la sentencia dictada en *FCC v. AT&T*<sup>171</sup>, donde, como hemos dicho, negó que las corporaciones ostentaran el “right of privacy”, indicando así, según algún autor<sup>172</sup>, que, a pesar de las afirmaciones que se hacen en *Citizens United*, el Tribunal reconoce en realidad que las personas jurídicas y las físicas no

---

<sup>169</sup> En este sentido, JOHNSON, L.: “Law and legal theory in the history of corporate responsibility: corporate personhood”, op. cit., p. 1141.

<sup>170</sup> Véase, SHEYN, E.: “The Humanization of the Corporate Entity: Changing Views of Corporate Criminal Liability in the Wake of *Citizens United*”, op. cit., p. 40.

<sup>171</sup> *FCC v. AT&T*, 562 U. S. (2011).

<sup>172</sup> Véase, PIETRANTON, E.: “One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply to Corporations”, op. cit., p. 137.

pueden ser tratadas constitucionalmente de la misma manera.

Por último y para cerrar este apartado, no podemos terminar sin hacer referencia a las “unincorporated entities”, “unincorporated organizations” o “unincorporated associations”, aquellas agrupaciones de individuos a las que se les reconoce existencia independiente y personalidad jurídica, pero que, sin embargo, no han sido constituidas como una empresa. Es el caso, fundamentalmente, de las “partnerships” y de las “associations”; aunque también de los “business trust” y de las “joint stock companies”.

Lógicamente, para que un grupo de personas pueda ser reconocido legalmente como una entidad distinta de sus socios debe estar relativamente bien organizado y estructurado; y estar dotado de unas normas de funcionamiento, que le conviertan en algo más que una mera asociación informal de individuos <sup>173</sup>. Esta equiparación, a los efectos ya indicados, entre “corporated” y “unincorporated entities”, es fruto de una evolución jurisprudencial, que se tradujo con

---

<sup>173</sup> En este sentido, *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974), citando a su vez a *United States v. White*, 322 U. S. 694 (1944). Ambas resoluciones del Tribunal Supremo Federal reconocieron, con base en estos argumentos, que tanto una “partnership”, como una “labor unión”, eran entidades legales con existencia propia e independiente, cuando entonces dicha existencia, como veremos a continuación, aún era objeto de discusión en ambos casos.

posterioridad en las normas de derecho positivo. Inicialmente, para el “common law”, y como adelantamos, las “unincorporated entities” constituían una mera agregación de individuos que, como tal no tenía existencia independiente.

Por ello, los debates que hemos expuesto, relacionados con la naturaleza de las personas jurídicas o su consideración como sujeto de derechos constitucionales, se desarrollaron esencialmente en torno a las empresas, cuya existencia como ente independiente, sin perjuicio de la discusión sobre su naturaleza, fue reconocida desde un principio, ya derivara, como en el época colonial, de la gracia real, o ya lo hiciera directamente de la ley, como ocurrió cuando se generalizaron las normas estatales que regulaban el proceso para su constitución<sup>174</sup>. En definitiva, las corporaciones siempre fueron «las personas jurídicas por excelencia», si bien su naturaleza misma es una ficción legal incluida en la realidad jurídica. De hecho éstas continúan monopolizando hoy la mayor parte de la literatura científica y de la práctica de los Tribunales relacionada con estas entidades<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Cuando en su momento examinemos la evolución histórica de estas entidades, volveremos sobre este extremo.

<sup>175</sup> También son las entidades más importantes desde el punto de vista económico. Sobre las diferencias desde esta perspectiva entre las corporations y las partnerships, véase, SCHNEEMAN, A.: *The law of corporations and other business organizations*, Cengage Learning, Boston, 2012, p. 262.

### 3.2. La instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos

Como hemos ido apuntando a lo largo del apartado anterior, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se va imponiendo gradualmente en el Derecho penal norteamericano. Primero, se reconoció la responsabilidad penal por conductas omisivas de las sociedades mercantiles respecto de lo preceptuado por la ley o los reglamentos. Más tarde se admitió esta responsabilidad por conductas activas, imprudentes y dolosas. Y, finalmente, se admitió la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles por delitos que exigen un elemento subjetivo específico, además del dolo. Y es que el Derecho Penal norteamericano, en realidad, surge de la conjunción de dos grandes filosofías jurídicas: el tradicional sistema del *common law*<sup>176</sup>, basado fundamentalmente en el precedente del sistema judicial,

---

<sup>176</sup> No traducimos la denominación *common law* por no existir equivalencia exacta en castellano. *Common law* es aquella parte del derecho anglosajón formulada, desarrollada y aplicada por los antiguos tribunales del Derecho común, basado en un principio en las costumbres comunes y no escritas del país. Es distinto de la equidad (cuerpo de normas que aplica el tribunal de la Cancillería), de las leyes (derecho escrito en las leyes del Parlamento), del Derecho especial (que aplican los tribunales especiales, como el derecho eclesiástico y el mercantil) y del Derecho civil (el derecho romano). "Es el sentido común cristalizado y formulado por nuestros antepasados. No es ni el Derecho local ni es producto de la legislación local." FRIEDMAN, L. : *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 17. Nos adherimos a esta opinión.

y el sistema, cada vez más usual, de tipificación o desarrollo legal. La expresión clara de la conjunción de estos dos sistemas, es el Model Penal Code, promulgado en los Estados Unidos en 1962. Este texto legislativo, es la obra más importante de codificación criminal llevada a cabo en la historia del Derecho norteamericano y la culminación de una vieja aspiración a un sistema regido por el principio de legalidad. Con la tipificación se lograrían subsanar las ambigüedades y descartar la inseguridad latente en el anterior sistema no sólo en el ámbito penal sino también en el área del derecho comercial o bancario. De hecho, la indefinición jurídica provocada por la amplia diversificación del *common law* sólo podía superarse mediante un nuevo desarrollo legal como el así realizado. A ello se une que la vinculación del juez norteamericano al *common law* es diferente de la de los tribunales ingleses, ya que el sistema norteamericano está limitado por la vigencia del principio de legalidad. Es decir, en el ámbito penal el juez nunca podrá crear delitos, ni completar las definiciones de los mismos, aunque sí se permite una cierta creación judicial en lo que se refiere a las faltas. Con todo, ello, era necesario la aprobación por parte del Parlamento de los Estados Unidos de textos legislativos que previeran la posibilidad de someter a la sociedad a la imposición de penas por su consideración de personas jurídicas, lo cual se convirtió en una realidad a principios del s. XX. Entre otras, las leyes que se

aprobaron por el Parlamento estadounidense fueron la Elkins Act, la Interstate Commerce Act y la Shennan Act. Lo que más preocupó a los juristas estadounidenses entonces fue la determinación de los criterios en virtud de los cuales las sociedades podían resultar penalizadas, que habían quedado difusos en la jurisprudencia anterior. En este sentido resultó muy ilustrativo el caso "United States v. New York and Central River Railroad" de 1909, en cuya sentencia se declaró la constitucionalidad de la ley Elkins de 1903. Esta resolución, por ello, se considera unitariamente por parte de la doctrina estadounidense, el inicio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos.

Sin embargo, como ya hemos ido apuntado, los criterios sobre los que se justificaba esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, no contentaron ni a la totalidad de la doctrina penal estadounidense, ni a un sector minoritario de la judicatura, que con el paso de las décadas seguían concentrando sus esfuerzos en ir estableciendo los criterios para individualizar la responsabilidad en el seno de la estructura empresarial. Son pocas las resoluciones que se pueden encontrar en estos primeros años en contra de la corriente jurisprudencial mayoritaria, pero a ellas nos referiremos posteriormente, no sin antes reparar en las críticas de la

doctrina estadounidense a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **3.3. La crítica de la doctrina estadounidense a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: sólo la persona física puede delinquir.**

En el sistema estadounidense, el sentir general de la doctrina científica frente al planteamiento de todas las dificultades que se presentan para la individualización de la responsabilidad en la empresa, no dista tanto de un sistema como el nuestro con una tradición totalmente opuesta al *common law*. Así, como ya destacaba Michael METZGER<sup>177</sup> hace más de treinta años, la realidad en la práctica penal estadounidense era que, a pesar de que la instauración de la responsabilidad penal de las empresas no había sido un salida dramática de las tendencias legales existentes <sup>178</sup> , las autoridades judiciales competentes debían, sin embargo, tratar de comprender que la responsabilidad individual tenía muchos atributos que debían alabarse, pues la imposición de responsabilidad sobre las personas físicas está en consonancia también con la idea del *common law* de la

---

<sup>177</sup> METZGER, M. B.: "Corporate Criminal Liability for Defective Products: Policies, Problems, and Prospects", op. cit., p. 1 y ss.

<sup>178</sup> En este sentido ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Boletín de Estudios Económicos*, vol. XIX, nº 211, 2014, pp. 95-121.

naturaleza personal de la culpa (lo equivalente a nuestro principio de personalidad de las penas), y evita la molestia de algunos problemas conceptuales inherentes a la imposición de responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>179</sup>.

Dado que las personas jurídicas no pueden actuar al margen de sus agentes humanos individuales, había un cierto atractivo intuitivo a la idea de que si "Se vigila la responsabilidad individual (...) el grupo se hará cargo de sí mismo"<sup>180</sup>. También se argumentó en un principio por los primeros autores americanos que trataron esta cuestión, que las sanciones penales a las personas responsables dentro de la empresa proporcionaban una mejor disuasión<sup>181</sup> sin estigmatizar a la empresa o a los administradores y empleados inocentes<sup>182</sup> y sin el potencial castigo que podría derivarse para inocentes

---

<sup>179</sup> Véase MUELLER, G. O. W.: "Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability", op. cit., p. 22.; también ORLAND, L.: "Reflections on corporate crime: law in search of theory and scholarship", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 17, 1979, p. 501: (" '[g]uilt is personal' in any system of law that calls itself civilized").

<sup>180</sup> FRANCIS, J.: "Criminal Responsibility of the Corporation", *Ill. LR*, vol. 18, 1923, pp. 307-309.

<sup>181</sup> ELKINS, J.: "Corporations and the criminal law: An uneasy alliance", op. cit., (deterrence greatest when individual responsible actors prosecuted).

<sup>182</sup> CRANE, M.: "Commentary: The Due Process Considerations in the Imposition of Corporate Liability", op. cit., p. 44.

accionistas y consumidores de la imposición de una pena a la empresa.<sup>183</sup>

Asimismo, un sector de la doctrina ha señalado que los *officers*, al igual que otros delincuentes de cuello blanco, son vistos como particularmente susceptibles al efecto disuasorio de la amenaza de sanciones penales: son particularmente sensibles al estigma asociado con una condena penal, temen la posibilidad de encarcelamiento<sup>184</sup>, y racionalmente puede calcular los riesgos asociados a su comportamiento criminal. Sin embargo, la individualización de la responsabilidad de la empresa no es una cuestión que carezca de dificultades tampoco en el sistema de *common law*, en el que, como sabemos, hace ya tiempo que convive la responsabilidad penal de la empresa con la de las personas físicas. De hecho, un estudio más profundo de las teorías de la ficción y de la realidad, apoyándonos en el pensamiento filosófico de WITTGENSTEIN<sup>185</sup>, podría servir en este punto

---

<sup>183</sup> CRANE, *Is Corporate Criminal Liability Necessary?*, p. 924

<sup>184</sup> CRANE, *Is Corporate Criminal Liability Necessary?*, págs. 44-45 (business executives concerned with stigma of conviction but terrified of jail); GEIS, G.: "Criminal penalties for corporate criminals", *op. cit.*, pp. 378-380 (corporate officers especially fear incarceration).

<sup>185</sup> Lo conflictivo de la inclusión de la persona jurídica en un sistema pensado para la responsabilidad exclusiva de las personas físicas, nos lleva a plantearnos ahora la siguiente pregunta: ¿es oportuno declarar legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas -en un Ordenamiento Jurídico creado tradicionalmente para la persona física como único sujeto responsable-, aunque se trate de una ficción? La forma usual de argumentar la respuesta a esta pregunta es la siguiente: "Un requisito esencial del delito es la culpabilidad.

---

Siendo así, si la persona jurídica no tiene capacidad cognitiva ni volitiva real, la persona jurídica no puede delinquir.” Si el pensamiento jurídico es un derivado del pensamiento aquinatense o kantiano, que se justifica por su propia existencia, como el pensamiento artístico, que también se justifica en sí mismo o, si se prefiere, en la emoción que causa, esta respuesta sería a todas luces válida. Sin embargo, no todos los autores estarían de acuerdo con esta idea. En este sentido, BUENO ARÚS, explica que “el pensamiento filosófico o artístico son puro pensamiento, mientras que el caso del pensamiento científico es distinto” (BUENO ARÚS, F.: “A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (una nota ecléctico-ácrata)”, *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 72, 2007). Así pues, afirma el autor, la Ciencia se dedica a averiguar cómo es y cómo se comporta el mundo que nos rodea, utilizando como métodos esenciales la observación y el experimento, el pensamiento científico ya no es gratuito, sino que se justifica por un resultado concreto: su concordancia con la realidad. Recuérdese esto, porque sobre este punto volveremos posteriormente. Así, como entendería BUENO ARÚS, por muy bello y sugestivo que pudiera ser un pensamiento aparentemente científico, si nuevos experimentos demuestran que estaba equivocado, hay que desechar el error y quedarse necesariamente con el pensamiento verdadero<sup>185</sup>. Se entendería entonces que en esto no hay libertad, pues es una cuestión de ética. En este sentido, podría expresarse que el pensamiento jurídico tiene su propio ámbito de actuación. A diferencia del pensamiento filosófico y artístico, no se justificaría por la belleza de su propio contenido, porque es un pensamiento para la acción. Y a diferencia del pensamiento científico, que también es o puede ser (ya que se habla de ciencias puras y de ciencias aplicadas) un pensamiento para la acción, el jurídico se justificaría en la medida en que las normas de conducta en que consiste, y los juicios de valor en que se fundamentan, son justos, equitativos, proporcionados, razonables. De esta forma, el contenido de las proposiciones jurídicas no sería una satisfacción intelectual ni una emoción ni una parcela de conocimiento de la realidad material, sino la fijación de reglas de conducta para hacer más llevadera la realidad social a la que también pertenecemos colectivamente. La proposición jurídica tendría que convencer de sus virtudes sociales para ser aceptada por sus destinatarios. Contribuiría o debería contribuir a hacer la vida en común más equilibrada, y a suministrar criterios aceptables para solucionar los conflictos de intereses y distribuir los derechos y deberes entre los miembros de la sociedad, por lo que debería coincidir con los principios esenciales normativos (morales, sociales, políticos) de los destinatarios de las mismas. Al fin y al cabo, vivimos en sociedad, y el significado de cómo nos comportamos no lo damos nosotros sino que nos es socialmente dado, lo cual nos obliga a superar (de forma expresa, o tácita) la idea de que es posible un procedimiento empírico para el descubrimiento de lo que, sin embargo, no es un elemento de la realidad sino, más bien, de la idealidad (MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, op. cit., n. 107). En este sentido, el gobernante podría prescindir de todo contacto con los gobernados y decidir por sí mismo, pero entonces hablaríamos de un dictador (que tendría que recurrir a la fuerza) y no de un gobernante legítimo. Aunque a veces los legisladores tendrían que realizar una labor pedagógica, normalmente los juicios de valor que se traslucirían tras sus normas habrían de reforzar la

---

aceptación y el respeto que la persona y la labor del gobernante merecen para que pudiéramos hablar de legitimación (al menos, desde nuestra forma actual de considerar la democracia, que no ha sido siempre igual a lo largo de la historia). La aplicación de estos criterios a los problemas propios de la red jurídica de normas requeriría, por hipótesis, aparte de otros posibles planteamientos, una atención a los intereses en juego, precisamente porque el jurídico no sería un pensamiento autónomo sino un pensamiento para la acción, un pensamiento para enseñar a comportarse socialmente, un pensamiento para la práctica del “día a día”. A mi juicio, incluso ésta podría ser la esencia del Derecho, y no habría por qué rasgarse las vestiduras, porque la pobreza de medios no impide que con frecuencia hayamos de llevar a cabo valoraciones y decisiones de gran responsabilidad y compromiso. Una decisión de este tipo podría ser, por ejemplo, la instauración de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, y a pesar de lo anteriormente expuesto, no es infrecuente rastrear cuestiones jurídicas en el arte (MONTROYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte*, Civitas, Madrid, 1995), y es vieja la idea de que el Derecho es una actividad artística. Está en Celso y en Santo Tomás de manera manifiesta, pero se puede afirmar que ha sido una idea latente en buena parte de la cultura jurídica occidental. Lo cual no supone que hayan sido reconocidas sus implicaciones, quizá debido a que las cosas evidentes, no las percibimos pues «Los aspectos de las cosas que nos son más importantes – anotó WITTGENSTEIN en sus Investigaciones filosóficas – nos están ocultos por su simplicidad y familiaridad». (WITTGENSTEIN, L.: *Philosophical Investigations*, Blackwell, Oxford, 1953, §129. En este sentido también, CONESA, F.; NUBIOLA, J.: *Filosofía del lenguaje*, Herder, Barcelona, 1999, p. 13.) Se podría entender, por tanto, que chocan en este punto dos posiciones: por un lado, aquellos que desechan frontalmente la idea de que el Derecho pueda ser como el pensamiento filosófico o artístico que son “puro pensamiento”, entendiéndolo más bien que el Derecho es una Ciencia que se justifica por un resultado concreto (su concordancia con la realidad); y por otro, aquellos que consideran que el Derecho es una actividad artística, entendiéndolo el pensamiento jurídico como un derivado del pensamiento kantiano, que se justifica por su propia existencia. Las consecuencias prácticas a los efectos que nos interesan en este trabajo, podrían ser de distinto calado, si no fuera por un nexo común que tiene una y otra postura: la idea de realidad. La idea de realidad en el pensamiento filosófico de la corriente analítica de WITTGENSTEIN tiene un gran desarrollo que puede ser extrapolado al pensamiento jurídico. Es precisamente en este punto donde WITTGENSTEIN sirve como nexo explicativo para aunar las dos posturas contrapuestas que anteriormente se han expuesto. Así pues, aun entendiéndolo el Derecho como una Ciencia o entendiéndolo como “puro pensamiento” que se justifica por su propia existencia – como el pensamiento filosófico-, tendrá sentido – siempre que sirva para reflejar la realidad. Así, se podrá decir que “La figura concuerda o no con la realidad; es correcta o incorrecta, verdadera o falsa”(WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus Logico-philosophicus* (2.21)). Estaría entonces de acuerdo BUENO ARÚS en que si la Ciencia se justifica por un resultado concreto, cuál es su concordancia con la realidad (BUENO ARÚS, F.: “A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (una nota ecléctico-ácrata).”, op. cit.), la “figura” persona física concuerda con la realidad y por tanto de ella es posible decir que “puede delinquir”, esta concordancia sería

para entender el posterior apoyo de los teóricos estadounidenses en una teoría u otra. Sin embargo, es momento ahora de avanzar en la evolución histórica para explicar la debacle de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como respuesta frente a la criminalidad empresarial

#### **4. La crisis del sistema de respuesta a la delincuencia empresarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas**

La experiencia de los Estados Unidos nos explica que desde los orígenes de la instauración de este sistema en el *common law* -el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas-, la realidad de la aplicación del mismo en la práctica, es más complejo y conlleva más problemas de los que soluciona<sup>186</sup>. Además, ante los

---

correcta. Sin embargo, de la “figura” persona jurídica, que es una ficción, no se podría decir que puede delinquir, pues la realidad en este caso estaría “falsamente” figurada (o por lo menos, no se podría decir que delinque en el mismo “sentido” que delinque la persona física). Esto último se explicará con más detenimiento cuando hablemos del modelo de imputación aplicable a las personas físicas y del modelo de atribución aplicable a las personas jurídicas. Baste ahora con concluir en este punto que, si como Ludwig WITTGENSTEIN escribió: “Lo que cualquier figura, sea cual fuere su forma, ha de tener en común con la realidad para poder siquiera -correcta o falsamente- figurarla, es su forma lógica, esto es, la forma de la realidad” (WITTGENSTEIN, L., TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS (2.18)); la única realidad como forma lógica de pensamiento es que sólo la persona física puede delinquir (Siendo el pensamiento la proposición con sentido; WITTGENSTEIN, L., TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS (§ 4): «El pensamiento es la proposición con sentido».)

<sup>186</sup> Sobre ello, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.;

grandes escándalos financieros, lo que reclama la sociedad es la búsqueda de los verdaderos responsables hacia los que realmente debe dirigirse el reproche penal. Hace ya dieciséis años el Catedrático Emérito de la Universidad de Illinois, Wayne R. LAFAVE<sup>187</sup>, entre otros<sup>188</sup>, apuntó el gran problema existente en Estados Unidos en este ámbito: aunque son punibles tanto las personas jurídicas desde hace décadas, como las personas físicas que actúan por ellas, se estaba constatando que en la práctica judicial los jurados tendían a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver los agentes físicos<sup>189</sup>. Así, aun cuando no se podía castigar a las personas físicas, al menos tenían a alguien a quien castigar en su lugar, por lo menos había un culpable, una

---

GÓMEZ MATÍN, V.: *Responsabilidad de la empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 35-88.

<sup>187</sup> LAFAVE, W. R.: *Criminal law*, op. cit., p. 272 y ss.

<sup>188</sup> En este sentido, CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, op. cit., pp. 280-281. El Profesor STEVENSON, comentando el fracaso de los ejecutivos de General Motors, al descubrir que los mecanismos de 1.959 Cadillacs que estaban fallando a un ritmo alarmante, se preguntaba: Is it naive to assume that if any one of the employees involved in this decision had felt individually responsible the consequences would likely have been different? In the mechanics of corporate decision making, however, individual responsibility somehow falls through the cracks; and human values seem inevitably to be subordinated to economic ones. STEVENSON JR, R. B.: "Corporations and Social Responsibility in Search of the Corporate Soul", op. cit., p. 717. CRANE, M.: "Commentary: The Due Process Considerations in the Imposition of Corporate Liability", op. cit., p. 1245.

<sup>189</sup> Aunque en los E.E.U.U. son punibles tanto las personas jurídicas como las personas físicas que actúan por ellas, se ha constatado que de hecho en la práctica los jurados tienden a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver los agentes físicos, pese a que sea indudable que cometieron los actos criminales; véase, LaFave, *Criminal Law* cit., pág. 281, nota 102.

cabeza de turco<sup>190</sup>. También un sector de la doctrina norteamericana ha criticado que la criminalidad corporativa se acabe saldando mediante los *non-prosecution agreements* o *deferred prosecution agreements*, con una responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas y, sobre todo, con la exclusión de la responsabilidad penal de personas físicas de relevancia dentro de la propia estructura organizativa de aquéllas<sup>191</sup>.

Sin embargo, la necesidad de castigo del delito parecía satisfacerse ya de algún modo por esta vía. Las sociedades se sentían inclinadas cada vez más a tratar a las sanciones pecuniarias como un coste más dentro del negocio mismo, como ya destacaba la doctrina americana<sup>192</sup> hace más de treinta años prediciendo en cierto modo el “mercantilismo” en el que se convertiría la responsabilidad penal de la empresa en el sistema norteamericano, dando finalmente lugar al fenómeno de

---

<sup>190</sup> GARRETT, B. L.: “The Corporate Criminal as Scapegoat”, *Virginia Public Law and Legal Theory*, vol. 7, 2015.

<sup>191</sup> Por ejemplo, UHLMANN, D. M.: “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, *Maryland Law Review*, vol. 72, nº 4, 2013, p. 1995 y ss., p. 1301, criticando su incidencia en casos en los que la gravedad de los hechos haría precisa la efectiva responsabilidad de las personas físicas y jurídicas; asimismo, MITCHELL, L.: “Deferred Corporate Prosecution as Corrupt Regime: The Case for Prison”, *Case Legal Studies Research Paper*, nº 2015-06, 2015. Aportando datos empíricos que lo evidencian, GARRETT, B. L.: “The Corporate Criminal as Scapegoat”, op. cit.

<sup>192</sup> En este sentido, CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, op. cit., pp. 280-281.

“mercantilización de la responsabilidad de las personas jurídicas en EEUU”. Este fenómeno tenía como consecuencia en la práctica, el gravísimo hecho de que para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya no se hacía el esfuerzo argumental ni dogmático ni procesal que se hacía para determinar la responsabilidad de las personas físicas.

Según los datos que aportó Richard GRUNER en su monumental obra “Corporate Criminal Liability and Prevention”<sup>193</sup>, en un estudio de los casos seguidos federalmente en los Estados Unidos entre 1984 y 1987, se mostraba que en un 48,8 % de los casos sólo se persiguió penalmente a la persona jurídica, es decir, no hubo coimputados personas naturales; en un 23,8 % hubo además una persona natural coimputada, mientras que sólo en un 27,4 % hubo más de una persona natural coimputada. El impacto de estas cifras se potencia si se tiene en cuenta que el 90% de las personas jurídicas sancionadas correspondían a empresas con menos de 50 trabajadores.

---

<sup>193</sup> GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit.

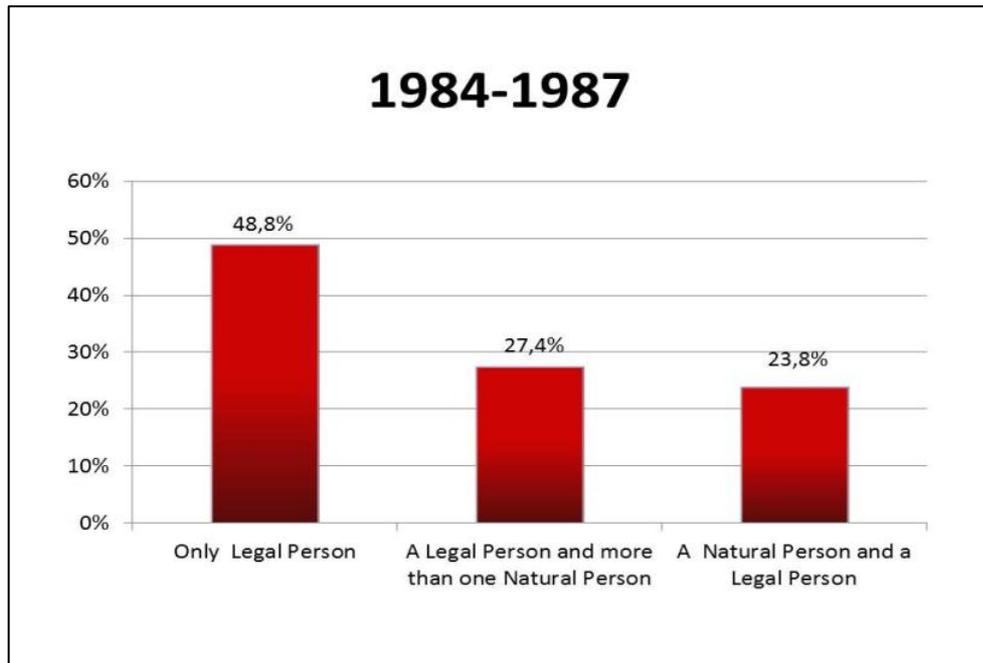


Gráfico 1 GRUNER, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, 2004

Más recientemente, el Profesor de la Universidad de Virginia, Brandon L. GARRETT, en su trabajo “The Corporate Criminal as Scapegoat”<sup>194</sup>, ha analizado los datos referentes al periodo de 2001 a 2014. Como se muestra en la tabla siguiente, la proporción de acuerdos en el ámbito empresarial con los procesamientos individuales en este mismo ámbito, se mantiene bastante constante a lo largo de los años. Sin embargo, se produce una caída en los años 2013 y 2014, Esta caída, según los expertos, no puede persistir por más años<sup>195</sup>. No

<sup>194</sup> GARRETT, B. L.: “The Corporate Criminal as Scapegoat”, op. cit.

<sup>195</sup> *Ibid.*

obstante, lo que sí sugerían estos datos es que no era probable que viéramos ningún cambio brusco en la tendencia, a menos que los fiscales cambiaran sus prioridades y enfoques hacia estos casos.<sup>196</sup>

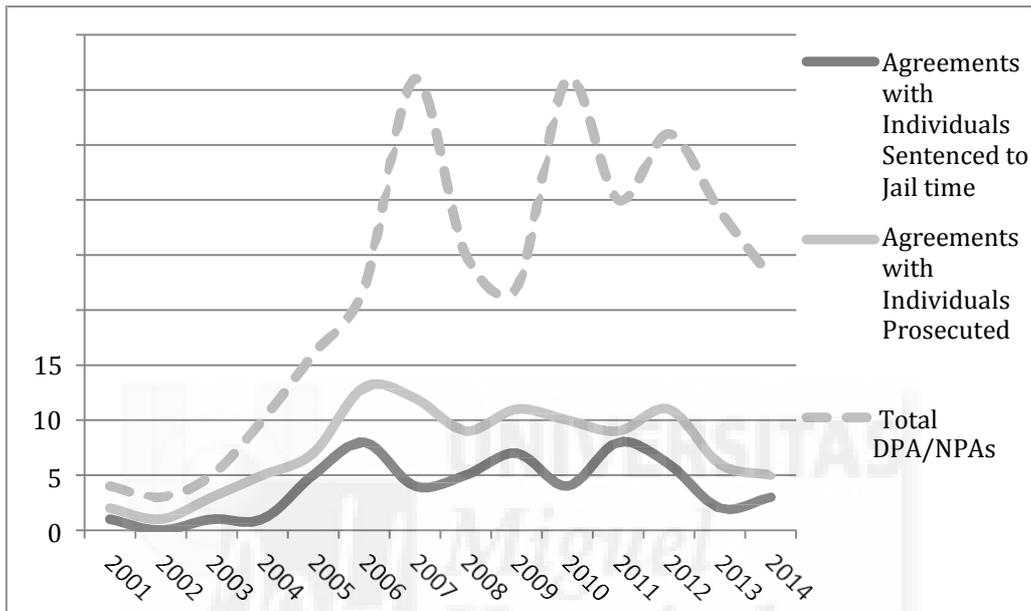


Gráfico 2. GARRETT, DPA/NPAs Accompanied by Individual Prosecutions, 2001–2014

Si partimos del hecho de que las declaraciones de culpabilidad son el resultado más común en los casos penales en general en Estados Unidos, no es de extrañar que lo que se obtuvo por GARRETT al examinar 414 casos de procesamientos individuales en el ámbito empresarial, fue que la mayoría de los procesados hubieran sido declarados culpables. De los 414 individuos, 266 se declararon culpables y 42 fueron condenados en un

<sup>196</sup> *Ibid.*

juicio. Esto es, sin embargo, poco más de 10% (42 de 414 casos). Si se compara esto con la tasa de declaración de culpabilidad en procesos federales en general, que ahora es aproximadamente un 97%, y se ha mantenido por encima del 95% desde hace varios años<sup>197</sup>, se ve una diferencia radical entre los delitos de cuello blanco y el resto de los delitos. ¿Qué hay entonces de las personas que no fueron condenadas en juicio? Varios tienen juicios pendientes. Algunos permanecieron fugitivos en general, y en algunos Estados Federados se han recurrido a medidas extraordinarias para tratar de localizar y extraditar a las personas extranjeras en los casos de cuello blanco<sup>198</sup>. Otra explicación para el bajo número de condenados en juicio puede ser la naturaleza de los delitos concretos del delito: por fraude son casi un 7%, por delitos de defensa de la competencia son un 6%, y por soborno son casi un 8%<sup>199</sup>. Además, cinco individuos obtuvieron acuerdos de enjuiciamiento diferido, al igual que las empresas para las que trabajaban, lo que les

---

<sup>197</sup> U.S. Sentencing Comm'n, *supra* note 53, at fig.C, <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2013/FigureC.pdf>.

<sup>198</sup> Véase, LARDO, A.: "2003 Extradition Treaty between the United States and United Kingdom: Towards a Solution to Transnational White Collar Crime Prosecution, The", *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 20, 2006, pp. 867-871; SNOW, T. G.: "The investigation and prosecution of white collar crime: international challenges and the legal tools available to address them", *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 21, 209, 2002, pp. 211-218, 235-243.

<sup>199</sup> <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2013/Table11.pdf>.

permite evitar tanto una acusación como una condena al término del plazo del acuerdo. La tabla siguiente muestra estos datos.

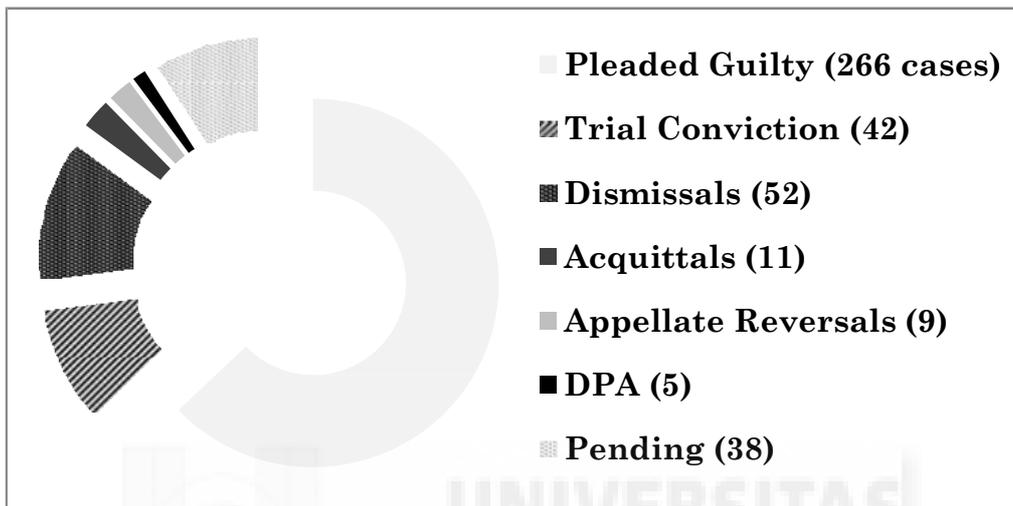


Gráfico 3. GARRETT, *Dispositions in Individual Prosecutions Accompanying Organizational DPA/NPAs, 2001-2014*

Todos estos estudios, sobre todo, los de los últimos años, apuntaban en la misma dirección: la imposición de la responsabilidad personal de los agentes internos de la empresa podría servir a otros fines preventivos, reforzando las nociones de responsabilidad personal en el contexto de la organización <sup>200</sup> y el

<sup>200</sup> El Profesor STEVENSON, comentando el fracaso de los ejecutivos de General Motors, al descubrir que los mecanismos de 1.959 Cadillacs que estaban fallando a un ritmo alarmante, se preguntaba: Is it naive to assume that if any one of the employees involved in this decision had felt individually responsible the consequences would likely have been different? In the mechanics of corporate decision making, however, individual responsibility somehow falls through the cracks; and human values seem inevitably to be subordinated to economic ones. STEVENSON JR, R. B.: "Corporations and Social Responsibility in Search of the Corporate Soul", op. cit., p. 717.

fortalecimiento de los incentivos de los trabajadores para resistir las presiones corporativas a favor de la infracción de la ley<sup>201</sup>. La aplicación de la sanción penal a los ejecutivos de las empresas también era en cierto modo necesaria para mitigar la percepción pública de que los delincuentes de cuello blanco se tratan de manera diferente a los perpetradores de crímenes callejeros<sup>202</sup>. Asimismo, sancionar a los agentes corporativos individuales también se podía ver de algún modo como un castigo indirecto a la propia entidad corporativa, ya que el fallo condenatorio y la encarcelación de directivos con experiencia pueden dañar la rentabilidad de las empresas y empañar la imagen pública de las mismas. Por último, se argumentaba que en muchas ocasiones la responsabilidad penal de la empresa favorecía que no se levantara el velo de la persona jurídica para determinar los verdaderos responsables. Tendencia, por cierto, totalmente contraria a lo que se hacía en el Derecho privado. Este problema que se apuntaba como una amenaza entonces, se puso de manifiesto de forma evidente con la debacle financiera.

---

<sup>201</sup> CRANE, M.: "Commentary: The Due Process Considerations in the Imposition of Corporate Liability", *op. cit.*, p. 1245.

<sup>202</sup> GEIS, G.: "Criminal penalties for corporate criminals", *op. cit.*, p. 384 (public will not regard corporate crime in same light as traditional crime until corporate officers punished in same manner as other criminals).

Así ocurrió en el caso de fraude contable de la empresa energética Enron en 2001. En este caso, la sociedad ya no demandaba exclusivamente la responsabilidad de la organización que finalmente se había declarado en quiebra y que ya no podía hacer frente al pago, sino que se exigía que se identificaran los responsables (personas físicas) que realmente habían realizado la conducta delictiva. Por ello, finalmente este caso, que fue cerrado en 2013, acabó con más de 30 personas físicas imputadas. Al caso Enron, le siguió un año más tarde el escándalo de las empresas de telecomunicaciones Global Crossing y WorldCom, todas ellas auditadas por Arthur Andersen.

En parte, debido a estos escándalos, y en parte también el rápido aumento de las quiebras bancarias en esos años, la sociedad comenzó a exigir la responsabilidad de los ejecutivos de los bancos y de los miembros de mesa, tales como demandas de los depositantes no asegurados que alegaban negligente gestión y supervisión. Asimismo, en la mayoría de los casos, los demandantes trataban de mantener la responsabilidad de los directores y administradores cuando la empresa era insolvente o estaba en quiebra y cuando el individuo potencialmente acusado era rico o estaba cubierto por un seguro de responsabilidad civil, pues debido a la crisis financiera, los escenarios en los que las empresas eran insolventes o estaban en bancarrota fueron en aumento.

Lo más sorprendente de todo ello es que cuando los agentes y empleados individuales fueron procesados y condenados, las condenas de las sentencias resultantes tendían a ser más bajas que la media, incluso teniendo en cuenta las difíciles comparaciones con los datos disponibles en la Comisión de Sentencias relativas a las categorías de delitos similares. La sentencia promedio entre estos individuos estudiados era de una pena de dieciocho meses, lo cual es algo inferior a los promedios para muchos de los delitos federales. En este sentido, para todas las sentencias federales de fraude, y estos incluyen los fraudes financieros más sofisticados (casi 8.000 convictos de fraude en el año fiscal 2013), la condena media era de veintiséis meses, por casos de defensa de la competencia era de diez meses; por soborno era de veintidós meses; y por delitos contra el ambiente era cuatro meses. A continuación se muestra una imagen gráfica de dispersión de la variación de estas condenas llevada a cabo por GARRETT. Las condenas más altas fueron la del CEO Bernard Ebbers de veinticinco años en el caso Worldcom (en 2005), tres sentencias de veinte años por fraude en el caso International Corp. (todos en 2014), una condena de veinte años en el caso ArthroCare Corp. (2014), y una pena de diecisiete años para Timothy Rigas en el caso Adelphia Communications (2004).

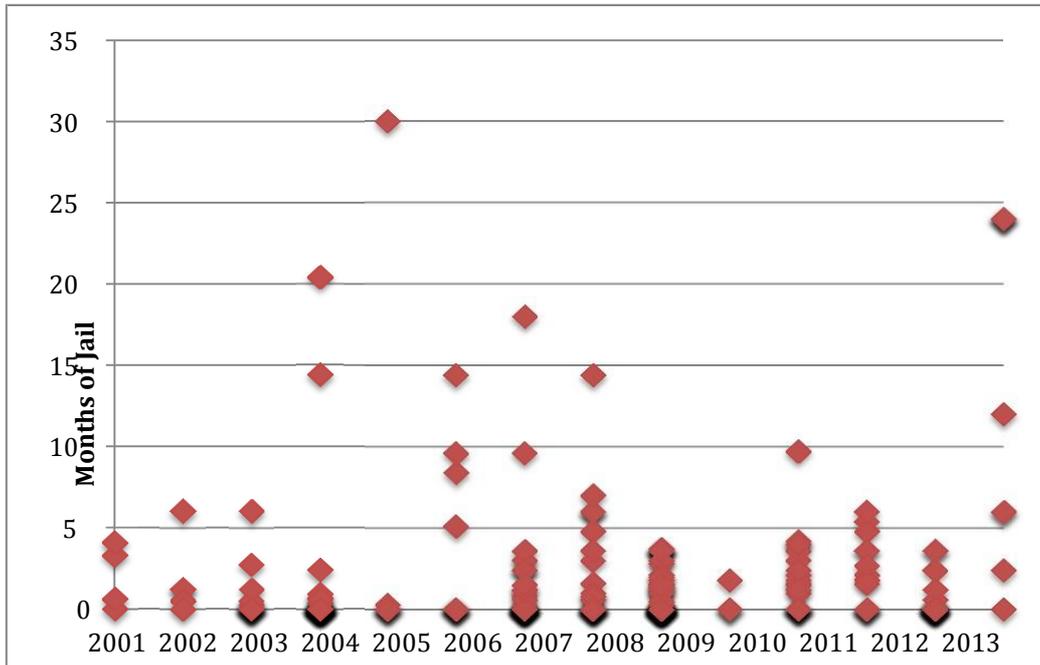


Gráfico 4. Scatterplot, Individual Jail Time in 2001-2014<sup>203</sup>

Es a partir de todo ello, cuando comienzan a aplicarse en la práctica jurisprudencial las teorías que venía desarrollando desde hacía años la doctrina estadounidense para asegurar la imputación de los agentes internos de la empresa (entre ellas, la Teoría de Agencias), sirviendo algunas de ellas como herramientas útiles en los tribunales para solventar los problemas de atribución de responsabilidad individual en la estructura empresarial.

A pesar de sus innumerables ventajas, la determinación de la responsabilidad penal individual en el contexto corporativo era y sigue siendo a menudo muy difícil. Es por ello, que todo esfuerzo en la búsqueda de

<sup>203</sup> GARRETT, B. L.: "The Corporate Criminal as Scapegoat", op. cit.

criterios que puedan resolver de un modo adecuado y satisfactorio los problemas que se vienen presentando en la práctica en el ámbito de la imputación de hechos delictivos relacionados con estructuras empresariales altamente complejas no es sólo un empeño teórico, sino que tiene un amplio interés práctico, pues se ha manifestado de forma evidente en el día a día los tribunales, la insuficiencia en muchas ocasiones de la dogmática tradicional para enfrentarse a la problemática de las actividades empresariales organizadas de forma compleja<sup>204</sup>.

En este contexto se ha dado recientemente un paso hacia delante por parte de la Fiscalía General de los Estados Unidos, con el Yates Memo. Se trata de una Circular que la Vice-Fiscal General de los Estados Unidos, Sally Quillian Yates, dirigió el pasado 9 de septiembre de 2015 a diversas autoridades de la Fiscalía y de la Policía, así como a todos los fiscales del país. Subraya que el Departamento de Justicia va a incrementar sus esfuerzos focalizándolos a la identificación de las personas físicas responsables, a

---

<sup>204</sup> Como recuerda FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, op. cit., explicando que “Un hecho que puede tener relevancia típica como una mano de un trabajador destrozada por una máquina, unas urticarias padecidas por una serie de consumidores de un mismo producto o un bosque destruido por la lluvia ácida acaba siendo consecuencia de una pluralidad de acciones realizadas por varios sujetos sin que cada una de ellas considerada de forma aislada pueda fundamentar la responsabilidad por el hecho”.

todos los niveles, de los delitos corporativos. Asimismo, se establece que las investigaciones de la Fiscalía se dirigirán desde el mismo momento de su incoación contra individuos: “Because a corporation only acts through individuals, investigating the conduct of individuals is the most efficient and effective way to determine the facts and extent of any corporate misconduct”<sup>205</sup>. Sobre este documento, volveremos posteriormente con más profundidad<sup>206</sup>. Es el momento ahora de centrarnos en el análisis del problema de la individualización de la responsabilidad penal en la empresa, para, poder posteriormente estudiar las reglas necesarias para analizar la conducta de los agentes empresariales como herramienta más eficiente y efectiva para determinar los hechos y el alcance de las conductas ilícitas que se llevan a cabo en la empresa.

---

<sup>205</sup> Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>206</sup> Véase, *infra* apartado 5, Capítulo II.

## 5. Un paso hacia delante a nivel estratégico: El Yates Memorandum

El actual replanteamiento de la justicia penal en el ámbito empresarial en Estados Unidos hacia la necesidad de centrar los esfuerzos a nivel judicial en la noción de responsabilidad individual en la empresa <sup>207</sup>, queda reflejado en la Circular enviada el 9 de septiembre de 2015 por parte de la Fiscalía General de los Estados Unidos, conocida como Yates Memo<sup>208</sup>. Esta Circular es fruto, en parte, de la demanda social de identificación de las personas físicas responsables tras los escándalos internacionales que generaron la última debacle financiera<sup>209</sup>. De hecho, en el propio Yates Memo, en sus primeras líneas se pone en relieve, el arduo trabajo que han tenido los muchos abogados, agentes y personal de apoyo que han colaborado, sin descanso, en investigaciones corporativas, particularmente después de

---

<sup>207</sup> GARRETT, B. L.: "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", *Virginia Law Review Online*, nº 19, 2016, p. 61.

<sup>208</sup> En el estilo típico del *white collar bar*, por Sally Yates, el Fiscal General Adjunto, quien lo redactó. *Ibid.*, p. 60.

<sup>209</sup> SAAD-DINIZ, E.; RODRÍGUEZ, V.: "Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial", *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 3, nº 4, 2016. Destacan estos autores, en este mismo sentido, que esta circular ha sido fruto del "despecho de la experiencia internacional reciente"

la crisis financiera<sup>210</sup>. Efectivamente, este es un tema que está actualmente en la agenda política estadounidense, pues la propia ex - secretaria de Estado, Hillary CLINTON tiene propuesto como parte de su campaña presidencial, un plan para la vigilancia y la prevención de la delincuencia empresarial<sup>211</sup>.

El Yates Memo ha sido recibido por nuestra doctrina<sup>212</sup>, incluso con cierta simpatía, por autores como SILVA SÁNCHEZ<sup>213</sup>, que destacan que con él se vuelve “de algún modo, al principio: a dar prioridad a la responsabilidad individual”. Pero ha sido sobre todo en Estados Unidos donde ha hecho correr ríos de tinta, en parte como continuación a un debate que ya había sido iniciado hace varias décadas. En este sentido, el Vice-Fiscal General de los Estados Unidos, Sally Quillian Yates, que dirigió esta Circular a los fiscales y a la

---

<sup>210</sup> Se indica en el primer párrafo del Yates Memorandum: “These are principles that the Department lives and breathes-as evidenced by the many attorneys, agents, and support staff who have worked tirelessly on corporate investigations, particularly in the aftermath of the financial crisis.”. U.S. Department of Justice, Memorandum from Deputy Attorney Gen. Sally Quillian Yates to Assistant Attorney Gen. and U.S. Attorneys (Sept. 9, 2015); en adelante, Yates Memorandum.

<sup>211</sup> CLINTON, H.: Wall Street Should Work for Main Street [hereinafter Clinton Plan], <https://www.hillaryclinton.com/briefing/factsheets/2015/10/08/wall-street-work-for-main-street/> , archived at <https://perma.cc/9CUX-Y2QU>. Última visita, el 21 de octubre de 2016.

<sup>212</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Yates Memorandum”, *InDret*, nº 4, 2015.

<sup>213</sup> *Ibid.*

policía, se posiciona claramente afirmando ya al inicio del Yates Memo que una de las maneras más eficaces para luchar contra la mala conducta corporativa es mediante la búsqueda de responsabilidad por parte de los individuos que perpetraron el delito. Es más, explica que dicha rendición de cuentas es importante por varias razones: disuade de las futuras actividades ilegales, se incentiva a los cambios en el comportamiento de las empresas, se confirma el hecho mismo de que los individuos son responsables de sus acciones, y se promueve la confianza de la sociedad en nuestro Sistema de Justicia<sup>214</sup>.

Puntualiza el Yates Memo que hay, sin embargo, muchos desafíos sustanciales para la búsqueda de personas responsables de los delitos corporativos, haciendo referencia a algunos de los problemas a los que ya hemos hecho mención al inicio de este trabajo <sup>215</sup>. Destaca especialmente los siguientes problemas para la individualización de la responsabilidad empresarial: en las grandes empresas, donde la responsabilidad puede ser difusa y las decisiones se llevan a cabo en varios

---

<sup>214</sup> “One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing. Such accountability is important for several reasons: it deters future illegal activity, it incentivizes changes in corporate behavior, it ensures that the proper parties are held responsible for their actions, and it promotes the public's confidence in our justice system.” Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>215</sup> Véase *supra*, capítulo I.

niveles, puede ser difícil determinar si alguien poseía el conocimiento e intención criminal necesaria para establecer su culpabilidad más allá de toda duda razonable. Explica que esto es especialmente cierto cuando se determina la culpabilidad altos directivos, pues ésta incluso puede ser aislada de la actividad del día a día en el que se produce la mala conducta<sup>216</sup>. Como resultado, los investigadores a menudo tienen que reconstruir lo que sucedió en base a una revisión minuciosa de los documentos de la empresa, que pueden contarse por millones, y cuya obtención puede ser difícil debido a restricciones legales.

Pone de manifiesto el Yates Memo la ardua labor que hizo el Departamento de Justicia en este sentido, explicando que para hacer frente a estos retos, el Departamento convocó un grupo de trabajo, contando con abogados de alto nivel con amplia experiencia en esta área. El grupo de trabajo examinó cómo el Departamento aborda las investigaciones en los delitos empresariales, y los ámbitos concretos en los que puede modificar sus políticas y prácticas con el fin de perseguir con mayor eficacia a los responsables de los delitos empresariales. De esta forma, justifica el Vice-Fiscal General de los Estados Unidos que el Memorandum no es

---

<sup>216</sup> “This is particularly true when determining the culpability of high-level executives, who may be insulated from the day-to-day activity in which the misconduct occurs”. Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

sólo fruto de su propia reflexión, sino producto de las discusiones del mencionado grupo de trabajo<sup>217</sup>.

Tras esta breve reflexión, enumera y explica brevemente determinadas medidas que deberán ser tomadas en cuenta por los fiscales y la policía en cualquier investigación sobre malas conductas corporativas. Algunas de estas medidas son nuevas, mientras que otras reflejan las mejores prácticas que ya son llevadas a cabo por muchos fiscales federales. No obstante, Yates pone en relieve que también el Memorandum está diseñado para asegurar que todos los abogados a través del Departamento son sólidos en los mejores esfuerzos para hacer responsables a los individuos responsables de las conducta ilegales llevadas a cabo en las empresas<sup>218</sup>.

Aunque no nos vamos a detener de una manera exhaustiva en el análisis de cada una de las medidas que incluye el Yates Memo sí que es interesante en este punto, cuanto menos, enumerarlas para reflejar el esfuerzo por parte del Departamento de Justicia en el fortalecimiento para la investigación de las malas prácticas corporativas. La primera de las medidas es la que establece que, para recibir cualquier compensación

---

<sup>217</sup> Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>218</sup> Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

por cooperación con arreglo a los Principios de la Fiscalía Federal de Organizaciones Empresariales<sup>219</sup>, la empresa debe revelar completamente al Departamento todos los hechos relevantes acerca de la mala conducta individual. Las empresas no pueden escoger y elegir qué hechos quieren revelar. Es decir, la empresa debe identificar todas las personas involucradas o responsables de la mala conducta en cuestión, independientemente de su posición, el estado o la antigüedad, y proporcionar al Departamento todos los hechos relacionados con una mala conducta. Especifica el Yates Memo que esta medida es también aplicable en el ámbito civil. Así, por ejemplo, imaginemos una empresa que tiene un procedimiento abierto por responsabilidad por daños: si ésta quiere recibir cualquier compensación en la negociación, debe proporcionar al Departamento de Justicia todos los hechos relevantes de los que tenga sobre los ilícitos llevados a cabo por los distintos sujetos<sup>220</sup>.

Esta primera medida no implica, desde luego, que el Departamento de Justicia deba esperar a la empresa

---

<sup>219</sup> Los "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations," se encuentran en el U.S. Attorneys Manual, donde se establecen los criterios que los fiscales federales han de tener en cuenta al tomar decisiones para imputar a una empresa. U.S. DEP'T OF JUSTICE, U.S. ATTORNEYS' MANUAL § 9.28.000, <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal/prosecution-business-organizations/> .

<sup>220</sup> Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

para tener la información sobre los infractores individuales y luego, simplemente, aceptar lo que ofrecen las empresas. Desde el Departamento de Justicia, explica la Circular, se debe ser proactivo e investigar a los individuos en cada paso del proceso<sup>221</sup>, revisando escuetamente la información proporcionada por las empresas y comparando esta información con los resultados de su propia investigación, con el fin de garantizar mejor que la información proporcionada es completa y los documentos no tratan de minimizar el comportamiento o la función de cualquier individuo o grupo de individuos. Así, el Departamento de Justicia debe tratar de obtener de la sociedad la mayor cantidad de información posible acerca de las personas responsables antes de resolver el caso.

No obstante, puede haber casos en los que será necesario que continúe la cooperación de la empresa con respecto a los individuos después de la resolución judicial. En estas circunstancias, el acuerdo entre las partes al que se haya llegado, debe incluir una disposición que requiera a la empresa para proporcionar información sobre todos los individuos culpables y que sea lo suficientemente explícita para que, en el caso de que no se cumpla, haya consecuencias específicas, tales como multas.

---

<sup>221</sup> Especifica el Yates Memorandum que “antes, durante y después”. Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

La segunda medida que incluye el Yates Memo es la que establece, que las investigaciones, tanto las que den lugar a responsabilidad penal como civil, deben centrarse en los individuos desde el inicio de la investigación. Esto permitirá, como especifica la propia circular, lograr a su vez múltiples objetivos, entre los que destaca, en primer lugar, maximizar la capacidad del Departamento de Justicia para descubrir a la extensión completa de la mala conducta corporativa. Indica expresamente el Yates Memo que, debido a que una empresa sólo actúa a través de los individuos, la investigación de la conducta de los individuos es la forma más eficiente y efectiva para determinar los hechos y el alcance de cualquier mala conducta corporativa. En segundo lugar se destaca que, al enfocar la investigación sobre los individuos, se puede aumentar la probabilidad de que las personas que tengan conocimiento sobre un ilícito cometido en la empresa, cooperen con la investigación y proporcionen información contra los individuos de mayor nivel en la jerarquía corporativa. En tercer lugar se destaca que, al centrarse en los individuos desde el inicio de una investigación, se pueden maximizar las posibilidades de que la resolución final de la investigación del ilícito cometido en la empresa incluirá entre los penalmente o civilmente responsables, no sólo a la empresa, sino también a los individuos.

En tercer lugar, el Yates Memorandum, establece que los abogados civiles y penales deben estar en continua comunicación entre sí. Explica la Circular que ello permite tener en consideración toda la gama de posibles recursos del gobierno y promueve una resolución más completa y adecuada para cada caso. Es por ello que el Departamento de Justicia ha reconocido desde hace tiempo la importancia del desarrollo paralelo de los procedimientos civiles y penales.

La Circular estipula en cuarto lugar, que en ausencia de circunstancias extraordinarias o política departamental aprobada, el Departamento de Justicia, no dará a conocer a las personas responsables civil o penalmente en la resolución en la que se haya enjuiciado a una corporación. Así, puede haber casos en los que el Departamento alcanza una resolución sobre la responsabilidad impuesta a una empresa antes de resolver los asuntos en relación con las personas físicas responsables. En estas circunstancias, los abogados del Departamento deben tener cuidado para preservar la capacidad de perseguir a estos individuos. En este caso, no podrán haber acuerdos en una resolución en la que se enjuicie a una corporación que incluya un pacto para retirar los cargos contra, o proporcionar inmunidad para, agentes individuales de la empresa. Especifica la Circular, que el mismo principio se aplica en asuntos corporativos civiles.

La quinta medida incluida en el Yates Memo, establece que los casos de criminalidad empresarial no deben resolverse sin un plan claro para resolver los casos de personas físicas imputadas relacionados con éstos. Se especifica en la Circular, entre otras cuestiones, que las dilaciones en la instrucción de las empresas no deberían afectar a la capacidad del Departamento de Justicia de perseguir a individuos potencialmente culpables.

Por último, como última medida de las expuestas en la Circular, se establece que los abogados civiles deben centrarse constantemente en los individuos, además de hacerlo en la empresa y evaluar la posibilidad de presentar una demanda contra un individuo basándose en consideraciones más allá de la capacidad del individuo para pagar. Especifica el Yates Memo que los esfuerzos del Departamento de Justicia deben estar centrados no sólo en cuestiones económicas, sino también para determinar quiénes son los verdaderos responsables impedir crímenes futuros. Explica expresamente que este doble objetivo -de recuperar tanto dinero como sea posible, por una parte, y de la rendición de cuentas para la disuasión de las conductas individuales ilícitas, por otro - es importante a partes iguales. Sin embargo, en ciertas circunstancias, estos objetivos duales pueden estar en tensión aparente entre sí, por ejemplo, cuando se trata de la cuestión de si se deben iniciar acciones civiles

contra los individuos de la empresa que pueden no tener los recursos financieros necesarios para pagar un juicio significativo, pero el ejercicio de las acciones civiles contra las personas responsables no deberá regirse únicamente por la capacidad de los individuos para pagar. En otras palabras, el hecho de que un individuo pueda no tener los recursos suficientes para cumplir una sentencia significativa, no debe controlar la decisión de presentar una demanda. Así, aunque a corto plazo ciertos casos en contra de los individuos pueden no ser satisfactorios, pueden dar lugar a una disuasión significativa a largo plazo<sup>222</sup>.

La reflexión actual de la doctrina estadounidense<sup>223</sup> ante este cambio de política en el Departamento de

---

<sup>222</sup> Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>223</sup> Al respecto, consúltense, entre otras, las recientes obras de LAWLER III, W. E.; KEENEY, J.: "DOJ's Yates Memorandum: Focus Enforcement Efforts on Individuals", *Def. Counsel J.*, vol. 83, 2016, p. 200; GARRETT, B. L.: "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", op. cit.; KAPLAN, M. E.; PALEY, A. H.; TUTTLE, J. R.: "SEC Enforcement Actions Getting Up Close and Personal", *Journal of Investment Compliance*, vol. 17, 2016; KELLY, M.; MANDELBAUM, R.: "Are the Yates Memorandum and the Federal Judiciary's Concerns about Over-Criminalization Destined to Collide", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 53, 2016, p. 899; YOCKEY, J.: "Beyond Yates: From Engagement To Accountability In Corporate Crime", *NYUJL & Bus.*, vol. 12, 2016, pp. 407-459; RUSSELL, I.; STRAUB, I.; HAYES, T.: "New Enforcement Policy Targets Individuals", *Resources & Environment*, vol. 30, n° 4, 2016, p. 53; ANDERSON, J.: "When Does Corporate Criminal Liability for Insider Trading Make Sense?", *Stetson Law Review*, *Forthcoming*, 2016; VARELLAS, J.: "Transparency, Accountability and Stability in Financial Markets: The Evolving Post-Crisis Anti-Fraud Regime and the Declining? Structural Power of Major Financial", *28th Annual Meeting*, 2016; BISHOP, I. Y OTROS: "Global Anti-Corruption Insights Update on Recent Enforcement, Litigation, and Compliance Developments", *Arnold & Poter*, 2016; STEINZOR, R.: "Is Increased Criminal Liability for Regulatory Offenses Justified?",

Justicia está en la eficacia que pueda llegar a tener realmente en la práctica el Yates Memorandum<sup>224</sup>. En este sentido, algunos autores <sup>225</sup> han criticado la Circular, llegando a calificarla como una “pérdida de oportunidad”. YOCKEY llega a afirmar sobre ella que sus directrices ascienden a temas de conversación políticos y que es poco probable que se produzca un cambio significativo en la práctica<sup>226</sup>

---

*Environmental Forum*, vol. 33, nº 3, 2016, pp. 32-41; THOMPSON, L.: “«Oversight of the False Claims Act» testimony by Professor Larry D. Thompson before the US House of Representatives Judiciary Subcommittee on the Constitution”, *Presentations and Speeches*, Paper 43, 2016; MARRERO, J. M.: “Off Label Promotion of Pharmaceutical Drugs Under the Caronia and Amarin Cases”, *Journal of Health Care Finance*, vol. 43, nº 1, 2016; GURULE, J.: “Jimmy Gurule Delivered the Opening Address at the Asian Banker Conference in Singapore”, en *The Asian Banker Financial Crime 360. Preventing Financial Crime and Preempting Crises with Superior Compliance Capabilities*, 2015; LAUFER, W. S.: “Compliance and Evidence: Glimpses of Optimism from a Perennial Pessimist”, en *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016, pp. 423-442; MOISEIENKO, A.: “Book review: crime by Robert Reiner”, *LSE Review of Books*, 2016; DANN, M.: “Die Bestechung ausländischer Amtsträger im Bannkreis des FCPA”, en KUBICIEL, M.; HOVEN, E.: *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016, pp. 227-262; HUGGER, H.; PASEWALDT, D.: *Strafverfolgung und interne Untersuchungen bei Korruptionsverdacht-Entwicklungen und Tendenzen in den USA, Großbritannien und Deutschland*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016, pp. 135-160; WANG, K.: “Valuable Nepotism?: The FCPA and Hiring Risks in China”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 49, nº 3, 2016, p. 459; KAHAN, M.; ARLEN, J.: “Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution”, *NYU School of Law, Public Law Research*, nº 16-04, 2016, pp. 16-26; BENYAMIN, B.: “Foreign Corrupt Practices Act.”, *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 53, 2016, p. 1333; KRAUSE, J.: “Reflections on Certification, Interpretation, and the Quest for Fraud That Counts’ under the False Claims Act”, *University of Illinois Law Review*, *Forthcoming*, 2016.

<sup>224</sup> JOH, E.; JOO, T.: “Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime, The”, *Va. L. Rev. Online*, vol. 51, 2015.

<sup>225</sup> YOCKEY, J.: “Beyond Yates: From Engagement To Accountability In Corporate Crime”, *op. cit.*, pp. 407-459.

<sup>226</sup> *Ibid.*

Sobre esta cuestión también se han pronunciado otros autores, que, como JOH y JOO, pronostican que cuanto menos el Yates Memo servirá para instar a una mayor consideración sobre la complejidad de los procesamientos por los delitos cometidos en el ámbito de la empresa<sup>227</sup>. Sin embargo, estos autores temen ahora, al igual que expresa GARRETT<sup>228</sup>, que un enfoque exclusivo en los agentes individuales pueda permitir una indulgencia excesiva hacia las corporaciones como ente. En todo caso, como destaca GARRETT, afortunadamente, este cambio de política no tiene por qué ser un "todo o nada", aunque sí que se augura por parte de la doctrina que el impacto que pueda llegar a tener será limitado<sup>229</sup>. No obstante, autores como YOCKEY, afirman que aunque el Yates Memo está bien como punto de partida, el objetivo debe ser pasar de la retórica a la mejora sistémica<sup>230</sup>.

En este sentido, mucho antes de que se pronunciara el Vice-Fiscal General de los Estados Unidos sobre este

---

<sup>227</sup> JOH, E.; JOO, T.: "Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime, The", op. cit.

<sup>228</sup> GARRETT, B. L.: "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", op. cit., p. 61.

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> YOCKEY, J.: "Beyond Yates: From Engagement To Accountability In Corporate Crime", op. cit., pp. 407-459.

menester, ya habían sido varios los sectores doctrinales que se habían manifestado para aunar esfuerzos en desarrollar herramientas que sirvieran para un reforzamiento en la praxis judicial de los criterios para individualizar la responsabilidad penal de los agentes internos de la empresa. A un breve repaso sobre algunas de estas teorías, dedicaremos las páginas que siguen.

