Universidad de Navarra

El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social

—

Una propuesta de revisión del art. 290 del código penal

Tesis doctoral presentada por

D. Julen A. Carreño Aguado

para la obtención del grado de Doctor en Derecho.

Directores: Prof. Dr. D. Jesús María Silva Sánchez.
Prof. Dr. D. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez.

Pamplona, junio de 2011.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra

ISBN 978-84-8081-283-2

ÍNDICE

Abreviaturas……..... 9
Introducción……..... 19

Parte Primera
La experiencia piloto del caso Enron
Breve panorámica del desastre financiero
y de sus causas y consecuencias

CAPÍTULO I
EL CASO ENRON
I.1. Introducción. Acerca de la debacle de Enron Corporation.-…… 27
I.2. Las causas de la caída.-……. 42
I.2.1. La liberalización del mercado energético.-……..... 42
I.2.2. El diseño y la fundación de las Entidades de Uso Específico. Ingeniería contable y transacciones encubiertas.-…… 45
I.2.3. La falta de independencia de los auditores.-……... 56
I.2.4. El control del gobierno corporativo.-…….. 67
I.3. Recapitulación. Enron: un desastre previsible.-……..... 77

CAPÍTULO II
LA RESPUESTA DEL GOBIERNO:
LA SARBANES-OXLEY ACT DE 2002
II.1. Introducción. Acerca de la Sarbanes-Oxley Act de 2002.-…….. 81
II.2. Aspectos penales de la Sarbanes-Oxley Act.-……..... 92
II.2.1. Title VIII: Corporate and Criminal Fraud Accountability.-…...… 95
II.2.2. Title IX: White-Collar Crime Penalty Enhancements.-……. 100
II.2.3. Title XI: Corporate Fraud and Accountability.-……..... 103
II.3. Valoración de la eficacia de la Sarbanes-Oxley Act de 2002.-…….. 104
II.4. Recapitulación. La Sarbanes-Oxley Act: una reacción precipitada.-.. 107

CAPÍTULO III
PERSPECTIVA CONTINENTAL DE LA DEBACLE
III.1. Contextualización. Europa y el «buen gobierno»: diagnosis político-social.-.....…….. 111
III.2. Los «códigos de buen gobierno».-……..... 117
III.2.1. El Informe Cadbury y la naturaleza de los códigos de buen gobierno.-……. 126
III.2.2. El «Código Olivencia» y el buen gobierno en España.-…..... 131
III.3. La cláusula de honorabilidad como presupuesto para el ejercicio de

profesiones financieras.-……..... 136
III.3.1. Origen del término.-…….. 138
III.3.2. La honorabilidad en la regulación de la auditoría de cuentas.- ... 141
III.3.3. Los códigos de conducta como parámetro normativo de la honorabilidad.-……..... 143
III.3.4. El eventual carácter sancionador de la cláusula de honorabilidad.-……..... 145
III.3.4.1. Honorabilidad y ausencia de antecedentes penales.-… 148
III.3.4.2. La buena conducta profesional.-…..…… 152
III.3.4.3. La participación de los profesionales en el control de la honorabilidad.-…… 152
III.3.5. Honor *vs*. buen hacer.-……..... 155
III.4. Exposición descriptivo-crítica de la configuración actual del art. 290 CP.-……. 158
III.4.1. Contextualización: los delitos societarios del CP de 1995.-……. 160
III.4.2. El auditor de cuentas en el delito de falsedad en las cuentas anuales.-…… 179
III.4.2.1. Transparencia y especialidad propia: El auditor como extraneus ante la inveracidad social.-…….. 179
III.4.2.2. Las lagunas del art. 290 CP.-…….. 185
III.4.3. El art. 290 en los proyectos de reforma del CP.-…….. 200
III.4.3.1. El proyecto de reforma de 2007.-…….. 201
III.4.3.2. La reforma del CP de 2010.-…….. 205
III.5. Recapitulación. Los códigos de buen gobierno, la cláusula de honorabilidad y el delito de falsedad en los documentos sociales: medidas a replantear.-……. 216

Parte Segunda
Nuevos enfoques para el tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social

CAPÍTULO IV
APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE SISTEMAS
DESDE EL DERECHO PENAL
IV.1. Introducción: El *galimatías* de la Sociología del Derecho.-…….. 226
IV.2. Luhmann y la Sociología de los sistemas autopoiéticos.-…….. 234
IV.3. Derecho penal y teoría de sistemas.-……..... 248
IV.3.1. Derecho y Sociedad. Derecho penal societario.-…….. 254
IV.3.2. La pretendida clausura del sistema Derecho penal.-…… 264
IV.3.3. El modo de operar del Derecho penal en clave sistémica.-…….. 269
IV.3.4. La sanción penal como comunicación: significado y alcance del dolor penal.-……..... 277
IV.3.5. El cuestionamiento de la clausura operativa del Derecho.-…….. 281

IV.3.6. El Derecho como sistema social abierto.-…… 292
IV.4. Recapitulación. Relevancia de la teoría de sistemas en el Derecho penal.-……. 300

CAPÍTULO V
AUTOORGANIZACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EMPRESARIALES. LA NORMALIZACIÓN DE LA *LEX ARTIS* COMO APERTURA OPERATIVA DE LOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS
V.1. Autoorganización y autorregulación. Significado y alcance.-…… 306
V.1.1. ¿Qué es autorregulación?.-…… 319
V.1.2. ¿Quién realiza la autorregulación?.-…….. 322
V.2. La «autorregulación regulada». «Lo abierto» como «lo público» ineludible.-……. 324
V.2.1. Escalas y formas de autorregulación regulada.-……..... 325
V.2.2. La autorregulación como impulso regulador. Hacia una normalización de la *lex artis*.-…… 332
V.3. Autorregulación y autorresponsabilidad. Hacia un modelo de irresponsabilidad estructural.-……..... 336
V.3.1. El modelo constructivista-operativo de responsabilidad penal de las corporaciones. Riesgos de una atractiva dogmática analógica.-…… 340
V.3.1.1. Acción y culpabilidad corporativas. ¿La cuadratura del círculo del funcionalismo?.-…….. 344
V.3.1.2. La decisión como elemento sistémico corporativo mínimo. Configuración de un «*status reus*».-…… 355
V.3.1.3. El conocimiento corporativo. ¿«*Societas rea*»?.-…..... 357
V.3.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal español.-……. 365
V.4. Recapitulación. La autorregulación: una *moderna* forma de intervencionismo en ámbitos complejos de interés público.-…….. 374

Parte Tercera
Propuesta interpretativa del art. 290 del código penal y propuesta de tipificación alternativa de la falsedad en los documentos sociales

CAPÍTULO VI
PROPUESTA DE *LEGE LATA*: EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL
VI.1. El *marco* del art. 290 CP: un código sometido a la *ley de adaptación al miedo*.-……. 379
VI.2. Propuesta interpretativa.-…….. 387
VI.2.1. ¿Falsedad especial o alternativa y más grave? El riesgo típico del art. 290 CP en cuanto protector de la «imagen fiel» corporativa.-……..... 388
VI.2.2. Dolo e imprudencia. ¿Y el dolo eventual?.-…… 395

VI.2.3. Autoría y participación. La exclusión ¿definitiva? del auditor de cuentas y la aplicabilidad del art. 65.3 CP.-……. 398
VI.2.4. Relevancia típica del riesgo, continuidad delictiva y grado de ejecución.-……..... 408
VI.3. Recapitulación. El art. 290 CP: la protección bipartita de la *seguridad* en la información social.-…….. 413

CAPÍTULO VII
PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*: EL DELITO DE FALSEDAD EN LA INFORMACIÓN SOCIAL
VII.1. La protección de funciones sociales institucionalizadas a través del delito de falsedad en la información social.-……..... 419
VII.2. El recurso a instrumentos normativos de configuración extra-penal: la corregulación configuradora del tipo.-……. 422
VII.3. Propuesta de tipificación alternativa.-…….. 439
VII.3.1. Sujeto activo.-……..... 439
VII.3.2. Conducta típica.-……. 442
VII.3.3. Resultado.-……..…… 443
VII.3.4. Penalidad: multa, inhabilitación y cláusula de exención.-…….. 444
VII. 4. Recapitulación. El delito de falsedad en la información social: configuración del injusto material a partir de la remisión a fórmulas de autorregulación.-……..... 448

CONCLUSIONES.-……..…….……... 453

ÍNDICE DE RESOLUCIONES, ACUERDOS, DICTÁMENES Y CONSULTAS.- 461

BIBLIOGRAFÍA.-……. 467

ABREVIATURAS

AAMN	*Anales de la Academia Matritense del Notariado*
AccRev	*The Accounting Review*
ACFS	*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*
AcHz	*Accounting Horizons*
AcManRev	*The Academy of Management Review*
AdmSciQ'y	*Administrative Science Quarterly*
ADPAPDP	*Anuario de Derecho Penal de la Asociación Peruana de Derecho Penal*
ADPCP	*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
AES	*Annales d'Economie et Statistique*
AF	*Análisis Financiero*
AFD(UE)	*Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*
AFD	*Anuario de Filosofía del Derecho*
AJA	*Actualidad Jurídica Aranzadi*
AJACF	*Accenture Journal of Applied Corporate Finance*
AJP&T	*Auditing: A Journal of Practice & Theory*
AJS	*American Journal of Sociology*
AJUM	*Actualidad Jurídica Uría Menéndez*
AL	*Actualidad Laboral*
AmBehSci	*American Behavioral Scientist*
AmBusLJ	*American Business Law Journal*
AmCrimLRev	*American Criminal Law Review*
AME	*The Academy of Mangement Executive*
AmEcRev	*The American Economic Review*
AmJCompL	*The American Journal of Comparative Law*
AmPhilQ'y	*American Philosophical Quarterly*
AmPolSciRev	*American Political Science Review*
AmPsy	*American Psychologist*
AmSocRev	*American Sociological Review*
AP	*Actualidad Penal*
ArchPhilDroit	*Archive de Philosophie du Droit*
ArizLRev	*Arizona Law Review*
ARSS	*Actes de la Recherche en Sciences Sociales*
art(s).	*artículo(s)*
AS	*Aranzadi Social*
BCE	*Boletín del Círculo de Empresarios*
BehSci	*Behavioral Science*
BehSci&Edu	*Behavioral Science & Education*
BEICE	*Boletín Económico de ICE*
BOCG	*Boletín Oficial de las Cortes Generales*

BOICAC	*Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas*
BritJCrim	*British Journal of Criminology*
BritJPhilSci	*British Journal for the Philosophy of Science*
BritJSoc	*British Journal of Sociology*
BrookLRev	*Brooklyn Law Review*
BtULRev	*Boston University Law Review*
BuffCrimLRev	*Buffalo Criminal Law Review*
BuffEnvtlLJ	*Buffalo Environmental Law Journal*
BusEthEurRev	*Business Ethics: A European Review*
BusEthQ'y	*Business Ethics Quarterly*
BusLRev	*Business Law Review*
BusLy	*The Business Lawyer*
CalLRev	*California Law Review*
CambLJ	*Cambridge Law Journal*
Cap.	*Capítulo*
CarLRev	*Cardozo Law Review*
CCo	*Código de Comercio*
CDJ	*Cuadernos de Derecho Judicial*
CE	*Constitución española*
CEc	*Cuadernos de Economía*
CEO	*Chief Executive Officer*
CEP	*Cuadernos de Estudios Empresariales*
CFCD	*Convergencias, Filosofía y Culturas en Diálogo*
CFGE	*Consulta de la Fiscalía General del Estado*
CFO	*Chief Financial Officer*
CGPJ	*Consejo General del Poder Judicial*
CHE	*The Chronicle of Higher Education*
CLTA	*Cahiers de Linguistique Teorique et Appliquee*
CLP	*Current Legal Problems*
CL&SC	*Crime, Law & Social Change*
CP	*Código penal*
ColBusLRev	*Columbia Business Law Review*
ColJTransL	*Columbia Journal of Transnational Law*
ColLRev	*Columbia Law Review*
ColLSch	*Columbia Law School, Centre for Law & Economics Studies*
Comm	*Communicatio*
comp(s).	*compilador(es)*
ContAccRes	*Contemporary Accounting Research*
coord(s).	*coordinador(es)*
CornLRev	*Cornell Law Review*
CorpGovLRev	*The Corporate Governance Law Review*
CPC	*Cuadernos de Política Criminal*
CrimLFu	*Criminal Law Forum*
CRO	*Chief Risk Officer*

DAE	*Dictamen de la Abogacía del Estado*
DelJCorpL	*Delaware Journal of Corporate Law*
dir(s).	*director(es)*
DkLJ	*Duke Law Journal*
DN	*Derecho de los Negocios*
DPC	*Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*
DTUC	*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*
DyP	*Dirección y Progreso*
EcJ	*The Economic Journal*
ed(s).	*editor(es)*
EF	*Revista de Estabilidad Financiera*
EITF	*Emmerging Issues Task Force*
EIU	*Economist Intelligence Unit*
EJC	*Editorial Jurídica Conosur*
EJOR	*European Journal of Operational Research*
EJST	*European Journal of Social Theory*
ELJ	*European Law Journal*
EmLJ	*Emory Law Journal*
Ent	*Entremu*
EPC	*Estudios Penales y Criminológicos*
EP-DP	*Escritura Pública – Debate Parlamentario*
EYSL	*European Yearbook in the Sociology of Law*
E&J	*Economist & Jurist*
FASB	*Financial Accounting Standards Board*
F(F)D(D)	*Fundamento(s) de Derecho*
FE	*Financial Executive*
FlaLRev	*Florida Law Review*
FordJCorp&FinL	*Fordham Journal of Corporate & Financial Law*
GAAP	*Generally Accepted Accounting Principles*
GP	*La Giustizia Penale*
GS	*General Systems*
GWashLRev	*George Washington Law Review*
HarvBusRev	*Harvard Business Review*
HarvJL&PubPol'y	*Harvard Journal of Law & Public Policy*
HarvLRev	*Harvard Law Review*
HofLRev	*Hofstra Law Review*
HumCommRes	*Human Communication Research*
IAER	*International Advances in Economic Research*
IAN	*Informe Área de Negocios*
IESS	*International Encyclopedia of the Social Sciences*
IJGS	*International Journal of General Systems*
IJIM	*International Journal of Information Management*
IJPP	*International Journal of Press/Politics*
IJSL	*International Journal for the Semiotics of Law*

IndLJ	*Indiana Law Journal*
IR	*The Independent Review*
IwLRev	*Iowa Law Review*
I&CLQ	*The International & Comparative Law Quarterly*
JAccRes	*Journal of Accounting Research*
JAcc&Ec	*Journal of Accounting and Economics*
JAcc&PubPol'y	*Journal of Accounting & Public Policy*
JACF	*Journal of Applied Coporate Finance*
JAcy	*The Journal of Accountancy*
JAF	*Journal of American Folklore*
JBusEth	*Journal of Business Ethics*
JB&TL	*Journal of Business & Technology Law*
JCC	*Journal of Corporate Citizenship*
JCorpL	*The Journal of Corporation Law*
JCrimL&Crim'y	*The Journal of Criminal Law & Criminology*
JCS	*Journal of Classical Sociology*
JEI	*The Journal of Economic Issues*
JEP	*The Journal of Economic Perspectives*
JF	*Journal of Finance*
JFE	*Journal of Financial Economics*
JGPS	*Journal of General Philosophy of Science*
JLE	*Journal of Legal Education*
JLE&O	*Journal of Law, Economics & Organization*
JLP	*Journal f Legal Pluralism*
JLS	*Journal of Legal Studies*
JL&E	*The Journal of Law & Economics*
JL&S	*Journal of Law & Society*
JOChM	*Journal of Organizational Change Management*
JPE	*Journal of Political Economy*
JPhil	*Journal of Philosophy*
JS&BS	*Journal of Social and Biological Structures*
JS&ES	*Journal of Social & Evolutionary Systems*
JThBio	*Journal of Theoretical Biology*
LAC	*Ley de Auditoría de Cuentas*
LECr.	*Ley de Enjuiciamiento Criminal*
Leg&PubPol'y	*Legislation & Public Policy*
LL	*Diario La Ley*
LP	*La Ley Penal*
L&Phil	*Law & Philosophy*
L&P'y	*Law & Policy*
L&SRev	*Law & Society Review*
LSC	*Ley de Sociedades de Capital*
MarLRev	*The Maryland Law Review*
MarqLRev	*Marquette Law Review*
McGillLJ	*The McGill Law Journal*

MichLRev	*Michigan Law Review*
MidAmJBus	*Mid-American Journal of Business*
MinnLRev	*Minnesota Law Review*
ModLRev	*The Modern Law Review*
M&DE	*Managerial & Decision Economics*
NCrimLRev	*New Criminal Law Review*
N'd	*Nómadas*
NtrDmLRev	*Notre Dame Law Review*
núm.	*número*
NwEngLRev	*New England Law Review*
NwLitHis	*New Literary History*
NwULRev	*Northwestern University Law Review*
OhNULRev	*Ohio Northern University Law Review*
ORMJ	*Organizational Research Methodologies Journal*
OxJLS	*Oxford Journal of Legal Studies*
OxRevEcPol'y	*Oxford Review of Economic Policy*
p(p).	*página(s)*
PA	*Public Administration*
PacLRev	*Pace Law Review*
PAR	*Public Administrative Review*
PC	*Política Criminal*
PCAOB	*Public Company Accounting Oversight Board*
PCP	*Proyecto de Código Penal*
PJ	*Revista del Poder Judicial*
PJSIP	*Psychiatry: Journal for the Study of Interpersonal Processes*
PL	*Public Law*
PS	*Revista Práctica Social*
PyD	*Persona y Derecho*
QJE	*The Quarterly Journal of Economics*
RAP	*Revista de Administración Pública*
RCyE	*Revista de Contabilidad y Empresa*
RChD	*Revista Chilena de Derecho*
RDA	*Revista de Derecho Administrativo*
RDAm	*Revista de Derecho Ambiental*
RDByB	*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*
RDCP	*Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*
RDM	*Revista de Derecho Mercantil*
RDP	*Revista de Derecho Penal*
RDPC	*Revista de Derecho Penal y Criminología*
RdPP	*Revista de Derecho y Proceso penal*
RDS	*Revista de Derecho de Sociedades*
RDSM	*Revista de Derecho de sociedades mercantiles*
RECPC	*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*
REDA	*Revista Española de Derecho Administrativo*
reimpr.	*reimpresión*

REP	*Revista de Estudios Políticos*
RES	*Review of Economic Studies*
RevOcc	*Revista de Occidente*
RGD	*Revista General de Derecho*
RGIyD	*Revista General de Información y Documentación*
RISCI	*Revista Iberoamericana de Sistemas, Cibernética e Informática*
RJG	*Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*
RP	*Revista Penal*
RPCP	*Revista Peruana de Ciencias Penales*
RPDJP	*Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*
RTDC	*Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia*
RutLRev	*Rutgers Law Review*
s(s).	*siguiente(s)*
S(S)AP	*Sentencia(s) de la Audiencia Provincial*
SCalLRev	*Southern California Law Review*
SEC	*Securities and Exchange Commission*
SetHallLRev	*Seton Hall Law Review*
SOx	*Sarbanes-Oxley Act*
SPE	*Special Purpose Entity*
StanJLBus&Fin	*Stanford Journal of Law, Business & Finnance*
StanLitRev	*Stanford Literature Review*
STexLRev	*South Texas Law Review*
StJohn'sLRev	*Saint John's Law Review*
StL-WTLJ	*Saint Louis – Warsaw Transatlantic Law Journal*
S(S)TC	*Sentencia(s) del Tribunal Constitucional*
S(S)TS	*Sentencia(s) del Tribunal Supremo*
SW	*Soziale Welt*
S&LS	*Social & Legal Studies*
TC&S	*Theory, Culture & Society*
TE	*Thesis Eleven*
TransLy	*The Transnational Lawyer*
TRLSA	*Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*
TulLRev	*Tulane Law Review*
TyD	*Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*
UBusRev	*Universia Business Review*
UChiLRev	*The University of Chicago Law Review*
UConnLRev	*University of Conecticut Law Review*
UNwSthWsLJ	*University of New South Wales Law Journal*
UPennLRev	*University of Pennsylvania Law Review*
UPittLRev	*University of Pittsburg Law Review*
VaLRev	*Virginia Law Review*
VandLRev	*Vanderbilt Law Review*
VillLRev	*Villanova Law Review*

vs.	*versus*
VtLRev	*Vermont Law Review*
WashLRevAss	*Washington Law Review Association*
WashLRevQ	*Washington Law Review Quarterly*
WashULQ	*Washington University Law Quarterly*
Wash&LeeLRev	*Washington & Lee Law Review*
WayLRev	*Wayne Law Review*
WkFtLRev	*Wake Forrest Law Review*
WnLRev	*Wisconsin Law Review*
YaleLJ	*The Yale Law Journal*

Lo múltiple hay que hacerlo*, pero no añadiendo constantemente una dimensión superior, sino, al contrario, de la forma más simple, a fuerza de sobriedad, al nivel de las dimensiones de que se dispone, siempre n – 1 (sólo así, sustrayéndolo, lo Uno forma parte de lo múltiple). Sustraer lo único de la multiplicidad a construir*.

DELEUZE y GUATTARI

INTRODUCCIÓN

§ 1. En Derecho penal rige el criterio de la impunidad de la mentira. En consecuencia, debe subrayarse como presupuesto la inexistencia de un deber general de veracidad de los particulares. Esta afirmación, realizada por SILVA SÁNCHEZ[1] en 1999, pone de manifiesto la gravosa actualidad del debate acerca de la existencia de un derecho subjetivo a la verdad y, por lo tanto, de un deber general de veracidad que afecte a los particulares en las relaciones jurídicas privadas. Más concretamente, y en lo que afecta a este estudio, un deber de veracidad en las relaciones económicas, cuya vulneración merezca ser sancionada penalmente[2].

Podría decirse que hoy por hoy un sector mayoritario de la doctrina se muestra favorable a la intervención del Derecho penal en la protección de la información económica, si bien matizada mediante la afirmación del principio de intervención mínima, y entiende que la protección de dicha información constituye una verdadera exigencia constitucional recogida en el art. 38 CE, el cual consagra la libertad de empresa y considera constitucionalmente relevante el deber de transparencia del mercado[3].

La protección de la veracidad de la información empresarial se ha considerado la cuestión nuclear del Derecho penal societario. Así lo ha resaltado casi unánimemente una doctrina a la que me referiré con detenimiento en este estudio, la cual considera que más allá de intereses particulares, la protección de la confianza en la corrección de la información

[1] Véase, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», *Simulación y deberes de veracidad: Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 75-145, donde el autor apunta que "la inveracidad, la simulación, la falta de correspondencia entre voluntad y declaración de un particular, no son punibles en sí mismas (…) No obstante, pueden serlo tan pronto como entren en relación con un posible perjuicio de tercero" (p. 77).

[2] Un ejemplo conocido de ello en el ámbito jurisprudencial lo brinda, entre otras, la STS 1/1997, de 28 de octubre (ponente, DE VEGA RUIZ), que se pronuncia sobre el «Caso Filesa». El lector puede encontrar, a modo introductorio y a título informativo, un breve análisis del caso en cuestión en SILVA SÁNCHEZ, «Caso Filesa», en Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 555-569.

[3] Por ejemplo, y a título informativo, puede el lector dirigirse a la obra de CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 83 y ss., si bien ésta y otras cuestiones tangenciales serán tratadas en profundidad más adelante en el presente trabajo.

sobre el estado patrimonial de la empresa es una tarea que ha de asumir el Derecho penal moderno.

§ 2. Hoy la ciencia jurídico-penal tiene el deber de plantear la articulación de herramientas jurídicas que sirvan para hacer frente a un contexto socioeconómico complejo en el que proliferan las formas de inveracidad por parte de particulares que actúan como agentes en el mercado y que tienen encomendada, a través de su actividad o posición institucional de fedatario público, la labor de garantizar en mayor o menor medida un hipotético equilibrio económico y comercial.

Aunque dichos agentes económicos son todos y cada uno de los eslabones integrantes de la cadena comercial, desde analistas e inversores, hasta empresarios y *auditores de cuentas*, es en los dos últimos –y, más concretamente, en los auditores de cuentas– en quienes quiere centrarse este estudio.

> Es de común conocimiento que corresponde al empresario por medio del cumplimiento de sus deberes contables expresar la imagen fiel de la empresa mediante la aplicación sistemática y regular de los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas[4].

§ 3. El último pilar sobre el que se asienta la transparencia de la información financiera es la auditoría de cuentas. A tenor de lo establecido en el art. 1 de la Ley de Aditoría de Cuentas (LAC)[5], la auditoría de cuentas consiste en la actividad de revisión y verificación de documentos contables que concluye con la emisión de un informe con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la ley y las normas técnicas de auditoría. En este marco, el informe de auditoría constituye un documento mercantil cuyo

[4] Véase la Exposición de Motivos del Plan General de Contabilidad, aprobado por Decreto 530/1973, de 22 de febrero.

[5] El cual establece que "1. Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros. 2. La auditoría de las cuentas anuales consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el período examinado, de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable; también comprenderá la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas. 3. Tanto la auditoría de las cuentas anuales y del informe de gestión como cualquier otro trabajo de revisión o verificación contable que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de este artículo, deba calificarse legalmente como auditoría de cuentas, tendrá necesariamente que ser realizado por un auditor de cuentas, mediante la emisión del correspondiente informe y con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley y a las normas técnicas de auditoría."

contenido viene determinado por lo expuesto en el art. 2.1. LAC. A este instrumento de incuestionable relevancia en el ámbito mercantil me referiré también largamente en el presente trabajo, con ocasión del estudio del objeto material en el delito de falsedad en la información social.

§ 4. La experiencia reciente del Derecho comparado en esta materia y, más concretamente, la de los EEUU, arroja el resultado de una crisis de los sistemas de control de la información contable tras la concurrencia, entre los años 2001 y 2002, de una serie de debacles financieras de magnitud internacional que han hecho tambalearse a la economía de la *primera potencia* mundial. De entre todas ellas cabe destacar, sin duda alguna, tanto por su magnitud en términos económicos como por la trascendencia social que implicó su derrumbe y desaparición, la sufrida por Enron Corporation. Una compañía dedicada al comercio de gas natural con sede en Houston, surgida en 1985 como consecuencia de la fusión de las firmas InterNorth y Houston Natural Gas, y que llegó a ser la séptima mayor compañía petrolera de los EEUU en términos de capitalización.

Es, precisamente, la experiencia piloto del llamado «Caso Enron» la que sirve como base para este trabajo, que pretende en una Parte Primera esencialmente descriptivo-analítica identificar y exponer las causas que motivaron el desastre de ésta y otras compañías, con el fin de advertir acerca de las posibles características de un hipotético homólogo en Europa (Cap. I).

§ 5. Seguidamente, se abordará la respuesta legislativa que propició el Gobierno de los EEUU frente a los acontecimientos relatados anteriormente, materializada en la Sarbanes-Oxley Act, de 25 de julio de 2002, también conocida como Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversor –en adelante, SOx–[6] (Cap. II). La SOx fue adoptada por el Congreso de los EEUU con el objetivo expreso, según se lee en su preámbulo, de procurar una mayor seguridad y veracidad de las informaciones que las sociedades cotizadas han de publicar de acuerdo con las normas norteamericanas del mercado de valores. Se trataba, en última instancia, de procurar una reacción inmediata ante los escándalos que se sucedieron a comienzos de la presente década y que tuvieron como resultado la quiebra y destrucción de estructuras empresariales que se creían sólidas e invulnerables.

> No serán objeto de este estudio todas aquellas cuestiones de naturaleza extra-penal que pudieran desviar el resultado y las pretensiones de un trabajo de investigación que se enmarca, a pesar de su flagrante apertura, en la ciencia jurídico-penal. Por ello, en lo que respecta a la SOx, mi estudio se centrará en exclusiva en la contextualización histórico-social de la ley (razones que impulsaron su existencia) y

[6] *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*.

en las referencias a la inveracidad en la información social que recoge su texto, así como en sus principales logros y deficiencias.

§ 6. Una vez analizada material y legalmente la experiencia reciente del Derecho comparado estadounidense en materia de inveracidades sociales, la intención de este estudio es acercar fugazmente al lector a la realidad de las herramientas extra-legales con las que cuenta el Derecho continental europeo –a menudo por importación del angloamericano–, y, más concretamente, el Derecho penal español, de cara a hacer frente a un eventual desastre financiero de análogas magnitudes a las del estadounidense. Con el fin de evaluar, finalmente, su suficiencia y adecuación. Para ello, comenzaré practicando una referencia crítica a los códigos éticos de buen gobierno corporativo (Cap. III), cuerpos normativos estatutarios que recogen pautas éticas y deontológicas en el seno de una compañía con la pretensión de salvaguardar la transparencia y la eficacia societarias, así como de garantizar, en última instancia, la universalidad del buen hacer profesional. Dichos códigos, que encuentran su referente inaugural en el Informe Cadbury británico de 1992, constituyen, con independencia de la eficacia práctica de la que hayan disfrutado sus mandatos, una señal inequívoca de alerta acerca de la preocupación generalizada que aqueja a los Estados europeos en materia de seguridad y transparencia en el gobierno de las corporaciones. Así lo demuestra el hecho de que, hasta la fecha, países como Alemania, Gran Bretaña o España, entre otros, se hayan esmerado en la elaboración y propuesta de estos códigos.

Tras el análisis y el debate acerca de la naturaleza y fuerza operante, aún difusas, de los códigos de buen gobierno, este trabajo traerá a colación la institución de la *cláusula de honorabilidad para el ejercicio de profesiones financieras*, de arraigo en el ámbito del Derecho mercantil, con la intención de abordar su reinterpretación funcional desde una perspectiva jurídico-penal tendente a su rehabilitación y aplicación a través del delito de falsedad en los documentos sociales (art. 290 CP). A éste dedicaré una profunda y detenida exégesis doctrinal y jurisprudencial cuyo fin consistirá en el esclarecimiento de las principales deficiencias en la configuración de los tipos que recoge, así como de las dificultades de aplicación del precepto en cuestión de acuerdo con su configuración actualmente vigente (Cap. III). Hasta aquí la Parte Primera del estudio, en la que se presenta del problemática objeto de ivestigación.

§ 7. La Parte Segunda reviste un marcado corte sociológico y una naturaleza constructiva –frente a una primera más económico-descriptiva–, y es la que habrá de servirme a modo de hipótesis para la posterior y final formulación de mi tesis. En ella me propongo adentrarme en profundidad en el complejo de las vanguardias dogmáticas en materia de teoría de sistemas

(Cap. IV) para indagar herramientas conceptuales que sean de utilidad en medio de las debacles financieras y en un marco jurídico marcadamente influenciado por las modernas versiones de la autorregulación empresarial (Cap. V). Todo ello con el fin de proponer –si procede– su observancia por parte de un Derecho penal económico post-moderno de corte cada vez más normativista que, contra los principios que dice observar, es extrañamente próximo a la *intervención máxima*.

§ 8. Finalmente, la Parte Tercera de este estudio pretende, a partir del análisis en concreto de las virtudes y deficiencias –teóricas y prácticas– del actual art. 290 CP, ya expuestas en la Parte Primera, elevar al foro doctrinal una propuesta interpretativa del precepto en atención a su configuración vigente y abordando la solución a los problemas apuntados (Cap. VI). Asimismo, se propone una redacción alternativa para la falsedad en la información social en el CP español (Cap. VII), en consonancia con lo argumentado a lo largo del trabajo.

§ 9. La jurisprudencia analizada en este trabajo es mayoritariamente nacional –casi siempre del Alto Tribunal–, si bien las sentencias estadounidenses y las de tribunales supranacionales –comunitarios– que afectan puntualmente al objeto de esta investigación han sido citadas en su debido lugar.

§ 10. Además, el presente estudio ha motivado, como no podía ser de otra manera a la vista de las dimensiones del problema analizado, un *corpus* bibliográfico extenso en lengua inglesa cuya traducción y reproducción en citas ha corrido en todo momento a cargo del autor de estas líneas. También las referencias en italiano y francés han sido, éstas con mayor dificultad, traducidas por mí; no así aquéllas en alemán, que han sido siempre recogidas como citas indirectas.

Parte Primera

La experiencia piloto del caso Enron

Breve panorámica del desastre financiero
y de sus causas y consecuencias

CAPÍTULO I
EL CASO ENRON

An optimist sees an opportunity in every calamity;
a pessimist sees a calamity in every opportunity.
CHURCHILL

I.1. Introducción. Acerca de la debacle de Enron Corporation.-

§ 1. El conocido como «caso Enron»[7] hace referencia a la debacle financiera sufrida por la compañía petrolera estadounidense con sede en Houston, Enron Corporation, a finales del año 2001 y que motivó la que, en opinión de una doctrina unánime[8], ha resultado ser la crisis financiera de

[7] Sobre los procesos penales y las imputaciones puede el lector informarse con detalle, por todas, en la sentencia del caso *Skilling vs. United States* (referencia: No. 08-1394, de 24 de junio de 2010, con los votos particulares de los magistrados Scalia, Alito y Sotomayor). Sobre el voto particular del primero de ellos y haciendo referencia a la aplicación al caso Enron del *honest service fraud* (figura delictiva a caballo entre nuestra apropiación indebida y la administración desleal), véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Lecciones del caso Skilling. Primera Parte», *E&J*, 136, 2009, pp. 74-75; p. 75. Asimismo, sobre los procesos, en la doctrina, véase, GREENWOOD, «Enronitis: Why Good Corporations go Bad», *ColBusLRev*, 2004, pp. 773-848; p. 784, nota 18. Más ampliamente, BRICKEY, «Enron's Legacy», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 263-275; ID., «From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley», *WashULQ*, 81, 2003, pp. 370-375; ID., «In Enron's Wake: Corporate Executives on Trial», *JCrimL&Crim'y*, 96, 2006, pp. 397-434; aportando numerosas referencias a noticias en la prensa, así como tablas relativas a los procesos judiciales abiertos contra distintas compañías estadounidenses. Seguidamente traigo a colación un extracto de la tabla 5 (p. 408), relativa a los veredictos en los casos en los que Enron se vio implicada:

Caso	Condenas	Absoluciones	Juicios nulos
EEUU vs. Arthur Andersen	1 (revocada)	0	0
EEUU vs. Rice	5	1	0
EEUU vs. Bayly	0	0	5

[8] Por todos, COFFEE, «What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 269-309; p. 302. Si bien, históricamente, la crisis de Enron es sólo una de las varias crisis contables modernas, desde la crisis de Penn Central, en los años setenta, hasta la de S&L (*Savings and Loan*), en los años ochenta. Sobre estas crisis, CUNNINGHAM, «Sharing Accounting´s Burden: Business Lawyers in Enron´s Dark Shadow», *BusLRev*, 57, 2002, pp. 1421-1430.

mayor magnitud de la segunda mitad del s. XX y principios del s. XXI en los EEEUU[9].

§ 2. Los resultados de los ejercicios de 1998, 1999 y 2000 en Enron sugieren algunas comparaciones interesantes. Los ingresos de la compañía aumentaron en diez billones de dólares entre 1998 y 1999, y en sesenta billones entre 1999 y 2000. Según BRATTON, "los directivos vieron que la rápida maduración de los nuevos mercados de Enron representaba un problema para sus cifras de crecimiento"[10], ya que su expansión territorial había propiciado la entrada de docenas de competidores que entablaron una guerra de precios prescindiendo de personal para recortar el margen de sus beneficios. Así, los márgenes de beneficios de Enron descendieron desde un 5,3% a comienzos de 1998, hasta un 1,7% en el tercer trimestre de 2001. La estrategia por la que optaron los directivos frente a esta situación fue la de apartarse del proceso de creación de mercados trasladándose a nuevas utilidades, tales como el papel, el acero o la banda ancha. En 1999, lanzaron *EnronOnLine*, una plataforma virtual de comercio. Pero la banda ancha fue un problema ya que Enron invirtió 1,2 billones de dólares en la construcción y operatividad de una línea de fibra óptica y sólo dos años después se encontró con que empleaba a 1700 operadores que consumían con sus salarios un total de 700 millones al año sin ofrecer a cambio ninguna señal de beneficios[11].

§ 3. A comienzos de 2001 Enron estaba en proceso de transformación, decidida a dejar atrás su actividad empresarial original de producción y transporte de gas natural para convertirse en un intermediario financiero.