## **6. El desarrollo de teorías para la individualización de la responsabilidad de los agentes internos de la empresa**

Ya hemos reflejado anteriormente <sup>231</sup> cómo los criterios sobre los que se justificaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no contentaron ni a la totalidad de la doctrina penal estadounidense<sup>232</sup>, ni a un sector minoritario de la judicatura, que con el paso de las décadas seguían concentrando sus esfuerzos en ir estableciendo los criterios para individualizar la responsabilidad en el seno de la estructura empresarial. Antes de hacer un somero repaso de algunas de las más

---

<sup>231</sup> Véase, *supra*, apartado 4.1.

<sup>232</sup> Calificando esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, como un gigantesco paso atrás. HASNAS, J.: "The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability", *American Criminal Law Review*, vol. 46, 2009, p. 1329 y ss.; ALSCHULER, A.: "Two Ways to Think About The Punishment of Corporations", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 46, 2009, p. 1359 y ss., p. 1363: "The year 2009 marks the centennial of a giant step backwards"; también, BAER, M.: "Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law", *Journal of Law and Policy*, vol. 19, 2010, p. 1 y ss.

importantes, es importante destacar en este punto que, en el sistema de *common law*, los distintos agentes internos de la empresa, es decir, los diferentes individuos que conforman la estructura empresarial, no son por el mero hecho de la posición que ocupen<sup>233</sup>, personalmente responsables por los delitos que se lleven a cabo en la empresa o incluso, por los llevados a cabo por otro agente de la empresa que esté bajo su supervisión sin más. Más bien se requiere algún tipo de conexión adicional<sup>234</sup>. En la práctica jurisprudencial, son diversos los enfoques que los mismos tribunales han ido desarrollando para probar si un determinado individuo que trabaje en la empresa, tiene una conexión suficiente con un resultado delictivo en concreto, para hacerlo personalmente responsable<sup>235</sup>.

En su mayor parte, las diferentes teorías o enfoques se superponen en cierto grado y los tribunales pueden aplicar combinaciones o variaciones de las teorías. Sin

---

<sup>233</sup> Véase, sobre ello, por ejemplo, el caso *Bernstein*, 758 N.Y.S.2d at 659. Para más profundidad sobre esta cuestión, KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit.

<sup>234</sup> Véase, en este sentido, el caso *Bowling v. Holdeman*, 413 N.E.2d 1010, 1014 (Ind. Ct. App. 1980), en el que se apunta que no puede haber responsabilidad por el simple hecho de que el administrador ocupara la posición de presidente de la empresa.

<sup>235</sup> Un interesante estudio comparativo de los enfoques de la responsabilidad de los directores en diversas jurisdicciones de *common law* es el realizado por ANDERSON, H.: "Directors' Liability for Corporate Faults and Defaults—An International Comparison", *PAC. RIM L. & POL'Y J.*, vol. 18, 2009.

embargo, las principales teorías que sobre esta cuestión han sido desarrolladas en la praxis jurisprudencial hasta la fecha se pueden dividir a grandes rasgos en cuatro enfoques, y a su vez, como veremos, cada uno de ellos centrado en diferentes individuos que ocupan escalones distintos en el seno de la estructura empresarial.

Es necesario resaltar en este punto de la obra que la división en cuatro enfoques de todas las teorías que se han ido desarrollando en el sistema estadounidense para la individualización de la responsabilidad en la empresa, es una visión simplificada y que nos puede facilitar la labor de destacar cuáles han sido las grandes problemáticas a las que los tribunales han intentado dar respuesta con el desarrollo de las mismas en el ámbito de la individualización de la responsabilidad penal empresarial. Sin embargo, no se nombran todas las existentes, pues a los efectos que nos interesan en el presente trabajo, es suficiente con una breve referencia a las teorías más comunes, no siendo necesario justificar la obvia imposibilidad de profundizar en cada una de ellas en la presente tesis.

Así, el primer enfoque, lo conformarían aquellas teorías en las que el tribunal se centra en analizar la intervención del acusado en un acto ilícito llevado a cabo por la empresa o por otro sujeto dentro de la estructura empresarial, que permitiría la individualización de la

responsabilidad, desde una perspectiva de estructura organizativa *horizontal*, determinando la responsabilidad por el reparto funcional de tareas. Un segundo enfoque, lo conformarían aquellas teorías que servirían para constatar que efectivamente un “deber personal” fue infringido por parte del imputado; mientras que el tercer enfoque consistiría en aquellas teorías que facilitan a los tribunales el esfuerzo procesal y argumentativo de levantar el velo de la empresa. Por último, el cuarto enfoque, que diferencia entre el *bottom-up-model* y el *top-down model*, para atribuir responsabilidad, que analiza individualización de responsabilidad desde una perspectiva organizativa *vertical*, teniendo en cuenta la delegación de competencias y la responsabilidad penal del delegante

A estas teorías a las que ahora nos referiremos, debe añadirse la circunstancia, no despreciable, de que en el contexto en el que han sido desarrolladas -el sistema estadounidense-, los agentes internos de la empresa, y especialmente, los directores y los administradores pueden incurrir en responsabilidad bajo una gran cantidad de disposiciones legales. El desarrollo en la praxis jurisprudencial de estos enfoques teóricos, teniendo en cuenta este último punto, pone de manifiesto (más, si cabe) su imperiosa necesidad y explica su natural desarrollo en el *common law*.

Hemos dicho que el primer enfoque, lo conformarían aquellas teorías en las que el tribunal se centra en analizar la intervención del acusado en un acto ilícito llevado a cabo por la empresa o por otro sujeto dentro de la estructura empresarial. En este primer enfoque podríamos incluir la “Participation Theory”<sup>236</sup>, muy aplicada para el caso de la posible responsabilidad del *officer* de la empresa por su intervención en el acto ilícito de la empresa misma<sup>237</sup>. Esta teoría también tiene importantes aplicaciones para la individualización de la responsabilidad, desde una perspectiva de estructura organizativa *horizontal*. En un caso líder en el tema, *Lobato v. Pay Less Drug Stores*<sup>238</sup>, se exponen las circunstancias en las que los *officers* pueden ser responsables basándose en la participación de estos en el acto ilícito. El tribunal explicó que aunque la regla general es que normalmente sea penalmente responsable un directivo de la empresa si dirige o participa activamente en la comisión de un ilícito; un *officer*,

---

<sup>236</sup> *Bethea v. Bristol Lodge Corp.*, No. Civ. A. 01-612, 2002 WL 31859434, at \*14 (E.D. Pa. Dec. 18, 2002); *Wicks v. Milzoco Builders, Inc.*, 470 A.2d 86, 90 (Pa. 1983).

<sup>237</sup> *Bano v. Union Carbide Corp.*, 273 F.3d 120, 133 (2d Cir. 2001); *Steinke v. Beach Bungee, Inc.*, 105 F.3d 192 (4th Cir. 1997); *Indiaweekly.com, L.L.C v. Nehaflix.com, Inc.*, 596 F. Supp. 2d 497, 507 (D. Conn. 2009); *Lemon v. Harlem Globetrotters Intern., Inc.*, 437 F. Supp. 2d 1089, 1110 (D. Ariz. 2006); *Mill Run Assocs. v. Locke Prop. Co.*, 282 F. Supp.2d 278, 287 (E.D. Pa. 2003) *Gidwitz v. Stirco, Inc.*, 646 F. Supp. 825, 830 (N.D. Ill. 1986); *T.V. Spano Bldg. Corp. v. Dep’t of Natural Res. and Env’t Control*, 628 A.2d 53, 61 (Del. 1993); *BTL COM Ltd., Co. v. Vachon*, 628 S.E.2d 690, 695 (Ga. Ct. App. 2006); *Livonia Bldg. Materials Co. v. Harrison Const. Co.*, 742 N.W.2d 140, 144 (Mich. Ct. App. 2007); *(State ex rel. The Doe Run Res. Corp. v. Neill*, 128 S.W.3d 502, 505 (Mo. 2004); *Walker v. Anderson*, 232 S.W.3d 899, 918 (Tex. App. 2007); *Consulting Overseas Mgmt, Ltd. v. Shtikel*, 18 P.3d 1144, 1147 (Wash. Ct. App. 2001).

<sup>238</sup> 261 F.2d 406, (10th Cir. 1958).

sostuvo el tribunal, también puede ser responsable por un acto u omisión que genere necesariamente un resultado lesivo o se hubiera podido esperar razonable que lo generara. La participación, en el contexto del ámbito empresarial para que se pueda aplicar esta teoría, puede adoptar muchas formas diferentes. Así, por ejemplo, puede ser suficiente para que un agente de la empresa incurra en responsabilidad por participación, que vote a favor de una decisión de la junta que más tarde resulte dañosa<sup>239</sup>.

El segundo enfoque lo conformarían aquellas teorías que sirven para constatar que efectivamente un “deber personal” fue infringido por parte del imputado. En este gran enfoque, que se conoce como “Focus on Duty”<sup>240</sup>, es donde se incluiría la Teoría de Agencias, que ocupará un papel central en este trabajo y sobre la que se volverá posteriormente.

El último y tercer enfoque al que nos hemos

---

<sup>239</sup> Véase en este sentido, entre otros muchos casos, el caso *Cruz v. Ortho Pharm. Corp.*, 619 F.2d 902, 907 (1st Cir. 1980); *Marks v. Polaroid Corp.*, 237 F.2d 428, 435 (1st Cir. 1956); *Childs v. Purill*, 882 A.2d 227, 239 (D.C. Cir. 2005); (*Cotten v. Weatherford Bancshares, Inc.*, 187 S.W.3d 687, 701 (Tex. App. 2006); *Bowling v. Ansted Chrysler-Plymouth-Dodge, Inc.*, 425 S.E.2d 144, 149 (W. Va. 1992); *Accuimage Diagnostics Corp v. Terarecon, Inc.*, 260 F. Supp. 2d 941, 950 (N.D. Cal. 2003).

<sup>240</sup> Sobre ello, más profusamente, PETRIN, M.: “The Curious Case of Directors’ and Officers’ Liability for Supervision and Management: Exploring the Intersection of Corporate and Tort Law”, *American University Law Review*, vol. 59, 2010, p. 1661.

referido es el que incluye aquellas teorías que facilitan a los tribunales el esfuerzo procesal y argumentativo de levantar el velo de la empresa<sup>241</sup>. Este último enfoque, conocido también en nuestra tradición jurídica como la Teoría del Levantamiento del Velo, y que en el sistema estadounidense es conocido como “Veil Piercing”, adquiere esta denominación por la expresión con un alto contenido gráfico: “piercing the corporate veil”<sup>242</sup>.

Más allá de este tercer enfoque, existe un último y cuarto enfoque que diferencia entre el *bottom-up-model* y el *top-down model*, para individualizar la responsabilidad. Estos modelos analizan la responsabilidad desde una perspectiva organizativa *vertical*, teniendo en cuenta la delegación de competencias y la responsabilidad penal del delegante. El modelo de abajo a arriba (*bottom-up model*), siguiendo la pauta generalmente establecida respecto de la delincuencia tradicional (por ejemplo de carácter patrimonial o violento), parte de una responsabilidad preferente (como “autor”) de los que actúan en último lugar, los ejecutores materiales del hecho, y extiende luego, en mayor o menor medida, esa

---

<sup>241</sup> *Gidwitz v. Stirco, Inc.*, 646 F. Supp. 825, 829-30 (N.D. Ill. 1986); *Maggio v. Becca Const. Co.*, 644 N.Y.S.2d 802, 803 (N.Y. App. Div. 1996). *Walkovsky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6, 8-10 (N.Y. 1966); *Lambert v. Kazinetz*, 250 F. Supp. 2d 908, 914 (S.D. Ohio 2003). 52. See *Smith v. Hawks*, 355 S.E.2d 669, 675-76 (Ga. Ct. App. 1987).

<sup>242</sup> *Ibid.*

responsabilidad (a título de “partícipes”) a quienes han prestado una contribución más lejana a su ejecución. El segundo modelo, toma por el contrario como punto de partida la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios, los encargados y los demás empleados o trabajadores de la misma.





## **CAPÍTULO III. Hacia la individualización de la responsabilidad: bases dogmáticas y alcance del estudio**

“La formulación de un problema, es más importante que su solución”.

Albert EINSTEIN

### **1. Recapitulación de los hallazgos**

#### **1.1. La necesidad de mantener la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa**

A la luz de lo visto, la propia inclusión de la empresa como sujeto o como agente responsable ya es en sí mismo un problema. Como ya hemos apuntado anteriormente, aunque en Estados Unidos son responsables las personas físicas y las jurídicas por los actos cometidos en el seno de la empresa, los tribunales tienden en la praxis a condenar a las empresas y a absolver a las personas físicas, cuando son claramente estos últimos son los que cometieron los actos criminales<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Véase, LAFAVE, W. R.: *Criminal law*, op. cit., p. 281, n. 102. En este mismo sentido, también MIR PUIG, S.: “Una tercera vía en materia de responsabilidad

Parece que de esta forma ya tenemos una “cabeza de turco” sobre la que recae la pena, hay un culpable, y de esta forma se olvida y se obvia la importante necesidad de “levantar el velo” de la persona jurídica. Todo ello está llevando en la práctica a que se “escondan” los verdaderos culpables tras una responsabilidad penal de las personas jurídicas que está resultando criminógena.

Así pues, y a pesar de las dificultades reales que se han ido apuntando anteriormente para la adscripción de responsabilidad individual, es necesario un esfuerzo metodológico para analizar y redefinir los criterios para la individualización de la responsabilidad penal en la empresa. Para ello, serán cruciales, como punto de partida metodológico las ideas anteriormente apuntadas acerca del orden lógico para evitar el problema de la confusión de planos en la práctica judicial, así como tener presente en todo momento la premisa de que sólo la persona física puede delinquir. Por ello, en las líneas que siguen, se centrará el esfuerzo de este estudio en la búsqueda de criterios que puedan resolver de un modo adecuado los problemas que se vienen presentando en la práctica judicial en el ámbito de la imputación de hechos delictivos relacionados con estructuras empresariales

---

penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 6, 2004.

complejas, pues como ha quedado reflejado en el segundo capítulo de este trabajo, esto no es sólo una cuestión teórica, sino que parte de una imperante necesidad práctica.

## **1.2. La necesidad de superar la confusión de planos: imputación y valoración**

La idea del orden lógico de las proposiciones de nuestro lenguaje -también del lenguaje jurídico- es imprescindible para enfocar el importante problema -teórico y práctico- de confusión de planos que se da en el ámbito judicial. Así, no se puede prescindir de la idea de que el orden a la hora de analizar una concreta sistemática, como es la del delito -cuyos elementos internos están ordenados como pasos sucesivos de análisis de un evento de la realidad para poder, finalmente conceptuarlo como delictivo- es absolutamente necesario, más aún en un ámbito tan complejo como es el ámbito del Derecho penal económico-empresarial<sup>244</sup>.

Sobre la necesidad de este orden lógico también se pronunció Wittgenstein, explicando que “Todas las

---

<sup>244</sup> Sobre esto, más extensamente MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, op. cit.; KINDHÄUSER, U.: “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2008, p. 15.

proposiciones de nuestro lenguaje ordinario están de hecho, tal como están, perfectamente ordenadas desde un punto de vista lógico. Lo más simple que hemos de indicar aquí no es un símil de la verdad, sino la verdad misma.”<sup>245</sup> Sin embargo, en el ámbito de la delincuencia empresarial, la ausencia de este orden necesario no sólo se percibe en el anteriormente expuesto fenómeno de la desorganización organizada, sino también, y en este caso sin una razón que derive de su propia naturaleza, sino más bien por la mala praxis judicial, en el análisis sistemático de las distintas normas -de conducta y de imputación-.

Aunque sobre la ubicación de estos dos tipos de normas en la teoría del delito, se profundizará más adelante, sí que es necesario en este apartado poner en relieve la importancia del problema de la confusión de planos que ya ha sido denunciado por los propios tribunales estadounidenses.

En el caso *United States vs. White* el propio tribunal llamó la atención de los operadores jurídicos, sacando a relucir lo pernicioso de esta errónea práctica<sup>246</sup>. Así, en el sistema del delito el orden de los

---

<sup>245</sup> WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, 3ª ed., Editorial Gredos, Madrid, 2013, (5.5563) .

<sup>246</sup> En el caso *United States vs. White*, la Corte consideró que la Responsible Corporate Officer Doctrine no es como la Doctrina de Respondeat Superior, pues

factores puede alterar el producto, aunque es cierto que también puede no hacerlo<sup>247</sup>. Esto lo ha expresado con acierto Kindhäuser acudiendo a una metáfora, la de “los filtros”. Explica el autor alemán que en una concreta sistemática como es la del “delito”, cuyos elementos internos están ordenados como pasos sucesivos de análisis de un evento de la realidad para poder, finalmente, conceptuarlo como delictivo, cada uno de los institutos de valoración o “filtros” se tiene que colocar en su justo orden: primero aquél que deja pasar más, luego aquél que deja pasar menos<sup>248</sup>. Esto, cuanto menos, en el caso de que se deriven consecuencias distintas por el hecho de haber pasado un filtro y otro no; puesto que si por pasarlos en uno u otro orden el resultado no varía, la ordenación sería irrelevante.

Sin embargo, éste no es un problema exclusivo del Derecho penal económico-empresarial: en muchas o la mayoría de las áreas del Derecho, estos dos tipos de normas tienden a ser erróneamente fusionadas<sup>249</sup>. No

---

la Responsible Corporate Office se había desarrollado para la atribución de conocimiento a sujetos individuales dentro de la empresa, de modo que quizás en el caso *United States vs. Brittain*, la Corte estaba confundiendo planos.

<sup>247</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, op. cit.

<sup>248</sup> KINDHÄUSER, U.: “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., p. 15.

<sup>249</sup> Véase, por ejemplo, *Levesque v. Anchor Motor Freight, Inc.*, 832 F.2d 702, 704 (1st Cir. 1987) (“In that jurisdiction, as elsewhere, a driver's duty is to use care

obstante, “Representar en el lenguaje algo “que contradiga la lógica” es cosa tan escasamente posible como representar en la geometría mediante sus coordenadas una figura que contradiga las leyes del espacio; o dar las coordenadas de un punto que no existe”<sup>250</sup>.

Es por todo ello, que dedicaremos una parte de este trabajo a analizar el problema de la confusión de planos o si se prefiere, de la ubicación incorrecta de estos dos tipos de normas en el momento de adscripción de responsabilidad penal a un determinado sujeto, para aproximarnos al objeto de nuestro estudio de la forma más correcta posible. Es ahora, sin embargo, el momento de seguir con la evolución histórica de la respuesta en Estados Unidos a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos.

## **2. Presupuestos dogmáticos de los que se parte en la investigación**

### **2.1. Sobre la responsabilidad**

#### **2.1.1. Los cuatro significados del término “responsabilidad” según Hart**

---

which is reasonable under the circumstances ... "); véase también, *Thomason v. Willingham*, 165 S.E.2d 865, 867 (Ga. Ct. App. 1968) (stating that a driver has a common law duty to exercise ordinary care). También en el caso *Levesque*, 832 F.2d at 704; *Restatement of Agency* § 390 (1933).

<sup>250</sup> WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, op. cit., (3.032).

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje ordinario, como el de responsabilidad. A todas luces, el de responsabilidad es uno de los conceptos jurídicos angulares de todo Ordenamiento. Encontramos manifestaciones de la responsabilidad jurídica en todos y cada uno de los sectores del Ordenamiento -Derecho civil, penal, administrativo, mercantil, laboral, etc., teniendo en cada uno de ellos sus peculiaridades- y, por tanto, desde todas estas ramas, incluida la Filosofía Jurídica, se ha procedido, en mayor o menor grado a estudiar sus elementos, su forma de actuar, su justificación, que son distintos en muchas ocasiones, en definitiva, a definirla y a analizarla.

Sin embargo, pese a su importancia y la cantidad de palabras que los juristas le han dedicado, no podemos encontrar una definición clara, precisa y unívoca de responsabilidad jurídica. Si, en una primera aproximación, acudimos al Diccionario de la Lengua Española nos encontraremos con que en la segunda acepción de esta entrada se dice: «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal»<sup>251</sup>. Puede

---

<sup>251</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario De La Lengua Española*, 23ª ed., Espasa, Madrid, 2014, p. 1784.

que alguien piense que para qué necesitamos más, pero si reparamos un poco en la definición dada por los académicos, podremos concluir que nos encontramos ante un ejercicio de eclecticismo que no nos aporta casi nada, si bien es cierto que, con toda probabilidad, no podían hacer mucho más.

¿Por qué es ecléctica? Porque lo que hace es recoger la mayoría de los elementos de los conceptos de responsabilidad que aparecen en el Derecho. Así encontramos reflejada la reparación de los daños causados por una acción propia o de un tercero mediando dolo o culpa (responsabilidad subjetiva) y la responsabilidad objetiva cuando dice «... o de otra causa legal». Pero además es una definición incompleta, coja, que desconoce otros aspectos de la responsabilidad. Digo esto, porque, qué duda cabe, esta definición tiene un marcado carácter civilista, pues parece referirse sólo a los daños y no recoge la responsabilidad penal que surge de la realización de un ilícito penal consistente en el quebrantamiento de una norma penal y que da lugar a una sanción determinada a la que, salvo que nos acogamos a las teorías retribucionistas de la pena, no podemos calificar de mera deuda u obligación de satisfacer los daños causados, ya sea a la víctima, ya sea a la sociedad.

HART, en su conocido trabajo, *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, habla de cuatro tipos de responsabilidades<sup>252</sup>. En primer lugar, se refiere a la *role-responsibility*, entendiendo responsabilidad como competencia que tiene un sujeto en un concreto ámbito y que deriva de una posición social o de un rol. En segundo lugar, explica la *causal-responsibility* como responsabilidad causal. En tercer lugar, hace mención a la *liability-responsibility*, entendiendo la responsabilidad como sometimiento. Y por último, habla de la *capacity-responsibility*, responsabilidad entendida como sinónimo de capacidad.

HART tiene, en relación con la responsabilidad, el gran mérito de percibir y separar los diversos significados con los que, de forma habitual, se emplea el concepto «responsabilidad». Así, para conseguir su propósito, parte de un párrafo en el que cuenta cierta tribulación de un capitán de un barco.

En él dice: “Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos

---

<sup>252</sup> HART, H. L. A.: *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law.*, Oxford University Press, New York, 1995, p. 210 y ss.

lo consideraron responsable de sus acciones. Durante el viaje X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue considerado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños”<sup>253</sup>.

A lo largo de este breve relato aparece en distintas ocasiones la palabra «responsabilidad», pero lo hace con diferentes significados. Hart procede, como apuntábamos anteriormente, a clasificarlos, de forma que finalmente considera que existen cuatro sentidos distintos de la responsabilidad: 1) Role-Responsibility; 2) Causal-Responsibility; 3) Capacity-Responsibility; y 4) Liability-Responsibility, representando cada uno de ellos una forma concreta de uso del concepto «responsabilidad», sin que tengan por qué pertenecer los cuatro al mundo del Derecho. A continuación voy a explicar brevemente cada uno de ellos.

---

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 211. La traducción de este extracto del texto, es de FERNÁNDEZ MOLINA. Sobre esta cuestión, con mucha más profundidad, consúltese: MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 53, nº 1, 2000, pp. 169-284.

**1. Role-Responsibility.** Es la responsabilidad como rol, como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social. Así pues, son «obligaciones y funciones, derivadas de un cargo, relación, papel, etc.»<sup>254</sup>. Para ilustrar este significado de responsabilidad, indica: “Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga”, es un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad. En la frase de HART, se puede sustituir «era responsable» por «había asumido las obligaciones de...», o por cualquier otra frase similar. Queda claro que se refiere a aquellas obligaciones y funciones que se adquieren en determinadas situaciones, por el mero hecho de desempeñar un rol específico. No obstante, hay que señalar que se alude a un tipo concreto de obligaciones o funciones, pues no a todas se las califica como responsabilidades. Efectivamente, responsabilidades son sólo aquellas obligaciones que permiten al sujeto un cierto margen de decisión, y por tanto implican que se le considere capaz de tomar esas decisiones, en virtud de su habilidad o diligencia<sup>255</sup>.

**2. Causal-Responsibility.** Se refiere a la responsabilidad como antecedente causal de un hecho. Es

---

<sup>254</sup> Cfr. HART, H. L. A.: *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law.*, op. cit., p. 213.

<sup>255</sup> Cfr. *Ibid.*

la relación entre un hecho y sus consecuencias. En el texto se emplea en dos ocasiones y dos usos bastante diferentes: “(...) se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco (...)” y “(...) fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco (...)”. Al respecto, en primer lugar, HART señala que este sentido de responsabilidad se usa tanto en relación a actos humanos, como en situaciones provenientes de la acción de animales, o de una cosa o fenómeno<sup>256</sup>. La segunda consideración que HART realiza, es que el empleo de la palabra responsabilidad en este sentido carece de toda carga valorativa<sup>257</sup>.

3. *Capacity-Responsibility*. Es la responsabilidad como capacidad o estado mental. Se da responsabilidad en este sentido cuando existe conciencia. Cuando se emplea en este sentido, la referencia a la responsabilidad no tiene que referirse a un hecho censurable, sino que puede utilizarse como juicio a priori o a posteriori sobre las capacidades generales del individuo.

---

<sup>256</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 214. A este respecto conviene señalar que, pese a que efectivamente es así, parece que esto sería consecuencia de una extensión de este término desde el ámbito jurídico y moral al resto de los terrenos (relaciones causales), por lo que sigue más arraigada en el campo de las acciones humanas. En apoyo de esta visión estaría la etimología de la palabra «responsabilidad» que proviene del latín *respondere* (cfr. MARTÍNEZ BAVIÈRE, J.: *Concepto y fundamentos de la Responsabilidad Jurídica, trabajo académico dirigido por el Prof. Dr. D. Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador*, Inédito, 1997, p. 25).

<sup>257</sup> Cfr. HART, H. L. A.: *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law.*, op. cit., p. 214 y 215.

4. *Liability-responsibility*. La responsabilidad como sometimiento o como sancionabilidad. Es la referente al significado de responsabilidad como imputabilidad legal propiamente dicha, la que deriva del acto ilícito. En el apartado que sigue, profundizaremos sobre este último concepto

#### **2.1.2. Liability-responsibility o responsabilidad para la atribución de consecuencias por el hecho: la responsabilidad jurídica**

Resulta evidente que la utilización del concepto de responsabilidad como *liability-responsibility* es la más jurídica de todas las que HART señala, al tiempo que es el concepto más complejo de los cuatro, ya que generalmente requiere la constatación, como mínimo, de dos de los otros tres. Esto se debe a que por lo general, los ordenamientos jurídicos para imponer una sanción requieren que el individuo sea responsable en cuanto a capacidad y que, cuando menos, o bien lo sea como factor causal o bien tenga la obligación de responder en función de un papel o deber que le asigne el sistema jurídico<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 187; y MARTÍNEZ BAVIÈRE, J.: *Concepto y fundamentos de la Responsabilidad Jurídica, trabajo académico dirigido por el Prof. Dr. D. Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador*, op. cit., pp. 31-32.

Así, en principio, sólo el cuarto sentido de responsabilidad tiene un claro significado jurídico o moral, dependiendo del ordenamiento en el que nos encontremos. Mientras que los demás pueden tener relevancia jurídica, pero sólo en tanto condiciones cuya verificación es necesaria para la aparición del cuarto sentido de responsabilidad.

Sin embargo, esta visión, que en cierta medida presenta HART, no tiene por qué ser exactamente así. Es decir, el que la responsabilidad como rol, la responsabilidad como capacidad y la responsabilidad como causalidad no tengan que tener un significado jurídico no implica que, en determinadas situaciones, no pueda darse una identidad tal entre alguna de ellas y la responsabilidad como sancionabilidad que haga que sean su único contenido, y, por tanto, sí tengan un significado jurídico.

Cuando decimos en Derecho que alguien es responsable civil, penal, etc., de un hecho lesivo queremos indicar que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño, por citar las más habituales. Este es un concepto que se utiliza habitualmente también en otros ámbitos no jurídicos. Así, lo que se hace en la liability-

responsibility es valorar el comportamiento del agente en retrospectiva aplicando las reglas de conducta en su función de baremo de medición del pasado para poder aplicar consecuencias jurídicas de ese comportamiento en un futuro. De esta forma es como se puede declarar al agente responsable jurídicamente.

Es la responsabilidad la que brinda, al menos aparentemente, el criterio legitimador fundamental de la responsabilidad jurídica. Al ser la persona responsable de sus actos, debe también sufrir las consecuencias negativas que lleven aparejados. Si esta conexión fuera constante, como lo es por ejemplo en Derecho penal<sup>259</sup>, seguramente no haría falta distinguir los dos significados del término, pero esto no es siempre así.

## **2.2. La diferenciación entre imputación y valoración: lenguaje dogmático para mejorar la individualización de la responsabilidad y acercar las dos tradiciones jurídicas**

La doctrina de la imputación es una explicación de lo que en realidad quieren decir las teorías del delito, no se puede criticar sin aceptarla. En el caso de la atribución

---

<sup>259</sup> Aunque esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente.

de responsabilidad de los agentes internos de la empresa, la teoría kantiana de la imputación nos va a permitir encontrar sentido a las actuales reglas de imputación empleadas en el Common Law, al mismo tiempo que nos va a permitir explicar las reglas de conducta y entender así su aplicación práctica para la resolución de casos en el Criminal Law. La doctrina kantiana de la imputación, objeto de reflexión durante siglos, puede aportar algo más a las teorías del delito, aquejadas de cierta multiplicidad de versiones y variantes<sup>260</sup>. Ya sólo esta variedad hace aconsejable prestar atención a la doctrina de la imputación, que ha sido objeto de estudio por abundantes autores, como HRUSCHKA<sup>261</sup> o SÁNCHEZ-OSTIZ<sup>262</sup>, que no buscaban tanto aportar su verdad, como comprender la acción humana.

Así, según el modelo de la imputación kantiana, el sistema jurídico está compuesto por reglas de imputación y reglas de comportamiento. Las reglas o normas de imputación se aplicarán para establecer la relación entre un proceso y un agente, mientras que las normas de

---

<sup>260</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit., p. 501.

<sup>261</sup> HRUSCHKA, J.: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en DEL MISMO: *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

<sup>262</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit.

valoración o comportamiento sirven para valorar el hecho imputado en comparación con la descripción normativa. De esta forma, tanto la *imputatio facti* (el juicio que determina la tipicidad del hecho imputado al agente como propio), como la *imputatio iuris* (el que determina la atribución al agente del reproche o demérito de haber realizado el injusto) consisten, en definitiva, en rebatir las pretendidas excusas que obren a favor del agente, excepciones estas que mantienen un paralelismo; lo cual se percibe mejor al referirse a las cuatro situaciones en las que se excluye la imputación: en el primer nivel, *ignorantia facti* y *vis absoluta*; y en el segundo nivel, *ignorantia iuris* y *vis compulsiva*. El agente desconoce las circunstancias relevantes si se encuentra en una situación de *ignorantia facti* o de *ignorantia iuris*. Y el agente no se dirige o gobierna a sí mismo si se halla inmerso en una situación de *vis absoluta* o de *vis compulsiva*. Son excepciones, ambas cuatro, a la atribución del hecho al agente en los juicios de imputación (en la *imputatio facti*, del hecho y en la *imputatio iuri*, del hecho antijurídico) que tendrían las cuatro la misma naturaleza.

En el estudio del Derecho Penal, es usual dividir las materias en dos grandes áreas: la Parte General y la Parte Especial. Lo más usual es que esta distinción se refiera al Código Penal, en tanto texto autoritativo que expresa el conjunto de decisiones legislativas en torno a

las condiciones necesarias y suficientes de la responsabilidad penal. Desde este punto de vista, el estudio del Derecho Penal se divide en el estudio de su Parte General, que contiene las reglas que en principio son aplicables a todo caso en que pueda estar comprometida la responsabilidad penal de uno o más individuos, y el estudio de su Parte Especial, que contiene las reglas que específicamente se aplican al caso en cuestión en atención a las particularidades del delito de cuya comisión se trate. Al respecto, Michael S. MOORE postula: "[the usual way of describing this distinction is in terms of 'doctrines that apply to all crimes' [the general part] versus 'doctrines that define particular crimes' (the special part).]"<sup>263</sup> A pesar de su persistencia, esta manera de mirar el Derecho Penal puede ser sustituida por otra que, en vez de concentrar la mirada en la ubicación "geográfica" de las reglas en el Código Penal, puede atenderse la función que éstas desempeñan.

Desde el punto de vista de su función, las reglas expresadas en un Código Penal (o, en general, en la legislación penal) pueden reducirse a tres clases: reglas que establecen conductas jurídicamente correctas e incorrectas; reglas que establecen las condiciones bajo las cuales se le puede imponer responsabilidad a un sujeto

---

<sup>263</sup> MOORE, M. S.: *Placing Blame a General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

por un comportamiento; y reglas que determinan las consecuencias de la responsabilidad por un comportamiento. En la literatura norteamericana, este punto de vista ha sido desarrollado entre otros, por Paul ROBINSON<sup>264</sup>.

ROBINSON denomina reglas de conducta a aquéllas que se dirigen ex ante a los miembros de la comunidad sobre las conductas que deben evitarse con cargo a sufrir una sanción penal<sup>265</sup>. Frente a estas reglas de conducta, ROBINSON distingue *principios de adjudicación*<sup>266</sup>. Éstos determinan, ex post, si la contravención de una regla de conducta merece responsabilidad penal, esto es, establecen las condiciones para que un sujeto pueda ser considerado responsable<sup>267</sup>. Por último, ROBINSON distingue las reglas de *grading*, cuya función es determinar el quantum de la sanción correspondiente a la medida de responsabilidad del sujeto<sup>268</sup>. El punto de vista de ROBINSON es congruente con otras concepciones que también expresan una

---

<sup>264</sup> ROBINSON, P. H.: *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 127-156.

<sup>265</sup> ROBINSON, P. H.: "A Functional Analysis of Criminal Law", *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1994.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> *Ibid.*

preferencia por un análisis funcional del Derecho Penal, como la de MOORE.

Considérese, por ejemplo, la reformulación de la diferenciación de la Parte General y la Parte Especial que MOORE sugiere. Así, en términos generales, MOORE sostiene que esta diferencia es análoga a la diferencia entre dos clases de juicios morales<sup>269</sup>. Una primera clase de juicios morales se refiere a los tipos de acciones que en abstracto son correctas o incorrectas para cualquier persona<sup>270</sup>. En cambio, la segunda clase de juicios se refiere a la responsabilidad de una persona por una acción particular<sup>271</sup>. Según MOORE, los juicios de la primera clase exigen una teoría moral sustantiva que permita identificar las acciones que se consideran incorrectas y las que son permisibles<sup>272</sup>. En cambio, los juicios de la segunda clase requieren una teoría de la moral "de adscripción de faltas", que no es sino una teoría de la responsabilidad<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> MOORE, M. S.: *Placing Blame a General Theory of the Criminal Law*, op. cit., p. 31.

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> *Ibid.*

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 32.

De este modo, el objeto de la teoría de la Parte General es la articulación de "las condiciones bajo las cuales se es responsable por la realización de una acción incorrecta, independientemente de cuál sea el carácter de la acción incorrecta"<sup>274</sup>. El objeto de la teoría de la Parte Especial, en cambio, es la articulación de los criterios bajo los cuales se define una conducta como correcta (permitida) o incorrecta (prohibida)<sup>275</sup>. La correspondencia entre los dos planteamientos recién esbozados se muestra en la sugerencia de ROBINSON, en el sentido de que bajo la distinción entre reglas de conducta y principios de adjudicación, deberían elaborarse dos códigos de reglas diferentes: "a code of conduct written in a way the general public can understand and apply, and a code of adjudication for the adjudicators, lawyers, judges and juries that is more complex and subjective."<sup>276</sup>

Esta sugerencia de ROBINSON parece ajustarse a la metáfora de la "separación acústica" con que Meir DAN-COHEN explica la diferencia entre reglas de conducta y reglas de decisión<sup>277</sup>. DAN-COHEN afirma que un análisis de la función de una y otra clase de reglas conduciría a

---

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> *Ibid.*

<sup>276</sup> ROBINSON, P. H.: *Structure and Function in Criminal Law*, op. cit., p. 8, n. 2.

<sup>277</sup> DAN-COHEN, M.: "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law", *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984.

privilegiar un modelo de "transmisión selectiva", en el sentido de que los destinatarios de las reglas de una y otra clase tendrían que ser diferentes: el público en general, cuyo comportamiento ha de ser motivado ex ante por las reglas de conducta, y los sujetos encargados de determinar ex post la responsabilidad por la infracción de las reglas de conducta según los términos de las reglas de decisión<sup>278</sup>. Esta distinción entre reglas que definen estándares de conducta jurídicamente correcta y reglas que definen criterios de atribución de responsabilidad es prácticamente la distinción que, en el contexto de la doctrina penal alemana, Joachim HRUSCHKA propone al diferenciar reglas de comportamiento y reglas de imputación."<sup>279</sup>

La doctrina kantiana de la imputación, como teoría de la atribución de responsabilidad y la filosofía analítica moderna, son las bases desde las que HRUSCHKA ha propuesto unas herramientas metodológicas que pueden permitirnos mejorar el sistema del injusto. Voy a profundizar en ellas a continuación partiendo del modelo Hruschkiano. El desarrollo y aplicación al Derecho penal del concepto "kantiano" clásico de imputación podría haber quedado en el olvido histórico, difuminado por la

---

<sup>278</sup> *Ibid.*, pp. 634-636.

<sup>279</sup> HRUSCHKA, J.: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", op. cit.; HRUSCHKA, J.: "Imputation", *BYU L. Rev.*, vol. 1986, 1986, p. 669.

utilización en el otro sentido de "atribución al hecho de un sentido social", de no ser por la figura de Joachim HRUSCHKA<sup>280</sup> y por la difusión reciente y el desarrollo de las principales bases de la teoría en lengua española por SÁNCHEZ-OSTIZ. En palabras de Kant escritas en la metafísica de las costumbres, "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (causa libera) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (factum) y se somete a las leyes". La primera precisión que habría que hacer antes de profundizar en esta doctrina es que no es lo mismo la imputación de la filosofía natural que la de la filosofía moral kantiana, aunque ambas tengan como elemento común la idea de la atribución de responsabilidad a un agente por un hecho. Tanto Pufendorf, desde la ética nicomáquea de Aristóteles, como Kant y Hegel, utilizaban la imputación en el sentido de la comprobación de si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra<sup>281</sup>. La imputación del

---

<sup>280</sup> Véanse muy especialmente la recopilación de artículos realizada en HRUSCHKA, J.: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*, op. cit.

<sup>281</sup> Partiendo de ello RUEDA MARTÍN, probablemente a partir del propio trabajo de WELZEL, H.: *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, W. de Gruyter, Berlín, 1958, diferencia entre la teoría de la imputación objetiva, en su construcción de LARENZ y HONIG como una falsa teoría de la imputación que no cumple el cometido de determinar si un suceso puede atribuirse a una persona, y, por otra, al finalismo como sistema que hace resurgir la idea de la imputación a través de la estructura ontológica de la finalidad y la atribución de sentido de la acción (RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 91 y ss., p. 401 y ss., p. 438 y ss. ).

hecho al autor, como recuerda Gracia Martín, se realiza en Pufendorf por medio de la “imputativitas” y de los elementos que la conformaban, entre los que estaban la voluntad consciente de la violación de la ley, que permitía “aprender el hecho como obra específicamente humana y distinguirlo de lo casual y de lo que es producto del azar”<sup>282</sup>. De ese modo la imputación en Pufendorf ya parte de la idea de la libertad como origen, de forma que el que realiza el hecho es algo más que el que causa un resultado natural, es su origen<sup>283</sup>. Pero, eso sí, en la tradición filosófica naturalista la perspectiva va desde el sujeto que realiza el hecho con conocimiento y voluntad, al resultado que se le atribuye como suyo: se trata de descubrir algo, preexistente, como un hecho, al afirmar que el sujeto lo ha realizado voluntariamente y con entendimiento. Frente a ello, el giro de la filosofía moral Kantiana al sujeto cognoscente, cambia significativamente la perspectiva: la imputación ya no consiste en un “proceso de descubrimiento” de la presencia previa (ontológica) de un hecho sobre la base

---

<sup>282</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal”, 2006, Atelier Libros, Barcelona, p. 260. Véase en todo caso la distinción entre la imputativitas y la imputabilitas en PUFENDORF, analizada por SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit., p. 132 y ss.

<sup>283</sup> Sobre los orígenes de todo ello en PUFENDORF, pero también sobre los antecedentes, especialmente de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO, véase, *Ibid.*, p. 21 y ss.

de unos presupuestos, sino más bien de un juicio que realiza el sujeto imputante (el juez) que no es "de reconocimiento", sino "constituyente", pues es el que imputa a alguien la realización de un hecho a partir de unas determinadas reglas el que "crea" ese hecho a los efectos que interesan al juicio de responsabilidad<sup>284</sup>. Por eso la imputación, tal y como la concibe el finalismo, influenciado Welzel por la obra de Pufendorf, no puede identificarse con la imputación aquí sostenida. Para el finalismo la imputación supone la fijación de un límite ontológico, de un sustrato que tiene una estructura interna regida por la voluntad (o fin) muy cercana al naturalismo de Aristóteles<sup>285</sup>; por el contrario la doctrina de la imputación desde bases "kantianas", aquí defendida, no pretende la valoración o descubrimiento de un hecho preexistente, sino la constitución del mismo hecho. Así lo dice Mir Puig: "en términos de filosofía analítica, la palabra 'imputación' pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuándo un resultado lesivo es verdaderamente

---

<sup>284</sup> Esto lo explica con precisión SÁNCHEZ-OSTIZ, cuando señala que "al imputar se atribuye un carácter que no existe como existen los fenómenos naturales, captados por los sentidos, sino que se establece en la operación misma de imputar, en la medida en que nos consideramos vinculados por leyes y dotados de libertad". *Ibid.*, p. 93.

<sup>285</sup> RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, op. cit., p. 405.

obra del autor de una determinada conducta<sup>286</sup>. Además, el método también es esencialmente diferente: para imputar, en el sentido moral, ya no se trata de estudiar la voluntad por medio de principios empíricos, sino, con los principios a priori, de realizar un juicio (constitutivo) sobre la relación entre el artífice y el hecho en el que lo que les une es la libertad. Al imputar se hace algo más que afirmar que alguien ha causado algo, se le atribuye la condición de artífice de lo que, de ese modo, deja de ser un suceso y pasa a ser un hecho. Lo que sin sujeto imputante es todavía un suceso en el que alguien se ve inmerso se convierte, al imputarse, en un hecho, al considerarse realizado por un sujeto libre. Ese hecho es imputado al sujeto por el sujeto imputante porque existe una ley, pero en el proceso de imputación, previamente a tener en cuenta la comparación de lo realizado con lo obligado, ya hay una afirmación de pertenencia del hecho a la persona. Es posteriormente a esa imputación cuando se confronta el hecho imputado con el deber, esto es, se valora si el hecho (ya imputado, eso sí) es justo o injusto, en el primer caso si puede decirse que es acorde con el contenido del deber y en el segundo si puede decirse que no lo es<sup>287</sup>. En la imputación moral kantiana

---

<sup>286</sup> MIR PUIG, S.: "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 5, 2003, p. 8.

<sup>287</sup> Como se verá esto no es un proceso de imputación sino de valoración o, como lo utiliza HRUSCHKA posteriormente y lo hacía también PUFENDORF pero nunca usó KANT, de *applicatio legis ad factum*, SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit., p. 107 y ss.

hay, pues, una previa consideración de la acción como hecho, y una posterior valoración del hecho en relación con el deber que existía para el agente al actuar<sup>288</sup>. El siguiente paso es la imputación jurídica que explica Kant en el siguiente texto: "Lo que en cuanto a lo debido alguien hace de más en comparación con lo que la ley puede obligarle, es meritorio (*meritum*); lo que hace sólo de acuerdo con ésta, es debido (*debitum*); finalmente, lo que hace de menos en comparación con lo que la ley exige, es demérito moral (*demeritum*). El efecto jurídico de un hecho demeritorio es la pena"<sup>289</sup>. La imputación sirve, pues, para atribuir la acción como hecho, pero también hay imputación del demérito de quien realiza el hecho valorado como injusto. Acabo de resumir de forma muy sucinta, las más básicas ideas de la doctrina kantiana de la imputación a partir del excelente estudio monográfico de Sánchez-Ostiz. El mérito de la incorporación de estas ideas, de este esquema de pensamiento sobre la responsabilidad, pero también de su mezcla, en un esquema lógico realmente útil, con otras ideas de la filosofía natural sobre la imputación como las de Pufendorf (especialmente lo relativo a la imputación extraordinaria), Wolff o Darjes (en lo relativo a la distinción entre reglas de justificación y reglas de

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 89 y ss.

<sup>289</sup> *Metafísica de las costumbres*, citada y traducida del original por *Ibid.*, p. 99.

exculpación), y con argumentos de la filosofía analítica, es de Joachim Hruschka. El esencial punto de partida de Hruschka es la distinción entre reglas de conducta (o comportamiento) y reglas de imputación. Las reglas de conducta son prescripciones o prohibiciones <sup>290</sup> que funcionan en la prospectiva, tratando de configurar el actuar de los sujetos, y en la retrospectiva como baremo de medición de los hechos realizados <sup>291</sup>. La regla de conducta dice, pues, "no mates" para configurar el hecho de quien puede plantearse hacerlo o no, pero esa misma norma también sirve para que el juzgador, el que valora el hecho ex post facto, diga si el "hecho" de una determinada persona es aquello que se quiere evitar cuando se conmina a no matar <sup>292</sup>. La atribución a un hecho de un determinado sentido en el mundo de las

---

<sup>290</sup> En realidad también son reglas de comportamiento las normas facultativas, que se corresponderían con las causas de justificación, y que son definidas en otro sitio por HRUSCHKA como las "excepciones a las prescripciones y prohibiciones". HRUSCHKA, J.: "Introducción: sobre la imputación", en DEL MISMO: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 22. A ellas, a mi parecer, habría que añadir otro tipo de reglas, no incluidas expresamente por HRUSCHKA ni por SÁNCHEZ-OSTIZ, que podrían denominarse las reglas de intervención, que serían las que diferencian la distinta forma de realización de un hecho contraria a las reglas prescriptivas y prohibitivas, bien a modo de autor, o bien a modo de partícipe. Esto se apunta, pero no se desarrolla por completo, en MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 42 y ss.

<sup>291</sup> HRUSCHKA, J.: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", op. cit., p. 28.

<sup>292</sup> Señala además SÁNCHEZ-OSTIZ, que esa "doble función de las reglas (en la prospectiva, configuradora de conductas, y en la retrospectiva, baremo de medición) puede guardar relación con la cuestión del carácter valorativo y/o imperativo de las normas penales".

normas exige su comparación con las reglas de conducta, que son las que pueden decir si ese hecho es o no aquello que se prohíbe realizar o conmina a hacer. Distintas a las reglas de conducta son las reglas de imputación que, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento<sup>293</sup>. Estas reglas sirven para atribuir un hecho a un agente, en el caso de la imputación de primer nivel, o para atribuir al hecho ya valorado como injusto (por su comparación con una regla de conducta) como demérito del agente que lo ha llevado a cabo, en la imputación de segundo nivel. En un primer nivel se imputa un hecho (*imputatio facti*) afirmándose, así, que el proceso no es un simple acontecimiento físico sino un hecho que el autor ha tenido alternativa de no realizar al ser originado "en libertad"<sup>294</sup>. Esta imputación es anterior a la aplicación de las reglas de comportamiento, pues la valoración conforme a la descripción normativa tiene que serlo de "un hecho" ya imputado al sujeto. Generalmente, y esto ya lo explicaba Kant, se acudirá a la ley para identificar el hecho que va a ser valorado: para encontrar los "momenta in facto" es necesario un ir y venir de la mirada de la ley al hecho, y de éste a la ley, que nos permitirá identificar "el hecho que interesa imputar para después ser valorado". Pero eso no significa que no pueda (y deba, lógicamente)

---

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>294</sup> *Ibid.*

distinguirse entre imputación y valoración como dos procesos que son distintos. Diferente a la imputación de primer nivel es la imputación de segundo nivel, que es el juicio sobre el merecimiento del hecho una vez este ya ha sido valorado como contrario a la norma. Con eso último, la comparación del hecho con la ley, no basta, sino que es necesario atribuir al agente la realización del hecho (ya desvalorado) a título de demérito, lo cual sólo es posible si éste tiene capacidad para adecuar su conducta conforme a la regla que rige en cada caso. Se trata, pues de un juicio por el cual "se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber" <sup>295</sup> . Evidentemente se parece este juicio mucho a lo que la Dogmática engloba generalmente en el juicio de culpabilidad.

Desde esas bases, pues, Hruschka construye un orden sistemático en el que diferencia tres pasos: en primer lugar, la *imputatio facti*, que es un proceso de imputación, a través del cual se determina la pertenencia de un hecho concreto a un determinado agente; en segundo lugar, la *applicatio legis*, que es un proceso de

---

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 34.

valoración que nos permitirá determinar si el hecho imputado, comparado con la regla de conducta que obliga a no actuar o a hacerlo de una determinada forma, ha sido infringida por el agente; y en tercer lugar, la *imputatio iuris* en la que se atribuye al agente el hecho antijurídico como un demérito o como un mérito si ese hecho va más allá del deber.

Las posibilidades de mejora de la estructura de la sistemática del delito que ofrece la utilización del esquema de ideas que nos da la doctrina de la imputación no sólo han sido aprovechadas por Hruschka para diferenciar antijuridicidad y culpabilidad y para ofrecer soluciones a otros problemas tradicionales de la Teoría del delito, sino que han sido recientemente desarrolladas por otros autores en nuestro país con la intención de superar algunas sistematizaciones erróneas aceptadas por la Teoría del delito dominante. Lo ha logrado, a mi parecer, Sánchez-Ostiz, quien se suma al modelo de Hruschka de *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*, y lo desarrolla para las cuestiones esenciales de la Teoría del delito.

A los efectos que ahora nos interesan conviene destacar una importante conclusión desarrollada por Sánchez-Ostiz. En efecto, como dice este autor, lo que se viene incluyendo hoy en día dentro de la llamada “imputación objetiva”, constituye más bien “una serie de

operaciones de interpretación y subsunción que se dan cita en la fase de aplicación de la ley al hecho”<sup>296</sup>. Es por tanto, la imputación objetiva, un proceso de valoración y no de imputación.

La imputación lo que exige es conocimiento y control, lo cual no tiene porqué identificarse, como ha venido a decir recientemente el finalismo en España, con la finalidad de la acción. Sistemáticamente ello supone adelantar el análisis del dolo (y su ausencia: el error) a la sede del análisis de la existencia de hecho, antes incluso de su valoración como contrario a la norma (antes del injusto), de modo que el correlato del dolo “no sería la relación causalidad-efecto (imputación objetiva), sino el control, el cual se vería excluido si concurren fuerza irresistible, movimientos reflejos o inconsciencia<sup>297</sup>. El dolo, o conocimiento, como prefiere Sánchez-Ostiz denominarlo, debe analizarse, mejor constituirse<sup>298</sup>, en el

---

<sup>296</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit., p. 524.

<sup>297</sup> Así, el dolo, que es conocimiento o representación, tendría como correlato la voluntad, que -aun no siendo elemento del dolo, no deja de ser esencial para imputar- se vería impedida (no imputada) en cualquiera de estos tres supuestos (*Ibid.*, p. 517). Ello dejaría a los casos de imprudencia fuera de la imputación o, por lo menos, de una imputación ordinaria, aquélla que exige los requisitos anteriormente señalados para la atribución de un hecho a un sujeto. También es posible, sin embargo, la imputación extraordinaria, cuando los requisitos exigidos no concurren.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 521, añadiendo que el dolo “es expresión de un juicio constitutivo, realizativo. Con otras palabras, el hecho no existe fuera del juicio de imputación que instauraría el carácter doloso del proceso en el que el sujeto se ve inmerso.

juicio de imputación, antes de la imputación objetiva, juicio de valoración que tendrá por objeto, por tanto, el hecho doloso “o conocido” por el sujeto<sup>299</sup>. Eso sí, y esto es importante, se desdibuja, de ese modo, la usual distinción entre lo objetivo y lo subjetivo “pues lo que se incluye en el dolo no deja de ser objetivo (objeto del conocimiento y los estándares de conocimiento que se atribuyen al mismo)”, y en la operación de “applicatio legis” comparecerá de nuevo ese “conocimiento” para ser valorado entonces como típico (o atípico). En realidad, pues, la doctrina de la imputación no afirma nada que no se lleve a cabo generalmente por la Doctrina penal y por la práctica judicial a la hora de aplicar uno u otro esquema del delito, sino que sólo ordena de una forma más lógica tal proceder al utilizar términos con sentido unívoco y distinguir entre operaciones y juicios de distinta naturaleza<sup>300</sup>. Es hora de ver cómo lo lleva a cabo también la práctica judicial estadounidense, especialmente en el ámbito del Derecho penal empresarial.

---

Así, el dolo no se *constata*, sino que se afirma cuando se imputa algo como hecho”.

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit.

### 3. La individualización de la responsabilidad de altos directivos como ámbito específico del presente trabajo

Como se ha dicho en el capítulo anterior<sup>301</sup> cuando explicábamos la evolución histórica de la respuesta en Estados Unidos a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no contentó ni a la totalidad de la doctrina penal estadounidense<sup>302</sup>, ni a un sector minoritario de la judicatura, que con el paso de las décadas seguían concentrando sus esfuerzos en ir estableciendo los criterios para individualizar la responsabilidad en el seno de la estructura empresarial. Así, se fueron creando distintas teorías que aportaban criterios y herramientas para argumentar una responsabilidad penal de los individuos más allá de la responsabilidad de la propia empresa en la que desarrollaban su actividad<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Véase, *supra*, capítulo II.

<sup>302</sup> Calificando esta responsabilidad penal de las personas jurídicas como un gigantesco paso atrás. HASNAS, J.: "The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability", op. cit., p. 1329 y ss.; ALSCHULER, A.: "Two Ways to Think About The Punishment of Corporations", op. cit., p. 1359 y ss., p. 1363: "The year 2009 marks the centennial of a giant step backwards"; también, BAER, M.: "Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law", op. cit., p. 1 y ss.

<sup>303</sup> Véase, *supra*, capítulo II.

En la práctica jurisprudencial, como hemos visto<sup>304</sup>, son diversos los enfoques que los mismos tribunales han ido desarrollando para probar si un determinado individuo que trabaje en la empresa tiene una conexión suficiente con un resultado delictivo en concreto como para hacerle personalmente responsable del mismo<sup>305</sup>. Aunque, en su mayor parte, las diferentes teorías o enfoques se superponen en cierto grado y los tribunales pueden aplicar combinaciones o variaciones de las teorías, las principales teorías que sobre esta cuestión han sido desarrolladas en la praxis jurisprudencial hasta la fecha, como hemos explicado anteriormente, se pueden dividir a grandes rasgos en cuatro enfoques<sup>306</sup>, y a su vez, cada uno de ellos centrado en diferentes individuos que ocupan escalones distintos en el seno de la estructura empresarial.

La anteriormente explicada división en cuatro enfoques de todas las teorías que se han ido desarrollando en el sistema estadounidense para la individualización de la responsabilidad en la empresa, es una visión simplificada y que nos puede facilitar la labor

---

<sup>304</sup> Véase, *supra*, capítulo II.

<sup>305</sup> Un interesante estudio comparativo de los enfoques de la responsabilidad de administradores en diversas jurisdicciones de *common law* es el realizado por ANDERSON, H.: "Directors' Liability for...", *op. cit.*, 2009.

<sup>306</sup> Véase, *supra*, capítulo II.

de destacar cuáles han sido las grandes problemáticas a las que los tribunales han intentado dar respuesta con el desarrollo de las mismas en el ámbito de la individualización de la responsabilidad penal empresarial. Sin embargo, no se nombran todas las existentes, pues a los efectos que nos interesan en el presente trabajo, es suficiente con una breve referencia a las teorías más comunes, no siendo necesario justificar la obvia imposibilidad de profundizar en cada una de ellas, su análisis teórico y su aplicación práctica en la presente tesis.

En este sentido, y dada la obvia imposibilidad de abarcar en una tesis doctoral los problemas de individualización de la responsabilidad penal de todos los agentes internos de la empresa que pueden ser potencialmente responsables penalmente, hemos centrado nuestra atención en este trabajo en los “eternos” implicados en los casos de responsabilidad penal en la empresa, en los altos directivos, por varias razones que a continuación se exponen brevemente. En primer lugar, el propio Yates Memorandum cuando hace una breve enumeración de los problemas de individualización de la responsabilidad penal empresarial, explica que esto se pone especialmente en relieve cuando se determina la culpabilidad altos directivos, pues ésta incluso puede ser aislada de la actividad del día a día en el que se produce

la mala conducta<sup>307</sup>.

En segundo lugar, el modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica o de transferencia de responsabilidad, que consiste en transferir a la empresa la responsabilidad de la persona física que ha actuado en su nombre o en su lugar, es el modelo más clásico que puede encontrarse en los sistemas de nuestro entorno. Pero sobre todo, y en último lugar, la responsabilidad penal de los altos directivos es, con diferencia, la cuestión más desarrollada, tanto en la práctica jurisprudencial como por la doctrina estadounidense, como se verá en las líneas que siguen.

De esta forma, dejamos fuera del ámbito de este trabajo la responsabilidad de agentes de la empresa que no siendo los altos directivos, también pueden ser clave para el análisis de la irresponsabilidad penal empresarial. En este sentido, no será objeto de la presente tesis el estudio de la responsabilidad de determinados sujetos, cuyo análisis sería de interés para abordar la laguna de punibilidad en la empresa a la que hemos hecho referencia al inicio de este trabajo<sup>308</sup>. Entre ellos, se encuentran figuras como la de los asesores, entendiéndose por los mismos aquellos sujetos que no formando parte de la estructura empresarial informan o auxilian a la misma en temas diversos

---

<sup>307</sup> “This is particularly true when determining the culpability of high-level executives, who may be insulated from the day-to-day activity in which the misconduct occurs”. Yates Memo, 9 de Septiembre de 2015.

<sup>308</sup> Véase *supra*, capítulo I.

aconsejando sobre sus acciones. Es evidente que las tipologías de asesoramiento a las empresas son variadas e imposibles de enumerar, si bien algunas de las que resultarían interesantes a efectos de atribución de responsabilidad en el seno de la estructura empresarial, serían las de tipo fiscal, legal, laboral, además de otro tipo de asesoramientos más técnicos referidos a riesgos de salud sobre los productos, riesgos financieros, etc. También puede ser muy diversa la modalidad de asesoramiento y la incidencia real del mismo en la actividad empresarial. Así, una de las posibles formas en las que puede plasmarse el asesoramiento, sería aquel tipo de consejo por parte de un agente externo que se convierte en esencial o definitorio de un actuar que, a su vez, acaba resultando delictivo. Esta figura, la del asesor externo, tampoco va a ser analizada en la presente tesis.

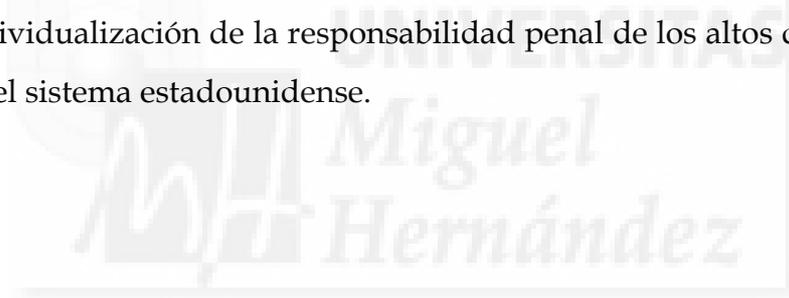
También queda fuera del objeto de este trabajo, la responsabilidad del *compliance officer*, entendiendo por tal, siguiendo el concepto acogido recientemente en España, el agente responsable del cumplimiento del *compliance program*<sup>309</sup>. Por último, no será objeto de análisis en este trabajo, la figura de los trabajadores que se encuentran en la base de la pirámide o jerarquía empresarial, es decir, los que con su actuación plantean problemas

---

<sup>309</sup> Sobre ello, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica", en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: "La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal", *Diario la Ley*, vol. 11, 2015, p. 12; KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

tan controvertidos como por ejemplo, la incongruencia que supone el que sean los ejecutores materiales del hecho delictivo, pero carezcan del conocimiento suficiente para la imputación subjetiva necesaria para la atribución de responsabilidad penal.

Aunque el planteamiento de la responsabilidad de todos estos sujetos es de sumo interés, la evidente necesidad de restringir el ámbito de trabajo por la imposibilidad de abarcarlo todo a riesgo de no poder llegar a profundizar en estas cuestiones como se debiera, hace que hayamos limitado el objeto de investigación del mismo a la figura de los altos directivos. Una vez ya delimitado el objeto de estudio, es el momento ahora de adentrarnos en la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos en el sistema estadounidense.





**SEGUNDA PARTE. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL DE ALTOS DIRECTIVOS  
EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE**





## CAPÍTULO IV: Bases para la imposición de responsabilidad penal de los altos directivos en el sistema estadounidense

“En la cotidianidad del Dasein la mayor parte de las cosas son hechas por alguien de quien tenemos que decir que no fue nadie”.

Martin HEIDEGGER<sup>310</sup>

### 1. Introducción

Ya se ha expuesto al inicio de este trabajo<sup>311</sup> que en el *common law* el reconocimiento de la responsabilidad penal individual por los ilícitos cometidos en la empresa planteó desde un primer momento, como ocurrió en nuestro país, menos controversia dogmática que la de la propia entidad. Así pues, desde su temprana consolidación a principios del s. XVIII, coincidiendo con la célebre frase sentenciada por Lord Holt, *Chief Justice on the King's Bench*: “una persona jurídica no puede ser

---

<sup>310</sup> HEIDEGGER, M.: *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927.

<sup>311</sup> Véase *supra*, capítulo I.

imputada, pero sus miembros sí”<sup>312</sup>; esta responsabilidad ha ido desarrollándose *case by case*. Por ello, en este capítulo nos proponemos realizar una breve incursión en los puntos de partida que deben ser tenidos en cuenta para el establecimiento de la responsabilidad de los agentes situados en la cúspide de la empresa en el *common law*.

No debemos, sin embargo, comenzar el estudio de esta cuestión sin hacer antes una aclaración de carácter metodológico. Es obvio que la tarea fundamental que se abordará en el siguiente capítulo será el entendimiento de la responsabilidad penal de los altos directivos de la empresa en Estados Unidos y que ello obligará a centrarse posteriormente, como así se hará <sup>313</sup>, en los distintos casos en los que estos pueden devenir responsables. Sin embargo, para conocer y entender los diferentes casos en su plenitud, es imprescindible el estudio previo de las distintas reglas que se aplican para la atribución de responsabilidad penal en la práctica penal estadounidense: las *conduct rules* y las *decision*

---

<sup>312</sup> «A corporation is not indictable, but the particular members of it are», *Anonymous case*, 12 Mod. 559, 88 Eng. Rep. 1518 (K. B. 1701) (per Holt, C. J.). Véase, para un mayor desarrollo de este pronunciamiento, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime: selected cases, statutes and documents supplement*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2011, p. 39. También BRICKEY, K. F.: “Corporate Criminal Liability”, *Clark Boardman Callaghan*, vol. 1, 1992, New York, p. 150.