> El proceso de transformación de Enron puede explicarse a través del siguiente ejemplo: supongamos que Enron se sumerge en el mercado de la pasta para hacer papel. Para poder triunfar como vendedor, antes tendrá que garantizar los suministros, bien contratándolos con sus productores, bien adquiriendo directamente las fuentes de producción, en este ejemplo las extensiones madereras oportunas. Establecido como vendedor, Enron empezaría a captar, a atraer, otros vendedores junto con compradores de madera. Un mercado así podría crecer espectacularmente si un gran número de manipuladores de madera (compañías del sector maderero)

[9] Véase, a título informativo, GALE y ALLEN, *Financial Crises*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008. En la literatura española, por ejemplo, GALINDO MARTÍN, «La crisis económica estadounidense», *BEICE*, 2946, 2008, pp. 13-22.

[10] Véase, «Enron and the Dark Side of Shareholder Value», *TulLRev*, 76, 2002, pp. 1275-1360; p. 1298. En el mismo sentido, BARTLETT y GLINSKA, *Enron´s Transformation: From Gas Pipeline to New Economy Powerhouse*, Harvard Business School Press, Boston, 2001.

[11] Así, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1299. A esto hay que añadir que las grandes inversiones en el extranjero no estaban funcionando bien (planta energética de Dabhol, India: 3 billones de inversión; compra del principal distribuidor energético de Sao Paulo, Brasil: 1,3 billones; compra de Wessex Water Works, Inglaterra: 2,4 billones).

> tuviera fuentes de suministro aseguradas. En este escenario, las compañías que comercian con productos verticalmente integrados (es decir, productos cuya fuente es el bosque) percibirían el mercado de Enron y observarían que tiene el volumen suficiente para cubrir sus necesidades. De esta manera, comenzarían a recurrir a Enron en un primer momento únicamente para cubrir sus suministros marginales, pero caerían en la cuenta de que Enron ofrece la madera a precios más bajos que los que ofrecen sus propios suministros asegurados. Finalmente, estas compañías se desmantelarían, liquidando (en el sentido de vender apresuradamente, no de destruir, lógicamente) sus extensiones forestales, embolsándose las ganancias y confiándose al mercado de Enron para los suministros futuros[12].

El 12 de febrero de 2001, el *Chief Executive Officer* (CEO) de Enron, Jeffrey Skilling, era entrevistado en el programa *Business Week Online*, y explicaba que "la ventaja fundamental de un sistema empresarial virtual frente un sistema empresarial físico es que necesitas menos capital para proporcionar la misma confianza (…). Si, por ejemplo, estoy comenzando en el negocio del gas y me dedico a venderlo y transportarlo desde la central de Kansas hasta la ciudad de Kansas, si un gasoducto explota, estoy fuera del negocio"; en cambio, "si eres capaz de diversificar tu infraestructura, puedes reducir el riesgo asistemático"[13]. El obstáculo para la creación de un mercado así concierne al riesgo del precio para los compradores habituales que buscan un suministro asegurado. Éstos aspiran a permanecer aislados y protegidos de las eventuales fluctuaciones en los precios, especialmente de las subidas en momentos de gran demanda. En este sentido, Enron aseguraba en su *Informe Anual de 2000* que "en los mercados volátiles, todo cambia menos nosotros. Cuando los clientes hacen negocios con Enron, obtienen nuestro compromiso de entregarles de forma fidedigna su producto a un precio predecible, sin tener en cuenta la condición del mercado"[14]. El propio Skilling, en la entrevista anteriormente citada, declaró que "sólo ha habido un par de momentos en la Historia en los que los costes de interacción han cambiado de manera brusca y radical. Uno fue el ferrocarril y el otro el teléfono y el telégrafo… Ahora estamos en el tercero (…). Antiguamente, se recurría a la integración vertical de la cadena de producción para evitar el riesgo de las variaciones en los precios. Eso tenía lógica (…). Ahora, alguien como Enron

[12] Recogido por BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1288.

[13] BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1289. Por su parte, y en relación con la prudencia empresarial en la adopción de decisiones, SORENSEN afirma que "por razones de interés público, la innovación y la asunción de riesgos deberían ser alentadas" (véase, «Discretion and Its Limits. An Analytical Framework for Understanding and Applying the Duty of Care to Corporate Directors (and Others)», *WasULRev*, 66, 1988, pp. 553-594; p. 573, nota 66).

[14] *Enron Annual Report 2000*, p. 6.

viene y te asegura que él se encarga de integrar verticalmente de forma virtual, porque es mucho más barato"[15].

§ 4. Cuando en diciembre de 2001 Enron se declaró en quiebra, el índice NASDAQ había caído un 74% con respecto a su punto más alto de los anteriores dos años[16]. En 2001, 171 grandes compañías quebraron, lo que desembocó en responsabilidades de hasta 230 billones de dólares. A lo largo de 2002, las quiebras continuaron, habiendo comenzado por la de WorldCom en julio de 2001.

A continuación se adjunta una tabla contrastada en la que el lector puede cotejar la evolución del precio de las acciones de Enron en 2001 en relación con acontecimientos trascendentes relacionados.

Año 2001	Precio de la acción (en dólares)	Evento
1 de enero	83,12	-
12 de febrero	79,80	Skilling es nombrado CEO.
26 de marzo	-	Reestructuración de las transacciones con LJM; Chewco cerrado.
17 de abril	60	Anunciado un beneficio de 536 millones de dólares en el primer cuatrimestre.
5 de mayo	59,78	-
14 de agosto	43	Skilling dimite.
15 de agosto	40,25	Sherron Watkins escribe a Lay.
15 de octubre	33,17	-
16 de octubre	33,84	Anunciadas pérdidas por valor de 618 millones de dólares en el tercer trimestre.

[15] BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1290. Skilling sometía a una gran presión a los empleados, a los que sumergía en una competición. Elaboró un sistema de evaluaciones según el cuál cada trabajador debía evaluar a otros diez. Al final del año, Skilling recogía las evaluaciones y arrojaba en una gráfica una curva campaniforme con los resultados. Aquéllos empleados que ocupaban los puntos inferiores de la curva, eran despedidos automáticamente. El resto, los «ganadores», obtenían compensaciones de millones de dólares y recibían el privilegio de acompañar a Skilling a hacer excursionismo en los glaciares de la Patagonia, o a competir en carreras de cuatro por cuatro en Australia. En 2001, todos los «jugadores» (los empleados sumergidos en el juego de Skilling) perdieron, de forma que el 17 de octubre de 2001 la dirección congeló las cuentas, revelando una pérdida de 638 millones de dólares. Acerca del sistema competitivo de trabajo en Enron, puede verse, LANGEVOORT, «Enron and the Organizacional Pschology of Hyper-competition: An Essay for Larry Mitchell», *GWashLRev*, 70, 2002, pp. 968-975.

[16] Un gráfico de actividad del precio accionarial de Enron con respecto al índice NASDAQ entre octubre de 1997 y enero de 2001 puede consultarse en www.bigcharts.com (recogido por CATANACH y RHOADES-CATANACH en «Enron: A Financial Reporting Failure?», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 1057-1076; p. 1059).

17 de octubre	32,20	El WALL STREET JOURNAL informa de los 30 millones de beneficios de Fastow por el gobierno de LJM1 y LJM2.
18 de octubre	29	-
22 de octubre	-	La SEC promueve una investigación de la contabilidad de Enron
24 de octubre	16,41	Fastow es despedido.
25 de octubre	16,35	Comienzan las discusiones con Dynegy de cara a una posible adquisición.
31 de octubre	13,90	-
8 de noviembre	8,41	Salen a la luz las transacciones encubiertas con Chewco y con LJM1 Y LJM2.
9 de noviembre	8,63	Se alcanza un acuerdo con Dynegy.
19 de noviembre	9,06	Nuevos documentos revelan ganancias ocultas relacionadas con las Raptor SPEs.
28 de noviembre	0,61	Dynegy cancela el acuerdo de adquisición con Enron.
30 de noviembre	0,26	-
2 de diciembre	0,40	Enron se acoge al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras.

Obsérvese cómo, en menos de un año, el valor de las acciones de la compañía descendió en un 99,52%.

En marzo de 2002, Andersen fue demandada por la destrucción de documentos de su cliente Enron, y fue condenada en junio de ese año, lo que motivó su defunción comercial. En mayo de 2005, el Tribunal Supremo de los EEUU anuló la sentencia condenatoria, pero entonces Andersen se encontraba ya irrevocablemente extinguida[17].

§ 5. Dos meses después, en julio de 2002, el Congreso de los EEUU aprobó la Sarbanes-Oxley Act (SOx), la ley federal de seguridad contable más extensa desde 1934. Los beneficios que ha aportado la SOx son difíciles de valorar. La mayoría de los poderes que la ley creó eran poderes de los que ya estaba investida la *Securities and Exchange Comission* (SEC)[18], aunque no los ejecutara de forma efectiva, de manera que la SOx vino sólo a

[17] Sobre el proceso penal de Andersen, BRICKEY, «Andersen's Fall from Grace», *WashLRevQ*, 81, 2003, pp. 917-960.

[18] Sobre la SEC norteamericana puede verse, en la literatura española, SORIANO, «La *Securities and Exchange Comission*. Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo», *RDM*, 201, 1991, pp. 399-422.

duplicarlos[19]. Me referiré más extensamente a los aciertos y puntos débiles de la ley en el Cap. II de este trabajo.

En 2002, al amparo de la SOx, comenzaron las primeras acusaciones contra altos cargos de las treinta y cinco mayores compañías públicas, que desembocaron en 2005 en responsabilidades penales por delitos de estafa, malversación, alzamiento de bienes y fraude, entre otros. La consecuencia fue que varios altos ejecutivos de reconocido prestigio fueron juzgados, condenados y castigados con penas de prisión[20].

Por otro lado, una cuestión a menudo apuntada por la doctrina en la materia, si bien aún pendiente de resolverse o tratarse desde el punto de vista de la responsabilidad social corporativa subsiguiente, es la relativa al grado de implicación de potenciales o eventuales informantes internos (*whistleblowers*)[21] en la gestación y eclosión de fenómenos como el de Enron o WorldCom, entre otros. No tanto desde la óptica de la colisión de deberes y la justificación por estado de necesidad que ampara al informante[22], cuanto desde la eventual responsabilidad social corporativa que pudiera seguir al

[19] Así, entre otros, SMITH y WALTER, «Four Years After Enron – Assessing the Financial-Market Regulatory Cleanup», *IR*, 11, 2006, pp. 53-66; p. 58.

[20] Cabe destacar los siguientes casos: Bernard Ebbers (WorldCom), condenado a 25 años de prisión; John Rigas (Adelphia), condenado a 15 años de prisión; Andrew Fastow (CFO de Enron), condenado a 10 años de prisión; Denis Kozlowski (Tyco), condenado a 8 años de prisión; Scott Sullivan (CFO de WorldCom), condenado a 5 años de prisión. Sobre estos casos, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, John Wiley & Sons, West Sussex, 2008, pp. 558-581.

[21] Cuya conducta define CAVICO como "el intento de un empleado (…) de revelar conductas ilícitas cometidas en la organización o por parte de ésta (…) también las que juzga como inmorales o contrarias al interés público" (véase, «Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis», *STexLRev*, 45, 2004, pp. 543-645; p. 548). Sobre los *whistleblowers* en relación con el caso Enron, BAYNES, «Just Pucker and Blow?: an Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 875-896; pp. 877 y ss.; ID., junto con CHERRY, «Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law», *WashLRevAss*, 79, 2004, pp. 1029-1123; pp. 1031-1039. Asimismo, en la literatura española, RAGUÉS I VALLÈS, «¿Héroes o traidores? La protección de informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal», *InDret*, 2006-364, pp. 1-19. Con otro enfoque, RODRÍGUEZ YAGÜE, «La protección de los whistleblowers por parte del ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales», en Arroyo Zapatero y Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 447-484.

[22] La SOx contiene, en su sección § 806 (a), diversas previsiones al respecto que protegen al informante interno y que se concretan en deberes de readmisión (medidas que encuentro del todo desaconsejables) y de indemnización. Sobre esta cuestión, CHERRY, *WashLRevAss*, 2004, pp. 1044 y ss., y 1087 y ss. También, CAVICO, *STexLRev*, 2004, p. 550.

silencio en casos como los citados, en los que un gran número de no imputados que además resultaron ser afectados no ejercieron a tiempo de *whistleblowers*.

§ 6. Antes de su colapso, Enron era vista por la mayoría de los analistas e inversores como una compañía implacable. El mercado consideraba que la directiva de Enron tenía talento y agresividad y que su modelo de negocios era innovador y revolucionario[23]. La cuestión es: ¿qué hizo que el mercado valorara tan altamente a Enron? Las declaraciones financieras anuales «alteradas» de la compañía pudieron llevar a los inversores –mal informados– a adquirir acciones de Enron.

> Los analistas evalúan las operaciones de una compañía con base en cuatro índices de medida de la actividad, a saber: el IBE (Ingresos antes de partidas extraordinarias), el CFO (Efectivo resultante de operaciones), el CI (Ingresos integrales o Resultados), y el FCF (Efectivo libre, obtenido a partir de la resta del CFO menos los gastos netos del capital, más el pago de los intereses netos). Estas medidas se desplazaron en tándem entre 1991 y 1996, y dentro de una línea estrecha. Pero en 1997 los indicadores no sólo divergieron dramáticamente, sino que, al parecer, también aumentaron en volatilidad.

Ha existido una sustancial asimetría entre los poderosos incentivos ofrecidos para lograr un aumento del valor accionarial a través de actuaciones empresariales agresivas y las débiles fuerzas disuasorias de los directivos y de sus obligaciones fiduciarias[24]. Dicha asimetría crea una inclinación natural en el mercado a favor de aquéllos que ocupan posiciones de control e influencia[25].

---

[23] Véase, CATANACH y RHOADES-CATANACH, *VillLRev*, 2003, pp. 1060 y ss. También, BENEISH, «Detecting GAAP Violation: Implications for Assessing Earnings Management among Firms with Extreme Financial Performance», *JAcc&PubPol'y*, 16, 1997, pp. 271-309.

[24] Así, POSNER asegura que "aunque los directivos tienen un poderoso incentivo para dirigir bien la firma o para encomendar su dirección a otro que puedan si es que no son capaces de hacerlo ellos mismos, su incentivo para comportarse justamente con los accionistas (entendiéndose por tal la procuración de la maximización del valor accionarial de la compañía) es más débil" (en *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 1998, p. 452). Por su parte, PAZ-ARES entiende que "los incentivos para actuar diligentemente (en las sociedades no cotizadas) se hallan básicamente en el menor grado de separación que presentan entre propiedad y gestión", y añade que "el hecho de que los administradores sean propietarios de una porción significativa de la empresa les proporciona un incentivo natural de enorme potencia para realizar sus cometidos con los niveles de atención y esfuerzo debidos" (en «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, 2003-162, pp. 1-61; p. 7, si bien más adelante declara que "en el terreno del deber de lealtad, la propiedad por parte de los administradores de una parte sustancial del capital de la empresa no ayuda en absoluto a prevenir el fraude").

[25] Así, SMITH y WALTER, *IR*, 2006, p. 64.

§ 7. No faltan conjuraciones en relación con el caso Enron[26]. El «Quién es Quién» es un enorme dominó que va desde los órganos rectores de la compañía hasta el Gobierno de los EEUU[27]. De esta manera, la caída de la que llegó a ser la séptima compañía del país[28], que se vio obligada a someterse el 2 de diciembre de 2001 al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras, ha dado lugar a una inabarcable literatura jurídica, económica y sociológica, que a su vez ha desembocado en una importante construcción retórica en torno a los diferentes indicadores financieros motivadores del desastre.

> En este sentido, resulta de interés traer a colación la terminología que crean *ad hoc* BOJE, GARDNER y SMITH en su investigación económica acerca del caso Enron[29]. En ella destacan primordialmente conceptos como el de «etnoestadística» (*ethnostatistics*) o el de «metateatro» (*metatheatre*). El primero, que sirve de base al estudio, hace referencia a la técnica que emplean los investigadores y profesionales académicos para atribuir, mediante el empleo de técnicas estadísticas, un sentido cualitativo a los fenómenos sociales. El segundo, admite dos significados: el

[26] BOJE y ROSILE llegan a contabilizar hasta diez fuentes del desastre (en «Enron whodunit?», *Ephemera*, 2, 2002, pp. 315-327).

[27] *Ibidem*, p. 315.

[28] Las conocidas como «Las Siete Hermanas del Petróleo» eran Exxon, Mobil, Shell, British Petroleum, Gulf, Texaco y Chevron. Más tarde, la fusión de Exxon y Mobil permitió que se hablara de Enron como la nueva séptima hermana, en una versión de las «Siete Hermanas» de 1911, según apunta precisamente la séptima conjuración de BOJE y ROSILE, *Ephemera*, 2002, p. 320. En realidad esta conjuración es más una curiosidad que una conjuración, y consiste en asimilar a Lay y a Enron con el legendario John D. Rockefeller (1839-1937) y su industria petrolífera. El afamado empresario estadounidense, fundador de Standard Oil (ExxonMobil es la más grande de sus descendientes), llevó a la compañía a convertirse en la más grande del mundo en cuarenta años. Su carrera empresarial fue controvertida: fue acusado de practicar monopolio y llegó incluso a ser delatado por periodistas investigadores. Se asocia a la familia Rockefeller con la colaboración en la gestación de la primera y la segunda guerras mundiales con el fin de obtener beneficios económicos a partir de la venta de armas y afines. Rockefeller es el autor de una célebre frase en la cultura estadounidense pronunciada como metáfora del darwinismo social: "el crecimiento de un gran negocio es simplemente la supervivencia del más apto... La rosa American Beauty sólo puede alcanzar el máximo de su hermosura y el perfume que nos encantan si sacrificamos otros capullos que crecen en su alrededor. Esto no es una tendencia malsana del mundo de los negocios. Es, meramente, el resultado de la combinación de una ley de la naturaleza con una ley de Dios" (la frase fue pronunciada en una conferencia escolar, y la recoge HOFSTADTER en *Social Darwinism in American Thought*, Beacon Press, Nueva York, 1992, p. 45). Pues bien, de la misma manera que en los años 80 del s. XIX el petróleo era una nueva industria para John D. Rockefeller, en los años 80 del s. XIX el gas natural fue la nueva industria para Kenneth Lay. En 1911 el Gobierno de los EEUU desmembró la Standard Oil Company of New Jersey (conocida como «Jersey»). Ésta se había convertido en una entidad que comprendía una red de 322 compañías asociadas controladas por unos pocos ejecutivos. De esta manera, el estudio llevado a cabo por BOJE y ROSILE argumenta una analogía de los patrones de «Jersey» en el caso Enron, esta vez con una red de 3500 compañías subsidiarias y asociadas.

[29] En «(Mis)Using Numbers in the Enron Story», *ORMJ*, 9, 2006, pp. 456-474.

> «metateatro» entendido como conjunto de múltiples teatros en los que un reparto de personajes representa historias para los espectadores (acepción empleada por los autores); o como comunicación acerca del proceso de comunicación: la habilidad de comunicar acerca del proceso de comunicación mismo[30].

§ 8. Enron, WorldCom, Tyco, Adelphia… ¿qué fue lo que concentró los escándalos financieros de las grandes compañías entre 2001 y 2002? Algunos autores han apuntado a un canje desafortunado entre los principios de proximidad y objetividad por parte de los altos directivos[31]. Otros, más catastrofistas, sugieren un deterioro colectivo de la moralidad comercial, alimentado por una legislación excesivamente permisiva[32]. Por último, hay quien ha preferido cargar contra la mala fe de una minoría directiva no representativa del buen hacer común[33].

Sin embargo, las deficiencias de un Consejo directivo aislado no pueden explicar el surgimiento de fracasos de gobierno generalizados[34]. Para COFFEE, el reconocimiento anticipado de ingresos que tuvo lugar entre 1997 y 2001 hizo que los intereses de los directivos y de los inversores se desalinearan cada vez más, de manera que los auditores quedaron atrapados en medio[35]. Por otro lado, el perfil de Enron debió haber alertado al analista medio acerca de la posibilidad de que la compañía estuviera seriamente sobreestimada[36]. Con anterioridad a 1980, la postura doctrinal estadounidense

---

[30] Concepto acuñado por TEUBNER, V., en *On the Edge of the Bush: Anthropology as Experience*, University of Arizona Press, Túcson, 1985, p. 181.

[31] Véase, MACEY, «Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 394-422. Confirmando esta línea, ELSON, «Enron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 496-502.

[32] En este sentido, WIDEN, «Enron at the Margin», *BusLy*, 58, 2003, pp. 961-963. Curiosamente muy a pesar de que, en lo que interesa a este estudio, Enron disponía de un código ético –adoptado en julio de 2001– en el que, entre otras muchas previsiones, se aseguraba que los miembros de la compañía "son responsables de la llevanza de su actividad empresarial de acuerdo con los más altos estándares éticos" (véase, ELSON y GIVES, «The Enron Failure and Corporate Governance Reform», *WkFtLRev*, 38, 2003, pp. 855-884; p. 860). De ahí que autores como SIMS y BRINKMAN hayan argumentado que la compañía cultivaba una cultura corporativa «escaparatista» (véase, «Enron Ethics (Or: Culture Matters More than Codes)», *JBusEth*, 45, 2003, pp. 243-256; p. 254).

[33] En esta línea se pronunció en 2002 un subcomité del Senado de los EEUU para atribuir el grueso de la responsabilidad en el caso Enron a su junta directiva (véase, *Permanent Subcommitee On Investigations Of Comm. On Governmental Affairs, United States Senate, The Role Of The Board Of Directors In Enron´s Collapse,* S. Rep. No. 107-170, 59 (2002)). También THORBURN, «Corporate Governance Practices in Europe: 'Enron' Antidote?», *VtLRev*, 27, 2003, pp. 887-907.

[34] Véase, COFFEE, *CornLRev*, 2003-2004, p. 269.

[35] *Ibidem*, p. 285.

[36] En el mismo sentido, CATANACH y RHOADES-CATANACH, *VillLRev*, 2003, pp. 1057 y ss.

dominante en materia mercantil se esforzó en la elaboración de una «teoría del capitalismo directivo» que básicamente entendía la sociedad pública como una especie de burocracia inflada que crecía en ventas y en tamaño, pero que no registraba ganancias ni aumentaba su capital social[37]. En este contexto, los altos directivos resolvieron hacer balance de sus intereses para dejar de otorgar prioridad a los de los accionistas. Las grandes fusiones empresariales, por ejemplo, sirvieron para alcanzar los fines de los directivos, ya que reducían el riesgo de insolvencia, protegiendo a los altos directivos mediante la provisión de una amplia cartera de negocios y actividades susceptibles de ser subvencionadas transversalmente para así mitigar el impacto del ciclo empresarial[38]. Además, y como es lógico, a un aumento en las dimensiones acompañó un mayor número de ingresos para los directivos, lo que redujo el riesgo de eventuales disputas por el poder y ensombreció la actividad del accionariado. De esta manera, los directivos permanecían aislados de las demandas de los accionistas.

§ 9. Para COFFEE los principales agentes desestabilizadores del equilibrio fueron los inversores institucionales y el propio Congreso. Los primeros porque, según el autor, promovieron el uso de las *stock options* para compensar a directivos y gestores con el fin de incrementar la sensibilidad de éstos hacia el mercado[39]. El Congreso, porque aceleró dicho proceso mediante el establecimiento de un límite máximo en la compensación que los altos ejecutivos podían percibir.

---

[37] Pueden verse, al respecto, MARRIS, *The Economic Theory Of 'Managerial' Capitalism*, MacMillan, Londres, 1967; BAUMOL, *Business Behaviour, Value And Growth*, MacMillan, Nueva York, 1967.

[38] Sobre los ciclos empresariales, KYDLAND, *Business cycle theory*, Edward Elgar, Aldershot, 1995. En la literatura española, LUCAS, «Comprendiendo los ciclos económicos», *BEICE*, 30, 1985, pp. 45-64; ID., «Un modelo de equilibrio del ciclo económico», *BEICE*, 30, 1985, pp. 65-96; y, mas extensamente, ID., *Modelos de ciclos económicos,* Alianza, Madrid, 1988. Asimismo, KRUGMAN, *La era de las expectativas limitadas*, Ariel, Barcelona, 1991; ID., *El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual*, Crítica, Barcelona, 2009.

[39] En el mismo sentido, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, 2008, pp. 313-318. Sobre los orígenes de esta forma de retribución en el ámbito estadounidense véase, por todos, PERRY y ZENNER, «CEO Compensation in the 1990s: Shareholder Alignment or Shareholder Expropiation», *WkFtLRev*, 35, 2000, pp. 123-152. En opinión de GIMÉNEZ ZURIAGA, la propiedad dispersa de las acciones favorece el vacío de poder al fracturarse la relación propiedad-dirección, lo cual conduce a problemas de agencia en la gestión. Así, "a menos que los directivos cuenten con incentivos financieros apropiados (…) no podrán tomarse acciones que maximicen el valor presente de la empresa" (en «El gobierno corporativo, el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios», *AF*, 90, 2003, pp. 99-111; p. 109).

I. EL CASO ENRON

Las *stock options* son opciones contractuales que confieren a su titular gratuitamente o por un precio determinado el derecho de adquirir o suscribir un determinado número de acciones de la concedente o de una tercera sociedad del grupo, durante un plazo determinado (opción americana) o en una fecha concreta (opción europea), siempre que se cumplan ciertas condiciones adicionales[40]. Su función no es otra que la de incentivar a los directivos haciendo sus beneficios dependientes de la discrecionalidad del mercado. El mecanismo de funcionamiento es sencillo: además de su sueldo, se ofrece a los altos directivos un número determinado de opciones sobre las acciones de su compañía, de forma que éstos tienen derecho a comprar acciones a un precio preferente, siempre hasta –o en– una fecha. Si la gestión de la compañía es óptima, el precio de las acciones sube en bolsa y los directivos pueden obtener una remuneración extra considerable ejerciendo su derecho a comprar a un precio «x» cuando las acciones cotizan a, digamos, «2x» en el mercado. A pesar de que en otros países, tales como los EEUU[41], Reino Unido o Francia, las *stock options* están perfectamente definidas como retribuciones no salariales, en España la jurisprudencia más reciente ha establecido, no sin generar un

[40] Véase, ALZAGA RUIZ, *Las Stock Options: un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 43. El concepto de *stock option* ha recibido una gran variedad de definiciones por parte de la doctrina española. TUSQUETS TRIAS DE BES las define como "programas que permiten a sus beneficiarios participar en el capital de las empresas para las que prestan sus servicios, en condiciones ventajosas, mediante el otorgamiento de una opción sobre un paquete de acciones de la sociedad, a ejecutar en un plazo determinado, durante el que deberán seguir vinculados laboralmente a la sociedad y al precio de cotización de las acciones preestablecido en el momento de otorgamiento de la opción" (en *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998, p. 261). VÁZQUEZ LEPINETTE las define como "un sistema de retribución de los administradores, directivos y empleados de la sociedad, mediante su participación, en condiciones ventajosas, en el capital de dicha sociedad" (en «Los planes de opciones sobre acciones (stock options): perfiles jurídico-privados», *DN*, 120, 2000, pp. 1-19; p. 2). Por su parte, DE LA PUEBLA PINILLA considera que las *stock options* son "un negocio financiero en virtud del cual una de las partes (concedente de la opción) ofrece a la otra (beneficiario de la opción), de forma gratuita o a cambio de un precio (prima o precio de la opción) la posibilidad de decidir si compra o no, en un momento concreto o durante un plazo determinado, un cierto número de acciones a un precio (precio de ejercicio de la opción) fijado en el momento de celebrar el contrato, de tal manera que, llegado el momento pactado, el beneficiario de la opción puede decidir libremente comprar las acciones al precio fijado *ab initio* o, por el contrario, dejar que su derecho de compra decaiga" (en «Algunas reflexiones sobre la naturaleza salarial de las stock-options (en torno a la sentencia de 5 de junio de 2000 del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid)», *PS*, 56, 2000, p. 12).

[41] Estas modalidades retributivas vienen utilizándose desde hace mucho tiempo en los EEUU. Según apunta BELLVEHÍ MUÑOZ, "la primera empresa en diseñar un plan de s*tock options* para todos sus empleados fue la farmacéutica Pfizer en el año 1952" (en *Las* stock options *en España. Estudio jurídico de los aspectos mercantiles, fiscales, retributivos y laborales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 22). En España, el debate sobre la naturaleza de las *stock options* se remonta a 1999, cuando, en el mes de noviembre, se desató un importante debate social sobre los planes de *stock options* de Telefónica.

debate aún en vigor al respecto, su naturaleza salarial[42]. Por lo tanto, el cómputo de la ganancia en opciones sobre acciones deberá considerarse como salario a los efectos del cómputo de las indemnizaciones por despido improcedente, lo cuál encarece el despido de empleados que hayan ejercitado sus opciones durante su último año de permanencia en la empresa.

§ 10. En 1984 el Congreso de los EEUU aprobó un impuesto sobre la remuneración en concepto de *stock option* conodico como «*parachute payment*», con el fin de desincentivar las compensaciones que los altos directivos de las compañías venían percibiendo en conexión con el cambio en el control de las transacciones[43]. Más tarde, en 1993, promulgó un nuevo precepto –el § 162 (m)– del Código Interno de Impuestos sobre la Renta, que básicamente negaba una deducción en la contribución de las empresas públicas en concepto de compensación anual a pagar a sus directores

[42] En este sentido pueden verse las SSTS (Sala de lo Social) de 24 de octubre de 2001 (ponente, FUENTES LÓPEZ), FD 3º; de 4 de febrero de 2002 (ponente, GULLÓN RODRÍGUEZ), FD 3º; de 10 de abril de 2002 (ponente, FERNÁNDEZ LÓPEZ), FD 3º; de 11 de abril de 2002 (ponente, MARTÍN VALVERDE), FD único; de 1 de octubre de 2002 (ponente, DESDENTADO BONETE), FD 2º. La doctrina se encuentra dividida en este punto. Así, CAVAS MARTÍNEZ entiende que "este beneficio puede tener la consideración de salario si, efectivamente, las opciones sobre acciones se han entregado al trabajador como contraprestación, expresa o implícita, de su prestación profesional de servicios laborales, o si guardan conexión con algún otro de los elementos que según el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores integran la estructura del salario" (véase, «Aspectos jurídico-laborales de las *stock options*. Comentario a las SSTS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2001», *AS*, 5, 2002, pp. 31-48; p. 25). Por su parte, DEL REY GUANTER y BONILLA BLASCO sostienen que "en principio puede realizarse una afirmación general en favor del carácter salarial de las opciones sobre acciones, susceptible, en cualquier caso, de múltiples matizaciones" (véase, «La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001», *AL*, 3, 2001, pp. 637-658; p. 644). En contra de la consideración salarial de las *stock options*, BELLVEHÍ MUÑOZ, *Las* stock options *en España*, 2002; CUENCA GARCÍA, *Régimen jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Comares, Granada, 1999, p. 69.

[43] Con anterioridad a 1991, el § 16 (b) de la Ley de Intercambio de Valores de 1934 exigía al alto directivo de una empresa pública el mantenimiento de la seguridad oportuna durante los seis meses siguientes al ejercicio de una opción de compra. De no ser así, el precepto obligaba al directivo a entregar a la compañía cualquier ganancia derivada de la venta en concepto de «beneficio de corto viraje u oscilación» (*short swing profit*). Sin embargo, en 1991 la SEC practicó una revisión del § 16 (b) y decidió derogarlo. Concretamente, la SEC centró su atención en los plazos requeridos por el precepto en cuestión para flexibilizarlos de forma que el directivo pudiera hilvanar el periodo hábil para ejercitar la opción de compra con el de las acciones subyacentes. Muy crítico con los modelos de retribución de directivos, recientemente, GÓMEZ BENÍTEZ, «Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores: reflexión con motivo del caso BSCH», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 229-254. También, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?», *InDret*, 2009-2, pp. 1-40; pp. 11-12.

ejecutivos, así como a cualquiera de los cuatro directivos mejor pagados de la compañía, cuando el montante percibido por cada uno de ellos excediera el millón de dólares. Sin embargo, el efecto de esta provisión no llegó a traducirse en la imposición de un verdadero límite, ya que algunas compañías aceptaron perder su derecho a las deducciones oportunas para continuar proporcionando una mayor compensación a sus ejecutivos[44].

> En relación con la retribución de directivos y el eventual conflicto de intereses que pudiera derivarse de la forma de ésta, algunos autores apuntan a los instrumentos de gobierno corporativo como los medios idóneos de cara a la resolución de tales conflictos[45].

Como era predecible, una restricción en las compensaciones de los altos directivos llevó a los órganos de planificación de las compañías a

[44] Véase, LUBLIN, «Firms Forfeit Tax Break to Pay Top Brass $1 Million-Plus», THE WALL STREET JOURNAL, 21 de abril de 1994. Asimismo, BEBCHUCK y FRIED, «Executive Compensation as Agency Problem», *JEP*, 17, 2003, pp. 71-92. También, SNYDER, «More Pieces of the CEO Compensation Puzzle», *DelJCorpL*, 28, 2003, pp. 129-183; p. 183. En la literatura española, de gran interés a efectos de este estudio, FARRANDO MIGUEL, «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el Mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 17 de julio de 2006)», *RDS*, 27, 2006, pp. 355-435; pp. 359 y ss.

[45] Véanse MURPHY, «Round table on Corporate Governance and Executive Pay: Problems and Solutions», *JACF*, 16, 2004, pp. 51-69; p. 55; ID., «Explaining Executive Compensation: Managerial Power Versus the Perceived Cost of Stock Options», *UChiLRev*, 69, 2002, pp. 847-869; pp. 856-857; ID., «CEO incentives – It's Not How Much You Pay, But How», *JACF*, 3, 1990, pp. 36-49, haciendo referencia a cómo ha de estructurarse la retribución de los administradores para conseguir maximizar la riqueza de los socios. Asimismo, HILL y YABLON, «Corporate Governance and Executive Remuneration: Rediscovering Managerial Positional Conflict», *UNwSthWsLJ*, 25, 2002, pp. 294-319; pp. 314-318, refiriéndose a la relación existente entre estas prácticas retributivas y algunos escándalos societarios recientes. En la literatura española, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Límites a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre *Business Judgment Rule, Pay for Performance* y administración desleal», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp.273-292; especialmente, las pp. 277 y ss., haciendo referencia a la incardinación potencial de los conflictos de interés relacionados con la remuneración de directivos en dos preceptos (arts. 295 y 252) del CP español (con amplias referencias); VELASCO SAN PEDRO, «Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)», *RDS*, 27, 2006, pp. 137-147, refiriéndose ampliamente al Código Unificado o Conthe; ALCALÁ DÍAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», en Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 447-496; p. 450; PAZ-ARES, «El Enigma de la Retribución de los Consejeros Ejecutivos», *InDret*, 2008-1, pp. 1-74; pp. 34 y ss.; MATEU DE ROS CEREZO, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo: estudio del informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

decantarse por un mayor recurso a aquéllas mediante la participación de los éstos en el capital social. Esta nueva tendencia a la participación en el capital social como sistema de compensación, la cual incita a la adopción de decisiones empresariales a corto plazo o *short run* (el denominado «efecto cuarto cuatrimestre»[46]), se aceleró en los años noventa, aunque tenía su origen en la década precedente como una consecuencia de los momentos adquisitivos[47]. De esta manera, cabe afirmar que en 1990 las compensaciones sobre el capital social que recibían los altos ejecutivos de las compañías públicas en los EEUU constituían aproximadamente un 5% del total de sus ingresos anuales. En 1999, este porcentaje ascendió hasta un desorbitado 60%[48]. La conclusión a la que llega COFFEE al respecto, inspirada en los resultados del estudio llevado a cabo por MORIARTY y LIVINGSTON[49], establece que la deducción más lógica que se puede extraer de los escándalos relacionados con las irregularidades contables que se hicieron públicas en los años 2001 y 2002 es que *su erosión germinal tuvo lugar durante la década de*

[46] Véase, BARRIS, «The Overcompensation Problem: A Collective Approach to Controlling Executive Pay», *IndLJ*, 68, 1992, pp. 59-100; p. 68.