<sup>313</sup> Véase *infra*, apartado 2.

*rules*. Asimismo, no podemos adentrarnos en el estudio de los criterios a tener en cuenta para la individualización de la responsabilidad de los altos directivos, sin hacer una aclaración previa del motivo que nos ha llevado a emplear la locución “alto directivo” y no otros términos más comunes y con más tradición en nuestro Ordenamiento jurídico-penal, como pueden ser el de “administrador” (de hecho o de derecho) o “director”, a lo que dedicaremos el apartado 3 de este capítulo. Es momento ahora, pues, de adentrarnos en la primera de las cuestiones referidas: el estudio de las dos grandes reglas para la adscripción de responsabilidad en el *common law*.

## **2. Aplicación de las reglas de comportamiento y las reglas de imputación para la atribución de responsabilidad penal en la práctica jurisprudencial estadounidense**

Ya hemos señalado que la Teoría de la imputación kantiana, de la que anteriormente se han expuesto someramente sus bases, así como su versión moderna en HRUSCHKA y SÁNCHEZ-OSTIZ, puede servirnos de nexo de unión entre dos sistemas de tradición tan opuesta, como son el sistema de *common law* y el *continental*<sup>314</sup>. En realidad no se trata, en esta Tesis, de establecer

---

<sup>314</sup> Véase *supra.*, capítulo. III

equivalencias entre institutos jurídicos de uno y otro ámbito, y tampoco pretendemos algo tan ambicioso como afirmar la *supranacionalidad*<sup>315</sup> de la ciencia del Derecho del Derecho penal, de la Política criminal o de la dogmática o de aspirar, con primeros pasos, a ello. Lo que se pretende en este trabajo al utilizar como lenguaje vehicular la doctrina de la imputación es tanto poder comprender los problemas dogmáticos del *common Law* para la atribución de responsabilidad en un lenguaje que nosotros comprendamos, como poder extrapolar de un sistema a otro -del *common law* a nuestro sistema- aquello que pueda servirnos para reinterpretar unos criterios concretos que tienen una mayor tradición y desarrollo en el sistema estadounidense en el ámbito de la empresa como consecuencia de los factores ya apuntados al inicio de este trabajo.

Se trataría, por tanto, de superar, mediante el análisis técnico, los aspectos superficiales de estos dos sistemas, el sistema continental y el *common law*, para hallar en este ámbito concreto, en el ámbito de la individualización de responsabilidad de los agentes internos de la empresa, una “gramática internacional”<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, op. cit., p. 84.

<sup>316</sup> En este sentido, FLETCHER, G. P.: *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 19: «hay un conjunto de distinciones que constituyen la “estructura profunda” de todos los sistemas de Derecho penal. Son, por así decir, la “gramática universal del Derecho penal”.; Más escéptico, MUÑOZ CONDE,

común a los dos por medio de las enseñanzas básicas de la doctrina de la imputación. En otras palabras, lo que buscamos es utilizar tal doctrina, particularmente su distinción de base entre reglas de conducta y normas de imputación, para comprender cómo funciona la atribución de responsabilidad penal a los agentes de la empresa en el sistema anglosajón con un lenguaje jurídico que sea extrapolable al nuestro.

Se ha explicado anteriormente y es necesario recordar en este punto que las reglas de conducta son, “mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer” así como “reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer”<sup>317318</sup>, y funcionan

---

en el Prólogo al referido libro, p. 14; MUÑOZ CONDE, F.: “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”, *Revista Penal*, vol. 5, 5, 2009, p. 44 y ss., utilizando la expresión de «gramática internacional». Una crítica a esto en NAUCKE, W.: “Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 85, 2, 1973, p. 58 y ss.

<sup>317</sup> HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 47, Ministerio de Justicia, 1994, p. 344 .

<sup>318</sup> En realidad también son reglas de comportamiento las normas facultativas, que se corresponderían con las causas de justificación, y que son definidas en otro sitio por Hruschka como las "excepciones a las prescripciones y prohibiciones. por HRUSCHKA, J.: “Introducción: sobre la imputación”, op. cit., p. 22. A ellas, a mi parecer, habría que añadir otro tipo de reglas, no incluidas expresamente por HRUSCHKA ni por SÁNCHEZ-OSTIZ, que podrían denominarse las reglas de intervención, que serían las que diferencian la distinta forma de realización de un hecho contrario a las reglas prescriptivas y prohibitivas, bien a modo de autor, o bien a modo de partícipe. Esto se apunta, pero no se desarrolla

en la prospectiva, tratando así de configurar el actuar de los sujetos, motivándolos a actuar de un determinado modo. Sin embargo, las normas también funcionan en la retrospectiva como baremo de medición de los hechos realizados<sup>319320</sup>, constituyendo estándares de evaluación del comportamiento<sup>321</sup>. Desde esta última perspectiva, las reglas de conducta constituyen las condiciones bajo las cuales se le puede imponer responsabilidad a un sujeto por una determinada forma de comportamiento que se le ha imputado previamente como propio<sup>322</sup>. A partir de la constatación de que, comparando el hecho imputado con la regla de conducta, se ha realizado lo contrario a lo que esta requería, las reglas de imputación también sirven, en el segundo juicio de imputación, para establecer las condiciones bajo las cuales un sujeto se le puede atribuir el demérito de infringir tal regla de comportamiento, a

---

por completo, en MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit., p. 42 y ss.

<sup>319</sup> HRUSCHKA, J.: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", op. cit., p. 28.

<sup>320</sup> En este sentido, señala también SÁNCHEZ-OSTIZ, que esa "doble función de las reglas (en la prospectiva, configuradora de conductas, y en la retrospectiva, baremo de medición) puede guardar relación con la cuestión del carácter valorativo y/o imperativo de las normas penales". SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit., p. 292.

<sup>321</sup> HRUSCHKA, J.: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", op. cit., p. 345.

<sup>322</sup> *Ibid.*, pp. 346-356.

partir de la determinación de la capacidad del sujeto imputado de cumplir con la exigencia de conducta establecida en esa norma.

La diferenciación entre estos dos tipos de reglas, como ya se ha ido adelantando a lo largo de este trabajo, o, cuanto menos, la distinción analítica entre lo que supone atribuir un hecho a alguien y lo que supone valorar lo hecho conforme a una regla de conducta, no es algo que se pueda considerar exclusivo de la dogmática penal de los países de tradición germana, sino que, como se va explicar en lo que sigue, también está presente, de algún modo, en el *common law*.

Lo cierto es que la necesidad de diferenciar entre, por un lado procesos de imputación de hechos (y de méritos y deméritos) a agentes y, por otro, procesos de valoración de que tales hechos constituyen la infracción de normas de conducta, puede considerarse que informa, de algún modo, una esencial diferenciación que tiene su origen en la monumental obra que, a finales de los años setenta, escribió George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*<sup>323</sup>. En ella, Fletcher, de forma totalmente novedosa, explicaba la teoría anglosajona del delito partiendo de un sistema de tradición totalmente distinta al *common law*: la

---

<sup>323</sup> FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York/London, 1979.

teoría del delito entendida desde el *civil law*, basándose en los constructos de origen alemán. A los efectos que nos interesa, FLETCHER describe en esta obra la distinción en el Derecho penal alemán entre lo que él llama “wrongdoing” y “subject attribution” (o simplemente “attribution”) <sup>324</sup>. Así, según FLETCHER todo Derecho penal, pertenezca a la tradición del *common law* o del Derecho penal continental, contiene, por lo menos dos tipos claramente distintos de normas: aquéllas en atención a las cuales se juzga la acción u omisión como ajustada a Derecho o como contraria a Derecho, y aquellas reglas que sirven para atribuir un determinado hecho a un agente<sup>325</sup>.

En este sentido, especifica el autor, refiriéndose a nuestro sistema, que “there is at least one structural principle immanent in the criminal law, the distinction between wrongdoing and attribution”<sup>326</sup>. Esta distinción entre unas y otras normas, vertebró todo el libro, de forma tal que llega a afirmar el autor que “The question of wrongdoing is resolved under the set of primary legal

---

<sup>324</sup> FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, op. cit., p. 455.

<sup>325</sup> Sobre esto, con más profundidad, BYRD, B. S.: “Wrongs and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction”, *Wayne Law Review*, vol. 33, 1987, p. 1289 y ss.

<sup>326</sup> “Hay cuando menos un principio estructural inmanente al Derecho penal, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad”; FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, op. cit., p. 515.

norms, prohibiting or requiring particular acts, as supplemented by norms of justification, which provide a license to violate the primary norms. The question of attribution is resolved under an entirely distinct set of norms, which are directed not to the class of potential violators, but to the judges and jurors charged with the task of assessing whether individuals are liable for their wrongful acts”<sup>327</sup>. Es obvio que esta diferenciación entre wrongdoing y attribution se basa en la distinción entre la norma primaria (dirigida al sujeto que actúa) y la norma secundaria (dirigida a quien tiene que evaluar si se le puede hacer responsable o no por ello), por lo que difícilmente se puede hacer un total paralelismo entre la misma y la diferenciación entre procesos de imputación y procesos de valoración. Pero también es cierto que con ella Fletcher parece querer superar la confusión entre lo que son las condiciones que hacen que algo constituye un injusto y las que determinan que alguien se le pueda atribuir que lo ha realizado.

De hecho esto está también en Meir DAN- COHEN, en su obra “Decision Rules and Conduct Rules: On

---

<sup>327</sup> “La pregunta acerca de la antijuridicidad se resuelve mediante un conjunto de normas jurídicas primarias que prohíben o mandan determinado actos, complementadas con las normas de justificación, que proporcionan una autorización para infringir esas normas primarias. La pregunta acerca de la culpabilidad se resuelve mediante un conjunto completamente diferente de normas. Estas se dirigen, no a los potenciales infractores de las normas primarias, sino a los jueces y jurados que deben determinar si los individuos son reprochables por sus actos antijurídicos”. *Ibid.*, pp. 491-492.

Acoustic Separation in Criminal Law”<sup>328</sup>, partiendo de las ideas de BENTHAM<sup>329</sup>, cuando sugiere la posibilidad de distinguir entre dos tipos de normas legales: las que denomina “conduct rules” (reglas de conducta), que se dirigen a la población en general y que están diseñadas para guiar su comportamiento, y a las que se refiere con el nombre de “decision rules” (reglas de decisión), que se dirigen a los operadores jurídicos que apliquen las reglas de conducta<sup>330</sup>. Y se encuentra, a su vez, en el fondo de la diferenciación por parte de MOORE en el sistema de *common law* entre las *conduct rules* y las *decision rules*, que coincidirían con las condiciones del *wrongdoing* y la constatación de la *culpability*, respectivamente.<sup>331</sup> Posteriormente, ROBINSON reexamina estos dos tipos de normas a las que se refiere con el nombre de “rules of

---

<sup>328</sup> DAN-COHEN, M.: “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, op. cit., p. 626, n. 1.

<sup>329</sup> BENTHAM, J.: “A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, W. Harrison ed., vol. 24, nº 4, 1948.

<sup>330</sup> En este trabajo, el profesor DAN-COHEN emplea la distinción para crear un mundo imaginario en el que sólo los operadores jurídicos conocen el contenido de las reglas de decisión y sólo el público en general conoce el contenido de las reglas de conducta, explicando que esta ficción no difiere tanto de la realidad.

<sup>331</sup> En este sentido, afirma MOORE “Between wrongdoing and culpability, the conceptually primary notion is thus wrongdoing, for it is the content of our primary norms of obligation (which norms define wrongdoing) that tell us what it is culpable to desire, believe, or intend. The moral norms dealing with culpability are in one sense separate from the norms of wrongdoing. These norms of culpability are backward-looking norms for assessing responsibility for actions already done, and are distinct from the (partially) forward-looking norms of wrongdoing directing us to do or refrain from doing certain actions.” MOORE, M. S.: *Placing Blame a General Theory of the Criminal Law*, op. cit., p. 405.

conduct" (reglas de conducta) y "principles of adjudication" (principios de adjudicación)<sup>332</sup>, explicando que las reglas de conducta dan a la población en general ex ante una orden acerca de lo que pueden, deben y no deben hacer, mientras que los principios de adjudicación ofrecen a los operadores jurídicos (es decir, fiscales, jurados y jueces) criterios para la evaluación ex post del grado de violación de la reglas por parte de un individuo<sup>333</sup>.

A nuestro parecer lo que resulta interesante de esta diferenciación no es lo que pueda conllevar de similar o equivalente con algún tipo de distinción entre categorías de nuestro sistema del delito, sino el paralelismo entre lo que los autores pretenden lograr al diferenciar entre reglas de conducta y principios de decisión o de adjudicación, y lo que pretende la doctrina de la imputación al diferenciar entre reglas de conducta y reglas de imputación. Esto se ve con claridad cuando los autores se refieren, por ejemplo, a las determinación de las posiciones de garante y en general, a la equivalencia

---

<sup>332</sup> ROBINSON, P. H.: "Rules of Conduct and Principles of Adjudication", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 57, 1990, p. 729 y ss.

<sup>333</sup> "The rules of conduct function gives the general population ex ante direction as to what they can, must, and must not do. The principles of adjudication function gives decisionmakers (i.e., prosecutors, juries, and judges) guidance in assessing ex post the blameworthiness of an individual's violation of the rules." *Ibid.*, p. 731 Para mayor abundamiento sobre esto, consúltese ROBINSON, P. H.: *Structure and Function in Criminal Law*, op. cit., pp. 127-156. ROBINSON, P. H.: "A Functional Analysis of Criminal Law", op. cit., p. 857.

entre hacer y no hacer, y a los distintos presupuestos de la punibilidad de la omisión, que pueden ser reconducidos bien al plano de las reglas de conducta o prescriptivas, bien al plano de las reglas de imputación o adscriptivas.

ROBINSON se refiere directamente a esta cuestión, advirtiendo que mientras la exigencia de un "deber de actuar" (*duty to act*) aparece como una exigencia impuesta por una regla de conducta, la exigencia de capacidad de actuar surge de un principio de adjudicación y desempeña una función adscriptiva, a saber, la misma función que en el ámbito de los delitos de comisión corresponde al requisito de la voluntariedad del acto<sup>334</sup>. Esta tesis que hace una correspondencia entre las reglas de imputación y la exigencia de la capacidad, en contraposición con las reglas de conducta, la sostiene también MOORE en su análisis de las condiciones que deben darse para el reproche por una omisión<sup>335</sup>. En este sentido MOORE afirma que se debe describir la omisión, en tanto forma de comportamiento (o se podría decir, regla de comportamiento), como una mera ausencia de acción, sin que resulte adecuado incluir en este plano las exigencias de intención o estado mental alguno, de modo

---

<sup>334</sup> ROBINSON, P. H.: "Rules of Conduct and Principles of Adjudication", op. cit., pp. 739-740.

<sup>335</sup> MOORE, M. S.: *Placing Blame a General Theory of the Criminal Law*, op. cit., pp. 262-266.

que en este sentido, omitir pueda ser entendido como un mero "no-hacer"<sup>336</sup>. Así, por el contrario, las exigencias de *mens rea*, deben considerarse externas al concepto de omisión, en la medida en que ellas no son más que condiciones de responsabilidad individual por un comportamiento -bien sea de hacer o de no hacer-. Por otro lado, es interesante reparar a los efectos que aquí nos interesan, en que MOORE también ofrece un criterio para reconocer cuando una contravención de un mandato de impedir activamente un daño o una lesión se puede equiparar a la contravención de una prohibición de causar de forma activa ese daño, es decir cuando se puede considerar que un no-hacer equivale a un hacer.

Así, el criterio que MOORE destaca y que sitúa en el plano de las reglas de conducta, como no puede ser de otro modo, consiste en la distinción entre deberes negativos -de no hacer- y deberes positivos -de hacer-<sup>337</sup>. Entiende el autor que lo que diferencia a los primeros de los segundos es su fundamento deontológico, en el sentido de que un deber negativo es correlativo a un derecho de otro<sup>338</sup>, pues quien viola un deber negativo, por ende, lesiona un derecho ajeno. Por el contrario, los deberes positivos, generalmente, se basarían en razones

---

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> *Ibid.*, pp. 277-281.

<sup>338</sup> *Ibid.*

consecuencialistas y son, por tanto, neutrales desde el punto de vista del agente, pues vinculan a cualquier sujeto sin que éste aparezca obligado frente al titular de un derecho subjetivo correlativo<sup>339</sup>. No obstante, MOORE repara en que excepcionalmente hay deberes positivos cuya infracción no se puede equiparar a la infracción de un deber negativo<sup>340</sup>, y esto último ocurriría siempre que se pueda entender que un deber positivo emana de una norma que fundamenta un derecho ajeno correlativo<sup>341</sup>.

Con todo ello, y sin detenernos más en esta discusión con la finalidad de destacar lo que a los efectos de este trabajo es relevante, este paralelismo que se puede realizar entre ambos sistemas, el *common law* y el *civil law*, de tradiciones totalmente distintas, puede servirnos para entender y poder profundizar sobre los estándares aplicados en el ámbito empresarial. Esta no es una cuestión baladí, pues la comprensión de estas *conduct rules* y *decision rules* van a ser la base fundamental para poder entender los criterios o estándares utilizados por la jurisprudencia del *common law*. Criterios que podrán servirnos -como se analizará con profundidad más adelante- para poder aplicarlos en nuestro sistema judicial. Es el momento ahora de

---

<sup>339</sup> *Ibid.*, pp. 280-281.

<sup>340</sup> *Ibid.*

<sup>341</sup> *Ibid.*

sumergirnos en el estudio de estos estándares en el ámbito específico del Derecho empresarial.

En el ámbito del Derecho penal empresarial del common law las *conduct rules* y las *decision rules*, son más conocidas como *standards of conduct* y *standards of review*, respectivamente <sup>342</sup>. Como se ha explicado con profundidad, una *norma de conducta* establece cómo un actor debe llevar a cabo una determinada actividad o ya concretamente en ámbito empresarial, cómo un sujeto debe llevar a cabo un rol determinado. Estas normas de conducta establecen el parámetro con el que operan los tribunales a la hora de examinar si a un determinado sujeto se le debe imponer responsabilidad o bien ha operado dentro del margen de lo que la norma misma permite, valorando la conducta que ha llevado a cabo en el ámbito de su actividad empresarial. Tradicionalmente, las dos grandes áreas de Derecho empresarial que tratan de reglas de conducta (o de comportamiento) –*standards of conduct*– han sido los deberes fiduciarios de diligencia y el deber de lealtad. Aunque sobre esto se volverá para explicarlo con mayor profundidad, el deber de diligencia o de cuidado se refiere a las normas de conducta aplicables a un directivo o administrador que actúe o no actúe, en un asunto que no afecta estrictamente a su

---

<sup>342</sup> Para su estudio con mayor profundidad, consúltese, entre otros, EISENBERG, M. A.: “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham L. Rev.*, vol. 62, nº 3, 1993, Nueva York.

propio interés- en adelante se hará referencia a dicha acción o inacción como una *disinterested conduct*-. El deber de lealtad se refiere a las normas de conducta aplicables a un director o administrador que actúa o no actúa, en un asunto que involucra a su propio interés -en adelante se hará referencia a dicha acción o inacción como una *self-interested conduct*-<sup>343</sup>

Los *standards of review* son sin duda más complejos, pero en esencia se pueden dividir en tres niveles: un nivel muy exigente, un nivel muy relajado, y un nivel intermedio entre esos dos extremos<sup>344</sup>. En muchas o la mayoría de las áreas del derecho, estos dos tipos de normas (los *standards of conduct* y los *standards of review*) tienden a ser erróneamente fusionadas<sup>345</sup>. La fusión de las normas de conducta y normas de imputación en un mismo plano es tan común que hasta en algunas resoluciones judiciales se confunden y pasan por alto su distinción.<sup>346</sup>

---

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>345</sup> Véase, por ejemplo, *Levesque v. Anchor Motor Freight, Inc.*, 832 F.2d 702, 704 (1st Cir. 1987) ("In that jurisdiction, as elsewhere, a driver's duty is to use care which is reasonable under the circumstances .... "); see also *Thomason v. Willingham*, 165 S.E.2d 865, 867 (Ga. Ct. App. 1968) (stating that a driver has a common law duty to exercise ordinary care). También en el caso *Levesque*, 832 F.2d at 704; *Restatement of Agency* § 390 (1933).

<sup>346</sup> Esto hizo que en el caso *United States vs. White* el tribunal llamara la atención de los operadores jurídicos, sacando a relucir lo pernicioso de esta errónea práctica.

Tal vez los *standards of conduct* y los *standards of review* del derecho corporativo estadounidense siempre serían idénticos en un mundo en el que la información fuera perfecta, el riesgo de responsabilidad por asumir un rol determinado en la empresa siempre fuera el mismo y las circunstancias de una empresa y otra nunca difirieran. En el mundo real, sin embargo, estas condiciones rara vez se mantienen. La consecuencia directa de esto ha sido que los estándares han ido evolucionando de la mano del desarrollo de los entes corporativos.

Así, en el pasado, los principales estándares de conducta habían sido la buena fe, el *business judgment*, la prudencia, la negligencia y la negligencia grave, entre otros<sup>347</sup>; y en los últimos tiempos, a la evolución de estos se han sumado algunas novedades importantes, como ha sido la aparición de los niveles intermedios de exigencia. Sin embargo, antes de adentrarnos en la explicación con detalle de la evolución y desarrollo de los distintos estándares exigibles a los altos directivos en Estados

---

<sup>347</sup> American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (Proposed Final Draft 1992)* [hereinafter *Principles of Corporate Governance*]. Véase, EISENBERG, M. A.: "Self-Interested Transactions in Corporate Law", *J. Corp. L.*, vol. 13, 1987, p. 997 and EISENBERG, M. A.: "The Duty of Care of Corporate Directors and Officers", *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 945, nº 51, 1990, p. 945.

Unidos, haremos un breve excursio en el apartado que sigue para explicar el concepto de los sujetos objeto de estos estándares: los altos directivos.

### **3. La noción de “alto directivo” como concepto que aúna a los “directors” y “officers”: definición y criterios delimitadores**

Como se ha explicado en la introducción a este trabajo<sup>348</sup>, vamos a limitar la búsqueda de criterios para la adscripción individual de responsabilidad penal en la estructura empresarial, de entre todos los agentes internos que ejercen actividades en la empresa, a los altos directivos de la misma. En esta expresión, la de “altos directivos”, incluiremos a los *directors* y a los *officers* (D & O): a los *directors*, que son aquellos que ejercen las labores de dirección en la empresa, bien por sí solos o bien formando parte del Consejo de Administración -*board of directors*-<sup>349</sup>, y a los *officers*, que es como usualmente se llama a los que ejercen las funciones de administración en la empresa y a los

---

<sup>348</sup> Véase supra “Introducción: objeto, objetivos y estructura de la investigación”

<sup>349</sup> Sobre ello, véase, Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 50. Sobre la estructura organizativa de las personas jurídicas en general, y particularmente de las corporations, véase; PINTO, A.; BRANSON, D.: *Understanding Corporate Law*, LexisNexis Matthew Bender, Dayton, 2009, pp. 72-89; EMANUEL, S.: *Corporations*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2009, pp. 49-79; HAMILTON, R. W.; FREER, R. D.: *The law of corporations in a nutshell*, Thomson/West, New York, 2011, pp. 75-82, 118-133, 137-148.

ejecutivos más importantes en la estructura de la entidad, designados directamente por los *directors* o por el *board of directors*<sup>350</sup>. En todo caso, no debemos de dejar de advertir que aunque en un primer vistazo pudiera parecer que podría asimilarse el *director* con lo que se entiende por nuestra figura de director en el *civil law* y el *officer* con nuestra categoría de administrador, esto no puede afirmarse de una forma tan categórica.

En efecto, debido al amplio desarrollo que sufrieron en las últimas décadas las funciones de los altos directivos en la empresa en Estados Unidos, se hizo necesario diferenciar las categorías de “directors” y “officers”<sup>351</sup>. En este sentido, la diferenciación entre ambas posiciones jurídicas se hacía fundamentalmente en base a la aplicación del régimen que gobierna la

---

<sup>350</sup> Véase, EMANUEL, S.: *Corporations*, op. cit., p. 50. Cabe indicar que la Model Business Corporation Act somete a unos y a otros a similares obligaciones. Esta, como expusimos en su momento, es un texto articulado, propuesto por la American Bar Association, para tratar de unificar las distintas legislaciones estatales relacionadas con las business corporations. Como otras propuestas emanadas de la American Bar Association, la Model Business Corporation Act ha ejercido gran influencia en muchos ordenamientos estatales. En general sobre las funciones de los directors y de los officers, así como sobre la naturaleza de la relación que les une, véase, PINTO, A.; BRANSON, D.: *Understanding Corporate Law*, op. cit., pp. 136-141; BAINBRIDGE, S. M.: *Corporate Law*, 3ª, West Academic, St. Paul, 2015, pp. 75-95; HAMILTON, R. W.; FREER, R. D.: *The law of corporations in a nutshell*, op. cit., pp. 118-133, 137-148.

<sup>351</sup> Curiosamente, se distingue también entre “directors” y “officers” desde hace poco en Francia, en donde a partir de la “Loi NRE du 15 mai 2001” se introduce la posibilidad (por inspiración claramente norteamericana) de separar las funciones del presidente (“president”) y el director general (“directeur général”): COZIAN, M. C.; VIANDIER, A. V.; DEBOISSY, F. D.: *Droit des sociétés*, Ed. LexisNexis, Francia, 2006, p. 223.

“relación fiduciaria” de “directors” y “officers” para con la empresa.

La llamada “relación fiduciaria” en el ámbito empresarial del *common law*, que hace referencia al vínculo entre administrador/director y sociedad desde una perspectiva contractual, en las últimas décadas ha comenzado a ganar cada vez más adeptos entre la doctrina del *civil law*, especialmente en el ámbito mercantil. En este sentido, hay quienes no descartan, sugieren o incluso reclaman, una reinterpretación de la normativa existente conforme a esta visión, especialmente en lo que se refiere a los deberes de los administradores/directores<sup>352</sup>, en cuyo ámbito la teoría contractual clásica<sup>353</sup> no justifica suficientemente y la teoría orgánica tiene su mayor carencia<sup>354</sup>.

El concepto de “relación fiduciaria” tiene su origen hace poco más de tres siglos en el *common-law*

---

<sup>352</sup> Véase, entre otros, PORTELLANO DÍEZ, P.: *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996, p. 22; ORIOL LLEBOT MAJÓ, J.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 46; MAMBRILLA RIVERA, V.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas:(estructura de gobierno y mercados)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 946-947.

<sup>353</sup> Véase *supra*, capítulo II.

<sup>354</sup> Véase *supra*, capítulo II.

británico<sup>355</sup>, y desde entonces ha ido evolucionando en la praxis judicial siendo aplicado a diferentes tipos de vínculos, entre ellos el personal, el social o el legal. Todos ellos tienen en común la confianza que deposita un sujeto en otro, siempre que esta confianza surge de una posición de dominio e influencia<sup>356</sup>.

Aunque este concepto de relación fiduciaria se inició con la sencilla relación existente entre amo y siervo, ha sido empleado ya en las últimas décadas, sobre todo en Estados Unidos, para referirse a las relaciones de agencia. Al mismo tiempo, los esquemas jurídicos de estas dos figuras se han ido equiparando por la doctrina, de acuerdo a las similitudes que comparten, a la relación que hay entre el administrador y la corporación misma, con la finalidad de poder aplicar por analogía el amplio desarrollo jurisprudencial existente para la *agency*. De esta forma, el administrador, al igual que el “agent” está inmerso en una relación de confianza que supone el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad

---

<sup>355</sup> Se sitúa en 1698 por la doctrina el momento en el que la Corte Inglesa hizo referencia al vínculo existente entre amo y siervo, la “*master-servant relationship*” como una relación fiduciaria. Véase en este sentido, entre otros, HINESTROSA, F.: *La representación*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2008, pp. 518-519; y CASTRO DE CIFUENTES, M.: “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, 1, 1986, Bogotá, p. 124.

<sup>356</sup> GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, *Thomson-Aranzadi, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades*, nº 20, 2003, Navarra, p. 239.

conocido como “fiduciary duty”<sup>357</sup>, de lo que deriva que en el *common law* todo aquel que deba cumplir con este deber sea conocido como “fiduciary”<sup>358</sup>.

Toda esta explicación relativa a la relación fiduciaria, sobre la que se volverá en otro momento con más profundidad<sup>359</sup>, es sumamente relevante, como apuntábamos y a los efectos que ahora nos interesan, para explicar el origen de la diferenciación entre *officer* y *director*. Así pues, debido a la evolución que habían sufrido en los últimos años las estructuras empresariales y la separación de la titularidad de la empresa y las labores de administración en distintos sujetos (el accionista y el administrador, respectivamente), la figura del *director* se había identificado cada vez más con el mero titular de la corporación, quedando para el *officer* las funciones de administración de la misma.

De este modo, se entendía que para los

---

<sup>357</sup> «A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (such [...] corporate officer) to the beneficiary (such [...] a shareholder)». (GARNER, B. A.; BLACK, H. C.: *Black's law dictionary*, Thomson/West, St. Paul, 2004, p. 545, voz “fiduciary duty”).

<sup>358</sup> «A person who is required to act for the benefit of another person on all matters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence, and candor –the corporate officer is a fiduciary to the corporation–». (*Ibid.*, p. 658, voz “fiduciary duty”).

<sup>359</sup> Véase *infra*, capítulo VI.

“directors”<sup>360</sup> que sólo eran accionistas o titulares de la corporación, la “agency” y el “trust”<sup>361</sup> no eran suficientes para explicar el régimen que gobernaba su “relación fiduciaria” para con la empresa, por lo que en la praxis jurisprudencial y en la doctrina del *common law*, se había llegado al entendimiento de que en todo caso, la relación de los *directors* -que eran meros accionistas- con la empresa era una relación fiduciaria “sui generis”<sup>362</sup>. En este sentido, los deberes de los *directors* que exclusivamente actuaban como titulares o accionistas, a los que no se le podían aplicar los principios de la *agency*<sup>363</sup>, venían determinados, por un lado, por los principios generales de las relaciones fiduciarias que se habían ido desarrollando por los tribunales para su posición jurídica en concreto, pero también, por otro lado, por los deberes determinados por las leyes societarias y la autonomía privada<sup>364</sup>. Sin embargo, para

---

<sup>360</sup> Véase sobre esto, CLARK, R. C.: *Corporate Law*, Boston/Toronto, 1986, p. 105 y ss. Véase también la Sección §8.01 y ss. del “Revised Model Business Corporation Act” (RMBCA) elaborado por la “American Bar Association” (ABA) (Se ha consultado la tercera edición revisada en el año 2002); y la Sección §141 del Delaware Corporation and Business Entity Laws.

<sup>361</sup> GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, op. cit., p. 240.

<sup>362</sup> CLARK, R. C.: *Corporate Law*, op. cit., p. 112, lo califica de “special status”.

<sup>363</sup> GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, op. cit., p. 241, HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, 5ª ed., West Group, New York, 2000, p. 445.

<sup>364</sup> En este sentido, la doctrina americana, basándose en el “Restatement

el caso de que estos no fueran meros accionistas, sino que ejercieran labores efectivas como administradores, se les podía aplicar régimen que gobierna la “relación fiduciaria” bajo los principios de la *agency*.

Esta diferenciación para la aplicación del régimen jurídico de la *agency*, dependiendo de si el *director* actuaba como un mero titular o accionista o si actuaba como un verdadero administrador, no había sido desarrollado para la figura del *officer*, del que se presumían siempre, como es lógico, sus labores de administración y por tanto su sometimiento a los principios de la *agency*. Por tanto, sí se admitía de forma general por la doctrina que los “officers”<sup>365</sup>, tenían una

---

(second) of Agency” (Publicado en 1958 por el American Law Institute (ALI)), sostenía que no se podían asimilar este tipo de “directors” a los “agents”, por dos razones principalmente, que Llebot resume de la siguiente forma: 1) «mientras en la agency relationship el principal retiene el poder de controlar y dirigir las actividades del agent, por el contrario, los accionistas, en general, no pueden, una vez nombrados los administradores, estar impartiendoles constantemente instrucciones», pues no tienen esa facultad 2) «mientras el principal puede revocar en cualquier momento el poder del agent, los accionistas (individualmente considerados), no pueden separar de ese modo a los administradores», refiriéndose con esto último a los accionistas (ORIOL LLEBOT MAJÓ, J.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, op. cit., p. 25, n. 13).

<sup>365</sup> En este sentido, GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, op. cit., pp. 289-292, explica que el término “director” no tiene un carácter unívoco ni en la doctrina ni en las distintas legislaciones estatales de los Estados Unidos, de ahí que bajo ese término se encierren denominaciones como: “president” y “chief executive officer”, entre otros muchos. Sobre los *officers*, véase también Cfr. CARY, W. L.; EISENBERG, M. A.: *Cases and Materials on Corporations*, 6ª ed., Ed. The Foundation Press, New York, 1988, p. 155. CLARK, R. C.: *Corporate Law*, op. cit., p. 113 y ss.

relación con la sociedad equiparable a todos los efectos con la de la “agency”<sup>366</sup>. Así pues, toda la construcción teórico-jurídica de los principios de la “agency relationship” eran totalmente aplicables –si bien, con las particulares requeridas para su categoría jurídica en concreto- a los “officers”, pero también eran aplicable a los “directors” cuando no eran meros accionistas, sino que ejercían labores efectivas de dirección y administración<sup>367</sup>.

La diferenciación entre estas dos categorías jurídicas, por tanto, deberá ser tenida en consideración a lo largo de este trabajo, como se verá, porque en determinados momentos se percibirán ciertas particularidades que divergen entre una y otra, con consecuencias prácticas relevantes que serán identificadas en el lugar que corresponda. No obstante, hemos decidido utilizar como locución que aúna al *director* y al *officer* la expresión “alto directivo” desechando el empleo de otros términos con más tradición en el Derecho penal español, como podría haber sido el de “administrador” o “director”, aun cuando podría pensarse en un primer momento que coinciden

---

<sup>366</sup> Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene, sin embargo, que los “officers” no son “agents” de la sociedad sino del “board of directors”. CARY, W. L.; EISENBERG, M. A.: *Cases and Materials on Corporations*, op. cit., p. 155.

<sup>367</sup> HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, op. cit., pp. 324-325; CLARK, R. C.: *Corporate Law*, op. cit., pp. 114-117.

con la diferenciación entre “officer” y “director”, respectivamente. Esta analogía entre lo que en el *civil law* entendemos como director y el significado de “director” para el *common law*, y la identificación entre el “officer” y el administrador en nuestra tradición jurídica, sería, como habíamos apuntado anteriormente, errónea, por lo que consideramos más idóneo referirnos a ellos indistintamente con la expresión “altos directivos”. Hemos adoptado finalmente esta locución para poner de relieve la preeminencia de las normas en esta materia referidas a los directores, que podemos avanzar que serán las más numerosas, así como las más trascendentes. No obstante, lo que ocurre realmente en la mayoría de las veces, como se verá, es que las sentencias declaran aplicables «officers» las normas propias de los «directors», por analogía. Por último, debe destacarse en este punto que la elección de esta locución no ha sido un mero capricho, pues esta expresión tiene un amplio desarrollo doctrinal –especialmente en el ámbito laboral– que se ajusta, como veremos en los que sigue, a la integración de las funciones que el “director” y el “officer” tienen asignadas en el *common law*.

El hecho de acudir en un primer momento, para la definición de este concepto a la normativa laboral, es crucial, por dos motivos fundamentalmente. El primero de ellos es el prolijo desarrollo jurisprudencial en este ámbito sobre el concepto de alto directivo, no sólo desde

hace unas décadas, sino también, como se verá, en los últimos años debido a la adecuación a la nueva realidad empresarial que se ha impuesto, como no podía ser de otra forma, también en nuestro país. El segundo motivo que nos lleva en este punto del trabajo a acudir a la normativa extrapenal -laboral- es la necesaria armonización del Derecho en todas sus facetas. Esta última cuestión tiene especial importancia si se considera que los criterios desarrollados en este trabajo, que tendrán una aplicación eminentemente práctica -pues ya la están teniendo en la actualidad, aunque no en la forma en la que debiera<sup>368</sup>-, pueden entrar en conflicto con el Derecho laboral. Así, a falta de jurisprudencia en el ámbito penal sobre esta cuestión concreta, proponemos que la aplicación de los criterios desarrollados en este trabajo, se canalice teniendo en cuenta la normativa laboral aplicable en cada momento y especialmente en este caso, la profusa corriente doctrinal en el ámbito laboral sobre el desarrollo del status de alto directivo<sup>369</sup>.

Así, en España, en la doctrina laboral IGLESIAS CABERO, ha definido el alto directivo aquel sujeto que "(...) rija la total vida industrial, laboral, comercial, financiera y de todo orden del negocio, sin necesidad de

---

<sup>368</sup> Sobre ello, se volverá más adelante. Véase *infra*, capítulo VIII.

<sup>369</sup> En profundidad sobre esta cuestión, *cfr* GÓMEZ MARTÍN, V.: "Compliance y Derechos de los trabajadores", en KUHLEN; KUDLICH; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 125-146.

recibir órdenes del titular del mismo, sea una persona individual o un ente orgánico, y con facultades para llevar la total dirección y administración del negocio, realizando incluso actos patrimoniales de disposición, lo que implica el desempeño de funciones rectoras de la empresa en sí, y no sólo las que suponen una dirección o un trabajo especializado dentro del complejo total de la entidad en que se presten esos servicios (...)"<sup>370</sup>.

Pero no sólo la doctrina laboral ha definido este concepto, sino también ha habido sobre el mismo un amplio desarrollo normativo y jurisprudencial. Ya el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto<sup>371</sup> -todavía vigente-, nos daba un concepto de lo que debía considerarse personal de alta dirección o alto directivo en el ámbito laboral, explicando que son "aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitados por los criterios e instrucciones directamente emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe

---

<sup>370</sup> IGLESIAS CABERO, M.: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección* : Real Decreto 1382/1985, de 1 de Agosto, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 41.

<sup>371</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

aquella titularidad”<sup>372</sup>.

Según el contenido de esta norma especial se debía entender que no todo directivo de una empresa se incluía en la categoría de alto directivo, precisamente porque del sentido de la norma se extraía como requisito para ostentar esta condición, no sólo el hecho de ocupar un cargo de mando o tener la facultad de impartir órdenes en el ámbito de la empresa, sino que además se debían cumplir tres requisitos, que habían sido interpretados en base a este artículo por la jurisprudencia y que a continuación se detallan <sup>373</sup>. En primer lugar, los tribunales exigen para hablar de “alta dirección” *stricto sensu*, un criterio “funcional”, que consiste en que el sujeto lleve a cabo las funciones inherentes a la titularidad de la empresa. En segundo lugar, se exige también por nuestros tribunales, un criterio “objetivo”, consistente en que esas funciones que desempeñe el sujeto forzosamente afecten al objetivo general de la empresa. En último lugar, otro de los requisitos que exige la jurisprudencia es que el ejercicio de esos poderes se lleve a cabo “con autonomía y plena responsabilidad”.

Sin embargo, en la jurisprudencia, la necesidad de

---

<sup>372</sup> Art. 1. 2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

<sup>373</sup> Véanse, entre otras, las SSTs de 24 de enero de 1990 (RJ 1990, 205) y de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1231).

reinterpretar las normas adaptándolas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, ha provocado que los tribunales hayan impulsado una nueva lectura de este artículo, de forma que se adecúe de una forma más óptima a las actuales estructuras empresariales, de mayor complejidad que las existentes en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto. En este sentido, actualmente los tribunales ponen una mayor atención en la intensidad del poder material de mando que pueda tener el sujeto en comparación con otros agentes internos de la empresa, dejando a un margen la existencia de un apoderamiento formal del mismo, pues lo importante, al fin y al cabo, a los efectos que interesan en la praxis judicial, es la extensión de las facultades reconocidas al sujeto -ya sea de forma tácita o explícita-, especialmente las que se ejercen por el mismo de forma real y efectiva<sup>374</sup>.

Por otro lado, el segundo requisito que exigía la jurisprudencia, al que nos referíamos anteriormente como criterio objetivo, que hacía referencia a que los poderes del alto directivo afectaran a los objetivos generales de la corporación, sí que ha sufrido un mayor giro interpretativo, que a continuación explicaremos brevemente. En un primer momento, se sostuvo por los tribunales que las facultades encomendadas a este sujeto,

---

<sup>374</sup> Véase, entre otras, la STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1870).

para poder ostentar la categoría de “alto directivo”, debían regir la totalidad de las áreas del negocio<sup>375</sup> tanto desde una perspectiva funcional como territorial. Así, si los poderes que encomendados a este sujeto, estaban restringidos o asignados a una determinada parcela de la actividad en el seno de la empresa, el sujeto no gozaba de la categoría de alto directivo.

Posteriormente, como era de esperar, se ha ampliado la categoría de alto directivo también a aquellos sujetos que, limitando sus funciones de dirección superior a zonas, o incluso a ámbitos concretos, comprometen o implican en su área de influencia los objetivos generales de la empresa<sup>376</sup>. Y ello, porque es muy común por la complejidad de las estructuras empresariales modernas, la distribución del ejercicio de determinadas funciones específicas entre un grupo reducido de personas para que, sin ningún tipo de sometimientos a otro sujeto u órgano intermedio, dirijan determinadas actividades de la empresas, responsabilizándose sin embargo, exclusivamente, de esa parcela o sector en el que están especializados.

En este sentido, un amplio sector de la doctrina

---

<sup>375</sup> En este sentido, entre otras, la STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991, 43).

<sup>376</sup> Véase, entre otras, la STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233).

laboralista científica<sup>377</sup> y jurisprudencial<sup>378</sup> ha propuesto también la calificación de un agente de la empresa como alto directivo, aun cuando sus poderes se encuentren limitados territorial o funcionalmente. Y ello, porque como se ha apuntado, es algo manifiesto en la práctica societaria no sólo la descentralización del proceso de producción en las grandes corporaciones, sino también la colocación al frente de cada sector territorial o área productiva de un gerente con amplias potestades para

---

<sup>377</sup> Véanse, por ejemplo, SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1999, p. 552, quien, reproduciendo un inciso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 1992, afirma que «... en una gran empresa, el gobierno de la misma puede ser y de hecho es, compartido por más de una persona, por lo que cabe perfectamente en su seno la existencia y concurrencia de diversos altos cargos, referidos a áreas, departamentos o sectores amplios de su tráfico, con los poderes necesarios cada uno de ellos para regir tales áreas o sectores y con la autonomía suficiente también dentro de su ámbito de actuación, por lo que sin desconocer el carácter restrictivo de esta interpretación, el actor debe ser calificado como Alto Cargo de la empresa demandada...»; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Administradores y altos directivos [arts. 1.3. c) y 2.1. a)]”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 100, 2000, p. 79 y ss.; DE VAL TENA, Á. L.: *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 20, 23, 107-109, 163 y ss., quien entiende que el *alter ego* del empresario es el que ejerce un poder no sólo en toda la empresa sino también en un determinado ámbito territorial o funcional de la misma, siempre que en esos reducidos ámbitos se encuentre comprometidos los objetivos generales de la empresa. En este sentido, también, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1992, p. 132 y ss.; BLASCO PELLICER, A. A.: *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 27-29, quien defiende el ejercicio sectorial de los poderes, siempre que en dichas áreas «...estén comprometidos los objetivos generales de la empresa...»;

<sup>378</sup> En este sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de junio de 1999 (Ar. 5067); 22 de abril de 1997 (Ar. 3492); 2 de enero de 1991 (Ar. 43); 12 de septiembre de 1990 (Ar. 6998); 11 de junio de 1990 (Ar. 6091); 13 de marzo de 1990 (Ar. 2065); 24 de enero de 1990 (Ar. 205).

dirigir la marcha de la empresa en ese ámbito más reducido<sup>379</sup>.

Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha avalado la interpretación propuesta, a partir de la Sentencia de 3 de marzo de 1990, al afirmar que el artículo 1.2º del Real Decreto <sup>380</sup> “(...) no exige que únicamente merezca tal calificación el alter ego de la empresa, el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial; ya que la primera expresión hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión territorial o funcional, de suerte que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad del alto directivo ya que en definitiva la esencia de éste consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la empresa(..)”. De este modo, este carácter general del poder atribuido a los altos directivos no tiene por qué identificarse con la totalidad de los poderes inherentes a

---

<sup>379</sup> Véanse, por ejemplo, TAPIA HERMIDA, A.: “La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 3737-3738, quien defiende esta interpretación con base en las nuevas circunstancias existentes en el mercado; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares del empresario”, en AA.VV.: *Liber amicorum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Civitas, Madrid, 2003, p. 195 y ss.

<sup>380</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

la titularidad de la empresa. Más bien al contrario, la categoría jurídica de alto directivo permite la inclusión de ciertas limitaciones en este punto, pudiéndose incluir dentro de esta figura en la praxis judicial, como veremos en lo que sigue, supuestos muy diferentes.

En este sentido, la jurisprudencia únicamente admite la restricción de los poderes conferidos al alto directivo mientras se mantenga su posición relevante en el seno de la organización empresarial, interpretado tradicionalmente como la necesaria proyección de los poderes del directivo sobre la totalidad del funcionamiento de dicha organización empresarial<sup>381</sup>. Así, nuestros tribunales han considerado que se podía hablar de alta dirección en casos como el de un presidente de una de las tres áreas que formaban el grupo empresarial, pues estaba incluido en la cabecera del grupo, por lo que su puesto era el vértice del área como alto directivo<sup>382</sup>. Asimismo, se ha calificado de alto directivo a un director del área de “oficina”, por considerar que el área en el que el directivo ejercía sus funciones era un área funcional de indiscutible

---

<sup>381</sup> Para mayor profundidad sobre esto, véase, DESDENTADO BONETE, A.; DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 65.

<sup>382</sup> STSJM de 18 de diciembre de 2001 (AS 2002, 657).

importancia para la actividad de la empresa<sup>383</sup>. Incluso se ha identificado también como alto directivo a un director de colegio con límite de disposición en la cuantía de 6.010,12 € y que precisaba autorización para cantidades superiores. En este último caso, el matiz radicaba en que se trataba de un director del colegio y de la fundación, por lo que no estaba ceñido únicamente a los objetivos del colegio<sup>384</sup>.

Por el contrario, según la interpretación llevada a cabo por nuestros tribunales, no entraría dentro del concepto de alto directivo el caso singular de un director del Instituto Cervantes en Bruselas que dependía de la dirección de Madrid, ya que tenía poderes mancomunados.<sup>385</sup> Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado a estos efectos sobre el caso concreto de un ingeniero de minas, al que tampoco ha considerado alto directivo por no guardar su actividad relación con la gestión de la marcha empresarial en su conjunto, ya que no tomaba decisiones en este sentido, sino que exclusivamente realizaba funciones propias del título que

---

<sup>383</sup> STSJM de 9 de junio de 2002 (AS 2002, 3100).

<sup>384</sup> STSJM de 9 de abril de 2007 (AS 2008, 975).

<sup>385</sup> STSJM de 19 de septiembre de 2006 (AS 2006, 3486). Explica la sentencia que el director, para ausentarse del centro necesitaba permiso explícito de la Dirección General (concretamente del Secretario).

lo habilitaba -las de ingeniero-<sup>386</sup>.

Esta reinterpretación y ampliación del concepto de alto directivo llevada a cabo por los tribunales es consecuencia de un cambio en la realidad empresarial, así como de la redefinición del concepto personal de directivo, ampliándolo a todo trabajador que en el ejercicio de sus facultades actúe con poderes superiores de administración y gestión, aun cuando estos estén limitados a una zona geográfica o un ámbito funcional. Se sigue exigiendo, claro está, que en estas parcelas de actuación más restringidas se decidan aspectos relevantes para los objetivos generales de la empresa misma.

Así, siguiendo esta interpretación, nuestros tribunales han considerado que se debía identificar dentro de la categoría de alta dirección al director de una sucursal en España de una sociedad francesa con poderes legales suficientes y que seguía las instrucciones y direcciones del consejo de Administración de Francia<sup>387</sup>. En cambio, se ha entendido que no entraba dentro de esta

---

<sup>386</sup> Lo mismo sucede con un Director de Marketing, actividad ésta que no estaba unida a conseguir objetivos generales de la empresa, y cuyo límite de disposición, además, se encontraba en 12.000 €. (STSJM de 18 de febrero de 2008 (AS 2008, 1328)).

<sup>387</sup> STSJM de 16 de enero de 2001 (AS 2001, 545). En el mismo sentido, la STSJM de 16 de noviembre de 2005 (AS 2006, 36)).

categoría, el director de una sucursal estadounidense en España, a la que se calificaba en la sentencia de mera sucursal de una matriz extranjera. Se trataba ésta de una matriz que además fijaba los objetivos a conseguir, el único socio era quien decidía la retribución del director en España, quien visaba los gastos y los pagaba directamente. Todas estas eran limitaciones en las facultades del directivo, quien debía reclamar previamente la aprobación de la empresa para realizar hojas de gastos de socios y directores, órdenes de compra y facturas a proveedores de cualquier tipo y cuantía, así como liquidaciones de incentivos y finiquitos<sup>388</sup>.

En tercer y último lugar, como se ha indicado anteriormente, es una exigencia de los tribunales para que un sujeto ostente el cargo de “alto directivo”, la autonomía de criterio y, como consecuencia de la misma, la plena responsabilidad del mismo en el ejercicio de estas funciones. Es cierto que en principio, a simple vista, parece que esta posición de autonomía del alto directivo, se contradice con la limitación misma que se exigía para este requisito: el sometimiento a las posibles órdenes del que ostente la titularidad de la sociedad. No obstante, siguiendo la interpretación de esta limitación por parte de los tribunales, nos daremos cuenta

---

<sup>388</sup> En este sentido, las STSJM de 3 de abril de 2002 (AS 2002, 1654), y de 28 de octubre de 2003 (AS 2004, 536).

fácilmente de que no se da contradicción ninguna, pues se trata de órdenes muy precisas que le priven materialmente o formalmente de su amplio margen del ejercicio de sus decisiones<sup>389</sup>, refiriéndose con esto la doctrina científica<sup>390</sup> a los casos en los que los altos directivos deben someterse a instrucciones y criterios, totalmente diferentes a las órdenes que se dan a los trabajadores comunes. Estas instrucciones a las que está sometida la alta dirección y que son excepciones a su plena autonomía, deben tener la finalidad de facilitar el control a posteriori, esto es, posterior a la realización de una determinada tarea de dirección de que, efectivamente, se ha cumplido con unos objetivos planificados desde un inicio.

---

<sup>389</sup> Entre otras, la STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8603).

<sup>390</sup> En este sentido se han pronunciado entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la SA", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 128 y ss.; DESDENTADO BONETE, A.; DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, op. cit., p. 67; JUSTE MENCÍA, J.: *Factor de comercio, gerente de empresa, director general: estudio jurídico mercantil*, Publicac. Real Colegio de España, Zaragoza, 2002, p. 82; SALA, F.; GARCÍA, N.: "Consejeros y administradores sociales", en DACRUZ, B.: *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 1990, p. 129; BLASCO PELLICER, A. A.: *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, op. cit., pp. 26-27; SAGARDOY DE SIMÓN, I.: "Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles", op. cit., pp. 553-554. En contra de este planteamiento, MARTÍNEZ MORENO, C.: "La relación de trabajo especial de alta dirección", *Colección estudios*, nº 11, 1993, pp. 149-150, 176, TAPIA HERMIDA, A.: "La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)", op. cit., p. 3730 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.: *El administrador social que trabaja para una sociedad anónima en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios*, McGraw-Hill Interamericana de España, Barcelona, 2002, p. 1558 y ss., especialmente pág. 1562.

Sobre este último requisito al que nos hemos referido, que el ejercicio de los poderes del alto directivo se lleve a cabo “con autonomía y plena responsabilidad”, ha habido diversas resoluciones jurisprudenciales en los últimos años, en las que caso a caso, nuestros tribunales también se han pronunciado para determinar cuándo se cumple y, por tanto, el sujeto puede ser considerado alto directivo o cuando no. En este sentido, se seguiría considerando alto directivo, por ejemplo, el caso de aquel directivo que vende sus acciones y continúa dirigiendo personalmente la empresa<sup>391</sup>, como también aquel que tiene poderes solidarios, de forma que no depende o está a las órdenes de otro director general con quien comparte poderes, pues al fin y al cabo, lo que esto significa es coordinar poderes al estar ambos directivos en el mismo plano de igualdad<sup>392</sup>.

Por el contrario, nuestros tribunales consideran que no entraría dentro de la categoría de alta dirección, el caso del director de hostelería que ejerce poderes mancomunados por delegación de un superior<sup>393</sup>, ni

---

<sup>391</sup> STSJM de 9 de junio de 2002 (AS 2002, 3100).

<sup>392</sup> STSJM, de 23 de febrero de 2006 (AS 2006, 1123).

<sup>393</sup> En este caso, el director sobre el que se analiza su pertenencia o no a la alta dirección, realizaba operaciones hasta un límite de 60.000 €, suscribía documentos necesarios con la Hacienda Pública o con la Seguridad social, despedía, arrendaba bienes inmuebles, desahuciaba inquilinos, fijaba sueldos, formalizaba contratos, recibos y pólizas de seguros, cancelaba cuentas, y comparecía en juzgados. Sin

tampoco el directivo que ejercía poderes amplios, pero limitados al área comercial y de marketing al que pertenecí<sup>394</sup>; así como tampoco el director que tenía poderes mancomunados y su actividad estaba únicamente sujeta al área financiera<sup>395</sup>. De todo ello se puede deducir que la extensión e intensidad de los poderes de gestión o dirección son los que sirven para poder calificar al agente de alto directivo.

Estrechamente ligada con este último requisito, también se encuentra la exigencia de jerarquía para la constatación de la pertenencia a la categoría de alta dirección, pues la autonomía del alto directivo en el ejercicio legítimo de las facultades que afecten a los “objetivos generales de la compañía”, sólo puede estar limitada por las órdenes de aquél que está “por encima” de él por poseer la titularidad de la empresa, es decir, el empresario. Sin embargo, no pertenecerían a la alta

---

embargo, todas estas funciones estaban limitadas al área en la que trabajaba. (STSJM de 28 de octubre de 2003 (AS 2004, 536)).

<sup>394</sup> Explica la sentencia, que en este caso el director no disponía de facultades de disposición o administración de gastos del grupo, ni referidos al conjunto de la actividad del director financiero únicamente con poderes en esa área (STSJM de 31 de enero de 2006 (AS 2006, 526). En el mismo sentido, tampoco este tribunal, considera alto directivo, al directivo con un límite de disposición de 3.000 €, y sujeto al mismo horario que el resto de trabajadores, lo que muestra, según el criterio de los jueces, su falta de autonomía (STSJM de 25 de abril de 2006 (AS 2006, 2905)).

<sup>395</sup> Se encuentra la misma calificación de relación laboral ordinaria en STSJM de 31 de enero de 2006 (AS 2006, 1289) donde el actor tenía poderes mancomunados y su actividad estaba únicamente sujeta al área financiera.

dirección aquellos que reciben órdenes de directivos o de órganos directivos delegados del empresario<sup>396</sup>.

Esto último no quiere decir que no sea posible una organización jerárquica con varios altos directivos, sino que ésta está sujeta a que cada uno de los altos directivos actúe con poderes en un ámbito determinado enfocado a los objetivos generales de la empresa, siempre que al mismo tiempo, la dependencia jerárquica de estos altos directivos sea del empresario y no de otro directivo interpuesto, es decir, se requiere una sumisión directa<sup>397</sup>. En resumen, para que podamos hablar efectivamente de alta dirección es necesario que los agentes a los que nos referimos reúnan los tres requisitos mencionados relativos al ejercicio de sus funciones en extensas e importantes áreas de dirección y organización o sobre toda la empresa.

Toda esta corriente interpretativa por parte de la doctrina científica y jurisprudencial en el ámbito laboral que ha sido explicada, es de total aplicación para la interpretación del concepto de directivo en el ámbito penal, y de hecho así la aplican nuestros tribunales en el orden penal. En este sentido, por ejemplo, recientemente,

---

<sup>396</sup> STS de 12 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6998).

<sup>397</sup> STS de 27 de julio de 1990 (RJ 1990, 6488).

la SAP de Madrid núm. 146/2015 de 26 marzo<sup>398</sup>, en un caso de estafa procesal y falsificación de documentos públicos, acude también a la interpretación laboral del concepto de “alto directivo”, explicando que “A su vez, esta referencia al personal alto directivo nos lleva al artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto<sup>399</sup>, regulador de la relación laboral del personal de alta dirección, que considera como tales "a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas.” Es por ello, que el empleo de este término así como el desarrollo de su concepto en la jurisprudencia y doctrina científica en el ámbito laboral a falta de un desarrollo en el orden penal, cobra especial fuerza argumentativa.

Con todo ello, y una vez definido el concepto de alto directivo, así como sus criterios delimitadores, se puede entender que esta expresión sea la idónea para aunar los conceptos de “director” y “officer” empleados en el *common law*, precisamente por las similares funciones, ya explicadas, que tienen unos y otros en el organigrama empresarial en las dos tradiciones jurídicas.

---

<sup>398</sup> SAP de Madrid núm. 146/2015 de 26 marzo (JUR 2015\173553).

<sup>399</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Por ello, nos referiremos a partir de ahora y a lo largo de este trabajo, de forma indistinta a los altos directivos y a los “directors” y “officers”. Así pues, es momento ahora de adentrarnos en la responsabilidad de estos sujetos en los Estados Unidos.





## **CAPÍTULO V: Criterios para la individualización de la responsabilidad penal de altos directivos en el sistema estadounidense**

“Divide las dificultades que examines en tantas partes como sea posible, para su mejor solución”.

René Descartes

### **1. Reglas de intervención**

#### **1.1. La responsabilidad de los altos directivos como autores**

De entre todos los criterios que permiten atribuir responsabilidad penal en la empresa, el primer criterio que permite imputar al director de una sociedad la responsabilidad penal por un determinado hecho delictivo cometido en el seno de la organización que dirige, aunque parezca una obviedad, es que haya sido ejecutado por él mismo. Así, el director, como los administradores y demás empleados de una entidad, responde personalmente por las infracciones penales que cometan en el ejercicio de su cargo, aun cuando al hacerlo actúen en nombre y representación de la entidad e independientemente de la responsabilidad que por

dicha actuación pudiera corresponder, en su caso, a la persona jurídica.

La consagración de esta responsabilidad penal individual planteó, de hecho, desde un primer momento, menos controversia que la de la propia entidad, y estaba plenamente consolidada a principios del siglo XVIII. Fue entonces cuando Lord Holt, *Chief Justice on the King's Bench*, pronunció la conocida frase: «una persona jurídica no puede ser imputada, pero sus miembros sí»<sup>400</sup>.

A pesar de ello, la expansión en los Estados Unidos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras el dictado, en 1909, de la sentencia *New York Central and Hudson R. Co. v. United States*, trajo consigo alguna controversia. Algunos sostuvieron entonces que si la responsabilidad penal de la entidad se basaba en la de la persona física que había cometido el delito, era esta entidad la que debía responder y no la persona física<sup>401</sup>. El Tribunal Supremo Federal zanjó cualquier duda al respecto, en 1962, en la sentencia dictada en el caso

---

<sup>400</sup> «A corporation is not indictable, but the particular members of it are». Véase, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime: selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., p. 39. También BRICKEY, K. F.: “Corporate Criminal Liability”, op. cit., p. 150.

<sup>401</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime: selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., p. 39.

*United States v. Wise*<sup>402</sup>.

En este caso, el *corporate officer* de una entidad, declarado culpable junto con ella, en primera instancia, por vulnerar las prohibiciones previstas en la sección primera de la *Sherman Act*, alegó, al recurrir dicha condena, que había que distinguir entre los supuestos en los que uno de estos directivos actuaba en su propio nombre y aquellos en los que lo hacía en nombre de la organización. Según el recurrente, solo en el primero de estos casos, dicho *corporate officer* debería entenderse incluido en el término *person*<sup>403</sup> y, en consecuencia, ser personalmente responsable del delito en cuestión. En el segundo caso, sin embargo, cuando el directivo había actuado en nombre de la organización, no debía responder personalmente, porque su comportamiento, aun cuando fuera ilegal y culpable, era imputable a la entidad, en su condición de principal, en favor de quien se había actuado.

El Tribunal Supremo, como hemos adelantado, rechazó este argumento, al que calificó además de

---

<sup>402</sup> *United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962). Véase, *Ibid.*; también, GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12; y PODGOR, E. S.; ISRAEL, J. H.: *White collar crime in a nutshell*, 5ª ed., West Academic, New York, 2015, p. 32.

<sup>403</sup> La sección primera de la *Sherman Act* impone sanciones penales «*an every person who violates that provision*».

artificial. Para el Tribunal, el hecho de que progresivamente se hubiera ido reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, entendiendo que estaban comprendidas en el término *persons*, que era el empleado por muchas normas federales (entre ellas la *Sherman Act*) para describir al posible sujeto activo de las infracciones previstas en su texto, no debía tener ninguna influencia a la hora de concluir si también el *corporate officer* podía ser o no tal sujeto activo. De manera que solo en los casos en los que así lo hubiera previsto expresamente el legislador, como había declarado el propio Tribunal en la sentencia dictada en *United States v. Dotterweich*<sup>404</sup>, podría concluirse que los directivos de la entidad no podrían cometer el delito previsto en la norma en cuestión<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

<sup>405</sup> Dijo el Tribunal: «This Court was faced with the same problem in *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277, involving the construction of the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 21 U. S. C. §§ 301-392. An earlier version of the Act stated that the acts of a corporate officer would be chargeable both to him and to the corporation. In a 1938 revision the statute made any "person" responsible and specifically included corporations within that term. 52 Stat. 1040. The Court of Appeals reversed the conviction of a corporate officer on the ground that only a corporation was a "person" within the Act. This Court reversed the Court of Appeals, rejecting substantially the same argument that is advanced by the appellee in this case. The reason for the rejection is equally applicable to the case at bar. No intent to exculpate a corporate officer who violates the law is to be imputed to Congress without clear compulsion; else the fines established by the Sherman Act to deter crime become mere license fees for illegitimate corporate business operations. Following *Dotterweich*, we construe § 1 of the Sherman Act in its common-sense meaning to apply to all officers who have a responsible share in the proscribed transaction. Cf. *Carolene Products Co. v. United States*, 323 U.S. 18, 21». Y es que, de conformidad con el Model Penal Code -§ 2.07 (6)- un individuo es responsable de la acciones realizadas como representante de una entidad «to the same extent as if it were performed

En la actualidad es evidente que la responsabilidad de los directores de las entidades por los delitos que cometan en el ejercicio de sus cargos está fuera de toda duda<sup>406</sup>. Y no sólo eso, sino que ha experimentado un incremento indudable en los últimos tiempos, tras los escándalos financieros que afectaron, en los primeros años de este siglo, a algunas de las compañías más importante del país y tras los cuales estuvieron algunos de sus comportamientos.

Un buen ejemplo fueron las condenas de los máximos directivos de entidades como Enron, Worldcom o Philadelphia Communications Corporations<sup>407</sup>. En el caso de la primera de ellas, sus dos *CEOs* -*chief executive officer*- fueron declarados culpables por un jurado federal, en mayo de 2006, de un delito de conspiración *to*

---

in his own name or behalf». STRADER, J. K.: *Understanding white collar crime*, 3ª ed., LexisNexis, New York, 2011, p. 27.

<sup>406</sup> Sobre la responsabilidad de estos directores por algunos delitos concretos, particularmente, de naturaleza económica, véase KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., § 8.07, 8.09, 8.10, 8.11, 8.12, 8.13 y 8.14, que analiza, entre otras normas federales, la normativa *antitrust*, la *RICO Act*, la *bankruptcy Act*, las normas medioambientales o las que regulan el mercado de valores. Sobre la posibilidad de que los directores puedan ser responsables, en este contexto, por distintos delitos, véase GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12.

<sup>407</sup> Sobre ello, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime : selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., p. 42. También PODGOR, E. S.; ISRAEL, J. H.: *White collar crime in a nutshell*, op. cit., p. 32. En el mismo sentido, y con la citación de otros casos, véase, KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., § 8.02.

*commit securities and wire fraud*, varios delitos de fraude -*securities and fraud*-, un delito de *insider trading* y un delito de falsedad frente a los auditores -*false statement*-<sup>408</sup>. Uno de ellos murió antes de ser condenado, y el otro lo ha sido recientemente a una pena de prisión de 14 años después de alcanzar un acuerdo con la Fiscalía tras revocarse, por un Tribunal de apelación, la primera pena de 24 años que le fue impuesta.

En efecto, en un primer momento, Jeffrey K. Skilling fue condenado a una pena privativa de libertad de 292 meses. En enero de 2009, el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito confirmó su declaración de culpabilidad, pero revocó su condena, que ordenó que fuera fijada de nuevo, después de rebajarla en aproximadamente unos nueve años<sup>409</sup>. En mayo de 2013, la Fiscalía y el acusado alcanzaron un acuerdo, en el que, además de incluir una recomendación al *sentencing judge* para que fijara una pena privativa de libertad entre 168 y 210 meses de prisión, el Sr. Skilling se comprometía a no recurrir ninguna otra decisión judicial relacionada ni con

---

<sup>408</sup> Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>. El *indictment* puede consultarse en <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/enron/usvlay70704ind.pdf>.

<sup>409</sup> Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>.

su pena ni con la ejecución de las responsabilidades pecuniarias fijadas<sup>410</sup>.

Bernard Ebbers, por su parte, *chief executive officer* de *Worldcom* fue también declarado culpable en marzo de 2005 de varios delitos, entre ellos, *conspiracy to commit securities fraud* y *securities fraudy false filing with the SEC*. Junto a él, fueron acusados y condenados otros cinco altos ejecutivos de la compañía<sup>411</sup>.

Distinto a los anteriores fue el caso de Bernard L. Madoff, protagonista de una de las estafas más importante de todos los tiempos<sup>412</sup>. En marzo de 2009, fue él quien se declaró culpable de los once cargos descritos por la Fiscalía en la *criminal information* presentada contra él, y que incluían “*securities fraud, investment adviser fraud, mail fraud, wire fraud, money laundering, false*

---

<sup>410</sup> Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>.

<sup>411</sup> Véase, el *Financial Crime Report to Public* de mayo de 2005, publicado por el *Federal Bureau of Investigation* del Departamento de justicia (disponible en: [http://www.fbi.gov/stats-services/publications/fcs\\_report2005/financial-crimes-report-to-the-public-2005-pdf](http://www.fbi.gov/stats-services/publications/fcs_report2005/financial-crimes-report-to-the-public-2005-pdf)). El *indictment* formulado contra Bernard Ebbers y contra el entonces *chief financial officer* de *Worldcom* puede consultarse en [news.findlaw.com/wsj/docs/.../usbess304ind.pdf](http://news.findlaw.com/wsj/docs/.../usbess304ind.pdf). Véase también, WAGNER, R. E.: “Gordon Gekko To the Rescue?: Insider Trading As a Tool To Combat Accounting Fraud”, *University Of Cincinnati Law Review*, vol. 79, 3, 2011, pp. 976-981.

<sup>412</sup> Sobre este tipo de estafas y sobre cómo los inversores pueden protegerse frente a ellas, resulta interesante la información facilitada por la SEC (disponible en <http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm>).

*statements, perjury y false filings with the United States Securities and Exchange Commission*". En junio de ese mismo año fue condenado a más de 150 años de prisión<sup>413</sup>.

Pues bien, como podemos inferir de los escritos de acusación formulados contra los altos directivos tanto de *Enron* como de *Worldcom*, en ambos casos el delito de conspiración fue incluido en ellos. La inclusión de este delito, en este ámbito de infracciones penales cometidas en el marco de una estructura empresarial, abre importantes posibilidades. En este sentido, nos gustaría volver a destacar en este momento dos cuestiones. La primera, que esta figura delictiva permite, por su propia naturaleza, penar el mero acuerdo para delinquir, siempre que se manifieste de alguna manera hacia el exterior, y ello con independencia de que, como ocurrió en los casos que hemos expuesto, finalmente se cometiera el delito en cuestión y su autor fuera además penado por ello. La segunda, más relevante desde nuestra perspectiva, es que de conformidad con la denominada

---

<sup>413</sup> Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia (disponible en [http://www.justice.gov/usao/nys/vw\\_cases/madoff.html](http://www.justice.gov/usao/nys/vw_cases/madoff.html)). Sobre los mecanismos que se han puesto en marcha para resarcir a las víctimas, consúltese el interesante análisis de SEPINWALL, A.: "Righting Others' Wrongs: A Critical Look at Clawbacks in Madoff-Type Ponzi Schemes and Other Frauds", *Brooklyn Law Review*, vol. 78, 2012.

*Pickerton doctrine* <sup>414</sup>, cada uno de los *conspirators* responderá de los delitos cometidos por los demás, cuando tales infracciones sean previsibles y se realicen en ejecución del mencionado acuerdo, aun cuando no participe en ellos o, incluso, no tenga conocimiento de su ejecución<sup>415</sup>. En estos casos, según manifestó el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia en la que consagró esta doctrina <sup>416</sup>, el *criminal intent* quedó fijado cuando se formó la conspiración, de manera que cada conspirador instigó la comisión de los delitos cometidos en su ejecución por los demás participantes en el acuerdo; un acuerdo que contemplaba precisamente esta posibilidad y que se formó para dicho propósito.

Esta responsabilidad de los *co-conspirators* tendría, por otro lado, y como también se infiere del texto de *Pinkerton v. United States*, el mismo fundamento que la de aquellos que *counsel, procure, or command* a otro que cometa un hecho delictivo<sup>417</sup>, esto es, la de aquellos que

---

<sup>414</sup> Su nombre deriva de la sentencia del Tribunal Supremo que la consagró, dictada en el caso *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1947).

<sup>415</sup> En palabras del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en la sentencia dictada, en agosto del año 2012, en el caso *United States v. Sklena*, 692 F.3d 725 (7th. Cir.2012): «"Before *Pinkerton* can be applied, it is of course necessary to show that a conspiracy existed, that the defendant joined the conspiracy, that the other actor was also part of the conspiracy, and that the overt act was both foreseeable and in furtherance of the conspiracy."».

<sup>416</sup> *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1947).

<sup>417</sup> Dice el Tribunal Supremo Federal: "the criminal intent to do the act is established by the formation of the conspiracy. Each conspirator instigated the

participan en el delito cometido por otro *-aiding and abetting liability-*. Este paralelismo entre una y otra responsabilidad se destacaría también por el Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el caso *Nye & Nissen v. United States*<sup>418</sup>, aunque señalando en ella que la responsabilidad de los partícipes tiene una aplicación más amplia que la de los *co-conspirators* porque no depende de que hayan conspirado o no con el autor del delito, sino sencillamente de su participación en la ejecución<sup>419</sup>. En cualquier caso, en uno y otro supuesto, estaríamos ante una modalidad de *joint criminal liability*<sup>420</sup>.

---

commission of the crime. The unlawful agreement contemplated precisely what was done. It was formed for the purpose. The act done was in execution of the enterprise. The rule which holds responsible one who counsels, procures, or commands another to commit a crime is founded on the same principle. That principle is recognized in the law of conspiracy when the overt act of one partner in crime is attributable to all. An overt act is an essential ingredient of the crime of conspiracy under § 37 of the Criminal Code, 18 U.S.C. § 88. If that can be supplied by the act of one conspirator, we fail to see why the same or other acts in furtherance of the conspiracy are likewise not attributable to the others for the purpose of holding them responsible for the substantive offense”.

<sup>418</sup> *Nye & Nissen v. United States*, 336 U.S. 613 (1949).

<sup>419</sup> Declara el Tribunal: «... Aiding and abetting has a broader application. It makes a defendant a principal when he consciously shares in any criminal act whether or not there is a conspiracy. And if a conspiracy is also charged, it makes no difference so far as aiding and abetting is concerned whether the substantive offense is done pursuant to the conspiracy. *Pinkerton v. United States* is narrow in its scope. Aiding and abetting rests on a broader base; it states a rule of criminal responsibility for acts which one assists another in performing...».

<sup>420</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: “Corporate Criminal Liability”, op. cit., pp. 220-223, pp. 177-178 del 2012-13 *Cumulative Supplement*. Cita esta autora a este respecto la sentencia dictada en *U.S. v. Zackery*, 494 F.3d 644 (8th Cir.2007). En ella, el Tribunal de Apelación, amparándose precisamente en la sentencia dictada en *Nye & Nissen v. United States* considera que la cuestión sobre si una

## 1.2. La responsabilidad de los directores y officers como partícipes. El desarrollo de normas de intervención en la empresa a través de la *Aiding and abetting liability*

El segundo título de imputación del que puede derivar la responsabilidad penal de los directores de una entidad, como la del resto de sus directivos y empleados, es el de su condición de partícipe en el hecho cometido por algún otro miembro de la organización. Cualquiera que ayude, aconseje, ordene, fomente o, de cualquier otra manera, asista a otro en la ejecución de un delito será responsable *for aiding and abetting* de la misma manera que lo sea el autor principal *-perpetrator-*<sup>421</sup>. En la jurisdicción federal, que ya no consagra las antiguas

---

persona es o no responsable de un delito, con base en la doctrina *Pinkerton*, es de naturaleza probatoria; de manera que, si se acredita la existencia de la conspiración, podrá ser declarada culpable de los delitos cometidos en ejecución de la misma, aun cuando en el escrito de acusación no se la haya acusado formalmente por dicha conspiración. Y ello, según el Tribunal, de la misma manera que cualquier persona puede ser condenada como mero partícipe en un hecho delictivo, aun cuando haya sido acusada sólo como autor. De esta forma, la responsabilidad con base en la doctrina *Pinkerton* o con base a la *aiding and abetting theory* son solo dos formas alternativas de responsabilidad conjunta por un mismo delito, al margen de que exijan la prueba de distintos hechos. En sentido contrario, se han pronunciado los Tribunales del Sexto Circuito *-United States v. Budd, 496 F.3d 517(6th Cir. 2007)-*, para quienes no se puede instruir al Jurado sobre la posibilidad de aplicar la *Pinkerton doctrine*, al menos que se haya formulado acusación por un delito de conspiración, pues ello va mucho más allá de declarar a alguien partícipe de un delito cuando se le había acusado en concepto de autor. Véase, *Ibid.*, pp. 220-223.

<sup>421</sup> *Ibid.*, p. 149. En el mismo sentido, GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12. También, KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., § 8.02.

distinciones del *common law* entre autores y partícipes - *principals and accessories*-<sup>422</sup>, tanto los que ejecutan el hecho - *principal*- como los que ordenan, inducen, procuran, cooperan o asisten en su ejecución - *accomplices*- son igualmente responsables <sup>423</sup>. También lo serán quienes «den lugar a su ejecución», sea realizado el hecho por ellos mismos o por otros.

Dice en este sentido la sección segunda del título 18 del *U.S. Code*: (a) *Whoever commits an offense against the United States or aids, abets, counsels, commands, induces or procures its commission, is punishable as a principal; (b) Whoever willfully causes an act to be done which if directly performed by him or another would be an offense against the United States, is punishable as a principal*<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> De conformidad con el *common law*, *the principal in first degree* era aquel que realizaba personalmente el tipo objetivo; *the principal in second degree* era aquel que colaboraba en dicha ejecución y estaba presente cuando tenía lugar, pero no realizaba personalmente ninguna acción. El resto de los posibles partícipes, por su parte, eran los *accessories*, y podían ser: *accessories before the fact*, cuando colaboraban en la ejecución del hecho pero no estaban presentes durante su ejecución; o *accessories after the fact*, cuando prestaban la citada colaboración o ayuda después de la comisión del hecho. Véase al respecto, EMANUEL, S.: *Criminal Law*, 6ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, pp. 215-216. En general, sobre autoría y participación, véase, DRESSLER, J.: *Understanding criminal law*, LexisNexis Matthew Bender, New York, 2006, pp. 457-494. También, LAFAVE, W. R.: *LaFave's Criminal Law*, op. cit., pp. 17-19.

<sup>423</sup> BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime : selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., p. 41; GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12.

<sup>424</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime : selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., p. 41.

De esta manera, aunque no desaparezcan completamente las dificultades a la hora de determinar cuándo podrá imputarse a un superior, en una determinada estructura empresarial, este tipo de responsabilidad por los hechos cometidos por sus inferiores, sí que al menos puede afirmarse que la amplitud de esta cláusula legal lo favorecerá <sup>425</sup> ; particularmente, su apartado b)<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> Siguiendo en este punto al Tribunal de Apelación del Primer Circuito, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Davis*, 717 F.3d 28 (1st Cir. 2013), la condena del partícipe *for aiding and abetting* exigirá: "1) the defendant assisted in the commission of that crime or caused it to be committed y 2) the defendant intended to assist in the commission of that crime or to cause it to be committed". Concretamente, las instrucciones dadas por el *trial judge* fueron las siguientes: "The guilt of a defendant may also be established without proof that he personally and directly committed every act constituting the violation alleged. A defendant may be found guilty under the aiding and abetting statute, Title 18 of the United States Code, Section 2, if it is proved beyond a reasonable doubt that he participated in the commission of a crime by another. Such other person is commonly referred to as an "accomplice. In this case, if you find beyond a reasonable doubt that Mr. Davis aided and abetted his tax preparer in submitting a material false claim for a first-time homebuyer tax credit to the Internal Revenue Service, you may find him guilty as a principal in the offense. Now, it is not enough for the government to show that a defendant was simply present when a crime was committed, or even that he knew of the other person's intent to commit a criminal act. To be convicted of aiding and abetting, it is necessary that a defendant be shown to have in some way associated himself with the criminal venture, and to have willfully participated in it as something that he wished to bring about, and by his actions sought to make it succeed. An act is done "willfully" if it is done knowingly and intentionally and with the conscious purpose of doing something that the law forbids. Participation in every stage of an illegal venture is not required to be guilty as an accomplice; it is sufficient if the government proves beyond a reasonable doubt a defendant's participation at some significant stage of the transaction".

<sup>426</sup> En esta línea se pronuncia BRICKEY, para quien esta última norma permite imponer a los *aiders* y *abettors* responsabilidad vicarial, independientemente del papel que cada uno de ellos haya jugado. *Ibid.*, 41 También parece sostener este concepto amplio de partícipe, el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Giles*, 300 U.S. 41 (1937). En ella, en un supuesto de hecho relacionado con un delito de falsedad en la realización de determinadas anotaciones contables en los libros o registros

No obstante, en cualquier caso, tratándose de *accompliance liability*, serán aplicables los principios que, con carácter general, permiten imputar responsabilidad al partícipe, los cuales, aunque son más amplios que aquellos que permiten castigar a un *co-conspirator* por los delitos cometidos por otro partícipe en la conspiración, tienen sus limitaciones. Así, para condenar a una persona como partícipe en el delito de otro será necesario que «in some sort associate himself with the venture, that he participate in it as in something that he wishes to bring about, that he seek by his action to make it succeed»<sup>427</sup>. Esto es, además del aporte correspondiente al hecho, el partícipe debe conocer que se va a cometer un hecho delictivo y debe querer favorecer su ejecución<sup>428</sup>.

---

de una entidad bancaria, se declara: «Of course, in a sense, one who makes a false entry causes it to be made. If he makes an entry himself or directs another to make it, an allegation in the indictment that he caused it to be made may be treated as surplusage and harmless, but where the defendant has neither made a false entry nor directed another to do so, the same allegation is material and injurious. A charge that one has caused a false entry to be made is very much broader than the charge that he made it." ».

<sup>427</sup> *Nye & Nissen v. United States*, 336 U.S. 613 (1949). Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 215- 216.

<sup>428</sup> Véase, EMANUEL, S.: *Criminal Law*, op. cit., 216-222. También, BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", op. cit., pp. 163-171 y p. p. 134-135 del 2012-13 *Cumulative Supplement*; GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12; SPEHL, S. Y OTROS: *Corporate internal investigations : overview of 13 jurisdictions*, op. cit., § 1.06.

En determinados supuestos, sin embargo, cuando exista una especial relación entre autor y partícipe, que genere una obligación de control del primero sobre el segundo, como la que existiría entre empleador y empleado, la mera aquiescencia o pasividad ante una infracción penal puede implicar el favorecimiento de esta última<sup>429</sup>. De esta forma, los directivos de una compañía podrán ser penalmente responsables por los delitos cometidos por sus subordinados, desde luego si los ordenaron o autorizaron, pero también si meramente los consintieron, esto es, si tuvieron conocimiento de que se estaban cometiendo y no actuaron para evitarlo<sup>430</sup>.

En este punto, una vez analizada, la posible responsabilidad del director de una persona jurídica *for aiding and abetting*, cabría realizar una consideración más: si un empleado comete un determinado delito en beneficio de una persona jurídica y con la intención de beneficiarla, esta infracción penal, según el modelo de imputación vigente, se imputará a la primera y dará a lugar a su responsabilidad penal, independientemente de

---

<sup>429</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", op. cit., p. 165; EMANUEL, S.: *Criminal Law*, op. cit., pp. 217-218. También, LAFAVE, W. R.: *LaFave's Criminal Law*, op. cit., pp. 329-341.

<sup>430</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", op. cit., pp. 165-166; también, GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12; SCHAAFF JR, P.: "Indirect Criminal Conduct of Corporate Officers-Law in Search of a Fair and Effective Standard of Liability", *Del. J. Corp. L.*, 1988, pp. 142-143; BRICKEY, K. F.: "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses--Another View", *Vand. L. Rev.*, vol. 35, 1982, pp. 1341-1342.

la que corresponda al primero. Si dicho empleado, además, contó con la ayuda o, como hemos dicho, con la aquiescencia de un directivo en la comisión del delito en cuestión, este último podría ser a su vez penalmente responsable como partícipe del delito cometido por su subordinado. En definitiva, serían penalmente responsables el empleado que cometió el hecho y el directivo que colaboró con él en su condición de *aider o abetor*; al margen, lógicamente, de la responsabilidad que podría corresponder a la persona jurídica.

El supuesto que acabamos de exponer, en el que, en la comisión del delito, intervienen dos personas físicas (un directivo y un empleado), sería distinto al contemplado por el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito en el caso *United States v. Sain*<sup>431</sup> en el que, interviniendo una sola de ellas (un directivo), se planteó la posibilidad de que, en línea con lo sostenido por algún autor<sup>432</sup>, dicho sujeto fuera condenado, además de como autor de su propio delito, como *aider o abetor* por haber cooperado en la comisión del delito por la persona jurídica.

En el supuesto analizado en la resolución citada,

---

<sup>431</sup> *United States v. Sain*, 141 F.3d 463 (3rd Cir. 1998).

<sup>432</sup> Véase, DOYLE, C.: "Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law", *Congressional Research Service Report*, 2013, Washington, D. C.

Samir K. Sain y su compañía, *Advanced Environmental Consultant Inc.* (AEC) fueron condenados con base en la *Major Fraud Act* de 1988, en la que se castiga (como delito federal) defraudar a los Estados Unidos en el contexto de un contrato con el Gobierno, si el fraude supera una determinada cantidad. Concretamente, Samir K. Sain fue condenado en concepto de autor y, simultáneamente, como partícipe en el delito cometido por la compañía que, como hemos dicho, también había sido condenada. En su recurso de apelación, Samir K. Sain, además de combatir su condena como autor de alguna de las infracciones penales previstas en la norma citada, alegó, entre otras cuestiones, que no podía ser condenado como partícipe en la infracción cometida por la compañía porque él era su único dueño y, de hecho, la controlaba. No existía pues ninguna entidad a la que él hubiera podido ayudar en la comisión del delito; él y la compañía eran, en definitiva, una misma cosa. Se apoyaba el recurrente en la jurisprudencia recaída en torno al delito de conspiración, conforme a la cual un empleado de una *corporation* no podía ser condenado por este delito cuando él era la única parte en dicha conspiración.

El Tribunal de apelación rechazó estos argumentos. En primer lugar, desestimó la alegación de que el recurrente y la compañía fueran una misma cosa, puesto que esta última sin duda tenía una existencia separada de sus accionistas, aun cuando una sola persona fuera quien

realmente ejerciera el control sobre ella al ser titular de todas las acciones. En segundo lugar, para el Tribunal, incluso asumiendo que efectivamente el recurrente no podía conspirar con su entidad, puesto que la existencia de la conspiración exigía al menos dos individuos, ello no impedía que sí pudiera imponérsele responsabilidad por haber cooperado con ella en la comisión de los delitos. Así se declara, «an individual who causes a corporation to commit a crime is criminally liable for the corporation's criminal conduct as an aider and abettor even if the corporation does not act with a knowing mental state», esto es, aquél que da lugar a que una *corporation* cometa un delito es penalmente responsable por ello como partícipe incluso cuando dicha entidad no actúe con el conocimiento preciso».

Esta solución nos parece incoherente. Tal y como alegó el recurrente (aunque sin mucha precisión al ampararse en un argumento débil relacionado con la confusión entre su propia persona y la entidad) la solución debería haber sido la misma que en los casos de las denominadas *single agents intracorporate conspiracy*. Esto es, de la misma manera que un solo empleado no puede propiamente conspirar con su entidad, tampoco podría ser condenado como partícipe en el delito cometido por ella. Podrá serlo como autor de la infracción por él cometida, que si se ejecutó en el ejercicio de su cargo y con intención de beneficiarla dará

lugar a la de la entidad. Pero a estos dos títulos de imputación, el del directivo y el de la entidad, no podría sumársele «un tercero», que sería aquél que daría lugar a que el directivo respondiera, además, como partícipe en el delito cometido por la entidad. Si así fuera, sería como condenar a una persona como autor y cómplice al mismo tiempo y con relación a un mismo hecho.

## **2. Reglas de imputación: especial referencia a la Responsible Corporate Officer Doctrine**

Junto a los expuestos, existe otro criterio de imputación que permite considerar a los altos directivos de una persona jurídica penalmente responsables por los delitos cometidos en el seno de la organización que dirigen. Es el que se deriva de la denominada *Responsible Corporate Officer Doctrine*.

Esta doctrina tiene su origen en dos conocidísimos pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal, ambos en el ámbito de la *Food, Drug and Cosmetic Act*, y por tanto en la esfera de las llamadas *Welfare Statues*. Son las sentencias dictadas en *United States v. Dotterweich*<sup>433</sup> y *United States v. Park*<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup> *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

<sup>434</sup> *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

En la primera de ellas, el Tribunal confirmó la condena del presidente y *general manager* de una compañía farmacéutica que había comercializado medicamentos adulterados, a pesar de que la acusación no había acreditado que tuviera conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción o que hubiera participado de alguna manera en la comercialización y distribución de los productos manipulados<sup>435</sup>. El mero hecho, según la resolución dictada por el Tribunal Supremo, de que el acusado tuviera alguna responsabilidad sobre la actividad en cuyo desarrollo había tenido lugar la infracción justificaba su castigo<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Como afirma la doctrina especializada, sobre esta premisa, la doctrina no alberga duda alguna. Véase, BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime: selected cases, statutes and documents supplement*, op. cit., pp. 42-43; BRICKEY, K. F.: "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses--Another View", op. cit., pp. 1346-1347; GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12; KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., § 8.02; STRADER, J. K.: *Understanding white collar crime*, op. cit., pp. 28-29. También, SEPINWALL, A.: "Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability", *Colum. Bus. L. Rev.*, vol. 2014, 2014, p. 378; BAIRD, A. C.: "The New Park Doctrine: Missing the Mark", *North Carolina Law Review*, vol. 91, 2013; BOOZANG, K.: "Responsible Corporate Officer Doctrine: When is Falling down on the Job a Crime", *Louis UJ Health L. & Pol'y*, vol. 6, 2012, p. 97; PETRIN, M.: "Circumscribing the Prosecutor's Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine", *Temp. L. Rev.*, vol. 84, 2011, pp. 286-288; MCKEE, M. E.; ROBERTS, W. E.: "Minding Your Own Business", *J. Mo. B.*, vol. 68, 2012, p. 263; MULLIKIN, N.: "Comments. Holding the Responsible Corporate Officer Responsible: Addressing the Need for Expansion of Criminal Liability for Corporate Environmental Violators", *Golden Gate U. Envtl. L.J.*, vol. 3, 2010, pp. 403-404; KUSHNER, A.: "Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine Outside the Public Welfare Context", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003, pp. 691-692; Finn, FINN, C. H.: "Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitations on the RCO Doctrine, The", *Am. UL Rev.*, vol. 46, 1996, pp. 550-551.

<sup>436</sup> Declara el Tribunal: «Whether an accused shares responsibility in the business process resulting in unlawful distribution depends on the evidence

El conocimiento de estar realizando algo ilícito, como presupuesto necesario para exigir con carácter general responsabilidad penal, quedaba en este caso desplazado por la finalidad perseguida por la norma, que no era otra que la protección de los consumidores y la salud pública <sup>437</sup>. Esta protección justificaba que se declarase culpable de un delito a una persona que no había intervenido materialmente en él, si dicho delito había tenido lugar en un ámbito de actividad que estaba bajo su responsabilidad <sup>438</sup>. Esa «*responsible relation*» <sup>439</sup> o ese «*shares responsibility in the business process*» <sup>440</sup> permitiría por sí misma imputar responsabilidad penal a la persona; y ello, aunque no tuviera conocimiento de que se estaba cometiendo la infracción.

---

produced at the trial and its submission -assuming the evidence warrants it- to the jury under appropriate guidance. The offense is committed, unless the enterprise which they are serving enjoys the immunity of a guaranty, by all who do have such a responsible share in the furtherance of the transaction which the statute outlaws».

<sup>437</sup> Declara al respecto el Tribunal: «Such legislation dispenses with the conventional requirement for criminal conduct: awareness of some wrongdoing. In the interest of the larger good it puts the burden of acting at hazard upon a person otherwise innocent but standing in responsible relation to a public danger».

<sup>438</sup> Véase, BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, op. cit., pp. 957-958.

<sup>439</sup> Véase, *Ibid.*

<sup>440</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: “Corporate Criminal Liability”, op. cit., pp. 175-176.

La doctrina expuesta fue confirmada por el Tribunal Supremo Federal, años más tarde, en *United States v. Park*<sup>441</sup>. En este supuesto, el *chief executive officer* de una compañía, con aproximadamente 361 empleados, y dedicada a la distribución de alimentos, había sido condenado en primera instancia por varias infracciones penales, también previstas en la *Food, Drug and Cosmetic Act*, tras descubrirse la existencia de roedores en alguno de los lugares en los que la empresa almacenaba estos alimentos.

El Tribunal de Apelación revocó esta condena y ordenó la celebración de un nuevo juicio. Según este órgano, las instrucciones dadas al jurado no habían sido correctas porque, tal como habían sido formuladas, permitían la condena del acusado por el mero hecho de ser presidente de la compañía, en ausencia de todo acto ilícito por su parte, lo que excedía, según el Tribunal de apelación, de los márgenes fijados en *United States v. Dotterweich*.

Esta última resolución permitía que no se acreditara el elemento tradicional de la *awareness of some wrongdoing*, esto es, el conocimiento de que se está realizando un hecho ilícito, pero no que se suprimiera la necesaria existencia de la realización del hecho ilícito,

---

<sup>441</sup> *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

esto es, de la *wrongful action*, porque ello vulneraría el derecho al proceso debido. El Tribunal Supremo Federal no compartió esta conclusión y, revocando el pronunciamiento de segunda instancia, confirmó el veredicto del jurado.

Para el Tribunal Supremo, la responsabilidad penal por los delitos cometidos en el seno de una entidad puede exigirse no solo a aquellos que los cometen, sino también a aquellos que ocupan con respecto a los anteriores una posición de dirección o similar. Su responsabilidad, en este caso, no dependerá de su conocimiento o de su participación personal en la infracción, sino de su falta de actuación <sup>442</sup>. Concretamente, será suficiente a estos efectos, según el Tribunal, que por la posición que se ocupe en la dirección de la compañía el sujeto en cuestión tenga la facultad de prevenir el hecho ilícito.

Efectivamente, según la sentencia dictada, una ley como la que amparó la condena en el supuesto de autos, no solo impone a los directivos el deber positivo de

---

<sup>442</sup> Declara el Tribunal: «In the latter class of cases, the liability of managerial officers did not depend on their knowledge of, or personal participation in, the act made criminal by the statute. Rather, where the statute under which they were prosecuted dispensed with "consciousness of wrongdoing," an omission or failure to act was deemed a sufficient basis for a responsible corporate agent's liability. It was enough in such cases that, by virtue of the relationship he bore to the corporation, the agent had the power to prevent the act complained».

implementar medidas cuando se advierta que se están vulnerando la misma, sino también la obligación de adoptar las necesarias para que estas vulneraciones no se produzcan. Estas exigencias de previsión y vigilancia pueden ser, quizás, onerosas, pero son las que la sociedad tiene derecho a esperar de aquél que asume voluntariamente una posición de autoridad en una empresa cuyos productos y servicios puedan afectar a la salud pública y al bienestar general.

De esta manera, lo esencial y en consecuencia lo que tendrá que acreditar la acusación en el juicio, es que el acusado, por su posición en la entidad, tenía la responsabilidad y la autoridad o para prevenir la infracción o para corregirla inmediatamente después que se hubiera producido <sup>443</sup>. Partiendo de ello, que se fundamenta, como se hizo en *Dotterweich*, en el interés público que se trata de proteger, que es el que justifica que se exija a los encargados de distribuir un producto

---

<sup>443</sup> Declara el Tribunal en este punto: «We cannot agree with the Court of Appeals that it was incumbent upon the District Court to instruct the jury that the Government had the burden of establishing "wrongful action" in the sense in which the Court of Appeals used that phrase. The concept of a "responsible relationship" to, or a "responsible share" in, a violation of the Act indeed imports some measure of blameworthiness; but it is equally clear that the Government establishes a prima facie case when it introduces evidence sufficient to warrant a finding by the trier of the facts that the defendant had, by reason of his position in the corporation, responsibility and authority either to prevent in the first instance, or promptly to correct, the violation complained of, and that he failed to do so. The failure thus to fulfill the duty imposed by the interaction of the corporate agent's authority and the statute furnishes a sufficient causal link. The considerations which prompted the imposition of this duty, and the scope of the duty, provide the measure of culpability».

como los alimentos una diligencia más elevada, lo que deberá valorar el Jurado es si el acusado «tiene alguna responsabilidad sobre la situación», y si «en virtud de su posición (...) tenía (...) autoridad y responsabilidad para tratar con la situación»<sup>444</sup>.

No exige el Tribunal en consecuencia que el directivo tenga conocimiento de que se está cometiendo la infracción, sino sencillamente que se haya cometido en su ámbito de actuación, de manera que tuviera capacidad de prevenirla. En definitiva, según los razonamientos expuestos en *United States v. Park*, solo por su posición en la estructura de la entidad, el directivo puede ser declarado culpable de un delito si la acusación prueba que tenía algún nivel de responsabilidad, incluso remota, sobre la actividad en cuyo desarrollo se cometió<sup>445</sup>.

---

<sup>444</sup> Un ejemplo de cómo podrían ser las instrucciones al Jurado en este extremo, serían las dadas por el trial judge en *United States v. Y. Hata & Co. LTD*, y precisamente con respecto al mismo delito que el enjuiciado en *United States v Park*, en el que fueron las siguientes: « [Y]ou must find beyond a reasonable doubt(.) that they [Hata and Ueki] held responsible positions(.) related to the part of the business(.) which caused the adulteration(.); You are instructed that the government need not prove that the defendants knew that they were violating the law or that they intended to violate the law. Good faith or good intent is not a defense to this crime(.);You may find that the defendants Minoru Hata and Randy H. Ueki guilty if you find that at the time the corporation caused the adulteration, the defendants held responsible positions related to the adulteration by the corporation». Véase, *United States v. Y. Hata & Co., LTD*, 535 F. 2d. 508 (1976).

<sup>445</sup> BAIRD, A. C.: "The New Park Doctrine: Missing the Mark", op. cit., p. 960.

Se concreta así la doctrina de *Dotterwich* en el siguiente sentido. La exigencia de responsabilidad individual al *corporate officer*, ese «shares responsibility in the business process» al que allí se hacía referencia, solo exige que el delito se haya cometido en un ámbito de la actividad de la empresa sobre el que él puede ejercer facultades de dirección y supervisión, aunque no hayan sido ejercidas concretamente en la práctica <sup>446</sup>. Esto bastará para declarar su responsabilidad.

Ahora bien, ante una acusación de este tipo, el director de la entidad podrá alegar que no tenía realmente capacidad para prevenir o corregir la infracción en cuestión, pero si lo hace, corresponderá a él la carga de la prueba. Es lo que se conoce como *objective impossibility defense*. Así lo permitió el Tribunal Supremo en *Park*, donde el acusado, aun sin éxito, pudo plantear una pretensión de este tipo.

Según se describe en esta resolución, el directivo condenado alegó en su defensa que, aunque todos los

---

<sup>446</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", op. cit., p. 192; GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, op. cit., § 13.12; KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., § 8.02; SPEHL, S. Y OTROS: *Corporate internal investigations : overview of 13 jurisdictions*, op. cit., § 1.06; BOOZANG, K.: "Responsible Corporate Officer Doctrine: When is Falling down on the Job a Crime", op. cit., pp. 97-99; MCKEE, M. E.; ROBERTS, W. E.: "Minding Your Own Business", op. cit., p. 263; KUSHNER, A.: "Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine Outside the Public Welfare Context", op. cit., p. 698.

empleados de su compañía estaban bajo su dirección, se trataba de una gran empresa y existía una estructura organizativa con distintos responsables de las diversas funciones a desarrollar. De esta forma cuando tuvo noticia de la comunicación de la *FDA (The Food and Drug Administration)* en la que se le comunicaba a la empresa las malas condiciones de uno de los almacenes, se puso en contacto con el vicepresidente para asuntos jurídicos, que le informó que el vicepresidente de la división de Baltimore, donde se encontraba el almacén, le había dicho que se estaba investigando lo ocurrido y que se tomarían las medidas oportunas. Hizo pues todo lo que le era exigible. Porque él, añadió el acusado, como presidente de una gran corporación, necesariamente tenía que delegar sus funciones en otros subordinados, sin que tuviera constancia en ningún momento de que estos estaban incumpliendo la norma.

El Tribunal, como hemos adelantado, rechazó esta alegación. Porque lo que ponía de manifiesto la prueba practicada era precisamente lo contrario; esto es, que el acusado debía conocer que no podía confiar en sus subordinados para prevenir o corregir las deficiencias advertidas en los almacenes afectados.

Según se describe en la sentencia, la empresa había sido objeto de una inspección en diciembre de 1971, en la que por primera vez se pusieron de manifiesto las malas

condiciones higiénicas de uno de los almacenes de Baltimore. Tres meses después se practicó una segunda. En esta ocasión, los inspectores encontraron que, aunque había algunas mejoras, todavía había indicios de la existencia de roedores. Pues bien, según declaró uno de los testigos, el resultado de la primera inspección se comunicó en su momento al acusado, al que también se informó de los pasos que se habían dado para remediar las deficiencias advertidas, que lógicamente, no fueron las correctas, porque dichas deficiencias no habían desaparecido cuando tuvo lugar la segunda inspección.

Así pues, el acusado conocía desde un principio, según el Tribunal, que el servicio encargado de conservar los almacenes en condiciones apropiadas no había funcionado adecuadamente y, en consecuencia, debió supervisar que las medidas correctoras se habían implementado debidamente <sup>447</sup>. Pudo, en definitiva, prevenir y evitar el delito<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", op. cit., p. 193.

<sup>448</sup> Otras *objective impossibility defenses* fueron analizadas por los Tribunales en la sentencias dictadas en los casos *United States v. Y. Hata & Co. Ltd*, 535 F.2d 508 (9th. Cir. 1976), y *United States v. Starr*, 535 F.2d (9th Cir.1976). En este último caso, también relacionado con la contaminación de un almacén donde se conservaban alimentos y en el que, además de a la empresa, se condenó al directivo que tenía la responsabilidad sobre aquéllos, este último, el directivo, al amparo de esta *defense*, alegó dos cuestiones: la primera, que la contaminación se debió a un fenómeno natural ajeno a la compañía, como había sido el arado de un campo cercano al almacén que había provocado que los ratones huyeran y se refugiaran en el mismo; y la segunda, que un empleado «saboteó» a la empresa al negarse a cumplir las instrucciones de limpieza que recibió de los inspectores de la FDA tras la primera inspección. Ambas

En conclusión, la denominada *responsible corporate officer doctrine* permite exigir responsabilidad penal al directivo de una entidad por los delitos cometidos por sus subordinados, aunque no haya tenido conocimiento de su existencia, y por tanto de su capacidad concreta de actuación para evitarlos, siempre que hayan sido cometidos en su ámbito de responsabilidad. Esta doctrina, inicialmente surgida, por las razones expuestas, en el ámbito de la Food, Drugs and Cosmetic Act, ha sido aplicada en otro tipo de delitos, incluidos, en principio, como los anteriores, en las denominadas *Welfare Statutes*. Es el caso, entre otras, de las normas *antitrust*, la Federal Meat Inspection Act <sup>449</sup> o determinadas normas

---

alegaciones fueron rechazadas. La primera, porque el deber de vigilancia y supervisión que correspondía por su posición al acusado le obligaba a estar preparado ante una eventualidad como la ocurrida, cualquiera que fuera su origen; la segunda, porque, según el mismo declaró, después de reprender al empleado tras la primera inspección, no vigiló que hiciera lo que se le había ordenado, de manera que no fue consciente de que este no había llevado a cabo las labores de limpieza que le habían encargado hasta que la segunda inspección lo puso de manifiesto. El acusado por tanto, según el Tribunal, no cumplió con «the highest standard of foresight and vigilance». Véase al respecto, *Ibid.*, pp. 186-189; también, BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, *op. cit.*, pp. 962-963. Para algunos autores, el Tribunal, al realizar estas consideraciones, aun cuando su intención era confirmar la línea de *Dotterweich*, se aparta de la *strict liability* y parece exigir un cierto grado de comportamiento negligente del directivo al no ejercer debidamente sus facultades de control, lo que ha podido generar confusión entre los Tribunales que, posteriormente, han aplicado dicha doctrina de una manera no siempre coincidente. Véase, SEPINWALL, A.: “Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, *op. cit.*, pp. 385-389. También, PETRIN, M.: “Circumscribing the Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine”, *op. cit.*, pp. 288-289.

<sup>449</sup> Véase, BRICKEY, K. F.: “Corporate Criminal Liability”, *op. cit.*, p. 190; GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, *op. cit.*, § 13.12; MCKEE, M.

medioambientales, donde comenzó a expandirse a partir de los años 80<sup>450</sup>.

Es precisamente en este último ámbito, donde se ha sostenido un intenso debate sobre la influencia que la aplicación de la *responsible corporate officer doctrine* ha tenido en la total eliminación del *mens rea* exigido por los delitos en ella contemplados, con posiciones no siempre coincidentes entre los distintos Tribunales de Apelación sobre si el acusado debe o no tener conocimiento de la existencia de la infracción <sup>451</sup>. Algunos autores han defendido, en este ámbito de las normas medioambientales, que la aplicación de la *corporate officer doctrine* no implica un supuesto de responsabilidad objetiva y que, por tanto, sí exige la concurrencia en el sujeto de algún grado de culpabilidad<sup>452</sup>.

---

E.; ROBERTS, W. E.: "Minding Your Own Business", op. cit., p. 264. También, PETRIN, M.: "Circumscribing the Prosecutor's Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine", op. cit., pp. 289-290, que pone de manifiesto que algunos autores están instando su aplicación más allá de las *public welfare o regulatory offenses*.

<sup>450</sup> WOLF, S.: "Finding an environmental felon under the corporate veil: The responsible corporate officer doctrine and RCRA", *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 9, 1993, p. 7.

<sup>451</sup> Al respecto, véase, BURNS, A.; GIERINGER, F.; MCALEER, D.; MIRABAL, M.: "Environmental crimes", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 866-867.

<sup>452</sup> Véase en este sentido, SEPINWALL, A.: "Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability", op. cit., pp. 385-388; PETRIN, M.: "Circumscribing the Prosecutor's Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine", op. cit., pp. 294-296. También, BAIRD, A. C.: "The New Park Doctrine: Missing the Mark", op. cit., pp. 972-981.

Cabe indicar al respecto que aunque es cierto que los argumentos del Tribunal Supremo en *Park* (particularmente al analizar la defensa planteada por el acusado) son algo confusos y parecen partir del conocimiento que el acusado tenía de lo que estaba sucediendo y por tanto, de su capacidad para evitarlo, de una lectura completa de la resolución podemos concluir que lo que pretendía el Tribunal era confirmar la doctrina expuesta en *Dotterweich* y, con ello, la posibilidad de que la responsabilidad del directivo de la entidad derive sencillamente del hecho de que el ilícito se haya cometido dentro de su «ámbito de control», aun cuando no tuviera conocimiento de su existencia y, por tanto, de su capacidad para evitarlo. Esta forma de entender la *responsible corporate officer doctrine* es por otro lado lo que, en nuestra opinión, justifica su interés, y con ello, que haya sido objeto de atención por los autores.

En este sentido, el que la responsabilidad que se imputa a los directivos sea de carácter objetivo, con el aumento consiguiente de las probabilidades de que estos incurran en responsabilidad penal por delitos cometidos en el seno de la organización que dirigen, es lo que, subyace en la preocupación mostrada recientemente por algunos autores ante lo que entienden ha sido un resurgir en su utilización por parte de la Fiscalía, sobre

todo a partir del año 2007<sup>453</sup>. Desde esta perspectiva, en línea con lo señalado por algún autor<sup>454</sup>, la justificación de la *responsible corporate officer doctrine* no difiere esencialmente de la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las que también se les hace responsable por los delitos cometidos por los miembros de su organización, aun cuando propiamente ellas no hayan incurrido en ningún comportamiento culpable.

Su responsabilidad también es objetiva, sin perjuicio de que «su culpabilidad» pueda luego valorarse a la hora de individualizar la pena, de conformidad con los criterios fijados por las *sentencing guidelines* para organizaciones. En el caso de la *responsible corporate officer doctrine* el comportamiento culpable del *officer* o *director* tampoco ha de acreditarse por la acusación, pero sí puede ser valorado, como de hecho hizo el Tribunal Supremo Federal en *Park*, si el acusado alega la que hemos denominado *objective impossibility defense*. En este sentido resultan muy interesantes las consideraciones que sobre esta doctrina, también conocida como *Park Doctrine*, se incluyen en el manual de actuación de la

---

<sup>453</sup> En este sentido, véase, SAVAGE, J.; KLAWITER, M.: "The Revival of the Responsible Corporate Officer Doctrine", *Health Law.*, vol. 26, 2013, p. 951; BAIRD, A. C.: "The New Park Doctrine: Missing the Mark", op. cit., p. 951. También MCKEE, M. E.; ROBERTS, W. E.: "Minding Your Own Business", op. cit., p. 264.

<sup>454</sup> Véase, BOOZANG, K.: "Responsible Corporate Officer Doctrine: When is Falling down on the Job a Crime", op. cit., pp. 111-112.

FDA<sup>455</sup>. En él se parte, en primer lugar, de que esta doctrina permite imputar responsabilidad penal a un *corporate official* aunque no tuviera conocimiento o participación en el delito en cuestión y, por tanto, aun cuando no concurra ningún tipo de dolo o negligencia. No obstante, continúa el texto<sup>456</sup>, el hecho de que el directivo en cuestión conociera o no que se estaba cometiendo un delito será un factor a tener en cuenta para recomendar o no el ejercicio de acciones penales contra él. Junto a este, otros factores a valorar serán: si la infracción implica o no un daño real o potencial a terceros, si es obvia, si refleja un determinado modelo de comportamiento o el no seguimiento de advertencias previas, si estaba extendida, si era grave, la sostenibilidad legal y fáctica de la acusación y, por último, si la formulación de esta última supone una utilización prudente de los recursos de la agencia<sup>457</sup>.

En definitiva, un juego de contrapesos que ya hemos visto reflejado en otras partes de este trabajo y que no es sino una característica propia del sistema penal de los Estados Unidos. Los directivos están sometidos,

---

<sup>455</sup> Disponible en: [www.fda.gov/ICECI/ComplianceManuals/RegulatoryProceduresManual/ucm176738.htm](http://www.fda.gov/ICECI/ComplianceManuals/RegulatoryProceduresManual/ucm176738.htm).

<sup>456</sup> Sección 6-5-3 -*Special Procedures and Considerations for Park Doctrine Prosecutions.-Recommending Park Doctrine Prosecutions.*

<sup>457</sup> Véase, la Sección 6-5-3 del *FDA Manual*.

como las personas jurídicas que dirigen, a un riesgo penal muy elevado, si en el seno de dicha organización se cometen delitos, pero simultáneamente la acusación puede valorar otros factores para distinguir al directivo responsable del que no lo fue y decidir en consecuencia formular o no acusación contra él.

### **3. Reglas de conducta: La responsabilidad de los altos directivos frente a la entidad por el incumplimiento de reglas de comportamiento que establecen deberes**

#### **3.1. Introducción**

Independientemente de las distintas obligaciones que el ordenamiento federal y estatal estadounidense pueda imponer a los directores en el ejercicio de su actividad empresarial, y como hemos visto, de la responsabilidad que el incumplimiento de las mismas pueda generar, la propia relación de los altos directivos con la empresa misma también es fuente de obligaciones.

Aunque no es hasta el siguiente capítulo<sup>458</sup> donde profundizaremos sobre el fundamento de esta relación fiduciaria, sí que es momento ahora de detenernos en las implicaciones prácticas que ha tenido el desarrollo de los principales deberes fiduciarios en la jurisprudencia

---

<sup>458</sup> Véase *infra*, capítulo VI.

norteamericana. Baste en este punto con partir de la idea, como lo hacen los tribunales del *common law*, de que estos deberes fiduciarios específicos que tienen los directores hacia la sociedad y sus accionistas, derivan de la propia facultad de éstos de actuar a favor de terceros y de la sociedad misma<sup>459</sup>.

Así pues, a la luz de las diversas sentencias dictadas por los tribunales estadounidenses, con el objeto de determinar el ámbito y extensión de los *fiduciary duties*, dedicaremos las líneas que siguen para una descripción minuciosa de los mismos.

### **3.2. Desarrollo jurisprudencial del deber de cuidado o *duty of care***

Una de las principales obligaciones que tiene el alto directivo frente a la organización que dirige es cumplir con el deber de cuidado o *duty of care* en el ejercicio de sus funciones, lo que implica llevar a cabo sus actividades en el ámbito empresarial de una manera razonable y en el mejor interés de la compañía, tal como lo haría una persona prudente en condiciones

---

<sup>459</sup> KLEIN, W. A.; COFFEE, J. C.: *Business organization and finance: legal and economic principles*, 9ª ed., Editorial Foundation Press, Estados Unidos de América, 2004, p. 130.

similares <sup>460</sup>. Así pues, este deber de cuidado o de diligencia, hace referencia actualmente a la atención y prudencia que los directores de la empresa deben tener en el desempeño de sus funciones de toma de decisiones y supervisión <sup>461</sup>, para así cumplir con el estándar de conducta al que hacía referencia el propio Model Business Corporation Act (en adelante, MBCA) y actualmente también el Revised Model Business Corporation Act (RMBCA), una versión revisada del MBCA. Este modelo de Ley redactado por la American Bar Association <sup>462</sup> es el adoptado sustancialmente por la mayoría de los Estados en EE.UU y está considerado actualmente como una importante referencia para los tribunales y académicos <sup>463</sup>. Sin embargo, para definir el contenido de este deber y sus implicaciones, debemos atender a la evolución jurisprudencial del mismo, a lo que dedicaremos las líneas que siguen.

---

<sup>460</sup> Véase en este sentido, la obra de EMANUEL, S.: *Corporations*, op. cit., p. 171. Véase también el *Model Business Corporation Act*. Concretamente los comentarios a la sección § 8.30 -*Standards of Conduct for Directors*- del *subchapter c*), del capítulo 8, dedicados a los *directors and officers*.

<sup>461</sup> PALMITER, A. R.: *Corporations: Examples and Explanations*, op. cit., p. 192.

<sup>462</sup> En concreto, por el Committee on Corporate Laws de la Section of Business Law de la American Bar Association.

<sup>463</sup> APPEL, I.: "Governance by Litigation", *Boston College - Carroll School of Management*, 2016, Boston; KOCAOGLU, K.: "A Comparative Bibliography: Regulatory Competition on Corporate Law", *Georgetown University Law Center Working Paper*, 2008, Georgetown.

El primer pronunciamiento jurisprudencial estadounidense en el que se reconoció expresamente el deber de diligencia y cuidado que los directores de una empresa debían tener en el ejercicio de sus funciones fue el caso *Percy v. Millaudon*<sup>464</sup>, resuelto en Louisiana en 1829<sup>465</sup>. En esta resolución, el Tribunal Supremo de Louisiana utilizó el criterio del "hombre razonable" para determinar si existía o no negligencia por parte del director de la empresa<sup>466</sup>. Sin embargo, a partir de esta primera sentencia, son diversos los criterios que los tribunales estadounidenses han empleado para referirse

---

<sup>464</sup> *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68, 73-74 (La. 1829).

<sup>465</sup> Sobre este caso, consúltese el trabajo de ARSHT, S. S.: "The Business Judgment Rule Revisited", *Hofstra Law Review* 93, 8, 1979. También la obra de EASTERBROOK, F. H.; FISCHER, D. R.: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1991, p. 93.

<sup>466</sup> Literalmente enuncia lo siguiente: «(...) *It is no doubt true that if the business to be transacted presupposes the exercise of a particular kind of knowledge, a person who would accept the office of mandatory, totally ignorant of the subject, could not excuse himself on the ground that he discharged his trust with fidelity and care... But when the person who was appointed attorney-in-fact, has the qualifications necessary for the discharge of the ordinary duties of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of difficulties, in the exercise of it, which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us to suppose the possession, and require the exercise of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions. The reason given for the rule, namely, that if the mandatory had not accepted the office, a person capable of discharging the duty correctly would have been found, is quite unsatisfactory. The person who would have accepted, no matter who he might be, must have shared in common with him who did the imperfections of our nature, and consequently must be presumed just as liable to have mistaken the correct course. The test of responsibility, therefore, should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by showing that the error of the agent is of so gross a kind that a man of common sense, and ordinary attention, would not have fallen into it. The rule which fixes responsibility, because men of unerring sagacity are supposed to exist, and would have been found by the principal, appears to us essentially erroneous*»

al "duty of care", refiriéndose al mismo con fórmulas tan diversas como las siguientes:

1) "Cuidado que una persona ordinariamente prudente ejercería en circunstancias similares". Este primer criterio fue el adoptado en Arkansas, desde el caso *Johnson v. Coleman*<sup>467</sup>; también en Delaware, a partir del conocido caso *Smith v. Van Gorkom*<sup>468</sup>; en Kansas, con el caso *Harman v. Willbern*<sup>469</sup>; en Kentucky, donde se hizo referencia a esta fórmula por primera vez en el caso *Dunn's Adm'r v. Klye's Ex'r*<sup>470</sup>; en Missouri desde el caso *Heit v. Bixby*<sup>471</sup>; en Oregon, con el caso *Devlin v. Moore*<sup>472</sup>; y en el caso *North Hudson Mut. Bldg. & Loan Ass'n v. Childs*<sup>473</sup>, en Wisconsin.

2) "Cuidado ejercido por una persona prudente en sus propios asuntos". Esta fórmula fue seguida por

---

<sup>467</sup> *Johnson v. Coleman*, 179 Ark. 1087, 1094, 20 S.W.2d 186, 188 (1929).

<sup>468</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

<sup>469</sup> *Harman v. Willbern*, 374 F. Supp. 1149 (D. Kan. 1974), *affd*, 520 F.2d 1333; (10th Cir. 1975).

<sup>470</sup> *Dunn's Adm'r v. Klye's Ex'r*, 77 Ky. (14 Bush) 134, 147 (1878).

<sup>471</sup> *Heit v. Bixby*, 276 F. Supp. 217 (E.D. Mo. 1967).

<sup>472</sup> *Devlin v. Moore*, 64 Or. 433, 130 P. 35 (1913).

<sup>473</sup> *North Hudson Mut. Bldg. & Loan Ass'n v. Childs*, 82 Wisc. 460, 476, 52 N.W. 600, 608 (1892).

Estados como Alabama, a partir del caso Deal v. Johnson<sup>474</sup>; Mississippi, con el caso Boyd v. Applewhite<sup>475</sup>; Nebraska, a raíz del caso Nanfite v. Tekseed Hybrid<sup>476</sup>; y Utah con el caso FMA Acceptance Co. v. Leatherby Ins. Co.<sup>477</sup>

3) Otros tribunales utilizaron el criterio de "cuidado debido", como en Texas con el caso Meyers v. Moody<sup>478</sup>; o únicamente el de "cuidado", como en New Hampshire en el caso Charleston Boot & Shoe Co. v. Dunsmore<sup>479</sup>.

Todos estos criterios eran empleados por los distintos tribunales sin un mayor desarrollo de la extensión o alcance del *duty of care*, pues en esta primera época no existen resoluciones en las que se encuentre una verdadera explicación en la jurisprudencia del contenido y ámbito de aplicación del deber de cuidado derivado de la relación de agencia entre el alto directivo y la empresa en contra de la corriente jurisprudencial mayoritaria en

---

<sup>474</sup> Deal v. Johnson, 362 So.2d 214, 218 (Ala. 1978).

<sup>475</sup> Boyd v. Applewhite, 121 Miss. 879, 897, 84 So. 16, 23 (1920).

<sup>476</sup> Nanfite v. Tekseed Hybrid Co., 341 F. Supp. 240, 246 (D. Neb. 1972) *affd*, 473 F.2d 537 (8th Cir. 1973).

<sup>477</sup> Acceptance Co. v. Leatherby Ins. Co., 594 P.2d 1332, 1334 (Utah 1979).

<sup>478</sup> Meyers v. Moody, 693 F.2d 1196 (5th Cir. 1982).

<sup>479</sup> Charleston Boot & Shoe Co. v. Dunsmore, 60 N.H. 85 (1892).

la que bastaba con hacer responsable a la persona jurídica. Y esto fue así hasta que una gran parte de los Estados estadounidenses comenzaron con el proceso de codificación del deber de diligencia siguiendo el Model Business Corporate Act (MBCA) y su interpretación y aplicación a través del *case law*. En el MBCA este deber estaba previsto específicamente en la sección 8.30, que establecía que el estándar para comprobar el cumplimiento por parte de los directores del deber de cuidado era que éstos actuaran de buena fe, con el cuidado que ordinariamente habría llevado cualquier persona prudente en circunstancias similares, refiriéndose a ello con la fórmula “ordinarily prudent director”, fórmula empleada anteriormente en el caso *Briggs v. Spaulding*, de 1891<sup>480</sup>; y posteriormente, en el caso *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, de 1963<sup>481</sup>.

Asímismo, se establecía en la misma sección 8.30 que para cumplir con el estándar de cuidado, el director debía ejercer sus funciones en lo que razonablemente entendiera que era el mejor interés de la empresa. Este criterio propuesto en el MBCA no era excesivamente exigente, pues un estándar más estricto podría desalentar indebidamente a los individuos a ser directores. Los

---

<sup>480</sup> *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132 (1891).

<sup>481</sup> *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 125, (Del., 1963).

tribunales también eran reacios a aplicar un estándar más exigente para los directores, por lo que seguían los criterios indicados por el MBCA, como veremos, en la práctica totalidad de los casos enjuiciados.

La única excepción era el ámbito bancario, en el los tribunales exigían a los directores de banco un deber de cuidado mayor que el que se les exigía a las empresas ordinarias, como ocurrió en el caso *Bates v. Dresser*<sup>482</sup>. En este pronunciamiento el tribunal justificó la mayor exigencia de cuidado a los directores de banco apoyándose en la propia naturaleza del negocio bancario, cual era en origen proporcionar a sus clientes un depósito seguro para su capital.

No obstante, para los demás ámbitos, el estándar de la prudencia o cuidado necesario se basaba en el que llevaría una persona de inteligencia y competencia razonables en el ejercicio de sus funciones empresariales, como se expresa en el caso *Selheimer v Manganese Corp. of America*<sup>483</sup>. Concretamente, en este último caso la Corte Suprema de Pensilvania distinguió entre el cuidado exigido al hombre prudente en “circunstancias

---

<sup>482</sup> *Bates v. Dresser*, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247 (1920).

<sup>483</sup> *Selheimer v Manganese Corp. of America*, 224 A.2d 634 (Pa.1966).

similares”<sup>484</sup> de aquel exigido al mismo en “circunstancias similares en sus asuntos personales de negocios”, cuestión a la que el propio tribunal dedica un profundo análisis<sup>485</sup>, concluyendo en todo caso que la exigencia del deber de cuidado del director en las empresas ordinarias era inferior al que se exigía a los directores en el ámbito bancario.

Precisamente, para permitir a los directores articular su política empresarial y administrar sus negocios sin temor a la responsabilidad personal por incumplimiento del *duty of care*, surge la Business Judgment Rule<sup>486</sup>. La Business Judgment Rule, desarrollada jurisprudencialmente de forma paralela al deber de cuidado, es un principio de *common law* que establece que las decisiones empresariales honestas,

---

<sup>484</sup> Utilizando este mismo criterio, el caso *Swentzel v. Pennsylvania Bank*, 147 Pa. 140 (1892).

<sup>485</sup> Para mayor abundamiento sobre esta discusión en el caso *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, consúltese el artículo VEASEY, E.; MANNING, W.: “Codified Standard—Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law”, *The Business Lawyer*, 1980, p. 919.

<sup>486</sup> Se ha escrito mucho en la doctrina estadounidense sobre la Business Judgment Rule. Para una visión general sobre la misma, se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: FISCHER, D. R.: “The Business Judgment Rule and the Trans Union Case”, *The Business Lawyer*, vol. 40, 4, 1985; ARSHT, S. S.: “The Business Judgment Rule Revisited”, *op. cit.*; MANNING, B.: “The Business Judgment Rule and the Director’s Duty of Attention: Time for Reality”, *The Business Lawyer*, 1984, pp. 1477-1501; BLOCK, D.; PRUSSIN, H.: “The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?”, *The Business Lawyer*, 1981, p. 32; BREWER III, O.: “Corporate Directors’ Liability for Resisting an Offer: Proposed Substantive and Procedural Modifications of Existing State Fiduciary Standards”, *Vand. L. Rev.*, 1979, pp. 575-589.

llevadas a cabo de buena fe y sobre la base de una investigación razonable no pueden hacer responsable al director de la empresa, a pesar de que a posteriori pueda comprobarse que la decisión fue equivocada, desafortunada o incluso desastrosa, como se expresa en los casos *Shlensky v. Wrigley*<sup>487</sup> o *Kamin v. American Express Co*<sup>488</sup>. Así pues, esta regla funciona como una especie de principio de presunción de inocencia que, siguiendo las palabras enunciadas por el tribunal en el caso *Joy v. North*, “aísla a los directores de responsabilidad”<sup>489</sup> por cualquier decisión equivocada, siempre que se cumplieran una serie de requisitos que los propios tribunales fueron desarrollando hasta que más tarde fueron positivizados por el American Law Institute.

Efectivamente, la Business Judgment Rule fue codificada en la sección 4.01 (c) del Principles of Corporate Governance (PCG), con el siguiente tenor: "Un director que toma una decisión empresarial de buena fe cumple el deber de cuidado si (1) no tiene un interés estrictamente personal en la cuestión que es objeto de esa

---

<sup>487</sup> *Shlensky v. Wrigley*, 237 NE2d 776 (III.App.1968).

<sup>488</sup> *Kamin v. American Express co.*, 383 NYS2d 807 (1976), *aff'd*, 387 NYS2d 993.

<sup>489</sup> *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 885 (2d Cir. 1982) ("While it is often stated that corporate directors and officers will be liable for negligence in carrying out their corporate duties, all seem agreed that such a statement is misleading.").

decisión empresarial; (2) si está informado antes de tomar la decisión y la lleva a cabo en la medida en que razonablemente cree que es apropiada; y (3) cree racionalmente que su decisión empresarial se está llevando a cabo en el mejor interés de la sociedad". Y si bien estos son los criterios que se aplican en la práctica judicial, la forma más común de demostrar que se ha incumplido el deber de cuidado ha sido demostrar que la decisión en cuestión estaba contaminada por un conflicto de intereses y, por lo tanto, puede no haber sido tomada de buena fe. Sin embargo, en algunos casos los demandantes han optado por demostrar que la decisión empresarial podía conducir a una pérdida financiera, como en los casos *Litwin v. Allen*<sup>490</sup>; *Selheimer v. Manganese Corporation of America*<sup>491</sup>; *Joy v. North*<sup>492</sup>.

Es importante destacar en este punto que la Business Judgment Rule no es aplicable a menos que se haya tomado una decisión. Así, son especialmente apropiadas para la aplicación de la Business Judgment Rule, las cuestiones relacionadas con las políticas de reparto de dividendos y análogas, como la enjuiciada en el caso *Kamin v. American Express Co.*<sup>493</sup> En este sentido,

---

<sup>490</sup> *Litwin v. Allen*, 25 N.Y.S. 2d 667 (N.Y. Sup.1940).

<sup>491</sup> *Selheimer v Manganese Corp. of America*, 224 A.2d 634 (Pa.1966).

<sup>492</sup> *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 885 (2d Cir. 1982).

<sup>493</sup> *Kamin v. American Express Co .*, 383 NYS2d 807 (1976).

la ausencia de gestión en principio no estaría protegida por la Business Judgment Rule (aunque podría suponer igualmente un incumplimiento del deber, como veremos posteriormente), pues no se entiende la ausencia de toma de decisiones como una decisión (de no hacer) en el ámbito del Corporate Law. Sin embargo, la decisión en sí misma de no adoptar medidas cuando son necesarias sí que puede entenderse como una decisión tomada que habría de ser interpretada bajo la Business Judgment Rule.