[47] Véanse, COFFEE, *BusLRev*, 2002, p. 1426; ID., *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2006, donde define a los *gatekeepers* como "una forma de monitor o vigilante externo o independiente –alguien que criba errores o defectos o verifica la conformidad con estándares o procedimientos" (p. 2). No obstante, la primera definición académica del término en cuestión es la que brinda KRAAKMAN en «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», *JLE&O*, 2, 1986, pp. 53-104; pp. 53-5 y 61-66, según la cual el *gatekeeper* es un profesional cuya posición le habilita para prevenir el «mal hacer» (*wrongdoing*) mediante la negación de su necesaria cooperación o consentimiento. Asimismo, sobre esta cuestión, HAMDANI, «Gatekeeper Liability», *SCalLRev*, 77, 2003, pp. 53-122, para quien el *gatekeeper* en cuanto tercero con capacidad técnica para prevenir el «mal hacer» profesional debería ser responsable "sólo si puede a) detectar el «mal hacer» a un a un coste razonable, e b) impedir que los clientes que saben son «malhechores» realicen conductas reprochables" (p. 99). Más recientemente, COFFEE, «Fracaso y reforma del 'gatekeeper': el reto de hacer las reformas pendientes», en Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados), II*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 185-246.

[48] Véase, ALTMAN, «How to Tie Pay to Goals, Instead of the Stock Price», THE NEW YORK TIMES, 8 de septiembre de 2002. El interés científico de este artículo reside en sus fuentes, ya que recoge los datos del estudio realizado por el profesor de la Escuela de Negocios de Harvard, Brian J. HALL, quien concluye, *grosso modo*, que la media de compensación sobre el capital que disfrutaban los más altos directivos estadounidenses de las quinientas mayores compañías del país ascendió desde un 0% en 1984 hasta un 8% en 1990 y un 66% en 2001. Para más información, HALL, «Six Challenges in Designing Equito-Based Pay», *AJACF*, 15, 2003, pp. 21-33; pp. 21-23.

[49] Dicho estudio reveló que la «reafirmación de ingresos» practicada por las corporaciones sometidas a control público alcanzó un promedio de cuarenta y nueve por año desde 1990 hasta 1997, para después elevarse a noventa y una en 1998, y dispararse hasta las ciento cincuenta y ciento sesenta en 1999 y 2000, respectivamente (véase, «Quantitative Measures of the Quality of Financial Reporting», *FE*, 17, 2001, pp. 53-56).

los años noventa, afectando primordialmente a la calidad de la información financiera. La hipótesis sugiere que, durante este periodo, el comportamiento de los directivos de las grandes compañías sujetas a control público se vio alterado por una irrefrenable tendencia a asumir mayores riesgos. Así, el reconocimiento anticipado de ingresos pronto se extendió como una práctica habitual que acabaría ocasionando en las empresas enormes pérdidas a medio y largo plazo.

§ 11. En cualquier caso, son abundantes y complejas las tesis que abordan la problemática de Enron, diversificadas en un *amplio rango de resultados culpabilísticos complementarios*. El presente trabajo pretende centrarse en la presentación y exégesis de los que, a mi juicio, son los cuatro momentos y/o acontecimientos concatenados clave para el diagnóstico del derrumbe, a saber: (a) la *liberalización del mercado energético*, que facilitó la inmersión de Enron en mercados alternativos mediante el establecimiento de contratos de suministro de larga duración que permitían a la compañía especular con el precio futuro de la materia prima; (b) el *diseño y la fundación de las Entidades de Uso Específico* (SPEs), que ayudaron a despejar la deuda relativa de los libros contables de Enron a través de la transacción encubierta de activos de la matriz a sus SPEs; (c) la *falta de independencia de los auditores*[50], motivada por una (d) *concepción fallida del sistema de gobierno corporativo*, a la que contribuyó, en la medida en que más adelante será descrito, cada uno de los eslabones de dicho sistema.

Estos cuatro factores merecen un estudio más detallado, en el que me detendré a continuación.

[50] Sobre el requisito relativo a la independencia del auditor de cuentas puede verse, en la literatura jurídica española y a modo introductorio, PAZ-ARES, *La Ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996. Asimismo, RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ y ÁLVAREZ PÉREZ, «La reforma de la Ley de Auditoría de Cuentas: Algunos aspectos claves», *Entremu*, 14, 2002, pp. 143-152, en el que los autores apuntan que "la independencia (del auditor) supone una actitud mental que permite al auditor actuar con libertad respecto a su juicio profesional, para lo cual debe encontrarse libre de cualquier predisposición que limite su imparcialidad en la consideración objetiva de los hechos así como en la formulación de sus conclusiones" (p. 148). También, ALONSO AYALA, «Auditoría: Situación Actual y Perspectivas», *E&F*, 4, 2007, pp. 24-27, quien advierte que, ya desde la aprobación en 1984 de la Octava Directiva de Auditoría (84/253/CEE, derogada posteriormente por la Directiva 2006/43, de 17 de mayo), "se ha traspasado la capacidad normativa nacional de esta materia a un órgano internacional de carácter privado" (p. 25).

I.2. Las causas de la caída.-

I.2.1. La liberalización del mercado energético.-

§ 1. Si cabe identificar un primer momento clave en el desastre, ese es sin duda el que se registra en 1987 con la liberalización del mercado energético, ya que a este hito sigue un periodo de incertidumbre por parte de la comunidad financiera[51].

Las políticas de liberalización subyacen en el corazón de la estrategia comercial de Enron. Su actividad inicial, el comercio de la energía, sólo existió a partir de la liberalización de la electricidad y de la producción y el suministro de gas natural[52]. La estrategia de presión para promover la liberalización del mercado energético tuvo éxito en veinticuatro Estados[53], lo que permitió a Enron disponer de un terreno despejado para comenzar su inmersión en nuevos mercados de explotación[54]. El propio Jeffrey Skilling, que sucedió a Lay como CEO de Enron en febrero de 2001 para renunciar a su cargo en agosto del mismo año, describía a la compañía, paradójicamente, como "una firma cuya misión era destruir el monopolio y a sus comprados protectores en el gobierno" de los EEUU[55].

§ 2. En este escenario, Enron se presenta como un *banco de energía*, un simple intermediario entre compradores y vendedores de gas natural que obtendría beneficio de la diferencia entre el precio de compra y el de venta. Los productores de gas serían el homólogo de los depositantes en un modelo de banco comercial y los consumidores de energía serían los prestatarios. Enron reunía los depósitos de gas y establecía con los compradores contratos de suministro energético de larga duración (quince años o más). El concepto de *banco de energía* proporcionaba a Enron, como intermediario, una posición privilegiada de acceso exclusivo a la información de los precios entre los depositantes de gas y los compradores.

Al haber logrado Lay que el sector de la energía se liberalizara, no existía una voz con autoridad en materia de precios que fijara unas líneas comunes de actuación. Así, Enron podía alterar unilateralmente los precios en

---

[51] La cual, en opinión de BOJE, GARDNER y SMITH, "no termina de comprender el papel que desempeñan los números en los informes financieros en un contexto de liberalización" (en *ORMJ*, 2006, p. 457).

[52] Así, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1277.

[53] Véase, WAYNE, «Enron, Preaching Deregulation, Worked the Statehouse Circuit», THE NEW YORK TIMES, 9 de febrero de 2002. Según BRATTON, "para Enron «liberalización» significaba una especial protección legislativa para su propio modelo empresarial, y no una verdadera «liberalización»" (en *TulLRev*, 2002, p. 1278).

[54] Así, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1277.

[55] *Ibidem*, p. 1278.

sus contratos con las productoras suministradoras de gas natural haciendo cálculos especulativos sobre un mayor precio de venta futuro para sus clientes. La vía más directa para llevar a la práctica esta política era la contratación de larga duración, ya que los contratos de más de seis años (y hasta quince o veinte) con suministradores de gas permitían a Enron especular con más facilidad las variaciones en los precios futuros[56]. Para ello, se servía del llamado «sistema VaR», un procedimiento comúnmente aceptado de estimación de las probabilidades de pérdidas basado en el análisis estadístico de las tendencias de los precios[57].

> El gran inconveniente que presentan los sistemas estadísticos de evaluación de riesgos es que ninguno puede predecir con exactitud el precio futuro de un bien. Se utilizan con cierto criterio para predecir precios a seis o dieciocho meses de plazo, pero definitivamente no son capaces de anticipar el precio que un producto de primera necesidad va a tener dentro de veinte años. De esta manera, Enron provocó la creación de un mercado de contratos de larga duración superiores a seis años, difundiendo así una gran inseguridad en los comerciantes, quienes al no disponer de una curva de precios pública y fiable, no sabían determinar un índice de precio futuro para el gas natural.

---

[56] Sobre la política de especulación con precios futuros, BRYCE, *Pipe Dreams: Greed, Ego, and the Death of Enron*, Public Affairs, Nueva York, 2002. Más brevemente, SLOAN, «Do Stock Pricees Fully Reflect Information in Accruals and Cash Flows About Future Earnings?», *AccRev*, 71, 1996, pp. 289-315. Desde una perspectiva empírica, XIE, «The Mispricing of Abnormal Accruals», *AccRev*, 76, 2001, pp. 357-373. El asentamiento de ingresos artificiales, según BRYCE, proporciona una ilusión de fortaleza financiera a corto plazo, pero las ventas inexistentes no generan movimientos de caja reales y ello tarde o temprano lleva consigo el desmoronamiento del engranaje. Así, aunque las operaciones financieras de Enron no eran fáciles de entender, sus movimientos de caja mostraban claramente la existencia de un grave problema en la compañía. No obstante, hay que tener presente que BRYCE, R. apunta a la obviedad del claroscuro de los movimientos en un estudio publicado con posterioridad a la revelación de los acontecimientos.

[57] Acerca del «sistema VaR», KAMINSKI y MARTÍN, «Transforming Enron Corporation: The value of active management», *JACF*, 13, 2001, pp. 17-49. Vince KAMINSKI, ex director del Departamento de Investigación de Enron, fue quien diseñó las herramientas para la fijación de los precios del género y las estrategias de cobertura, así como las transacciones derivadas de los contratos de suministro de gas natural. Su estudio se centra en la figura del Director Ejecutivo de Riesgo (*Chief Risk Officer*, CRO), cuya función consistía en proporcionar una visión sistemática del riesgo corporativo. En compañías que comercian con productos de primera necesidad, el CRO es el encargado de validar y/o ratificar las curvas de precios. En Enron, fue Richard Buy el encargado de desempeñar el papel de CRO independiente. Sin embargo, *la división de los poderes de dirección y de control de riesgo no existía en la práctica*. Además, el Consejo, encargado de supervisar la labor del CRO, nunca llegó a comprender esta figura, ni el modelo VaR. Así, la conclusión a la que llega KAMINSKI es que, además de la falta de independencia de Richard Buy y del desconocimiento del sistema de predicción del riesgo por parte del Consejo, Enron fracasó en la utilización de sus directrices internas para controlar el riesgo total. Sobre la incertidumbre respecto a la predicción en los procesos de adopción de decisiones empresariales por parte de los administradores, CALFEE y CRASWELL, «Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards», *VaLRev*, 70, 1984, pp. 965-1003.

§ 3. Para los defensores de la liberalización, el fracaso de Enron debe entenderse como una corroboración del éxito del libre mercado, hasta el punto de que la compañía "fue un castillo de naipes que los propios actores del libre mercado derribaron"[58]. La argumentación es coherente, ya que tiene sentido pensar que es la naturaleza inherente a un mercado libre la que acaba por descubrir y expulsar del sistema a aquéllos agentes que practican una violencia comercial excesiva. Otros autores, en cambio, se han pronunciado a favor de la adopción de medidas normativas o reglamentarias frente a los graves desequilibrios financieros. En este sentido, BRATTON asegura que "la firma (Enron) se vino abajo por el más trivial de los motivos: sus mandatarios sufrieron las irrefrenables inclinaciones del éxito empresarial. Sobreestimaron el alza y carecieron de paciencia. Persiguieron un crecimiento excesivo a corto plazo que su plan empresarial no pudo hacer efectivo, lo que les hizo propensos al riesgo, embarcándose en la especulación, la manipulación de beneficios y el ocultamiento de la información crítica"[59]. Y sentencia que "Enron fracasó debido a que su afán por encumbrar un crecimiento inmediato del valor accionarial le llevó a inaplicar la economía"[60].

§ 4. Las reglas contables eran flexibles en relación con las transacciones de derivados, así como con los contratos de suministro de energía de larga duración. Sin ir más lejos, *permitían a Enron registrar un beneficio presente basado en una presunción de la proyección de los precios de la energía en diez años*. De esta manera, cabe pensar que, si los agentes de Enron estaban exagerando sus ganancias, ello no se debía automáticamente a un fallo de los auditores, teniendo en cuenta que la auditoría proporciona una

[58] Véase, ROSSANT, «Why a Few Enrons Would Do Europe Good», BUSINESS WEEK, 31 de diciembre de 2001.

[59] En *TulLRev*, 2002, p. 1282. Así, la falta de claridad en las operaciones, la ocultación o el falseamiento de la información, llevan a pensar que los gestores de algunas entidades sabían que estaban llevando a cabo operaciones ilegítimas y, a menudo, de dudosa legalidad, tal y como han puesto de manifiesto autores como, por ejemplo, JACOBIDES, quien plantea, no sin cierta dosis de determinismo, la cuestión de si una empresa puede separarse de los estándares, las convenciones, regulaciones o ideas dominantes en un determinado sector (véase, «New thinking about how to do business», FINANCIAL TIMES MASTERING MANAGEMENT, 13 de febrero de 2009). Sobre las ventajas excesivas obtenidas por los administradores como resultado de las llamadas «transacciones interesadas» (*tunnelling*), y las estructuras operacionales complejas encaminadas a su ocultamiento del escrutinio público, JOHNSON, LA PORTA, LÓPEZ DE SILANES y SHLEIFER, «Tunneling», *AmEcRev*, 90, 2000, pp. 22-27; del último, con VISHNY, «A Survey of Corporate Governance», *JF*, 52, 1997, pp. 737-783; ID., «Large Shareholders and Corporate Control», *JPE*, 94, 1986, pp. 461-488.

[60] Véase, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1285. En una línea similar, SONG SHIN, «Securitisation and Financial Stability», *EcJ*, 119, 2009, pp. 309-339.

revisión y no la reconstrucción exhaustiva de todas las transacciones[61]. Sería oportuno preguntarse entonces acerca de una hipotética actividad de «previsión», coadyuvante de la de «revisión», inherente a la naturaleza del ejercicio de auditoría.

§ 5. La integridad del mercado de capitales depende en gran medida de la fiabilidad de la información proporcionada por los directivos. En este sentido, aunque la dirección de Enron custodiaba la información relativa a los precios, sólo compartía parte de su contenido con el entorno comercial[62]. Un cercenamiento de la información financiera así motiva, en todo caso, una reacción y un posicionamiento de los agentes comerciales dependientes de dicha información de fatales consecuencias a largo plazo.

I.2.2. El diseño y la fundación de las Entidades de Uso Específico. Ingeniería contable y transacciones encubiertas.-

§ 1. El 2 de diciembre de 2001 Enron se acogió al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras y admitió que sus informaciones financieras habían sobreestimado sus ganancias debido a un fallo en el seguimiento de las reglas de cualificación de las SPEs y a relaciones comerciales fraudulentas con éstas. Algunas de las infracciones eran técnicas; entre ellas, por ejemplo, que obliga a reunir al menos un 3% de inversión externa en el capitalsocial, en el caso de las SPEs Chewco o Talon. Pero las infracciones más serias concernían al falso fundamento de las transacciones relacionadas con las Raptor SPEs a través de LJM1 y LJM2.

Enron registró más de tres mil entidades afiliadas de distinta naturaleza. Cuando una compañía posee la mayoría del capital de otra, las normas de contabilidad estadounidenses exigen que las declaraciones financieras de ambas se reflejen de forma unitaria. De esta manera, una hipotética relación comercial entre ambas compañías no generaría en ningún caso una declaración de ingresos en ninguna de ellas. El objetivo de Enron, en cambio, pasaba por minimizar el montante de la deuda que aparecía en sus

[61] Véase, *TulLRev*, 2002, p. 1342. Por el contrario, recientemente y en el ámbito europeo, el responsable de auditoría de la *Financial Services Authority* británica, Robert Thorpe, realizó unas declaraciones especialmente duras en relación con los auditores en las que aseguraba que éstos "no mostraron el escepticismo suficiente que se le pide a la profesión. Aceptan con demasiada facilidad lo que dice la banca, en lugar de cuestionarlo todo. Debían haber pedido más información sobre algunos temas, ya que la confianza de los mercados depende mucho de la información que reciben de la banca" (palabras recogidas en la noticia «Bruselas endurecerá las reglas a las auditoras por su actuación en la banca», publicada en el diario EXPANSIÓN el 7 de octubre de 2010).

[62] Véase, BOJE, GARDNER y SMITH, *ORMJ*, 2006, p. 463.

balances oficiales de forma que su crédito no se viera afectado. Para ello, cuando quería invertir, lo hacía por medio de alguna de sus SPEs, que actuaba como entidad inversora en la que se seguraba de no participar en ningún caso en más de un 50%. Así, si no poseía la mayoría del capital de la compañía inversora, los números de ésta y, por consiguiente, sus deudas, no figuraban en los balances de la matriz.

§ 2. Las SPEs pueden adquirir la forma de una fundación, de una asociación, o de una Sociedad Anónima, y se establecen para un fin concreto o para una actividad empresarial determinada. Suelen tener un alcance o ámbito limitado, a menudo consistente en el desempeño de una única actividad, como el arrendamiento, la bursatilización, las actividades marginales o de cobertura, la investigación y el desarrollo, o el reaseguro. Dichas actividades se determinan en los documentos constitutivos de la entidad o a través de contratos entre las partes involucradas.

Veamos, a continuación, a modo de ejemplo, algunos de los usos de las SPEs de Enron.

§ 3. En 1990, la Fuerza Operante de Cuestiones Emergentes (*Emmerging Issues Task Force*, EITF) del Consejo de Criterios de Contabilidad Financiera (*Financial Accounting Standards Board*, FASB)[63] publicó los EITFs 90-15 y 96-21[64], documentos dirigidos a facilitar la correcta utilización de las SPEs en transacciones en materia de arrendamientos[65]. Entre otros factores, el EITF 90-15 indicaba que la inversión mínima aceptable por parte de propietarios distintos al arrendatario (siendo la SPE arrendadora) era del 3% del capital total. Pues bien, aunque el EITF 90-15 se centraba en los arrendamientos, la SEC indicó, en sus comentarios al EITF, que las condiciones impuestas por dicha norma podrían resultar útiles a la hora de evaluar operaciones de otra naturaleza de las

[63] La EITF es una organización fundada en 1984 por la FASB cuya función consiste en la celebración de reuniones públicas en las que propone soluciones unitarias ante cuestiones de actualidad relacionadas con la información finenciera. Se compone principalmente de contables que prestan sus servicios a grandes firmas, e incluye en su Junta al contable jefe de la SEC.

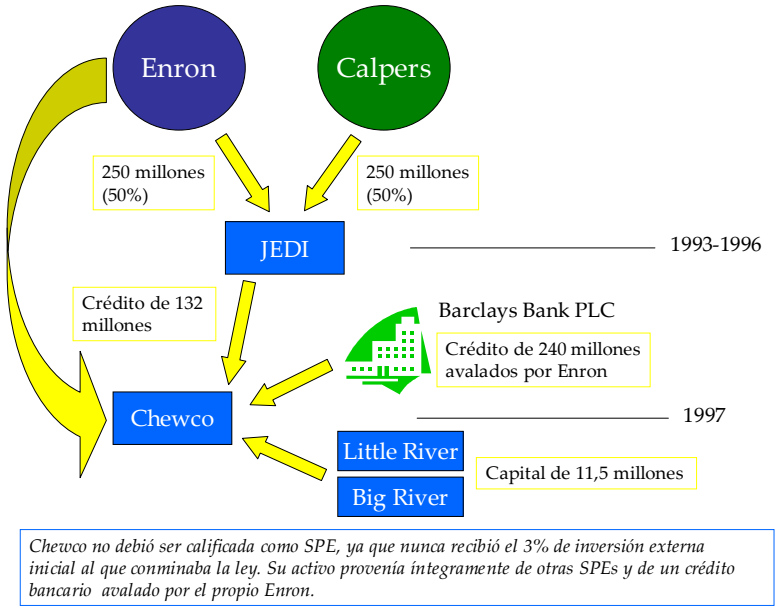
[64] El primero de ellos lleva por título *Impact of Nonsustantive Lessors, Residual Value Guarantees, and Other Provisions in Leasing Transactions*. El segundo, *Implementing Issues in Accounting for Leasing Transactions Involving Special Purpose Entities*. Sobre estos instrumentos, HART GRAVES y BENSTON, «The Evolving Accounting Standards for Special Purpose Entities and Consolidations», *AcHz*, 16, 2002, pp. 245-258; LARGAY III, «Lessons from Enron», *AcHz*, 16, 2002, pp. 153-156; p. 154.

[65] Véase, JOHNSON, «Rebuilding Corporate Boards and Refocusing Shareholders for the Post-Enron Era», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 787-799.

SPEs[66]. En efecto, como opinan CATANACH y RHOADES-CATANACH, "el EITF 90-15 proporcionó el régimen de autoridad sobre el que Enron y otros muchos estructuraron sus SPEs, evitando la fusión mediante la obtención de una inversión externa del 3%"[67].

> § 4. Entre 1993 y 1996, Enron y el «Sistema de Jubilación de los Empleados Públicos de California» (Calpers) eran socios a partes iguales (50%) en la limitada JEDI. Cada una de las dos compañías aportó inicialmente 250 millones de dólares a JEDI para facilitar una variedad de transacciones de inversión. En 1997, Calpers quiso liquidar su inversión en JEDI para afrontar otras oportunidades de inversión. De esta manera, para satisfacer los deseos de Calpers, Enron creó una nueva SPE con el fin de atraer la inversión de Calpers. Esta nueva SPE, Chewco Inversions LP, se fundó con 383,5 millones de dólares: 240 millones provenientes de un crédito de Barclays Bank PLC, avalado por Enron; 132 millones anticipados por JEDI a Chewco en virtud de un crédito; y 11,5 millones en capital, tomados de dos compañías asociadas de Chewco (Big River LLC y Little River LLC). Entre 1997 y 2001, Chewco permitió a Enron declarar 405 millones de dólares de beneficios en las transacciones con JEDI. El problema era que Enron no se había preocupado de buscado la financiación externa necesaria del 3% para poder calificar a Chewco como SPE.

Proceso de creación de Chewco



Skilling quería a Calpers fuera de JEDI cuanto antes y presionó a Enron para que desembolsara el 3% de inversión en Chewco de forma encubierta. El

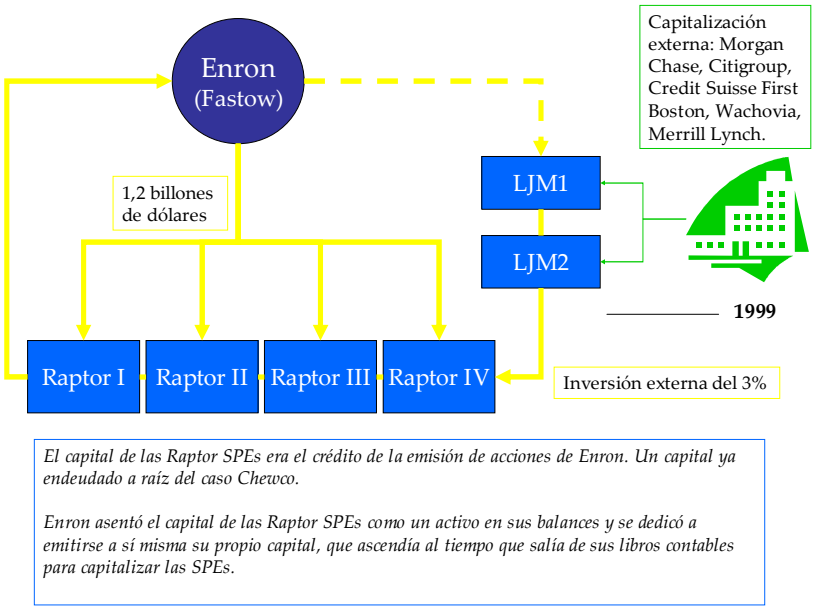
[66] Sobre el régimen de las transacciones de Enron con sus SPEs, detalladamente, CHANEY y PHILIPICH, «Shredded Reputation: The Cost of Audit Failure», *JAccRes*, 40, 2002, pp. 1221-1245; p. 1222.

[67] En *VillLRev*, 2003, p. 1065.

montante del préstamo de Enron a Chewco fue de 11 millones de dólares. Con la caída de Enron en 2001, el préstamo encubierto salió a la luz, anulando el beneficio de 405 millones de dólares que Enron había experimentado gracias a él entre 1997 y mediados de 2001. El endeudamiento de Enron ascendió entonces a 628 millones de dólares[68].

§ 5. En 1999 Andrew Fastow organizó dos sociedades limitadas, LJM Cayman LP (LJM1) y LJM Co-Investment LP (LJM2). Las compañías fueron fundadas para participar como inversoras en las SPEs de Enron. Fastow controlaba las dos, lo que suponía un conflicto de intereses, ya que Enron realizaba transacciones con entidades controladas por su propio CFO. La justificación era que LJM1 y LJM2 tenían como misión restaurar el orden tras el incidente de Chewco. Recibieron su capital de inversiones externas. Los inversores eran: J. P. Morgan Chase, Citigroup, Credit Suisse First Boston y Wachovia. Merrill Lynch cubrió los intereses, con 22 millones de dólares. En octubre de 2001 salieron a la luz los términos de las transacciones entre Enron y las SPEs en las que LJM1 y LJM2 habían invertido el 3% relativo a la inversión externa necesaria. Además, Fastow había cobrado un total de 30 millones de dólares como contraprestación por su labor directiva en las dos limitadas. El 22 de octubre de 2001 la SEC promovió una investigación y Fastow fue despedido dos días después. La supervivencia de Enron dependía de la confianza de los inversores, que se vio truncada a raíz de este escándalo.

Proceso de capitalización de las Raptors a través de la creación de LJM1 y LJM2



[68] Véase, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1302.

Enron fundó las SPEs invertidas por LJM1 y LJM2 desembolsando 1,2 billones de su propio capital. "Un siglo atrás, el derecho societario estadounidense hubiera prohibido transacciones de este tipo. El uso de la deuda o de otras consideraciones promisorias relacionadas con la nueva emisión de capital no habrían sido permitidas", apunta COFFEE[69]. Hoy, la actitud del derecho es más flexible, y remite la decisión de la adecuación de estas consideraciones a la discreción de la Junta directiva[70]. El valor contable del capital social es el crédito de la nueva emisión de acciones, pero también el capital está contaminado por el endeudamiento originario de la situación de crisis. Cuando Enron capitalizó las SPEs «Raptor», relacionadas con LJM, asentó la memoria arrojada por las SPEs como un fondo de activo en su balance. El resultado fue que *el valor del capital accionarial de Enron ascendía al tiempo que dicho capital salía de sus libros para capitalizar a las endeudadas SPEs*. Enron se estaba emitiendo a sí misma su propio capital, para cubrir también sus propias pérdidas, incrementando su red de ingresos en un exceso de un millón de dólares[71]. Una actividad así desafía las más elementales reglas de la contabilidad y el capitalismo. Un empresario emite acciones para levantar un capital inicial. Después, utiliza ese capital para hacer negocios y generar ingresos. Pero no puede soslayar la fase negocial intermedia y emitir capital directamente como ingresos derivados de una actividad inexistente[72]. La venta de activos de Enron a las SPEs generó unos *ingresos* que ayudaron a Enron a alcanzar las expectativas de mercado pero el sistema se pervirtió.

[69] En «Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as a Corporate Monitor», *ColLRev*, 91, 1991, pp. 1277-1368. Véase, asimismo, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1211. Precisamente en el sistema bancario paralelo o *shadow banking system* radicaba la clave del mecanismo. Los bancos de inversión crearon estructuras *ad hoc* al margen de sus libros de cuentas, las cuales reciben comúnmente el nombre de *hedge funds*, para no tener que suministrar las provisiones de capital exigidas por la regulación contra el riesgo de la titulización. Estos bancos financiaron las posiciones sobre los créditos titulizados con altos niveles de endeudamiento, por ejemplo, en los procesos de fundación y capitalización de las SPEs. Sobre la titulización, a modo introductorio, CATARINEU y PÉREZ, «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *EF*, 14, 2008, pp. 87-121.

[70] Una relación de los miembros de la Junta Directiva de Enron y sus ocupaciones a mayo de 2001 puede verse en la Declaración de Poderes de Enron de 2001 (*Enron Corporation. Proxy Statement*, 5-8, 27 de marzo de 2001), recogida por GRINSTEIN en «Complementary Perspectives on Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 503-510; pp. 508 y 510.

[71] Así, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1314.

[72] Véase, a título informativo, ALONSO GONZÁLEZ, «Titulización: mucho más que emitir bonos», *CEE*, 11, 2001, pp. 31-50.

§ 6. Cabía haber esperado que los propietarios de bloques de acciones significativos se pronunciaran. Enron tenía esa clase de accionistas. Janus Capital Corporation, por ejemplo, poseía a comienzos de 2001 el 5% de las acciones en circulación de la compañía[73]. Los directivos de Janus se reunieron en repetidas ocasiones con los de Enron e incluyeron a las SPEs en los órdenes a tratar. Sin embargo, no insistieron en la exigencia de respuestas coherentes al respecto[74].

Estos ejemplos muestran cómo las instituciones inversoras, a pesar de su significativa participación en la compañía, actuaron fuera del arquetipo de operador económico con olfato, invirtiendo en función de la curva de mercado en lugar de hacerlo en función del valor real. La consecuencia es que la inversión es meramente cognitiva y esos inversores, poseedores de un montante de capital significativo en una firma con un ratio de beneficios de 60[75], parecen haber guiado su estrategia conforme a lo que KAHNEMAN y TAVERSKY llamaron «el agente heurístico», es decir, *haciendo predicciones mediante la extrapolación de un estrecho rango de acontecimientos a un marco temporal excesivamente amplio*[76]. No obstante, la cuestión no es que los inversores actuaran siempre de forma descontrolada, ni que nunca intervinieran de modo constructivo, sino que existían presiones sobre sus beneficios, lo que constituía un obstáculo para la gestión. Al parecer, la posesión por parte del inversor de un porcentaje significativo del capital social no es suficiente para presumir, en la práctica, un especial cuidado por parte del órgano inversor, el cual, en el caso de Enron, no acertó con las preguntas adecuadas en su seguimiento y supervisión de la labor de la dirección de la compañía[77].

---

[73] En palabras de uno de los analistas de Janus, Enron "encarnó el pensamiento oportunista de la nueva economía" (recogido por BRATTON en *TulLRev*, 2002 p. 1334).

[74] Así, aunque Janus liquidó su participación en Enron entre marzo y octubre de 2001, reflejaba 200 millones de dólares de pérdidas. Por otro lado, Premier Grouth Fund todavía tenía, en el tercer trimestre del ejercicio de 2001, un 4,1% de sus activos en Enron.

[75] El ratio precio/beneficio, mejor conocido como PER, es, para el analista, el inverso de la rentabilidad. Mide el número de años que va a tardar un accionista en recuperar su inversión y se caracteriza por que (1) no tiene en cuenta el valor temporal del dinero; (2) parte de que no se suele distribuir el beneficio totalmente a los accionistas en forma de dividendo; y (3) se calcula sobre beneficios históricos. Una bajada en los tipos de interés hace que sean aceptables PERs más altos y que suban los precios, y viceversa. Cuanto más bajo es el PER en términos comparativos, más «barata» es la compañía.

[76] Véase, BRATTON, *TulLRev*, 2002, p. 1335, basándose en KAHNEMAN y TAVERSKY, «On the Psychology of Prediction», *Psychological Review*, 80, 1973, pp. 237-251.

[77] Digamos, si se me permite en este punto traer a colación el afamado relato de SPENCER JOHNSON que en Enron los responsables de la supervisión y transparencia del sistema no «olieron el queso» con la habitualidad y exhaustividad suficientes como para advertir su pudrimiento (véase la tercera ley, de «observación del cambio», en *Who Moved*

La conclusión a la que llegan CATANACH y RHOADES-CATANACH es que "si los estándares existentes hubieran sido correctamente empleados, en particular con respecto a la fusión de las SPEs, las declaraciones financieras de Enron habrían reflejado de forma más veraz la esencia económica subyacente en sus actividades"[78] y no habrían tenido lugar muchas de las violaciones de los GAAP que la compañía cometió en relación con sus SPEs[79].

§ 7. Enron creó, a través de Andrew Fastow, un sistema de compañías asociadas –a las que llamó «Raptors»– que le permitía desviar de su contabilidad los números negativos hacia aquéllas. En el caso de las «Raptor SPEs»[80], la inversión externa del 3% necesaria para evitar la fusión vino de la subsidiaria LJM2, una compañía dirigida por Andrew Fastow, entonces CFO de Enron. LJM2 transfirió 30 millones de dólares a cada Raptor como

---

My Cheese? An Amazing Way to Deal With Change in Your Work and in Your Life, Vermilion, Londres, 2007, pp. 51-52).

[78] En *VillLRev*, 2003, p. 1074.

[79] El EITF 90-15 obligaba a la consolidación de una SPE cuando el máximo accionista de la ésta no hubiera llevado a cabo una inversión de capital residual externo en concepto de capital de riesgo. La EITF indicó que el 3% era, en este sentido, la inversión mínima aceptable a practicar por inversores externos. Pues bien, Enron ignoró el umbral del 3% del capital de riesgo hasta en seis ocasiones:

Chewco y JEDI	Cerca de la mitad de la inversión externa del 3% en Chewco estaba asegurada por JEDI, propiedad de Enron en un 50%. Esto implica que los inversores externos no alcanzaban el 3% requerido por el EITF 90-15. Sin embargo, Enron no se fusionó con Chewco, ni con JEDI.
Rhythms	En el momento de su formación, el pasivo de la SPE excedía su activo. Por tanto, la entidad no tenía capital, lo que a su vez imposibilitaba cualquier inversión externa. No obstante, Enron declaró a Rhythms una SPE no fusionada.
Talon (Raptor I) Timberwolf (Raptor II) Porcupine (Raptor III) Bobcat (Raptor IV)	En cada una de estas entidades, los inversores recibieron una devolución de su capital en las semanas siguientes a la formación de las SPEs en cuestión. Esto implica que los inversores externos no poseían el 3% debido del capital de las SPEs cuando éstas dieron comienzo a su actividad comercial. Sin embargo, Enron continuó considerando a las Raptors como entidades no fusionadas.

En lo relativo a la expedición de acciones a cambio de notas a cobrar, el EITF 85-1 exige que las notas recibidas en pago por acciones sean asentadas como una deducción del capital accionarial:

Talon (Raptor I) Timberwolf (Raptor II) Bobcat (Raptor IV)	Enron utilizó una subsidiaria de su propiedad para intercambiar capital accionarial de Enron a cambio de notas a cobrar de las SPEs. La cuestión es que Enron contabilizó dichas operaciones como un doble incremento: en las notas a cobrar y en el capital accionarial.

[80] Talon, Timberwolf, Porcupine y Bobcat.

desembolso de capital inicial. BOJE y ROSILE opinan que esta maraña de asociaciones pudo haber sido estructurada con el propósito adicional de permitir a Fastow que distrajera dinero mientras «disfrazaba» las cuentas de Enron[81].

En diciembre de 2001 la debacle se reveló públicamente y se sucedieron las conjuraciones[82]. Fastow se acogió a la Quinta Enmienda[83] y su representante, Gordon Andrew, señaló a Skilling y a Lay, asegurando que Fastow había actuado bajo el conocimiento y con la aprobación de la dirección de Enron y de sus presidentes ejecutivos, Kenneth Lay y Jeffrey Skilling, así como de los auditores y asesores internos y externos de la compañía[84]. Por su parte, el asistente de Lay, Serron Watkins, acusó a Skilling y a Fastow durante una audiencia del Subcomité de Investigación de la Energía y el Comercio, celebrada el 14 de febrero de 2002: "creo que Skilling y Fastow junto con las dos firmas respectivas timaron a Lay y al

[81] Véase, *Ephemera*, 2002, p. 316. Cuando el asistente de Fastow, Michael Koper, fue arrestado, el 21 de agosto de 2001, la SEC archivó y congeló 16,6 millones de dólares de tres cuentas bancarias pertenecientes a Fastow, a su hermano y a su mujer Lea, 4,6 millones de una cuenta propiedad de la Fundación Familia Fastow, y 500.000 millones propiedad de Peter Fastow.