Por supuesto, más allá de la Business Judgment Rule (y por tanto, más allá de la toma de decisiones del director), un director también puede ser hecho responsable por incumplimiento del deber de cuidado por la ausencia de gestión debida. En el *common law* el enjuiciamiento de estos casos se centra muy frecuente en la problemática de la difícil prueba de la relación de causalidad entre la inactividad del director y el perjuicio para la empresa<sup>494</sup>. Esta cuestión es la enjuiciada en el

---

<sup>494</sup> No obstante, los tribunales han declarado en varias sentencias, como el caso *Barnes v. Andrews, Cede & Co. V. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del 1993), que la causalidad es irrelevante para determinar si la Business Judgment Rule se aplica. El tribunal explicó dos años después en el caso *Cinerama, Inc. V. Technicolor, Inc.*, que la causalidad no es pertinente para determinar si la Business Judgment Rule se opone al examen de los méritos de una decisión comercial (*Cinerama, Inc. contra Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156 (del.1995)). Para más información acerca de las resoluciones jurisprudenciales en el Estado de Delaware sobre esta cuestión y otras relacionadas con los deberes fiduciarios de los directores, consúltese el trabajo de VILLOUTA LOOSLI, B. J.: "Los deberes fiduciarios de los directores en el Estado de Delaware: análisis jurisprudencial y comparado", tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile,

caso Barnes v. Andrews<sup>495</sup>, en el que se determinó que un director que asistió a pocas reuniones violó su deber fiduciario de cuidado de la empresa, pero sólo podría ser considerado responsable si el demandante podía demostrar además la relación de causalidad entre la desatención del director de la empresa sobre la misma y las pérdidas sufridas en la sociedad. En este caso, no pudo demostrarse esta relación de causalidad por parte de la acusación, por lo que finalmente se absolvió al acusado. Tampoco se pudo demostrar esta relación de causalidad en el caso Allied Freightways, Inc. V. Cholfin<sup>496</sup>, pero sí se hizo responsable en el caso Francis v. United Jersey Bank<sup>497</sup>, a la anciana viuda del director de la empresa, que fue nombrada directora de la sociedad a su muerte, recibiendo desde entonces los estados financieros de la corporación que indicaban que sus hijos estaban malversando los fondos de la misma. Estableció la sentencia en este caso que la directora de la sociedad fue responsable de las apropiaciones indebidas llevadas a cabo en la sociedad, justificando su responsabilidad

---

Santiago, 2010, disponible en Internet en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106737> 2010 (última visita, 30 de diciembre de 2016).

<sup>495</sup> Barnes v. Andrews, 298 Fed. 614 (S.D.N.Y. 1924).

<sup>496</sup> Allied Freightways, Inc. V. Cholfin, 91 NE2d 765 (Mass.1950).

<sup>497</sup> Francis v. United Jersey Bank, 432 a.2d 814 (NJ1981).

principalmente en que infringió su deber de cuidado con su actitud pasiva, pues de otro modo podría haber evitado el desfalco de la empresa. Ese mismo año, se utilizó este mismo argumento para justificar la responsabilidad del director por su infracción del deber de cuidado en el caso *Smith v. Atlantic Properties, Inc.*<sup>498</sup>.

Estos fueron los inicios de la interpretación del *duty of care* como la obligación que tenía el director de ejercer el debido control y vigilancia sobre los asuntos empresariales, al que expresamente comenzaron a referirse los casos *Miller v. American Telephone y Telegraph Co.*<sup>499</sup>, y *Auerbach v. Bennett*<sup>500</sup> para imponer responsabilidad penal a los directivos. No obstante, antes de 1985, eran relativamente pocos los casos en los que se hacía responsables a los directores por no ejercer el debido control y vigilancia sobre la empresa y sus trabajadores, pues los argumentos hasta entonces esgrimidos por los tribunales no eran lo suficientemente sólidos.

---

<sup>498</sup> *Smith v. Atlantic Properties, Inc.*, 422 NE2d 798 (Mass.App.1981).

<sup>499</sup> *Miller v. American Telephone y Telegraph Co.*, 507 F. 2d 759 (3d Cir1974).

<sup>500</sup> *Auerbach v. Bennett*, 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N. E. 2d 994 (N.Y. 1979).

Fue en el caso *Smith v. Van Gorkom*<sup>501</sup> (1985) en el que el tribunal de Delaware desarrolla por primera vez este deber de control que los directores estaban obligadas a cumplir. En este caso la Corte Suprema de Delaware declaró responsables a los directores de TransUnion Corporation por aceptar una oferta externa para comprar la empresa sin hacer investigación alguna ni informarse adecuadamente sobre el valor de la compañía. Los directores se basaron en la opinión de Van Gorkom, el CEO, de que el precio ofrecido era razonable y aprobaron una venta de la corporación dentro de un período de tres días sin discusión de posibles alternativas y sin asistencia de expertos externos. La empresa se vendió a 55 dólares por acción, habiendo más 12.000.000 de acciones en circulación. Mientras que la venta estaba pendiente, recibieron un informe que indicó que podría ser posible la venta de la compañía por 60 dólares por acción, y aun teniendo esta información, cerraron la compra por 55 dólares por acción. La Corte Suprema declaró que la Business Judgment Rule en este caso no protegía a los directores de TransUnion porque habían sido negligentes al no informarse adecuadamente de la transacción que aprobaron, por lo que habían incumplido su deber de cuidado, refiriéndose a la actuación de éstos

---

<sup>501</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del.1985). Para más detalles sobre el caso, consúltese el trabajo de *Ibid.*

como "gross negligence"<sup>502</sup>. Tras este pronunciamiento, se temió por la posibilidad de que la responsabilidad del director se convirtiera en un elemento disuasorio para que cualquier persona externa aceptara actuar como director de una empresa o bien derivara en una toma de decisiones excesivamente cautelosa por parte de los directores.

Varios años después de Van Gorkom, el mismo tribunal falló de nuevo a favor de la responsabilidad por un incumplimiento del deber de cuidado de los directores en Cede & Co. v. Technicolor, Inc.<sup>503</sup> Y poco a poco, como se indicó en el caso Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.<sup>504</sup> ésta se convirtió en la tendencia general de los tribunales: "en nuestra jurisprudencia desde [Smith v.] Van Gorkom, nuestro examen del *duty of care* se ha centrado en el proceso de toma de decisiones de un consejo. Debe probarse que el consejo ha actuado de manera deliberada y bien

---

<sup>502</sup> Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del.1985).

<sup>503</sup> Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993). En este caso, los hechos eran similares a los de Van Gorkom, pues el consejo estaba mínimamente informado y la operación fue impulsada casi exclusivamente por el CEO de Technicolor. Véanse en el mismo sentido, Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156, 1167 (Del. 1995); HMG/Courtland Properties, Inc. v. Gray, Civ. A. No. 15,789, slip op. at 46-47, 65 (Del. Ch. July 12, 1999); In re Dairy Mart Convenience Stores, C.A. No. 14,713, slip op. at 53 n.57 (Del. Ch. May 24, 1999); Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., Civ. A. No. 8358, slip op. at 35 (Del. Ch. June 24, 1991).

<sup>504</sup> Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., 569 A.2d 53, 66 (Del. 1989).

informada en la identificación y exploración de alternativas"<sup>505</sup>.

Con todo ello, el alcance del deber de cuidado se limita al proceso de toma de decisiones, y no a la calidad sustantiva de la decisión comercial<sup>506</sup>. Así pues, bajo este enfoque, el deber de diligencia establece que antes de tomar una decisión de negocios, los directores deberán informarse"<sup>507</sup> y la "investigación" de un tribunal estará dirigida a la comprobación de si la junta tenía suficiente oportunidad para adquirir conocimiento sobre el problema antes de actuar, como se indicó el caso *Moran v. Household Int'l, Inc*<sup>508</sup>.

Esta tendencia de los tribunales a evaluar las decisiones tomadas en la empresa como contrarias o no al deber de cuidado, ha derivado en una serie de indicios a

---

<sup>505</sup> *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53, 66 (Del. 1989).

<sup>506</sup> En este sentido, BAINBRIDGE, S.: "The business judgment rule as abstention doctrine", 2003, p. 92; HANSEN, C.: "The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project", *The Business Lawyer*, 1993, p. 1356; STOUT, L.: "In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of *Smith v. Van Gorkom* and the Business Judgment Rule", *Nw. UL Rev.*, 2001, p. 675; VEASEY, E.; SEITZ, J.: "Business Judgment Rule in the Revised Model Act, the Trans Union Case, and the ALI Project-A Strange Porridge", *Tex. L. Rev.*, 1984, p. 1486.

<sup>507</sup> Como se indica en el caso *Smith v. Van Gorkom* "of all material information reasonably available to them"; *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985).

<sup>508</sup> *Moran v. Household Int'l, Inc.*, 490 A.2d 1059, 1075 (Del. Ch.), *affd*, 500 A.2d 1346 (Del. 1985).

tener en cuenta para valorar si efectivamente el director o directores han tomado una determinada decisión de forma diligente. Así, siempre que sea posible, el consejo no debe actuar de forma apresurada, ya que han sido criticadas las decisiones adoptadas de forma extremadamente rápida como un indicativo de ausencia del cuidado debido <sup>509</sup>, como en los casos *Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*<sup>510</sup>, y *Weinberger v. UOP, Inc.*<sup>511</sup> Otra cuestión que los tribunales tienen en cuenta a efectos de valorar si los altos directivos han cumplido con su deber de diligencia es el hecho de que, previamente a haber sido tomada una decisión ante el consejo, al mismo se le haya proporcionado toda la información necesaria sobre la cuestión que va a ser tratada, para que cuando sea discutida, el consejo pueda también tener en cuenta esta información durante sus deliberaciones<sup>512</sup>. Por último, los directores, para cumplir

---

<sup>509</sup> En este sentido, BALOTTI, R. F.; FINKELSTEIN, J. A.: *The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, Aspen Publishers Online, New York, 1999; y Morton Moskin, afirmando que si se pide al consejo que actúe sobre una propuesta sustancial en un corto período de tiempo, los altos directivos deben indicar en la reunión por qué se requiere una acción tan rápida; MOSKIN, M.: "Trans Union: A Nailed Board", *Del. j. corp. l.*, 1985, pp. 405-427.

<sup>510</sup> *Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*, 559 A.2d 1261 (Del. 1988).

<sup>511</sup> *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983).

<sup>512</sup> Se pronuncian en este sentido, BALOTTI, R. F.; FINKELSTEIN, J. A.: *The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, op. cit.; y Morton Moskin, que explica en su trabajo que "Cuando se pide al consejo que apruebe una transacción sustancial, los documentos subyacentes relacionados con la transacción deberían distribuirse antes de la reunión y, de ser posible, distribuirse y revisarse en la reunión"; MOSKIN, M.: "Trans Union: A Nailed Board", op. cit., p. 427.

con el deber de cuidado, deben participar activamente en el proceso de toma de decisiones<sup>513</sup>; aunque la doctrina estadounidense ha identificado además de éstos, otros indicios “atmosféricos” o “contextuales” a tener en cuenta para valorar si efectivamente el alto directivo de una empresa tomó una determinada decisión de forma diligente<sup>514</sup>.

Con todo ello, en una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, tres son los deberes que se le imponen al alto directivo para poder afirmar que su conducta ha sido diligente y ha cumplido con el *duty of care*:

a) El deber de asegurar que la información y los sistemas de informes existentes en la sociedad están razonablemente designados para proveer a los ejecutivos principales y a los altos directivos una medida acorde, en base a información certera que les permita hacerse de una opinión informada respecto del estado de cumplimiento de las normas vigentes por parte de la

---

<sup>513</sup> BALOTTI, R. F.; FINKELSTEIN, J. A.: *The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, op. cit., p. 225.

<sup>514</sup> En este sentido, Franklin Balotti & Jesse A. Finkelstein, *Ibid.*, p. 229; BRANSON, D.: “Intracorporate Process and the Avoidance of Director Liability”, *Wake Forest L. Rev.*, 1989, pp. 103-109; MANNING, B.: “Reflections and practical tips on life in the boardroom after Van Gorkom”, *The Business Lawyer*, 1985, pp. 8-14; VEASEY, E. N.; MONGAN, W. F.: “Fiduciary Duties of Directors in Control Contests, in Hostile Battles for Corporate Control 1988: The New Market Environment”, *PLI Corp. Law & Practice Course Handbook Series*, 592, 1988.

sociedad, así como del desempeño de los negocios sociales<sup>515</sup>.

b) El deber de imponer medidas que aseguren, o a lo menos permitan, tener un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales<sup>516</sup>.

c) El deber de vigilancia y supervisión, al que se refieren como «the highest standard of foresight and vigilance»<sup>517</sup> e implica a su vez dos subdeberes:

i) El deber de vigilar que haya un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por

---

<sup>515</sup> Consúltese sobre este deber el Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996) y el Caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 188 A.2d 125, (Del., 1963).

<sup>516</sup> En este sentido, el caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996). Explica esta sentencia que para poder interpretar que un alto directivo infringió su deber de diligencia desde la perspectiva del incumplimiento del deber de vigilancia, los demandantes deben probar que: i) los altos directivos sabían o debían saber que infringían la ley, ii) los altos directivos no tomaron ninguna medida razonable para prevenir o remediar la situación, y iii) que ello produjo el resultado concreto. Nuevamente la carga de la prueba corresponde a los demandantes, pudiendo el directorio eximirse de responsabilidad acreditando por su parte que cualquiera de los referidos supuestos no se dan en el caso concreto.

<sup>517</sup> Véase al respecto, BAIRD, A. C.: "The New Park Doctrine: Missing the Mark", op. cit., pp. 962-963. Para algunos autores, el Tribunal, al realizar estas consideraciones, aun cuando su intención era confirmar la línea de *Dotterweich*, se aparta de la *strick liability* y parece exigir un cierto grado de comportamiento negligente del directivo al no ejercer debidamente sus facultades de control, lo que ha podido generar confusión entre los Tribunales que, posteriormente, han aplicado dicha doctrina de una manera no siempre coincidente. Véase, SEPINWALL, A.: "Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability", op. cit., pp. 385-389. También, PETRIN, M.: "Circumscribing the Prosecutor's Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine", op. cit., pp. 288-289.

parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

ii) El deber de estar preparado ante determinadas eventualidades previsibles por la propia naturaleza de las actividades que se desarrollan en la propia empresa, para imponer las medidas adecuadas en su caso para su resolución y que éstas se lleven a cabo.

### **3.3. Desarrollo jurisprudencial del deber de lealtad o *duty of loyalty***

Mientras que el deber de cuidado se centra en la responsabilidad de los altos directivos cuando éstos no ejercen sus funciones en la empresa de manera diligente, el deber de lealtad se centra en la responsabilidad de los directores por no evitar o dar una solución adecuada a los conflictos de interés entre la empresa y el director mismo. Así pues, el *duty of loyalty*, exige que los directores velen por los intereses de la entidad y de los accionistas y no por los suyos propios, evitando así cualquier tipo de conflicto entre unos y otros en la toma de decisiones<sup>518</sup>.

---

<sup>518</sup> En este sentido, de conformidad con el apartado segundo de la sección 8.30 del *subchapter c)*, del capítulo 8 del *Model Business Corporation Act*, los directores deben actuar «in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation». Resultan también interesantes los comentarios a la norma. Para una exposición detallada del contenido de estos deberes, véase, BRODSKY, E.; ADAMSKI, M. P.: *Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties, and Liabilities*, op. cit., pp. 5-148. También, RADIN, S. A. Y

En el caso *Charitable Corp. v. Sutton* este deber fue por primera vez reconocido por los tribunales, sin embargo no fue definido expresamente hasta el caso *Guth v. Loft, Inc.*<sup>519</sup>, Así pues, en el caso *Guth v. Loft, Inc.*, el tribunal sostuvo que "a los directores corporativos no se les permite usar su posición de confianza para promover sus intereses privados"<sup>520</sup>, pues se exige a los directores la más escrupulosa observancia de su deber de lealtad, el cual cumple aquel que actúa "para proteger los intereses de la corporación comprometidos a su cargo"<sup>521</sup>. Y esta definición del deber de lealtad en el ámbito del *common law* ha sido la que se ha mantenido hasta nuestros días por los tribunales estadounidenses, como recuerda el caso *Schoon v. Smith*<sup>522</sup>.

La importancia de centrarse en el deber fiduciario de lealtad se puso de manifiesto en el caso *Aronson v.*

---

OTROS: *The Business Judgment Rule - Fiduciary Duties of Corporate Directors*, op. cit., pp. 411-1122. Asimismo, véase, PINTO, A.; BRANSON, D.: *Understanding Corporate Law*, op. cit., pp. 226-283; HAMILTON, R. W.; FREER, R. D.: *The law of corporations in a nutshell*, op. cit., pp. 150-195; EMANUEL, S.: *Corporations*, op. cit., pp. 197-248; BAINBRIDGE, S. M.: *Corporate Law*, op. cit., pp. 96-186.

<sup>519</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>520</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>521</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>522</sup> *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196, 206 (Del. 2008), indicando lo mismo.

Lewis<sup>523</sup>, cuando el tribunal sostuvo que "los directores no pueden aparecer en ambos lados de una transacción ni esperar obtener ningún beneficio financiero personal de ella (...) en contraposición a un beneficio que recae sobre la corporación" <sup>524</sup> Este pronunciamiento confirmaba la tendencia ya existente por parte de los tribunales a condenar a los altos directivos por incumplimiento del deber de lealtad cuando se daba esta situación y el director actuaba en su propio beneficio, como ocurrió en los casos *Sinclair Oil Corp. v. Levien*<sup>525</sup> *David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc.*<sup>526</sup>; *Cheff v. Mathes*<sup>527</sup>; y *Auerbach v. Bennett*<sup>528</sup>.

La solución adoptada por el tribunal en el mencionado caso *Aronson v. Lewis* en 1984 era a su vez totalmente coherente con el pronunciamiento del mismo tribunal el año anterior en el importante, por conocido, caso *Weinberger v. UOP, Inc.*<sup>529</sup> Este caso enjuiciaba la

---

<sup>523</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>524</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>525</sup> *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971).

<sup>526</sup> *David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc.*, 249 A.2d 427, 430 (Del. Ch. 1968).

<sup>527</sup> *Cheff v. Mathes*, 199 A.2d 548, 554 (Del. 1964).

<sup>528</sup> *Auerbach v. Bennett*, 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N. E. 2d 994 (N.Y. 1979).

<sup>529</sup> *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983).

actuación de dos directores de la empresa Signal: Charles S. Arledge y Andrew J. Chittea. La empresa Signal era la accionista mayoritaria de una filial, UOP, Inc. Chittea y Arledge hicieron un informe de valoración de la factibilidad respecto de la adquisición de UOP por parte de Signal, sin embargo, ese informe nunca fue revelado ni a los directores de UOP ni a los accionistas minoritarios antes de la aprobación de la fusión a un precio más bajo<sup>530</sup>.

El tribunal comenzó su análisis en *Weinberger* utilizando expresiones similares a las ya empleadas en el caso *Guth v. Loft*, indicando que, dada la ausencia de cualquier intento de estructurar esta fusión en condiciones de plena competencia, y dado que Chittea y Arledge no se abstuvieron totalmente de participar en el asunto, se había incumplido el deber de lealtad, pues cuando dos directores de una empresa “están a ambos lados de una transacción, están obligados a ser escrupulosos y a demostrar su buena fe y la más estricta justicia en el proceso de negociación”<sup>531</sup>. El tribunal declaró que “el resultado podría haber sido totalmente diferente si UOP hubiera nombrado a un comité de

---

<sup>530</sup> Una amplia descripción de este caso y otros relacionados con los deberes fiduciarios de los directores en el Estado de Delaware, puede consultarse en el trabajo de VILLOUTA LOOSLI, B. J.: “Los deberes fiduciarios...”, *op. cit.*

<sup>531</sup> *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983).

negociación independiente de sus directores para tratar con Signal en condiciones de plena competencia"<sup>532</sup>. Tras este pronunciamiento y hasta nuestros días, los tribunales han enfatizado la importancia de los comités independientes en la salvaguarda de los intereses de los accionistas, preservando la integridad del proceso de gobierno corporativo.

Un buen ejemplo de ello fue el pronunciamiento del caso *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum*<sup>533</sup>, en el que el tribunal abordó una cuestión fundamental: ¿tenía el consejo directivo el deber de oponerse a una adquisición que razonablemente se percibía como perjudicial para la empresa? El tribunal respondió a esta pregunta de forma afirmativa, concluyendo que "cuando un consejo se ocupa de una oferta pública de adquisición preferente, tiene la obligación de determinar si la oferta es en el mejor interés de la corporación y sus accionistas"<sup>534</sup>.

Sin embargo, este estándar de cumplimiento del deber de lealtad, no ha sido siempre tan estricto, ya que mientras que algunas resoluciones han prohibido cualquier transacción en la que hubiera un conflicto de intereses entre el alto directivo y la empresa (como en los

---

<sup>532</sup> Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

<sup>533</sup> Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985).

<sup>534</sup> Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985).

caso *McKey v. Swenson* (1925) y *Duncan v. Ponton* (1937)), la tendencia actual, cada vez más, es considerar que mientras se informe a los interesados del interés personal del director en la transacción y la misma convenga a la empresa, no tiene por qué haber un incumplimiento del deber de lealtad. Así pues, aunque el interés del director y su independencia son dos cuestiones a tener en cuenta para analizar el cumplimiento del deber de lealtad del director, la diferencia en este sentido entre ambos conceptos es significativa<sup>535</sup>.

En este sentido, como se indicó en el caso *Aronson v. Lewis*, un director está “interesado” en una transacción determinada si puede obtener de la misma una ganancia económica<sup>536</sup>. Sin embargo, cuando los tribunales en este contexto se refieren a “independencia”, como en el caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, se refieren a aquello que va más allá del mero interés financiero, pues se examina si un director, aunque carezca de interés económico propio, está de algún modo “conectado” con un individuo interesado, o sus

---

<sup>535</sup> Sobre ello, consúltese, CHANDLER, W.; STRINE, L.: “The New Federalism of the American Corporate Governance System: Preliminary Reflections of Two Residents of One Small State”, *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, pp. 997-998; RODRIGUES, U.: “The fetishization of independence”, *J. Corp. L.*, vol. 33, 2007, HeinOnline, p. 465.

<sup>536</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

decisiones no se basan en cuestiones empresariales, sino que están influidas por "cuestiones personales"<sup>537</sup>. El grado en que estas relaciones personales comprometen la independencia de los altos directivos sigue siendo en la actualidad una importante cuestión que afecta al contenido del deber de lealtad, y que continúa desarrollándose en la jurisprudencia del *common law*. De hecho, del desarrollo de este deber de lealtad, posteriormente surgirían otros, tanto la obligación del director de llevar a cabo sus funciones con la información suficiente, sin actuar influenciado por un interés personal y conforme a un proceso de decisión adecuado; como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, en el mejor interés de la sociedad.

Con todo ello, en una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, el deber de lealtad para el alto directivo se debe entender como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad<sup>538</sup>. Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que servirán para determinar si el alto directivo ha llevado a cabo una conducta desleal:

---

<sup>537</sup> Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 362 (Del. 1993).

<sup>538</sup> Véase, sobre este deber el Caso Smith v. van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del., 1985).

1) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

2) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

3) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

4) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, la relación de confianza de la que parte la Teoría de Agencias supone la imposición al directivo, como derivación del *duty of loyalty*, el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.<sup>539</sup>

Este deber asimismo se desgranar en varias obligaciones que servirán a su vez para determinar si el

---

<sup>539</sup> En este sentido, los casos *In re Walt Disney Co. Deriv. Litig.*, 906 A.2d 27 (Del. 2006); *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

alto directivo ha infringido el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, que a continuación se enumeran.

1) Abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

2) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

3) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

#### **3.4. Desarrollo jurisprudencial del deber de informar a los accionistas: *duty of candor* o *duty of disclosure***

Aunque ya en 1946, con el caso *Empire Southern Gas Co. v. Gray*, se disertó acerca de los requisitos del deber de informar a los accionistas que tenían los altos directivos, este deber no tuvo una identidad propia hasta

el caso *Malone v. Brincat*<sup>540</sup>. En este pronunciamiento el tribunal reconoce que el deber de informar (*duty of candor* o *duty of disclosure*) a los accionistas ha de ser extendido a cualquier situación en la que los altos directivos requieran la aprobación de sus accionistas. Indica expresamente el tribunal el deber de informar "es, y siempre ha sido, una aplicación específica del deber fiduciario general de los directores. El deber de divulgación obliga a los directores a proporcionar a los accionistas la información precisa y completa"<sup>541</sup>. Sin embargo, esta obligación se limita al ámbito en que se pide a los accionistas que voten o consientan sobre algún asunto. Es decir, los directores tienen la obligación fiduciaria de ser honestos sobre aquellos asuntos de los que tienen la obligación de informar, pero no tienen la obligación de informar a los accionistas de todo cuanto acontece en la empresa<sup>542</sup>. En este sentido, como recuerda el caso *Malone v. Brincat*<sup>543</sup>, si una transacción no

---

<sup>540</sup> *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

<sup>541</sup> *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

<sup>542</sup> En este sentido, WARD, R.; WELCH, E. P.; TUREZYN, A. J.: *Folk on the Delaware General Corporation Law*, vol. 2, Aspen Law & Business, 2006; O'HARE, J.: "Director Communications and the Uneasy Relationship Between the Fiduciary Duty of Disclosure and the Anti-Fraud Provisions of the Federal Securities Laws", 2002, p. 475; LANGEVOORT, D. C.: "Seeking sunlight in Santa Fe's shadow: The SEC's pursuit of managerial accountability", *Wash. ULQ*, vol. 79, 2001, HeinOnline, p. 466; STEVELMAN, F.: "Transparency and Accountability: Rethinking Corporate Fiduciary Law's Relevance to Disclosure", 2009, p. 505.

<sup>543</sup> *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

requiere la aprobación de los accionistas, los directores no tendrán ninguna obligación de informar.

Esta última afirmación se apoya en la idea que pusieron en relieve casos como *Scientific Holding Co. v. Plessy Inc.*<sup>544</sup> y *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield*<sup>545</sup>, entendiéndose que es la junta directiva y no los accionistas, quienes dirigen la corporación, y por ello no existe una obligación permanente de mantener informados a los accionistas de la evolución material de la misma<sup>546</sup>. De este modo, se permite a los directores gestionar la empresa y no abrumar a los accionistas con demasiada información empresarial. Así pues, el alcance del deber de informar de los altos directivos no obliga a informar continuamente a la junta ni a los accionistas, pues como se indicó en el caso *Shell Petroleum, Inc. V. Smith*<sup>547</sup>, los altos directivos debían informar solamente sobre aquellas cuestiones que requieran la aprobación de los accionistas y que afecten directamente a la capacidad de supervisión del resto de directores de la empresa.

---

<sup>544</sup> *Scientific Holding Co. v. Plessy Inc.*, 510 F.2d 15 (2d Cir. 1974).

<sup>545</sup> *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield*, 663 F. Supp. 1360 (D. Kan. 1987).

<sup>546</sup> En este sentido, *Scientific Holding Co. v. Plessy Inc.*, 510 F.2d 15 (2d Cir. 1974) (duty of merger negotiators to inform board of closing amendment); *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield*, 663 F. Supp. 1360 (D. Kan. 1987) (senior staff withholding critical information from executive committee was breach of duty).

<sup>547</sup> *Shell Petroleum, Inc. v. Smith*, 606 A.2d 112, 115-16 (Del. 1992).

En los últimos años, el deber de informar se ha reforzado tras la aprobación de la Sarbanes-Oxley Act en 2002<sup>548</sup>, positivizando lo que hasta entonces había sido desarrollado por los tribunales. Así, se prevé expresamente la obligación de los altos directivos de verificar la información financiera y se permite responsabilizar personalmente, en su caso, a los directores que proporcionen a los accionistas información financiera que no sea real.

No obstante, es importante destacar en este punto que tres años después de la aprobación de esta Ley, el 9 de agosto de 2005, en el caso Disney<sup>549</sup>, el tribunal puntualizó que si bien tras la debacle financiera las buenas prácticas de gobierno corporativo habían sido reforzadas, en el ámbito de la responsabilidad criminal los tribunales debían seguir limitándose a seguir deliberando acerca de si los altos directivos habían incumplido sus obligaciones fiduciarias y no si éstos habían actuado conforme a las mejores prácticas empresariales. En este sentido, el tribunal concluyó que los altos directivos no habían incumplido sus obligaciones fiduciarias y por tanto, no debían ser

---

<sup>548</sup> SARBANES, P.: "Sarbanes-oxley act of 2002", en *The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*. Washington DC: US Congress, 2002.

<sup>549</sup> The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005).

responsables<sup>550</sup>, pues aunque otras instituciones pueden (y deben) instar a las empresas para que lleven a cabo mejores prácticas corporativas, el desarrollo de estos ideales, por muy dignos que sean, no deben servir para distorsionar los requisitos legales por los que se mide realmente el comportamiento humano<sup>551</sup>.

Así pues, aunque la actual regulación de prácticas del buen gobierno corporativo, siga un estándar más rígido, el deber fiduciario de informar se limita actualmente a la obligación que tienen los altos directivos de verificar la información financiera de la empresa y proporcionar a los accionistas esta información financiera real.

---

<sup>550</sup> The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005).

<sup>551</sup> The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005).

**TERCERA PARTE. DEBERES DE CONFIANZA  
EMPRESARIAL E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ALTOS  
DIRECTIVOS: LA AGENCY THEORY**





## CAPÍTULO VI: La convergencia de reglas de conducta e imputación en una misma teoría: La Agency Theory y la Doctrina de los deberes no delegables

“El hecho de que usted pueda observar una cosa o no, depende de la teoría que usted use. Es la teoría la que decide lo que puede ser observado”.

Albert EINSTEIN

### 1. Origen y Evolución de la Agency Theory

La Agency Theory<sup>552</sup> surge en las últimas décadas

---

<sup>552</sup> Que hemos traducido como “Teoría de Agencias”, pero que también ha sido traducida en España, sobre todo desde un enfoque económico, como Teoría de la Agencia. Hemos preferido darle la traducción de Teoría de Agencias para no sea confundida con el enfoque estrictamente económico que se le da a la misma en nuestro país en las últimas décadas. Desde una perspectiva económica es numeroso el acervo de obras que han tratado la Teoría de la Agencia, no sólo en el *common law*, sino también en nuestro país: MILGROM, P.; ROBERTS, J.; JIMENO, E.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1993; ARRUÑADA, B.: *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998; SALVADOR CODERCH, P.; FERNÁNDEZ CRENDE, A.: “España c. Boliden Apirsa: Comentario a la STS, 3ª, 22.11. 2004”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2005; ÁLVAREZ PÉREZ, M. B.: “Las cooperativas en el marco de la teoría de la agencia”, *Red CIRIEC*, nº 34, 2000, Red CIRIEC; SALAS FUMÁS, V.; OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, C.: “La teoría de la agencia: Aplicación a las empresas públicas españolas”, *Cuadernos económicos de ICE*, nº 22, 1983, pp. 157-182; CRUZ, N. M.; PÉREZ, V. M. M.; BARAHONA, J. J. H.: “Implicaciones de la organización interna sobre la eficiencia: la aplicación de la teoría de la agencia y la metodología DEA a las ONGD españolas”, *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 40, 2009, pp. 17-46; CASTAÑO DUQUE, G.: “Teoría de la agencia y sus aplicaciones”, *Decisión Administrativa*, nº 1, 1999, pp. 7-12; AZOFRA VALENZUELA, V.; MIGUEL

en el *common law* como derivación del desarrollo de las reglas jurídicas que regulan las diversas relaciones fiduciarias entre el alto directivo<sup>553</sup> y la empresa. Si bien las relaciones fiduciarias tienen un desarrollo de más de

---

HIDALGO, A.: "Nuevos enfoques en la teoría de la estructura de capital (Hacia una integración de las finanzas y la microeconomía)", *Revista de economía y empresa*, vol. 10, nº 27-28, 1990, pp. 187-198; LÓPEZ GARCÍA, S.; ROBLEDO HERNÁNDEZ, R.: "El administrador de los antiguos patrimonios agrarios según la teoría de la agencia", *Artículos del Departamento de Economía e Historia Económica*, vol. 63, 2004; MARTÍ, E. G.: "Características del poder y la rentabilidad en una almazara cooperativa: Teoría de agencia versus teoría del servidor", *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, nº 83, 2004, Asociación de Estudios Cooperativos AECOOP, pp. 33-50; GARCÍA BENAÚ, M.; MONTERREY MAYORAL, J.: "La revelación voluntaria en las compañías españolas cotizadas en bolsa", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 22, nº 74, 1993, pp. 53-70; AZOFRA PALENZUELA, V.; SANTAMARÍA MARISCAL, M.: "El gobierno de las cajas de ahorro españolas", *Universia Business Review*, 2º trimestre, 2004; VACA ACOSTA, R. M.; MORENO DOMÍNGUEZ, M. J.; RIQUEL LIGERO, F.: "Análisis de la responsabilidad social coporativa desde tres enfoques: Stakeholders, capital intelectual y teoría institucional", en AYALA CALVO, J.C.: *Conocimiento innovación y emprendedores Camino al futuro*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2007, p. 222; VARGAS SÁNCHEZ, A.; GARCÍA DE SOTO CAMACHO, E.; MORENO DOMÍNGUEZ, M. J.: "La teoría de la agencia versus la teoría del servidor: una aplicación a las sociedades cooperativas agrarias del País de Gales", *Documento Universidad de Huelva*, 2000; MORA ENGUIDANOS, A.: "El contenido informativo de los datos contables para las decisiones de inversión", 1993, Universitat de València; VARGAS SÁNCHEZ, A.: "Empresas cooperativas, ventaja competitiva y tecnologías de la información", *Centro Investigación Información Economía Pública Social y Cooperativa, CIRIEC-España*, nº 49, 2004; MASCAREÑAS, J.: "La estructura de capital óptima", *Universidad Complutense de Madrid*, 2008, Madrid; ANDRÉS-ALONSO, P.; AZOFRA-PALENZUELA, V.: "Endeudamiento, oportunidades de crecimiento y estructura contractual: un contraste empírico para el caso español", *Investigaciones económicas*, vol. 24, nº 3, 2000, pp. 641-679; PÉREZ, G. R.: "Factores explicativos de la revelación voluntaria de información sobre fuentes de ventaja competitiva empresarial", *Revista Espanola de Financiacion y Contabilidad*, vol. 33, nº 122, 2004, pp. 705-739; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. L.; LUNA SOTORRIO, L.: "La revelación de información social: análisis empírico de la información divulgada a través de internet por las empresas del Ibex-35", *Análisis Financiero*, nº 116, 2004, pp. 47-61.

<sup>553</sup> Que, como se ha explicado anteriormente (Véase *supra*, capítulo IV, apartado 3), a los efectos de este trabajo, se entiende, por las razones que se han expuesto, como un concepto amplio que incluye tanto al administrador como al director de una empresa.

280 años<sup>554</sup>, e incluso se pueden remontar sus orígenes, como ha destacado FRANKEL a los últimos 3000 años, - pues indica el autor pueden encontrarse unas, todavía primigenias manifestaciones, de las relaciones fiduciarias en las Leyes Hammurabi, en el Derecho Romano, en algunos escritos jurídicos de la Edad Media e incluso en determinadas leyes islámicas<sup>555</sup> -; no es hasta los últimos tres siglos cuando empieza a verse un verdadero desarrollo de las mismas en el ámbito empresarial.

En este sentido, aunque el concepto de relación fiduciaria se inició con la sencilla relación existente entre amo y siervo, en las últimas décadas, como decimos, ha sido utilizado sobre todo para hacer referencia al conjuntos de principios comunes que con el desarrollo de las empresas se han extrapolado a relaciones más complejas, como la relación de agencia<sup>556</sup>. De esta forma,

---

<sup>554</sup> Cfr.: HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, op. cit., p. 446; WEINRIB, E.: "The fiduciary obligation", *The University of Toronto Law Journal*, nº 25, 1975, p. 21, quien agrega que la obligación fiduciaria es una de las más típicas y distintivas creaciones del "judge-made Law".

<sup>555</sup> FRANKEL, T.: *Fiduciary law*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 79 y ss.

<sup>556</sup> Aunque sobre esto se volverá con más profundidad más adelante, una conceptualización de "Agency" en la tradición jurídica norteamericana la podemos encontrar en la sección §1.01 de los "Restatements (third) of Law of Agency" (2006) elaborado por el "American Law Institute" (ALI) en donde se explica que «Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a 'principal') manifests assent to another person (an 'agent') that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consent so to act» (Se ha consultado la versión "on-line" disponible bajo suscripción en "Westlaw International").

el alto directivo, al igual que el “agent” está inmerso en una relación de confianza que supone el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad conocido como “fiduciary duty”<sup>557</sup>, de lo que deriva que en el *common law* todo aquel que deba cumplir con este deber sea conocido como “fiduciary”<sup>558</sup>.

Así, si en sus orígenes la Teoría de Agencias tuvo un desarrollo claramente orientado al ámbito económico<sup>559</sup>, que es el que especialmente ha sido exportado a España, como reconocen SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE<sup>560</sup>; en los últimos años, también se

---

<sup>557</sup> «A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (such [...] corporate officer) to the beneficiary (such [...] a shareholder)». GARNER, B. A.; BLACK, H. C.: *Black's law dictionary*, op. cit., p. 545, voz “fiduciary duty”.

<sup>558</sup> «A person who is required to act for the benefit of another person on all matters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence, and candor –the corporate officer is a fiduciary to the corporation–». *Ibid.*, p. 658, voz “fiduciary duty”.

<sup>559</sup> POSNER, E.: “Agency Models in Law and Economics. The Coase Lecture Winter 2000”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, nº 92, 2000: “[A]n agency relationship, in its simplest version, is a relationship in which one person, the “principal,” benefits when another person, the “agent” performs some task with care or effort”

<sup>560</sup> SALVADOR CODERCH, P.; FERNÁNDEZ CRENDE, A.: “España c. Boliden Apirsa: Comentario a la STS, 3ª, 22.11. 2004”, op. cit., p. 8. Para un mayor abundamiento sobre la explicación desde la Economía en España de la Teoría de Agencias, consúltese Véase ARRUÑADA, B.: *Teoría contractual de la empresa*, op. cit., p. 146: “para estudiar eficazmente algunos problemas y, sobre todo, para formalizar el estudio de algunas de sus partes, conviene simplificar las relaciones contractuales. La manera más común de hacerlo es considerar una única relación entre dos individuos, dentro de la cual, además, tan sólo uno de ellos, el «agente», está obligado a efectuar alguna prestación al otro, a quien se suele denominar «principal»”.

ha desarrollado esta teoría desde otros enfoques, como el orientado a la responsabilidad política<sup>561</sup> y al ámbito de la responsabilidad de los altos directivos de la empresa. Sin perjuicio de incorporar argumentos y nociones de naturaleza económica en otros ámbitos, la idea que trasluce en la Teoría de Agencias es la de confiar al Ordenamiento Jurídico y, sobre todo, a la praxis judicial, los delineamientos de la regulación jurídica que debe articular este tipo de relaciones cada vez más complejas (a los efectos de la presente tesis, las relaciones entre alto directivo y la propia empresa) derivadas una relación fiduciaria, de una relación de confianza.

En base al desarrollo jurisprudencial que han tenido las relaciones fiduciarias, hay autores<sup>562</sup> que han destacado cuáles son los requisitos comunes que identificarían las relaciones de agencia en el ámbito empresarial, clasificándolos en tres. En primer lugar, la necesaria separación entre propiedad y administración del patrimonio que compone la empresa. En segundo lugar, se refieren como elemento necesario para caracterizar estas relaciones, a las relaciones “open-

---

<sup>561</sup> Véanse por todos, SÁNCHEZ DE DIOS, M.: “Nueva perspectiva de la responsabilidad política: la teoría de la agencia”, *Revista de las Cortes Generales*, vol. nº 67, 2006, pp. 139-181; SAIEGH, S.; TOMMASI, M.: *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.

<sup>562</sup> Entre ellos, COOTER, R.; FREEDMAN, B.: “The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences”, *NYUL Rev.*, vol. 66, 1991, p. 1051 y ss.

ended”<sup>563</sup>. Por último, otro elemento interesante al que se refieren es a la información asimétrica referente a los actos de los altos directivos y el resultado final de los mismos.

Los autores del *common law* que han estudiado los orígenes de estas relaciones fiduciarias<sup>564</sup> que derivarían posteriormente en las relaciones de agencia, datan en 1726 el primer caso en el que éstas son analizadas por los tribunales. Este caso, conocido como *Rumford Market case*<sup>565</sup>, juzgó en Reino Unido al *trustee* que utilizó en su propio beneficio una oportunidad de negocio del *trust* que administraba. A partir de este caso, el tribunal estableció que cuando un sujeto se encuentra en posición fiduciaria frente a un principal, debe adjudicar la ganancia al principal, es decir, en este caso al *trust*, por la confianza que éste deposita en él.

---

<sup>563</sup> Según MONROE, J. G.; GOWER, L. C. B.: “The Principles of Modern Company Law”, p. 553 y ss., este elemento implicaría –además de las ya mencionadas reglas de actuación de buena fe y de evitar situaciones de conflicto–, la otra dirigida a prohibir la utilización de los poderes conferidos para objetivos distintos a los estipulados (*proper purpose*) y la de discrecionalidad para actuar en el ejercicio de su función (*unfettered discretion*). Esta última regla implicaría, entre otras cuestiones, que los administradores no podrían comprometer sus decisiones futuras. Respecto a esta cuestión, véase también el reciente trabajo de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. Sáenz García de Albizu”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010, p. 1 y ss.

<sup>564</sup> Al respecto, véase el trabajo de HART, W. G.: “The Development of the Rule in *Keech v. Sandford*”, *L. Quart. Rev.*, vol. 21, 1905, p. 258 y ss.

<sup>565</sup> Aunque formalmente, es el Caso *Keech v. Sanford*, de 1726.

En la actualidad, es tal el desarrollo de los deberes fiduciarios en el *common law* que hay autores, como FRANKEL<sup>566</sup> que consideran que deber ser tratado como una disciplina con autonomía propia en el Derecho. Sin embargo, el Caso *LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.* pone en relieve como, a pesar de ser un concepto ampliamente utilizado en el *common law*, el concepto de relación fiduciaria, sigue siendo tan amplio como confuso<sup>567</sup>. En este sentido, recuerda este pronunciamiento que todavía no existe una claridad acerca de cuáles son los principios básicos que deben sustentar una relación fiduciaria, pues este tipo de relaciones están en continuo cambio y desarrollo en la praxis judicial y tienen cada vez unos límites más indeterminados<sup>568</sup>.

No obstante, lo que sí se puede afirmar con rotundidad, como han hecho algunos autores<sup>569</sup>, es que

---

<sup>566</sup> Cfr.: FRANKEL, T.: *Fiduciary law*, op. cit., p. 797.

<sup>567</sup> Lo que genera también discusiones entre la doctrina. Véanse por todos, O'CONNOR, M.: "How Should We Talk about Fiduciary Duty-Directors' Conflict-of-Interest Transactions and the ALI's Principles of Corporate Governance", *Geo. Wash. L. Rev.*, nº 61, 1992, p. 954; MILLER, C. D.: "The Fiduciary Duties of a Corporate Director", *U. Balt. L. Rev.*, vol. 4, 2, 1975, p. 259.

<sup>568</sup> Caso *LAC Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, de 1989.

<sup>569</sup> Véase por todos, tratando esta cuestión, GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo", op. cit., p. 239.

los requisitos para que se dé una relación fiduciaria son dos. El primero de ellos, que haya una posición “dominante” del sujeto fiduciario, en cuanto que potencialmente podría llegar a afectar al principal. El segundo de ellos, que esta relación se origine por el depósito de la confianza en alguien (el agente)<sup>570</sup>. El alto directivo (agente) que está al mando de una empresa (principal), obviamente cumple con los dos requisitos para que le sean aplicables los dos principios de agencia.

Con todo ello, el tratamiento de estas relaciones de agencia por parte de la jurisprudencia tendría por tanto, como principal objetivo, evitar el abuso del poder delegado<sup>571</sup> cuando el agente (en este caso, el alto directivo) ejercía un poder en beneficio del principal (la empresa). Así pues, no sería posible conceptualizar de forma genérica todas las relaciones fiduciarias, sino más bien se deberían establecer las reglas aplicables *case by case* a cada una de las existentes, pues cada una de ellas tenía sus peculiares particularidades<sup>572</sup>.

Para el caso concreto de las empresas, explica Hamilton, que la relación fiduciaria se podría

---

<sup>570</sup> Cfr.: *Ibid.*

<sup>571</sup> FRANKEL, T.: *Fiduciary law*, op. cit., p. 797.

<sup>572</sup> SEALY, L.: “Fiduciary Relationships”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, nº 1, 1962, p. 71 y ss.

conceptualizar como aquella relación derivada del poder que se atribuye a los altos directivos, para dirigir, controlar y gestionar correctamente la corporación<sup>573</sup>. Sin embargo, se le reconoce actualmente en el *common law*, como ocurre en nuestra tradición jurídica, cierta discreción en sus funciones de dirección<sup>574</sup>. Una vez explicada la evolución histórica de la Agency Theory, es el momento ahora de explicar los *leading cases* que dan desarrollo a los distintos deberes fiduciarios que de esta relación de agencia se derivan.

## 2. Agency Theory y la relación fiduciaria

Como hemos indicado anteriormente, los deberes fiduciarios en el *common law* han ido estableciéndose *case by case*, según iban planteándose los distintos casos ante los tribunales. Si hemos dicho que el primer caso que trató la cuestión de los deberes fiduciarios en la jurisprudencia fue el caso conocido como *Rumford Market case*<sup>575</sup>, fue en 1742, dieciséis años después, cuando se pronuncian sobre esta cuestión en el ámbito empresarial.

---

<sup>573</sup> Cfr.: HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, op. cit., p. 444; SCOTT, A. W.: "The fiduciary principle", *California Law Review*, vol. 37, nº 4, 1949, p. 541.

<sup>574</sup> Consúltese en este sentido, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance...*, cit., pp. 65-66.

<sup>575</sup> Aunque formalmente, es el Caso *Keech v. Sanford*, de 1726

Fue en el caso *Charitable Corp. v. Sutton*<sup>576</sup> donde los tribunales se pronunciaron expresamente por primera vez acerca de los deberes de los altos directivos, refiriéndose en este caso concreto a los deberes de los administradores<sup>577</sup>. A partir de este pronunciamiento comienzan a desarrollarse los distintos deberes fiduciarios aplicados al ámbito empresarial. De la mano de este desarrollo, todavía primigenio, comenzarían a sentarse las bases de los principios sobre los que posteriormente se articularía la Teoría de Agencias, y con ello los deberes que derivan de la relación de agencia alto directivo o administrador-sociedad.

Es a partir del s. XIX cuando los tribunales, de forma expresa, comienzan a describir una relación de analogía entre la figura del administrador de sociedades con la del *agent*<sup>578</sup>. Sin embargo, no fue hasta finales del siglo XIX cuando se convierte en un hecho ampliamente aceptado por la doctrina jurisprudencial de aquéllos que se denominaron “Court of Law”, la identificación de los

---

<sup>576</sup> Sobre él, puede consultarse, MCMURRAY, M.: “An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule”, *Vand. L. Rev.*, nº 40, 1987, p. 605 y ss.

<sup>577</sup> Explicando que debían llevar a cabo sus funciones “with fidelity and reasonable diligence”. *Charitable Corp. v. Sutton case*, 1742.

<sup>578</sup> Sobre esto, consúltese, *Ibid.*, p. 605.

altos directivos <sup>579</sup> como *agents* de la sociedad, noción que se mantuvo durante el siguiente siglo también<sup>580</sup>.

A pesar del desarrollo jurisprudencial que estaba teniendo la relación de agencia entre el alto directivo y el principal, y las distintas derivaciones del mismo, que se concretaban en el establecimiento de deberes del primero para con el segundo, la doctrina especializada comenzaba a reclamar una regulación independiente a la de los deberes fiduciarios genéricos<sup>581</sup>, petición que finalmente fue acogida también por los tribunales<sup>582</sup>.

Así pues, la relación de agencia -y con ello, las bases sobre las que sustentaría luego la Teoría de Agencias- tiene su reconocimiento expreso en el mismo momento en el que el desarrollo de los deberes fiduciarios por la praxis judicial del *common law* confirma, como pone en relieve HAMILTON, que la relación alto-directivo/sociedad tiene particularidades

---

<sup>579</sup> Cfr.: THOMSON, S.: "Liability of directors and agents of corporations", *S. L. Rew.*, nº 6, 1880, p. 351; MCMURRAY, M.: "An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule", op. cit., p. 606; UHLMAN, R.: "The Legal Status of Corporate Directors", *BUL Rev.*, vol. 19, 1939, p. 14.

<sup>580</sup> Caso *Kavanaugh v. Kavanaugh Knitting Co.*, de 1919; Caso *Dixmoor Golf Club v. Evans*, de 1927; Caso *Sequoia Vacuum Sys. v. Stransky*, de 1964.

<sup>581</sup> Cfr.: *Ibid.*, p. 12 y ss.

<sup>582</sup> Véase el Caso *Johnson v. Trueblood*, de 1980, que expresa que los administradores son, en verdad, un tipo especial de fiduciario.

que no tienen las demás relaciones fiduciarias del *common law*<sup>583</sup>, por lo que se puede definir como una relación fiduciaria *sui generis*<sup>584</sup>.

### 3. Doctrina de los deberes fiduciarios no delegables

Como se ha visto en el capítulo anterior, los deberes fiduciarios en el ámbito empresarial han sido desarrollados y delimitados en su alcance y contenido, por los sucesivos pronunciamientos judiciales<sup>585</sup>. De manera expresa, en un primer momento, los tribunales se refirieron a dos deberes que tenían que cumplir los altos directivos para no infringir las obligaciones fiduciarias derivadas de la relación de agencia que mantenían con la corporación: el *duty of care* y el *duty of loyalty*<sup>586</sup>.

Desde un principio, el nivel de exigencia de estos dos deberes impuestos a los altos directivos y administradores, no fue el mismo, más bien al contrario: el estándar del *duty of care* o deber de diligencia, era

---

<sup>583</sup> Al respecto, véase HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, op. cit., p. 445.

<sup>584</sup> Sobre ello, consúltese GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo", op. cit., pp. 238-239.

<sup>585</sup> Véase *supra*, Capítulo V.

<sup>586</sup> Sobre este caso, consúltese la obra MCMURRAY, M.: "An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule", op. cit., p. 605 y ss.

mínimo, era débil; mientras que el estándar del nivel de lealtad era bastante más exigente<sup>587</sup>. Y ello, porque en el caso del *duty of loyalty*, la actuación supondría un beneficio para el agente (el alto directivo) proporcional al perjuicio del principal (la empresa); sin embargo, en el caso del *duty of care* únicamente habría perjuicio para el principal (la empresa), sin un beneficio correspondiente para el alto directivo<sup>588</sup>. Del desarrollo de estos deberes posteriormente surgirían otros derivados de ellos (como por ejemplo, el deber de informarse o el deber de evitar situaciones de conflicto de interés), a los que nos hemos referido en el capítulo anterior en el marco de las normas de conducta aplicables para determinar la responsabilidad de los altos directivos<sup>589</sup>.

Sin embargo, otra de las grandes aportaciones de la Teoría de Agencias, es el establecimiento de unos deberes indelegables ("*non-delegable duties*") también para los altos directivos. En este sentido, el desarrollo de la

---

<sup>587</sup> DAVIES, P.: *Introduction to Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2010, pp. 152-153; SCOTT, K.: "Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project", *Stanford Law Review*, vol. 35, 1983, p. 927. En España, se refiere a ello, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Madrid, 2007.

<sup>588</sup> A ellos se hace referencia en ocasiones como juego de suma cero en el caso del *duty of loyalty* y juego de suma negativa en el caso del *duty of care*, al relacionar la actuación del alto directivo o administrador con el potencial beneficio que pueda obtener de su conducta ilícita.

<sup>589</sup> Véase *supra*, Capítulo V.

Teoría de Agencias en este sentido implica la imposición jurisprudencial<sup>590</sup> de deberes no delegables a los altos directivos.

Estos deberes que el director no puede delegar en ningún caso, son derivaciones del deber de vigilancia con el contenido y subcriterios que ya hemos expuesto<sup>591</sup>. pero sólo para determinados casos en concreto que por distintas razones requieren que el principal permanezca como obligado. Así, para determinados casos puntuales establece la Teoría de Agencias que el deber de vigilancia tiene un estándar más alto y por tanto, el alto directivo no puede delegar o desvincularse de esa posición de garante, pues tiene, por su relación de agencia para con el principal, la empresa, unos deberes indelegables. Estos casos son principalmente, los siguientes:

a) Los casos de peligro inherente. El deber de cuidado es indelegable cuando el alto directivo se involucra en actividades que sabe o tiene razones para saber que son inherentemente o intrínsecamente

---

<sup>590</sup> Es referente en la Doctrina de los deberes no delegables, la sentencia Fort Worth Elevators Co. v. Russell, 123 Tex. at 145, 70 S.W.2d at 406; pero también en el mismo sentido se pronuncian los tribunales los casos, Phillips Oil Co. v. Linn, 194 F.2d 903 (5th Cir. 1952); LeJeune v. Gulf States Utilities Company, 410 S.W.2d 44 (Tex. Civ App.-Beaumont 1966, writ ref'd n.r.e.); Hernandez v. Smith, 552 F.2d 142 (5th Cir. 1977); Wilson N. Jones Memorial Hospital v. Davis, 553 S.W.2d 180 (Tex. Civ. App.-Waco 1977, writ ref'd n.r.e.); entre otros.

<sup>591</sup> Véase *supra*, Capítulo V.

peligrosas. Estas actividades no tienen por qué ser anormalmente peligrosas o extremadamente peligrosas. Ejemplo de ello serían por ejemplo, las industrias cuya actividad social supone el manejo de explosivos o fuegos artificiales, ácidos fuertes, líneas de alto voltaje en un área de alojamiento público o venenos.

b) Los casos de riesgo peculiar. La idea se ha ampliado para abarcar no sólo los casos de peligro inherente, sino también los casos de actividades que crean un riesgo "peculiar" o especial de daño sustancial en ausencia de precauciones especiales. En este caso el alto directivo puede ser hecho responsable de su propia negligencia al no prever en el contrato a partir del cual pretende delegar sus funciones, las precauciones especiales que deben tener en cuenta a la hora desarrollar la actividad o al no supervisar el trabajo del contratista en los casos de especial peligro.

c) Los casos que establezca la Ley.

d) Los casos de contratación negligente. Así, por ejemplo, se mantiene el deber de vigilancia cuando se contrata a un trabajador incompetente, pues la delegación deviene ineficaz.

## **4. Regulación positiva de los deberes fiduciarios del alto directivo a nivel internacional**

### **4.1. El Soft Law a nivel internacional.**

#### **4.1.1 El *Soft Law* en los países de nuestro entorno**

Son varios los países de nuestro entorno que, desde la publicación en 1992 en Reino Unido del conocido como Informe CADBURY, han promulgado normas de *soft law* sobre el contenido y alcance de los deberes fiduciarios. Sin embargo, este informe, del que se podría decir que fue el primero que se refirió a los deberes fiduciarios de los altos directivos, no lo hizo de forma explícita. No obstante sí que se refiere al *duty of disclosure* (deber de información), obliga a los altos directivos a actuar cuidadosamente<sup>592</sup>.

Tampoco se trataría directamente la cuestión de los deberes fiduciarios en el Informe GREENBURY, que se publicó tres años después. No es hasta otros tres años después cuando el Informe HAMPEL estableció las bases de lo que serían los deberes fiduciarios en Reino Unido, admitiendo asimismo que estos deberes fiduciarios de los

---

<sup>592</sup> Apartado 4.5 del Informe CADBURY.

altos directivos derivaban del *common law* <sup>593</sup> . Actualmente, desde 2010, es el conocido como UK Corporate Governance Code, la referencia actual en Reino Unido de los deberes fiduciarios que vinculan a los altos directivos.

En Alemania desde el 2000, año en el que el jurista Axel WERDER dirigió la publicación del Código alemán de Gobierno Corporativo, también se encuentran manifestaciones de la normativización de los deberes fiduciarios. La más reciente, la encontramos en el Deutscher Corporate Governance Kodex.

En Francia, el primer informe relevante sobre los deberes fiduciarios de los altos directivos fue el publicado en 1995, conocido como Informe VIENOT I. Su última actualización, se conoce ya como el Code de Gouvernement d'Entreprise des Sociétés Cotée, aunque más recientemente se ha publicado un documento estrechamente vinculado a esta cuestión, en forma de recomendación conocido como las Recommandations sur le gouvernement d'entreprise.

La primera manifestación de *soft law* en Italia sobre los deberes fiduciarios de los altos directivos fue el

---

<sup>593</sup> Señala textualmente el apartado 3.2 del Informe: "*The basic legal duties of directors are to act in good faith in the interests of the company and for a proper purpose; and to exercise care and skill*".

código publicado en 1999 como Código PREDA. Más recientemente se ha publicado bajo el nombre de Codice de autodisciplina delle società.

#### **4.1.2. Especial referencia a los “Principles of Corporate Governance” del American Law Institute**

En 1994 se publica por el American Law Institute<sup>594</sup> después de un intenso trabajo de compilación normativa de prestigiosos juristas, en base al extenso desarrollo y evolución jurisprudencial de los deberes fiduciarios en Estados Unidos, el trabajo denominado Principles of Corporate Governance. Este arduo trabajo, cuya preparación duró más de una década, coordinado y dirigido por el *chief reporter* del documento, EISENBERG, reflejaba los principios que daban base y fundamento a los deberes fiduciarios.

El documento no sólo reflejaba los principios de actuación de los altos directivos, sino también de los *controlling shareholders*. Los deberes fiduciarios que obligaban a los altos directivos estaban clasificados y establecidos en el volumen I del trabajo, en la parte IV,

---

<sup>594</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance...*, cit., pp. 134 a 382.

que desarrollaba el *duty of care* y la *business judgment rule*, y la parte V del documento, donde se reflejaba el *duty of fair dealing*

Como hemos indicado, en la parte IV del Principles of Corporate Governance, se desarrollan y establecen las bases del *duty of care* al que está obligado el alto directivo. El propio documento explica que estos principios normativos se derivan de la labor de desarrollo e interpretación de los mismos que han llevado a cabo los tribunales y de la normativa que varios Estados habían ido promulgando sobre este deber a partir de la mitad del s. XX<sup>595</sup>.

Así pues, se prevé el deber de diligencia en el art. 4.01 de este documento<sup>596</sup>, explicando que los altos directivos tienen el deber de llevar a cabo sus funciones en el mejor interés de la sociedad<sup>597</sup> así como con la

---

<sup>595</sup> Ibídem, p. 134. En efecto, a partir de la década de los setenta del siglo XX, según explica al respecto GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo", op. cit., p. 422, los estados comenzaron a tipificar legalmente el deber de diligencia adoptando los modelos desarrollados por la jurisprudencia. Asimismo, formulaciones del deber de diligencia fueron también recogidos en la *Model Business Corporation Act* y en la posterior *Revised Model Business Corporation Act*, cuya noción es muy parecida a la propuesta en los *Principles* del AMERICAN LAW INSTITUTE. Sobre este último modelo normativo, véase D'AMBROSIO, T., "The duty of care and the duty of loyalty in the Revised Model Business Corporation Act", en *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 40, 1987, pp., 663 y ss.

<sup>596</sup> Véase: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance...*, cit., pp. 138 y ss.

<sup>597</sup> Refiriéndose a ello con la fórmula, "best interest of the corporation".

diligencia que se esperaría razonablemente de una persona prudente<sup>598</sup> en las circunstancias similares y en la posición que se encuentra el sujeto, de acuerdo con la *business judgment rule*, siempre que ésta sea de aplicación. Se exige además en los *Principles*, para cumplir con este deber, contar con el asesoramiento de un profesional adecuado<sup>599</sup>.

En la parte V de los *Principles* está dedicada al desarrollo del deber de lealtad al que se refieren como *fair dealing*, que se podría traducir como “juego limpio”. De este modo, los altos directivos están vinculados a este deber de lealtad, según el artículo 5.01<sup>600</sup>, cuando se encuentran en una posición de interés personal en un asunto que afecta también a la empresa y se cumple siempre que se informe acerca de esa situación.

#### **4.2. Informes sobre los deberes fiduciarios de los altos directivos de las organizaciones internacionales**

Son varios los informes que desde distintas organizaciones internacionales han sido publicados en

---

<sup>598</sup> Bajo la fórmula, “ordinarily prudent person”, se rechaza en el documento acudir a estándares de prudencia superiores como podría ser el del empresario prudente.

<sup>599</sup> Apartado 4.01.a.2. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance...*, cit.

<sup>600</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance...*, cit.

relación con los deberes fiduciarios de los altos directivos. Así, en 2004 la OCDE actualizó los Principios de Gobierno Corporativo”, que ya se habían publicado por primera vez en 1999.

La Comisión Europea también ha promovido la codificación y compilación de estos deberes fiduciarios que vinculan a los altos directivos, y su manifestación clara es el Informe WINTER publicado en 2002. Más tarde, en 2009, la International Corporate Governance publicaba los Global Corporate Governance Principles. Todos estos informes revelan el interés que hay, también en la tradición europea por la codificación y establecimiento de unos principios comunes en relación a los deberes fiduciarios de los altos directivos.

## **5. Desarrollo legal de los deberes fiduciarios del alto directivo a nivel internacional**

### **5.1. Desarrollo legal de los deberes fiduciarios en el *common law***

Los distintos Estados de EEUU también regularon el establecimiento de deberes fiduciarios de los altos directivos, basándose en la propuesta normativa del Model Business Corporation Act, publicada por la

American Bar Association. También merece especial referencia, dado que la mayoría de las sociedades cotizadas de Estados Unidos se encuentran de una forma u otra “vinculadas” (por estar domiciliadas o tener su principal fuente de ganancias) en este Estado, la Delaware General Corporation Law del Delaware Code.

En Reino Unido, sin embargo el apoyo legal a los deberes fiduciarios se encuentra refrendado por la Companies Act de 2006. Así, del art. 170 a 177 establece la naturaleza y objetivos de los deberes fiduciarios de los altos directivos, admitiendo que estos son una derivación del desarrollo de los mismos en la jurisprudencia del *common law*.

## **5.2. Algunas manifestaciones del desarrollo legal de los deberes fiduciarios en el *civil law***

Son numerosas las manifestaciones que también podemos encontrar en el *civil law* a nivel legislativo sobre el desarrollo de los deberes fiduciarios de los altos directivos. En el propio Código Civil Italiano, se establecen legalmente las obligaciones de los altos directivos de las sociedades en sus artículos 2380 y ss. Estos artículos desarrollan las distintas derivaciones del deber de lealtad y de diligencia que obligan a estos sujetos.

En Alemania, la Ley de Sociedades Anónimas alemana (la AktG) recoge algunas obligaciones derivadas de la posición fiduciaria del alto directivo. Así, en su art. 88 desarrolla la obligación de no competencia, mientras que en el art. 93 establece el deber de diligencia. Por último, en Portugal, el desarrollo del Código das sociedades comerciais de 2006 desarrolló de forma imperativa los deberes fiduciarios para los altos directivos de las sociedades<sup>601</sup>



---

<sup>601</sup> El art. 74.1 del *Código das sociedades comerciais* dispone, en efecto, la nulidad de las cláusulas contractuales que limiten la responsabilidad de los administradores (*É nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores*)



## CAPÍTULO VII: Los deberes de confianza empresarial en España

“Se requieren nuevas formas de pensar para resolver los problemas creados por las viejas formas de pensar”.

Albert EINSTEIN

### 1. Los deberes de confianza empresarial: el concepto de deberes fiduciarios en España

El concepto de deber fiduciario, no es, desde luego, un concepto ajeno a la tradición jurídica española. El deber fiduciario no puede entenderse sin hacer referencia a la *fiducia*, palabra sinónimo de confianza<sup>602</sup> y que ha tenido un gran desarrollo como concepto jurídico, usándose de forma frecuente en nuestro sistema, como por ejemplo, en “la relación agente-principal, médico-paciente o abogado-cliente”<sup>603</sup>

---

<sup>602</sup> De hecho, en el *Diccionario de la lengua española* como significado de la palabra *fiducia*, sale el sustantivo “confianza”. RAE: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario De La Lengua Española*, op. cit.

<sup>603</sup> Como explica AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: “El factor confianza y la lógica del control en la empresa: algunas reflexiones ético-jurídicas a propósito de las estrategias de prevención del delito de los trabajadores.”, *Empresa y Humanismo*, vol. 12, nº 2, 2009.

El deber fiduciario, en abstracto, se refiere a un conjunto de obligaciones que la ley impone a las partes que se hallan en una posición de confianza respecto de la otra parte<sup>604</sup>. Más allá del desarrollo que los deberes fiduciarios han tenido en Estados Unidos y que hemos analizado con profundidad en los capítulos anteriores<sup>605</sup>, en nuestra tradición jurídica hay dos corrientes claramente diferenciadas sobre el concepto y alcance de estos deberes.

Por un lado, desde un sector más puramente iusprivatista, hay autores, especialmente en la doctrina mercantilista, que han llegado a entender el modelo de regulación de los deberes fiduciarios como un enfoque estrictamente orientado a proteger intereses exclusivamente privados en relación con el fenómeno de uso de información privilegiada bursátil<sup>606</sup> o extendiendo

---

<sup>604</sup> Como recuerda AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: "El factor confianza...", *ob. cit.*

<sup>605</sup> Véanse *supra* los capítulos IV, V y VI.

<sup>606</sup> En este sentido, PEINADO GRACIA, J. I.; VALENZUELA GARACH, F.: "La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores: Especial consideración de las disciplinas CEE y española", *Noticias de la Unión Europea*, nº 81, 1991, Wolters Kluwer, p. 14; GÓMEZ INIESTA, D. J.: *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1997, p. 277; MINGUELL ELEIZALDE, B.: "La información privilegiada", en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J.; ALONSO UREBA, A.: *Instituciones del mercado financiero*, Sopec, Barcelona, 1999, pp. 3970-3971; VARELA VARAS, AMF, 1992, 2. Se pronuncia sobre esto, también VEGA GUTIÉRREZ, J.: "El delito de uso de información privilegiada en el mercado de

un poco más el concepto, como aquellos deberes que trataban de eliminar cualquier tipo de fraude o engaño en relación con la negociación de valores<sup>607</sup>. Por otro lado, sin embargo, otro sector, influenciado por el desarrollo de estos deberes en el sistema del *common law*, así como en otros países de nuestro entorno, entienden que el alcance y aplicación de estos deberes fiduciarios es mucho más extenso.

---

valores, especialmente en el derecho penal español (Art. 285 CP)", 2010, Universidad de Alcalá.

<sup>607</sup> Sobre esto, con más profundidad, *Ibid.* Cfr. FERNÁNDEZ ATELA, G.: "Insider trading: evolución, doctrina y regulación en los Estados Unidos de América", *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, nº 31, 1988, p. 575; AKASHI, T.: "Regulation of Insider Trading in Japan", *Columbia Law Review*, vol. 89, 1990, p. 28; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "El «status quaestions» sobre el «insider trading» en el Derecho federal de los Estados Unidos", *Revista de derecho mercantil*, nº 202, 1991, pp. 808-810; PEINADO GRACIA, J. I.; VALENZUELA GARACH, F.: "La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores: Especial consideración de las disciplinas CEE y española", op. cit., p. 14; GARCÍA CIRIZA, AMF, 1994, 5; ESTRADA, J.: "Insider trading: regulation or taxation?", *Swiss Review of Business Law*, nº 5, 1994, p. 2, n. 1; ESTEVAN DE QUESADA, C.: "El problema del insider trading. Materiales para la reflexión", *Revista general de derecho*, nº 615, 1995, p. 13451; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.: "Protección penal del mercado de valores", *Tirant lo Blanch. Valencia*, 1997, p. 324; MONTES ÁLVARO, A.: "El delito de información privilegiada y su distinción de otras figuras afines", *Estudios jurídicos*, nº 2004, 2004, 2004, p. 1225; PRIETO DEL PINO, A. M.: "Uso de información privilegiada en el mercado de valores", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, 2006, p. 183; ARROYO RODRÍGUEZ, A. M.; VAQUERO LAFUENTE, M. E.: "La ética en el uso de la información privilegiada", *ICADE*, nº 64, 2005, pp. 238-239; MONROY ANTÓN, A.: "Estudio comparado de las diferentes legislaciones sobre el delito de abuso de información privilegiada: La Directiva Comunitaria 2003/6/CE", *Derecho & empresa: revista de estudios jurídicos y de empresa*, nº 2, 2005, p. 8; QUINTANAR DÍEZ, M.: *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESEJ Centro de Estudios, Madrid, 2006, n. 35; ALTENHAIN, K.: *Kölner Kommentar zum WpHG*, Heymann, Cologne, 2007, p. 2470; PAWLIK, C.: "Verbot von Insidergeschäften", *Kölner Kommentare zum*, vol. 14, 2008, p. 402.

Así pues, a pesar de que en España, la doctrina penal no les ha prestado quizás la atención que debiera, en el ámbito del Derecho mercantil el desarrollo de los deberes fiduciarios es evidente y va bastante más allá del fenómeno de uso de información privilegiada bursátil. En este sentido, el concepto de “relación fiduciaria” ha sido aplicado a diferentes tipos de vínculos, entre ellos el personal, el social o el legal. Todos ellos tienen en común la confianza que deposita un sujeto en otro, siempre que esta confianza surge de una posición de dominio e influencia<sup>608</sup>.

Concretamente, en el ámbito específico de la empresa, los deberes fiduciarios pueden describirse como aquellos que surgen de la confianza que deposita el *principal* (la empresa y por tanto, sus propietarios o accionistas) sobre el *agent* (el alto directivo<sup>609</sup>), con la expectativa de que este último llevará a cabo una diligente gestión y administración de la misma, basada en el buen gobierno corporativo. De esta forma, el alto directivo, al igual que el “agent” está inmerso en una relación de confianza que supone el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad conocido como “fiduciary

---

<sup>608</sup> GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, op. cit., p. 239.

<sup>609</sup> Sobre el concepto de “alto directivo”, véase *supra*, apartado 3, capítulo IV.

duty”<sup>610</sup>, de lo que deriva que en el *common law* todo aquel que deba cumplir con este deber sea conocido como “fiduciary”<sup>611</sup>.

De esta forma, en el momento en que un determinado sujeto toma la decisión y adquiere el compromiso, ya sea mediante un título jurídico válido o bien de hecho- de ser el alto directivo de una determinada sociedad, se compromete a cumplir con unos determinados deberes que obligatoriamente deben ser cumplidos para que al mismo tiempo también se cumpla con la expectativa que sobre sus actividades al mando de la empresa tiene el principal (los titulares de la misma). En este sentido, en el momento en el que el alto directivo se pone al mando de la empresa adquiere una posición de garante que ha sido ampliamente reconocida por la doctrina, también en el Derecho penal.

Así, la necesidad de la posición de garante para la atribución de responsabilidad de los individuos que conforman la estructura empresarial no es ya desde luego

---

<sup>610</sup> «A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (such [...] corporate officer) to the beneficiary (such [...] a shareholder)». (GARNER, B. A.; BLACK, H. C.: *Black's law dictionary*, op. cit., p. 545, voz “fiduciary duty”).

<sup>611</sup> «A person who is required to act for the benefit of another person on all matters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence, and candor -the corporate officer is a fiduciary to the corporation-». (*Ibid.*, p. 658, voz “fiduciary”).

un concepto ajeno a la jurisprudencia de nuestros tribunales, en particular a la del Tribunal Supremo. Y cuando todavía en ocasiones lo es, puede concluirse que ello probablemente se deba a que las defensas o acusaciones no han planteado dicha vía argumental. Existen ciertas variaciones terminológicas entre jurisprudencia y doctrina, pero en lo básico las categorías asociadas a la posición de garante, como su delegación, el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones neutrales o, en una terminología más clásica, la prohibición de regreso, son manejadas ya por la jurisprudencia igual que lo fueron por la doctrina.<sup>612</sup>

---

<sup>612</sup> Por todos y a modo de resumen, MUÑOZ CONDE, F.: "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", *Revista Penal*, nº 9, 2002, p. 59 y ss., p. 74 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A. I.: "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", op. cit., p. 106 y ss., p. 110 y ss. (específicamente en cuanto a la delegación); PÉREZ CEPEDA, A. I.: *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 163 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", *Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabilidad penal de las sociedades - Actuación en nombre de otro - Responsabilidad de los consejos de administración*, nº 7, 1994, p. 63 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 216, 270 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: "Fundamento y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 209 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit.; CUADRADO RUIZ, M. Á.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Bosch, Barcelona, 1998; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", op. cit., p. 17 y ss.; MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, y allí particular los trabajos de FRISCH (pp. 99 y ss. [110 y ss.]) y BOTTKE (pp. 129 y ss.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Repercusión de la 'responsabilidad por el producto' en los principios garantizadores y la dogmática penales",

Sin embargo, a lo que no se ha prestado la atención que requiere por parte de la doctrina penal es al contenido mismo de los deberes que genera esta posición del alto directivo para con la empresa (o para con sus titulares), pero también para con los demás individuos que componen la estructura empresarial.

## **2. Regulación actual de los deberes de confianza empresarial en España**

### **2.1. Normativa nacional de los deberes de confianza empresarial**

---

*Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006, p. 110 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “&quot;Riesgos normales&quot; y &quot;riesgos excepcionales&quot;. Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1998 (entre otros muchos trabajos de este autor); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 843, 2012, p. 6; BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005, p. 25 y ss, 28 y ss. En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 217-250; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “La responsabilidad penal de los dirigentes, representantes de la persona jurídica o de quienes ostentan facultades de organización y control de la misma”, en CORTÉS BECHIARELLI, E./ DE LA MATA BARRANCO, A.J.P.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

En España se reconoce expresamente la importancia de los deberes de confianza empresarial o deberes fiduciarios por primera vez en 1996. En este sentido, la primera manifestación del *soft law* en nuestro país es el Informe del Círculo de Empresarios. En este informe se manifestaba que la Ley que regulaba los deberes fiduciarios, la Ley de Sociedades Anónimas, establecía en su artículo 127 un deber de diligencia bastante impreciso.

En este sentido, el citado Informe añadía más obligaciones derivadas de este deber general. Las obligaciones que el Informe establecía reflejaban con bastante similitud los deberes fiduciarios que derivaban de la Teoría de Agencias imperante ya por entonces en el *common law*.

En 1998 el gobierno ordenó la publicación del que se ha conocido como Informe OLIVENCIA<sup>613</sup>, que en su parte II, apartado 8, recoge expresamente los deberes fiduciarios de los altos directivos y administradores<sup>614</sup>.

---

<sup>613</sup> “El gobierno de las sociedades cotizadas”, publicado en Madrid, el 26 de febrero de 1998, por la “Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades”.

<sup>614</sup> Además, las recomendaciones del Código (Parte III), establecen explícitamente la conveniencia de que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones derivadas de los deberes de diligencia y lealtad (Recomendación nº 16) y de que el Consejo promueva la adopción de medidas dirigidas a extender los deberes a los accionistas significativos (Recomendación nº 17).

De esta forma, se introducen en el ámbito español los deberes de confianza derivados de la Teoría de Agencias.

En este sentido el Informe OLIVENCIA manifiesta la imprecisión anteriormente apuntada del art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que recomienda en su apartado 8.1 que la normativa interna de las distintas sociedades anónimas establezca expresamente los deberes de lealtad y diligencia con la finalidad de que los altos directivos tengan conocimiento absoluto de sus obligaciones y ello permita una mejor evaluación a posteriori de su cumplimiento<sup>615</sup>.

Independientemente de la buena acogida que tuvo este Informe en nuestro país, es cierto que a ello ayudó también que en España, los escándalos del caso Enron, Worldcom y otros ocurridos en Estados Unidos, habían propiciado la desestabilización del mercado, pues sus efectos habían sido a nivel mundial. Todo ello propició que en España, al igual que otros países, los operadores del mercado estuvieran ávidos de la normativización de ciertos estándares de conducta como obligados para los altos directivos.

---

<sup>615</sup> En este sentido, véase MAMBRILLA RIVERA, V.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", op. cit., p. 918.

Con todo ello, en 2002, por orden del Consejo de Ministros, se constituye una comisión para el estudio de los distintos principios que deberían regular a las sociedades cotizadas en pro de una mayor, seguridad y transparencia de los mercados. Fruto de este trabajo se publica al año siguiente, el conocido como Informe ALDAMA, cuyas secciones II y III están dedicadas a los deberes fiduciarios de los altos directivos.

El Informe ALDAMA establece el principio de seguridad, que está recogido en su sección III, como un principio más configurador de los deberes fiduciarios de los altos directivos orientado a conseguir que los inversores tengan un mínimo de garantías de que las ganancias de la empresa se distribuyan de forma adecuada y que en última instancia regularía los potenciales conflictos de intereses. En relación a este principio, resalta la importancia del deber de lealtad, por lo que considera que es necesario que sus derivaciones deban estar reflejadas también en la legislación societaria<sup>616</sup>.

Se reconoce de manera expresa en el Informe ALDAMA la utilidad del establecimiento de las normas en concreto que derivan del deber fiduciario de lealtad, para que se pueda determinar su incumplimiento,

---

<sup>616</sup> Véase: *Ibid.*, p. 920.

ayudando así en la tarea de interpretación a los jueces. Así, posteriormente a este informe, se promulga la Ley de Transparencia de 2003, que lleva a cabo modificaciones en materia societaria en relación con los deberes fiduciarios de los altos directivos y los administradores, en especial del deber de lealtad y de diligencia.

La Ley de Sociedades Anónimas fue derogada en 2010 por la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)<sup>617</sup>, que tenía como objetivo prioritario aunar la totalidad de la normativa de las sociedades de capitales<sup>618</sup>. En este sentido, derogó también el capítulo X de la LMV y la LSRL, salvo excepciones<sup>619</sup>. Esta nueva norma, a pesar de que su finalidad no era la de modificar lo anteriormente vigente, da una redacción distinta a las normas que afectan a los deberes de confianza empresarial y podría inducir a su modificación en la interpretación de los mismos<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 2 de julio.

<sup>618</sup> Véase el apartado I de la exposición de motivos de la LSC.

<sup>619</sup> Disposición derogatoria única LSC.

<sup>620</sup> Véase: ESTEBAN VELASCO, G.: "La administración de las sociedades de capital.", *Revista de Derecho de sociedades*, nº 36, 2011, p. 157 y ss., donde advierte, como primera novedad introducida por la LSC, que el régimen legal de los deberes fiduciarios se declara aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, corrigiéndose así las insuficiencias de coordinación y redacción introducidas por la Ley de Transparencia.

Así, por ejemplo, el actual art. 224, que establece el “deber de diligente administración”, en el anterior art 127 de la LSA hacía referencia al referencia al “representante leal”, mientras que ahora se limita a la diligencia de un ordenado empresario, por lo que parte de la doctrina ha manifestado que con ello es más drástica la distinción entre lealtad y diligencia<sup>621</sup>.

El actual art. 225 de la LSC, que fue modificado por la Ley Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo 31/2014, de 3 de diciembre, se establece el “deber general de diligencia”. Este deber, como veíamos, ha sido fuertemente afectado por la citada reforma, dado que es uno de los que mayor trascendencia tendrá para dilucidar responsabilidades en el seno de la organización.

Así, tras la reforma ha sido ampliado en su formulación, por lo que actualmente, se desgrana a su vez en los siguientes deberes fiduciarios. El primero de ellos, correspondiente al apartado 1 del actual art. 225 es el de “desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la

---

<sup>621</sup> Véase, *Ibid.*, p. 157; RIBAS FERRER, V.: “Los deberes de los administradores”, en ROJO FERNÁNDEZ, Á.J.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011, p. 1608 y ss.

naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”, que bajo la Ley de 2010, se limitaba a exigir que se desempeñara “el cargo con la diligencia de un ordenado empresario”. El segundo de estos deberes, correspondiente al apartado 2 del art. 225, el de “tener la dedicación adecuada” y adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”, ha sido de reciente incorporación con la modificación de 2014 con una clara orientación a la cultura del cumplimiento empresarial. Por último, el tercero de ellos, previsto en el apartado tercero del artículo 225, establece el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”, mucho más amplio en su formulación que el deber de “informarse diligentemente de la marcha de la sociedad” que se exigía bajo la redacción de 2010.

El deber de lealtad previsto en la Ley de Sociedades de Capital impone al alto directivo el deber de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” (art. 227 LSC). Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que servirán para determinar si el alto directivo ha llevado a cabo una conducta desleal según lo previsto en el art. 228 de la Ley de Sociedad de Capital:

1. No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

2. Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

3. Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

4. Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, el deber de evitar conflictos de interés previsto en la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 228, impone al alto directivo, la obligación “de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”.

Se impone además al alto directivo otros subdeberes derivado de éste en el art. 229 de la Ley de Sociedad de Capitales, que consisten en no llevar a cabo las siguientes conductas:

1. Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

2. Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

3. Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

4. Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

5. Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

6. Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

## **2.2. Los deberes de confianza empresarial en las empresas del IBEX 35**

### **2.2.1. La regulación interna de *INDITEX***

En primer lugar, la regulación interna de INDITEX S.A. es de las sociedades del IBEX 35, una de la que más precisión tiene en cuanto a la regulación de los deberes fiduciarios o de confianza empresarial. En este sentido, el reglamento interno del consejo de administración, trata a partir de los arts. 29 a ss., los deberes de confianza empresarial.

En este sentido, el artículo 29.1 del Reglamento establece el deber de fidelidad. Seguidamente, en su artículo 29.2 desarrolla el deber de diligencia, como aquella que tendría un “ordenado empresario y representante leal”.

### **2.2.2. La regulación interna de *Telefónica***

En el Reglamento del Consejo de Administración de Telefónica, S. A., los deberes de confianza o fiduciarios de los administradores y altos directivos están regulados en el Título V (arts. 27 y ss.). El reglamento en este sentido, establece en primer lugar, el derecho y el deber de información en su artículo 27.

Hay diversas manifestaciones sobre estos deberes fiduciarios en su Reglamento del Consejo de Administración de Telefónica, S.A, entre ellas también

son muy interesantes, las que garantizan la seguridad de sus accionistas.

### **2.2.3. La regulación interna del Banco Santander**

Por último, y en relación con el Banco Santander, apenas dedica en su reglamento interno atención a los deberes fiduciarios. Así, dedica un artículo, el artículo 30 a la regulación de estos deberes fiduciarios de los altos directivos y administradores.

En este artículo 30 se refiere al deber de diligencia y a los requisitos para cumplirlo. Lo mismo ocurre con el deber de lealtad,

### **3. La aplicación actual en la praxis judicial de los deberes de confianza**

Actualmente, en nuestra jurisprudencia, los deberes de confianza o fiduciarios que hemos ido analizando a lo largo de esta tesis están teniendo cada vez una mayor aplicación. Aunque, como veremos, se utilizan en el orden penal también con mucha frecuencia, es sólo en el ámbito mercantil donde se refieren a ellos expresamente como “deberes fiduciarios” En este sentido, son numerosas las sentencias mercantiles que se amparan en la interpretación de estos deberes para interpretar el

alcance de las obligaciones de los altos directivos para con el principal (la empresa)<sup>622</sup>.

Es especialmente ilustrativa la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 246/2013, de 30 octubre, que resuelve la demanda presentada frente a Unión Fenosa Gas, S.A., absolviéndola y condenado al pago de las costas a la parte demandante. En este pronunciamiento se hace referencia a la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente a la STS núm. 662/2011, FredOlsen, S.A. para explicar la relación agente - principal, es decir la relación entre alto directivo - empresa. Así, el tribunal se refiere a las denominadas relaciones de gestión, haciendo referencia en este caso a las actividades de gestión llevadas a cabo por los altos directivos de la empresa-, en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal (entendiéndose como hemos dicho, por principal, la empresa)<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> En este sentido, las siguientes sentencias: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia de 30 diciembre de 2005; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo (Provincia de Pontevedra) de 28 enero de 2011; Auto de la AP de Madrid (Seccion 28a) núm 134-2015 de 22 de junio de 2015; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia núm. 19-2010 de 19 enero de 2010; SAP de Valencia (Seccion 9a) núm. 275-2006 de 13 de julio de 2006; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia núm. 15-2006 de 27 de enero de 2006; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 246-2013 de 30 de octubre de 2013; STS (Sala de lo Civil, Seccion 1a) núm. 662-2011 de 4 de octubre de 2012; SAP de Asturias (Seccion 1a) núm. 127-2015 de 15 de mayo de 2015; STS (Sala de lo Civil, Seccion 1a) núm. 25-2012 de 10 febrero.

<sup>623</sup> En este sentido explica que nuestro ordenamiento, como concreta

Veremos cómo en el orden penal, más allá de la referencia en concreto a los deberes fiduciarios, se hace alusión a los distintos deberes de confianza<sup>624</sup> en concreto a los que ya nos hemos referido y hemos desarrollado en capítulos anteriores, como el deber general de diligencia,

---

manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquel. Siguiendo con este razonamiento, expone la sentencia que los deberes de conducta del obligado se resumen en dos mandamientos: primero, evitar ex ante conflictos de intereses (no-conflict), que en un modelo de múltiples principales consiste en no dividir lealtades. Segundo, no abusar ex post de la posición obtenida (no-profit), que en una relación principal-agente implica que el auxiliar no anteponga sus intereses a los del dueño del negocio (dominus). Con todo ello, se afirma en la sentencia que los deberes de lealtad protegen al principal del oportunismo del agente. Con todo, un consejero no se halla con otro en una relación contractual o cuasicontractual tal que le permita exigir el cumplimiento de estos mandamientos, salvo el deber de confidencialidad o prohibición de abuso de la información compartida. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 246/2013, de 30 octubre.

<sup>624</sup> Sirvan ahora, antes de entrar en más detalle, a modo de ejemplo, los siguientes pronunciamientos: SAP de Jaen (Sección 3a) num. 378-2014 de 22 diciembre de 2015; SAP de Lugo (Sección 2a) num. 34-2000 de 7 noviembre de 2001; SAP de Barcelona (Sección 6a) Auto num. 295-2008 de 29 mayo de 2008; SAP de Cadiz (Sección 8a) Auto num. 343-2008 de 14 noviembre de 2009; SAP de Jaen (Sección 2a) num. 21-2008 de 18 febrero de 2008; SAP de Granada (Sección 1a) num. 76-2009 de 17 febrero de 2010; SAP de Valencia (Sección 4a) num. 130-2011 de 15 febrero de 2011; SAP de Madrid (Sección 15a) Auto num. 190-2012 de 12 marzo de 2012; SAP de Alicante num. 28-2013 de 18 enero de 2013; SAP de Alava (Sección 2a) num. 106-2014 de 7 marzo de 2014; SAP de Cantabria (Sección 3a) Auto num. 238-2014 de 8 mayo de 2015; SAP de Cáceres (Sección 2a) Auto num. 175-2007 de 11 mayo de 2007; SAP de Las Palmas (Sección 2a) num. 8-2009 de 9 enero de 2009; SAP de Ciudad Real (Sección 2a) Auto num. 231-2009 de 8 octubre de 2009; SAP de Burgos (Sección 1a) Auto num. 63-2011 de 25 enero de 2011; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5a) num. 228-2011 de 3 junio de 2012; SAP de Madrid (Sección 15a) num. 120-2012 de 28 marzo de 2012; SAP de Madrid (Sección 7a) Auto num. 884-2012 de 22 octubre de 2012; STS (Sala de lo Penal, Sección 1a) num. 121-2014 de 19 febrero de 2014.

el deber de lealtad y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. No obstante, como veremos en el capítulo que sigue, nuestra jurisprudencia en este ámbito, como lo hacía anteriormente la del *common law*<sup>625</sup>, también confunde planos. Por ello, con la pretensión de solventar este problema, en el próximo capítulo se sentarán las bases para la individualización de la responsabilidad de los altos directivos a partir de la correcta aplicación de los deberes de confianza de la Agency Theory.

#### 4. Recapitulación

Ya hemos visto como los deberes de confianza empresarial en España tienen un amplio desarrollo legislativo, no sólo a nivel de normativa nacional, sino en la normativa interna de las grandes empresas. La aplicación de los mismos en la praxis judicial en el orden mercantil es abundante y con un amplio desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, en el orden penal se desvirtúan -y con esto adelanto nuestro posicionamiento en parte para el capítulo que sigue- al confundir su

---

<sup>625</sup> Como ocurrió en el caso *United States vs. White*, en el que la Corte indicó expresamente que la Responsible Corporate Office Doctrine no es como la Doctrina de Respondeat Superior, pues la Responsible Corporate Office se había desarrollado para la atribución de conocimiento a sujetos individuales dentro de la empresa, de modo que quizás en el caso *United States vs. Brittain*, la Corte estaba confundiendo planos (el plano de las *conduct rules* con el de las *decision rules*).

naturaleza como norma de conducta con el de una regla de imputación para atribuir responsabilidad al sujeto por la posición que ocupa. Para poder profundizar en esta cuestión, es necesario que nos introduzcamos en el capítulo siguiente en el tratamiento de la problemática actual de la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos por parte de la jurisprudencia española.





**CAPÍTULO VIII: Hacia la mejora de la individualización de la responsabilidad de los altos directivos en España a partir de los deberes fiduciarios derivados de la Agency Theory**

“No hay enigmas. Si un problema puede plantearse, también puede resolverse”.

Ludwig WITTGENSTEIN

**1. Deberes fiduciarios y responsabilidad penal de los altos directivos: consideraciones generales**

**1.1. Los deberes fiduciarios como “sustrato” de la responsabilidad de los altos directivos**

Independientemente de las posibles críticas que se hayan podido verter desde la doctrina mercantil especializada, de forma e incluso de fondo, al régimen de responsabilidad de los altos directivos de la empresa, se puede afirmar que es mayoritario el sector que se inclina por otorgar un carácter eminentemente imperativo a los

deberes fiduciarios o de confianza <sup>626</sup> de los altos directivos en la empresa. No se admite, por decirlo de otro modo, que, por medio de cualesquiera pactos privados suscritos por los distintos sujetos que puedan formar parte de la alta dirección de una empresa, puedan estos desligarse de los deberes que desde la Teoría de Agencias les son impuestos. Es cierto que este régimen, como ya se ha anotado anteriormente <sup>627</sup>, también ha supuesto que determinados sectores, sobre todo desde la doctrina mercantilista<sup>628</sup>, hayan propuesto la introducción

---

<sup>626</sup> Como se ha explicado razonadamente en el primer apartado del capítulo VII de la presente tesis, hemos utilizado de forma indistinta durante todo el trabajo, las expresiones “deberes fiduciarios” y “deberes de confianza”.

<sup>627</sup> Véase *supra* capítulo VII.

<sup>628</sup> Véase, por todos: QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La responsabilidad de los administradores concursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 7, 2007, pp. 1692-1693, quien entiende que se trataría de una responsabilidad imperativa, que no admitiría margen alguno para la disponibilidad, ni para excluirla ni para flexibilizarla; ALONSO ESPINOSA, F.: “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 74 y ss., quien afirma categóricamente que “no existe discusión sobre el carácter *imperativo*” establecido en la LSA, actualmente LSC; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; GARCÍA-PITA PEMÁN, D.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, *J & AGarrigues Abogados*, vol. 1, 1996, p. 12, quienes consideran imperativa la totalidad del régimen de responsabilidad de administradores y que sería pacífico en doctrina que cualquier modificación estatutaria del régimen (limitación de las causas o supuestos, renuncia previa, establecimiento de régimen alternativo de cargas de la prueba, mecanismos de responsabilidad por resultados, mayorías cualificadas, etc.), carecería de validez; DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 334-335, quien señala que la doctrina española sostiene de manera “prácticamente unánime” que el régimen de responsabilidad legal no puede ser modificado por los estatutos, en la medida que formaría parte de los principios configuradores del tipo social. En el mismo sentido, la STS de 30 de diciembre de 1997 [R] 1997, 9192], señala que la

de determinadas modificaciones de la legislación aplicable a los mismos <sup>629</sup>. Pero, sean cuales sean los cambios que en el futuro se hagan concretando las obligaciones de los altos directivos o formalizándolas de modo distinto, y sean cuales sean los concretos pactos de las empresas formalizados en sus estatutos, las bases de la Teoría de Agencias, por constituir la base de las relaciones de confianza entre la empresa y sus agentes directivos, no se verán modificadas.

En todo caso, lo relevante de esto, a los efectos de esta tesis doctoral, es que la regulación de los deberes de confianza empresarial de los altos directivos, no sólo determina una política jurídica preventiva y de moralización de estos relevantes agentes de la empresa y, a su vez, establece la medida retribucionista que modula la posibilidad de resarcimiento de los perjudicados por la conducta ilícita del alto directivo <sup>630</sup>, sino que, además,

---

“responsabilidad de los administradores tiene su origen en una obligación *ex lege* y, por ello, un aspecto de institución de orden público o derecho necesario, que no puede soslayarse mediante artificios estatutarios”.

<sup>629</sup> Así, por ejemplo: QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La responsabilidad de los administradores concursales”, op. cit., p. 1718, señala que la aplicación del mismo porcentaje de minoría a todos los tipos societarios generaría notorias disfunciones y recomienda que una futura reforma legal diversifique la noción cuantitativa de minoría y la configure escalonadamente; ESTEBAN VELASCO, G.: “La administración de las sociedades de capital.”, op. cit., p. 168, advierte que resultaría oportuno revisar el régimen de la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría, reduciendo el porcentaje o, incluso, atribuyendo legitimación al socio individual.

<sup>630</sup> Consúltese, sobre las posibilidades del resarcimiento de los perjudicados por la actuación antijurídica del alto directivo o el administrador, la obra de

define unas obligaciones normativas cuya violación puede constituir la base desde la que se valore la existencia de la infracción, por parte de ese sujeto en particular y por la posición en la que se encuentra, de una norma de conducta penal. Los deberes fiduciarios constituyen, en este sentido, el sustrato de la responsabilidad de los altos directivos; el contenido orgánico de la existencia de una relación de responsabilidad entre ese concreto agente de la empresa y lo que en ella sucede. Y aunque el hecho de que un directivo sea responsable de la infracción de un deber de confianza en relación con un hecho en concreto no le convertirá inmediatamente en penalmente responsable de los “desvalores normativos” asociados a tal hecho, lo que sí puede afirmarse es que la valoración de si, con respecto a un determinado hecho en el seno de una empresa, ha habido o no por parte del alto directivo la infracción de una regla de conducta penal no podrá llevarse a cabo si no se analiza desde el prisma de si ha infringido o no, y de qué modo, los deberes fiduciarios que definen su relación de responsabilidad con lo que sucede en la empresa.

En efecto, al utilizar el régimen de la Teoría de Agencias para dilucidar, clasificar y explicar, como

---

ALONSO ESPINOSA, F.: “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, op. cit., p. 20.

hemos hecho <sup>631</sup>, los criterios objetivos o normas de conducta a los que están sometidos los altos directivos, no sólo estamos describiendo un régimen jurídico-privado definitorio de las relaciones entre diferentes agentes, sino que estamos haciendo algo más. Estamos afirmando que el hecho de que el agente -una vez imputado el hecho concreto que se adscribe al alto directivo sobre el que estamos dilucidando su posible responsabilidad-, con su conducta, haya infringido, o no, el deber de confianza que corresponda interpretar en el caso concreto, constituye el baremo o si se quiere, por utilizar el lenguaje que hemos empleado a lo largo del trabajo, el estándar que emplearemos para valorar si estaba o no en una posición que le hace responsable en concreto de lo que ha pasado en el seno de la empresa. Es decir, que sólo llevando a cabo el proceso de atribución de responsabilidad de esta forma y empleando estos criterios, se individualizaría la responsabilidad penal de los altos directivos de una forma correcta, pues sólo desde el sustrato de en qué y en qué no deposita la empresa su confianza en el alto directivo podremos conocer a qué está obligado y a qué no y sólo desde la determinación de esto último podremos construir una argumentación razonable sobre su responsabilidad.

---

<sup>631</sup> Véase *supra*, capítulo VI.

No puede -y esto es importante destacarlo- entenderse conforme a otro baremo el cumplimiento del deber del alto directivo que el propio que ampara el compromiso que adquirió con la empresa de la cual está al mando. Esto es lo que fundamenta la necesidad de acudir a la normativa mercantil y lo que justifica el esfuerzo argumentativo que deben hacer los tribunales - también por supuesto, desde el orden penal- de acudir a la Teoría de agencias para poder justificar la infracción del deber por parte de los altos directivos.

Ahora bien, con esto no estamos afirmando que es ese contenido normativo derivado de los deberes de confianza el único que conforme la regla de conducta que operará para llevar a cabo el juicio de valoración esencial para determinar la responsabilidad penal del alto directivo. Como es obvio, en la *applicatio legis ad factum* el hecho imputado al alto directivo será comparado con el tipo penal de injusto de que se trate (también por las normas de intervención delictiva tan importantes a la hora de individualizar responsabilidades), regla de conducta que, por ser infringida por el alto directivo en el seno de la actividad de una empresa, será informada, a su vez, por los deberes de confianza empresarial. En otras palabras: además de confrontar el hecho imputado con el deber de confianza empresarial, deberá hacerse un juicio de valoración para determinar si el alto directivo realizó el tipo de injusto específico de que se trate,

además de comprobar si infringió la norma prohibitiva de intervención -de autoría o participación- para poder atribuir el demérito que su conducta merece.

Todo esto, sin embargo, que en abstracto parece simple, en la praxis judicial no lo es, quizás porque se tiende a saltarse pasos y no se relacionan las llamadas posiciones de garante en Derecho penal con el sustrato de su contenido normativo y, quizás también, porque, como ya se ha visto en el Derecho anglosajón, se confunden planos. Antes, en todo caso, de desarrollar tales problemáticas, es el momento de analizar, cuanto menos a grandes rasgos, cómo puede concretarse en el proceso de valoración de la realización por parte del alto directivo de un injusto penal ese sustrato esencial que constituyen los deberes de confianza empresarial.

## **1.2. Clases de Deberes de Confianza Empresarial y responsabilidad penal del alto directivo**

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de esta tesis doctoral, la Teoría de Agencias construida sobre la base de la relación de agencia existente entre el alto directivo (el agente) y la empresa (el principal) es realmente útil para la singularización de responsabilidades en el ámbito de la empresa. Así, los deberes de confianza o fiduciarios que han sido desarrollados a lo largo de este trabajo derivados de la

relación de confianza o fiducia entre el alto directivo y la empresa, sirven para allanar el camino en el ámbito penal para la adscripción de responsabilidad del alto directivo.

En este sentido, la interpretación de la relación principal-agente de la que parte la Teoría de Agencias, se caracteriza, como hemos visto, no sólo por la posición de “dominio” por cuanto vincula con sus hechos la responsabilidad de la empresa, sino que entendiendo la relación de agencia desde un concepto amplio, como se ha hecho a lo largo del trabajo, se caracteriza también por la asimetría informativa que suele darse en estas relaciones a favor del agente, del alto directivo, por cuanto es este último el que está en más estrecho contacto con la actividad empresarial desplegada y quien por tanto, dispone en tiempo real de la información precisa para actuar.

Es por ello, que actuando en el marco de esta relación de confianza, al directivo se le imponen determinadas obligaciones que se concretan en los deberes de confianza empresarial, que tendrán, como no puede ser de otra forma, importantes consecuencias prácticas a la hora de atribuir responsabilidad penal a los altos directivos, ofreciendo relevantes criterios para la determinación de las responsabilidades individuales de éstos.

Pues bien, para concretar estos criterios para la atribución de las responsabilidades de los altos directivos en España, como hemos visto, es necesario acudir a la Ley de Sociedades de Capital<sup>632</sup>. Precisamente, la reforma de esta Ley en 2014, en el apartado V de su Preámbulo explica que la “experiencia adquirida en los últimos años” hace que se haya hecho “necesario por tanto regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia”, y a estos efectos justifica la exigencia de “una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés”

Así, para que pueda entenderse la aplicación de los mismos en el ámbito penal deben de clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías genéricas, sobre las que ya se ha profundizado con detenimiento en la presente tesis, pero que ahora categorizamos de forma sintetizada para poder adentrarnos en su correcta aplicación en la práctica penal empresarial. En este sentido, y a modo de brevísimo recordatorio, tres son las principales <sup>633</sup> categorías de deberes fiduciarios o de

---

<sup>632</sup> Ley Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo 31/2014, de 3 de diciembre.

<sup>633</sup> Nos referimos a ellas como principales porque no son estos que se destacan ahora los únicos deberes fiduciarios que se han analizado. *Cfr.* con el Capítulo VI.

confianza que se han tratado en esta tesis y que van a tener más trascendencia en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial: a) el deber general de diligencia; b) los deberes de lealtad; y c) el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Pese a que es imposible aquí un análisis detallado de los supuestos de responsabilidad penal del alto directivo en los que resultarán criterios normativos esenciales los deberes de confianza empresarial, sí podemos dar unas líneas generales sobre cómo deben operar estos concretos deberes en relación con la posible actuación delictiva de tales agentes internos de la empresa para determinar finalmente su responsabilidad penal.

#### **a) Deber de diligencia**

Como ya hemos referido anteriormente<sup>634</sup>, en el actual art. 225 de la LSC, que fue modificado por la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo 31/2014, de 3 de diciembre, se establece el “deber general de diligencia”. Este deber, como veíamos, ha sido fuertemente afectado por la citada reforma, dado que es uno de los que mayor trascendencia tendrá para

---

<sup>634</sup> Véase *supra*, capítulo. VII.

dilucidar responsabilidades en el seno de la organización.

Así, tras la reforma ha sido ampliado en su formulación, por lo que actualmente, se desgrana a su vez en los siguientes deberes fiduciarios. El primero de ellos, correspondiente al apartado 1 del actual art. 225 es el de “desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”, que bajo la Ley de 2010, se limitaba a exigir que se desempeñara “el cargo con la diligencia de un ordenado empresario”. El segundo de estos deberes, correspondiente al apartado 2 del art. 225, el de “tener la dedicación adecuada” y adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”, ha sido de reciente incorporación con la modificación de 2014 con una clara orientación a la cultura del cumplimiento empresarial. Por último, el tercero de ellos, previsto en el apartado tercero del artículo 225, establece para el alto directivo, el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”, mucho más amplio en su formulación que el deber de “informarse diligentemente de la marcha de la sociedad” que se exigía bajo la redacción de 2010.

Las implicaciones penales que tiene este deber general de diligencia, bien merecerían un capítulo aparte. Baste aquí, en este capítulo final, con resaltar la trascendencia que tendrá en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial y explicar cómo debe operar el deber de diligencia en relación con la posible actuación delictiva de los altos directivos en el seno de la empresa.

Para ello debemos distinguir previamente entre dos tipos de situaciones delictivas: en primer lugar, aquellas en que la actuación del alto directivo se podría definir como *primaria*, bien porque el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a él mismo, o bien porque el deber del que nace el injusto penal se dirige a la empresa; en segundo lugar, aquellas en la que la actuación del alto directivo es *secundaria* porque el deber del injusto penal se dirige genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido.

Así, en la **primera situación fáctica** descrita en la que hemos definido como primaria la actuación del directivo porque el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a la empresa o al alto directivo, el contenido del deber de confianza es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera

concreta en un determinado delito. Sin embargo, con esto no queremos decir que si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito, el deber de confianza no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro.

De esta forma, el legislador, para la tipificación expresa de ese delito de lo que parte, es de esta relación de agencia que se concreta en un deber de confianza, que le da sentido y que sirve de sustrato, y por tanto este deber de confianza deberá ser infringido, además de por supuesto, tenerse en cuenta en la *applicatio legis ad factum* que se valore el hecho imputado conforme a la norma de este delito en concreto como contrario a derecho<sup>635</sup>. Esto quedará más claro si se explica a través de casos jurisprudenciales concretos cómo debe correctamente operar el juzgador a la hora de aplicar los criterios de la

---

<sup>635</sup> Esto podría tener cierto paralelismo, aunque desde luego, no es lo mismo, a la distinción que hace CORCOY BIDASOLO entre deber de cuidado y regla técnica, en CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989. En CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos : teorización”, op. cit., p. 38, explica la autora que “En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una posterior valoración, al cumplimiento o incumplimiento de una norma extra-penal”. “Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso”.

Teoría de Agencias en esta primera situación fáctica que hemos descrito.

Sin ser necesario desarrollar aquí para cada uno de los delitos de los tipificados en nuestro Código penal cómo debería responder el alto directivo por la infracción de este deber de diligencia, sí que es necesario establecer cómo, a partir de la correcta aplicación de la Teoría de Agencias debemos determinar cuáles son los criterios necesarios que deben tenerse en cuenta para establecer que efectivamente hay una infracción del deber de diligencia y sobre todo, cómo deben operar estos criterios correctamente para establecer la responsabilidad de los altos directivos para esta primera situación fáctica que hemos descrito.

Comenzaremos explicando qué implicaciones prácticas supone la correcta aplicación de la Teoría de Agencias en la situación en la que se deba analizar concretamente el deber de diligencia que debe tener el alto directivo en la gestión de asuntos económicos. Resulta a nuestro parecer esencial aplicar los postulados de la Teoría de Agencias para analizar este deber de diligencia en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, desde el prisma del estándar de diligencia que se exige al alto directivo en nuestra legislación. En este sentido, en la Ley de Sociedades de Capital, en su art. 226, se establece

que “el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Este estándar establecido por nuestro legislador tiene un sorprendente paralelismo con los criterios que exige la Business Judgment Rule, contemplada en la subsección 4.01c) del “Principles of Corporate Governance” del American Law Institute <sup>636</sup> para establecer la responsabilidad de los altos directivos.

El importante papel que desempeña aquí el deber de diligencia concretado en un determinado estándar es, por un lado, dar contenido al deber que establece el tipo penal en concreto para saber cómo debe éste interpretarse, pero más allá de eso, aun cuando el tipo penal fuera extremadamente taxativo y describiera perfectamente en qué consiste el deber de diligencia, sería este deber de diligencia mismo el que habría servido anteriormente como base para dar sentido a la

---

<sup>636</sup> Que implica que el alto directivo cumplirá con el deber de diligencia, de buena fe, cuando: “1) *is not interested in the subject of the business judgment*; 2) *is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances*; and 3) *rationally believes that business judgment is in the best interests of the corporation.*”; véase: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance...*, cit., Part IV, *Duty of care and the Business Judgment Rule*, p. 134 y ss. En España, sobre esto, puede consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “El deber de diligencia”, en ESTEBAN VELASCO, G.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 419 y ss.

creación del injusto penal. Habría sido por tanto, de nuevo, la confianza que el principal (la empresa), deposita en el agente (el alto directivo), la que habría servido de sustrato al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta infringiendo el deber. Y ello porque otro sujeto de la empresa (que no tuviera la potestad que tiene el alto directivo y que le confiere la Teoría de Agencias) no tendría la capacidad material de llevar a cabo ese injusto. Es el alto directivo el que tiene el deber de diligencia y es él por tanto, el que debe ser castigado.

En este sentido asiste razón al tribunal en la STS núm. 220/2016 de 15 de marzo<sup>637</sup> (ponente, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), que acude al artículo mencionado de la LSC para delimitar el contenido y alcance del deber de diligencia, en el caso de un alto directivo que despatrimonializa la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él. Y es que, uno de los tipos penales en concreto que es de

---

<sup>637</sup> STS núm. 220/2016 de 15 marzo. (RJ 2016\974), que confirma la SAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 396/2013 de 5 diciembre (JUR 2014\164734)

aplicación para la conducta de este alto directivo, el delito de alzamiento para favorecer a determinados acreedores contemplado en el artículo 259 del Código Penal, no explica qué debe entenderse por *deber de diligencia* en la gestión de asuntos económicos, pero sí que hace referencia a él de forma expresa.

Así pues, siguiendo los postulados de la Teoría de Agencias, para comprobar si el alto directivo ha infringido su deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, sería esencial como hemos dicho, acudir al criterio o estándar que para este caso determina la Ley de Sociedades de Capital. Así pues, si como dice la Ley este estándar “se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”, utilizando este estándar para valorar el hecho imputado al acusado, cual es despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él, se puede interpretar claramente que el acusado lo ha incumplido. Este será uno de los criterios que deberá tenerse en cuenta para la *applicatio legis*, pero no el único: se debe interpretar conforme al

hecho imputado que también se den los otros requisitos que exige el tipo del artículo 259 para valorar la conducta del sujeto imputado como contraria a derecho. Así, será necesario valorar conforme al hecho imputado para la aplicación del artículo 259 el sujeto se encuentre además en una situación de insolvencia actual o inminente y realice, entre otras, las siguientes conductas: “participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al *deber de diligencia* en la gestión de asuntos económicos” (art. 259 en su apartado 5ª), o “realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del *deber de diligencia* en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”, lo que correctamente hace la Sentencia<sup>638</sup>.

Este estándar o criterio da contenido al deber que establece este tipo penal en concreto para saber cómo debe interpretarse. Sin embargo, no es sólo ésta la utilidad de la Teoría de Agencias, pues debe tenerse en cuenta además otra de las implicaciones que supone

---

<sup>638</sup> STS núm. 220/2016 de 15 marzo. (RJ 2016\974), que confirma la SAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 396/2013 de 5 diciembre (JUR 2014\164734)

partir de esta Teoría en el ámbito penal: aun cuando el tipo penal fuera extremadamente taxativo y describiera perfectamente en qué consiste el deber de diligencia, sería la relación de agencia la que habría servido anteriormente como base para dar sentido a la creación del injusto penal, pues habría sido la confianza que el principal (la empresa), deposita en el agente (el alto directivo), la que habría servido de sustrato al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta infringiendo el deber. Así pues, aun cuando hubiera una modificación en el contenido o el alcance de este deber de diligencia (estableciendo un estándar más rígido-más exigente- o más flexible -menos exigente-) en el ámbito mercantil, y ello tuviera implicaciones también en el estándar de cumplimiento que debe exigirse al alto directivo en el ámbito penal, habría una implicación más “estática” derivada de la Teoría de Agencias: la relación de agencia entre el alto directivo y el principal, seguiría siendo el sustrato que habría llevado al legislador a tipificar esa conducta para ese sujeto y no otro de la empresa.

Así, la correcta aplicación de la Teoría de Agencias, nos será de utilidad para establecer cuál será el estándar de diligencia que deberá tener en cuenta el juez o tribunal para valorar la conducta del alto directivo en los casos en que, como ha ocurrido en el conocido y

recientemente enjuiciado Caso Afinsa<sup>639</sup> (SAN n° 22/2016 de 27 julio de 2016), no haya sido hasta diez años después (desde que Afinsa fue intervenida judicialmente), cuando la causa ha sido resuelta. En este caso, entonces era otro el estándar de diligencia que debían cumplir sus altos directivos cuando se llevaron a cabo los hechos que dieron lugar a este procedimiento judicial, y por tanto será otro el estándar que se tenga en cuenta para dar contenido al deber sobre el que se debe valorar el hecho imputado al alto directivo; sin embargo, la relación de agencia entre el alto directivo y el principal, sigue siendo el sustrato que fundamenta que se impongan a los altos directivos y no a otros agentes el cumplimiento de estos deberes de confianza.

Pues bien, el hecho imputado para uno de los altos directivos de Afinsa fue manipular las cuentas anuales ocultando en el pasivo las deudas contraídas con los clientes y sobrevalorando en el activo su stock filatélico, de tal manera que quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar su situación de insolvencia, obteniendo una imagen de gran solvencia, debido a la liquidez que generaban los contratos, que no se correspondía con la realidad. Para valorar en este caso el hecho imputado como contrario a derecho, teniendo en cuenta una correcta aplicación de la Teoría de Agencias

---

<sup>639</sup> SAN (Sección 1ª n° 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ARP 2016\848).

habrá que valorar (además de si realizó los demás elementos del injusto concreto que sea de aplicación, en este caso el art. 290 CP) si el alto directivo ha incumplido al menos dos deberes fiduciarios: el deber de información, derivado del deber de transparencia en la información económico-financiera <sup>640</sup>, y el deber de cumplir su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de un leal representante, conforme a la aplicación de los artículos 225, 226 y 227 de la Ley vigente entonces<sup>641</sup>. Puede deducirse claramente cómo del hecho que se le imputa al acusado (manipular las cuentas anuales ocultando en el pasivo las deudas contraídas con los clientes y sobrevalorando en el activo su stock filatélico, de tal manera que quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar su situación de insolvencia, obteniendo una imagen de gran solvencia), se puede interpretar al valorar su conducta, que no cumplió con ninguno de estos criterios que exige la legislación mercantil, por lo que el alto directivo infringió el deber de diligencia y por tanto se le debe atribuir el demérito, como correctamente hace el tribunal en el Caso Afinsa<sup>642</sup> (SAN n° 22/2016 de 27 julio de 2016).

---

<sup>640</sup> Al que se refiere la sentencia, como aquel “que, en una economía de mercado, obliga a los agentes económicos y financieros, para permitir la seguridad del tráfico mercantil, servir de garantía a los socios y a quienes la STS núm. 1458/2003 (RJ 2003,7661), la STS 655/2010 (RJ 2010, 7340)

<sup>641</sup> SAN (Sección 1ª n° 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ARP 2016\848); en este sentido también, la STS 765/2013 (RJ 2013, 7117).

Así, a pesar de que el ex - presidente de Afinsa defendiera en el juicio que la empresa era solvente y el negocio legal, si comparamos los hechos que se le imputan con los deberes de confianza empresarial infringidos, podemos establecer claramente que en este caso la conducta llevada a cabo por el mismo fue contraria a derecho por infracción del deber de información, derivado del deber de transparencia en la información económico-financiera <sup>643</sup>, y el deber de cumplir su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de un leal representante.

Otra vez, el papel que desempeñaría aquí el deber de diligencia sería por un lado, dar contenido al tipo penal en concreto para saber cómo debe éste interpretarse, pero también servir como sustrato para la creación del injusto penal, pues ha sido la confianza que el principal (la empresa) deposita en el agente (el alto directivo), la que ha servido de base al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta.

---

<sup>642</sup> SAN (Sección 1ª nº 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ARP 2016\848).

<sup>643</sup> Al que se refiere la sentencia, como aquel “que, en una economía de mercado, obliga a los agentes económicos y financieros, para permitir la seguridad del tráfico mercantil, servir de garantía a los socios y a quienes contratan con la empresa y prevenir perjuicios patrimoniales. En el mismo sentido, también la STS 259/2013 (RJ 2013, 3508), la STS núm. 1458/2003 (RJ 2003,7661), la STS 655/2010 (RJ 2010, 7340).

Es necesario resaltar en este punto que no se pretende aquí, en este último capítulo de la tesis, hacer una distinción teórica sobre la categorización de determinados tipos penales, en base al deber infringido, como sí se hace desde las teorías del deber jurídico especial<sup>644</sup> para la asunción de un criterio material que fundamente los delitos especiales. Lo que se pretende únicamente es diferenciar fenomenológicamente dos situaciones fácticas en las que el deber de diligencia

---

<sup>644</sup> Conforme explica GÓMEZ MARTÍN, V.: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14, 2012, p. 1, “De acuerdo con una de las líneas de pensamiento más extendidas entre la doctrina alemana, el elemento diferencial de los delitos especiales frente a los comunes reside, precisamente, en su injusto. Los delitos especiales se caracterizan por un contenido de injusto especial, distinto al injusto propio de los delitos comunes, y únicamente realizable, a título de autor, por los sujetos específicamente previstos en el tipo.” En este magnífico trabajo explica GÓMEZ MARTÍN que esta tesis ha sido articulada, fundamentalmente, a través de cuatro ideas: **a) la norma especial** (cuyos principales representantes son Binding y Nagler (BINDING, K.: “Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 1: Normen und Strafgesetze, 4”, *Auflage, Leipzig*, 1922, p. 126; NAGLER, J.: *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903, p. 4 y ss., p. 111 y ss.); **(b) el deber jurídico especial**, bien en la concepción de Welzel y Kaufmann (WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 11ª ed., Walter de Gruyter & Company, Berlin, 1969, p. 49 y ss.; KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Dapalma, Buenos Aires, 1977, p. 141) o siguiendo la Teoría de los Pflichtdelikte (por todos, ROXIN, C.; CUELLO CONTRERAS, J.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.; COBO DEL ROSAL, M.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000,); **(c) la posición especial** (por todos, VOGLER, T.: *Zur Bedeutung des [par.] 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, FS Lange, 1976, p. 277 y ss.); y, **(d) el dominio normativo del hecho** (entre otros, SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, vol. 86, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971, p. 146; y en España, por todos, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo I, Teoría General*, Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 403 y ss.; y RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, op. cit., p. 139 y ss.).

opera de formas distintas para poder explicar el papel que el mismo desempeña para la atribución de responsabilidad del alto directivo.

En las dos situaciones fácticas a las que nos hemos referido al principio de este apartado, por tanto, el deber de diligencia opera de forma distinta porque el injusto penal se dirige al alto directivo de forma también, distinta: en la primera situación se dirigirá directamente a él, mientras que en la segunda de las situaciones, el injusto se dirige genéricamente a cualquier persona, y por ello hemos definido la actuación del directivo como *secundaria*.

Así, en relación a la **segunda situación fáctica** que describíamos, aquellas en la que la actuación del alto directivo es *secundaria* porque el deber del injusto penal se dirige genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido, el papel que desempeñaría en este caso el deber de diligencia es distinto. No serviría para dar contenido al tipo delictivo en concreto aplicable al hecho imputado, sino que antes que eso serviría para establecer que dentro del ámbito de competencia del alto directivo, que sería la empresa (o utilizando la terminología de la Teoría de Agencias, el principal), él tiene que cumplir con su deber de diligencia para que no se le atribuya la responsabilidad por los delitos que se cometan en el seno

de la estructura empresarial. En este sentido, el deber de diligencia, establecería los requisitos que debe de cumplir un alto directivo “diligente” para que no se le haga responsable por los delitos cometidos en el seno de la misma.

Así pues, como hemos visto, en una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, tres son los deberes que se le imponen al alto directivo para poder afirmar que su conducta ha sido diligente para los supuestos que se incluirían en esta segunda situación fáctica. Estos deberes, a nuestro parecer, serán también de gran utilidad en nuestra tradición jurídica, como veremos, para dilucidar la posible de responsabilidad de los altos directivos, por lo que consideramos absolutamente necesaria su consideración por los tribunales en la práctica judicial.

a) El deber de asegurar que la información y los sistemas de informes existentes en la sociedad, están razonablemente designados para proveer a los ejecutivos principales y a los altos directivos una medida acorde, en base a información certera que les permita hacerse de una opinión informada respecto del estado de cumplimiento de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como del desempeño de los negocios

sociales<sup>645</sup> . Este deber se asemeja bastante a la actual redacción del apartado 3 del art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital que establece el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

b) El deber de imponer medidas que aseguren, o a lo menos permitan, tener un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales<sup>646</sup>. Este deber tiene cierta similitud con el apartado 2 del art. 225, que establece el deber de adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”.

c) El deber de vigilancia y supervisión, al que se refieren como «the highest standard of foresight and vigilance»<sup>647</sup> e implica a su vez dos subdeberes:

---

<sup>645</sup> Consúltese sobre este deber el Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996) y el Caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 188 A.2d 125, (Del., 1963).

<sup>646</sup> En este sentido, el caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996). Explica esta sentencia que para poder interpretar que un alto directivo infringió su deber de diligencia desde la perspectiva del incumplimiento del deber de vigilancia, los demandantes deben probar que: i) los altos directivos sabían o debían saber que infringían la ley, ii) los altos directivos no tomaron ninguna medida razonable para prevenir o remediar la situación, y iii) que ello produjo el resultado concreto. Nuevamente la carga de la prueba corresponde a los demandantes, pudiendo el directorio eximirse de responsabilidad acreditando por su parte que cualquiera de los referidos supuestos no se dan en el caso concreto.

<sup>647</sup> Véase al respecto, BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, op. cit., pp. 962-963. Para algunos autores, el Tribunal, al realizar estas

i) El deber de vigilar que haya un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

ii) El deber de estar preparado ante determinadas eventualidades previsibles por la propia naturaleza de las actividades que se desarrollan en la propia empresa, para imponer las medidas adecuadas en su caso para su resolución y que éstas se lleven a cabo.

Respecto a este último deber, el deber de vigilancia, ya ha destacado SILVA SÁNCHEZ, que “la actuación en el ámbito de estructuras organizadas de empresa también afecta a la autorresponsabilidad de los agentes, dando lugar a la génesis de posiciones de garantía de terceros (ya sean de protección, ya de **vigilancia**)”<sup>648</sup>. Pero advierte, que si “esto es así, la referida afectación de la autorresponsabilidad debería contemplarse asimismo

---

consideraciones, aun cuando su intención era confirmar la línea de *Dotterweich*, se aparta de la *strick liability* y parece exigir un cierto grado de comportamiento negligente del directivo al no ejercer debidamente sus facultades de control, lo que ha podido generar confusión entre los Tribunales que, posteriormente, han aplicado dicha doctrina de una manera no siempre coincidente. Véase, SEPINWALL, A.: “Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, op. cit., pp. 385-389. También, PETRIN, M.: “Circumscribing the Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine”, op. cit., pp. 288-289.

<sup>648</sup> Especialmente SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, op. cit..

como un factor de disminución de la pena”<sup>649</sup>. Sin entrar ahora en este debate, por cuanto no es objeto de este trabajo la responsabilidad de los de “abajo” sino la responsabilidad de los de “arriba”, lo que sí debemos destacar, como afirma el autor, es que cuando “el subordinado actúa en el marco de una estructura jerárquica, con un responsable superior”<sup>650</sup>, si bien es cierto que “se produce una desviación de la responsabilidad moral «hacia arriba», como puso de relieve el experimento MILGRAM<sup>651</sup>, también lo es que, como ha destacado MIRÓ LLINARES que “la responsabilidad atribuida al trabajador no elimina per se la atribuida a quien tiene una obligación de vigilancia sobre él”, pues lo “importante, en todo caso, es que el sujeto se mantenga en el límite de lo permitido, dentro de lo cual imperaría la exclusión de responsabilidad”.

Pues bien, en esta segunda situación fáctica que describíamos, aquella en la que la actuación del alto directivo es *secundaria* porque el injusto penal se dirige

---

649 Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La actuación en una empresa como atenuante del delito”, *InDret*, nº 2, 2009.

650 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, op. cit..

651 “Dicho experimento, llevado a cabo en 1974 por el psicólogo Stanley MILGRAM, de la Universidad de Yale, puso de relieve que el 85% de las personas, cuando se encuentran en un contexto de obediencia, tienden a hacer lo que se les ordena, pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia aquél que imparte las órdenes”. Citado por *Ibid.*.

genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido, vamos a explicar cómo deberían operar a partir de una correcta aplicación de la Teoría de Agencias los deberes que se imponen a los altos directivos para atribuirles responsabilidad.

En esta segunda situación fáctica, estamos por tanto, ante la aplicación de responsabilidad penal a los directivos en relación con un injusto penal que no tutelará ningún interés jurídico consistente en la especificación de un concreto deber del empresario o de la empresa, sino algún otro tipo de bien jurídico que, sin embargo, puede ser lesionado o puesto en peligro no sólo por parte de quien realiza la conducta tipificada formalmente por el precepto (generalmente activa, aunque no sólo) sino, también, por parte de quien, al infringir el deber de confianza que le obliga a tutelar que no se lesionen o pongan en riesgo tales intereses, omita aquello que podría haber evitado tal peligro o lesión. En estos casos, la Teoría de Agencias debería servirnos para diferenciar entre la mera confirmación (*ex post*) de que el alto directivo no ha vigilado adecuadamente que otro agente de su empresa cometa un delito, en cuyo caso habría una infracción de naturaleza mercantil, de aquellos otros supuestos en los que, por nacimiento de una posición de garante, al alto directivo le corresponde responsabilidad por la infracción de su deber de

vigilancia. Pues bien, el nacimiento de la posición de garante devendría, a nuestro parecer, cuando, independientemente de que *ex post* sea obvio que la vigilancia no era la adecuada, pueda decirse *ex ante* que la misma no lo fuera. Y ello, aplicando la Teoría de Agencias, se concreta, como hemos dicho, sobre la base de la valoración del grado de cumplimiento del deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales y el deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

La aplicación de estos concretos deberes, como referencia valorativa adecuada para la construcción de la posición de garante del alto directivo y para su responsabilidad en este tipo de supuestos, se puede observar en el siguiente supuesto que fue enjuiciado en la STS 234/2010, de 11 de marzo<sup>652</sup>. Los enjuiciados, eran

---

<sup>652</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo (RJ 2010\4482), ponente Colmenero Menéndez de Luarca, que hace mención a otros precedentes jurisprudenciales, como la STS 257/2009, de 30 de marzo, que afirma literalmente que en la doctrina, “el problema de la responsabilidad por las acciones de personas subordinadas es planteado en el marco de las reglas de la comisión por omisión, que define el art. 11 CP, analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que «también las personas, cuyas conductas están bajo control de

tres altos directivos de una empresa cuya principal actividad era la compraventa y promoción de inmuebles y tramitación de préstamos hipotecarios y compraventa de obligaciones hipotecarias. Uno de los acusados, Valeriano, ocupaba de forma efectiva la administración, si bien los tres socios formaban parte del consejo directivo durante los últimos diez años y también fueron acusados. Conforme al relato de los hechos se entregaron a Valeriano determinadas cantidades de dinero para ser invertidas en la compraventa de obligaciones hipotecarias, sin que el acusado las destinara a este fin, y

---

quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros» y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas. (...) El garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo. Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, que ésta sólo equivale a la acción de producirlo cuando el omitente disponga de «un poder de dominio sobre la causa del resultado». Asimismo se indica, a tales efectos, que «el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una fuente de peligros personales de aquellos que están bajo la supervisión» del omitente. Ciertamente es que, al menos en parte, estos criterios han sido elaborados en relación a organizaciones que, en principio, pueden ser consideradas legales, como es el caso de los directivos de sociedades mercantiles. La Sala estima, sin embargo, que el carácter peligroso de la organización no depende su legalidad o ilegalidad y que, consecuentemente, lo que vale respecto de organizaciones legales no tiene por qué no regir para las que son manifiestamente ilegales. Lo decisivo, como ha señalado también una parte de la doctrina, es «la estructura real de dominio» dentro de la organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, (...)»; En el mismo sentido, la STS 2 de julio de 1994; 14 de julio de 2010.

de esta circunstancia, según se desprende de los hechos probados, los otros dos directivos sólo tenían conocimiento del “desequilibrio patrimonial de la entidad desde, al menos, el balance de 1997” y por lo tanto, en esa fecha “tenían ya conocimiento de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados <sup>653</sup>”. No obstante permitieron que durante el ejercicio de 1997 y 1998 el acusado Valeriano recibiera dinero para invertir en obligaciones hipotecarias por lo menos en catorce operaciones, por una cantidad total cercana a las 80.000.000 de pesetas. Lo relevante del supuesto de hecho, pues, consiste en la determinación de si, una vez se les puede haber imputado el hecho (omisivo) de no actuar ante el conocimiento de lo que estaba llevando cabo el otro administrador, estos dos altos directivos incumplieron con su deber de diligencia y pueden ser responsables por apropiación indebida (delito por el que habían sido acusados), al permitir que Valeriano llevara a cabo esta conducta y omitir su deber de diligencia de impedir los actos llevados a cabo por Valeriano.