[82] A las que BOJE y ROSILE se refieren cuando declaran que "políticamente, cada parte interesada elaboró su propia conjuración para arrojar la culpa sobre otros" (en *Ephemera*, 2002, p. 315), y que pueden recogerse esquemáticamente como el que sigue:

	DENTRO	FUERA
MICRO	*I. «Los maleantes lo hicieron»* Conjura 1. Andrew Fastow y sus asistentes. Conjura 2. Los jefes de Fastow: Skilling y Lay. Conjura 10. La codicia de todos.	*II. «Las sociedades malvadas lo hicieron»* Conjura 3. El efecto dominó. Conjura 7. Nueva versión de las «Siete Hermanas de 1911».
MACRO	*III. «Fue el Sistema político»* Conjura 4. La Casa Blanca y Enrongate. Conjura 5. Cosa de tres presidentes (Bush Sr. Clinton y Bush Jr.)	*IV. «Fue el Capitalismo»* Conjura 6. Afganistán: gaseoductos de ExxonMobil, Texaco, Unocal, BP Amoco y Enron. Conjura 8. El Capitalismo de Occidente. Conjura 9. Las Escuelas de Negocios, que adoctrinaron en el fraude.

[83] La cual establece que "ninguna persona responderá por un crimen capital o infamante, a menos que un Gran Jurado lo denuncie o acuse (…) ni podrá ser puesta en peligro su vida o salud dos veces por el mismo crimen; ni podrá ser obligada a declarar contra sí misma en una causa criminal, ni ser privada de la vida, la librtad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni será tomada su propiedad privada para uso público sin una justa compensación".

[84] *Ibidem*, p. 317.

Consejo"[85]. En un efecto dominó, el Consejo culpaba a Arthur Andersen por no haber avisado a tiempo, y Jeffrey Skilling apuntaba al Gobierno de los EEUU como cómplice por haberse allanado ante el *lobbying* practicado por Enron, a través de su presidente Kenneth Lay, con el fin de motivar la liberalización del mercado energético a cambio de importantes contribuciones políticas[86].

BOJE y ROSILE concluyen que tras los atentados del 11-S en 2001, la atención se desvió del llamado «Enrongate» y de Andersen, para centrarse en la invasión de Afganistán y después en la llamada a la guerra de Iraq del presidente Bush. De esta manera, la «guerra contra el terrorismo» sirvió al Gobierno de Bush de sospechoso revulsivo ante una situación que amenazaba con volverse peligrosamente adversa[87]. Los autores sugieren una posible vinculación entre los atentados terroristas del 11-S y las actividades comerciales de Enron y otras firmas norteamericanas en Afganistán, dando a entender que los primeros fueron de alguna manera motivados por la inmersión irregular de las firmas norteamericanas en el país asiático[88].

No obstante, conviene tener presente que dichas aseveraciones no han gozado hasta la fecha de una irrefutabilidad pública y manifiesta en el ámbito doctrinal, por lo que resulta cuanto menos arriesgado (casi irresponsable desde un punto de vista científico) concluir con ligereza en este sentido.

§ 8. Especial importancia reviste a efectos del presente trabajo la técnica de la etnoestadística diseñada *ad hoc* por BOJE, GARDNER y SMITH para su estudio económico del caso Enron. Ésta les permitió concluir, en relación con el tratamiento de las SPEs, que, en un primer momento, relativo

[85] Watkins se refiere a la firma de abogados Vinson & Elkins y a la consultora Arthur Andersen.

[86] Puede consultarse una tabla de contribuciones políticas de Enron y otra de donantes individuales de la compañía en Centro de Políticas Responsables (Información tomada de C-SPAN. ENRON political contributions. www.c-span.org, 13 de octubre de 2002). Cinco miembros de la Administración Bush trabajaron para Enron: Lawrence Lindsey, Consejero de Economía de la Administración Bush, era también asesor de Enron; Robert Zoellick, Diputado de Comercio de los EEUU, era también miembro de la Junta de Asesores de Enron; Tomas White, Secretario de la Armada, fue también ejecutivo de Enron; James Baker, Jefe de Personal del Presidente Bush, trabajó también para Enron; Robert Mosbacher, Secretario de Comercio, trabajó para Enron. Además, el presidente del Comité Nacional Republicano, Marc Racicot, participó en la política de presión o *lobbying* de Enron (véase, BOJE y ROSILE, *Ephemera*, 2002, p. 319).

[87] Véase, *Ephemera*, 2002, p. 320.

[88] ExxonMobil, Texaco, Unocal, BP Amoco y Enron invirtieron billones de dólares en sobornos a los cabezas de Estado de Kazakhstan para obtener derechos de explotación sobre las extensas reservas de petróleo de la región de Afganistán. El objetivo de Enron en el país, según ha apuntado ESCOBAR, era el gasoducto de CentGas (*Central Asian Gas*) (véase, «The Rovin Eye, Part I: Pipelineistan», THE ASIA TIMES, 26 de enero de 2002).

a la construcción de los números, Enron realizó una serie de complejas transacciones no reflejadas en sus balances mediante las cuales despejaba los números no deseados, creando un falso estado de salud financiera. Si bien oficialmente nunca dejó de respetar en sus declaraciones los principios contables básicos[89]. De esta manera, aprovechó que su objeto social se servía de un mercado no regulado de derivados de la energía para construir sin obstáculos legales un estado ilusorio de salud financiera. Sin embargo, es de común conocimiento que la salud es un estado que tiende a acabar mal[90]…

§ 9. En 1999 Enron vendió el 50% de sus acciones sobre Whitewing, una filial fundada en 1997 y la convirtió, bajo la dirección de Fastow, en un cajón de sastre al que desviar sus pérdidas, que nunca se reflejarían en los balances de Enron al haberse deshecho del control oficial sobre Whitewing. El modo de proceder era el siguiente: Enron vendía parte de sus activos inmovilizados a Whitewing, la cual estaba financiada por un grupo de bancos de inversión de Wall Street. En un segundo momento, Whitewing revendía estos activos en el mercado. A cambio, Enron garantizaba la recompensa por eventuales pérdidas mediante la entrega de acciones propias. *La consecuencia es que, a medida que Whitewing registraba pérdidas, Enron las compensaba mediante la emisión de participaciones en su capital social, lo que alimentaba la gestación silenciosa de un enorme agujero sin reflejo contable.*

§ 10. Que Enron violó los Principios Contables Generalmente Aceptados (GAAP)[91] entre octubre y noviembre de 2001 es un hecho. Dichas violaciones fueron graves, pero aisladamente consideradas no son suficientes para provocar el colapso de la compañía[92]. Si una eventual contingencia

[89] Véase, BOJE, GARDNER y SMITH, *ORMJ*, 2006, p. 459.

[90] Afirma BRYCE que Fastow «construyó» los números de Enron mediante la emisión a las SPEs de participaciones en el capital social por contingencias, manteniendo así la deuda relativa de la compañía oculta, a salvo de su reflejo contable (véase, *Pipe Dreams*, 2002).

[91] Sobre los GAAP, a modo introductorio, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, 2008, pp. 58-65.

[92] BRATTON ha diagnosticado que "Enron fue un fallo de auditoría, y no un caso en el que normas incompletas, ineficaces o corruptas facilitaron el fraude" (en «Enron, Sarbanes-Oxley and Accounting: Rules Versus Principles Versus Rents», *VillLRev*, 48, 2003, 1023-1053; p. 1053). En la misma línea, ARONSON, al afirmar que "el auditor jefe de Arthur Andersen había advertido a la Junta de Directivos de Enron de que la compañía estaba envuelta en prácticas contables abusivas, aunque técnicamente acordes con los estándares de los principios contables generalmente aceptados (GAAP)" (en «Preventing Future Enrons: Implementing the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 127-154; p. 134). También, BAZERMAN, LOEWENSTEIN y MOORE, «Why Good Accountants Do Bad Audits», *HarvBusRev*, 80, 2002, pp. 96-104; pp. 98-99, recogiendo el testimonio de Joseph Berardino en el que el auditor de Arthur Andersen declaraba, en relación con el caso Enron, que "muchos piensan que la contabilidad es una ciencia, donde un número, por ejemplo el valor por acción, es *el* número, y es un número tan preciso que no puede ser dos peniques

garantizada implicaba un montante pequeño –unos cien millones de dólares como máximo en el caso de Enron–, el auditor disponía de discrecionalidad para soslayar su revelación bajo el «principio de materialidad» de los GAAP. Así, cualquier operación que afectara a menos de un 5% del capital social se consideraba inmaterial a la luz de este principio. La SEC, por el contrario, entendía que contingencias por debajo del 5% de afectación podían también, en algunos casos, resultar materiales[93]. A esto hay que añadir que las garantías no se encontraban cubiertas por un mismo «paraguas» contractual, sino que respondían a una serie de transacciones no relacionadas entre sí, de forma que los contables agresivos aplicaban el principio de materialidad de forma no cumulativa[94]. La conclusión de BRATTON es que "mediante transacciones separadas de montantes suficientemente bajos la materialidad podía ser utilizada a modo de varita mágica para hacer desaparecer cuatro billones de dólares de contingencias"[95].

Lo que Enron hizo a través de las transacciones de activos con las SPEs fue asentar las variaciones y cambios en los activos como ganancias[96]. De esta manera, Fastow entró en un conflicto de intereses significativo, ya que era CFO de Enron y estaba a su vez a cargo de varias SPEs, por lo que *negociaba dichas trasferencias consigo mismo*. Cuando el mercado se apercibió de la verdadera naturaleza de estas actividades, las acciones de Enron comenzaron a caer. Además, se pudo evidenciar que Enron había violado incluso el requerimiento de inversión externa mínima del 3% en algunas de sus SPEs, un error que expuso a los directivos a cargos penales por fraude contable ya que, al faltar la inversión externa mínima, *debieron haber fusionado las SPEs a su capital y, por consiguiente, los números de éstas a los libros contables de Enron*[97]. De esta manera, si las SPEs se hubieran consolidado o fusionado con Enron, las transacciones entre ésta y sus filiales hubieran tenido un inevitable reflejo contable en los libros de ambas dos compañías, por lo que Enron no habría sido capaz de inflar sus ingresos mediante beneficios obtenidos a partir de las transacciones con las

---

más o menos. Yo vengo de una escuela en la que se predica que la contabilidad tiene más de arte (que de ciencia)".

[93] Véase, *Staff Accounting Bulletin* No. 99, 64 Fed. Reg. 45, 150 (1999).

[94] Acerca de la aplicabilidad del principio de materialidad, FANG y JACOBS, «Clarifying and Protecting Materiality Standards in Financial Statements: A Review of SEC Staff Accounting Bulletin 99», *BusLRev*, 55, 2000, pp. 1039-1064.

[95] En *TulLRev*, 2002, p. 1341.

[96] Sobre la naturaleza de estas transacciones, BRATTON, *VillLRev*, 2003, pp. 1041-1043.

[97] THORBURN cree que Fastow no pudo encontrar la inversión externa mínima necesaria y que por ello comprometió el capital de Enron haciéndolo pasar por la inversión externa necesaria (véase, *VtLRev*, 2003, pp. 889 y ss.).

SPEs. Si el lenguaje de las palabras es una involución de la intuición, cabe afirmar que, en el caso de Enron, el lenguaje financiero de la contabilidad supuso a su vez una involución del lenguaje de las palabras para erigirse en estandarte de la creatividad contable fraudulenta.

§ 11. No obstante, las irregularidades concernientes a las SPEs (fusión o consolidación frustradas y transacciones encubiertas) no ponen directamente de manifiesto la existencia de deficiencias normativas que permitieran una discrecionalidad contable excesiva, sino que constituyen un elemento nuclear en la comprensión del caso Enron en el sentido de que los acontecimientos relacionados con las SPEs demostraron la incapacidad de Enron de regirse por la letra de la normativa.

I.2.3. La falta de independencia de los auditores.-

§ 1. El esclarecimiento acerca de la eventual responsabilidad penal de la división de auditoría de Arthur Andersen en Chicago fue encomendada a una fiscalía federal que evitó probar las violaciones de complejas disposiciones de derecho societario, para inclinarse por teorías de fraudes conexos. Así, *Andersen fue demandada no por su actividad auditora sino por su actividad de destrucción de documentos de Enron* en su oficina de Houston en octubre de 2001[98]. La acusación llevó a la firma auditora al colapso, ya que sus afiliados extranjeros y sus clientes la abandonaron desconfiados cuando se hizo pública.

§ 2. Una vez al año desde 1998 hasta 2001, la sexta planta de la oficina central del edificio de Enron Corporation se convertía en un escenario que representaba la realidad ficticia de una planta de operaciones comerciales[99].

---

[98] No obstante, entre los años 2001 y 2002 la compañía auditora había tenido problemas de sobreestimación de activos con otros clientes, como Sunbeam, Waste Management, Peregrine Systems y WorldCom, por lo que se había visto obligada a pagar a la SEC importantes cantidades para evitar la vía penal (más extensamente a este respecto, CHANEY y PHILIPICH, *JAccRes*, 2002, pp. 1224-1226).

[99] La ex empleada de Enron Carol Elkin asegura que en realidad aquella planta era un «plató» diseñado para engañar a los analistas haciéndoles creer que el negocio estaba en auge, cuando lo cierto es que los empleados al teléfono hablaban entre ellos. A estos efectos, véanse las declaraciones recogidas por BANERJEE en «Who will needle regulators now that Enron´s muzzled?», THE NEW YORK TIMES, 20 de enero de 2002. Por su parte, GABER, habla de que el número de participantes en el «carnaval» ascendía a setenta y cinco empleados (véase, «Creative analysis puts a new spin on Enron», THE NEW YORK TIMES, 16 de marzo de 2002).

El martes, 23 de octubre de 2001, en una sala de conferencias de la quincuagésima planta contigua a su despacho presidencial, Lay se reunió con un grupo reducido de asesores. Tuvo lugar una teleconferencia a la que asistieron como oyentes Steve Duncan y su equipo de auditores de Andersen. Al finalizar la teleconferencia, Duncan se reunió en privado con su equipo para ordenarles seriedad y rectitud en el cumplimiento de la política de conservación de documentos de la entidad. De acuerdo con ésta, *los contables únicamente debían conservar los documentos que contuvieran el informe final de la auditoría de sus clientes*, incluyendo a Enron. *El resto de notas, apuntes y borradores serían destruidos*[100]. Ese mismo día, el equipo de auditores de Duncan llenó más de dieciocho contenedores y otras treinta cajas de documentos. Como la trituradora de Andersen resultaba insuficiente, tuvieron que contratar a una empresa llamada «Shred-it» para que los destruyera. Su lema rezaba: «Tus secretos están a salvo con nosotros»[101].

Pero el «metateatro» de Enron era una red de escenarios, y ese mismo día Lay se desplazó a otra reunión, en esta ocasión en el salón de baile de un Hyatt, donde le esperaban varios miles de empleados. Comenzó su discurso diciendo: "de la misma manera que América está siendo atacada por el terrorismo, creo que también nosotros estamos siendo atacados. Muchos de vosotros, más ricos hace seis o nueve meses, estáis ahora preocupados por la educación de vuestros hijos, la hipoteca de vuestra casa o vuestra jubilación, y estoy increíblemente triste por ello. Pero vamos a recuperarnos"[102].

§ 3. La cuestión es, ¿por qué una firma como Arthur Andersen, para la que la reputación de probidad es tan necesaria, comprometió su nombre de aquélla manera?[103]

---

[100] Véase, CHASE, «To shred or not to shred: Document retention policies and federal obstruction of justice statutes», *FordJCorp&FinL*, 2003, pp. 721-763.

[101] Véase, WITT y BEHR, «Losses, conflicts threaten survival: CFO Fastow ousted in probe of profits», THE WASHINGTON POST, 31 de Julio de 2002. «Shred-it» es una compañía fundada en 1996, especializada en la destrucción y el desmenuzamiento móvil de papel confidencial, que desarrolla su actividad comercial a gran escala al servicio de diferentes compañías. Hoy, su lema reza un sencillo «Bien hecho. A tiempo». Para saber más acerca de la compañía puede el lector dirigirse a su sitio web oficial: www.shreditct.com.

[102] Véase, ampliamente, MCLEAN y ELKIND, *The smartest guys in the room: The amazing rise and scandalous fall of Enron*, Portfolio, Nueva York, 2004.

[103] Sobre los altos costes económicos y sociales en términos de pérdida de confianza que para compañías como Arthur Andersen implica una actividad ilegal, BEAVER, «What Have We Learned From The Recent Corporate Scandals That We Did Not Already Know?», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 155-168; p. 156. Más extensamente sobre esta cuestión, CHANEY y PHILIPICH, *JAccRes*, 2002, para quienes fueron cuatro los momentos clave en el derrumbe de Arthur Andersen: (1) *8 de noviembre de 2001*: Enron anuncia su deuda y la auditora es conminada por el Congreso a revelar los documentos sociales auditados; (2) *12 de*

No parece descabellado argüir que un auditor profesional encargado de verificar las declaraciones de su cliente acerca de cualquier tipo de transacción o negocio no se arriesgaría a poner en peligro su reputación ni la del grueso de sus clientes consintiendo las irregularidades de uno de ellos a cambio de una modesta compensación. Parece ilógico que una firma de primera línea como Andersen arriesgase su reputación sacrificando su juicio independiente para satisfacer a un único cliente[104]. Sin embargo, y como a menudo ocurre en otros órdenes, la lógica y la experiencia colisionan. A lo largo de los años noventa del pasado siglo esta última sugería que el auditor era un profesional relativamente flexible ante el fraude directivo en relación con la veracidad o exactitud de las cuentas[105]. Aunque un primer acercamiento a la problemática podría llevarnos a pensar que dicho comportamiento desfavorecía materialmente los intereses del auditor, por cuanto suponía el sacrificio de la confianza del resto de sus clientes a favor de la relativa compensación del fraudulento, las cosas cambian cuando el cliente beneficiario es de la talla de Enron.

---

diciembre de 2001: el CEO de Andersen, Joe Berardino, confiesa públicamente que el equipo de auditoría ha cometido un error en su juicio para con el estado de las cuentas de Enron; (3) *10 de enero de 2002*: Andersen anuncia que un número significativo de los documentos relacionados con Enron han sido destruidos y no se conservan; (4) *4 de febrero de 2002*: Andersen anuncia que está creando una Junta de Supervisión Independiente (*Independent Oversight Board*, IOB) presidida por Paul Volcker (p. 1227).

[104] Véase, EASTERBROOK y FISCHEL, «Mandatory Disclosure and the Protection of Investors», *VaLRev*, 70, 1984, p. 675. También, MACEY, *ColBusLRev*, 1998, p. 408.

[105] En este sentido, ya KRAAKMAN advertía que "la responsabilidad corporativa y el deber de cuidado de los directivos pueden ser vistos como formas truncadas de responsabilidad de los supervisores (*gatekeepers*)" en un contexto en el que, a pesar de la doble responsabilidad de corporaciones y directivos, también los supervisores externos (abogados, contables, inversores, etc.) deberán cargar con las altas primas relativas a la valoración de los riesgos *ex ante* (véase, «The Economic Functions of Corporate Liabilities», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 178-206; pp. 200 y 202). En sentido similar, STONE, «The Place of Eterprise Liability in the Control of Corporate Conduct», *YaleLJ*, 90, 1980, pp. 1-77; pp. 39-41. Asimismo, centrado en la perspectiva de los supervisors externos, BRUDNEY, «The Independent Director - Heavenly City or Potemkin Village?», *HarvLRev*, 95, 1981, pp. 597-659; pp. 632-639. Sobre las funciones de *gatekeeper* del abogado, HAMDANI, *ScalLRev*, 2003, pp. 53 y ss.; COFFEE, «Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms», *BtULRev*, 84, 2004, pp. 301-364; ID., «The Attorney as gatekeeper: An Agenda for the SEC», *ColLRev*, 103, 2003, pp. 1293-1316; SALEM, «The New Mandate of the Corporate Lawyer After the Fall of Enron and the Enactment of the Sarbanes-Oxley Act», *FordJCorp&FinL*, 8, 2003, pp. 765-787; CRAMTON, «Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues», *BusLRev*, 58, 2003, pp. 143-187. Negando la existencia de tales funciones, FISCH y ROSEN, «Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 1097-1138.

Arthur Andersen contaba antes de su derrumbe con 2300 clientes, por lo que cabe presumir que el incentivo que pudiera tener para consentir el fraude de alguno de ellos era mínimo[106].

> Durante los años noventa, muchos tribunales suscribieron esta lógica. Un sonado ejemplo fue el del caso *DiLeo vs. Ernst & Young*[107], en el que el magistrado EASTERBROOK esbozó la siguiente teoría: "la acusación no prueba que el demandado tuviera algún beneficio que obtener al consentir el fraude de su cliente. El máximo activo de un contable es su reputación de honestidad (…). Los honorarios correspondientes a dos años de auditorías no podrían acercarse a las pérdidas que [el auditor] sufriría en caso de encubrir el fraude de un cliente (…) Los auditores no compartían las ganancias de dichos fraudes y estaban expuestos a importantes pérdidas. Habría sido irracional por su parte el haber participado en la causa de sus clientes".

Efectivamente, en algunos casos las compensaciones eran inferiores a los cien millones de dólares que recibía al año Arthur Andersen de Enron en concepto de honorarios[108]. No obstante, la benevolencia de la tesis jurisprudencial anterior resulta, en perspectiva, insostenible. Por otro lado, la experiencia de las Cinco Grandes[109] firmas contables evidencia que Andersen no era significativamente diferente a sus análogas.

§ 4. La clave de la cuestión radica en el interrogante que sigue: ¿y si un auditor de dicha firma fuese el encargado *único* de auditar a un cliente como Enron? En tal caso correría un grave riesgo la debida independencia *real* del auditor[110]. COFFEE recurre a dos teorías complementarias para explicar el fracaso colectivo de los auditores[111]: la hipótesis de la prevención general (o económica), y la hipótesis de la burbuja (o psicológica).

§ 5. (a) *Hipótesis de la prevención general (o económica)*. Se fundamenta en la disminución que, a finales del pasado siglo, experimentó el

---

[106] Véase, MITTELSTADT, «Andersen Indicted in Enron Case», DALLAS MORNING NEWS, 15 de marzo de 2002.

[107] Referencia estadounidense de la sentencia: 901 F.2d 624 (7th Cir. 1990).

[108] Los ingresos totales de Arthur Andersen por el año fiscal, a 31 de agosto de 2001, fueron de 9,3 billones de dólares. De estos, los 100 millones de dólares que Enron le retribuyó constituyeron únicamente un 1% (véase, KLEIN, «Guilty Verdict Draws Mixed Reactions: Profession Mulls Post-Andersen Future», ACCOUNTING TODAY, 8 de julio de 2002).

[109] Las conocidas como «Cinco Grandes» (*Big Five*), que antes fueran ocho, eran Arthur Andersen LLP, Deloitte & Touche LLP, Ernst & Young LLP, KPMG LLP, y Pricewaterhouse Coopers LLP.

[110] Pueden verse, en este sentido y por todos, ANTLE, «Auditor Independence», *JAccRes*, 22, 1984, pp. 1-20, quien denuncia la inexistencia de un concepto unitario de *indepencia* y propone dos (pp. 7 y ss.). Asimismo, LAFFONT y TIROLE, «Cost-Padding, Auditing and Collusion», *AES*, 25-26, 1992, pp. 205-226.

[111] Véase, *CornLRev*, 2003-2004, pp. 287-289.

coste de la responsabilidad de los auditores que consentían las políticas contables agresivas de los directivos. Los eventuales beneficios asociados a su allanamiento ascendían al tiempo que el riesgo disminuía[112]. A finales de los años noventa *las firmas auditoras adivinaron un mayor provecho en las actividades de consultoría que en las de auditoría* y comenzaron a competir entre sí empleando una estrategia de guerra de precios según la cual ofrecían *servicios de auditoría a precios que rondaban el coste marginal*[113]. La razón de esta actuación es que los servicios de auditoría que ofrecían las firmas auditoras eran sólo un «gancho» mediante el cual podían después obtener servicios más lucrativos[114]. El gran problema que afecta a la independencia del auditor es que, en el caso de clientes como Enron, se puede decir que el auditor encargado tiene un único cliente en la práctica, pudiendo el interés en su conservación llegar a comprometer la probidad de la actuación de auditoría. Así, puede ocurrir que *su interés por conservar al cliente comprometa la honradez de su actuación*. En este punto COFFEE defiende que "una norma eventual que prohíba a una firma auditora realizar al mismo tiempo actividades de auditoría y de consultoría no lograría nada, ya que –asegura– el auditor está ya en conflicto con su deseo de percibir honorarios"[115]. Esta postura es criticable, ya que parte de una concepción absolutista y totalizadora del auditor de cuentas como un profesional corrompido por la naturaleza sinalagmática de su actividad, que nublaría en todo caso y como norma –paradójicamente–, la ética deontológica exigible al ejercicio de la actividad auditora. Defiende que la corrupción de quien desempeña una actividad a cambio de una contraprestación determinada no puede verse incrementada o favorecida por el ofrecimiento, a cambio de la misma actividad, de un aumento de la contraprestación. A este razonamiento cabe achacar al menos dos deficiencias concatenadas. En primer lugar, presume la existencia de un vicio subyacente *ab initio* en la actividad auditora y previo, e incluso independiente, a su ejercicio. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, COFFEE entiende que, precisamente por su naturaleza corrompida en origen, el auditor no puede verse motivado por factores adicionales. Por ello, en suma, se declara contrario a una eventual

[112] Así, concluye COFFEE que "en los años noventa, a un auditor le compensaba consentir el fraude" (en *CornLRev*, 2003-2004, p. 291).

[113] Sobre esta cuestión, ampliamente, IMHOFF, «Accounting Quality, Auditing and Corporate Governance», *AcHz*, 17, 2003, pp. 117-128.

[114] Una encuesta publicada en 2002 por el CHICAGO TRIBUNE muestra que las cien mayores compañías del área de Chicago pagaban a sus auditores por labores de consultoría, como media, el triple que por labores de auditoría (véase, KIDD STEWART y COUNTRYMAN, «Local audit. Conflicts Add Up: Consulting Delas, Hiring Pratices in Question», CHICAGO TRIBUNE, 24 de febrero de 2002).

[115] En *CornLRev*, 2003-2004, p. 292.

legislación que prohibiera la concurrencia de los servicios de auditoría y consultoría por parte de una firma auditora sobre el mismo cliente, al considerarla una medida inoperante. Lo cual, pienso, no deja de ser un vaticinio ligero ante la que podría alzarse, cuanto menos, en medida óptima de saneamiento de la imagen que en los últimos años han arrojado las actividades de consultoría y auditoría.

Por otro lado, he de convenir con COFFEE en un aspecto relacionado con el anterior. Afirma que la combinación de los servicios de auditoría y de consultoría por parte de una misma firma auditora "proporciona al cliente una herramienta disciplinaria con la cual puede tanto seducir como amenazar a la firma"[116]. Esto es así porque, de acuerdo con la normativa de la SEC, si un cliente despedía a un auditor o un auditor renunciaba a su cargo por un desencuentro acerca de los principios de auditoría, se requería la automática revelación pública del caso, además de la intervención de la SEC. De esta manera, despedir a un auditor resultaba una práctica poco atractiva y muy costosa para el empresario. Sin embargo, si el auditor era además consultor del mismo cliente, éste podía extinguir de forma silenciosa su labor de consultoría. Así, *el empresario podía manipular la actividad de auditoría de su auditor coaccionando en silencio su actividad consultora.*

§ 6. (b) *Hipótesis de la burbuja (o psicológica).* Parte de la consideración de que los servicios de los auditores pierden relevancia en el estado de euforia comercial de una «burbuja»[117]. Por un lado, los inversores

[116] *Ibidem*, p. 292.

[117] Véase, PENMAN, «The Quality of Financial Statements: Perspectives from the Recent Stock Market Bubble», *AcHz*, 2003, pp. 77-96. Por su parte, KINDLEBERGER, recuerda que las crisis financieras se atienen a una repetición cíclica dotada de una coherencia interna en la que se observa la sucesión de hasta cinco fases, a saber: la (1) fase de despegue, que sigue a la recesión que puso fin al ciclo precedente; la (2) fase de euforia, en la que el crédito se desboca en relación con la variación de ingresos y de los precios en los activos, los cuales, al superar su valor económico, se convierten en burbujas. El libre movimiento de capitales acelera el sobreendeudamiento y lleva a la infravaloración de los riesgos. La euforia culmina en la (3) fase de paroxismo, que se desencadena la inevitable (4) recesión, y con ella fluye el pesimismo general. La última etapa del ciclo sería la (5) deflación de la deuda y la reestructuración de las cuentas (véase, *Manias, panics, and crashes: a history of financial crises*, Basic Books, Nueva York, 1989). En la misma línea, AGLIETTA, entre otros, apunta que "las crisis son endógenas: existen por y en los ciclos que caracterizan a la economía de mercado", y concluye críticamente que "el cambio de régimen del crédito ha llegado a transformar el modelo bancario", que "ha pasado del principio de *aprobar los créditos y asumir el riesgo* al principio de *aprobar los créditos y vender el riesgo*", con el objetivo de diversificar el riesgo sobre un amplio número de agentes financieros mediante la utilización de derivados del crédito, a sabiendas que mientras la especulación no provoque inflación no habrá intervención de las autoridades monetarias y, por ende, se hallan «libres» de estabilizadores exógenos (en «Crisis bancaria: la quiebra de la

abandonan la precaución y el escepticismo y, por otro, las compañías se ven obligadas a seguir auditando simplemente por un imperativo legal de la SEC. Asumiendo que en este ambiente los inversores eufóricos ignoran al auditor, la estrategia competitiva más racional de un auditor es, al menos a corto plazo, ser lo más permisivo y económico posible para sus clientes. Para COFFEE los auditores se convierten, en medio de una burbuja económica, en «víctimas» de sordos inversores. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo. La declaración del autor implica que se debe atribuir la responsabilidad del desastre, en origen, a inversores que, en un estado de anormalidad comercial, no persiguieron toda la información relevante que los auditores supuestamente proporcionaban de cara a adoptar una decisión óptima[118].

§ 7. En resumen, COFFEE sugiere tres causas del desastre, a saber: (a) el uso descontrolado de las *stock options* como forma de remuneración de directivos, que llevó a éstos a manipular el mercado de cara a obtener resultados que aumentaran sus honorarios dependientes; (b) un sistema inadecuado de prevención frente a los auditores, a quienes compensaba consentir el fraude; y (c) un fenómeno de burbuja de mercado que implicó tanto a inversores como a auditores.

§ 8. Por su parte, BRATTON piensa que "la cultura empresarial del foco de riesgo se contagió a los auditores"[119], y recurre a COFFE[120] para adoptar su modelo de control financiero efectivo. Según éste, el auditor debe: (1) ser requerido por imperativo legal; (2) ser un reflejo de la actividad, con un capital significativo dependiente de su actuación; y (3) recibir únicamente un honorario de su cliente.

---

desregulación financiera», Badie y Tolotti (dirs.), *El estado del mundo: Anuario económico geopolítico mundial 2009*, Akal, Madrid, 2008, pp. 92-96; p. 93).

[118] Véase, *CornLRev*, 2003-2004, p. 295. En este punto, invito al lector a practicar una reflexión acerca del trabajo de KAHNEMAN y TVERSKY en el cual los autores se proponen demostrar que los individuos, con cierta generalidad, adoptan decisiones mediante el recurso a fórmulas heurísticas, en lugar de hacerlo atendiendo al análisis de la información obtenible, precisamente porque el ejercicio de reflexión ante la adopción de una decisión evidencia una "aversión al riesgo para alternativas positivas y la tracción al riesgo en las negativas", de donde concluyen que "la función de valoración está definida sobre las desviaciones respecto al punto de referencia", siendo generalmente cóncava para las ganancias y convexa para las pérdidas, además de más acelerada para las segundas que para las primeras (en «Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo», *Infancia y Aprendizaje*, 30, 1987, pp. 95-124; pp. 105 y 112). Sobre esta cuestión pueden verse también, de KAHNEMAN, «Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual», *Revista Asturiana de Economía*, 28, 2003, pp. 181-225; ID., junto con MILLER, «Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives», *Psychological Review*, 93, 1986, pp. 136-153.

[119] En *TulLRev*, 2002, p. 1343, a partir del estudio de FUSARO y MILLER, *What Went Wrong at Enron: Everyone´s Guide to the Largest Bankruptcy in U. S. History*, John Wiley & Sons, Indianápolis, 2002.

[120] Concretamente, a «The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence, and the Governance of Accounting», *ColLSch*, 191, 2001, pp. 1-62.

En teoría, el interés por una buena reputación sumado a la amenaza de una eventual responsabilidad legal deberían regir las relaciones entre auditor y cliente. Pero en los años noventa cambiaron dos factores. En primer lugar, el sistema de responsabilidad fue modificado para hacer menos responsables a las firmas contables; en segundo lugar, los ingresos que las *Big Five* percibían por servicios distintos de los de auditoría aumentaron progresivamente hasta llegar a constituir el 50% en el año 2000, cuando veinte años antes alcanzaban únicamente un 13% de los ingresos totales. El resultado en el caso de Andersen fue que en su relación con Enron el tercer factor del modelo de COFFEE se vio vulnerado.

§ 9. En 1990 el presidente de la SEC, Arthur LEVITT, promovió una iniciativa reglamentaria con la intención de prohibir las actividades de consultoría por parte de los auditores, pero ésta se malogró debido a la presión ejercida por las *Big Five*[121]. A cambio, la SEC hizo efectiva en 2001 una normativa que prohibía las subcategorías de servicios distintos a los de auditoría; concretamente, los de diseño de sistemas de información y los de auditoría interna. Por su parte, el auditor de Andersen Joseph BERARDINO defiende que "el verdadero fracaso concierne a la normativa contable, que, después de todo, permite la financiación extracontable a través de SPEs", y concluye que "si algo fue mal en el estado financiero de Enron, el problema es de las normas, que deberían ser reconsideradas, y no de la auditoría de Andersen"[122].

> Afirma BRATTON, parafraseando al presidente de la SEC Harvey PITT, que "no podemos mantener la confianza en un mercado cuyo sistema de información financiera proporciona un volumen inabarcable y complejo de dicha información acerca de lo que ocurrió en el pasado, pero deja a los inversores un conocimiento limitado de lo que está pasando en el presente y de lo que puede ocurrir en el futuro"[123]. Y LEWITT añade, con ironía: "desafío a la dirección corporativa y a Wall Street a reexaminar nuestro entorno actual. Necesitamos abarcar nada más que un cambio cultural. Para los directores corporativos, recuerden, la integridad de los números en el sistema de información financiera está directamente relacionada con los intereses corporativos a largo plazo. Mientras las tentaciones son sustanciosas y

[121] En la Segunda Sesión del Congreso de los EEUU de 8 de marzo de 2002, se introdujo una prohibición de que las firmas contables y auditoras ofrecieran servicios de consultoría. No obstante, en un mundo «de cuatro firmas», aún cabe presumir la existencia de cierto grado de presión corporativa sobre los auditores. Cuando, tras la citada Sesión y bajo la dirección de Paul Volcker, Andersen anunció que iba a dedicarse en exclusiva a la actividad de auditoría, las otras cuatro grandes firmas se apresuraron en anunciar que ellas no seguirían ese mismo camino (véase, SCHROEDER y HITT, «Big Accounting Firms Break Ties UIT Andersen to Resist Changes», THE WALL STREET JOURNAL, 4 de marzo de 2002).

[122] Declaraciones publicadas en la noticia «A Wake-Up Call», en THE WALL STREET JOURNAL, 4 de diciembre de 2001.

[123] En *TulLRev*, 2002, p. 1346.

> las presiones fuertes, la ilusión en los números es sólo eso, una efeméride autodestructiva"[124].

La patología cultural a la que LEVITT se refiere es la cultura de la maximización de los valores accionariales, la cual ha cambiado radicalmente el modo de entender la relación entre auditor y cliente. *En un mercado libre, son los directivos y no los auditores los que crean los valores. A los últimos les compete la regulación indirecta del libre mercado, a pesar de que en la práctica se les conceda una escasa autoridad*. En un contexto como el descrito, "la profesión contable se recondujo a la de proveedor de servicios, inducida por el soborno de los directivos, caracterizado éste como honorarios por consultoría"[125].

§ 10. En relación con el sistema de prevención frente a los auditores, apunta IMHOFF que la presión para que éstos aplaquen a los directivos de las firmas clientes, que son al mismo tiempo clientes de los servicios de auditoría interna y/o de consultoría, es una medida positiva. De otra manera, cuando se identifican tratamientos contables ambiguos que pudieran ser utilizados para enmascarar el fracaso de la compañía, los auditores se ven presionados a aceptar dichos tratamientos siempre que no contravengan de forma manifiesta los GAAP[126]. Este marco fomenta el consentimiento, por parte del auditor, de las prácticas contables de los directivos de las compañías auditadas que, aunque no contravengan la literalidad normativa de los GAAP, podrían violar el espíritu de éstos. Así, aunque la SOx incluyó una serie de provisiones con la pretensión de asegurar la independencia de los auditores, IMHOFF vaticinaba que el impacto real de dichas provisiones sería modesto[127]. Y en su argumentación se refería a una medida en concreto: la SOx contempla, además de la articulación de un consejo de supervisión contable, la cuestión relativa a las rotaciones en la plantilla de auditores, así como aquélla que se

---

[124] En «Op-Ed», THE NEW YORK TIMES, 18 de enero de 2002.