Pues bien, aplicando la Teoría de Agencias, empleando en primer lugar los criterios de la misma que desarrollan el deber de vigilancia, y partiendo del primer criterio de los mencionados anteriormente, deberíamos

---

<sup>653</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo (RJ 2010\4482), ponente Colmenero Menéndez de Lúcar.

plantearnos si cumplieron con el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria” que les sirviera para el cumplimiento de sus obligaciones. Lo cierto es que la información que tenían ambos acusados de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados era insuficiente para el que se debe exigir a los altos directivos en estas circunstancias, pues el cumplimiento de exigir la información “adecuada y necesaria”, habría conducido sin dudas al conocimiento de la concreta conducta peligrosa por parte de Valeriano. Así, asiste razón al voto particular de esta sentencia, del que es ponente el Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, al considerar que es “difícil admitir que un miembro del consejo de administración desempeña su cargo diligentemente cuando se le exime de comprobar la legalidad de la actuación de los otros directivos, especialmente cuando existen razones -como en este caso- para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores”<sup>654</sup>.

Por otra parte, la Teoría de Agencias también nos da criterios para interpretar cuando un alto directivo infringió su deber de diligencia desde la perspectiva del

---

<sup>654</sup> En este sentido, el Voto particular del Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, en la STS 234/2010, de 11 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

incumplimiento del deber de vigilancia. Conforme al caso *Caremark*<sup>655</sup>, para poder interpretar que se ha infringido el mismo, los demandantes deben probar que: i) los altos directivos sabían o debían saber que infringían la ley, ii) los altos directivos no tomaron ninguna medida razonable para prevenir o remediar la situación, y iii) que ello produjo el resultado concreto. Aplicando tal doctrina al supuesto, tampoco parece que cumplieran con el deber de imponer medidas que aseguren, o a lo menos permitan, tener un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales<sup>656</sup>, adoptando “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”. En este sentido, no llevaron a cabo acción alguna ni adoptaron ningún acuerdo social a fin de evitar dicho desequilibrio, próximo a la pérdida de casi la mitad del capital de la sociedad, por lo que infringieron también el segundo de los deberes que se imponen desde la Teoría de Agencias.

Por último, la Teoría de Agencias también impone un deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios

---

<sup>655</sup> Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996).

<sup>656</sup> Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996).

sociales. En el caso analizado parece evidente la infracción de este último deber.

La Teoría de Agencias, pues, nos ofrece criterios concretos para determinar que, en este caso, los altos directivos habían incumplido el deber de vigilancia de forma tal que se convertían en garantes de los resultados lesivos que pudieran afectar a su empresa. Ahora bien, ¿les hace eso responsables penales de tales delitos? Tal y como hemos tratado de ir señalando a lo largo de esta tesis, el incumplimiento de todos estos deberes, que les incumbían, les habría hecho cuanto menos responsables por la infracción del deber de diligencia que constituye el contenido valorativo del injusto. Ahora bien, el tipo penal de la apropiación indebida es doloso y difícilmente puede imputársele a estos altos directivos ningún hecho de los que constituyen el injusto con conocimiento. Sí podría haber una imputación extraordinaria de la infracción del deber de diligencia, pero no existiendo la responsabilidad imprudente en el delito de apropiación indebida por el que fueron acusados, debieron ser absueltos, como finalmente lo fueron en base a otros argumentos<sup>657</sup>.

Es claro que la infracción del deber de vigilancia como sustrato de la posición de garante que puede

---

<sup>657</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

fundamentar la valoración de que se ha realizado un determinado injusto por parte del alto directivo constituirá, generalmente, un argumento para la responsabilidad a título de imprudencia cuando no pudiendo decirse que el sujeto conocía la realización del injusto por parte de otro sí le incumbía, por el deber de confianza al que está obligado, estar en una posición como para evitarlo. Habrá responsabilidad dolosa, en cambio, cuando pueda probarse, quizás en menos casos, que el sujeto conocía los hechos realizados por el otro sujeto y, al infringir el deber de vigilancia que le obliga en este caso a impedir la realización de la infracción, pueda hacersele responsable como autor o partícipe de los mismos. En la determinación del tipo de intervención, como luego se verá, tiene menos que decir la Teoría de Agencias.

En el caso que acabamos de analizar, se incumplían los tres subcriterios que suponen el adecuado cumplimiento del deber de diligencia por parte de los altos directivos. No obstante, una cuestión de interés, para terminar, en relación con dichos subcriterios que, como hemos visto, nos ofrece la Teoría de Agencias, es la cuestión de si éstos son alternativos o deben de cumplirse todos para dar lugar a la infracción del deber de diligencia del que deriva la responsabilidad del alto directivo.

Es decir, ¿qué pasaría si se incumple sólo uno de los tres?, ¿y si se incumplieran sólo dos? A nuestro parecer, y tal como operan estos deberes en la jurisprudencia estadounidense al aplicar la Teoría de Agencias, no es necesario que todos los subcriterios se incumplan de forma completa para poder declarar que ha habido una infracción del deber de diligencia, pero tampoco el incumplimiento de un solo deber o de dos determinaría *per se* que cabe atribuir responsabilidad al alto directivo. Es decir, el incumplimiento de los tres subcriterios supondría la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos (evidentemente, si cupiera la responsabilidad imprudente por el delito que fuera de aplicación en el caso concreto), pero si no son todos los deberes de diligencia que ha incumplido el alto directivo, la responsabilidad del alto directivo sería, por así decirlo, “modulable” pues estos subcriterios se retroalimentan entre sí. Así pues, esta modulación se debería ir estableciendo *case by case* dependiendo de la intensidad o gravedad del injusto concreto que fuera de aplicación, como así lo hace la jurisprudencia del *common law*, pues los estándares o criterios del deber de diligencia cuando la infracción del deber de diligencia no es grave (es decir, no se incumplen todos), tienden a ser más flexibles.

#### **b) Deber de lealtad.**

Como hemos visto, en una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, el deber de lealtad para el alto directivo se debe entender como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad<sup>658</sup>. Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que servirán para determinar si el alto directivo ha llevado a cabo una conducta desleal. Estos criterios, a nuestro parecer, serán también de gran utilidad en nuestra tradición jurídica, como veremos, para dilucidar la posible responsabilidad de los altos directivos, por lo que consideramos absolutamente necesaria su consideración por los tribunales en la práctica judicial. Son los siguientes:

1) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

2) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

3) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una

---

<sup>658</sup> Véase, sobre este deber el Caso *Smith v. van Gorkom*, 488 A.2d 858, 864 (Del., 1985).

persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

4) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

En este sentido, en los casos en el que el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a al alto directivo, el contenido del deber de lealtad es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Sin embargo, de nuevo, con esto no queremos decir que si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito, el deber de lealtad no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro.

Esto se ve claramente en la tipificación del delito de administración desleal<sup>659</sup> del artículo 252 del CP. Así

---

<sup>659</sup> Sobre la necesaria referencia a la Ley de Sociedades de Capital para interpretar los requisitos del tipo del art. 252 en concreto y si se han infringido o no por parte del sujeto las facultades excediéndose de su cargo, también GALLEGO SOLER, N.: “Administración desleal (art. 252)”, en CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual*

pues, para la tipificación de este delito en concreto el legislador parte de esta relación de agencia que se concreta en un deber de confianza, que le da sentido y que sirve de sustrato. Por tanto este deber de confianza deberá ser infringido, además de por supuesto, tenerse en cuenta en la *applicatio legis ad factum* que se valore el hecho imputado conforme a la norma de este delito en concreto como contrario a derecho.

Así, por ejemplo, en una correcta aplicación de la Teoría de Agencias y sus criterios, para la interpretación de si se ha afectado al deber de lealtad en un caso de administración desleal del art. 252 de un alto directivo que llegó a desviar cantidades superiores a los cien mil dólares -algunas de ellas, a su propia cuenta corriente-, de una empresa para la que trabajaba a otra en la que también era director comercial<sup>660</sup>, debemos de tener en cuenta para saber si este sujeto se excedió en el ejercicio de su facultades, si cumplió con los deberes de diligencia a los hemos hecho referencia y que guardan un claro paralelismo con los que impone en España también la normativa mercantil<sup>661</sup>. En este sentido, el deber de

---

*de Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 528. Sobre otras cuestiones en relación con del delito de administración desleal, consúltese: DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión", *Nuevo foro penal*, nº 83, 2014, pp. 15 - 38.

<sup>660</sup> Sentencia núm. 782/2008 de 20 noviembre (RJ 2008\7133)

<sup>661</sup> Arts. 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital.

“desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”<sup>662</sup>, fue claramente incumplido por el sujeto. Es más, ejercitó “sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas”, incumpliendo también este “subdeber” al que hemos hecho referencia derivado del deber de lealtad.

Y es que no se pueden entender de otra forma estos delitos en los que de la infracción del deber de lealtad nace el injusto penal que se dirige al alto directivo, que explicando a partir de la Teoría de Agencias el contenido del deber de lealtad es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Asiste pues, razón al tribunal al declarar que “con carácter general, el deber de lealtad puede surgir, no sólo por su proclamación expresa en un texto escrito, sino por el ejercicio, sin oposición, de un ámbito funcional que no puede ser explicado sin la confianza de quien encomienda sus intereses a un tercero y sin la promesa de lealtad de quien asume ese encargo”<sup>663</sup>.

---

<sup>662</sup> Véase, sobre este deber el Caso Smith v. van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del., 1985).

<sup>663</sup> Sentencia núm. 782/2008 de 20 noviembre (RJ 2008\7133).

**c) Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.**

Por último, la relación de confianza de la que parte la Teoría de Agencias supone la imposición al directivo del deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.<sup>664</sup>

Este deber asimismo se desgranar en varias obligaciones que servirán a su vez para determinar si el alto directivo ha infringido el deber de evitar situaciones de conflicto de interés, que a continuación se enumeran. A nuestro parecer, deberán tenerse en cuenta estos criterios en nuestra tradición jurídica por su gran utilidad para dilucidar la posible responsabilidad de los altos directivos, por lo que consideramos necesaria su consideración por los tribunales en la práctica judicial.

1) Abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya

---

<sup>664</sup> En este sentido, los casos *In re Walt Disney Co. Deriv. Litig.*, 906 A.2d 27 (Del. 2006); *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

2) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

3) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Resalta en este sentido especialmente por la trascendencia que debe tener para el delito de corrupción privada, el deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, “salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”, deber negativo previsto en el apartado e) de este artículo. Esta última cláusula pues, debería dejar fuera del ámbito de la típico actos ampliamente aceptados en nuestra sociedad, como el envío de cestas de Navidad a clientes o la propina a un camarero. Cuestión más discutible sería la de la atipicidad en este sentido también, de una de las figuras más controvertidas en este ámbito: la del “visitador

médico”, el representante de las empresas farmacéuticas que visita a los médicos para hablarles de los nuevos medicamentos y ofrece regalos; y más allá de este supuesto, podría plantearse también la cuestionable atipicidad del ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario<sup>665</sup>.

En este sentido la correcta aplicación de la Teoría de Agencias establece que, en los casos en el que el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a al alto directivo, el contenido del deber de evitar situaciones de conflicto es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Sin embargo, de nuevo, con esto no queremos decir que si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito, el deber de evitar situaciones de conflicto no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro.

---

<sup>665</sup> Supuesto planteado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2012, p. 227.

## **2. La individualización de la responsabilidad de los altos directivos a partir de la correcta aplicación de los deberes de confianza de la Agency Theory**

Hemos visto que para poder confrontar correctamente la actuación del sujeto con la norma que ha sido infringida, tendremos que aplicar e interpretar los deberes de confianza que han sido explicados profusamente en el capítulo VII de esta tesis. También hemos adelantado, sin embargo, algunos de los problemas que conlleva en la práctica tal aplicación. En el presente capítulo trataremos de poner de manifiesto cómo aplicar correctamente estos deberes de confianza empresarial

### **2.1. La superación de la confusión de planos: Los deberes de confianza como sustrato para la valoración y la necesidad previa de imputación ordinaria (o extraordinaria)**

Todos estos deberes de confianza empresarial deberán operar, como se ha ido apuntando en el epígrafe anterior, en la *applicatio legis ad factum* para valorar el hecho imputado en comparación con la descripción normativa. Lo que esto implica es que la mera posición de los altos directivos no justifica por sí sola la identificación del actuar que supone ya la realización del injusto.

Es necesario, antes que ello, imputar el hecho al sujeto, para poder afirmar que con el conocimiento que tenía sobre el hecho imputado, ha infringido un determinado deber de confianza empresarial (dolo) o está en una posición de incumbencia, consistente en no estar en una situación potencial de cumplir o incumplir el mismo (imprudencia)<sup>666</sup> y, en base a su infracción de este estándar -basándonos, como se ha referido, en la normativa mercantil- y en relación al tipo penal concreto que sea de aplicación, se podrá decir entonces que el sujeto imputado ha realizado el injusto (doloso o imprudente)<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> Obviamente, sostener la imprudencia sobre la base una imputación extraordinaria, apoyada en que al sujeto le incumbe estar en una situación potencial de cumplir o no cumplir el mismo, no es contrario a otras posiciones en la doctrina que fundamentan la imprudencia como infracción del deber de cuidado. Tampoco esta tesis doctoral tiene la finalidad de fundamentar la categoría de la imprudencia, pues no se ha trabajado sobre la misma con la profundidad que sí lo han hecho otros autores. Véase en este sentido, para un profundo análisis de la imprudencia, la obra de CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, op. cit..

<sup>667</sup> Sobre la necesidad de tener en cuenta la parte subjetiva del injusto en el caso concreto, por ejemplo, de los casos de “responsabilidad por el producto”, se pronuncia CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, op. cit., p. 39, explicando muy acertadamente que “en tanto en cuanto en derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el derecho penal serán aquéllos que debían ser conocidos por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentren”. Este argumento es utilizado magistralmente por la autora para destacar que en el concreto ámbito de la responsabilidad por el producto “no sería legítimo considerar jurídico-penalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos. Ello explica que la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos

Los altos directivos, por la esencial función que desempeñan en la empresa, tienen obligación de conocer aquello que se supone intrínsecamente relacionado con su cargo en la misma. De ahí deriva una responsabilidad mercantil y un deber jurídico que será de gran relevancia a la hora de establecer potenciales responsabilidades penales, sin embargo, esto no le convierte, obviamente, en responsable, cuanto menos a título de dolo, por la realización de todo aquello que no pueda imputarse que se ha representado. Lo cierto, es que algunas resoluciones recientes parecen confundir planos, como ocurría en la praxis judicial estadounidense, al no diferenciar la necesaria prueba de aquel “deber de conocer” con la propia representación del hecho injusto, derivando esto en una ausencia (o práctica inexistencia) de argumentación de la responsabilidad subjetiva de los altos directivos como si el mero “deber de conocer” fuera suficiente ya para tal forma de responsabilidad penal<sup>668</sup>.

---

(transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985), no exonere de responsabilidad al fabricante, importador o distribuidor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, aun cuando la existencia del riesgo no fuera apreciable en el momento de la puesta en circulación en base al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento. Tenemos, por tanto, ya un importante límite subjetivo infranqueable respecto de los riesgos que pueden considerarse como jurídico-penalmente relevantes, en cuanto otra cosa supondría infringir el principio de responsabilidad subjetiva vigente en derecho penal (en este sentido, expresamente artículos 5 y 10 del Código penal).”; *Ibid.*, p. 39. Obviamente, no es la finalidad

<sup>668</sup> Sobre el riesgo de objetivización de la responsabilidad penal derivado de la identificación entre el conocimiento atribuido y la existencia de deberes de conocer o de información específicamente derivada del cargo de administrador,

Esto se hace bien bajo tal afirmación directa de identificación entre deber de conocer y conocimiento<sup>669</sup>, o bien con el supuesto apoyo teórico de la comentada “doctrina” de la ignorancia deliberada<sup>670</sup>. Sin embargo, es necesario resaltar en este punto que es absolutamente imprescindible, como sí hacen algunas sentencias<sup>671</sup>, la

---

se ha pronunciado BACIGALUPO, en su trabajo BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Problemas actuales del dolo”, en JORGE BARREIRO, A.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 78 y ss.

<sup>669</sup> SAP de Vizcaya de 21 de abril de 2010, que enjuicia un supuesto de fraude a la Hacienda Pública, en la que se dice que los imputados se situaron en una “posición de ignorancia deliberada respecto de las actividades que pudiera desarrollar dicha sociedad y desentendiéndose de su actividad. El dolo, al menos eventual, aparece del momento en que se prestan a actuar como testaferros aceptando que dicha sociedad, como pantalla jurídica, pudiera ser utilizada para defraudar acreedores o a la propia hacienda pública.” De forma más alarmante, la de la SAP de Asturias de 18 de mayo de 2004, en la que el tribunal afirma que no puede aceptarse un desconocimiento “en personas como la allí acusada, administradora única de la empresa, que no puede ignorar el aspecto fiscal de su gestión” y que se apoya para ello en antiguas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS de 2 de marzo de 1988 y la de 31 de mayo de 1993.

<sup>670</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, op. cit., pp. 201-252. También sobre esta cuestión, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, nº 3, 2015.

<sup>671</sup> Así sucede en la STS núm. 2031/2002 de 4 diciembre, en la que se acusa por un delito medioambiental al administrador único de la empresa. Señala al respecto el Tribunal Supremo que «el puesto ocupado en la empresa le hace conocer el funcionamiento de la misma y tener el dominio de su funcionamiento”. Añade el Alto Tribunal que el sujeto “mantenía en la empresa una determinada posición, “status”, con dominio de la actuación fabril realizada y con conocimiento de la normativa específica que le obligaba a determinados comportamientos en materia de medio ambiente, pues la actividad era peligrosa para el bien jurídico y, por lo tanto, eran conocedores, o debieron serlo, de las específicas prevenciones dispuestas por el ordenamiento en prevención de los riesgos que su actividad representaba. En definitiva, infringieron el deber establecido en la normativa que, dada la actividad febril, conocían». De modo similar, la STS núm. 954/2010 de 3 noviembre, en la que el Tribunal Supremo

argumentación acerca de la atribución al sujeto de conocimiento respecto al hecho injusto. La misma importancia tiene una correcta adscripción del proceso al agente para determinar cuál es el hecho imputado, que una correcta confrontación del hecho imputado con la norma adecuada. En este sentido, creemos que la regla de imputación señalada por RAGUÉS I VALLÈS y referida a las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos puede ser de utilidad siempre que, de nuevo, no se confunda deber con representación imputada. Así, el alto directivo, por su posición en la empresa, por su conocimiento de quienes la conforman, etc., tendrá algunos conocimientos intrínsecamente ligados a él<sup>672</sup>, pero no más que esos pueden en principio atribuírsele si no se apoyan con declaraciones y otros instrumentos probatorios que permitan atribuir un conocimiento específico al alto directivo. Conocimiento que tendrá que ser referido, lógicamente, en una primera fase al hecho mismo que se le ha atribuido (*imputatio facti*), pero también y después

---

rechaza el desconocimiento del administrador, si bien en este caso aludiendo a la cualidad de «economista» del mismo, así como a otros criterios que podrían ser indicios de conocimiento y por tanto, de una probable responsabilidad dolosa: “teniendo en cuenta que era economista, ya tenía una empresa anterior de la que era administrador y su profesión era la de agente de Bancos, dedicándose a la financiación de préstamos, lo que implica que tenía conocimientos económicos y sabía lo que supone constituir una empresa y la responsabilidad que conlleva ser su administrador, así como las consecuencias de la celebración de contratos y las obligaciones de cumplimiento derivadas de los mismos».

<sup>672</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El dolor y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 429 y ss.

de la *applicatio legis*, al propio deber de confianza empresarial que ha infringido para poder confrontar su conducta con la norma e interpretar que efectivamente la ha infringido (*imputatio iuris*), en el orden sistemático que estableció HRUSCHKA<sup>673</sup> y que como se ha explicado anteriormente, tiene un importante paralelismo con los tipos de reglas que se aplican para la atribución de responsabilidad en Estados Unidos<sup>674</sup>.

## 2.2. La “delegabilidad” de los deberes del alto directivo y Teoría de agencias

---

<sup>673</sup> HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, op. cit., p. 343; HRUSCHKA, J.: “Imputation”, op. cit.. Para una mayor profundidad sobre esta cuestión, consúltese, SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La imputación al sujeto de sus defectos de imputación”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 241-268; SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005; edición latinoamericana, 2009. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit.. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Las incumbencias como normas de conducta”, en ŠILAR; AUGIER, S.: *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009, pp. 157-163. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 535-561. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación”, 2014, pp. 119-138, 139-159; SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, op. cit.. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret*, nº 1, 2015.

<sup>674</sup> Véase *supra*, capítulo IV.

La Teoría de Agencias y los deberes de confianza empresarial que se derivan de la misma, sirven además, para determinar cuáles son aquellos que por su contenido son “indelegables”. Aunque ya hemos enfocado anteriormente esta cuestión desde un enfoque teórico mercantil, es ahora el momento de explicar el papel que tienen estos deberes “indelegables” a los que nos referimos desde una perspectiva práctica de individualización de la responsabilidad penal.

Esta cuestión se ha planteado desde nuestra tradición jurídica haciendo referencia, desde una perspectiva opuesta a la desvinculación de la posición de garante <sup>675</sup> del alto directivo. Decimos que es una

---

<sup>675</sup> Por todos y a modo de resumen, BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, op. cit., p. 63 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, op. cit., p. 216, 270 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, op. cit., p. 209 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit.; CUADRADO RUIZ, M. Á.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario :análisis crítico del art. 363 del Código penal*, op. cit.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, op. cit., p. 17 y ss.; MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, op. cit., y allí particular los trabajos de FRISCH (pps. 99 y ss. [110 y ss.]) y BOTTKÉ (pp. 129 y ss.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Repercusión de la ‘responsabilidad por el producto’ en los principios garantizadores y la dogmática penales”, op. cit., p. 110 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, op. cit.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “&quot;Riesgos normales&quot; y &quot;riesgos excepcionales&quot;. Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas”, op. cit. (entre otros muchos trabajos de este autor); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en derecho penal*, op. cit.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, op. cit., p. 6; BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.:

perspectiva opuesta porque el desarrollo de la doctrina del *civil law* se ha centrado en determinar si es posible que el alto directivo pueda desvincularse completamente de la posición de garante en caso de que haya delegación de la misma, para determinar si por delegación se puede llegar a la imposibilidad de exigirle a éste responsabilidad. Es decir, se ha centrado más en determinar cómo se puede hacer una delegación efectiva y qué deberes son delegables, que en determinar (de forma opuesta) qué deberes son indelegables. Es evidente, que para la determinación de la delegabilidad de estos deberes que supone la desvinculación de la posición de garante, residualmente algunos autores se han pronunciado sobre aquellos que no son delegables<sup>676</sup>. Veamos pues, muy someramente y sólo a los afectos de explicar posteriormente qué aporta en este ámbito la Teoría de Agencias, cuáles han sido algunas de las posiciones más destacadas en nuestra doctrina.

De acuerdo con DOPICO GÓMEZ-ALLER, con la delegación, el alto directivo, “no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Así, los que eran deberes de control y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en

---

*Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa : perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, op. cit., p. 25 y ss, 28 y ss. En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, op. cit., pp. 217-250.

<sup>676</sup> En este sentido, *Ibid.*.

deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado a quien se han transferido las tareas de control y evitación”<sup>677</sup>. Para el autor, esta delegación “no puede servir para eludir su responsabilidad por su propia actuación: la delegación no extingue, sino que transforma el deber de garante en su contenido y alcance. Al transferir la ejecución directa de la tarea, le transmite también la responsabilidad por una gran parte de sus consecuencias; pero el delegante conserva, a su vez, un núcleo de responsabilidad, transformando casi siempre en una responsabilidad de vigilancia y control, que puede adoptar distintas formas”<sup>678</sup>. En sentido similar explica FEIJOO, que “la delegación de deberes empresariales de los niveles superiores a los niveles inferiores de la empresa no extingue los deberes de los primeros sino que los transforma. Dicha transformación es fruto de la tensión entre el mantenimiento residual de deberes de control, supervisión y vigilancia y la propia responsabilidad de los subordinados en el cumplimiento de sus funciones (no existe el deber general de tratar a los subordinados como personas irresponsables mientras tengan una capacidad mínima para desempeñar funciones)”. Por tanto, existe una clara tendencia

---

<sup>677</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica”, op. cit., p. 27.

<sup>678</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Prevención de la delincuencia empresarial”, op. cit., p. 164.

doctrinal a afirmar que, tal y como expone MEINI “la delegación de funciones no impide apreciar que la posición de garante originaria no se extingue ni permanece inalterada, sino que se modifica: sobrevive en el delegante una competencia con arreglo a la cual debe supervisar que el delegado cumpla con lo que se le ha encomendado, y, si no es así, a corregirlo o a cambiarlo”<sup>679</sup>. Y en sentido similar se expresan DEMETRIO CRESPO<sup>680</sup>, PIÑA ROCHEFORT Y COX VIAL entre otros<sup>681</sup>. No obstante todo lo expuesto, parece que aunque la mayoría de los autores tiene claro que al delegante de funciones le corresponde siempre un deber residual procedente de la posición de garante inicial u original, concretado en la vigilancia y el control del delegado (y por tanto, nunca se podrá delegar completamente el deber de vigilancia a efectos de exoneración de responsabilidad penal), casi nadie parece indicar de forma precisa los criterios en los que se debe de materializar esa vigilancia residual. Sólo

---

<sup>679</sup> MEINI MÉNDEZ, I.: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos”, op. cit., p. 908.

<sup>680</sup> DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2008, pp. 61-68.

<sup>681</sup> PIÑA ROCHEFORT, J. I.: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013; VACADÍE, M.; MAURICIO, D.: “Autoría Y Dominio Del Hecho En Los Delitos Económicos (Perpetratorship and Domain in Economic Crimes)”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, nº 97, 2013.

SÁNCHEZ VERA entiende que se pueden afirmar tres situaciones distintas y a partir de ahí establece las posibles responsabilidades de los altos directivos<sup>682</sup>.

Ya se han explicado, al hablar del contenido del deber de diligencia, los tres subcriterios que se deben cumplir para determinar, en base a la Teoría de Agencias, si hay una infracción o no del deber, dándole contenido por tanto a un deber de vigilancia que consideramos absolutamente necesario a la hora de determinar la responsabilidad penal de los altos directivos para estos casos en la práctica judicial. Así, a nuestro parecer, y tal como operan estos deberes en la jurisprudencia estadounidense al aplicar la Teoría de Agencias, no es necesario que todos los subcriterios se incumplan de forma completa para poder declarar que ha habido una infracción del deber de vigilancia, pero tampoco el incumplimiento de un solo deber o de dos

---

<sup>682</sup> Estas tres situaciones son: a) “los consejeros y en general los altos directivos de una sociedad mercantil son garantes, y una pretendida desvinculación por su parte de forma unilateral y sin respetar los presupuestos de la imputación objetiva (básicamente: riesgo permitido y principio de confianza) conduce a responsabilidad”; b) “para los supuestos en que la desvinculación por delegación sea en escenarios que podríamos llamar de no-riesgo u operaciones mercantiles cotidianas y no particularmente peligrosas, el garante podrá desvincularse de su posición, como siempre respetando los presupuestos de la imputación objetiva, pero de todas formas, si el sujeto acaba teniendo conocimiento ex post de que la situación se ha tornado en peligroso, «recupera» - por así decir- la posición de garante de la que se había desvinculado lícitamente ex ante”; c) Otro “grupo de casos sería aquel en el que no es permitida la desvinculación ni siquiera por delegación, porque se entienda que se trata de situaciones peligrosas desde un punto de vista mercantil y, por tanto, que el garante no puede delegar”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, op. cit., pp. 217-250.

determinaría *per se* que cabe atribuir responsabilidad al alto directivo por infracción de su deber de vigilancia. Es decir, el incumplimiento de los tres subcriterios supondría la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos (evidentemente, si cupiera la responsabilidad imprudente por el delito que fuera de aplicación en el caso concreto). Debe resaltarse en este punto que los subcriterios que anteriormente se han puesto para incumplir con el deber de vigilancia, son desde nuestro punto de vista el mínimo exigible para un alto directivo, y el incumplimiento de los tres deberes al imputarle, aunque fuera extraordinariamente, un determinado hecho y valorar su conducta conforme a los mismos, supondría una infracción grave del deber de diligencia que consideramos merece la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos. Y todo ello porque ha incumplido al mismo tiempo con su conducta el deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales y el deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales. Sin embargo, por otro lado, si no son todos los deberes de diligencia que ha incumplido el alto directivo, la responsabilidad del alto directivo sería, por así decirlo, “modulable” pues estos subcriterios se retroalimentan

entre sí. Así pues, esta modulación se debería ir estableciendo *case by case* dependiendo de la intensidad o gravedad del injusto concreto que fuera de aplicación, como así lo hace la jurisprudencia del *common law*, pues los estándares o criterios del deber de diligencia cuando la infracción del deber de diligencia no es grave (es decir, no se incumplen todos), tienden a ser más flexibles. De este modo, la delegabilidad de este deber de vigilancia sería posible, siempre que no se infringieran los tres subdeberes al mismo tiempo en la conducta del alto directivo, lo que supondría un abandono y dejadez absoluta de su deber como tal.

Dicho esto, lo relevante ahora y otra de las grandes aportaciones de la Teoría de Agencias, es el establecimiento de unos deberes indelegables ("*non-delegable duties*") también para los altos directivos. El desarrollo de la Teoría de Agencias en este sentido implica la imposición -legal o jurisprudencial- de deberes no delegables a los altos directivos.

Estos deberes que el principal no puede delegar en ningún caso, son derivaciones del deber de vigilancia (con el contenido y subcriterios que ya hemos expuesto) pero sólo para determinados casos en concreto, no para todos. Así, para determinados casos puntuales establece la Teoría de Agencias que el deber de vigilancia tiene un estándar más alto y por tanto, el alto directivo no puede

delegar o desvincularse de esa posición de garante, pues tiene, por su relación de agencia para con el principal, la empresa, unos deberes indelegables. Estos casos son principalmente, los siguientes:

a) Los casos de peligro inherente. El deber de cuidado es indelegable cuando el alto directivo se involucra en actividades que sabe o tiene razones para saber que son inherentemente o intrínsecamente peligrosas. Estas actividades no tienen por qué ser anormalmente peligrosas o extremadamente peligrosas. Ejemplo de ello serían por ejemplo, las industrias cuya actividad social supone el manejo de explosivos o fuegos artificiales, ácidos fuertes, líneas de alto voltaje en un área de alojamiento público o venenos.

b) Los casos de riesgo peculiar. La idea se ha ampliado para abarcar no sólo los casos de peligro inherente, sino también los casos de actividades en que se crea un riesgo "peculiar" o especial de daño sustancial en ausencia de precauciones especiales. En este caso el alto directivo puede ser hecho responsable de su propia negligencia al no prever en el contrato a partir del cual pretende delegar sus funciones, las precauciones especiales que se deben tener en cuenta a la hora desarrollar la actividad, o al no supervisar el trabajo del contratista en los casos de especial peligro.

c) Los casos que establezca la Ley. En este sentido, en España por ejemplo, la Ley de Sociedades de Capital, en su art. 529 ter, establece determinados deberes para el consejo de administración de las sociedades cotizadas que son “indelegables”<sup>683</sup>

d) Los casos de contratación negligente. Así, por ejemplo, se mantiene el deber de vigilancia cuando se contrata a un trabajador incompetente, pues la delegación deviene ineficaz.

Este último caso estaría estrechamente relacionado con la última cuestión a la que queremos hacer referencia

---

<sup>683</sup> Establece este artículo, lo siguiente: “1. El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes: a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos. b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento. d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente. e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante. f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general. g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo. h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros. (Art. 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital).

en este apartado: la delegación del deber de vigilancia en un *compliance officer*. Es obvio que la delegación en un *compliance officer* de la llevanza de las cuestiones en la empresa del cumplimiento del buen gobierno corporativo, *a priori* podría suponer una desvinculación de la posición de garante del alto directivo. Pero esto no es así en todos los casos sin más.

Para que se pueda entender que efectivamente la función del cumplimiento del buen gobierno corporativo ha sido efectivamente delegada, el *compliance officer* deberá cumplir con el deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales y el deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales. En el caso de que uno de estos deberes no se cumpla por parte de *compliance officer* y el alto directivo tenga conocimiento de que no se cumple, la contratación del mismo sería negligente y por tanto, la delegación devendría ineficaz. En este caso, sería el alto directivo el que mantendría el deber de vigilancia (con el contenido y subcriterios que hemos explicado) sobre el cumplimiento del buen gobierno corporativo en la empresa.

### 2.3. Deberes de confianza e intervención delictiva en la empresa

Una vez hemos analizado las distintas clasificaciones de los deberes de confianza empresarial y cómo deberían estar éstos correctamente ubicados para el análisis sistemático a la hora de proceder para la atribución de responsabilidad individual de los altos directivos, es necesario, antes de finalizar el último capítulo de la presente tesis doctoral, plantearnos cuál es la relevancia a efectos de intervención delictiva de los deberes de confianza empresarial.

Se han nombrado a lo largo de esta tesis, algunas de las teorías que se emplean en el sistema estadounidense para diferenciar la autoría de la participación. En este sentido, se ha hecho referencia, por ejemplo a la Participation Theory<sup>684</sup>, en la que el tribunal se centra en analizar la intervención del acusado en un acto ilícito llevado a cabo por la empresa y que es muy aplicada para el caso de la posible responsabilidad del *officer* de la empresa por su intervención en el acto ilícito de la empresa misma<sup>685</sup>. Se ha hablado también de la

---

<sup>684</sup> Analizada en los casos, *Bethea v. Bristol Lodge Corp.*, No. Civ. A. 01-612, 2002 WL 31859434, at \*14 (E.D. Pa. Dec. 18, 2002); *Wicks v. Milzoco Builders, Inc.*, 470 A.2d 86, 90 (Pa. 1983).

<sup>685</sup> En este sentido son varias las resoluciones que aplican esta teoría. *Vid.* *Bano v. Union Carbide Corp.*, 273 F.3d 120, 133 (2d Cir. 2001); *Steinke v. Beach Bungee, Inc.*, 105 F.3d 192 (4th Cir. 1997); *Indiaweekly.com, L.L.C v.*

regla conocida como *Aiding and abetting liability*, que servía tanto para derivar la responsabilidad penal de los administradores de una entidad, como la del resto de sus directivos y empleados, por su condición de partícipe en el hecho cometido por algún otro miembro de la organización en el *common law*. Sin embargo, todas estas teorías que sirven para diferenciar al partícipe del autor, no tienen nada que ver con la Agency Theory, pues ésta no se centra tanto en cuestiones de intervención delictiva, sino que, como se ha dicho, se centra en los deberes de confianza que surgen de la relación de agencia existente entre el alto directivo *-agent-* y la empresa *-principal-*.

En España, desde distintas teorías, son muchos los autores que han disertado acerca del fundamento de la punición del partícipe<sup>686</sup>, así como también sobre la

---

Nehaflix.com, Inc., 596 F. Supp. 2d 497, 507 (D. Conn. 2009); Lemon v. Harlem Globetrotters Intern., Inc., 437 F. Supp. 2d 1089, 1110 (D. Ariz. 2006); Mill Run Assocs. v. Locke Prop. Co., 282 F. Supp.2d 278, 287 (E.D. Pa. 2003) ("Es una regla general, si no universal...que un officer de una empresa que participe en la comisión de un acto ilícito de la empresa es personalmente responsable por los mismos"). Gidwitz v. Stirco, Inc., 646 F. Supp. 825, 830 (N.D. Ill. 1986); T.V. Spano Bldg. Corp. v. Dep't of Natural Res. and Env't Control, 628 A.2d 53, 61 (Del. 1993); BTL COM Ltd., Co. v. Vachon, 628 S.E.2d 690, 695 (Ga. Ct. App. 2006); Livonia Bldg. Materials Co. v. Harrison Const. Co., 742 N.W.2d 140, 144 (Mich. Ct. App. 2007) (per curiam); State ex rel. The Doe Run Res. Corp. v. Neill, 128 S.W.3d 502, 505 (Mo. 2004); Walker v. Anderson, 232 S.W.3d 899, 918 (Tex. App. 2007); Consulting Overseas Mgmt, Ltd. v. Shtikel, 18 P.3d 1144, 1147 (Wash. Ct. App. 2001).

<sup>686</sup> Para un estudio profundo sobre los distintos enfoques acerca del fundamento de la punición del partícipe, consúltese, MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit..

diferencia entre autoría y participación<sup>687</sup>. Conforme dijo GIMBERNAT ODEIG “El problema central de la teoría de la participación delictiva es la distinción entre autor y cómplice”<sup>688</sup>, y por consiguiente, la cuestión del concepto extensivo o restrictivo de autor. Y aunque no es objeto de este trabajo, es un presupuesto esencial para poder referirme a la diferenciación entre autor y partícipe que, frente a un concepto unitario (todos los que participan causalmente en el delito son autores del mismo), o extensivo de autor (todo interviniente es autor, aunque se distinga entre las distintas formas de intervención conforme al Código penal), me sumo a la idea restrictiva de la autoría<sup>689</sup> en lo que ella supone de considerar que no es autor cualquiera que intervenga en el hecho, pues

---

<sup>687</sup> Entre muchos otros autores, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006, p. 215; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991; LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. nº 8, 1998;

<sup>688</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., p. 11.

<sup>689</sup> Así la adoptan en nuestra doctrina, entre otros, *Ibid.*, p. 215; RUIZ ANTÓN, L.: *El agente provocador en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982, p. 89; CUERDA RIEZU, A.: “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XLV, 1992, p. 285; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en derecho penal*, op. cit., p. 198 y ss., pp. 251, 347, 407; CEREZO MIR, J.: “Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal”, en DEL MISMO: *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 335; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 108 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXIX, 1995, p. 90; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004; BOLEA BARDON, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 108; GÓRRIZ ROYO, E. M.: *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 178.

también lo hace en él, aunque de distinta forma, el partícipe<sup>690</sup>. Esta afirmación se construye no tanto desde el indicio, más que evidencia, de la regulación del Código penal de 1995 que distingue entre autores y partícipes, sino porque, como diría OLMEDO CARDENETE, “la adopción de un sistema que discrimina entre autores y partícipes resulta más justo”<sup>691</sup>, y, expresamente en la empresa<sup>692</sup>.

Si a lo largo de este trabajo no se ha reflexionado con más profundidad acerca de las implicaciones de los deberes fiduciarios de confianza para la diferenciación entre autor y partícipe es porque, efectivamente, no hay implicaciones directas a efectos de intervención delictiva. Estos deberes operan sólo, como se ha explicado en la *applicatio legis ad factum* como normas que sirven para

---

<sup>690</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 229 y ss.. La adopción de la tesis o concepto restrictivo de autor es mayoritaria en nuestra doctrina.

<sup>691</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Comentario a los artículos 27, 28 y 29”, en COBO DEL ROSAL, M.: *Comentarios al Código penal, t. III. Art. 24 a 94*, Edersa, Madrid, 1999, p. 186. Y es que, como dice DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en derecho penal*, op. cit., p. 251, no hay que preguntarse tanto qué sistema de autor establece nuestro Código penal, como “qué concepto de autor es materialmente preferible, para interpretar a partir de él las disposiciones del Código penal”.

<sup>692</sup> En este sentido, consúltense las obras de DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, op. cit., pp. 115-144; PÉREZ CEPEDA, A. I.: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, op. cit..

establecer deberes al alto directivo, pero no tienen consecuencias directas en las normas de intervención delictiva.

Es interesante, sin embargo, destacar en este punto cómo la jurisprudencia estadounidense ya en el siglo pasado, tenía absolutamente clara esta cuestión, pues en una misma resolución en el que el deber infringido es el mismo en el caso de un autor y de un partícipe, a la hora de cuantificar la pena en base al grado de participación de uno y otro, no deparan en analizar el deber de confianza empresarial infringido por parte del sujeto, sino su mayor o menor integración en el injusto de otro. Así, en un caso líder en el tema, *Lobato v. Pay Less Drug Stores*<sup>693</sup>, se exponen las circunstancias en las que los *officers* pueden ser responsables basándose en la contribución de estos al acto ilícito. El tribunal explicó que, aunque la regla general es que normalmente sea penalmente responsable un directivo de la empresa (como autor), si un *officer* participa activamente en la comisión de un ilícito, sostuvo el tribunal, también puede ser responsable por el acto que genere necesariamente un resultado lesivo o del que se hubiera podido esperar razonablemente que lo generara. En este sentido, explica la sentencia que la participación, en el contexto del ámbito empresarial, puede adoptar muchas

---

<sup>693</sup> 261 F.2d 406, (10th Cir. 1958).

formas diferentes. Así, por ejemplo, puede ser suficiente para que un *officer* de la empresa incurra en responsabilidad como partícipe, que vote a favor de una decisión de la junta que más tarde resulte dañosa<sup>694</sup>.

En España, la doctrina especializada ha convenido, con razón, que existen significativas diferencias entre las relaciones entre intervinientes que tienen lugar en planos verticales u horizontales de la estructura empresarial<sup>695</sup>, especialmente por la distinta operatividad del principio de confianza en unos u otros. Así pues, en nuestra tradición jurídica -la del *civil law*- ha señalado PUPPE, que el principio de confianza, conforme al cual “los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los

---

<sup>694</sup> Véase en este sentido, entre otros muchos casos, el caso *Frances T. v. Vill. Green Owners Ass'n*, 723 P.2d 573, 586 (Cal. 1986), que indica que un director que vota para la comisión de un acto ilícito es responsable aun cuando el acto fue cometido en nombre de la empresa; *Cruz v. Ortho Pharm. Corp.*, 619 F.2d 902, 907 (1st Cir. 1980) (citing *Donsco, Inc. v. Casper Corp.*, 587 F.2d 602, 605-06 (3d Cir. 1978)); *Marks v. Polaroid Corp.*, 237 F.2d 428, 435 (1st Cir. 1956); *Childs v. Purll*, 882 A.2d 227, 239 (D.C. Cir. 2005); (*Cotten v. Weatherford Bancshares, Inc.*, 187 S.W.3d 687, 701 (Tex. App. 2006); *Bowling v. Ansted Chrysler-Plymouth-Dodge, Inc.*, 425 S.E.2d 144, 149 (W. Va. 1992); *Accuimage Diagnostics Corp v. Terarecon, Inc.*, 260 F. Supp. 2d 941, 950 (N.D. Cal. 2003).

<sup>695</sup> En este sentido, KNAUER, C.: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, CH Beck, Munich, 2001, p. 39 y ss.; también, anteriormente FRANKE, E.: “Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz”, *Festschrift für Blau zum*, vol. 70, 1985, p. 230 y ss.

suyos “<sup>696</sup>, tiene su máxima validez entre *partners* del trabajo en equipo que están al mismo nivel<sup>697</sup>.

Lo que esto significa es que en relaciones horizontales en el seno de la empresa si la división de competencias es clara, también lo será la distribución de responsabilidades. En el caso de que un sujeto que no es competente sobre una determinada responsabilidad conozca que otro realiza un injusto, a lo máximo podría responder por la omisión del deber de denunciar un delito, pero no por nada más por la vigencia del principio de autorresponsabilidad<sup>698</sup>.

No sucederá lo mismo en el caso de las relaciones verticales, dado que si el encargado conoce del hecho injusto de su subordinado responderá del mismo siempre que pueda decirse, por su posición de deber, que su omisión supone la realización de un injusto. Y algo similar a esto puede suceder en el caso de que las

---

<sup>696</sup> CODERCH, P. S.: “Causalidad y responsabilidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2002, Universitat Pompeu Fabra, p. 7.

<sup>697</sup> PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2006, p. 4. En cambio, en las relaciones de superioridad y subordinación, este principio rige solamente de manera limitada.

<sup>698</sup> MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit., p. 157 y ss.

responsabilidades estén entremezcladas a nivel vertical u horizontal.

El fundamento de la punición del alto directivo también tiene que provenir, lógicamente, de la realización de un injusto, esto es, de una conducta que tenga un sentido delictivo, bien de participación, en el sentido de “integrarse en el injusto (que era) ajeno”<sup>699</sup>, o bien de autoría, en el sentido de protagonizar la realización del injusto<sup>700</sup>. Cuestión distinta es la responsabilidad que pueda llegar a tener un alto directivo por los actos en los que ha sido asesorado por un abogado de la empresa o un asesor. En este sentido, cuanto “más conformado esté el hecho por parte del autor, más fácil será predicar la integración en el injusto del partícipe”<sup>701</sup>. Así, el Código penal establece valoraciones en forma de tipos, pero también formas de intervención distintas entre sí desde un punto de vista cualitativo. Como explica MIRÓ, ambas, “unas y otras, son normas de conducta, unas establecen los hechos que

---

<sup>699</sup> MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, op. cit., p. 177.

<sup>700</sup> En este sentido, explica MIRÓ LLINARES, “En el caso de la participación nos encontramos con la singularidad de que el comportamiento contrario a la norma requiere de la presencia de otro sujeto que protagonice la realización de un injusto.”; *Ibid.*, p. 260.

<sup>701</sup> *Ibid.*, p. 167.

se desvaloran y otras las formas de llevar a cabo los mismos desvaloradas”<sup>702</sup>.

En relación a esta cuestión se pronuncia en nuestra jurisprudencia la STS 37/2006, de 25 de enero, que condena al letrado de la sociedad como autor criminalmente responsable de un delito de apropiación indebida por facilitar el número de cuenta secreto al alto directivo, donde finalmente van a parar los fondos distraídos con conocimiento de la trama delictiva, pues considera que el sentido delictivo de su contribución va más allá de lo que supondría una participación en el injusto del alto directivo. En esta sentencia además, se analizan los deberes y obligaciones del abogado de la empresa haciendo referencia a las obligaciones que implica este contrato de arrendamiento de servicios y a su regulación en el Código Civil y el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el RD 2090/1982, de 24 de julio y asimismo se contempla el interesante voto particular del Magistrado José Manuel Maza Martín, por la preocupación que le suscita, según expresa “La imputación, como denunciante falso, al profesional que, en su condición de Abogado, redacte, dé forma y suscriba una denuncia de las características antes descritas, como cumplimiento de la tarea aceptada al servicio y en

---

<sup>702</sup> *Ibid.*, p. 95

defensa de los intereses de su cliente, siguiendo las instrucciones de éste.”

El sentido delictivo al que nos hemos referido anteriormente, lo observó con mayor detenimiento el TS en la sentencia del caso del Grupo Olabarría<sup>703</sup>, referida anteriormente. En esta resolución se plantea el Alto Tribunal, la compleja cuestión de qué responsabilidad y qué grado de intervención tienen tanto un abogado (en este caso, uno de los abogados de empresa de Banesto) que actúa en el marco de su actividad, como el alto directivo de la empresa en la que se lleva a cabo la actividad delictiva.

Concretamente, se analiza el caso en el que el abogado, siguiendo las instrucciones dadas por el Presidente de Banesto que a su vez le había transmitido al Director Regional de Banesto, redacta una querrela falsa. El TS parece apoyarse en un primer momento para analizar la responsabilidad del abogado en que su conducta no se amparaba en el principio de confianza por la veracidad de lo que comunica el cliente, sin

---

703 STS núm. 1193/2010, de 24 de febrero. En esta sentencia el TS hace un análisis de las conductas neutrales, explicando que «Entendemos por actos neutrales aquellos actos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por “típicos” penalmente, porque, con independencia del resultado, no representan un peligro socialmente inadecuado. Como se decía en la STS n.º 34/2007, «...una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal».

embargo, cuando se detiene a analizar la posible existencia de una conducta neutral, el tribunal la descarta argumentando que la misma «no se limita, amparándose en su profesión como letrado, a realizar un traslado mecánico de una imputación, sino que conociendo la falsedad del hecho sobre el que se sustenta, realiza una aportación relevante consistente en darle la forma jurídica suficiente para esperar,(...), la admisión de la querrela y una mínima tramitación, de forma que pudiera cumplir con la finalidad perseguida por la parte querellante» <sup>704</sup> . En esta sentencia, independientemente de la poco acertada referencia a la conducta neutral que ya ha sido criticada por un sector – todavía minoritario- de la doctrina <sup>705</sup> , el Tribunal Supremo acierta al llevar a cabo el análisis sistemático

---

<sup>704</sup> «Como se ha dicho más arriba, era previsible que si en la querrela se hubiera descrito lo que resultaba de los documentos disponibles o de la mera consideración de los hechos, es decir, que la entidad bancaria había concedido unos créditos a unas sociedades, que habían resultado impagados y que requeridos algunos accionistas para que respondieran de las deudas se habían negado a ello, la querrela habría sido inadmitida, al no contener indicio alguno de conducta delictiva. La misma decisión sería altamente probable aunque se añadiera que al tiempo de solicitar los créditos, los accionistas expresaron su respaldo moral a las sociedades y su confianza en su futuro. Fue precisamente la aportación del recurrente lo que dotó a los hechos de la querrela de la forma necesaria para que pudiera cumplir con su finalidad. No es por tanto un acto neutral, sino una aportación relevante a la intensidad del riesgo creado.» Para concluir su razonamiento, el tribunal contrasta la conducta del abogado con la del procurador que también llevó el proceso, explicando la diferencia entre ambas conductas para así defender la impunidad del procurador, del siguiente modo: «Por el contrario, es claro que el Procurador, al que se cita expresamente en el motivo como elemento de contraste, en lo que consta en la causa, se limitó a cumplir con las obligaciones derivadas de su profesión, sin añadir nada a la entidad del riesgo creado. A diferencia del recurrente, su conducta puede ser considerada un acto neutral».

<sup>705</sup> *Ibid.*

para proceder a la atribución de responsabilidad individual de los altos directivos, imputando previamente el conocimiento al sujeto para posteriormente, poder determinar cuál es el sentido delictivo de su conducta, así como para poder valorar si efectivamente ha realizado el injusto de que se trate.

Dada la importancia de resoluciones como estas relativas a intervenciones de terceros, muy comunes por otra parte en el Derecho penal económico empresarial, parece evidente que el Tribunal Supremo ha dado importantes pasos hacia la normativización racional de la fundamentación de la punición al partícipe y el autor. Pero también lo es, dada la pluralidad de intervenciones en el seno de las empresas, que sí es una cuestión que debe ser finalmente zanjada la de la concreción de los criterios para la atribución de responsabilidad de los distintos intervinientes en el seno de la estructura empresarial.

## CONCLUSIONES

### I

La empresa es un foco de la comisión de delitos. En este sentido, la dificultad para el levantamiento del velo corporativo como laguna de punibilidad en nuestro sistema jurídico ha provocado que sean diversas las alternativas que se han dado desde el Ordenamiento para dar respuesta a este problema. Las respuestas que se han dado desde los distintos sistemas penales, pueden ser clasificadas en dos grandes categorías: por un lado, aquellos modelos de respuesta jurídico-penal basados en el principio *societas delinquere non potest*, y por otro, la respuesta jurídico-penal basada en el principio *societas delinquere potest*.

### II

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede construir desde diferentes bases dogmáticas, pero sean estas cuales sean, uno de sus apoyos político criminales esenciales consiste en la asunción de que su implantación tendrá cierto efecto disuasorio de la comisión de delitos en las organizaciones mismas (y, por ende, de los sujetos que actúan en ellas) ayudando a

implantar políticas de vigilancia de las conductas de sus agentes y de cumplimiento de las normas en su seno. Esta cultura del cumplimiento, no es suficiente para conseguir la finalidad de que no se cometan delitos en la empresa.

### III

El sometimiento de los agentes individuales de la empresa a la amenaza de sanciones penales sigue proporcionando importantes incentivos adicionales a la atribución de responsabilidad a las propias organizaciones. Tanto si se asume que el Derecho penal debe cumplir una finalidad preventiva general positiva o negativa como si se entiende que la sanción penal responda exclusivamente a una finalidad retributiva, la determinación de los agentes individuales responsables de los diferentes injustos perpetrados en el seno de la estructura empresarial sigue teniendo una gran relevancia.

### IV

Es aconsejable, desde una perspectiva político criminal, acudir a la observación de algún sistema jurídico penal que haya pasado de no tener el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas a disponer de él, para analizar los efectos concretos de tal

modificación. Con ello, se pueden comprobar dos hipótesis: la primera, si la implantación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto una suficiente reducción de la criminalidad empresarial hasta el punto que pueda decirse que con ella se cumple el objetivo disuasorio pretendido por la ley penal y no resulta necesario la individualización de la responsabilidad de los otros agentes individuales; la segunda, si la puesta en marcha de tal modelo de responsabilidad directa de las organizaciones no conlleva, como efecto colateral indeseado, una posible flexibilización de los esfuerzos de búsqueda de responsables concretos en el seno de la empresa.

## V

Para comprobar tales hipótesis, se ha acudido al análisis de la evolución histórica de la respuesta en Estados Unidos a la empresa como foco de riesgo de la comisión de delitos. La razón es que sólo el conocimiento de las circunstancias sociales, de tipo económico, cultural y también jurídico que llevaron al nacimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como el entendimiento de la incidencia que ésta ha tenido para luchar contra la “irresponsabilidad empresarial” en un ordenamiento de larga tradición en la praxis con este sistema, nos permitirán comprender cómo ha funcionado esta respuesta en un Ordenamiento Jurídico en el que

responden penalmente las personas físicas y jurídicas por la criminalidad empresarial.

## VI

Resulta del máximo interés, primero analizar la evolución histórica en Estados Unidos para comprobar si allí se dan las comentadas hipótesis, y, segundo, y más importante, aprender de tal evolución y, en particular, de los distintos tipos de criterios para la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la estructura empresarial desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, para encontrar referencias aplicables a nuestro sistema jurídico para mejorar la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa una vez está en marcha el sistema de responsabilidad penal de las empresas.

## VII

El estudio de la evolución de los sistemas de responsabilidad penal de la empresa y en la empresa en Estados Unidos, principal país importador del sistema, nos permite, por un lado, constatar el riesgo que se corre si la posibilidad de hacer responsables de los delitos a las empresas conlleva una debilitación en la necesidad de buscar responsables concretos entre los agentes de la misma, por la mercantilización del sistema y la

objetivación de la responsabilidad penal empresarial. Por otro lado, nos muestra la necesidad de seguir potenciando el sistema penal para que sea capaz de individualizar la responsabilidad de los agentes internos de las organizaciones.

## VIII

En Estados Unidos, como fruto de la implementación del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se inició hace años un importante debate doctrinal y político sobre la conveniencia de revisar el sistema y, en particular, acerca de la necesidad de potenciar la individualización de la responsabilidad de los agentes internos de las empresas. Más allá de ello, ha habido recientemente un replanteamiento de la justicia penal empresarial para que se focalicen de ahora en adelante los esfuerzos en la noción de responsabilidad individual de la empresa, como queda reflejado en el Yates Memorandum.

## IX

La doctrina del *common law* ha desarrollado numerosas teorías para resolver diversos problemas para la adscripción de responsabilidad penal individual en una estructura tan compleja, como es la organización empresarial. Consideramos adecuado centrar el análisis

en uno de los problemas de individualización de la responsabilidad penal en el seno de la empresa de mayor trascendencia práctica, pero también de mayor desarrollo dogmático en la doctrina estadounidense, cual es el la responsabilidad penal de los altos directivos, el “eterno” sujeto responsable que recientemente también está en el punto de mira en la políticas y prácticas de la Fiscalía General de los Estados Unidos.

## X

Es necesario un esfuerzo metodológico para analizar y redefinir los criterios para la individualización de la responsabilidad penal del alto directivo. Para ello, será necesario evitar la confusión de planos en la práctica judicial y diferenciar claramente en el proceso de atribución de responsabilidad, las reglas de imputación y de valoración. En este sentido, la doctrina de la imputación kantiana, desarrollada por Hruschka e importada a nuestro país por Sánchez Ostiz y Miró Llinares, puede ser de gran utilidad. Asimismo, y lo que es crucial para esta tesis, puede emplearse esta doctrina como “idioma” explicativo de las instituciones del sistema del delito y del contenido del mismo, sirviendo al mismo tiempo para establecer paralelismos entre el sistema de *common law* y el *civil law*.

## XI

Es de gran utilidad para estudiar el proceso de atribución de la responsabilidad penal en una tradición jurídica tan distinta a la nuestra, como es el *common law*, partir de lo afirmado por Fletcher acerca de que todo Derecho penal, ya pertenezca a la tradición del Derecho penal continental o del *common law*, está construido sobre la base de dos tipos de normas: aquellas que sirven para imputar un determinado hecho a un agente y las que sirven para valorar si una conducta es ajustada a Derecho. Esto nos permitirá entender cómo operan las *conduct rules* y las *decison rules* en el proceso de atribución de responsabilidad a un agente en el *common law* y su paralelismo con las reglas de valoración e imputación que se utilizan en nuestra tradición jurídica a través de la doctrina de la imputación kantiana.

## XII

Estas normas de imputación y valoración las utilizaremos serán de utilidad también para la adscripción de responsabilidad penal del alto directivo. El concepto de alto directivo que se emplea en la praxis judicial penal, y al que nos hemos acogido en este trabajo, es el que se ha ido desarrollando por la doctrina científica y jurisprudencial en el ámbito laboral, al que el mismo orden penal hace referencia. En este sentido, se entenderán como altos directivos aquellos trabajadores

que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad. Es por ello, que el empleo de este término así como el desarrollo de su concepto en la jurisprudencia y doctrina científica en el ámbito laboral a falta de un desarrollo más extenso en el penal, cobra especial fuerza argumentativa.

### XIII

Para abordar el estudio de la responsabilidad penal de los altos directivos desde la perspectiva del *common law*, es interesante hacer un breve análisis de los criterios de individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos en el sistema estadounidense. Y es que en el sistema de *common law*, los distintos agentes internos de la empresa, es decir, los diferentes individuos que conforman la estructura empresarial, no son por el mero hecho de la posición que ocupen, personalmente responsables por los delitos que se lleven a cabo en la empresa o incluso, por los llevados a cabo por otro agente de la empresa que esté bajo su supervisión.

### XIV

En Estados Unidos, para hacer responsable a un individuo que actúa en el seno de la estructura empresarial, se requiere algún tipo de conexión

adicional. En la práctica jurisprudencial, son diversos los enfoques que los mismos tribunales han ido desarrollando para probar si un determinado individuo que trabaja en la empresa, tiene una conexión suficiente con un resultado delictivo en concreto, para hacerlo personalmente responsable. En su mayor parte, las diferentes teorías o enfoques se superponen en cierto grado y los tribunales pueden aplicar combinaciones o variaciones de las teorías.

## XV

Las principales teorías que sobre esta cuestión han sido desarrolladas en la praxis jurisprudencial hasta la fecha se pueden dividir a grandes rasgos en tres enfoques. La división en tres enfoques de todas las teorías que se han ido desarrollando en el sistema estadounidense para la individualización de la responsabilidad en la empresa del alto directivo, nos puede facilitar la labor de destacar cuáles han sido las grandes problemáticas a las que los tribunales han intentado dar respuesta con el desarrollo de las mismas en el ámbito de la individualización de la responsabilidad penal empresarial.

## XVI

Entre las teorías más comúnmente utilizadas en la

praxis judicial para la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos de la empresa, un primer enfoque se centraría en la aplicación de reglas de intervención para la distinción entre autor y partícipe en el seno de la estructura empresarial, un segundo enfoque se centraría en las reglas de imputación que se utilizan para atribuir responsabilidad penal a los altos directivos y un tercer enfoque se centraría en el empleo en la praxis judicial de reglas de comportamiento que establecen deberes. En este último enfoque, se ubicaría la Agency Theory.

## XVII

Actualmente, el enfoque contractual-económico dominante en el *common law* del fenómeno empresarial, de donde nace la Agency Theory y los *fiduciary duties*, concibe la empresa como un conjunto de contratos. La Agency Theory surge en las últimas décadas en el *common law* como derivación del desarrollo de las reglas jurídicas que regulan las diversas relaciones fiduciarias entre el alto directivo y la empresa. De esta forma, el alto directivo, al igual que el “agent” está inmerso en una relación de confianza que supone el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad conocido como “fiduciary duty”, de lo que deriva que en el *common law* todo aquel que deba cumplir con este deber sea conocido como “fiduciary”.

## XVIII

Si en sus orígenes la Teoría de Agencias tuvo un desarrollo claramente orientado al ámbito económico, que es el que especialmente ha sido exportado a España, en los últimos años también se ha desarrollado esta teoría desde otros enfoques, como el orientado a la responsabilidad política y al ámbito de la responsabilidad de los altos directivos de la empresa. La idea que trasluce en todas estas disciplinas desde las que se ha utilizado la Teoría de Agencias es la de confiar al Ordenamiento Jurídico y, sobre todo, a la praxis judicial, los delineamientos de la regulación jurídica que debe articular este tipo de relaciones cada vez más complejas derivadas una relación fiduciaria, de una relación de confianza.

## XIX

En base al desarrollo jurisprudencial que han tenido las relaciones fiduciarias, hay autores que han destacado cuáles son los requisitos comunes que identificarían las relaciones fiduciarias en el ámbito empresarial. El primero de ellos, que haya una posición “dominante” del sujeto fiduciario, en cuanto que potencialmente podría llegar a afectar al principal (la empresa). El segundo de ellos, que esta relación se

origine por el depósito de la confianza en alguien (el agente, el alto directivo). El alto directivo (agente) que está al mando de una empresa (principal), obviamente cumple con los dos requisitos para que le sean aplicables los dos principios de agencia.

## XX

Los deberes fiduciarios en el ámbito empresarial han sido desarrollados y delimitados en su alcance y contenido, por los sucesivos pronunciamientos judiciales. Los tribunales se refirieron, en un primer momento, a dos deberes que tenían que cumplir los altos directivos para no infringir las obligaciones fiduciarias derivadas de la relación de agencia que mantenían con la corporación: el *duty of care* o deber de diligencia y el *duty of loyalty* o deber de lealtad. Del desarrollo de estos deberes posteriormente surgirían otros derivados de ellos. Como derivación del deber de diligencia, surge el deber de informar, así como al deber de llevar a cabo sus funciones, cumpliendo con los deberes que le imponen tanto los estatutos como las leyes con la diligencia que lo haría un ordenado empresario. Derivados del deber de lealtad, surgen tanto la obligación de llevar a cabo sus funciones con la información suficiente, sin actuar influenciado por un interés personal y conforme a un proceso de decisión adecuado; como el deber de

desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, en el mejor interés de la sociedad.