[125] Recogido por BRATTON en *TulLRev*, 2002, p. 1346. p. 1350.

[126] Los «*Generally Accepted Accounting Principles*» adoptan un modelo combinado de estándares y normas. Sobre el debate acerca de la necesidad de un modelo contable basado en normas o en principios, RONEN, «Post Enron Reform: Financial Statement Insurance and GAAP Re-Visited», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 39-68; pp. 60-65; SIEGEL, «The Coming Revolution in Accounting: The Emergence of Fair Value as the Fundamental Principle of GAAP», *WayLRev*, 42, 1996, pp. 1839-1862; pp. 1846 y ss.; KAPLOW, «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *DkLJ*, 42, 1992, pp. 557-629; pp. 570-577. Por su parte, MELANCON ha apuntado que "parte del problema (de Enron) es un modelo de GAAP con muchas normas que deja poco espacio para el juicio basado en principios" (en «A New Accounting Culture», *JAcy*, 194, 2002, pp. 27-30; p. 28).

[127] Véase, *AcHz*, 2003, p. 128. Hay que tener en cuenta que IMHOFF firma este trabajo en enero del año 2003, seis meses después de la entrada en vigor de la SOx y, por tanto, puede sólo especular acerca de la efectividad futura de la ley a partir de la mera configuración de sus preceptos.

refiere al ofrecimiento de servicios distintos a los de auditoría[128]. No obstante, en la práctica la nueva norma de rotación quinquenal de la plantilla de auditores constituye un adelanto relativo con respecto a la anterior norma, que preveía una rotación cada siete años[129]. Por ello IMHOFF creía que la medida sería inefectiva. Lo que proponía era una rotación obligatoria no ya de la plantilla de auditores de una firma con respecto a un cliente, sino la rotación de las propias firmas auditoras en su conjunto. De esta manera, aseguraba que "la rotación cada tres años de las firmas auditoras podría ser la medida más efectiva de cara a lograr la independencia del auditor"[130]. Sin duda, una revolución contable trienal dificultaría ciertas prácticas abusivas, pero creo que no deja de ser una medida utópica, difícilmente articulable en la práctica y, lo que es más importante, no necesariamente efectiva. Si el *centrifugado* trienal de las *Big Five* con respecto a sus clientes se presenta como una realidad costosa, dañosa del libre mercado y, en definitiva, inviable, hay que añadir que una medida así no constituye, por otro lado, una garantía probable de efectividad. Sin embargo, convengo con IMHOFF en que el mayor logro de la rotación trienal de las firmas auditoras es que cada auditor sabrá con certeza que algún otro auditor de alguna otra firma pronto (en un plazo máximo de tres años) reauditará al mismo cliente que él está auditando. Ello debería reducir la tendencia del auditor a mostrar debilidades o ambigüedades en su informe respecto a los libros de la compañía auditada. Y es que "sería muy embarazoso y costoso para una *Big Five* pasar por alto algo que otra *Big Five* pudiera descubrir"[131]. Se trataría, en definitiva, de un sistema que prevé la «vigilancia del vigilante».

La combinación de los servicios de auditoría y consultoría incrementa el poder de la compañía sobre sus auditores. La razón es obvia: como ya explicara en § 5, una compañía que pretende despedir a su auditor está obligada a motivar dicho despido ante la SEC, lo cual puede llegar a suponer una incomodidad, al tener que hacer público su descontento por los servicios de auditoría recibidos. Sin embargo, no se requiere ningún tipo de motivación

[128] Me referiré largamente a la SOx en el Cap. II de este estudio.

[129] En el ordenamiento jurídico español, el art. 8 quáter de la LAC establece la rotación obligatoria del auditor firmante del informe de auditoría cada siete años cuando se trate de entidades de interés público, o de sociedades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea superior a cincuenta millones de euros –debiendo transcurrir dos años para que dicha persona pueda volver a auditar a la entidad correspondiente–. Esta limitación no es extensible a las entidades que formulen balance abreviado.

[130] *Ibidem*, p. 127. Con él, BEASLEY, CARCELLO y HERMANSON, «Lessons from Fraud Related SEC Cases: Top 10 Audit Deficiencies», *JAcy*, 191, 2001, pp. 63-66; BOTOSAN, «Disclosure Level and the Cost of Equity Capital», *AccRev*, 72, 1997, pp. 323-350; LEVITT, «The Importance of High Quality Accounting Standards», *AcHz*, 12, 1998, pp. 79-82.

[131] Véase, IMHOFF, *AcHz*, 2003, p. 128.

si la misma compañía pretende acabar con los servicios de consultoría como represalia por una opinión auditora desfavorable o con salvedades. De esta forma, parece que *el propio sistema legal animaba al empresario a hacerse con el dominio indirecto de la actividad de auditoría de su compañía a través de la contratación de servicios de consultoría con la misma firma que realizaba aquéllos*. Por otro lado, la huida de las firmas auditoras de este tipo de situaciones de riesgo era, en la práctica, inexistente, teniendo en cuenta que los honorarios que percibían por el desempeño de servicios de consultoría superaban significativamente los de auditoría[132]. El esquema era peligroso para unos y otros: por un lado, las empresas querían simultanear servicios de auditoría y consultoría porque en tal caso la ley les otorgaba un amplio margen de discrecionalidad en materia de despidos; por otro, a las firmas auditoras les interesaba simultanear servicios de auditoría y consultoría porque percibían un montante muy superior por los segundos.

§ 11. Pero la conclusión, entiendo, es que ambos agentes se entrampaban con la simultaneidad de servicios. El primero, porque para obtener una mayor discrecionalidad en materia de despidos *convertía a su auditor en un órgano dependiente de la dirección de la compañía auditada*; y el segundo, porque la obtención de unos mayores honorarios por servicios de consultoría tenía lugar en detrimento de la independencia en su labor auditora. La solución pasaba por: (a) *prohibir la acumulación de los servicios de auditoría y consultoría por parte de una firma sobre un mismo cliente*; (b) *igualar los honorarios a percibir por ambos servicios*, de forma que su acumulación, en caso de resultar inevitable, no se debiera a un incentivo económico; y (c) *establecer la obligación de motivar la extinción de los servicios de consultoría por despido ante la SEC*. El texto legal de la SOx ha hecho referencia a estas medidas, si bien, como expondré en el capítulo siguiente de este estudio, de manera insatisfactoria.

La prohibición de la acumulación de servicios era, a mi parecer, una prioridad insoslayable, que el ordenamiento español también ha asumido[133]. No obstante, creo que las medidas segunda y tercera apuntadas anteriormente podrían servir sólo para «parchear» temporalmente una situación de simultaneidad, mientras que la prohibición debe delimitar el horizonte de toda medida como la solución más idónea para salvaguardar la independencia del auditor que exige el buen funcionamiento del mercado.

[132] Enron pagó 52 millones de dólares a Andersen en 2000, de los cuales sólo 25 millones retribuían servicios de auditoría (véase, IMHOFF, *AcHz*, 2003, pp. 127-128). El resto, más del 50% del total, respondía a una retribución por servicios de consultoría.

[133] Véase ampliamente sobre el régimen de incompatibilidades, el art. 8.3 LAC.

I.2.4. El control del gobierno corporativo.-

§ 1. La noción de control es nuclear en un sistema de gobierno corporativo. Reviste tantas formas como agentes envueltos en el proceso financiero: directivos, auditores, analistas, árbitros, accionistas, participan del control corporativo. Incluso los clientes y los proveedores pueden ser vistos como controladores en atención a su capacidad de *observación* de la calidad de la dirección, así como de *emisión de señales* efectivas al mercado en relación con la actuación de aquélla[134].

Muchos consideraron Enron un «caso de libro» en materia de gestión de negocios. MULFORD y COMINSKEY lo resumen con escepticismo como la activa manipulación de los resultados contables con el propósito de crear una impresión alterada de la actividad empresarial[135]. En esta línea, CATANACH y RHOADES-CATANACH perciben tres influencias primarias en los informes financieros de Enron, a saber: (1) las presiones a la actividad, (2) la cuestión de los descuidos o negligencias, y (3) la existencia de unas condiciones estructurales cambiantes. Enron manifestó síntomas preocupantes en las tres categorías anteriores.

§ 2. En lo que se refiere al sistema de gobierno corporativo, éste debe articularse en torno bien a un modelo de objetividad, bien a uno de proximidad, no siendo posible la concurrencia y compensación de ambos modelos en un único sistema[136].

§ 3. (a) *El modelo de proximidad*. En sistemas de gobierno corporativo similares a los existentes en Alemania y Holanda, el control sobre la dirección es interno e intenso, desempeñado tanto por los accionistas más significativos de la compañía como por las juntas supervisoras, constituidas por directivos con una amplia participación en la compañía[137]. Sin embargo, el *handicap* que presenta este modelo es que, a través de la participación en la adopción de decisiones y de la supervisión en tiempo real de la actividad directiva, dichos accionistas y supervisores de la junta se *internalizan* inevitablemente y son «capturados» por las firmas a las que supervisan. Una

[134] Véase, MACEY, *CornLRev*, 2003-2004, p. 400. En la misma línea, extensamente, TURNBULL, *A New Way to Govern: Organisations and society after Enron*, New Economics Foundation Pocketbook, Londres, 2002.

[135] Véase, *The Financial Numbers Game: Detecting Creative Accounting Practices*, John Wiley & Sons, Indianápolis, 2002, pp. 54 y ss.

[136] No obstante, ciertos sistemas de gobierno corporativo, como es el caso del sistema italiano, no se rigen por ninguno de estos dos modelos y han probado ser sistemas exitosos.

[137] Acerca del control sobre la dirección corporativa en Alemania y Holanda, ADAMS, «Corporate Governance Alter Enron and Global Crossing: Comparative Lessons for Cross-National Improvement», *IndLJ*, 78, 2003, pp. 762-763.

«captura» que tiene lugar, según MACEY, "cuando el supervisor aparente pierde su independencia y adopta la perspectiva del equipo de dirección que está siendo supervisado"[138]. De esta manera, la pérdida gradual de la habilidad para evaluar la actuación de la compañía de forma objetiva mitiga la ventaja informativa de la que disfrutan dichos agentes[139].

§ 4. (b) *El modelo de objetividad*. En un sistema como el estadounidense, en cambio, existe un gran distanciamiento entre el inversor y la dirección. De esta manera, los inversores carecen de una información fidedigna y en tiempo real acerca de la dirección y su actividad. En teoría, este recorte en la información podría impactar negativamente en la efectividad de los sistemas de gobierno corporativo en regímenes en los cuales los supervisores carecen del elemento de la proximidad con respecto a la dirección corporativa. Esto ocurre, por ejemplo, en EEUU, donde el control es *anterior y evaluativo*, más que *posterior y preactivo*[140]. Sin embargo, MACEY cree que el sistema estadounidense también se beneficia de esta falta de proximidad, ya que la distancia entre los inversores y las firmas en las que invierten proporciona un elevado grado de objetividad que no se halla presente en sistemas de gobierno corporativo en los que la proximidad de los órganos supervisores somete a éstos al riesgo de la «captura»[141].

Sin embargo, la discusión acerca de la proximidad y la objetividad en el gobierno corporativo, lejos de arrojar luz sobre el dilema, ofrece dos conclusiones desesperanzadoras: (1) en primer lugar, que no puede existir un control efectivo de la dirección corporativa a menos que los supervisores posean, bien la característica de la proximidad, o bien la de la objetividad; y, (2) en segundo lugar, que existe una compensación entre la proximidad y la objetividad que impide al sistema de gobierno corporativo ejercer un control al mismo tiempo aproximado y objetivo.

> En este sentido, Harvey PITT, presidente de la SEC entre 2001 y 2003, apunta a la dirección externa de Enron y al modelo de control del autogobierno corporativo como causas del desastre: "las compañías y los auditores deben llevar a cabo una consciente identificación y valoración de los tres, cuatro, o cinco principios contables críticos de cara a la memoria de la compañía –los principios que se refieran a las decisiones o valoraciones más complejas, subjetivas o

[138] En *CornLRev*, 2003-2004, p. 400.

[139] *Ibidem*, p. 400, refiriéndose precisamente a los supervisores y apoyándose en BRATTON y MCCAHERY, «Comparative Corporate Governance and the Theory of the Firm: The Case Against Global Cross Reference», *ColJTransL*, 38, 1999, pp. 213-297.

[140] Véase, BOOT y MACEY, «Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance», *CornLRev*, 89, 2004, pp. 357-360; p. 359.

[141] Véase, MACEY, *CornLRev*, 2003-2004, p. 401, apoyándose en BRATTON y MCCAHERY, *ColJTransL*, 1999, p. 224.

> ambiguas–. A continuación deberían presentar con claridad a los inversores el mosaico de problemas y/o peligros que pudieran subyacer en sus decisiones, así como los posibles efectos derivados de su aplicación"[142].

§ 5. En opinión de MACEY, la implicación de los accionistas podría resolver el problema. Sin embargo, en EEUU ésta se halla mitigada por la alta diversificación de la propiedad accionarial, lo que limita la capacidad de interferencia de los accionistas a través de conflictos de poder, adquisiciones hostiles, u otros mecanismos diseñados para movilizar al accionariado. De este modo, la implicación de los accionistas en los EEUU existe más en la teoría que en la práctica[143].

> En Europa continental, en cambio, la propiedad concentrada tiene un mayor dominio, pero ello no se traduce necesariamente en un mayor control por parte del accionariado[144]. En algunos países del oeste y del sur de Europa, los dominios cruzados y las estructuras piramidales protegen a las firmas de sus accionistas[145]. Esto se da particularmente en países como Holanda o Alemania, donde unas juntas de supervisión relativamente autónomas operan de forma semi-independiente respecto de los accionistas y protegen a la dirección de la implicación directa del accionariado[146].

§ 6. La debacle de Enron derribó la creencia de que el sistema de gobierno corporativo estadounidense es el más efectivo del mundo, y fue entendida por algunos como un elemento natural de compensación entre un sistema de control objetivo y un sistema de control aproximado por parte de directivos, auditores, agencias de evaluación, analistas y otros[147]. El desastre llega –como apunté en § 3– cuando los supervisores o controladores supuestamente objetivos son «capturados» por las firmas cuya actividad deben controlar. El sistema de gobierno corporativo de los EEUU descansa en la objetividad de los controladores más que cualquier otro, por lo que es más vulnerable cuando éstos fallan, como ocurrió en el caso de Enron.

§ 7. Desde una perspectiva internacional, cabe preguntarse si lo ocurrido en Enron podría reproducirse en Europa, o si refleja la

---

[142] Recogido por BRATTON en *TulLRev*, 2002, p. 1331.

[143] Véanse MACEY, *CornLRev*, 2003-2004, p. 402; COFFEE, «The SEC and the Institucional Investor: A Half-Time Report», *CarLRev*, 15, 1994, pp. 837-908; pp. 848 y 906-907.

[144] Véase, BRATTON y MCCAHERY, *ColJTransL*, 1999, p. 218.

[145] Véase, SARRA, «Corporate Governance in Global Capital Markets, Canadian and Internacional Developments», *TulLRev*, 76, 2002, pp. 1691-1722; pp. 1692 y ss.

[146] Así, ANDRÉ, «Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards», *TulLRev*, 70, 1996, p. 1819; MUIJSENBERGH, «Corporate Governance: The Dutch Experience», *TransLy*, 16, 2003, pp. 63-74; pp. 63-65.

[147] Véase, BOOT y MACEY, «Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance», *CornLRev*, 89, 2004, pp. 357-360.

vulnerabilidad del sistema de gobierno corporativo estadounidense en exclusiva. En este punto MACEY ofrece tres observaciones[148]. En primer lugar, apunta que el desastre de Enron demuestra la grave presión que soporta la dirección corporativa en los EEUU de cara a la continua superación de la producción. La actividad corporativa de Enron fue coherente durante un periodo de tiempo considerable, pero en 1997 comenzó la alquimia financiera con el establecimiento de las *sociedades instrumentales*[149]. En segundo lugar, el autor asegura que fuera de EEUU los incentivos a los directivos para sucumbir a los «flirteos» contables que Enron empleó son más débiles[150]. En tercer lugar, MACEY concluye, apoyándose en EASTERBROOK y FISCHEL que, al menos en algunos casos, los modelos jurídicos y económicos tradicionales de revelación de la información corporativa deberían ser reemplazados por un modelo de «dilema del prisionero», en el que todas las compañías tengan incentivos para entablar fraudes menores, con la confianza de que un fraude excesivo –que llevaría a los inversores a desconfiar del sistema– no sea el resultado final[151].

MACEY utiliza el dilema del prisionero a modo de analogía de lo acontecido en Enron para concluir que, sin cooperación, los agentes corporativos y las propias compañías persiguen un interés personal exclusivo. El esquema es el siguiente:

Dilema del prisionero (confesión / años de condena)		P.1	
		Sí	No
P.2	Sí	P.1: 10 P.2: 10	P.1: 25 P.2: 3
	No	P.1: 3 P.2: 25	P.1: 1 P.2: 1

[148] En *CornLRev*, 2003-2004, pp. 396-397, refiriéndose a la aparición de las SPEs, a las que el autor llama «sociedades instrumentales». En la misma línea, BRATTON, *TulLRev*, 2002, 1285.

[149] Debido a que Enron tenía cantidades masivas de deuda oculta bajo una complicada matriz de miles de sociedades instrumentales estructuradas como afiliadas –y normalmente con una organización externa–, el mercado fue incapaz de penetrar la «cubierta nublada» de estos ardides contables para descubrir las verdaderas condiciones económicas de Enron (véase, *CornLRev*, 2003-2004, p. 397).

[150] Y añade que "una de las principales lecciones que podemos aprender del colapso de Enron es que el sistema estadounidense de control de la dirección corporativa se ha convertido en un sistema corrupto en sí mismo" (véase, *CornLRev*, 2003-2004, p. 396, en la línea de pensamiento inaugurada por BOJE y ROSILE en *Ephemera*, 2002, pp. 317 y ss.).

[151] Véanse BOJE y ROSILE, *Ephemera*, 2002, p. 396; EASTERBROOK y FISCHEL, «Mandatory Disclosure and the Protection of Investors», *VaLRev*, 70, 1984, pp. 669-715. Explicando el buen gobierno y las relaciones económicas a modo de «juego cooperativo» o «dilema del prisionero», KEASEY, THOMPSON y WRIGHT, *Corporate Governance, Economic, Management, and Financial Issues*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

Dilema del agente financiero (revelación / ganancia)		S.1	
		Sí	No
S.2	Sí	S.1: 50 S.2: 50	S.1: 100 S.2: 25
	No	S.1: 25 S.2: 100	S.1: 30 S.2: 30

Las sociedades 1 y 2 saldrían ganando si ambas adoptaran con honestidad sistemas y políticas legales y éticos, pero si cada una buscara su propio interés individual, ello se traduciría automáticamente su perjuicio y destrucción, siempre en términos de revelación de información veraz al mercado. Cada firma sufrirá la peor consecuencia si revela su información y la otra firma la oculta. De ahí que, en un escenario de desconfianza, lo habitual sea una tendencia generalizada al ocultamiento. A pesar de que, como ilustra el ejemplo, la búsqueda de los máximos beneficios individuales sólo tiene éxito cuando el resto de competidores no lo hace –y a su costa–, lo cual resulta altamente improbable, por no hablar de irrespetuoso.

Extrapolando un modelo binario a la vida real, si unas pocas compañías trampean el sistema a través de la inveracidad o la inexactitud de su información, pero se mantiene la confianza en el sistema en su conjunto, esas pocas compañías se verán beneficiadas en perjuicio del resto. En cambio, si su número asciende, la confianza en el buen funcionamiento del mercado por parte de los inversores puede verse dañada y el sistema truncado en su conjunto. MACEY estima que el dilema se soluciona mediante la regulación legal de los deberes de información corporativos, estableciendo severas sanciones por las declaraciones falsas.

§ 8. Por su parte, THORBURN define el sistema de gobierno corporativo como "el aparato colectivo de fuerzas que restringen los incentivos y las oportunidades de los órganos internos de dirección de expropiar a los inversores externos"[152]. En lo referente al imperativo de la inversión externa, el autor piensa que los directivos tienen acceso a sofisticadas técnicas de expropiación, de manera que los inversores externos son generalmente más vulnerables ante las prácticas de expropiación que el resto de accionistas. La razón es que la dirección mantiene una relación personal continuada con empleados, clientes y proveedores, mientras que *los inversores externos resultan útiles a la compañía sólo en los momentos puntuales en los que ésta requiere la inversión de capital externo*. Por ello estima que el punto de partida del gobierno corporativo debe ser la protección del inversor[153]. La resultante separación entre la propiedad y el control ocasiona un problema

[152] En *VtLRev*, 27, 2003, p. 890. Y añade que "la Junta de la compañía es el más importante sistema interno de control corporativo".

[153] *Ibidem*, p. 907. Y afirma que "los inversores externos en las grandes compañías encuentran una gran dificultad a la hora de controlar de cerca los movimientos de la dirección".

institucional del que ya se sirvió Adam SMITH para afirmar que "sólo cuando los individuos acumulan propiedades pueden los intereses individuales y la responsabilidad social aunar esfuerzos para mantener el uso de la propiedad en consonancia con los intereses de la sociedad en conjunto". Y matizaba: "cabe esperar que los directivos de las compañías (…) siendo gerentes del dinero de otros y no del suyo, no lo vigilen con la ansiedad del propietario. La negligencia y la profusión, por tanto, siempre prevalecerán, en mayor o menor medida, en la dirección de una compañía así"[154].

§ 9. Las entidades que controlan o supervisan la actuación directiva de una compañía pueden ser de dos clases –tal y como he expuesto en § 3 y § 4–, a saber: (a) entidades próximas a la dirección de dicha entidad, e involucradas en sus actividades; o (b) entidades que no son cercanas a la dirección y que, por lo tanto, no participan en las actividades de la compañía[155]. Las primeras disponen de la mejor información relativa a la compañía, pero la proximidad puede afectar a su objetividad. Las segundas, en cambio, disponen de una información más incompleta acerca de la compañía, y su control es siempre posterior a la producción del daño. Sin embargo, su actuación gana en objetividad. Pues bien, Enron tuvo mecanismos de los dos tipos: de proximidad (a través de la Junta de Directivos) y de objetividad (mediante analistas, agencias de crédito, inversores institucionales y otros agentes de mercado). Ambos fracasaron. Partiendo de este diagnóstico, GRINSTEIN profundiza en el análisis de las fuentes de ingresos de los altos directivos, que divide en tres grupos: éticas, legales y monetarias. En relación con las primeras, el autor declara que de los catorce miembros que componían la Junta de Enron en 2001, tres trabajaban además en la compañía (Lay, Skilling y Belfer), mientras que el resto eran «directores corporativos altamente considerados» (*highly ranked corporate officers*) (Blake, Chan, Pereira, Savage, Winokur), profesionales académicos de reconocido prestigio (Jaedicke, Lemaistre, Mendelsohn), y personal distinguido del servicio público (Wakeham, Gramm). En cuanto al segundo grupo de fuentes (las legales), el autor se refiere con éstas al miedo a la sanción legal. Pero es al tercer grupo (las fuentes monetarias) a las que el autor dedica una mayor atención. Asegura que "como agentes de los accionistas, los miembros de la Junta deberían preocuparse por maximizar la salud del accionista, ya que ello

[154] En *The Wealth of Nations*, Cosimo, Nueva York, 2007 [1901], p. 586. Es necesario advertir al lector en este punto que el recurso a una obra precapitalista decimonónica defensora de la propiedad privada para tratar de explicar las causas de un desequilibrio financiero actual constituye una licencia que pretende *subliminar* la realidad circular de las grandes cuestiones económicas y sociales.

[155] Véase, GRINSTEIN, *CornLRev*, 2003-2004, pp. 505 y ss. En la misma línea, FOX, «To Tell or Not To Tell: Legal Ethics and Disclosure After Enron», *ColBusLRev*, 2002, pp. 867-913; pp. 870 y ss.

lleva consigo maximizar la suya propia"[156]. Los miembros de la Junta de Enron en 2001 poseían un total de aproximadamente dieciséis millones de acciones, lo que suponía un 2,5% del capital total de la compañía. Los empleados, en cambio, poseían el 97% del capital. Los miembros de la Junta poseían una cantidad insignificante de acciones sobre el capital social, lo que dificultaba la implicación de éstos y los desincentivaba de cara a su esfuerzo por maximizar el valor de la compañía. Esto no ocurrió exclusivamente en el caso de Enron, sino que es común que los miembros de la junta directiva no posean participaciones significativas en las compañías que ellos mismos supervisan.

§ 10. En otro orden de cosas, GRINSTEIN encuentra en las reglas y mecanismos de información corporativa una de las claves del desastre financiero de Enron. Los mecanismos de indicación –apunta– son importantes porque revelan al accionista información acerca del valor de la firma. Pero sólo pueden funcionar si son creíbles[157]. Cabe entonces cuestionarse hasta qué punto es suficiente la información que revela una compañía para *diferenciarla* como veraz o inveraz, teniendo en cuenta que ésta deja de ser un mecanismo efectivo si puede ser manipulada con facilidad[158]. Esto es, precisamente, lo que pasó en Enron. GRINSTEIN sugiere que el problema debe resolverse por la vía de la *prevención, incrementando la amenaza de castigo*, "porque un castigo severo por falsear las declaraciones elimina el incentivo de las compañías para defraudar"[159]. SMITH y WALTER, en cambio, se muestran en desacuerdo con una mayor regulación como solución al problema de la inveracidad en las declaraciones financieras de los últimos años. Para éstos, una regulación excesiva es tan dañina como una insuficiente[160]. Y

[156] GRINSTEIN, *CornLRev*, 2003-2004, p. 506. En este sentido, declara que "la preocupación por la cualificación de los directivos, la independencia, y el incremento de las sanciones son ingredientes importantes, pero parece que los directivos necesitan además incentivos de tipo financiero para llevar a cabo su labor con propiedad" (p. 507).

[157] Véase, GRINSTEIN, *CornLRev*, 2003-2004, p. 508. El autor aporta, estimo que con acierto, el símil que sigue: "un vendedor de coches malos nunca ofrecería una garantía para vender un coche. Así, una garantía diferencia a un comprador de buenos coches de uno de malos coches. Con las empresas pasa lo mismo. Una buena empresa revela sin problema información sobre sí misma para diferenciarse de las malas firmas. Éstas no lo harán. La consecuencia es que los inversores invertirán en las primeras y evitarán a las segundas". No obstante, entiendo que el correcto funcionamiento de los mecanismos de indicación a los que el autor se refiere no depende tanto, como él estima, de la credibilidad de las declaraciones –siendo así que toda información razonable y razonada pueda ser tenida por cierta– como de la veracidad de dichas declaraciones, es decir, de su fidelidad a la realidad que informan.

[158] Véase, GRINSTEIN, *CornLRev*, 2003-2004, p. 509.

[159] En *CornLRev*, 2003-2004, p. 415.

[160] Véase, *IR*, 2006, p. 65, aunque "la lección más importante que nos han dado los excesos corporativos de los últimos años es que el capitalismo debe ser entendido por todos,

pronostican, apoyándose en FRANKEL, JONSON y NELSON, que cabe esperar una reacción de retribución lógica ante el abuso en una sociedad democrática y que ésta tenderá a ser rápida, dura y posiblemente injusta cuando llegue[161].

§ 11. Autores como BOJE, ROSILE, FETTER o BEN-AMI se adscriben a la tesis catastrofista del fracaso del capitalismo occidental y defienden que éste no se basa ya en un concepto tradicional de beneficio, sino en uno de beneficio maquinado mediante argucias financieras[162]. Sin embargo, esta tesis, a la que también se ha acercado en algún momento el pensamiento de COFFEE[163] adolece, desde mi punto de vista, de un discurso científico probable que lo rescate de la conjetura divulgativa y pasional. Algunos, incluso, como es el caso de BOJE y ROSILE, han acusado también a las universidades y escuelas de negocios por "adiestrar a sus estudiantes en el arte de hacer lo posible por defraudar"[164]. Ésta, igual que la anterior, constituye una acusación eufórica difícilmente demostrable desde un punto de vista científico. Pero el cuadro de responsabilidades o «conjuraciones» que elaboran los autores se desborda definitivamente cuando suscriben que "Enron es un microcosmos de la avidez de la sociedad americana"[165].

El aspecto más interesante del trabajo de BOJE y ROSILE es su propuesta de estudio de la intertextualidad de lo que los autores llaman las «conjuraciones», que les permite concluir con relativo acierto –desde una perspectiva más sociológica que jurídica– que ninguna de éstas puede ser aisladamente considerada, ya que "Enron no es el Frankestein de un loco desalmado, sino que para levantar y hacer rodar a un Enron capaz de alterar la Economía de la primera potencia mundial es necesaria la participación de todo un Pueblo"[166].

Por su parte, ELSON conviene con COFFEE y MACEY en la naturaleza del desastre financiero de Enron, pero disiente en la estrategia a seguir para evitar futuros casos similares. Mientras MACEY examina lo que él cree que es

---

no sólo por los capitalistas (…) Si el capitalismo se percibe, acertada o desacertadamente, como abusivo, será abolido o reformado".

[161] Véase, FRANKEL, JOHNSON, y NELSON, «The Relation Between Auditors´ Fees for Non-audit Services and Earnings Management», *AccRev*, 77, 2002, pp. 1-49.

[162] Véanse, BOJE y ROSILE, *Ephemera*, 2002, pp. 315 y ss.; FETTER, *The Masquerade of Monopoly*, A. M. Kelley, Nueva York, 1971; BEN-AMI, *Cowardly Capitalism*, 2001.

[163] Al que me he referido antes, en el apartado I.2.3. § 5. de este trabajo.

[164] Sobre el papel de las escuelas de negocios en el caso Enron, MANGAN, «The Ethics of Business Schools», *CHE*, 20 de septiembre de 2002; JANOSIK, «Common Issues in Professional Behavior», *NASPA*, 44, 2007, pp. 285-306.

[165] En *Ephemera*, 2002, p. 322, y se remiten al sistema aristotélico de atribución de responsabilidades para culpar del desastre, bajo la rúbrica impersonal de «La Codicia», a "todos los relacionados con Enron Corporation, cada uno a su nivel".

[166] *Ibidem*, p. 323.

un canje entre proximidad y objetividad[167], ELSON, en cambio, cree que la clave para prevenir escándalos como el de Enron se encuentra, precisamente, en los encargados de la supervisión o el control interno: los directores de la compañía, ya que son estos quienes se encuentran en la mejor posición para observar y seguir las actividades de dirección y gestión. En esta línea, asegura que "la Junta directiva no sólo debe decidir cuándo acordar y cuándo dar por extinguido el mandato de un equipo directivo, sino que debe además revisar la actividad de la dirección entre esos dos momentos"[168]. Su conclusión es que la manera más efectiva de lograr que los directores afronten sus responsabilidades respecto a los accionistas es convirtiéndolos en accionistas. Así, adquieren un interés personal en la buena marcha de la empresa, siempre y cuando su propiedad accionarial sea sustanciosa en comparación con beneficios privados de otra índole. Por lo tanto, ELSON se posiciona a favor de la percepción de honorarios en forma de acciones de la compañía por parte de los altos directivos y elabora una teoría de gobierno corporativo efectivo que puede resumirse en la concurrencia del tándem «Independencia + Propiedad de Acciones»[169] como clave resolutoria de la problemática.

§ 12. En mi opinión, al menos cinco señales debieron haber llevado a la SEC a iniciar más exhaustivas investigaciones acerca de las iniciativas de la dirección de Enron[170]. En primer lugar, el requerimiento de la dirección de que la Junta renunciara al código ético de la compañía[171], que prohibía a los administradores practicar *transacciones que pudieran suponer un conflicto de*

[167] Véase, ELSON, *CornLRev*, 2003-2004, p. 496. Según el autor, a medida que un director ejecutivo se aproxima a la gestión o administración corporativa pierde irremediablemente objetividad. En su opinión, las reformas en cuanto al gobierno de sociedades deben centrarse en procurar la objetividad de aquellos que no se encuentran próximos al gobierno, a saber, los supervisores externos.

[168] *Ibidem*, p. 497, basándose en CARMICHAEL, «Behavioural Hypothesis of Internal Control», *AccRev*, 45, 1970, pp. 235-245. En la misma línea, CHATTERJEE, «Enron: Pulling the Plug on the Global Power Broker», *CorpWatch*, 13 de diciembre de 2001.

[169] Véase, ELSON, *CornLRev*, 2003-2004, p. 499.

[170] *Ibidem*, p. 500. Acontecido el desastre, su actuación se limitó a iniciar acciones civiles contra algunos de los directivos más *visibles*. Puede el lector acudir al texto íntegro de las acciones en cuestión, disponibles en la página web oficial de la SEC: http://www.sec.gov/litigation/litreleases/litrelarchive. Concretamente, las dirigidas contra Fastow (2 de octubre de 2002), contra Lay (7 de noviembre de 2003), y contra Causey, Skilling y Lay (8 de julio de 2004). Última visita: 28 de julio de 2010. Sobre las imputaciones que, en concreto, recayeron en los distintos responsables de la compañía, BRICKEY, *JCrimL&Crim'y*, 2006, pp. 400 y ss.

[171] MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, en cambio, se refiere al caso de Enron como un supuesto en el que las recomendaciones de buen gobierno se siguieron «escrupulosamente», a pesar de lo cual la compañía se vio aquejada de una grave falta de transparencia en la información social (véase, «Comentarios a la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas», *AF*, 90, 2003, pp. 41-47; p. 42).

intereses (refiriéndose a las transacciones con las SPEs). En segundo lugar, las *ventas masivas de acciones* de la compañía por parte de *insiders*, personas con una alta posición dentro de la propia empresa. En tercer lugar, el hecho de que, además de llevar a cabo los servicios de auditoría externa, Arthur Andersen desempeñara también la *labor de auditoría interna* de Enron. En cuarto lugar, que Arthur Andersen actuara al mismo tiempo como auditor y consultor de Enron[172]. Por último, que los miembros más veteranos del departamento financiero de Enron hubieran sido directamente *contratados por Arthur Andersen.*

La conclusión de ELSON es que los altos mandatarios de Enron no fracasaron por su proximidad respecto de la dirección de la compañía, sino por su falta de independencia. No obstante, la mayor dificultad de su tesis emerge a través de su articulación práctica, por el escollo que pueda implicar la conjugación de los principios de proximidad e independencia en el funcionamiento ordinario de una compañía de la envergadura de Enron. En este sentido, IMHOFF opina que las opciones de compra sobre acciones como forma de compensación a los altos directivos proporcionan a éstos un incentivo para no encarar los eventuales contratiempos en la actividad de la compañía[173].

§ 13. Con todo, la cuestión que queda pendiente de ser resuelta –y que procuraré abordar en los capítulos que siguen– es la siguiente: ¿quién se alza en regulador y garante de la seguridad –en términos de veracidad– en la información financiera?

El primer candidato es el propio mercado. Sin embargo, acontecimientos como la actual crisis financiera han puesto de manifiesto la existencia de «fallos» inherentes al sistema, los cuales pueden derivarse de (1) los llamados bienes públicos –como la confianza[174]–, (2) las

[172] Recuérdese que, sólo en 2001, Andersen ingresó cerca de 27 millones de dólares de Enron por servicios de consultoría.

[173] Sobre la proliferación de esta forma de remuneración de directivos, entre otros muchos, FRIED, «Option Backdating and Its Implications», *Wash&LeeLRev*, 65, 2008, pp. 853-886; BERNILE, JARREL y MULCAHEY, «The Effect of the Options Backdating Scandal on the Stock-Price Performance of 110 Accused Companies», *Simon School Working Paper No. FR 06-10*, 2006, pp. 1-18; MATSUNAGA y PARK, «The Effect of Missing a Quarterly Earning Benchmark on the CEO's Annual Bonus», *AccRev*, 76, 2001, pp. 313-332, con amplias referencias bibliográficas.

[174] Confianza que opera en distintos sentidos, proyectándose en la ley o las normas y reglas –si bien los instrumentos normativos han resultado ser inhábiles en la creación de confianza–. Así lo ha puesto de manifiesto, proponiendo un regreso a las relaciones personales, PÉREZ LÓPEZ, *Fundamentos de la dirección de empresas*, Rialp, Madrid, 1993. Asimismo, ROSANAS y VELILLA, «Loyalty and trust as the ethical bases of organizations», *JBusEth*, 44, 2003, pp. 49-59, quienes afirman que "la organización formal (la ley o la

externalidades –como la caída del precio de un activo provocada por las ventas en otro mercado–, o (3) los mercados incompletos o sesgos de conducta –como el exceso de optimismo[175]–. Lo cual lleva a plantear la necesidad de que los ámbitos autorregulados cuenten con una cobertura idónea de cara al control de la veracidad en la información social.

I.3. Recapitulación. Enron: un desastre predecible.-

§ 1. El caso Enron hace referencia al mayor desastre financiero del último medio siglo, que implicó a la petrolera estadounidense Enron Corporation y se reveló en diciembre de 2001, cuando la compañía se acogió a la Ley de Quiebras y admitió que durante más de tres años había sobreestimado sus ganancias debido a un fallo en el seguimiento de las reglas de cualificación de sus Entidades de Uso Específico (SPEs), así como al establecimiento de relaciones comerciales fraudulentas con éstas. En marzo de 2002 la auditora Arthur Andersen fue demandada por la destrucción de documentos de su cliente Enron, y condenada en junio del mismo año, lo que motivó su defunción comercial. En mayo de 2005, el Tribunal Supremo de los EEUU anuló la sentencia condenatoria, pero entonces Andersen se encontraba ya irrevocablemente extinguida. Como respuesta al desastre financiero, dos meses después, en julio de 2002, el Congreso de los EEUU aprobó la Sarbanes-Oxley Act (SOx), la ley federal de seguridad contable más extensa desde 1934.

§ 2. Son abundantes y complejas las tesis que abordan la problemática de Enron, diversificadas en un *amplio rango de resultados culpabilísticos complementarios*. A mi parecer, son cuatro los momentos y/o acontecimientos concatenados clave a resaltar de cara a la comprensión de las causas del desastre.

---

regulación) sirve a menudo para minimizar las consecuencias negativas de la falta de confianza" (p. 56). También en las instituciones e incluso en el propio interés de las entidades financieras, es decir, en su capacidad para internalizar sus obligaciones -haya o no una ley que las ampare-, sencillamente porque ése es su interés y a ello le obliga la competencia. En este sentido, declaraba Alan Greenspan que "la primera y principal línea de defensa contra el fraude y la insolvencia es la vigilancia de las demás contrapartidas. Por ejemplo, J. P. Morgan examina cuidadosamente el balance de Merrill Lynch antes de prestarle. No pregunta a la Securities and Exchange Commission para comprobar la solvencia de Merrill" (recogido por KAY en «Greenspan could have found a cure at the pharmacy», FINANCIAL TIMES, 25 de febrero de 2009, quien sentencia que, en cualquier caso, la eventual regulación gubernamental de un determinado espacio no puede sustituir la integridad individual).

[175] Véase, ampliamente sobre esta cuestión, SLOVIC, *The Perception of Risk*, Earthscan Publications, Londres, 2000.

§ 3. El primer acontecimiento capital tiene lugar en 1987 con la *liberalización del mercado energético*, que convirtió a Enron en un *banco de energía* y facilitó su inmersión en mercados alternativos mediante el establecimiento de contratos de suministro de larga duración que le permitían especular con el precio futuro de la materia prima. Aprovechó que su objeto social se servía de un mercado no regulado para construir sin obstáculos legales un estado ilusorio de salud financiera. Las reglas contables eran flexibles en relación con las transacciones de derivados, así como con los contratos de suministro de larga duración, y *permitían a Enron registrar un beneficio presente fundamentado en una presunción acerca de la proyección de los precios de la energía en diez años*.

§ 4. El segundo suceso clave se desarrolla durante los años 1997 y 1999 y hace referencia al *diseño y la fundación de las SPEs*, que ayudaron a despejar la deuda relativa de los libros contables de Enron a través transacciones encubiertas entre la matriz aquéllas. Enron violó el requerimiento de inversión externa mínima del 3% en algunas de sus SPEs, un error que expuso a los directivos a cargos penales por fraude contable ya que, al faltar la inversión externa mínima, *debieron haber fusionado las SPEs al capital de Enron y, por consiguiente, los números de aquéllas a los libros contables de la matriz.*

El resultado fue que *el valor accionarial de Enron ascendía al tiempo que su capital abandonaba sus libros para capitalizar a las endeudadas SPEs*. Enron se emitía a sí misma su capital para cubrir sus propias pérdidas.

§ 5. El tercer factor explicativo del desastre es la *falta de independencia que aquejaba a los auditores*. Arthur Andersen contaba antes de su derrumbe con más de dos mil clientes, por lo que cabe presumir que el incentivo que pudiera tener para consentir el fraude de alguno de ellos era mínimo. Sin embargo, las cosas cambian cuando el cliente es de la talla de Enron. La experiencia demuestra que, a finales de los años noventa, *las firmas auditoras adivinaron un mayor provecho en las actividades de consultoría que en las de auditoría*, lo que les llevó a adoptar una estrategia de guerra de precios según la cual ofrecían *servicios de auditoría a precios que rondaban el coste marginal*. Además, despedir a un auditor resultaba una práctica muy costosa para el empresario, mientras que la extinción de la labor de consultoría ofrecido por el mismo auditor no exigía motivación ni publidad. A todo ello hay que añadir que, en el estado de euforia comercial de una «burbuja», los inversores abandonan su escepticismo y actúan desoyendo la información proporcionada por los auditores.

Tanto empresas como entidades auditoras se entrampaban con la simultaneidad de servicios de auditoría y consultoría. Las primeras, porque

para obtener una mayor discrecionalidad en materia de despidos *convertían a su auditor en un órgano dependiente de su dirección*; las segundas, porque la obtención de unos mayores honorarios por servicios de consultoría tenía lugar en detrimento de su independencia en las labores de auditoría. La solución pasaba por: (a) *prohibir la acumulación de los servicios de auditoría y consultoría por parte de una firma sobre un mismo cliente*; (b) *igualar los honorarios a percibir por ambos servicios*; y (c) *establecer la obligación de motivar la extinción de los servicios de consultoría por despido ante la SEC*. Soluciones que de alguna manera han sido obervadas en la SOx, a la que me referiré más detenidamente en el capítulo siguiente.

§ 6. Finalmente, una *concepción fallida del sistema de gobierno corporativo* constituye el cuarto aspecto nuclear. Éste debe articularse en torno bien a un modelo de objetividad, bien a uno de proximidad, no siendo posible la concurrencia y compensación de ambos modelos en un único sistema. Lo ocurrido en Enron derribó la creencia en la absoluta efectividad del sistema de gobierno corporativo estadounidense. Enron dispuso de mecanismos de control de ambos modelos: de proximidad, a través de la Junta de Directivos, y de objetividad, mediante analistas, agencias de crédito, inversores institucionales y otros agentes de mercado. Ambos sistemas fracasaron. Cabe cuestionarse, por lo tanto, hasta qué punto es suficiente la información que revela una compañía para *diferenciarla* como veraz o inveraz, teniendo en cuenta que la información deja de ser un mecanismo efectivo si puede ser manipulada con facilidad. Esto es, precisamente, lo que ocurrió en Enron.

§ 7. No obstante, todos los agentes financieros fracasaron en el caso Enron. Así, hasta cinco señales debieron haber llevado a los inversores a sospechar y la SEC a iniciar más exhaustivas investigaciones acerca de las actuaciones de la dirección de Enron. En primer lugar, el requerimiento de la dirección de que la Junta renunciara al código ético de la compañía, que prohibía a los administradores practicar *transacciones que pudieran suponer un conflicto de intereses* (refiriéndose a las transacciones con las SPEs). En segundo lugar, las *ventas masivas de acciones* de la compañía por parte de *insiders*, personas con una alta posición dentro de la propia empresa. En tercer lugar, el hecho de que, además de llevar a cabo los servicios de auditoría externa, Arthur Andersen desempeñara también la *labor de auditoría interna* de Enron. En cuarto lugar, que Arthur Andersen actuara al mismo tiempo como auditor y consultor de Enron. Por último, que los miembros más veteranos del departamento financiero de Enron hubieran sido directamente *contratados por Arthur Andersen.*

CAPÍTULO II
LA RESPUESTA DEL GOBIERNO: LA SARBANES-OXLEY ACT DE 2002

II.1. Introducción. Acerca de la Sarbanes-Oxley Act de 2002.-

§ 1. El 22 de julio de 2002 el Congreso de los EEUU aprobó la Sarbanes-Oxley Act, también conocida como Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversor [176]. La ley recibe el nombre de sus impulsores, el senador demócrata Paul Sarbanes y el congresista republicano Michael G. Oxley y nace como una respuesta legal a la proliferación de los desastres financieros de comienzos del presente siglo. Está dividida en once Títulos, si bien resultan de especial interés, a efectos del presente estudio, los Títulos VIII, IX y XI, que recogen los aspectos penales.

§ 2. La SOx se aplica a todo emisor de valores públicos que deba publicar periódicamente información financiera de conformidad con las exigencias de la Securities and Exchange Act de 1934[177], lo que implica que toda sociedad cotizada, en principio, tiene que cumplir con sus disposiciones. La cuestión inicial que se plantea al respecto es: ¿es la SOx un incentivo para convertirse en sociedad no cotizada?[178]

---

[176] La referencia angloamericana es Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745. A modo introductorio acerca del contexto en el que surge la ley y de sus previsiones, en la literatura española, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las nuevas normas norteamericanas sobre la transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», *DN*, 13, 2002, pp. 1-18. Sobre el estado actual del debate en torno a la ley, LANGEVOORT, «The Social Construction of Sarbanes-Oxley», *MichLRev*, 105, 2007, pp. 1817-1855.

[177] Ya entonces, como advierte JALIL, las compañías destinatarias de la ley eran requeridas por ésta para "elaborar informes periódicos que contuvieran información financiera detallada" (en «Proposals for Insider Trading Regulation After the Fall of the House of Enron», *FordJCor&FinL*, 8, 2003, pp. 689-719; p. 695).

[178] Véanse, SIGNES DE MESA, «La Ley Sarbanes-Oxley y las sociedades cotizadas de menor tamaño: ¿Sirve un mismo modelo para todos los tipos de sociedades?», *DTUC*, 14, 2007, pp. 1-31; CARNEY, «The costs of being public after Sarbanes-Oxley: The irony of "going to private"», *EmoLJ*, 55, 2006, pp. 141-160.

El mayor debate respecto a la SOx ha venido referido al elevado coste –económico y de recursos humanos– que supone para las sociedades cotizadas estadounidenses cumplir con las disposiciones de la ley[179]. Dicho coste es aún más elevado en términos relativos para las sociedades de menor tamaño, lo que inevitablemente ocasiona un perjuicio a la economía y al mercado en su conjunto[180] al constituir éstas, en última instancia, su sustrato principal como primera fuente de innovación y creación de empleo[181].

§ 3. Las críticas a la SOx, cuyas medidas han sido etiquetadas por la doctrina mayoritaria como «escaparatismo» (*window-dressing*) legal[182], se han centrado entre otras en la sección 404, que impone a los administradores y auditores de las sociedades sujetas a la ley la obligación de evaluar y certificar –respectivamente– la efectividad de los mecanismos internos de control que se establecen para asegurar la veracidad de la información financiera que ha de publicarse anualmente por mandato legal. Dicha disposición estableció la obligación de evaluar anualmente la eficacia de los sistemas de control que las sociedades establecen para garantizar la veracidad de los informes que éstas han de hacer públicos de acuerdo con la Securities Exchange Act de 1934[183]. No es, pues, nueva la preocupación legal por la información sobre el control interno, pero sí es con la SOx cuando se

[179] Así, por todos, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, 2008, pp. 230-231.

[180] Como han apuntado BALDWIN y JOHNSON en «Entry, Innovation and firm growth», Ackermann (ed.), *Are Small Firms Important? Their role and impact in the US*, Springer, Norwell, 1991, pp. 51-78. En el mismo sentido, ENGEL, HAYES y WANG, «The Sarbanes-Oxley Act and firms' going-private decisions», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 116-145; pp. 121 y ss., y 138 y ss. También, HOLMSTRÖM y KAPLAN, «The State of U.S. Corporate Governance: What's Right and What's Wrong?», *JACF*, 15, 2003, pp. 8-20; LEUZ, «Was the Sarbanes-Oxley Act of 2002 really this costly? A discussion of evidence from event returns and going-private decisions», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 146-165; pp. 158 y 163.

[181] Así, SIGNES DE MESA, *DTUC*, 2007, p. 10.

[182] Entre otros, JONES, «Sarbanes-Oxley's Insight: The Role of Distrust», *JB&TL*, 3, 2008, pp. 437-442; p. 437; NEWBERG, «Corporate Codes of Ethics, Mandatory Disclosure, and the Market for Ethical Conduct», *VtLRev*, 29, 2005, pp. 253-295; p. 265. En la misma línea, si bien rechazando la expresión *window-dressing*, ROMANO, «The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance», *YaleLJ*, 114, 2005, pp. 1521-1611; pp. 1566-1567.

[183] Precisamente uno de los principales objetivos de la SOx consistía en la creación de estructuras institucionales que impusieran una disciplina objetiva en materia de control. Así, JONES, para quien "cualquier sistema de gobierno basado en normas está destinado a deteriorarse con el tiempo y a permitir un cada vez mayor número de conductas inmorales" (en «Law, Norms, and the Breakdown of the Board: Promoting Accountability in Corporate Governance», *IwLRev*, 92, 2006, pp. 105-158; p. 139). También, DARLEY, «The Cognitive and Social Psychology of Contagious Organizational Corruption», *BrookLRev*, 70, 2005, pp. 1177-1194; pp. 1180-1181. Véase, asimismo, CUTLER, «Sarbanes-Oxley: Section 404 and the death of the small public company», *Berkeley Electronic Press*, 1254, 2006.

establece como legalmente obligatoria[184]. Esta tarea corresponde a los administradores y su resultado ha de publicarse junto con las cuentas anuales. Por su parte, los auditores externos de las sociedades cotizadas deben certificar dicha labor y la eficacia del control interno[185]. Ello contrasta con el cometido que hasta la adopción de la SOx desempeñaban los auditores externos de las sociedades cotizadas, quienes debían limitarse a comprobar que había sido diseñado e implementado un sistema de control interno en la sociedad respectiva y que éste se encontraba plenamente operativo.

§ 4. El común denominador de los desastres financieros de comienzos de siglo fue, no solamente la sobreestimación del valor de las acciones de las empresas afectadas debido a un extendido afán de «prosperidad irrealista»[186], sino también la publicación sistemática de información social inveraz que se realizaba en cada ejercicio económico. La cual tenía como resultado una asimetría entre el estado que reflejaban las empresas en sus cuentas públicas e informes de auditoría y sus condiciones financieras reales[187].

---

[184] Véase, DURAND BAQUERIZO, «El diseño de un modelo integrado de información sobre control interno», *UBusRev*, 4, 2004, pp. 88-101. La SOx requiere a la SEC que exija a las compañías la presentación de información relativa al control interno en sus cuentas anuales. Una exigencia que se concreta en las secciones 302 y 404, que establecen la obligación de las empresas cotizadas de remitir a la SEC un informe sobre el control interno contable que exprese, al menos: (1) la responsabilidad de los gestores en el establecimiento y mantenimiento de los controles internos que propicien un adecuado reporte financiero; (2) las conclusiones de la dirección, al final de cada ejercicio, sobre la efectividad de los controles internos; y (3) la acreditación de que los auditores externos han analizado e informado sobre la evaluación que ha practicado la dirección sobre los sistemas de control interno contable.

[185] La amplísima discrecionalidad de la que gozan los directivos en materia contable en el ámbito estadounidense ha sido largamente puesta en entredicho. Véanse, MCNICHOLS, «Research Design Issues in Earnings Management Studies», *JAcc&PubPol'y*, 19, 2000, pp. 313-345; pp. 316 y ss., con múltiples referencias y propuestas empíricas; HEALY y WAHLEN, «A Review of the Earnings Management Literature and Its Implications for Standard Setting», *AcHz*, 13, 1999, pp. 365-383. Refiriéndose principalmente a la figura del auditor de cuentas, TURNER y GODWIN, «Auditing, Earnings Management, and International Accounting Issues at the Securities and Exchange Commission», *AcHz*, 13, 1999, pp. 281-297, declarando, muy críticos, que "es difícil expresar la angustia que sobreviene cuando una compañía es obligada a someterse a otro auditor porque el suyo desobedece las normas de independencia, aunque en ocasiones esa puede ser la única alternativa para éste" (p. 284).

[186] Véase, SIGNES DE MESA, *DTUC*, 2007, p. 3. Asimismo, LIPTON, «The Millenium Bubble and its Aftermath: Reforming Corporate America and Getting Back to Business», COMMERCIAL CLUB OF CHICAGO, 15 de junio de 2003. En esta línea, MCLEAN, «Is Enron Overpriced?», FORTUNE, 5 de marzo de 2001; DE FOND y JIAMBALVO, «Incidence and circumstances of accounting errors», *AccRev*, 66, 1991, pp. 643-655; pp. 647 y ss.

[187] En este sentido, SIGNES DE MESA, *DTUC*, 2007, p. 6; COFFEE, *CornLRev*, 2003-2004, pp. 270 y ss.; PALEPU y HEALY, «The Fall of Enron», *JEP*, 17, 2003, pp. 3-26; p. 10.

Más allá de los efectos inmediatos que estas circunstancias pudieran provocar en la economía norteamericana, en términos de pérdidas de empleo y desaparición de capitales, el mayor temor provenía de la falta de confianza que podía proyectarse sobre los mercados de inversión. La SOx es, sin duda, la disposición más relevante adoptada en el dominio del gobierno societario en los últimos años en EEUU. *Supone uno de los cambios más significativos en materia de derecho del mercado de valores desde la Securities Exchange Act de 1934, a la que se remite constantemente para reformarla, así como para que aspectos determinados de aquélla informen el contenido material de sus preceptos con carácter completivo*[188]. Nos hallamos, en suma, ante la ley en blanco de mayor importancia y amplitud del último medio siglo en los EEUU.

§ 5. La novedad más destacada que ofrece el articulado extra-penal de la SOx es la creación, en su Título I (secciones 101 a 109), de la *Public Company Accounting Oversight Board* –más conocida como *Board*[189]– y a la que en adelante me referiré como PCAOB[190]. Dicho organismo estaba desde su concepción llamado a ser el «*gatekeeper* de los *gatekeepers*»[191]. Su Consejo de dirección está formado por cinco miembros, dos de los cuales deben ser auditores y tres miembros independientes de la profesión. Lo que se establece, cabe presumir, para evitar una regulación endogámica y unidimensional. El objetivo fundamental de la PCAOB es promover la confianza de los inversores respecto a los informes financieros de las sociedades cotizadas y su labor se halla sometida a la supervisión de la SEC.

[188] Así, por todos, MELANCON, *JAcy*, 2002, p. 27; MILLER y PASHKOFF, «Regulations Under the Sarbanes-Oxley Act», *JAcy*, 194, 2002, pp. 33-36.

[189] Véase, en la sección 2 de la SOx, que recoge un abanico de definiciones a efectos de la ley, la voz «Board» (5).

[190] Véanse, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, 2008, pp. 329-331. En la literatura española, CORTIJO GALLEGO, «Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del sistema financiero español», *BEICE*, 2907, 2007, pp. 43-51, quien la define como un "organismo de carácter privado sin ánimo de lucro que se encarga de supervisar el trabajo realizado por las firmas de auditoría" (p. 44). Sobre la PCAOB, extensamente, NAGY, «Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and Its Public/Private Status», *NtrDmLRev*, 80, 2005, pp. 975-1071; pp. 983-1006. A favor de la creación de la PCAOB y resaltando los méritos de la sección 404 de la SOx, BROWN, «Criticizing the Critics: Sarbanes-Oxley as Quack Corporate Governance», *MarqLRev*, 90, 2006, pp. 309-335; pp. 320-328. Asimismo, BAZERMAN, LOEWENSTEIN y MOORE, *HarvBusRev*, 2002, pp. 132 y ss. Sobre las funciones y competencias que la SOx adjudica a la PCAOB –en tono pesimista respecto a la eficacia de la medida–, BEAVER, «What Have We Learned From The Recent Corporate Scandals That We Did Not Already Know?», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 155-168; p. 167.

[191] Véase, COATES, «The goals and promise of the Sarbanes-Oxley Act», *JEP*, 21, 2007, pp. 91-116; p. 99.

§ 6. En relación con el marco normativo de desarrollo de la ley conviene tener presente que la SOx partía de la consideración de que lo que había provocado la caída de sociedades como Enron o Adelphia había sido el fallo sistemático de los encargados de velar por que la información sobre el estado contable de las empresas fuera veraz (estos son: auditores, analistas, abogados y agencias de evaluación)[192]. Académicos y expertos han calificado casi unánimemente la SOx como una *reacción apresurada y desmedida*. En opinión de HOLMSTRÖM y KAPLAN, el sistema de gobierno corporativo en los EEUU no estaba tan cuestionado como se pensó y la desconfianza radical que se creía de los inversores no era tal[193]. Además, algunos autores han protestado por los evidentes efectos extra-territoriales de determinadas disposiciones de la SOx[194], como pueda ser la sección 906, que recoge el deber de los directivos de certificar las declaraciones financieras periódicas.

§ 7. A lo largo del s. XX se sucedieron en los EEUU una serie de medidas legales encaminadas al aseguramiento de un comportamiento ético del mercado, las cuales pueden resumirse en las siguientes:

[192] Véanse, SIGNES DE MESA, *DTUC*, 2007, p. 11; BACKER, «The Sarbanes-Oxley Act: Federalizing Norms for Officer, Lawyer and Accountant Behavior», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 897-951; HENING, «Sarbanes-Oxley Act § 307 and Corporate Counsel: Who Better to Prevent Corporate Crime?», en *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 323-383. Frente a esta opinión, que intenta reducir las causas del desastre de Enron a un fallo exclusivo de los «*gatekeepers*», se posiciona COFFEE, para quien resulta imposible no sólo identificar a los responsables del desastre sino también, y lo que es peor, distinguir a éstos de los afectados. A veces, incluso, de las propias víctimas.

[193] En *JACF*, 2003, p. 18. En la misma línea, COFFEE, «A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ», *OxRevEcPol'y*, 21, 2005, pp. 198-211.

[194] Véase, SCHÜNEMANN, «The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 35-50; pp. 65 y 66. También, FAIRFAX, «The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 953-977; DE LA PEÑA SÁNCHEZ, «Del COSO al Informe Aldama», *SiC*, 54, 2003, p. 52, resaltando que se estaría "incluyendo vía SEC/USA a multinacionales UE, un asunto conflictivo, ya que estas compañías estarían sometidas simultáneamente a dos legislaciones similares pero no iguales".

Medida legal	Fecha	Enfoque ético	Requerimientos	Resultado
Owen-Glass Act	1913	Fracasos bancarios debidos reservas inadecuadas o fraudulentas.	Normas para las operaciones bancarias, incluido el mantenimiento de reservas y el requerimiento de información financiera.	Creó el Sistema de Reserva Federal para la más efectiva supervisión de las actividades bancarias.
Glass-Stegall Act	1933	Conflictos de intereses y fraudes bancarios.	Prohibición a los bancos comerciales de embarcarse en actividades de inversión.	Pretendió impedir a los bancos la venta de valores como forma de pago de préstamos.
Securities and Exchange Act	1933	Engaños y otros fraudes en la venta de valores.	Requerimiento de revelación de la información relevante mediante el registro de valores.	Hizo ilegal el fraude en conjunción con la venta de valores.
Securities and Exchange Act	1934	Manipulación de los mercados financieros, información financiera fraudulenta.	Autocontrol; creación de la Asociación Nacional de Comerciantes de Valores; informes anuales de las compañías registradas.	Previó la acción civil frente al fraude y la manipulación del mercado a través de la SEC. Estableció la CPA como auditor externo independiente.
Investment Company Act	1940	Abusos en entidades de inversión (principalmente en fundaciones inversoras en otras compañías), incluyendo conflictos de intereses	Revelación periódica de estructuras, operaciones, condiciones financieras y políticas de inversión; responsabilidad fiduciaria de directores y fideicomisarios.	Registro de las entidades de inversión sin ánimo lucrativo y publicidad de las transacciones entre la compañía matriz y sus afiliadas.

Foreign Corrupt Practices Act	1977	Soborno de gobiernos extranjeros y delegados de comercio. Contribuciones de corporaciones estadounidenses a campañas políticas.	Diseño y mantenimiento de sistemas de control interno y registros detallados que reflejen fielmente las actividades financieras.	Estableció una unión directa entre la función de auditoría interna y la Junta directiva.
FIDCA improvement Act	1991	Fraude y conflictos de intereses por parte de directivos de instituciones de ahorros y préstamos fracasadas.	Requerimiento de informes de control interno y de atestados de auditoría independiente sobre los informes de control directivo interno.	Primera separación de las afirmaciones de la dirección con respecto a las del control interno y supervisión por parte del auditor de las declaraciones de la dirección.
Private Securities Litigation Reform Act	1995	Litigación frívola contra las compañías de la SEC.	Requerimiento de unas más específicas alegaciones por parte de los abogados y requerimiento al auditor externo de notificar a la SEC acerca de las actividades irregulares.	El auditor externo debe arrojar evidencia de los errores financieros a la junta directiva, y a la SEC si esta no adopta una posición adecuada.
Sarbanes-Oxley Act	2002	Información financiera fraudulenta	Legisla en requerimientos de control, certificaciones de dirección corporativa, responsabilidades de los comités de auditoría y cambios en la cultura corporativa.	Sanciones civiles y penales significativas por declaraciones financieras inciertas o por controles de gobierno inoperantes. Establece un aumento de la responsabilidad por supervisión para auditores y juntas directivas. Requiere certificaciones de auditores externos acerca de los controles internos.

La SOx, que halla en la debacle de Enron su fuerza motora germinal, es el último producto legislativo en esta línea. No obstante, algunos autores han recordado que "la Historia sugiere que los intentos legislativos de imponer un comportamiento ético a la dirección y a la información

financieras han acabado siempre fracasando"[195]. *La casi centenaria historia de la legislación estadounidense concebida en defensa de la transparencia, la integridad y la honestidad en el gobierno corporativo no ha acertado a prevenir las crisis éticas endémicas y periódicas. Lo cual, por otro lado, no implica necesariamente que éstas traigan causa de una legislación deficiente*. Pero lo cierto es que directivos y auditores han respondido a los esfuerzos legislativos improvisando nuevas formas de oscurecer los resultados[196]. De ahí que la SOx haya adoptado un marcado enfoque punitivo en la regulación de las contabilidades públicas, el gobierno corporativo y la inversión en un llamamiento a una cultura corporativa ética[197]. El primer foco de atención de la ley es la prevención frente a las declaraciones financieras fraudulentas y la promoción de un comportamiento ético a través de una mayor y más severa regulación de la actividad corporativa[198].

§ 8. En algunos de los escándalos más recientes los comités de auditoría se vieron directamente envueltos, percibidos como excesivamente cercanos a la corporación o como ajenos al estado real de la información financiera[199]. Con la SOx, los comités de auditoría son directamente responsables del nombramiento y la retribución del auditor externo y deben aprobar todos los servicios distintos a los de auditoría que éste proporcione[200].

---

[195] ROCKNESS y ROCKNESS, «Legislated Ethics: From Enron to Sarbanes-Oxley, the Impact on Corporate America», *JBusEth*, 57, 2005, pp. 31-54; p. 47.

[196] Véase, BARNARD, «Historical Quirks, Political Opportunism, and the Anti-Loan Provision of the Sarbanes-Oxley Act», *OhNULRev*, 31, 2005, pp. 325-358; pp. 328-332. En la literatura española, BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La responsabilidad penal de los auditores», *RCyE*, 2, 1990, pp. 28-34.

[197] Véase, ROCKNESS y ROCKNESS, *JBusEth*, 2005, p. 42. Una intensa reflexión acerca de la función preventiva que ha de informar la legislación penal en materia de sanciones al respecto puede consultarse en SHAVELL, «Criminal Law and the Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», *ColLRev*, 85, 1985, pp. 1232-1262.

[198] Sobre las tendencias reguladoras posteriores al estallido de la crisis financiera, EATWELL y TAYLOR, *Finanzas globales en riesgo: un análisis a favor de la regulación internacional*, Siglo XXI, Buenos Aires/Madrid, 2006.

[199] Véase, ROCKNESS y ROCKNESS, *JBusEth*, 2005, p. 45, retomando el análisis acerca de la alternatividad insuperable que aqueja a los modelos de proximidad y objetividad en materia de gobierno corporativo. Asimismo, HERTIG, «Corporate Governance in the United States as Seen From Europe», *ColBusLRev*, 28, 1998, pp. 27-49. Sobre la insuficiencia de los mecanismos de control interno, DOYLE, GE y MCVAY, «Determinants of Weaknesses in internal control over financial reporting», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 193-223; pp. 197 y ss. De los dos últimos, «On the Disclosure of material weaknesses in internal control after Sarbanes-Oxley Act», *AcHz*, 19, 2005, pp. 137-158.

[200] Véase, en la sección 201, el apartado (a), subapartado (h): «PREAPROVAL REQUIRED FOR NON-AUDIT SERVICES». En la doctrina, BUTLER, LEONE y WILLENBORG, «An empirical analysis of auditor reporting and its associations with abnormal accruals», *JAcc&Ec*, 37, 2002, pp. 139-165; pp. 146 y ss.

Sus miembros deben ser independientes, lo que significa que se les prohíbe recibir de la compañía una remuneración distinta o añadida a la que retribuye su actividad en sentido estricto, así como estar afiliados o emparentados con aquélla[201].

> En este sentido, son «servicios distintos a los de auditoría», a efectos de la SOx (sección 2, voz 8: «NON-AUDIT SERVICES»), "cualesquiera servicios profesionales proporcionados a un emisor por una firma contable pública registrada, distintos de aquéllos proporcionados a un emisor en conexión con una auditoría o una revisión de las declaraciones financieras de un emisor"[202].

§ 9. Siguiendo con el análisis de los puntos cardinales de la SOx a efectos del presente estudio, es de referencia debida la sección 302, la cual requiere a los CEOs, CFOs, u «otras personas que desempeñen funciones similares», la certificación de cada declaración financiera anual o cuatrimestral. Deben firmar y certificar personalmente que los informes financieros de la compañía no contienen ninguna declaración material incierta conocida ni ninguna omisión. Además, son responsables del establecimiento y mantenimiento de controles internos en la compañía (apartado a), y tienen asimismo el deber de asegurar que han evaluado la efectividad de dichos sistemas de control interno en los 90 días anteriores a la emisión de los informes (apartado c). Las consecuencias de incumplir dichas exigencias son severas: multas de hasta 5 millones de dólares y penas de hasta 20 años de prisión (sección 906), como explicaré más adelante en este capítulo.

§ 10. Otro ámbito de la SOx de contenido extra-penal que reviste especial interés es la sección 406, que requiere a las corporaciones públicas la tenencia de un código ético para sus directivos o bien la declaración, en sus informes anuales, de que no disponen de dicho código, motivando en tal caso

---

[201] Véanse las secciones 206 (1) y 208 (b) de la SOx. Sobre estas prohibiciones, en la doctrina, KLEIN, «Likely effects of stock Exchange governance proposals and Sarbanes-Oxley on corporate boards», *AcHz*, 17, 2003, pp. 343-355. También, KRISHNAN, «Audit committee quality and internal control: an empirical analysis», *AccRev*, 80, 2005, pp. 649-675. Sobre el alcance de esta cuestión con anterioridad a la SOx, ASHBAUGH-SKAIFE, COLLINS y KINNEY, «The Discovery and reporting of internal control deficiencies prior to SOX-mandated audits», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 166-192; pp. 183 y ss. Asimismo, puede el lector encontrar un interesante análisis sobre los factores materiales que influyen en la actividad de adopción de decisiones del auditor en MAYPER, «Consensus of auditors' materiality judgements of internal accounting control weaknesses», *JAccRes*, 20, 1982, pp. 773-783; pp. 782-783.

[202] The term «non-audit services» means any professional services provided to an issuer by a registered public accounting firm, other than those provided to an issuer in connection with an audit or a review of the financial statements of an issuer.

las razones que le llevan a carecer de él[203]. La ley, además, conmina a tener dicho código a disposición del público.

§ 11. Un último punto al que quiero referirme, antes de adentrarme en el análisis jurídico-penal de los Títulos VIII y IX de la SOx, es el recogido en su sección 201. Este precepto se alza en respuesta directa frente a los conflictos de interés surgidos con motivo de la doble actividad de consultoría y auditoría externa que Andersen proporcionaba a Enron[204] y a la que ya me he referido en el capítulo precedente al hacer mención del debate doctrinal que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se entabló entre partidarios y detractores de la prohibición de concurrencia de actividades distintas a la de auditoría sobre un mismo cliente[205]. Lo que ahora me interesa resaltar es que, mediante la tipificación de la sección 201 de la SOx, actividades que históricamente desempeñaron las firmas de auditoría quedan en adelante terminantemente prohibidas[206].

---

[203] La razón por la que traigo a colación este precepto, siendo su naturaleza extra-penal, tiene que ver con el objeto de estudio del Cap. III del presente trabajo. Y es que el requerimiento material de la sección 406 de la SOx se refiere a los llamados códigos éticos de buen gobierno, instrumentos cardinales de una cultura corporativa cada vez más extendida también en el Viejo Continente.

[204] Un actividad que levó a la doctrina a describir la relación entre Enron y Andersen como *simbiótica*, y que ha motivado expresiones del cinismo de «Arthur Enronson» (por todos, SCHÜNEMANN, *BuffCrimLRev*, 2005, p. 80). Véase, BRATTON, *VillLRev*, 2003, p. 1030-1031.

[205] Véase ampliamente el apartado I.2.3.

[206] En el ámbito del Derecho español, un régimen extenso de incompatibilidades cuya concurrencia permite presumir la falta de independencia del auditor fue previsto por la llamada Ley Financiera de 2002 (Ley 121/000069, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, de 8 de noviembre) en su art. 51, el cual reforma el art. 8 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. Los supuestos de incompatibilidad recogidos son los siguientes: "a) La ostentación por el auditor de cuentas de cargos directivos, de administración, de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada o en una entidad vinculada directa o indirectamente con aquélla, en la forma y condiciones que se desarrollen reglamentariamente. En todo caso quedará comprendido en el párrafo anterior, la ostentación de aquellos cargos en una entidad que posea directa o indirectamente más del 20 por ciento de los derechos de voto de la entidad auditada, o en las que la entidad auditada posea directa o indirectamente más del 20 por ciento de los derechos de voto. b) Tener interés financiero directo en la entidad auditada, o indirecto si es significativo para cualquiera de las partes. c) La existencia de vínculos de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado con los empresarios, los administradores y los responsables del área económica- financiera de las empresas o entidades auditadas. d) La llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada. e) La prestación a un cliente de auditoría de servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, utilizados para generar los datos integrantes de los estados financieros de dicho cliente, salvo que el cliente asuma la responsabilidad del sistema global

El precepto prohíbe literal y expresamente que cualquier firma auditora pública preste contemporáneamente con el servicio de auditoría cualquier otro servicio y enumera una lista abierta de hasta nueve actividades no permitidas, a saber: (1) la llevanza de libros u otros servicios relacionados con las declaraciones financieras o contables del cliente auditado; (2) el diseño y la implementación de sistemas de información financiera; (3) servicios, opiniones o contribuciones a través de informes relacionadas con servicios de evaluación o valoración; (4) servicios actuariales; (5) servicios de auditoría interna; (6) funciones de dirección o recursos humanos; (7) servicios de consejería para la inversión; (8) servicios legales no relacionados con la auditoría; y (9) cualquier otro servicio que la PCAOB estime impermisible.

El recurso a una cláusula de cierre abierta que se remite en cada caso a la decisión final de un órgano independiente permite ver la intención del legislador de abarcar todas las actividades distintas a la de auditoría que una firma auditora pueda llevar a cabo[207].