## XXI

Estos deberes han tenido un desarrollo normativo profuso, no sólo en Estados Unidos, sino también en países de nuestro entorno, además de existir documentos de *soft law* publicados por iniciativa de organizaciones internacionales. Así pues, los deberes fiduciarios tienen un reflejo claro en la normativa, tanto de Reino Unido, como de Alemania, Francia, Italia y Portugal. La articulación normativa de estos deberes a nivel de derecho comparado, se puede hacer teniendo en cuenta dos niveles: tanto el desarrollo del *soft law* en diferentes países, como su articulación legal.

## XXII

El concepto de deber fiduciario, no es, desde luego, un concepto ajeno a la tradición jurídica española. El deber fiduciario no puede entenderse sin hacer referencia a la *fiducia*, palabra sinónimo de confianza y que ha tenido un gran desarrollo como concepto jurídico, usándose de forma frecuente en nuestro sistema. Concretamente, en nuestra tradición jurídica hay dos corrientes claramente diferenciadas sobre el concepto y alcance de estos deberes fiduciarios o de confianza. Por

un lado, desde un sector más puramente iusprivatista, hay autores, especialmente en la doctrina mercantilista, que han llegado a entender el modelo de regulación de los deberes fiduciarios como un enfoque estrictamente orientado a proteger intereses exclusivamente privados. Por otro lado, sin embargo, otro sector, influenciado por el desarrollo de estos deberes en el sistema del *common law*, así como en otros países de nuestro entorno, entienden que el alcance y aplicación de estos deberes fiduciarios es mucho más extenso.

### XXIII

Los deberes de confianza empresarial en España tienen un amplio desarrollo legislativo, no sólo a nivel de normativa nacional, sino en la normativa interna de las grandes empresas. La aplicación de los mismos en la praxis judicial en el orden mercantil es abundante y con un amplio desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, en el orden penal se desvirtúan al confundir su naturaleza como norma de conducta con el de una regla de imputación para atribuir responsabilidad al sujeto por la posición que ocupa. Para poder profundizar en esta cuestión, es necesario analizar el tratamiento de la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos por parte de la jurisprudencia española.

### XXIV

La regulación de los deberes de confianza empresarial de los altos directivos define unas obligaciones normativas cuya violación puede constituir la base desde la que se valore la existencia de la infracción, por parte de ese sujeto en particular y por la posición en la que se encuentra, de una norma de conducta penal. De este modo, los deberes fiduciarios constituyen el sustrato de la responsabilidad de los altos directivos; el contenido orgánico de la existencia de una relación de responsabilidad entre ese concreto agente de la empresa y lo que en ella sucede.

## XXV

El hecho de que un alto directivo sea responsable de la infracción de un deber de confianza en relación con un hecho en concreto no le convertirá inmediatamente en penalmente responsable de los “desvalores normativos” asociados a tal hecho. Sin embargo, para llevar a cabo la valoración de si, con respecto a un determinado hecho acaecido en el seno de la estructura empresarial, ha habido o no por parte del alto directivo la infracción de una regla de conducta penal, tendrá que tenerse en cuenta necesariamente si ha infringido o no, y de qué modo, los deberes fiduciarios que definen su relación de responsabilidad con lo que sucede en la empresa.

## XXVI

No puede entenderse conforme a otro baremo el cumplimiento del deber del alto directivo que el propio que ampara el compromiso que adquirió con la empresa de la cual está al mando. Esto es lo que fundamenta la necesidad de acudir a la normativa mercantil y lo que justifica el esfuerzo argumentativo que deben hacer los tribunales -también por supuesto, desde el orden penal- de acudir a la Teoría de Agencias para poder justificar la infracción del deber por parte de los altos directivos. Todo ello, sin perjuicio de que también se deba tener en cuenta para valorar el hecho imputado, además del deber confianza empresarial, el tipo de injusto específico de que se trate y la norma prohibitiva de intervención -de autoría o participación- para poder atribuir el demérito que su conducta merece.

## XXVII

La Teoría de Agencias, en lo que respecta al concreto contenido que da al deber de diligencia (*duty of care*) debe servirnos, entre otras cuestiones, para diferenciar entre la mera confirmación (*ex post*) de que el alto directivo no ha vigilado adecuadamente que otro agente de su empresa cometa un delito, en cuyo caso

habría una infracción de naturaleza mercantil, de aquellos otros supuestos en los que, por nacimiento de una posición de garante, al alto directivo le corresponde responsabilidad por la infracción de su deber de vigilancia. El nacimiento de la posición de garante devendría, a nuestro parecer, cuando, independientemente de que *ex post* sea obvio que la vigilancia no era la adecuada, pueda decirse *ex ante* que la misma no lo fuera. Y ello, aplicando la Teoría de Agencias, se concreta sobre la base de la valoración del grado de cumplimiento de tres subdeberes: el deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales, y el deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

## XXVIII

Tal como operan estos subdeberes o subcriterios derivados del deber de diligencia en la jurisprudencia estadounidense al aplicar la Teoría de Agencias, no es necesario que todos ellos se incumplan de forma completa para poder declarar que ha habido una

infracción del deber de diligencia, pero tampoco el incumplimiento de un solo deber o de dos determinaría *per se* que cabe atribuir responsabilidad al alto directivo. Es decir, el incumplimiento de los tres subcriterios supondría la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos (evidentemente, si cupiera la responsabilidad imprudente por el delito que fuera de aplicación en el caso concreto), pero si no son todos los deberes de diligencia que ha incumplido el alto directivo, la responsabilidad del alto directivo sería, por así decirlo, “modulable” pues estos subcriterios se retroalimentan entre sí. Así pues, esta modulación se debería ir estableciendo *case by case* dependiendo de la intensidad o gravedad del injusto concreto que fuera de aplicación, como así lo hace la jurisprudencia del *common law*, pues los estándares o criterios del deber de diligencia cuando la infracción del deber de diligencia no es grave (es decir, no se incumplen todos), tienden a ser más flexibles. Todo ello, teniendo en cuenta evidentemente, antes de la valoración del hecho imputado (*applicatio legis ad factum*), la imputación previa hecha sujeto ordinario (dolo) o extraordinariamente (imprudencia), para no infringir el principio de responsabilidad subjetiva

## XXIX

En una correcta aplicación de la Teoría de Agencias, el deber de lealtad para el alto directivo se debe entender como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que servirán para determinar si el alto directivo ha llevado a cabo una conducta desleal, que son las siguientes: a) no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas; b) guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera; c) abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto; d) desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

### XXX

La relación de confianza entre el alto directivo (*agent*) y la empresa (*principal*) de la que parte la Teoría

de Agencias supone la imposición al directivo del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, lo que implica la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que servirán para determinar si el alto directivo ha infringido el deber de evitar situaciones de conflicto de interés: a) abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad; b) abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; c) desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

## XXXI

Los deberes de confianza empresarial derivados de la Teoría de Agencias deberán operar en la *applicatio legis ad factum* para valorar el hecho imputado (ordinaria o extraordinariamente) en comparación con la descripción normativa, evitando la confusión de planos a la hora de llevar a cabo el proceso de atribución de responsabilidad penal del alto directivo. Lo que esto implica es que la mera posición de los altos directivos no justifica por sí sola la identificación del actuar que supone ya la realización del injusto. Es necesario, antes que ello, imputar el hecho al sujeto, para poder afirmar que con el conocimiento que tenía sobre el hecho imputado, ha infringido un determinado deber de confianza empresarial (dolo) o está en una posición de incumbencia, consistente en no estar en una situación potencial de cumplir o incumplir el mismo (imprudencia) y, en base a su infracción de este estándar y en relación al tipo penal concreto que sea de aplicación, se podrá decir entonces que el sujeto imputado ha realizado el injusto (doloso o imprudente).

## XXXII

Otra de las grandes aportaciones de la Teoría de Agencias, es el establecimiento de unos deberes indelegables (“*non-delegable duties*”) también para los altos directivos. Estos deberes que el principal no puede delegar en ningún caso, son derivaciones del deber de vigilancia pero sólo para determinadas situaciones en concreto. Los casos concretos en los que no se puede delegar el deber de vigilancia son principalmente los siguientes: a) los casos de peligro inherente, en los que el deber de cuidado es indelegable cuando el alto directivo se involucra en actividades que sabe o tiene razones para saber que son inherentemente o intrínsecamente peligrosas; b) los casos de riesgo peculiar, es decir, los casos de actividades que crean un riesgo "peculiar" o especial de daño sustancial en ausencia de precauciones especiales; c) los casos que establezca la Ley; y d) los casos de contratación negligente, en los que se mantiene el deber de vigilancia cuando se contrata a un trabajador incompetente, pues la delegación deviene ineficaz.

### XXXIII

La Teoría de Agencias no se centra en cuestiones de intervención delictiva, sino que su objeto es el estudio de los deberes de confianza que surgen de la relación de agencia existente entre el alto directivo *-agent-* y la

empresa *-principal-*. Estos deberes operan sólo en la *applicatio legis ad factum* como normas que sirven para establecer deberes al alto directivo, pero no tienen consecuencias directas en las normas de intervención delictiva.





## Bibliografía

- ABRAMSON, B.: "Why the Limited Liability Company Should Sound the Death Knell of the Application of the Nexus of Contracts Theory to Corporations?", *FIU L. Rev.*, vol. 1, 2006.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: *Delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control empresario*, Atelier Penal, Barcelona, 2009.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: "El factor confianza y la lógica del control en la empresa: algunas reflexiones ético-jurídicas a propósito de las estrategias de prevención del delito de los trabajadores.", *Empresa y Humanismo*, vol. 12, nº 2, 2009.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: "Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial", *Política criminal*, vol. 5, nº 10, 2010.
- AKASHI, T.: "Regulation of Insider Trading in Japan", *Columbia Law Review*, vol. 89, 1990.
- ALONSO ESPINOSA, F.: "La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ALSCHULER, A.: "Two Ways to Think About The Punishment of Corporations", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 46, 2009.
- ALTENHAIN, K.: *Kölner Kommentar zum WpHG*, Heymann, Cologne, 2007.
- ÁLVAREZ PÉREZ, M. B.: "Las cooperativas en el marco de la teoría de

- la agencia”, *Red CIRIEC*, nº 34, 2000, Red CIRIEC.
- AMBOS, K.: “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, *Política Criminal*, vol. 5, A6-5, 2008.
- ANDENAES, J.: *Punishment and deterrence*, University of Michigan Press, Michigan, 1974.
- ANDERSON, H.: “Directors’ Liability for Corporate Faults and Defaults—An International Comparison”, *PAC. RIM L. & POL’Y J.*, vol. 18, 2009.
- ANDERSON, J.: “When Does Corporate Criminal Liability for Insider Trading Make Sense?”, *Stetson Law Review*, *Forthcoming*, 2016.
- ANDRÉS-ALONSO, P.; AZOFRA-PALENZUELA, V.: “Endeudamiento, oportunidades de crecimiento y estructura contractual: un contraste empírico para el caso español”, *Investigaciones económicas*, vol. 24, nº 3, 2000.
- APPEL, I.: “Governance by Litigation”, *Boston College - Carroll School of Management*, 2016, Boston.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARROYO RODRÍGUEZ, A. M.; VAQUERO LAFUENTE, M. E.: “La ética en el uso de la información privilegiada”, *ICADE*, nº 64, 2005.
- ARROYO ZAPATERO, L.: “Delitos socioeconómicos”, en VIVES ANTÓN, T.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, CGPJ, Madrid, 1996.
- ARRUÑADA, B.: *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ARSHT, S. S.: “The Business Judgment Rule Revisited”, *Hofstra Law Review* 93, 8, 1979.
- AZOFRA PALENZUELA, V.; SANTAMARÍA MARISCAL, M.: “El gobierno

- de las cajas de ahorro españolas”, *Universia Business Review*, 2º trimestre, 2004.
- AZOFRA VALENZUELA, V.; MIGUEL HIDALGO, A.: “Nuevos enfoques en la teoría de la estructura de capital (Hacia una integración de las finanzas y la microeconomía)”, *Revista de economía y empresa*, vol. 10, nº 27-28, 1990.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.: “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 1, 2000.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, *Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabilidad penal de las sociedades – Actuación en nombre de otro – Responsabilidad de los consejos de administración*, nº 7, 1994.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Problemas actuales del dolo”, en JORGE BARREIRO, A.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.; STAMPA BRAUN, J. M.: “La reforma del derecho penal económico español”, *Revista Jurídica de Cataluña-Extra. El proyecto de Código Penal*, vol. 79, nº 1, 1980.
- BAER, M.: “Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law”, *Journal of Law and Policy*, vol. 19, 2010.

- BAIGÚN, D.: “¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?”, *Revista de Ciencias Penales*, nº 1, 1995, Montevideo.
- BAIGÚN, D.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- BAINBRIDGE, S.: “The business judgment rule as abstention doctrine”, 2003.
- BAINBRIDGE, S. M.: “Caremark and enterprise risk management”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper*, nº 09-08, 2009.
- BAINBRIDGE, S. M.: *Corporate Law*, 3ª, West Academic, St. Paul, 2015.
- BAINBRIDGE, S. M.: “The Board of Directors as Nexus of Contracts”, *Iowa L. Rev.*, vol. 88, 2002.
- BAINBRIDGE, S. M.; LOPEZ, S.; OKLAN, B.: “The Convergence of Good Faith and Oversight”, *UCLA L. Rev.*, vol. 55, 2007.
- BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, *North Carolina Law Review*, vol. 91, 2013.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Actualidad político criminal del Derecho Penal Económico en España”, en ARROYO ZAPATERO, L.; TIEDEMANN, K.: *Estudios de derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista penal*, nº 1, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “La Constitución económica española y el derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Madrid, 1983.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 3, 1980, Facultad de

Derecho.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Política criminal y reforma penal: delitos patrimoniales económicos", en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESSE, S.: *Derecho penal económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010.
- BALOTTI, R. F.; FINKELSTEIN, J. A.: *The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, Aspen Publishers Online, New York, 1999.
- BARBERO SANTOS, M.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Doctrina Penal*, nº 35, 1986.
- BARDON BOLEA, C.: "El delito de corrupción privada", *InDret*, nº 2, 2013.
- BAUTISTA ORTUÑO, R.; MIRÓ LLINARES, F.: "¿Por qué algunos siempre incumplen?: Infractores y multi-infractores en seguridad vial", *InDret*, nº 4, 2015.
- BECK, U.: "La política de la sociedad de riesgo", *Estudios demográficos y urbanos*, vol. 13, nº 3, 1998.
- BENTHAM, J.: "A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *W. Harrisson ed.*, vol. 24, nº 4, 1948.
- BENYAMIN, B.: "Foreign Corrupt Practices Act.", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 53, 2016.
- BERISTAIN IPIÑA, A.: *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Derecho penal comparado. La definición del*

- delito en los sistemas anglosajón y continental. (Spanish)*, Ariel-Libros Jurídicos, Barcelona, 2011.
- BIERCE, A.: *The Devil's Dictionary: The collected works of Ambrose Bierce*, Vol. VII, Neale, New York, 1911.
- BINDING, K.: "Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 1: Normen und Strafgesetze, 4", *Auflage*, Leipzig, 1922.
- BISHOP, I.; BERNSTEIN, D.; CARSON, L.; MOORE, W.; FISHER, B.; FITZPATRICK, E.; Y OTROS: "Global Anti-Corruption Insights Update on Recent Enforcement, Litigation, and Compliance Developments", *Arnold & Poter*, 2016.
- BLACKSTONE, W.: "Commentaries 476", *The Shadow Regulatory State Civil Justice Report*, vol. 14, 2012.
- BLAIR, M. M.: "Corporate Personhood and the Corporate Persona", *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2013.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- BLASCO PELLICER, A. A.: *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BLOCK, D.; PRUSSIN, H.: "The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?", *The Business Lawyer*, 1981.
- BOLEA BARDON, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BOOZANG, K.: "Responsible Corporate Officer Doctrine: When is Falling down on the Job a Crime", *Louis UJ Health L. & Pol'y*,

- vol. 6, 2012.
- BOSCH, N.: *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2002.
- BRAITHWAITE, J.: "Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control", *Michigan law review*, vol. 80, n° 7, 1982.
- BRANSON, D.: "Intracorporate Process and the Avoidance of Director Liability", *Wake Forest L. Rev.*, 1989.
- BREWER III, O.: "Corporate Directors' Liability for Resisting an Offer: Proposed Substantive and Procedural Modifications of Existing State Fiduciary Standards", *Vand. L. Rev.*, 1979.
- BRICKEY, K. F.: *Corporate and white collar crime: selected cases, statutes and documents supplement*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2011.
- BRICKEY, K. F.: "Corporate criminal accountability: a brief history and an observation", *Wash. ULQ*, vol. 60, 1982.
- BRICKEY, K. F.: "Corporate Criminal Liability", *Clark Boardman Callaghan*, vol. 1, 1992, New York.
- BRICKEY, K. F.: "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses--Another View", *Vand. L. Rev.*, vol. 35, 1982.
- BRICOLA, F.: "Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 4, 1970.
- BRODSKY, E.; ADAMSKI, M. P.: *Law of Corporate Officers and Directors: Rights, Duties, and Liabilities*, 5<sup>a</sup> ed., Callaghan, Minnesota, 2013.
- BRUNER, C.: "Is the Corporate Director's Duty of Care a Fiduciary Duty-Does It Matter", *Wake Forest L. Rev.*, vol. 48, 2013.
- BRYER, D.: "Culpability of Corporate Officers under the Clawback

- Provision of Sarbanes-Oxley in a Post-Jenkins World, The", *J. Bus. & Sec. L.*, vol. 12, 2011.
- BUENO ARÚS, F.: "A propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (una nota ecléctico-ácrata).", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 72, 2007.
- BURNS, A.; GIERINGER, F.; MCALEER, D.; MIRABAL, M.: "Environmental crimes", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 50, 2013.
- BYRD, B. S.: "Wrongs and Attribution: Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction", *Wayne Law Review*, vol. 33, 1987.
- CARLSMITH, K. M.; DARLEY, J. M.; ROBINSON, P. H.: "Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment", *Journal of personality and social psychology*, vol. 83, 2, 2002.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CARY, W. L.; EISENBERG, M. A.: *Cases and Materials on Corporations*, 6<sup>a</sup> ed., Ed. The Foundation Press, New York, 1988.
- CASTAÑO DUQUE, G.: "Teoría de la agencia y sus aplicaciones", *Decisión Administrativa*, nº 1, 1999.
- CASTRO DE CIFUENTES, M.: "La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano", *Revista de Derecho Privado*, 1, 1986, Bogotá.
- CAVAIOLA, A.; WUTH, C.: *Assessment and treatment of the DWI offender.*, Haworth, New York, 2002.
- CEREZO MIR, J.: "Autoría y participación en el Código penal vigente

- y el futuro Código penal”, en DEL MISMO: *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982.
- CHANDLER, W.; STRINE, L.: “The New Federalism of the American Corporate Governance System: Preliminary Reflections of Two Residents of One Small State”, *University of Pennsylvania Law Review*, 2003.
- CIGÜELA SOLA, J.: “El injusto estructural de la organización”, *InDret*, nº 1, 2016.
- CIGÜELA SOLA, J.: *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- CLARK, R. C.: *Corporate Law*, Boston/Toronto, 1986.
- CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, Collier Mac Millan, London, 2005.
- CLINARD, M. B.; YEAGER, P. C.: *Corporate Crime*, Collier Mac Millan, London, 1980.
- CODERCH, P. S.: “Causalidad y responsabilidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2002, Universitat Pompeu Fabra.
- CONESA, F.; NUBIOLA, J.: *Filosofía del lenguaje*, Herder, Barcelona, 1999.
- CONLEY, J.; WILLIAMS, C.: “The corporate social responsibility movement as an ethnographic problem”, *UNC Legal Studies Research Paper*, nº 1285631, 2008.
- COOTER, R.; FREEDMAN, B.: “The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences”, *NYUL Rev.*, vol. 66, 1991.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia* [ie

- delincuencia] y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M.: "Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos : teorización", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, M.: "Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña Del Mar*, nº 8, 2012.
- COX, J. D.; HAZEN, T. L.: *The Law of Corporations*, Thomson/West, New York, 2010.
- COZIAN, M. C.; VIANDIER, A. V.; DEBOISSY, F. D.: *Droit des sociétés*, Ed. LexisNexis, Francia, 2006.
- CRANE, M.: "Commentary: The Due Process Considerations in the Imposition of Corporate Liability", *N. Ill. UL Rev.*, vol. 1, 1980.
- CRUZ, N. M.; PÉREZ, V. M. M.; BARAHONA, J. J. H.: "Implicaciones de la organización interna sobre la eficiencia: la aplicación de la teoría de la agencia y la metodología DEA a las ONGD españolas", *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, nº 40, 2009.
- CUADRADO RUIZ, M.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿ un paso hacia atrás?", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007.
- CUADRADO RUIZ, M. Á.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario :análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CUERDA RIEZU, A.: "Estructura de la autoría en los delitos dolosos,

- imprudentes y de omisión en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XLV, 1992.
- CULLEN, F.; CAVENDER, G.; MAAKESTAD, W.; BENSON, M.: *Corporate crime under attack: The fight to criminalize business violence*, 2ª ed., Routledge, Londres, 2014.
- DAN-COHEN, M.: “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984.
- DANN, M.: “Die Bestechung ausländischer Amtsträger im Bannkreis des FCPA”, en KUBICIEL, M.; HOVEN, E.: *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016.
- DANNECKER, G.: “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista penal*, nº 7, 2001.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M.: *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DAVIES, P.: *Introduction to Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2010.
- DECKER RICHARDT; ROBERT LOGIE, S. W.: “Perceptual deterrence among active residential burglars: A research note”, *Criminology*, vol. 31, nº 1, 1993.
- DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2008.
- DESDENTADO BONETE, A.; DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión", *Nuevo foro penal*, nº 83, 2014.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Delincuencia organizada", *Harlax: Revista técnica del Ertzaina*, nº 16-17, 1996.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas: consideraciones críticas", *Nuevo foro penal*, nº 76, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", *Nuevo foro penal*, vol. 3, nº 71, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica", en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa", *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 843, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Prevención de la delincuencia empresarial", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12,

2012.

DOYLE, C.: "Corporate Criminal Liability : An Overview of Federal Law", *Congressional Research Service Report*, 2013, Washington, D. C.

DRESSLER, J.: *Understanding criminal law*, LexisNexis Matthew Bender, New York, 2006.

DUBBER, M. D.: "The promise of German criminal law: A science of crime and punishment", *German Law Journal*, nº 9, 2005.

DUBBER, M. D.: "Theories of crime and punishment in German criminal law", *The American journal of comparative law*, vol. 53, nº 3, 2005.

DUBBER, M. D.; HÖRNLE, T.: *Criminal law: a comparative approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

EASTERBROOK, F.; FISCHER, D.: "The corporate contract", *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989.

EASTERBROOK, F. H.; FISCHER, D. R.: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1991.

EISENBERG, M. A.: "Self-Interested Transactions in Corporate Law", *J. Corp. L.*, vol. 13, 1987.

EISENBERG, M. A.: "The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law", *Fordham L. Rev.*, vol. 62, nº 3, 1993, Nueva York.

EISENBERG, M. A.: "The Duty of Care of Corporate Directors and Officers", *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 945, nº 51, 1990.

EISENBERG, M. A.: "The duty of good faith in corporate law", *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31, nº 1, 2006.

ELKINS, J.: "Corporations and the criminal law: An uneasy alliance", *Ky. Lj*, vol. 65, 1976.

- EMANUEL, S.: *Corporations*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2009.
- EMANUEL, S.: *Criminal Law*, 6ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007.
- ESTEBAN VELASCO, G.: "La administración de las sociedades de capital.", *Revista de Derecho de sociedades*, nº 36, 2011.
- ESTEVAN DE QUESADA, C.: "El problema del insider trading. Materiales para la reflexión", *Revista general de derecho*, nº 615, 1995.
- ESTRADA, J.: "Insider trading: regulation or taxation?", *Swiss Review of Business Law*, nº 5, 1994.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas", *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 40, 2007.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: "La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997", en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", *InDret*, nº 3, 2015.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012.

- FERNÁNDEZ ATELA, G.: "Insider trading: evolución, doctrina y regulación en los Estados Unidos de América", *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, nº 31, 1988.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; GARCÍA-PITA PEMÁN, D.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria", *J & AGarrigues Abogados*, vol. 1, 1996.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. L.; LUNA SOTORRIO, L.: "La revelación de información social: análisis empírico de la información divulgada a través de internet por las empresas del Ibex-35", *Análisis Financiero*, nº 116, 2004.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: "Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010", *Revista de Derecho Penal*, 31, 2010.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: "Las Personas Jurídicas En El Código Penal Español ( Una Visión Crítica )", *Revista jurídica de Castilla y León*, 25, 2011.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: "La responsabilidad penal de los dirigentes, representantes de la persona jurídica o de quienes ostentan facultades de organización y control de la misma", en CORTÉS BECHIARELLI, E./ DE LA MATA BARRANCO, A.J.P.: *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista P Revista Penal*, nº 1, 1997.
- FINN, C. H.: "Responsible Corporate Officer, Criminal Liability, and Mens Rea: Limitations on the RCO Doctrine, The", *Am. UL*

- Rev.*, vol. 46, 1996.
- FISCHEL, D. R.: "The Business Judgment Rule and the Trans Union Case", *The Business Lawyer*, vol. 40, 4, 1985.
- FISSE, W.: "The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility", *Adel. L. Rev.*, vol. 6, 1981.
- FLETCHER, G. P.: *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- FLETCHER, G. P.: *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York/London, 1979.
- FLETCHER, W. M.; JONES, B.: *Fletcher cyclopedia of the law of corporations*, Thomson/West, New York, 1931.
- FRANCIS, J.: "Criminal Responsibility of the Corporation", *Ill. LR*, vol. 18, 1923.
- FRANKE, E.: "Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz", *Festschrift für Blau zum*, vol. 70, 1985.
- FRANKEL, T.: *Fiduciary law*, Oxford University Press, New York, 2011.
- FRENCH, P. A.: *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, New York, 1984.
- FRIED, J.; SHILON, N.: "Excess-pay clawbacks", *J. Corp. L.*, vol. 36, 2011.
- FRIEDMAN, L. : *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- FRISCH, W.: "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la

- división de trabajo”, en MIR, S.; LUZÓN PEÑA, D.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto.*, Bosch, Barcelona, 1996.
- GALLEGO SOLER, N.: “Administración desleal (art. 252)”, en CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GALLOGLY, T.: “Enforcing the Clawback Provision: Preventing the Evasion of Liability Under Section 954 of the Dodd-Frank Act”, *Seton Hall L. Rev.*, vol. 42, 2012.
- GANS, D. H.; KENDALL, D. T.: “A capitalist Joker: The Strange Origins, Disturbing Past, and Uncertain Future of Corporate Personhood in American Law”, *J. Marshall L. Rev.*, vol. 44, 2011.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1992.
- GARCÍA ARÁN, M.: *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico, Universidad de A Coruña, 1998.
- GARCÍA BENAÚ, M.; MONTERREY MAYORAL, J.: “La revelación voluntaria en las compañías españolas cotizadas en bolsa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 22, nº 74, 1993.
- GARCÍA CAVERO, P.: *Derecho penal económico: Parte General*, 2ª ed., ARA, Lima, 2007.
- GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- GARNER, B. A.; BLACK, H. C.: *Black's law dictionary*, Thomson/West,

- St. Paul, 2004.
- GARRETT, B. L.: "The Corporate Criminal as Scapegoat", *Virginia Public Law and Legal Theory*, vol. 7, 2015.
- GARRETT, B. L.: "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", *Virginia Law Review Online*, nº 19, 2016.
- GEIS, G.: "Criminal penalties for corporate criminals", *Criminal Law Bulletin*, vol. 8, 1972.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006.
- GOENA VIVES, B.: "Criminal Sanctions for Corporations in Spain", *ZIS*, nº 4, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?", *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas*, The Global Law Collection, Aranzadi, 2006.
- GÓMEZ INIESTA, D. J.: *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1997.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: "Compliance y Derechos de los trabajadores", en KUHLEN; KUDLICH; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una

- distinción necesaria”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S.: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO, M.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “La futura responsabilidad de las personas jurídicas: ¿servirá para colmar las lagunas de punibilidad?”, *Economist & Jurist*, vol. 17, nº 140, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V.; NAVARRO MASSIP, J.: “La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., VICENTE REMESAL, F. J.; PEÑARANDA RAMOS, E.; BALDÓ LAVILLA, F.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; Y OTROS: “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989”, *Poder Judicial*, nº 27, 1992.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 4, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “El modelo español de responsabilidad

- penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (COORD.), / BARONA VILAR, S. (COORD.), CALDERÓN CUADRADO, M. (COORD.): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXIX, 1995.
- GÓRRIZ ROYO, E. M.: *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GRACIA MARTÍN, L.: “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18-05, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo I, Teoría General*, Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- GRACIA MARTÍN, L.: “Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal”, 2006, Atelier Libros, Barcelona.
- GRASMICK, H.; BRYJAK, G.: “The deterrent effect of perceived severity of punishment”, *Social forces*, vol. 59, nº 2, 1980.
- GRAVER, D.: “Personal Bodies: A Corporeal Theory of Corporate Personhood”, *U. Chi. L. Sch. Roundtable*, vol. 6, 1999.
- GRUNER, R.: *Corporate criminal liability and prevention*, Law Journal

- Press, New York, 2004.
- GUERRA MARTÍN, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, *Thomson-Aranzadi, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades*, nº 20, 2003, Navarra.
- GURULE, J.: “Jimmy Gurule Delivered the Opening Address at the Asian Banker Conference in Singapore”, en *The Asian Banker Financial Crime 360. Preventing Financial Crime and Preempting Crises with Superior Compliance Capabilities*, 2015.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E.: “La figura del compliance officer. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, *Diario la Ley*, vol. 11, 2015.
- HAGER, M. M.: “Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 50, 1988.
- HAMILTON, R. W.: *The Laws of Corporations*, 5ª ed., West Group, New York, 2000.
- HAMILTON, R. W.; FREER, R. D.: *The law of corporations in a nutshell*, Thomson/West, New York, 2011.
- HANSEN, C.: “The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *The Business Lawyer*, 1993.
- HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R.: “Organizational law as asset partitioning”, *European Economic Review*, vol. 44, 2000.
- HARRIS, L.: *Mastering corporations and other business entities*, Carolina Academic Press, Durham, 2009.
- HARRIS, R.: “Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British

- Political Pluralism and American Big Business, The Symposium: Understanding Corporate Law through History”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 63, 2006.
- HART, H. L. A.: *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law.*, Oxford University Press, New York, 1995.
- HART, W. G.: “The Development of the Rule in Keech v. Sandford”, *L. Quart. Rev.*, vol. 21, 1905.
- HASNAS, J.: “The centenary of a mistake: One hundred years of corporate criminal liability”, *American Criminal Law Review*, vol. 46, 2009.
- HEIDEGGER, M.: *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1927.
- HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 1995.
- HENN, H. G.: *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, 2<sup>a</sup> ed., West Pub. Co., New York, 1970.
- HENN, H. G.; ALEXANDER, J. R.: *Laws of corporations and other business enterprises*, 3<sup>a</sup> ed., West Academic, New York, 1983.
- HILL, C. A.; MCDONNELL, B. H.: “Reconsidering Board Oversight Duties After the Financial Crisis”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 1163, nº 2010, 2013.
- HINESTROSA, F.: *La representación*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2008.
- HIRSCH, A. VON; BOTTOMS, A.; BURNEY, E.; WIKSTRÖM, P.-O.: “Criminal Deterrence and sentence severity: An analysis of recent research”, *Oxford: Hart Publishing*, nº 2, 1999.
- HORMAZABAL MALAREE, H.: “Los delitos socioeconómicos, el bien

- jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995.
- HORWITZ, M.: “Santa Clara revisited: The development of corporate theory”, *W. va. l. rev.*, vol. 88, 1985.
- HORWITZ, M.: *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, London, 1977.
- HOVENKAMP, H.: “The First Great Law & Economics Movement”, *Stanford Law Review*, vol. 42, nº 4, 1990.
- HRUSCHKA, J.: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- HRUSCHKA, J.: “Imputation”, *BYU L. Rev.*, vol. 1986, 1986.
- HRUSCHKA, J.: “Introducción: sobre la imputación”, en DEL MISMO: *Imputación y derecho penal estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en DEL MISMO: *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 47, Ministerio de Justicia, 1994.
- HUDDLESTON, T.: “Say on Pay in the Dodd- Frank Act: Implications on the Results in the United Kingdom”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 11, nº 2, 2012.
- HUERTA TOCILDO, S.: “Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980”, *Cuadernos de política criminal*, nº 15, 1981, Instituto Universitario de Criminología.

- HUGGER, H.; PASEWALDT, D.: *Strafverfolgung und interne Untersuchungen bei Korruptionsverdacht-Entwicklungen und Tendenzen in den USA, Großbritannien und Deutschland*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016.
- HUMBACH, J.: "Director Liability for Corporate Crimes: Lawyers as Safe Haven?", *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010.
- IGLESIAS CABERO, M.: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: Real Decreto 1382/1985, de 1 de Agosto*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991.
- JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, G.: *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991.
- JAKOBS, G.; POLAINO-ORTS, M.: *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Grijley, Lima, 2009.
- JAMISON, E. M.: "The Juxtaposition of Corporate Social Responsibility Initiative and the Pursuit of Corporate Wealth Maximization", *Wayne L. Rev.*, vol. 57, 2011.
- JOH, E.; JOO, T.: "Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime, The", *Va. L. Rev. Online*, vol. 51, 2015.
- JOHNSON, L.: "Law and legal theory in the history of corporate responsibility: corporate personhood", *Seattle University law review*, vol. 35, 1135, 2012.
- JOHNSON, L.: "Unsettledness Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose", *Del. J. Corp. L.*, vol. 38, 2013.
- JUSTE MENCÍA, J.: *Factor de comercio, gerente de empresa, director*

- general: estudio jurídico mercantil*, Publicac. Real Colegio de España, Zaragoza, 2002.
- KAAL, W. A.; PAINTER, R. W.: "Initial Reflections on An Evolving Standard: Constraints on Risk Taking by Directors and Officers in Germany and the United States", *Seton Hall L. Rev.*, vol. 40, 2010.
- KAHAN, M.; ARLEN, J.: "Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution", *NYU School of Law, Public Law Research*, nº 16-04, 2016.
- KAPLAN, M. E.; PALEY, A. H.; TUTTLE, J. R.: "SEC Enforcement Actions Getting Up Close and Personal", *Journal of Investment Compliance*, vol. 17, 2016.
- KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Dapalma, Buenos Aires, 1977.
- KELLY, M.; MANDELBAUM, R.: "Are the Yates Memorandum and the Federal Judiciary's Concerns about Over-Criminalization Destined to Collide", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 53, 2016.
- KENNY, C. S.: *Esquisse du Droit Criminel anglais*, Marcel Giard ed., Paris, 1921.
- KINDHÄUSER, U.: "El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2008.
- KLEIN, W. A.; COFFEE, J. C.: *Business organization and finance: legal and economic principles*, 9ª ed., Editorial Foundation Press, Estados Unidos de América, 2004.
- KNAUER, C.: *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, CH Beck, Munich, 2001.

- KNEPPER, W. E.; BAILEY, D. A.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, 7<sup>a</sup> ed., Lexis Nexis, USA, 2008.
- KOCAOGLU, K.: "A Comparative Bibliography: Regulatory Competition on Corporate Law", *Georgetown University Law Center Working Paper*, 2008, Georgetown.
- KOCHAN, D. J.: "Corporate Social Responsibility in a Remedy-Seeking Society: A Public Choice Perspective", *Chap. L. Rev.*, vol. 17, 2014.
- KÖHLER, M.: *Strafrecht: allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg/NewYork, 1997.
- KRANNICH, J.: "The Corporate Person: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation", *Loy. U. Chi. L.J.*, vol. 37, 2005.
- KRAUSE, J.: "Reflections on Certification, Interpretation, and the Quest for Fraud That 'Counts' under the False Claims Act", *University of Illinois Law Review*, *Forthcoming*, 2016.
- KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.
- KUSHNER, A.: "Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine Outside the Public Welfare Context", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 18, 2007.
- LAFAVE, W. R.: *Criminal law*, 3<sup>a</sup> ed., West Publishing Co., Saint

- Louis, Minn, 2000.
- LAFAVE, W. R.: *LaFave's Criminal Law*, 5ª ed., West Publishing Co., Saint Louis, Minn, 2010.
- LAFAVE, W. R.; SCOTT, A. W.: *Handbook on criminal law*, West Publishing Company, Saint Louis, Minn, 1972.
- LANGEVOORT, D. C.: "Seeking sunlight in Santa Fe's shadow: The SEC's pursuit of managerial accountability", *Wash. ULQ*, vol. 79, 2001, HeinOnline.
- LARDO, A.: "2003 Extradition Treaty between the United States and United Kingdom: Towards a Solution to Transnational White Collar Crime Prosecution, The", *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 20, 2006.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: "Fundamento y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- LAUFER, W. S.: "Compliance and Evidence: Glimpses of Optimism from a Perennial Pessimist", en *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 2016.
- LAUFER, W. S.: "Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability", *Business Ethics Quarterly*, vol. 18, 3, 2008.
- LAWLER III, W. E.; KEENEY, J.: "DOJ's Yates Memorandum: Focus Enforcement Efforts on Individuals", *Def. Counsel J.*, vol. 83, 2016.
- LEIGH, L. H.: *The Criminal Liability of Corporations in English Law*,

- Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1969.
- LESCH, H. H.: *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999.
- LIPSON, J.: "Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation", *UCLA Law Review*, vol. 50, 2003.
- LOCHNER, L.: "Individual perceptions of the criminal justice system", *American Economic Review*, vol. 97, nº 1, 2007.
- LÓPEZ GARCÍA, S.; ROBLEDO HERNÁNDEZ, R.: "El administrador de los antiguos patrimonios agrarios según la teoría de la agencia", *Artículos del Departamento de Economía e Historia Económica*, vol. 63, 2004.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M.; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. nº 8, 1998.
- LYNCH, G.: "The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct", *Law and Contemporary Problems*, vol. 60, nº 3, 1997.
- MACHEN, A.: "Responsibility for Crime by Corporations", *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York: The Reform of the Criminal Law and Procedure*, vol. 1, nº 4, 1911.
- DE MAGLIE, C.: *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Paris, 2002.
- MAMBRILLA RIVERA, V.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en *Derecho de*

- sociedades anónimas cotizadas:(estructura de gobierno y mercados)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MANNING, B.: “Reflections and practical tips on life in the boardroom after Van Gorkom”, *The Business Lawyer*, 1985.
- MANNING, B.: “The Business Judgment Rule and the Director’s Duty of Attention: Time for Reality”, *The Business Lawyer*, 1984.
- MAÑALICH RAFFO, J. P.: “Bases para una teoría comparativa del hecho punible”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 75, 2006.
- MARRERO, J. M.: “Off Label Promotion of Pharmaceutical Drugs Under the Caronia and Amarin Cases”, *Journal of Health Care Finance*, vol. 43, nº 1, 2016.
- MARTÍ, E. G.: “Características del poder y la rentabilidad en una almazara cooperativa: Teoría de agencia versus teoría del servidor”, *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, nº 83, 2004, Asociación de Estudios Cooperativos AECOOP.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESSE, S.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ BAVIÈRE, J.: *Concepto y fundamentos de la Responsabilidad*

- Jurídica, trabajo académico dirigido por el Prof. Dr. D. Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, Inédito, 1997.*
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: “El «status quaestions» sobre el «insider trading» en el Derecho federal de los Estados Unidos”, *Revista de derecho mercantil*, nº 202, 1991.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “La relación de trabajo especial de alta dirección”, *Colección estudios*, nº 11, 1993.
- MASCAREÑAS, J.: “La estructura de capital óptima”, *Universidad Complutense de Madrid*, 2008, Madrid.
- MATSUEDA, R. L.; KREAGER, D. A.; HUIZINGA, D.: “Deterring Delinquents: A Rational Choice Model of Theft and Violence”, *American Sociological Review*, vol. 71, 1, 2006.
- MAYER, C.: “Personalizing the impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, *Hastings Lj*, vol. 41, 1989.
- MCKEE, M. E.; ROBERTS, W. E.: “Minding Your Own Business”, *J. Mo. B.*, vol. 68, 2012.
- MCMURRAY, M.: “An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule”, *Vand. L. Rev.*, nº 40, 1987.
- MEINI MÉNDEZ, I.: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 52, 1999.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Auxiliares del empresario”, en AA.VV.: *Liber amicorum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Civitas, Madrid, 2003.
- METZGER, M. B.: “Corporate Criminal Liability for Defective Products: Policies, Problems, and Prospects”, *The Georgetown*

- Law Journal*, vol. 73, 1984.
- MILGROM, P.; ROBERTS, J.; JIMENO, E.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1993.
- MILLER, C. D.: "The Fiduciary Duties of a Corporate Director", *U. Balt. L. Rev.*, vol. 4, 2, 1975.
- MINGUELL ELEIZALDE, B.: "La información privilegiada", en MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J.; ALONSO UREBA, A.: *Instituciones del mercado financiero*, Sopec, Barcelona, 1999.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004.
- MIR PUIG, S.: "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 5, 2003.
- MIR PUIG, S.: "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 6, 2004.
- MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
- MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.
- MIRÓ LLINARES, F.: "Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (I) Tipo objetivo", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: "Derecho penal económico-empresarial y

- evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (II) Tipo subjetivo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) Intervención delictiva”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, *Cuadernos de política criminal*, nº 113, 2014.
- MIRÓ LLINARES, F.: “Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en MIRÓ LLINARES, F.; POLAINO-ORTS, M.: *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva.”, en MIRÓ LLINARES, F.; POLAINO-ORTS, M.: *La imputación penal a debate una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Lima. Perú, 2010.
- MIRÓ LLINARES, F.; BAUTISTA ORTUÑO, R.: “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, 2013.
- MITCHELL, L.: “Deferred Corporate Prosecution as Corrupt Regime:

- The Case for Prison”, *Case Legal Studies Research Paper*, nº 2015-06, 2015.
- MOISEIENKO, A.: “Book review: crime by Robert Reiner”, *LSE Review of Books*, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 53, nº 1, 2000.
- MONROE, J. G.; GOWER, L. C. B.: “The Principles of Modern Company Law”.
- MONROY ANTÓN, A.: “Estudio comparado de las diferentes legislaciones sobre el delito de abuso de información privilegiada: La Directiva Comunitaria 2003/6/CE”, *Derecho & empresa: revista de estudios jurídicos y de empresa*, nº 2, 2005.
- MONTES ÁLVARO, A.: “El delito de información privilegiada y su distinción de otras figuras afines”, *Estudios jurídicos*, nº 2004, 2004, 2004.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El trabajo en la literatura y el arte*, Civitas, Madrid, 1995.
- MOORE, M. S.: *Placing Blame a General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- MORA ENGUIDANOS, A.: “El contenido informativo de los datos contables para las decisiones de inversión”, 1993, Universitat de València.
- MOSKIN, M.: “Trans Union: A Nailed Board”, *Del. j. corp. l.*, 1985.
- MUELLER, G. O. W.: “Mens Rea and the Corporations - A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 19, 1957.

- MULLIKIN, N.: "Comments. Holding the Responsible Corporate Officer Responsible: Addressing the Need for Expansion of Criminal Liability for Corporate Environmental Violators", *Golden Gate U. Envtl. L.J.*, vol. 3, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F.: "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F.: "Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal", *Revista Penal*, vol. 5, 5, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F.: "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", *Revista Penal*, nº 9, 2002.
- NAGIN, D. S.: "Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century", *Crime and Justice*, vol. 23, 1998.
- NAGIN, D. S.; POGARSKY, G.: "Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: Theory and evidence", *Criminology*, vol. 39, 4, 2001.
- NAGLER, J.: *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903.
- NAUCKE, W.: "Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 85, 2, 1973.
- NIETO MARTÍN, A.; ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A.: "El artículo 31 bis del Código Penal y las

- reformas sin estreno", *Diario La Ley*, 8248, 2014.
- NIETO MARTÍN, A.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal", *Nueva Doctrina Penal*, 1, 2008.
- NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel Editorial, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", *Revista Xurídica Galega*, 63, 2009.
- NIETO MARTÍN, A.: "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa: Social responsibility, Corporate and governance and Self-Regulation; its influence in Corporate criminal law", *Política Criminal*, 5, 2008.
- NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- O'CONNOR, M.: "How Should We Talk about Fiduciary Duty-Directors' Conflict-of-Interest Transactions and the ALI's Principles of Corporate Governance", *Geo. Wash. L. Rev.*, nº 61, 1992.
- O'HARE, J.: "Director Communications and the Uneasy Relationship Between the Fiduciary Duty of Disclosure and the Anti-Fraud Provisions of the Federal Securities Laws", 2002.
- O'KELLEY, C.: "Coase, Knight, and the Nexus-of-Contracts Theory of the Firm: A Reflection on Reification, Reality, and the Corporation as Entrepreneur Surrogate", *Seattle University Law Review*, vol. 35, 2012.

- O'KELLEY, C.: "The Constitutional Rights of Corporations Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after First National Bank v. Bellotti", *Georgetown Law Journal*, vol. 67, 1979.
- OBERMAIER, O. G.; MORVILLO, R. G.: *White Collar Crime: Business and Regulatory Offenses*, ALM, New York, 1990.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Repercusión de la 'responsabilidad por el producto' en los principios garantizadores y la dogmática penales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006.
- OLMEDO CARDENETE, M.: "Comentario a los artículos 27, 28 y 29", en COBO DEL ROSAL, M.: *Comentarios al Código penal, t. III. Art. 24 a 94*, Edersa, Madrid, 1999.
- OMAN, N.: "Corporations and Autonomy Theories of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria", *Denv. UL Rev.* 101, 2005.
- ORALLO PANIZO, S.: *Persona jurídica y Acción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, 1975.
- ORIO LLEBOT MAJÓ, J.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- ORLAND, L.: "Reflections on corporate crime: law in search of theory and scholarship", *Am. Crim. L. Rev.*, vol. 17, 1979.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho: ¿es posible la disuadición?", en DEMETRIO CRESPO, E.: *Crisis financiera y Derecho penal económico*,

- Edisofer, Madrid, 2014.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Ni catástrofe ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Boletín de Estudios Económicos*, vol. XIX, nº 211, 2014.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)”, en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MATÍN, V.: *Responsabilidad de la empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: “Too much of a good thing? Marcus Felson, la Teoría de las Actividades Cotidianas y la delincuencia de cuello blanco”, en MIRÓ LLINARES, F.: *Crimen, oportunidad y vida diaria*, Dykinson, Madrid, 2014.
- OXMAN, N.: “Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón”, *Ius et Praxis*, vol. 19, 1, 2013.
- PADFIELD, S.: “Rehabilitating Concession Theory”, *Okla. L. Rev.*, nº 12-13, 2013.
- PAGNATTARO, M.; GREENE, S.: “«Say on Pay»: The Movement to Reform Executive Compensation in the United States and European Union”, *Northwestern Journal of International*, vol. 31, 2011.
- PALMITER, A. R.: *Corporations : Examples and Explanations*, 5th, Aspen Law Publishers, New York, 2006.
- PARDO, J. E.: *Autorregulación: génesis y efectos*, Editorial Aranzadi,

Pamplona, 2002.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “&quot;Riesgos normales&quot; y &quot;riesgos excepcionales&quot;. Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, vol. 2*, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1998.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, nº 11, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

PATERNOSTER, R.: “How much do really know about criminal deterrence?”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, nº 3, 2010.

PAWLIK, C.: “Verbot von Insidergeschäften”, *Kölner Kommentare zum*, vol. 14, 2008.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. Sáenz García de Albizu”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Madrid, 2007.

PEINADO GRACIA, J. I.; VALENZUELA GARACH, F.: “La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores: Especial consideración de las disciplinas

- CEE y española”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 81, 1991, Wolters Kluwer.
- PÉREZ, G. R.: “Factores explicativos de la revelación voluntaria de información sobre fuentes de ventaja competitiva empresarial”, *Revista Espanola de Financiacion y Contabilidad*, vol. 33, nº 122, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista penal*, nº 9, 2002.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: “Introducción al Derecho penal económico”, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2005.
- PETRIN, M.: “Circumscribing the Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite— A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine”, *Temp. L. Rev.*, vol. 84, 2011.
- PETRIN, M.: “Reconceptualizing the Theory of the Firm — From Nature to Function”, *Penn St. L. Rev.*, vol. 118, 2013.
- PETRIN, M.: “The Curious Case of Directors’ and Officers’ Liability for Supervision and Management: Exploring the Intersection of Corporate and Tort Law”, *American University Law Review*, vol. 59, 2010.
- PIETRANTON, E.: “One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply to Corporations”, *JL & Com.*, vol. 30, 2012.
- PINTO, A.; BRANSON, D.: *Understanding Corporate Law*, LexisNexis Matthew Bender, Dayton, 2009.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I.: “Consideraciones sobre la vigencia del

- principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I.: *La estructura del delito en el ámbito jurídico del «common-law»*, Comares, Granada, 2002.
- PIQUERO, A. R.; POGARSKY, G.: “Beyond Stafford and Warr’s reconceptualization of deterrence: Personal and vicarious experiences, impulsivity, and offending behavior”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 39, 2, 2002.
- PODGOR, E. S.; ISRAEL, J. H.: *White collar crime in a nutshell*, 5ª ed., West Academic, New York, 2015.
- POLAINO-ORTS, M.: *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2016.
- POLAINO-ORTS, M.; CARO JOHN, J. A.: *Derecho penal funcionalista: aspectos fundamentales*, Editorial Flores, Azcapotzalco, México, 2009.
- POLAINO-ORTS, M.; POLAINO NAVARRETE, M.; JAKOBS, G.: *El derecho penal ante la criminalidad de núcleo duro. Una respuesta desde el Estado de derecho*, vol. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.
- POLLMAN, E.: “Reconceiving Corporate Personhood”, *Utah L. Rev.*, vol. 2011, 2011.
- PORTELLANO DÍEZ, P.: *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.
- POSNER, E.: “Agency Models in Law and Economics. The Coase Lecture Winter 2000”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, nº 92, 2000.

- PRADO, L. R.: "La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 57, nº 3, 2000.
- PRIETO DEL PINO, A. M.: "Uso de información privilegiada en el mercado de valores", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, 2006.
- PUPPE, I.: "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2006.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: "La responsabilidad de los administradores concursales", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 7, 2007.
- QUINTANAR DÍEZ, M.: *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESEJ Centro de Estudios, Madrid, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en QUINTERO OLIVARES, G.; VALLE MUÑIZ, P.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RADIN, S. A.; BLOCK, D. J.; BARTON, N. E.: *The Business Judgment Rule - Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 6ª ed., Aspen Publishers, Alphen aan den Rijn, 2013.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolor y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario De La Lengua Española*, 23ª ed., Espasa, Madrid, 2014.
- RIBAS FERRER, V.: "Los deberes de los administradores", en ROJO FERNÁNDEZ, Á.J.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011.

- RIPKIN, S.: "Corporate First Amendment Rights After Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations", *U. Pa. J. Bus. L.*, vol. 14, 2011.
- ROBINSON, P. H.: "A Functional Analysis of Criminal Law", *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1994.
- ROBINSON, P. H.: *Principios distributivos del derecho penal : a quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBINSON, P. H.: "Rules of Conduct and Principles of Adjudication", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 57, 1990.
- ROBINSON, P. H.: *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- ROBINSON, P. H.: "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best", *Geo. LJ*, vol. 91, 2002.
- ROBLES PLANAS, R.; RIGGI, E. J.: "El extraño artículo 65.3 del Código Penal", *InDret*, vol. 4, 2008.
- ROBLES PLANAS, R.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La responsabilidad en los «delitos especiales».: El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, 2014.
- RODRIGUES, U.: "The fetishization of independence", *J. Corp. L.*, vol. 33, 2007, HeinOnline.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "El deber de diligencia", en ESTEBAN VELASCO, G.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Notas sobre el régimen jurídico del director general de la SA", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Los delitos económicos en el proyecto de Código Penal", *ADPCP*, 1981.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ROSEN, R. E.; FISSE, B.; BRAITHWAITE, J.: "Corporations, Crime and Accountability.", *Contemporary Sociology*, vol. 24, 1995.
- ROTSCH, T.: *Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Nomos-Verlag-Ges., Berlin, 1998.
- ROXIN, C.; CUELLO CONTRERAS, J.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.; COBO DEL ROSAL, M.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- RUIZ ANTÓN, L. : *El agente provocador en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.: "Protección penal del mercado de valores", *Tirant lo Blanch*. Valencia, 1997.
- RUSSELL, I.; STRAUB, I.; HAYES, T.: "New Enforcement Policy Targets Individuals", *Resources & Environment*, vol. 30, nº 4, 2016.
- SAAD-DINIZ, E.; RODRÍGUEZ, V.: "Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial", *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 3, nº 4, 2016.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I.: "Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1999.

- SAIEGH, S.; TOMMASI, M.: *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- SALA, F.; GARCÍA, N.: "Consejeros y administradores sociales", en DACRUZ, B.: *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 1990.
- SALAS FUMÁS, V.; OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, C.: "La teoría de la agencia: Aplicación a las empresas públicas españolas", *Cuadernos económicos de ICE*, nº 22, 1983.
- SALVADOR CODERCH, P.; FERNÁNDEZ CRENDE, A.: "España c. Boliden Apirsa: Comentario a la STS, 3ª, 22.11. 2004", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2005.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "¿Incumbencias en Derecho Penal?.- Depende", *InDret*, nº 1, 2015.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "La imputación al sujeto de sus defectos de imputación", en SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara Editores, Lima, 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación", 2014.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "Las incumbencias como normas de conducta", en ŠILAR; AUGIER, S.: *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009.

- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: "Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias", en LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Administradores y altos directivos [arts. 1.3. c) y 2.1. a)]", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 100, 2000.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: "Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ DE DIOS, M.: "Nueva perspectiva de la responsabilidad política: la teoría de la agencia", *Revista de las Cortes Generales*, vol. nº 67, 2006.
- SARBANES, P.: "Sarbanes-oxley act of 2002", en *The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act. Washington DC: US Congress*, 2002.
- SAVAGE, J.; KŁAWITER, M.: "The Revival of the Responsible Corporate Officer Doctrine", *Health Law.*, vol. 26, 2013.
- SAYRE, F.: "Public welfare offenses", *Columbia Law Review*, nº 55, 1933.
- SCHAAFF JR, P.: "Indirect Criminal Conduct of Corporate Officers-Law in Search of a Fair and Effective Standard of Liability", *Del. J. Corp. L.*, 1988.
- SCHNEEMAN, A.: *The law of corporations and other business organizations*, Cengage Learning, Boston, 2012.

- SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, vol. 86, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- SCHÜNEMANN, B.: "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 55, nº 1, 2002.
- SCHWARTZ, B.; GOODMAN, A. L.: *Corporate governance: law and practice*, LexisNexis, Irvine, 2004.
- SCOTT, A. W.: "The fiduciary principle", *California Law Review*, vol. 37, nº 4, 1949.
- SCOTT, K.: "Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project", *Stanford Law Review*, vol. 35, 1983.
- SEALY, L.: "Fiduciary Relationships", *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, nº 1, 1962.
- SEPINWALL, A.: "Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability", *Colum. Bus. L. Rev.*, vol. 2014, 2014.
- SEPINWALL, A.: "Righting Others' Wrongs: A Critical Look at Clawbacks in Madoff-Type Ponzi Schemes and Other Frauds", *Brooklyn Law Review*, vol. 78, 2012.
- SHEYN, E.: "The Humanization of the Corporate Entity: Changing Views of Corporate Criminal Liability in the Wake of Citizens United", *U. Miami L. Rev.*, vol. 65, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en BACIGALUPO: *Empresa y delito en*

- el nuevo CP*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora”, en VV.AA.: *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La actuación en una empresa como atenuante del delito”, *InDret*, nº 2, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº 1, 2002, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Yates Memorandum”, *InDret*, nº 4, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del Delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.; MIRÓ LLINARES, F.: “Presentación de la obra”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SNOW, T. G.: “The investigation and prosecution of white collar crime: international challenges and the legal tools available to

- address them", *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 21, 209, 2002.
- SPEHL, S.; GRUETZNER, T.; ANCKEN, C.: *Corporate internal investigations: overview of 13 jurisdictions*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2013.
- STEINZOR, R.: "Is Increased Criminal Liability for Regulatory Offenses Justified?", *Environmental Forum*, vol. 33, nº 3, 2016.
- STEVELMAN, F.: "Transparency and Accountability: Rethinking Corporate Fiduciary Law's Relevance to Disclosure", 2009.
- STEVENSON JR, R. B.: "Corporations and Social Responsibility in Search of the Corporate Soul", *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 42, 1973.
- STONE, C. D.: *Where the law ends: The social control of corporate behavior*, 3ª ed., Harper & Row, New York, 1975.
- STOUT, L.: "In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of *Smith v. Van Gorkom* and the Business Judgment Rule", *Nw. UL Rev.*, 2001.
- STRADER, J. K.: *Understanding white collar crime*, 3ª ed., LexisNexis, New York, 2011.
- STRINE, L.; HAMERMESH, L.; BALOTTI, R.: "Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law", *Georgetown Law*, vol. 98, 2010.
- STUNTZ, W.: *The collapse of American criminal justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 2011.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.: "Sobre la tipificación del delito contable en el Derecho Español", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995.
- TAPIA HERMIDA, A.: *El administrador social que trabaja para una*

*sociedad anónima en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios*, McGraw-Hill Interamericana de España, Barcelona, 2002.

TAPIA HERMIDA, A.: “La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

THOMAS, R. S.; PALMITER, A. R.; COTTER, J. F.: “Dodd-frank’s say on pay: Will it lead to a greater role for shareholders in corporate governance?”, *Cornell Law Review*, vol. 97, n.º5.

THOMPSON, L.: “«Oversight of the False Claims Act» testimony by Professor Larry D. Thompson before the US House of Representatives Judiciary Subcommittee on the Constitution”, *Presentations and Speeches*, Paper 43, 2016.

THOMSON, S.: “Liability of directors and agents of corporations”, *S. L. Rev.*, nº 6, 1880.

TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985.

TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 1, Allgemeiner Teil, Hamburg, 1976.

UEBLER, T.: “Shareholder Police Power: Shareholders’ Ability to Hold Directors Accountable for Intentional Violations of Law”, *Delaware Journal of Corporate Law (DJCL)*, vol. 33, 2008.

UHLMAN, R.: “The Legal Status of Corporate Directors”, *BUL Rev.*, vol. 19, 1939.

UHLMANN, D. M.: “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”,

- Maryland Law Review*, vol. 72, nº 4, 2013.
- VACA ACOSTA, R. M.; MORENO DOMÍNGUEZ, M. J.; RIQUEL LIGERO, F.:  
“Análisis de la responsabilidad social coporativa desde tres enfoques: Stakeholders, capital intelectual y teoría institucional”, en AYALA CALVO, J.C.: *Conocimiento innovación y emprendedores Camino al futuro*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2007.
- VACADÍE, M.; MAURICIO, D.: “Autoría Y Dominio Del Hecho En Los Delitos Económicos (Perpetratorship and Domain in Economic Crimes)”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, nº 97, 2013.
- DE VAL TENA, Á. L.: *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.
- VARELLAS, J.: “Transparency, Accountability and Stability in Financial Markets: The Evolving Post-Crisis Anti-Fraud Regime and the Declining? Structural Power of Major Financial”, *28th Annual Meeting*, 2016.
- VARGAS SÁNCHEZ, A.: “Empresas cooperativas, ventaja competitiva y tecnologías de la información”, *Centro Investigación Información Economía Pública Social y Cooperativa, CIRIEC-España*, nº 49, 2004.
- VARGAS SÁNCHEZ, A.; GARCÍA DE SOTO CAMACHO, E.; MORENO DOMÍNGUEZ, M. J.: “La teoría de la agencia versus la teoría del servidor: una aplicación a las sociedades cooperativas agrarias del País de Gales”, *Documento Universidad de Huelva*, 2000.
- VEASEY, E.; MANNING, W.: “Codified Standard—Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law”, *The Business Lawyer*, 1980.

- VEASEY, E. N.; MONGAN, W. F.: "Fiduciary Duties of Directors in Control Contests, in Hostile Battles for Corporate Control 1988: The New Market Environment", *PLI Corp. Law & Practice Course Handbook Series*, 592, 1988.
- VEASEY, E.; SEITZ, J.: "Business Judgment Rule in the Revised Model Act, the Trans Union Case, and the ALI Project-A Strange Porridge", *Tex. L. Rev.*, 1984.
- VEGA GUTIÉRREZ, J.: "El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español (Art. 285 CP)", 2010, Universidad de Alcalá.
- VILLOUTA LOOSLI, B. J.: "Los deberes fiduciarios de los directores en el Estado de Delaware: análisis jurisprudencial y comparado", tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile, Santiago, 2010, disponible en Internet en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/106737> 2010 (última visita, 30 de diciembre de 2016).
- VOGLER, T.: *Zur Bedeutung des [par.] 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, FS Lange, 1976.
- WAGNER, R. E.: "Gordon Gekko To the Rescue?: Insider Trading As a Tool To Combat Accounting Fraud", *University Of Cincinnati Law Review*, vol. 79, 3, 2011.
- WANG, K.: "Valuable Nepotism?: The FCPA and Hiring Risks in China", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 49, nº 3, 2016.
- WARD, R.; WELCH, E. P.; TUREZYN, A. J.: *Folk on the Delaware General Corporation Law*, vol. 2, Aspen Law & Business, 2006.
- WEINRIB, E.: "The fiduciary obligation", *The University of Toronto Law Journal*, nº 25, 1975.

- WELSH, R. S.: "The Criminal Liability of Corporations", *Law Quarterly Review*, vol. 62, 248, 1946.
- WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 11ª ed., Walter de Gruyter & Company, Berlin, 1969.
- WELZEL, H.: *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, W. de Gruyter, Berlín, 1958.
- WILLIAMS, G. L.: *Criminal law: the general part/by Glanville Williams*, 2ª ed., London: Stevens, 1961, London, 1961.
- WITTGENSTEIN, L.: *Philosophical Investigations*, Blackwell, Oxford, 1953.
- WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, 3ª ed., Editorial Gredos, Madrid, 2013.
- WOLF, S.: "Finding an environmental felon under the corporate veil: The responsible corporate officer doctrine and RCRA", *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 9, 1993.
- WOLFENDEN COMMITTEE: "Great Britain Committee on Homosexual Offences and Prostitution", *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957.
- YOCKEY, J.: "Beyond Yates: From Engagement To Accountability In Corporate Crime", *NYUJL & Bus.*, vol. 12, 2016.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A.: "El blanqueo de bienes de origen criminal", *Manuales de formación continuada*, nº 14, 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest»", *Cuadernos de política criminal*, nº 11, 1980, Instituto Universitario de Criminología.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "La Ley Penal 76", en ZUGALDÍA ESPINAR,

J.M.; MORENO TORRES HERRERA, M.R.; PÉREZ ALONSO, E.J.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.; RAMOS TAPIA, M.I.: *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, en *Hacia un derecho penal económico europeo/Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 1995.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, Ferré Olivé, Juan Carlos y Anarte Borrillo, Enrique, *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, nº 86, 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 10, 2008, Universidad de Granada.