---

de control interno o el servicio se preste siguiendo las especificaciones establecidas por el cliente, el cual debe asumir también la responsabilidad del diseño, ejecución, evaluación y funcionamiento del sistema. f) La prestación al cliente de auditoría de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas en los estados financieros de dicho cliente, siempre que el trabajo de valoración conlleve un grado significativo de subjetividad. g) La prestación de servicios de auditoría interna al cliente, salvo que el órgano de gestión de la empresa o entidad auditada sea responsable del sistema global de control interno, de la determinación del alcance, riesgo y frecuencia de los procedimientos de auditoría interna, de la consideración y ejecución de los resultados y recomendaciones proporcionados por la auditoría interna. h) El mantenimiento de relaciones empresariales con el cliente de auditoría, a menos que la relación se ajuste a la actividad empresarial normal, y no sea significativo para el auditor de cuentas o persona con capacidad para influir en el resultado de la auditoría, ni para la entidad auditada. i) La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para el mismo cliente o para quiénes lo hubiesen sido en los tres años precedentes, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes. j) La participación en la contratación de altos directivos o personal clave para el cliente de auditoría, cuando se trate de entidades sujetas a supervisión pública o de entidades emisoras de valores admitidos a cotización en un mercado secundario oficial. k) La prestación por el socio firmante del informe de servicios distintos del de auditoría a la entidad auditada. l) La percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a un solo cliente, siempre que éstos constituyan un porcentaje indebidamente elevado del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas, considerando la media de los últimos cinco años".

[207] ARONSON, muy elogioso con la SOx en líneas generales pero considerándola todavía poco intervencionista, califica de acierto (*goal*) esta sección de la ley al entender que constituye un signo inequívoco de aumento de la demandada independencia de los auditores (en *StanJLBusFin*, 2002, pp. 138-139 y 141). Sobre esta cuestión, ASHBAUGH-SKAIFE, LAFOND y MAYHEW, «Do non-audit services compromise auditor independence? Further evidence», *AccRev*, 78, 2003, pp. 611-639. Asimismo, en la literatura británica, FERGUSON,

En esta línea, la sección 203 prevé, de cara a reforzar la independencia del auditor en el ejercicio de su actividad, la rotación de los auditores[208]. El precepto establece que la firma auditora deberá rotar cada 5 años fiscales, con un mínimo también de 5 años sin poder volver a ejercer la auditoría sobre el mismo cliente. La finalidad de este precepto es evitar que los auditores se aproximen en exceso a sus clientes e inhibir el encuentro fraudulento entre ambos[209].

§ 11. A pesar del esfuerzo que supuso para los legisladores y que aún supone para las compañías estadounidenses la articulación práctica de los requerimientos de la SOx, la realidad es que ésta ha sido un «caldo de cultivo» para la crítica por parte de sus destinatarios[210]. Pienso que precisamente porque las leyes complementan una cultura ética, más que reemplazan la necesidad de una cuidadosa nutrición de una construcción cultural cimentada en «hacer lo correcto», en la vorágine de un complejo social confuso que rotura sin éxito el yacimiento antiguo de la rectitud.

II.2. Aspectos penales de la Sarbanes-Oxley Act de 2002.-

§ 1. La SOx dedica sus Títulos VIII, IX y XI a la regulación de una serie de tipos penales que, como ocurre con el grueso de la ley, fueron aprobados sin enmiendas en un contexto de urgencia favorecido por los entonces recientes desastres financieros[211]. Nueve años después de la entrada

---

SEOW y YOUNG, «Nonaudit Services and Earnings Management: U.K. Evidence», *ContAccRes*, 21, 2004, pp. 813-841.

[208] Véase, MILLER y PASHKOFF, *JAcy*, 2002, p. 35.

[209] Véase, ROCKNESS y ROCKNESS, *JBusEth*, 2005, p. 46. En la misma línea, ARONSON, *StanJLBusFin*, 2002, pp. 141-142. Sobre esta cuestión, crítico y escéptico, CUNNINGHAM, «The Sarbanes-Oxley Yawn: Heavy Rhetoric, Light Reform (And it Might Just Work)», *UConnLRev*, 36, 2003, pp. 915-957. Un análisis crítico de la ley en relación con el caso Enron puede verse extensamente en BRATTON, *VillLRev*, 2003, pp. 1024 y ss.

[210] Así, un sector de la doctrina mantiene que "nadie debería iniciar una empresa o institución salvo que tenga una impecable integridad personal" (GREY, «The Real World of Enron´s Auditors», *Organization*, 10, 2003, pp. 572-576; p. 573). En la misma línea, aunque con más precisión, SOLOMON, recuerda que "las leyes, las normas, y las consecuencias que acarrean pueden sólo prevenir comportamientos percibidos como inapropiados por aquéllos agentes que actúan con sujeción a las leyes y a las normas" (en «Corporate Roles, Personal Virtues: An Aristotelean Approach to Business Ethics», *BusEthQ'y*, 2, 1992, pp. 317-339; p. 326).

[211] Sobre la urgencia en la tramitación parlamentaria de la SOx, entre otros, BAINBRIDGE, «Sarbanes-Oxley: Legislating in Haste, Repenting in Leisure», *CorpGovLRev*, 2, 2006, pp. 69-96, muy crítico con los elevados costes económicos que tanto su tramitación

en vigor de la ley sigue siendo escasa la doctrina que se ha pronunciado acerca de las novedades introducidas en materia penal[212]. Lo cual no ha impedido que sus disposiciones hayan sido aplicadas en numerosos casos desde entonces, como ha evidenciado el estudio recopilatorio llevado a cabo por SMITH y WALTER[213].

Varias de las medidas sustantivas de gobierno corporativo que prevé la SOx no constituyen propiamente innovaciones normativas diseñadas por el Congreso para hacer frente a las deficiencias del entorno comercial en el que Enron y WorldCom fracasaron. Deberían más bien ser consideradas como ideas recicladas defendidas durante largo tiempo por los empresarios y demás agentes comerciales[214]. Esta afirmación es extensible a los preceptos penales introducidos por la ley.

El objetivo del presente trabajo en este punto consiste en llevar a cabo un análisis exegético de los preceptos sancionatorios desde un punto de vista estrictamente jurídico-penal. En el epígrafe que sigue concluiré con una valoración global del articulado de la SOx que me permita medir su eficacia y su adecuación a las necesidades de una realidad financiera cambiante de dañosidad permanente.

§ 2. A tal efecto presento a continuación la relación de preceptos objeto de estudio:

---

como su aplicación han implicado. En la misma línea, refiriéndose a la SEC y a la falta de independencia práctica que ésta sufre en su labor de control, HUANG, «How do Securities Laws Influence Affect, Happiness & Trust», *JB&TL*, 3, 2008, pp. 257-308; pp. 280 y ss.

[212] Véase, MOOHR, «An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», *FlaLRev*, 55, 2003, pp. 937-975; pp. 952-955, acusando que "uno de los aspectos más interesantes de la Sarbanes-Oxley es lo que el Congreso *no* hizo" (p. 953), refiriéndose a que la Ley no improvisó nuevas formas delictivas relevantes, ni atajó a través de sus novedades (en relación con el fraude corporativo) el verdadero núcleo de la problemática que pretendía abordar.

[213] Véase, *IR*, 2006, p. 58.

[214] Véase, ROMANO, *YaleLJ*, 2005, p. 1522. Asimismo, FAIRFAX, «Form Over Substance?: Officer Certification an the Promise of Enhanced Personal Accountability under the Sarbanes-Oxley Act», *RutLRev*, 55, 2002, pp. 1-64; pp. 3-4 y 42-45.

Título	§	Materia	Contenido
VIII. Fraude Contable Corporativo y Penal (*Corporate and Criminal Fraud Accountability*)	**802**	Alteración de documentos.	Delito grave de destrucción de documentos con conocimiento por "impedir, obstruir o influenciar" una investigación federal en marcha o prevista.
	806	Protección de empleados de empresas públicas que proporcionen evidencias de fraude.	Protección del delator o denunciante (*whistleblower*) que revele información en un proceso judicial por fraude.
	807	Defraudación a los accionistas de empresas públicas.	Nuevo delito de fraude de seguridad que prevé penas privativas de libertad de hasta diez años de prisión.
IX. Aumentos Sancionatorios en Delitos de Cuello Blanco (*White-Collar Crime Penalty Enhancements*)	**902**	Tentativa y conspiración de fraude.	Se castigan con la misma pena que el delito consumado.
	903	Fraude electrónico y virtual.	Se incrementa la pena prevista de cinco a diez años.
	906	Responsabilidad corporativa por informes financieros.	Penas por la presentación de informes contables fraudulentos con conocimiento y ánimo. Pena de hasta veinte años de prisión y cinco millones de dólares.
XI. Fraude Corporativo y Contabilidad (*Corporate Fraud and Accountability*)	**1102**	Falsificación de archivos y obstrucción de procedimientos de inspección.	Nuevo precepto que prevé una pena de hasta 20 años de prisión.
	1107	Represalia frente a falsos informantes.	Delito que sanciona con una pena de hasta 10 años de prisión al informante que eleve una acusación falsa.

II.2.1. Title VIII. Corporate and Criminal Fraud Accountability.-

§ 1. La figura del fraude contable corporativo se encuentra regulada en las secciones 801 a 807 de la SOx. La cláusula general de la sección 802, bajo la rúbrica «Sanciones penales por alteración de documentos», se remite al Capítulo 73 del Título 18 del «Código de los Estados Unidos» (USC)[215] para reformarlo por adición de los tipos que siguen:

> § 1519. Destrucción, alteración, o falsificación de archivos en investigaciones federales y quiebra.
>
> Quien a sabiendas altere, destruya, mutile, disimule, oculte, falsifique, o practique un asiento falso en cualquier archivo, documento, u objeto tangible con la intención de impedir, obstruir, o influenciar la investigación o la adecuada administración de cualquier asunto (…), será multado bajo este título, y/o condenado a una pena de prisión de hasta 20 años.
>
> § 1520. Destrucción de documentos de auditoría corporativa.
>
> (a)(1) El contable que lleve una auditoría de un emisor de valores (…) deberá mantener todos los documentos de auditoría o supervisión durante un periodo de 5 años desde la finalización del periodo fiscal en el que la auditoría o supervisión finalizó.
>
> (2) La Securities and Exchange Commission deberá promulgar, en un plazo de 180 días (…) las reglas y directrices razonablemente necesarias en relación con la retención de los archivos relevantes, como informes, memorándum, correspondencia, comunicaciones, así como otros documentos y archivos (incluidos los de naturaleza electrónica) que sean creados, enviados o recibidos en conexión con un ejercicio de auditoría o revisión y contengan conclusiones, opiniones, análisis, o información financiera relacionada con dicha auditoría o revisión (…).
>
> (b) Quien a sabiendas e intencionadamente viole la subsección (a)(1), o cualquier regla o directriz promulgada por la Securities and Exchange Commission al amparo de la subsección (a)(2), será multado bajo este título, y/o condenado a una pena de prisión de hasta 10 años[216].

---

[215] El «*United States Code*» es una compilación legal de la normativa federal que en su Título 18 recoge los «Delitos y (el) proceso penal» («*Crimes and Criminal Procedure*»).

[216] § 1519. Destruction, alteration, or falsification of records in Federal investigations and bankruptcy.

Whoever knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies, or makes a false entry in any record, document, or tangible object with the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States or any case filed under title 11, or in relation to or contemplation of any such matter or case, shall be fined under this title, imprisoned not more than 20 years, or both.

§ 1520. Destruction of corporate audit records.

(a)(1) Any accountant who conducts an audit of an issuer of securities (…), shall maintain all audit or review workpapers for a period of 5 years from the end of the fiscal period in which the audit or review was concluded.

§ 2. Hasta la fecha, la doctrina jurídico-penal inmersa en el análisis de la salud y eficacia de la SOx ha evitado referirse en concreto al germen de estos nuevos tipos penales. Sin embargo, desde mi punto de vista éste se halla en la destrucción de documentos contables y de auditoría de Enron que Arthur Andersen practicó en su oficina de Houston durante el mes de octubre de 2001[217]. Lo que le valió a la auditora una imputación y condena que, aunque revocada con posterioridad, supuso su defunción comercial.

§ 3. En lo referente al paradigma jurídico-penal que envuelve a la SOx, es oportuno resaltar que, en términos generales, la medida legal es tachable de meramente *simbólica*. En concreto, secciones como la 802 o la 906, ambas relativas a formas de falsedad social, evidencian una inspiración casuista y una tendencia al más estricto punitivismo[218]. Así lo dejó entrever el propio presidente de los EEUU (George W. Bush) cuando, con ocasión de la entrada en vigor de la ley, pronunció el conocido eslogan: «*no more easy money for corporate criminals –just hard time!*»[219].

---

(2) The Securities and Exchange Commission shall promulgate, within 180 days (…) such rules and regulations, as are reasonably necessary, relating to the retention of relevant records such as workpapers, documents that form the basis of an audit or review, memoranda, correspondence, communications, other documents, and records (including electronic records) which are created, sent, or received in connection with an audit or review and contain conclusions, opinions, analyses, or financial data relating to such an audit or review (…).

(b) Whoever knowingly and willfully violates subsection (a)(1), or any rule or regulation promulgated by the Securities and Exchange Commission under subsection (a)(2), shall be fined under this title, imprisoned not more than 10 years, or both.

[217] Véanse, en este trabajo, los apartados I.1. § 4. y I.2.3. § 1. Asimismo, SMITH y WALTER, *IR*, 2006, pp. 58 y ss.

[218] En este punto es oportuno recordar las consideraciones de HIRSCH, acerca del papel limitado y utilitarista que juega en última instancia una política resumida en la prevención negativa (en «Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory», *MarLRev*, 42, 1983, pp. 6-36; p. 29; ID., *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Hill & Wang, Nueva York, 1976, pp. 93-94 y 135). Véanse, asimismo, SZOTT MOOHR, «Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», *FlaLRev*, 55, 2003, pp. 937-976; pp. 953 y ss.; NICHOLSON, «Sarbanes-Oxley's Purported over-Criminalization of Corporate Offenders», *JB&TL*, 2, 2007, pp. 43-58; pp. 45 y ss.

[219] Recogido por BUMILLER en «Corporate Conduct: The President Bush Signs Bill Aimed at Fraud in Corporations», THE NEW YORK TIMES, 31 de julio de 2002. Bush apuntó además que la medida suponía "la reforma de mayor alcance del derecho de los negocios americano desde los tiempos de Franklin Delano Roosevelt". En esta línea, en la doctrina, SCHÜNEMANN, *BuffCrimLRev*, 2005, pp. 43-44, para quien "la necesidad de intervención del derecho penal tiene lugar únicamente cuando la declaración falsa se realiza respecto de un número amplio de inversores, de suerte que la totalidad el mercado se ve perjudicado" (pp. 48-49). Respecto al escándalo Enron, el autor simplemente sentencia que "sólo tienes que haber leído unos pocos artículos sobre la subida y la caída de Enron para

§ 4. El Título VIII de la SOx, al que la sección 801 permite referirse con el título resumido «Ley del Fraude Contable Corporativo de 2002», prevé un adelanto tácito aunque flagrante de la barrera de contención de riesgos y, por ende, una mayor intromisión del Derecho penal en el fraude contable corporativo. Así, por ejemplo, la sección 806, que modifica el Capítulo 73 del Título 18 del USC regula, bajo la rúbrica «Protección de empleados de empresas públicas que proporcionen evidencias de fraude», el recurso facultativo a la acción civil por parte del empleado delator o «chivato» (*whistleblower*).

> § 1514A. Acción civil como protección frente a represalias en casos de fraude corporativo.
>
> (a) PROTECCIÓN DEL DELATOR PARA EMPLEADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS.- Ninguna compañía con valores registrados bajo la sección 12 de la Securities Exchange Act de 1934 (…), o que se halle sometida al requerimiento informativo de la sección 15(d) (…), así como ningún directivo, empleado, contratista, subcontratista, agente al servicio de dicha compañía podrá descargar, degradar, suspender, amenazar, acosar o de cualquier otra manera discriminar a un empleado en los términos y condiciones de su ocupación por cualquier acto legal llevado a cabo por el empleado:
>
> (1) para proporcionar información o intervenir en una investigación referida a una actuación que el empleado razonablemente entiende constituye una violación de (…) cualquier regla o directriz de la Securities and Exchange Comisión, o de cualquier provisión legal de carácter federal referida al fraude contra accionistas, cuando la información o asistencia sean proporcionadas a o dirigidas por:
>
> (A) una agencia federal legislativa;
>
> (B) cualquier miembro o comité del Congreso; o
>
> (C) una persona con autoridad supervisora sobre los empleados (…); o
>
> (2) para presentarse, testificar, participar en o asistir a un proceso abierto (…) en relación con la presunta violación de (…) cualquier norma o regulación de la Securities and Exchange Commission, o cualquier provisión del Derecho federal relacionada con el fraude contra accionistas[220].

---

darte cuenta de lo narcisistas, obsesionados por el poder, y ciegos que debíeron haber estado los ejecutivos de Enron para con los acontecimientos que rodeaban a su compañía" (p. 63). En la misma línea, muy crítico co la SOx, HEFENDEHL, «Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 51-88; p. 52. Asimismo, PERINO, «Enron's Legislative Aftermath: Some Reflexions on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 671-698.

[220] § 1514A. Civil action to protect against retaliation in fraud cases.

(a) WHISTLEBLOWER PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES.—No company with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (…), or that is required to file reports under section 15(d) (…), or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against an

> La restricción estrictamente penal de este trabajo me impide detenerme en la reproducción del apartado (b) del § 1514A que tipifica, a continuación, el derecho del empleado afectado por el apartado (a) a ejercitar la acción de cumplimiento. Sea suficiente por mi parte esta somera referencia a la existencia de este punto en el articulado de la norma.

La Paz de Utrecht de 1713 erigió el contrabando en primera fuente de pérdidas para el Tesoro español. Años después, en 1779, bajo el reinado de Carlos III, el Gobierno en el poder decidió tomar a su servicio a los jefes de las principales cuadrillas de contrabandistas, con la intención de poner fin a tal situación[221]. De igual manera cabe pensar que actuó el legislador federal estadounidense de 2002 cuando introdujo en el Título VIII de la SOx la sección 806. El fin último de esta disposición era, entiendo, proteger, desde una perspectiva procesal, a la más valiosa fuente probatoria en un eventual proceso penal por fraude contable corporativo. No obstante, la experiencia demuestra que este género de medidas rara vez logran en la práctica la eficacia pretendida.

§ 5. Por último, la sección 807 del Título VIII de la SOx recoge, bajo la rúbrica de «Sanciones penales por defraudar a accionistas de empresas públicas», el delito de fraude de valores, que reforma el Capítulo 63 del Título 18 del USC por adición del siguiente tipo:

> § 1348. Fraude de valores.
>
> Quien a sabiendas ejecute, o intente ejecutar, un plan o artificio
>
> (1) para defraudar a alguien en conexión con cualquier valor de un emisor con valores registrados bajo la sección 12 de la Securities Exchange Act de 1934 (…); o

---

employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—

(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of (…) any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders, when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by—

(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;

(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or

(C) a person with supervisory authority over the employee (…); or

(2) to file, cause to be filed, testify, participate in, or otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed (…) relating to an alleged violation of (…) any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders.

[221] Véase, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, Aranzadi, Cizur Menor, 1992, p. 44.

> (2) para obtener, por medio de pretensiones, representaciones o promesas falsas o fraudulentas, dinero o propiedades en conexión con la compra o venta de cualquier valor de un emisor con valores registrados bajo la sección 12 de la Securities Exchange Act de 1934 (…);
>
> será multado bajo este título, y/o condenado a una pena de prisión de hasta 25 años[222].

El precepto es el homólogo de la llamada estafa de inversores introducida en el CP español ex art. 282 bis con la reforma de junio de 2010, en vigor desde el 23 de diciembre del mismo año[223].

§ 6. Los escándalos financieros de principios del presente siglo que motivaron la apresurada promulgación de la SOx concluyeron con el establecimiento de responsabilidades penales de sujetos en muchos casos extraños a la dirección y/o administración *fáctica* –en términos funcionales– de las sociedades afectadas. Sólo los agentes que ocupaban las posiciones más visibles en el escalafón, las «cabezas» de los organigramas corporativos, fueron perseguidos e imputados. Lo cual pone de manifiesto que *el paradigma que informa la concepción de la SOx es aquél, ya obsoleto, fundamentado en los modelos societarios de integración vertical de cargos y funciones*. Una cuestión criticable si tenemos en cuenta que todos y cada uno de los agentes participantes en el mercado –dentro y fuera de las compañías directamente implicadas– fueron en algún grado responsables de los sucesos que desembocaron en la adopción de la ley.

Cabe concluir, por lo tanto, que la novedad más significativa que introduce el fraude de valores de la SOx –así como el grueso de las disposiciones introducidas por ésta– es la elevación, aquejado de una primitiva euforia punitivista, de la pena privativa de libertad hasta límites inconcebibles en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que no prevé penas graves (superiores a cinco años de prisión o inhabilitación especial)[224] en estos casos. Así, mientras los delitos societarios y la estafa de inversores recogidos en el CP español de 1995 prevén en sus penas privativas de libertad

---

[222] § 1348. Securities fraud.

Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice—

(1) to defraud any person in connection with any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (…); or

(2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (…);

shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both.

[223] Me referiré a esta cuestión en el apartado III.4.3. b) de este estudio.

[224] Véase el art. 33.2 CP.

un límite máximo de 4 años de prisión, el fraude de valores de la SOx sanciona idénticas conductas con una pena de prisión de hasta 25 años. Un dato de este calibre, pienso, debería cuanto menos invitar a una pausada reflexión acerca de la salud democrática que atraviesa el aparato legal sancionador de un país que *lidera* el llamado «primer mundo» y se ordena, en cambio, jurídico-penalmente en torno a un punitivismo deshumanizante e ineficaz de cara a la prevención de esta clase de conductas consideradas gravemente antisociales[225].

II.2.2. Title IX. White-Collar Crime Penalty Enhancements[226].-

§ 1. Los llamados delitos de cuello blanco se encuentran regulados en las secciones 901 a 906 del Título IX de la SOx.

§ 2. La sección 902 reforma, bajo la rúbrica de «Tentativas y conspiraciones para cometer fraudes», el Capítulo 63 del Título 18 del USC por adición del tipo que sigue:

> § 1349. Tentativa y conspiración.
>
> Quien intente o conspire para cometer cualquier delito de este capítulo se enfrentará a las mismas penas que las previstas para el delito cuya comisión fuera el objeto de la tentativa o la conspiración.[227]

---

[225] Concretamente respecto al punitivismo que informa a la SOx, SCHÜNEMANN, entiende que "de la misma manera que es imposible regular la totalidad del sistema autopoiético de la economía a través del derecho, es igualmente imposible regular una parte de la economía, es decir, una sola entidad corporativa, mediante el recurso a prescripciones penales" (en *BuffCrimLRev*, 2005, p. 37). Para el autor, con la SOx la legislación federal estadounidense "ha redescubierto el papel co-decisivo del individuo en el ámbito de las corporaciones" (p. 43).

[226] Sobre el concepto de delito de cuello blanco y sus diferencias respecto al delito de guante blanco, SUTHERLAND, *White Collar Crime: The Uncut Version*, Yale University Press, Londres, 1983. A partir de lo que el sociólogo estadounidense bautiza como la «teoría de la asociación diferencial», acuña el concepto de delito de cuello blanco y lo define como el "delito cometido por una persona de un estatus social alto y respetable en el curso de su ocupación" (p. 265), para distinguirlo del delito de guante blanco o aquél cometido contra la propiedad sin emplear fuerza en las cosas o violencia en las personas. Así, mientras es la posición del sujeto activo lo que caracteriza al delito de cuello blanco, el de guante blanco vendrá determinado por el bien jurídico protegido, así como por los medios y formas empleados en la ejecución.

[227] § 1349. Attempt and conspiracy.

Any person who attempts or conspires to commit any offense under this chapter shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy.

De este precepto cabe destacar, por un lado, la *prudencia* del legislador al haber previsto tanto la forma inacabada de comisión como su acto preparatorio más común. Por otro lado, no sólo ha omitido la referencia a actos preparatorios distintos –tal vez por no considerarlos punibles, lo que supondría un desvalor añadido–, sino que ha unificado bajo un mismo tratamiento punitivo los tres grados de ejecución del delito que admite el precepto, a saber: la conspiración, la tentativa y la consumación.

Es lícito, en suma, albergar una *duda razonable* acerca de la necesidad y adecuación de este tipo en el articulado de la SOx, ya que representa, si no un grave escollo de cara a la atribución de responsabilidad penal, sí un *handicap* en la distribución práctica de justicia. El motivo de una tipificación de estas características es obvio: ante una situación de crisis financiera y comercial que amenaza a la economía nacional y «mira de reojo» a la mundial, el legislador estadounidense ha optado por la expansión y el endurecimiento de las penas en un alarde de reconquista de la seguridad jurídica que devuelva al inversor la confianza en el sistema.

§ 3. La sección 903 del Título IX de la SOx es, probablemente, el reflejo más evidente de lo que he pretendido expresar al referirme al prevencionismo punitivista de la ley en lo que incumbe a los aspectos penales. Reforma muy escuetamente, bajo la rúbrica de «Sanciones penales por fraude electrónico y virtual», las secciones 1241 y 1343 del Título 18 del USC, de la forma que sigue:

> (a) FRAUDE ELECTRÓNICO.— Se modifica la sección 1341 del Título 18 del USC, suprimiendo "5" y poniendo "20".
> (b) FRAUDE VIRTUAL.— Se modifica la sección 1343 del Título 18 del USC, suprimiendo "5" y poniendo "20"[228].

El tenor literal del precepto pone de manifiesto la crisis que sobrevolaba el debate legislativo a comienzos de 2002. El mero endurecimiento de las penas privativas de libertad se asienta, en este marco, como característico de las medidas jurídico-penales a las que los autores de la SOx dedicaron, pienso, una *reflexión insuficiente*[229].

---

[228] (a) MAIL FRAUD.—Section 1341 of title 18, United States Code, is amended by striking ''five'' and inserting ''20''.
(b) WIRE FRAUD.—Section 1343 of title 18, United States Code, is amended by striking ''five'' and inserting ''20''.

[229] Sobre esta cuestión, ZHANG, «Economic consequences of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 74-115; p. 79 (con numerosas referencias a noticias y artículos en prensa), recordando que el primer paso en la dirección de la adopción de un instrumental legislativo en la materia tuvo lugar el 16 de enero de 2002, cuando el entonces presidente de la SEC (Harvey PITT, quien sucediera a Arthur LEVITT en febrero de 2001)

§ 4. Por último, la sección 906 del Título IX de la SOx, reguladora de la «Responsabilidad corporativa por los informes financieros», modifica el Capítulo 63 del título 18 del USC, añadiendo el precepto que sigue:

> § 1350. Fracaso de los directores corporativos en la certificación de los informes financieros.
>
> (a) CERTIFICACIÓN DE INFORMES FINANCIEROS PERIÓDICOS.— Cada informe periódico que contenga declaraciones financieras presentadas por un emisor junto con la SEC según lo establecido en la secciones 13(a) o 15(d) de la Securities Exchange Act de 1934 (…), deberá estar acompañado de una declaración escrita del director ejecutivo (CEO) y del director financiero (CFO) (o sus equivalentes) del emisor.
>
> (b) CONTENIDO.— La declaración requerida por la subsección (a) deberá certificar que el informe periódico que contiene las declaraciones financieras cumple enteramente con los requerimientos de las secciones 13(a) o 15(d) de la Securities Exchange Act de 1934 (…) y que la información contenida en el informe periódico representa fielmente, en todos los aspectos materiales, la condición financiera y los resultados de las operaciones del emisor.
>
> (c) SANCIONES PENALES.— Quien—
>
> (1) certifique cualquier declaración de las expuestas en las subsecciones (a) y (b) de esta sección sabiendo que el informe periódico que acompaña a la declaración no conviene con todos los requerimientos establecidos en esta sección será castigado con una multa de hasta 1.000.000 de dólares y/o con una pena de prisión de hasta 10 años; o
>
> (2) intencionadamente certifique cualquier declaración de las expuestas en las subsecciones (a) y (b) de esta sección sabiendo que el informe periódico que acompaña a la declaración no conviene con todos los requisitos establecidos en esta sección será castigado con una multa de hasta 5.000.000 de dólares y/o con una pena de prisión de hasta 20 años[230].

---

anunció un plan de reforma para crear un organismo regulador independiente. Las actividades legislativas se sucedieron a lo largo de los meses de febrero y mayo del mismo año. Muy crítico con el retribucionismo que aqueja a la SOx, entre otros, MOOHR, *FlaLRev*, 2003, p. 955, asegurando que el aumento de las penas de prisión en un 400% no se traducirá en un aumento de la prevención (general) de un 400%, sino que, en el mejor de los casos, únicamente producirá un aumento marginal de la prevención, siendo lo más probable que no produzca ningún efecto. Y concluyendo que "las meras sanciones penales (previstas en la SOx) no evitarán futuros Enrons" (p. 956).

[230] § 1350. Failure of corporate officers to certify financial reports.

(a) CERTIFICATION OF PERIODIC FINANCIAL REPORTS.—Each periodic report containing financial statements filed by an issuer with the Securities Exchange Commission pursuant to section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (…) shall be accompanied by a written statement by the chief executive officer and chief financial officer (or equivalent thereof) of the issuer.

(b) CONTENT.—The statement required under subsection (a) shall certify that the periodic report containing the financial statements fully complies with the requirements of section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (…) and that information contained in the periodic report fairly presents, in all material respects, the financial condition and results of operations of the issuer.

(c) CRIMINAL PENALTIES.—Whoever—

Una vez más, nos hallamos ante un tipo de falsedad en la información social cuyo objeto material viene configurado por mandatos extra-penales (corporativos) contenidos en la norma de remisión (la Securities and Exchange Act de 1934). Convengo con el espíritu de esta clase de previsiones legales, pero encuentro indefendible la penalidad de su articulación vigente.

II.2.3. Title XI. Corporate Fraud and Accountability.-

§ 1. Las secciones 1102 y 1107 del Título XI de la SOx recogen, respectivamente, los delitos de falsificación de archivos y obstrucción de procedimientos de inspección y el delito de represalia frente a falsos informantes.

§ 2. La sección 1102 reforma el Título 18 del USC añadiendo en su sección 1512 una nueva subsección:

> (c) Quien corruptamente—
>
> (1) altere, destruya, mutile, u oculte un archivo, documento, u otro objeto, o intente hacerlo, con la intención de dañar la integridad de los objetos o su funcionalidad en un procedimiento oficial; o
>
> (2) de otro modo obstruya, influencie, o impida un procedimiento oficial, o intente hacerlo,
>
> será multado bajo este título o condenado a una pena de prisión de hasta 20 años[231].

Los tipos aquí recogidos son los equivalentes a la falsedad en la información social (1) y el impedimento o la obstaculización de las labores de inspección (2) de los arts. 290 y 294 CP español, respectivamente. Los preceptos, de redacción y contenido defraudatorio genéricos, colisionan con

---

(1) certifies any statement as set forth in subsections (a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall be fined not more than $1,000,000 or imprisoned not more than 10 years, or both; or

(2) wilfully certifies any statement as set forth in subsections (a) and (b) of this section knowing that the periodic report accompanying the statement does not comport with all the requirements set forth in this section shall be fined not more than $5,000,000, or imprisoned not more than 20 years, or both.

[231] (c) Whoever corruptly—

(1) alters, destroys, mutilates, or conceals a record, document, or other object, or attempts to do so, with the intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding; or

(2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so,

shall be fined under this title or imprisoned not more then 20 years, or both.

otros preceptos de la ley, duplicando injustos de forma innecesaria e incurriendo nuevamente en una penalidad excesiva.

§ 3. La sección 1107 reforma el Título 18 del USC añadiendo en su sección 1513 el siguiente apartado:

> (e) Quien a sabiendas, con la intención de tomar represalias, emprenda una acción perjudicial para otro (…) para proporcionar a un agente de la ley información veraz relacionada con la comisión o posible comisión de un delito federal, será multado bajo este título o condenado a una pena de prisión de hasta 10 años[232].

El precepto hace referencia al delito de calumnias relacionado con alguno de los preceptos contenidos en la ley y en el ámbito empresarial.

II.3. Valoración de la eficacia de la Sarbanes-Oxley Act de 2002.-

§ 1. Nueve años después de la entrada en vigor de la SOx es mayoritario el sector de la doctrina estadounidense que critica la ineficacia de la ley en su conjunto –algunos autores ya se mostraron críticos desde su concepción[233]–. No obstante, el espíritu de la ley influyó y encontró un reflejo en las medidas que a partir de entonces fueron adoptadas al otro lado del Atlántico[234].

---

[232] (e) Whoever knowingly, with the intent to retaliate, takes any action harmful to any person (…) for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any Federal offense, shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.

[233] Véanse, entre otros, RIBSTEIN, «Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *JCorpL*, 28, 2002, pp. 1-68; CHOI, «Market Lessons for gatekeepers», *NwULRev*, 92, 1998, pp. 916-966. En la literatura española, GANUZA y GÓMEZ, «Should We Trust the Gatekeepers. Auditors' and Lawyers' Liability for Clients' Misconduct», *InDret*, 2005-310, pp. 1-25, para quienes instituciones como la SEC pueden calcular el coste de la transparencia financiera a partir de una tabla de costes de supervisión, en función de estándares de esfuerzo de control referidos al estado financiero de la compañía (pp. 7 y 8). Una cuestión criticable ya que los autores aplican en sus fórmulas matemáticas el estado financiero-contable de la firma como constante (*w*), lo cual no se corresponde con la realidad. Más realista es la segunda conclusión de su estudio, según la cual el «*gatekeeper*» "no puede observar el estado (real) de la firma" (pp. 8 y ss.), de manera que deberá mantener el mismo esfuerzo de control con independencia del estado de salud financiera que ésta arroje.

[234] Entre ellas destacan, por ejemplo, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que fomenta la protección del inversor a través de la imposición de una batería de obligaciones relativas a la transparencia; o la Ley 26/2003, de 17 de julio, concebida con el objetivo de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, para lo cual introduce dos nuevas obligaciones, a saber: (1) la imposición de hacer público, con carácter anual, un informe de gobierno corporativo, y (2) la

§ 2. La «cultura» de una corporación es lo que determina cómo se comportan sus integrantes cuando no están siendo –o van a ser– observados[235]. En materia de vigilancia corporativa la doctrina angloamericana es abundante: entre los autores que abogan por medidas extra-legales y formativas destacan SOLOMON, WATERS y BIRD. El primero declara que la ética de los negocios no es un conjunto de imposiciones y limitaciones, sino la fuerza motora misma de la actividad empresarial, y que las virtudes son características sociales aunque se vean reflejadas en acciones individuales[236]. WATERS y BIRD, por su parte, aseguran que es más fácil inspirar el comportamiento ético a través de la cultura que a través de normas burocráticas[237]. Pues bien, cabría matizar que no sólo es más fácil, sino que constituye la única vía, ya que en ningún caso puede una norma inspirar, en el sentido de condicionar o promover, un comportamiento ético, sino únicamente –y no es poco– uno normativo, de no desadecuación respecto a la vigencia de un orden social instituido. Es materia de la «cultura» –con el riesgo que entraña el recurso a una noción de tan alta envergadura y abstracción, sobre cuya simple definición no existe consenso– la formación en una ética. La cual ha de informar el signo social de la coacción normativa en aras de un actuar cívico, de manera que la norma se alce en rectora del «orden comunal», pero no necesariamente en dogma ético-social.

Sendas aseveraciones enraízan en un pensamiento hoy en día incontestable, si bien como mera abstracción a efectos de este estudio. SOLOMON elude explicar qué ocurre cuando las acciones individuales que exportan una hipotética virtud colectiva son «materia estancada» de un grupo viciado. Mi conclusión es que, lejos de proporcionar respuestas, su estudio se agota en premisas adoptadas que no son de aplicación sin un tratamiento de adecuación previo a la actualidad de la realidad que las demanda. En otras palabras: premisas que no describen y responden a una realidad social «dada», sino que recrean las condiciones de la realidad «pretendida».

---

obligación de disponer de una página *web* para atender el ejercicio del derecho de información de los accionistas y para difundir la información relevante. También es de interés citar la Orden Ministerial ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, y la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV, ambas encargadas de desarrollar con mayor detalle el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo. Sobre el informe en cuestión, SÁNCHEZ CALERO, «Informe anual de gobierno corporativo», *RDByB*, 23, 2004, pp. 7-42; CASTILLO BLANCO, «El régimen jurídico de los emisores de valores», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 351-408; pp. 366 y ss.

[235] Véase, TIERNEY y BAVEJA, «Foundations of success in services» *EIU*, 4 de abril de 2002.

[236] Véase, SOLOMON, *BusEthQ'y*, 1992, p. 338.

[237] Véase, *JBusEth*, 1987, p. 19.

En suma, comparto gran parte de las conclusiones que ofrecen SOLOMON, WATERS y BIRD. Critico, sin embargo, la esterilidad de sus propuestas, formuladas a modo de teorizaciones a las que no sigue una viabilidad práctica.

§ 3. Otros autores, como es el caso de YOUNG o de H. y J. ROCKNESS, han criticado la SOx desde la experiencia. También lo ha hecho COFFEE –tal vez su mayor detractor–, quien ha asegurado que, aunque los potenciales beneficios de los auditores que consentían irregularidades contables se vieron reducidos con la SOx, el coste de su comportamiento ilegal sigue siendo bajo, no habiéndose recuperado el grado de disuasión que soportaran antes de 1990.

Apunta COFFEE[238], con acierto, que son –al menos– tres los objetivos en los que la SOx fracasó: (1) endurecer la amenaza legal con el fin de prevenir suficientemente la aquiescencia de los auditores en el fraude directivo; (2) reducir los incentivos creados por el uso ilimitado de las *stock options*[239]; y (3) abordar los *conflictos estructurales* que causan el *reagrupamiento*, las *tendencias* de los analistas y las inclinaciones excesivamente optimistas del mercado. Si bien los objetivos (2) y (3) que transcribe como fracasados –y, por lo tanto, pendientes–, merecen mi asentimiento incondicional, no así el (1), en el que no convengo. El autor critica en este punto el punitivismo de la SOx por defecto cuando el grueso de las opiniones, a las que me sumo, se dirigen en un sentido opuesto al considerar excesivas las medidas sancionatorias previstas por la ley[240].

La perspectiva experiencial de los autores traídos a colación, como ocurría con los primeros críticos, no ha pasado del diagnóstico. El estudio elaborado por H. y J. ROCKNESS concluye que una cultura corporativa poderosa como contexto y unos valores de ética corporativa asimilados como conductores de la actividad financiera son las condiciones necesarias para

[238] En *BtULRev*, 2004, pp. 304-305.

[239] Sobre el debate acerca de la necesidad de reducir o suprimir dichos incentivos a los directivos, EISENBERG, «Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors and Accountants», *CalLRev*, 63, 1975, pp. 375-439; pp. 436 y ss.

[240] No interesan tanto, a efectos de este estudio, las críticas meramente económicas de la SOx vertidas por SIGNES DE MESA cuando se refiere a "los enormes costes que acarrea su aplicación para las sociedades cotizadas". En cambio, el autor es probablemente quien mejor ha sabido recoger, en la literatura española, tanto el espíritu como el contexto financiero-social germinal de la SOx al definirla, escuetamente y con gran acierto, como una «*norma rígida de reacción*» (en *DTUC*, 2007, pp. 5 y 6). Muy crítico también en este sentido, ZHANG, *JAcc&Ec*, 2007, pp. 75 y ss.

reparar la lealtad en la dirección y la veracidad en la información financieras[241]. Cierto es que esta premisa constituye un asomo a lo que podría considerarse una propuesta, aunque proyectada en términos volátiles que no colaboran en la adopción de directrices concretas.

§ 4. La conclusión –no muy alentadora– es que, por el momento, tal vez debamos conformarnos con el didacticismo fatalista de autores como SWEENEY, quien sentencia, a la espera de nuevas propuestas constructivas, que "hemos aprendido lo mismo una y otra vez: el fraude financiero no comienza con la deshonestidad", sino que "ocurre porque la cultura se ha infectado y se expande como un virus irreductible"[242]. El diagnóstico doctrinal contemporáneo al surgimiento de la crisis financiera apunta a una infección de la cultura empresarial como cepa del desastre y critica las medidas legales adoptadas por el legislador hasta la fecha, pero no acierta a proponer un tratamiento a partir del acertado reconocimiento de las causas. Tal vez por ello el legislador de la SOx aún no haya contemplado una revisión del articulado de la ley a corto plazo; falto de inspiración o, lo que es peor, satisfecho con su actual concepción.

II.4. Recapitulación. La Sarbanes-Oxley Act: una reacción precipitada.-

§ 1. El 22 de julio de 2002 el Congreso de los EEUU aprobó la Sarbanes-Oxley Act como respuesta legal ante los desastres financieros que se destaparon públicamente a comienzos del presente siglo –durante los años 2001 y 2002– y que involucraron a compañías de la talla de Enron, WorldCom, Tyco o Adelphia, entre otras. La ley está dividida en once Títulos, aunque resultan de especial interés a efectos del presente trabajo los Títulos VIII, IX y XI, que recogen una serie de tipos penales relacionados con la falsedad en la información social y, más ampliamente, con las conductas desleales en el ámbito del gobierno corporativo.

§ 2. La SOx se dirige a toda sociedad cotizada (*issuer*) y con ella se establecen como legalmente obligatorios los deberes corporativos relacionados con la información sobre el control interno. La ley constituye una de las reformas más significativas en el ámbito del derecho del mercado

[241] En *JBusEth*, 2005, p. 47.

[242] En «Fraud, What Starts Small Can Snowball», FINANCIAL EXECUTIVE, 1 de diciembre de 2003. En una línea similar, DARBY y KARNI, «Free Competition and the Optimal Amount of Fraud», *JL&E*, 16, 1973, pp. 67-88.

de valores estadounidense desde la Securities Exchange Act de 1934, a la que se remite constantemente para reformarla y para que aspectos de ésta informen el contenido material de sus preceptos con carácter completivo. La SOx es la ley penal en blanco de mayor envergadura del último medio siglo en el país norteamericano. Lo cual se debe a que muchos preceptos fueron concebidos para hacer frente a casos singulares de especial relevancia en la opinión pública.

§ 3. La novedad más destacada que ofrece el articulado extra-penal de la SOx es la creación de la *Public Company Accounting Oversight Board* –más conocida como *Board*– en su Título I (secciones 101 a 109). Dicho organismo estaba desde su concepción llamado a ser el «*gatekeeper* de los *gatekeepers*». Su objetivo fundamental es promover la confianza de los inversores y su labor se halla sometida a la supervisión de la SEC.

§ 4. En lo que respecta al paradigma jurídico-penal que envuelve a la SOx, en términos generales la ley es tachable de *simbólica*. En concreto, secciones como la 802 o la 906, ambas relativas a formas de falsedad cometida sobre la información social, evidencian la inspiración casuista del texto legal, así como una tendencia excesiva al punitivismo.

La novedad más significativa que aporta el tipo de fraude de valores de la SOx –así como el grueso de las disposiciones introducidas por la ley– es la elevación de la pena privativa de libertad hasta límites inconcebibles en el ordenamiento jurídico-penal español. Lo cual debería invitar a la reflexión acerca de la salud democrática que atraviesa el aparato legal sancionador estadounidense, ordenado jurídico-penalmente en torno a un punitivismo deshumanizante e ineficaz de cara a la prevención de esta clase de conductas consideradas gravemente antisociales.

El texto legal de la SOx recoge tipos de falsedad en la información social cuyo objeto material viene configurado materialmente por mandatos extra-penales (corporativos) contenidos en la norma de remisión (la Securities and Exchange Act de 1934). Convengo con el espíritu de esta clase de previsiones legales, pero encuentro indefendible la penalidad de su articulación.

§ 5. Académicos y expertos han calificado casi unánimemente la SOx como una *reacción apresurada y desmedida*. La práctica totalidad de sus preceptos fueron aprobados sin enmiendas en un contexto de urgencia favorecido por los entonces recientes desastres financieros. El legislador estadounidense ha optado por la expansión de los tipos y el endurecimiento

de las sanciones en un alarde de reconquista de la seguridad jurídica que devuelva al inversor la confianza en el sistema.

Según la doctrina, son tres los objetivos en los que la SOx fracasó: (1) endurecer la amenaza legal con el fin de prevenir suficientemente la aquiescencia de los auditores en el fraude directivo; (2) reducir los incentivos creados por el uso ilimitado de las *stock options*; y (3) abordar los *conflictos estructurales* que causan el *reagrupamiento*, las *tendencias* de los analistas y las inclinaciones excesivamente optimistas del mercado.

No obstante, el espíritu de la ley influyó y encontró un reflejo en las medidas que a partir de entonces fueron adoptadas al otro lado del Atlántico.

§ 6. El diagnóstico doctrinal contemporáneo al surgimiento de la crisis financiera apunta a una infección de la cultura empresarial como cepa del desastre y critica las medidas legales adoptadas por el legislador hasta la fecha, pero no propone un tratamiento alternativo a partir del reconocimiento de las causas. Tal vez por ello el legislador de la SOx aún no haya contemplado una revisión del articulado de la ley a corto plazo; falto de inspiración o, lo que es peor, satisfecho con su actual concepción.

CAPÍTULO III
PERSPECTIVA CONTINENTAL DE LA DEBACLE

La estética es la ética de la conducta
WEBER

Me propongo en el presente capítulo, a partir del análisis y diagnóstico de lo acontecido en el caso Enron (Cap. I), así como del estudio y la crítica de la reacción legal al desastre financiero (Cap. II) abordar la respuesta extra-legal que ante el fraude corporativo ofrecen los códigos de buen gobierno (III.2), así como la que pueden representar instrumentos como la cláusula de honorabilidad (III.3). Finalmente, cerraré el capítulo –y la Parte Primera de este trabajo– con el estudio de la respuesta jurídico-penal que hoy por hoy ofrecen los delitos societarios del CP español; concretamente, la que ofrece el art. 290 ante los supuestos de falsedad cometida sobre la información social (III.4). No sin antes detenerme brevemente en una breve contextualización de los aspectos a tratar (III.1).

III.1. Contextualización. Europa y el buen gobierno: diagnosis político-social.-

§ 1. La velocidad a la que nos somete el mundo «sobremoderno» en el que vivimos nos condiciona en aspectos «extra-cinéticos». En las últimas décadas hemos diseñado los más veloces medios de transporte para acercarnos a lugares remotos en los que tomamos fotografías que veremos en casa y hemos aprendido a cuantificar valores como la educación o la salud. La frontera entre lo público y lo privado se ha desplazado en oscilaciones aleatorias habiendo llegado incluso a difuminarse en la expresión de un brutal urbanismo y el espacio público se ha convertido en buena medida en un espacio de consumo. Todo ello ha influido en nuestra forma de concebir la vida en sociedad y ha llevado al surgimiento de una serie de espacios urbanos a los que se viene llamando «no lugares», cuya gestación tiene en realidad un origen emocional antiguo que se remonta a las teorías weberianas, tayloristas y fordistas de la racionalización[243]. Las cuales inspiraron el auge, a mediados

[243] Puede el lector encontrar un excelente análisis sociológico de la llamada «jaula de hierro» weberiana en *The Protestant Ethic and the Spritir of Capitalism*, Scribners, Nueva York, 1904-1905; o en *General Economic History*, Transaction Books, Nueva Yersey, 1927.

del pasado siglo, del fenómeno bautizado por RITZER como *mcdonalización,* indiciado por una irrefrenable sublimación del *ello* freudiano, así como por el incontestable fracaso del conductismo. Aeropuertos, vertederos, estaciones de servicio, marquesinas, restaurantes de comida rápida, son sólo algunos de los espacios urbanos de tránsito que ha generado la insatisfacción humana, incapaz de asimilar el ritmo de los avances tecnológicos y de la comunicación. Espacios sin historia en los que transcurren y se cruzan experiencias anónimas, imposibles de combatir, pero a los que cabe sobrevivir. El Derecho no ha resultado ser impermeable a dicho fenómeno, y ello se traduce en un irrefrenable proceso de desacralización de la ley como producto jurídico sometido a exigencias de eficacia normativa que pierde progresivamente su densidad simbólica[244].

§ 2. La noción de sobremodernidad sobre la que se sustenta este trabajo implica tres figuras de exceso, a saber: (1) la superabundancia de acontecimientos; (2) la superabundancia de espacios; y (3) la individualización de las relaciones.

El hombre del s. XX se ha preocupado por mejorar la técnica del desplazamiento entre infinitos puntos de desencuentro, y le ha ocurrido como al conquistador de finales del s. XIX, quien fue capaz de *llegar a* América, pero no de *comprender* lo que allí iba a encontrar. Si, como aseverara SWAANINGEN, "la nueva sociedad del riesgo ya no está orientada a ideales positivos, sino hacia la racionalidad negativa de la limitación de riesgos"[245], entonces cabe concluir que la inquietud motiva la búsqueda como una aspiración fichteana de superar a un *otro* constitutivo de peligro; pero es necesario además estar preparado para reconocer el encuentro cuando éste se presente. De lo contrario, de igual manera que nuestros antepasados emplearon un largo tiempo en dilucidar la humanidad de los indios americanos, al hombre postindustrial podría llevarle un esfuerzo excesivo la asimilación de las consecuencias del ritmo que le impone su tecnología.

En la misma línea, TAYLOR organizó su pensamiento sociológico-empresarial en *The Principles of Scientific Management*, Harper, Nueva York, 1911. Todas ellas de gran valor sociológico y accesibles para legos en la materia.

[244] Véase, BOIX PALOP, «De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva», *PyD*, 1, 2007, pp. 124-147; pp. 128-129.

[245] Véase, *Critical Criminology. Visions from Europe*, Sage, Londres, 1997, p. 174. A este respecto, apunta BECHMANN que la moral tradicional funciona en el vacío y es insuficiente ante la necesidad de regulación ética de la problemática del riesgo asociado al cambio tecnológico (en «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», *Cuadernos de Sección*, 2, 1995, pp. 59-98; pp. 87 y ss.).

III. PERSPECTIVA CONTINENTAL DE LA DEBACLE

El mundo de la supermodernidad[246] no tiene las medidas exactas de aquél que creemos habitar, pues vivimos en un mundo que no hemos aprendido a mirar todavía. En consecuencia, puede decirse que el hombre tiene actualmente la necesidad de aprender de nuevo a pensar el espacio[247], así como la totalidad de su sistema racional de ordenación y acceso a la verdad[248].

> Hoy, todo ha de ser nuevo para ser válido y toda innovación es, por definición, progreso. El hombre espera en tensión la aparición externa de lo nuevo, como si algo importante pudiera ocurrirle que no fuera a surgir de su interior. Fija su mirada en el exterior, un sistema superproductivo se encarga de proporcionarle novedades a un ritmo que supera sus necesidades, alimentando una virtualidad social en la que todo es posible en apariencia y casi nada es real[249]. Liberado de su sujeción a espacio y tiempo, ya no entiende el límite físico como una posibilidad de apertura a la trascendencia y se agota insatisfecho en el *factotum* de lo dado.

§ 3. Concretamente, en el ámbito que es de interés a efectos del presente estudio, el del Derecho penal (y, más concretamente, el del Derecho penal económico), no es nuevo afirmar que asistimos a una incontestable ampliación del ámbito competencial de la ciencia jurídico-penal, traducida casi exclusivamente en la satisfacción de una ansiedad tipificadora que responde a una evidente «necesidad» política que ha sido y está siendo intensamente discutida en el ámbito doctrinal[250].

---

[246] Una más de sus múltiples nomenclaturas. Talcot PARSONS, a quien me referiré en el Cap. IV del presente trabajo, con ocasión del estudio de la sistemática social, empleaba en este sentido la expresión «post-tradicional» (véase *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 33 y ss.).

[247] Véase, AUGÉ, *Los no lugares. Espacios del anonimato. Hacia una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Buenos Aires, 1992, p. 42. En el mismo sentido, GRIMSON y SEMAN, «Los no-lugares: una criatura etnocéntrica», *CFCD*, 15, 2007, pp. 74-76.

[248] Es una ley cósmica fundamental que todo descenso en el orden de lo cualitativo se ve acompañado de una expansión en el orden cuantitativo, siendo así que, en atención a lo dicho, cabe sentenciar que la esencia disminuye para que la substancia crezca.

[249] El lector puede encontrar un alegato tragicómico de proporciones mundiales al respecto en el fenómeno que el sociólogo estadounidense RITZER bautiza, con ánimo divulgativo, como *mcdonalización* (en *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Ariel, Barcelona, 1996).

[250] A este respecto, y refiriéndose a una sociedad del bienestar que cada vez más identifica al otro con un riesgo y que, consecuentemente, tiende a convertir la desgracia en injusto (penal), SILVA SÁNCHEZ propone, estimo que con acierto, una reforma del sistema penal que, descartando las concepciones radicales de incocuización del delincuente (se refiere concretamente a la proliferación de leyes «*three strikes*» y a teorías de la inocuización selectiva de origen anglosamericano), busque su criterio rector en una "distribución razonable –entre individuo y sociedad– de la carga de la inseguridad" social que aqueja a una sociedad sobreinformada (véase «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la

En este sentido, y con la intención de introducir de manera gráfica lo que después será tratado en profundidad, puede afirmarse que, en la actualidad de las sociedades postindustriales, con la misma fuerza con la que se reclama que las penas no sirven para nada por insuficientes o porque no son cumplidas íntegramente, se reclama también la intervención y extensión indefinida del Derecho penal ante cualquier problema o conflicto que se suscite en la vida cotidiana[251]. Un Derecho penal moderno que tal vez se haya convertido en contraproductivo y anacrónico[252], por cuanto sus déficits de realización demuestran hasta qué punto se emplea hoy en sectores que no son «los suyos» y haciéndosele cumplir unas funciones que le son extrañas, lo que produce su desnaturalización permanente[253].

> "Lo mejor hubiera sido –propone HASSEMER–, que los problemas de las sociedades modernas que han llevado el Derecho penal a la modernidad se hubieran regulado en una especie de «Derecho de la intervención» situado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio administrativo, el Derecho civil o el Derecho público"[254]. Convengo plenamente con el autor en su diagnóstico, si bien matizaría que lo que llama «Derecho de la intervención» no ha de ser necesariamente un nuevo orden intermedio entre el penal y el administrativo sancionador, sino solamente –y no sería poco– un Derecho penal *distinto*, de suerte que se mantuviera indemne el efecto simbólico-comunicativo de la sanción penal. Y nótese que digo un Derecho penal distinto y no una distinta velocidad del Derecho penal, ya que el «nuevo Derecho penal» que se propone, sin dejar de ser Derecho penal, presenta unos fines y

---

Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 699-710; concretamente, pp. 700 y 710).

[251] Véase, QUINTERO OLIVARES, «El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios», *El nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a José Manuel Valle*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1697-1720; p. 1703.

[252] Véase, HASSEMER, «Crisis y características del moderno Derecho penal», *AP*, 43, 1993, pp. 635-646; p. 635. Es asimismo recurso imprescindible en esta línea la reflexión que practica SILVA SÁNCHEZ en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2011 (tercera edición; la primera data de 1999 y fue publicada en Civitas), donde el autor diagnostica que "la progresiva transformación del Derecho penal, en las modernas sociedades de comportamientos masivos, en un elemento más del Derecho de gestión es (…) bastante clara. Parece claro que, también para el Derecho penal, lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual" (p. 143). Véase, ID., *Homenaje*, 2001, donde el autor sentencia que "la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad" (p. 707).

[253] A estos efectos, conviene aclarar que para HASSEMER «déficit de realización» "no significa sólo que las leyes no funcionen desgraciadamente como debieran, sino también que las leyes en su aplicación producen consecuencias injustas y arbitrarias" (véase, *AP*, 1993, p. 642). De ahí que proponga como solución –algo utópica– "eliminar una parte de la modernidad", lo que supone, en primer lugar, "reducir el CP al «Derecho Penal Básico», cuyos límites pueden naturalmente ser discutidos" (p. 645).

[254] Véase, *AP*, 1993, p. 646.

unas funciones que no se han de corresponder con los que informan el Derecho penal clásico o de causalidad evidente. De ahí que convenga con HASSEMER en su crítica y con SILVA SÁNCHEZ en la esencia de su Derecho penal de varias velocidades[255].

§ 4. Tal vez haya llegado la hora de que el jurista «globalizado» se cuestione su posición en un sistema social que demanda autenticidad individual para someterla a la irracionalidad del exceso productivo. Un sistema que proclama el valor absoluto de la democracia como sistema político, decretando que la verdad está en función de la cantidad; un

[255] Esta cuestión fue ampliamente debatida en el *Seminario Internacional sobre la situación del Derecho penal y la Política criminal en las sociedades post-industriales* (Congreso Homenaje al Profesor SILVA SÁNCHEZ), celebrado los días 8 y 9 de junio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, que reunió al discipulado en torno al estudio y discusión de la obra del maestro. Al término de la tercera sesión –durante la mañana del día 9–, que corrió a cargo de RAGUÉS I VALLÈS (que pronunció la ponencia «El 'Derecho penal del enemigo' en *La Expansión del Derecho penal*», recogida recientemente junto con el resto de las intervenciones en Robles Planas y Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 87-103), se abrió un intenso debate en torno a la situación actual de ambos paragidmas. En relación con el primero de ellos, entiendo que no es saludable mantener un sistema de velocidades en el marco de un Derecho penal que se pretende «de mínimos», toda vez que las velocidades se refieren en última instancia a una graduación intensiva referida a una misma y única realidad. En tal caso todas las velocidades se han de someter a fines y funciones comunes, lo cual desemboca inevitablemente en una práctica penal utópica y altamente contaminante. Un interviniente preguntaba si el Derecho penal de velocidades necesitaría *un único «carro» o tres*, lo cual me sirve para expresar mi opinión recurriendo a un símil. Cuando un individuo adquiere un coche todoterreno con el fin de que éste le sirva tanto en la ciudad como en sus salidas al campo, incurre en una negligencia de doble calado: en primer lugar, pronto caerá en la cuenta de que en los desplazamientos urbanos el automóvil consume más carburante que un turismo ordinario, lo cual le hace a su vez más altamente contaminante; en segundo lugar, podrá comprobar que resulta inevitable que, tras la salida primera al campo, el coche regrese a la ciudad embarrado. Sírvase el lector libremente de este símil para interpretar mi crítica. En cuanto al segundo paradigma apuntado, quisiera únicamente recalcar que, a pesar de la euforia que el fenómeno haya podido provocar en el ámbito doctrinal, es necesario tener presente que la realidad del *enemigo* no es reciente. Es, más bien, una realidad percibida por y asentada en otras ciencias desde hace más de un siglo. Así, el Bartleby de Melville en la literatura, el Meursault de Camus o el individuo popperiano en filosofía, el «enjaulado» de Weber y los trabajadores del fordismo y del taylorismo en sociología son, en última instancia, algunos de los *protoenemigos* del Derecho penal al que JAKOBS se refiere. Tal vez la asignatura pendiente de nuestro Derecho penal haya sido y sea la revisión de las teorías de sistemas propuestas por las otras ciencias sociales, como acusa PIÑA ROCHEFORT en *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2005; muy especialmente en su Parte Primera, pp. 37-197 (nótese, no obstante, que la obra se abre con una cita de PARSONS en la que éste critica el «nimio interés» que las ciencias sociales han mostrado en el estudio del Derecho y de los sistemas jurídicos en el último siglo). Me extenderé en este aspecto en el Cap. IV del presente estudio.

integrismo democrático que predica contra el racismo excluyente mientras practica un racismo incluyente de efectos más perversos[256].

Apartemos, pues, de nosotros –como dijera *el* filósofo– *el mal gusto de querer coincidir con muchos* y ensayemos un esquema cultural en el que el abrelatas eléctrico no calce más importancia que la *Ilíada* la virtud no deba pedir perdón al vicio, de suerte que si antes moríamos por nuestras enfermedades, no muramos ahora por nuestros remedios.

§ 5. Existe en los agentes sociales una gran confusión entre la titularidad de los bienes jurídicos y su protección penal. Si ser titular de un bien jurídico protegido penalmente implica reconocerse en sujeto pasivo del tipo penal que lo abarca, la protección penal de dicho bien no partirá de la titularidad sobre éste, sino del interés social en que ese bien sea respetado y en la trascendencia o grado de conmoción social que produce su vulneración. De ahí que no tenga sentido hablar en Derecho penal de delitos públicos o privados en función de la disponibilidad procesal sobre su persecución.

> El legislador se ha permitido ofrecer un ejemplo casi didáctico de lo que pretendo expresar a través del vigente art. 296 CP, el cual incluye la eventual afectación del interés general como fundamento de la consiguiente persecución de oficio, mientras que en los otros casos exige la acción de perjudicados, convirtiendo los delitos societarios en híbridos que se han bautizado de «delitos semi-públicos». Basta, por lo tanto, que una realidad no encaje en el sistema preconcebido para que, en lugar de replantearnos la adecuación o culminación del sistema, atajemos por la vía auxiliar de la rotulación liminal; eso sí, siempre enmarcando la solución en la más estricta racionalidad para que aquéllo no «huela» a político o instintivo. Y es que, al amparo del art. 296.2, se puede hacer oscilar y depender el bien jurídico protegido por los delitos societarios de la subjetividad pasiva de sus tipos, los cuales determinarán, en cada caso y en virtud de un criterio netamente cuantitativo, si la dañosidad de la acción infractora atenta contra intereses generales –refiriéndose, principalmente, a inversores y terceros posibles contratantes con la sociedad–, y no únicamente contra los de socios y accionistas. Pero en esta cuestión me detendré más largamente en el apartado III.4. de este estudio.

Así las cosas, es más que comprensible que la generalidad de la doctrina penal española perciba hoy como innecesarios o sobrantes varios de los delitos societarios que engrosan el Capítulo XIII del Título XIII[257] CP de

[256] Que presume de aceptar a negros, gitanos, orientales o africanos, a condición de que se comporten exactamente como blancos occidentales modernos, es decir, a condición de que dejen de ser negros, gitanos o africanos (en estos términos se expresa LÓPEZ TOBAJAS en *Manifiesto contra el progreso*, El Barquero, Palma de Mallorca, 2005, pp. 71 y ss.).

[257] Véanse, entre otros, VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1305 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 476-483; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Banch, Valencia, 2011, pp. 348 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *El nuevo Derecho Penal*, 2001, pp. 1718-1719.

1995, aunque también esta cuestión será tratada en profundidad a su debido tiempo.

III. 2. Los códigos de buen gobierno.-

§ 1. "El siglo XVI es el siglo de oro de los moralistas, quienes tratan los negocios desde su óptica y perspectiva para saber cuándo es bueno o malo, o cuando es pecado la actividad económica de los negocios". De esta manera abre OLIVENCIA el preámbulo al informe que contiene el código ético de buen gobierno de sociedades que lleva su nombre[258]. En él, el autor concluye que "los códigos recogen un Derecho que está influido por conceptos morales, por conceptos éticos". La moral aparece así como una barrera que no se puede superar, con la que se topa la libertad de pactos.

§ 2. Los pensadores y artífices de los primeros códigos de buen gobierno en Europa partieron de la consideración de que los garantes de los mercados comparados –concretamente, los del mercado estadounidense– concebían la ética como un límite a su actuación, como un contrapunto frente a sus pretensiones comerciales[259]. En este marco de incertidumbre y desconfianza generado en gran medida por el fracaso de los modelos de autorregulación corporativa –tanto en su concepción como en su observancia posterior– y bajo el signo de las debacles financieras de las últimas décadas surgen los llamados códigos de buen gobierno, siendo el Informe Cadbury[260] británico el precursor, en 1992, de una iniciativa que han secundado países como España, Alemania, Francia o Italia, entre otros.

---

[258] La Comisión Olivencia fue creada por el Gobierno español en 1977 y elaboró un Informe que preveía como probable y deseable la incorporación de buena parte de la tradición anglosajona de las prácticas de buen gobierno a las empresas cotizadas y los mercados de capitales en España. El Informe de la Comisión Olivencia dio lugar a una serie de recomendaciones precisas y ponderadas que constituyen un código de buen gobierno de adopción voluntaria (véase, «Informe Olivencia», *Economía 3*, 93, 1999).

[259] A esto se refieren, precisamente, BOJE y ROSILE cuando, en su teoría de las conjuraciones, acusan a las universidades y escuelas de negocios de adiestrar a sus estudiantes en el arte de hacer lo posible por defraudar (véase, *Eph*, 2002, pp. 317 y ss.). Sobre la cuestión, a modo introductorio, GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2003; especialmente, las pp. 438 y ss. También puede verse, en este sentido, SIMON, «Ethics in Corporate Representation. Introduction: The Post-Enron Identity Crisis of the Business Lawyer», *FordLRev*, 74, 2006, pp. 947-954.

[260] Sobre el Informe Cadbury, a modo introductorio, MONKS y MINOW, *Corporate Governance*, 2008, pp. 75-80.

La tabla que sigue ofrece, a título meramente informativo, un elenco de algunos códigos, marcos, informes, recomendaciones y modelos sobre dirección corporativa en el ámbito de Norteamérica y Europa[261]:

Año	Instrumento	País	Materia
1985	COSO	EEUU	Ofrece un marco integrado de control interno como modelo para asegurar la fiabilidad de la información financiera frente al fraude. Mandado por la Comisión Treadway.
1992	Cadbury	RU	Trata aspectos financieros de gobierno corporativo; concretamente, establece un marco de roles funcionales para directivos, accionistas y auditores externos.
1994	Adendum COSO	EEUU	Inclusión de herramientas para la evaluación del control interno y de aspectos relativos a la protección de activos para servir de marco a las evaluaciones de control interno (mandada por la Foreign Corrupt Practices Act, 1971).
	Dey	Canadá	Recomendaciones para el amejoramiento de la inversión emitidas por la Bolsa de Valores de Toronto.
1995	CoCo	Canadá	Principios sobre control interno y evaluación del control y del riesgo por parte de directivos (emitido por el CICA, Instituto Canadiense de Contadores Certificados).
	Vienot I	Francia	Guía de funciones para Juntas directivas y accionistas.
1996	COBIT	EEUU	Marco de control para las tecnologías de la información. Emitido por la Fundación de la Asociación de Auditores de Sistemas de Información (ISACF), órgano de investigación de la Asociación de Auditores y de Profesionales del Control de Sistemas de Información (ISACA).
1997	Peters	Holanda	Instrumento que consta de cuarenta recomendaciones relativas al buen hacer profesional dirigidas a directivos y miembros de las corporaciones.

[261] Inspirado parcialmente en la recopilación que FUENZALIDA RIVEROS practica en «La auditoría interna y el Gobierno Corporativo», *IAN*, 14, 2004, pp. 4-7; p. 6. Imprescindible en la materia, TORRENT, «Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos (Apuntes críticos al proyecto de código Conthe)», *RDS*, 26, 2006, pp. 219-256, refiriéndose a Olivencia, Winter, Aldama y un largo etcétera (pp. 226 y ss.), e iniciando el estudio con el análisis de la experiencia del caso Enron en relación con el buen gobierno (pp. 219-221). A los instrumentos traídos a colación cabría sumar infinidad de análogos emitidos por entidades públicas y/o privadas a lo largo del planeta con ámbitos de aplicación diversos, desde iniciativas privadas de índole científica (como pueda ser el *GMI Governance and Performance Study*, estudio elaborado por la consultora *Global Metrics International* en 2004 sobre las prácticas de buen gobierno corporativo de más de 2100 empresas cotizadas de 21 países) hasta propuestas de alcance internacional (son ampliamente conocidos los *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recomendations*, del *American Law Institute*, de 1992; o los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades, de 1999), pasando por trabajos analíticos comunitarios de relevancia (como el Informe anual Heidrick & Struggles sobre las prácticas de gobierno corporativo en Europa). El lector puede encontrar un amplio abanico de códigos y demás normativa relativa al buen gobierno de sociedades a nivel internacional en el sitio web: http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php (última visita: 5 de abril de 2010).

1998	Blue Ribbon	EEUU	Recomendaciones de buenas prácticas y calidad contable para comités de auditoría corporativa.
	Olivencia	España	Propuesta de código ético para los consejos de administración de las sociedades.
1999	Vienot II	Francia	Actualización de Vienot I a partir de la propuesta arrojada por el Ministerio de Justicia a fecha de 31 de julio del mismo año.
	Turnbull	RU	Guía de control para directivos, emitido por el Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) Control Work Party.
	Mertanzis	Grecia	Inspirado en las exigencias de la Ley 2190/20 y de los Decretos Presidenciales 350/1985 y 512/1992.
	Preda	Italia	Código de conducta para directivos, inversores y miembros de la corporación, relativo a composiciones, funciones, instituciones y formas de control de la información, incluyendo la Junta de Auditoría interna.
	KonTrag	Alemania	Ley de Control y Transparencia en el sector corporativo.
2002	Winter	UE	Informe sobre la actualización del gobierno corporativo en Europa y el incremento de la transparencia, encargado por la Comisión Europea (a un grupo de expertos presidido por Jaap Winter).
	SOx	EEUU	Ley Sarbanes-Oxley, dirigida a sociedades cotizadas y focalizada en el endurecimiento del fraude financiero.
2003	Aldama	España	Informe sobre el grado de seguimiento y la mejora del Informe Olivencia.
	Ley 26/2003	España	Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas, por la que se modifican la LMV y el TRLSA.
	Orden ECO/3722/ 2003	UE	Sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.
2004	Circular CNMV 1/2004	España	Sobre el informe anual de gobierno corporativo.
2006	Código Unificado Conthe	España	Comisión creada por el Gobierno el 25 de julio de 2005 para asesorar a la CNMVA acerca de la armonización y actualización de las recomendaciones de Olivencia y Aldama.

* La cursiva indica que los cuerpos o instrumentos en cuestión tienen carácter normativo.

§ 3. El término «gobierno corporativo» es la traducción española de la expresión inglesa «c*orporate governance*»[262], noción cuyo objetivo se refiere,

[262] Sobre el origen del término, JENSEN y MECKLING, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure», *JFE*, 3, 1976, pp. 305-360, considerada un clásico en la materia. Desde el punto de vista legislativo, una definición del gobierno corporativo homogénea es la que proporcionan los principios de la OCDE, establecidos en 1999: "El Gobierno Corporativo hace referencia a las relaciones de la dirección de una empresa, su consejo de administración, sus accionistas u otras partes involucradas en sus actividades (…) determina también la estructura por la que se establecen

grosso modo, a la reforma y mejora del gobierno de las sociedades en interés de su eficiencia, transparencia y credibilidad[263]. De ahí que se dirija especialmente a las sociedades que acuden al mercado para captar inversores procedentes del ahorro del público[264].

§ 4. Más adelante en este trabajo me detendré largamente en el estudio del fenómeno de la autorregulación social, pero baste por el momento dejar apuntado que es precisamente la desorbitada inadecuación de los valores financieros de los «bienes» de mercado respecto a su valor de producción o real lo que, tras experiencias como la de Enron, WorldCom, Tyco o Adelphia, generaron una oleada de preocupación por un «mercado saludable» caracterizado por la transparencia y que decía asumir la máxima cultural corporativa según la cual los mercados competitivos sólo pueden funcionar adecuadamente si los agentes financieros implicados –desde los

---

los objetivos de una empresa, así como los medios para alcanzarlos, y se garantiza un seguimiento de los resultados obtenidos" (recogido por GÓMEZ-JARA DÍEZ en «Aproximación a la influencia del 'gobierno corporativo' sobre el Derecho penal económico», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 149-157; p. 151).

[263] En este sentido, ULRICH define la dirección (*management*) como "el diseño, control y desarrollo de sistemas sociales finales" (véase, «Management – A Missunderstood Societal Function», Ulrich y Probst (eds.), *Self-Organization and Management Social System. Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer-Verlag, Berlín, 1984, pp. 80-93; pp. 82 y ss., desarrollando ampliamente cada uno de los componentes de la definición y concluyendo que el control tiene su objetivo último en el elemento individual que ha de ser generado de cara a asegurar el *comportamiento* del sistema, y que "el control y el diseño de los sistemas sociales deben ser entendidas como actividades que tienen lugar en el transcurso del largo y nunca completo proceso de desarrollo del sistema (p. 86)). Sobre el deber de transparencia, dice PAZ-ARES que éste debe articularse "de forma escalonada, de manera que la información vaya diseminándose progresivamente" (en *InDret*, 2003-162, p. 24). Por su parte, BLACK, METZGER, O'BRIEN y MOO SHIN opinan, en relación con la transparencia y respecto a los auditores externos, que éstos "deberían revisar anualmente toda operación vinculada que no sea insignificante y facilitar a los accionistas un informe identificando toda operación significativa y confirmando que, según su leal saber y entender, todas las operaciones que tengan que someterse a la aprobación por los administradores no interesados de la sociedad y por los accionistas (…) han sido aprobados de este modo" (en «Corporate Governance in Korea at the Millennium: Enhancing International Competitiveness (Financial Report and Legal Reform Recommendations to the Ministry of Justice of the Republic of Korea)», *JCorpL*, 26, 2001, pp. 537-608; p. 600).

[264] Siguiendo a OLIVENCIA (véase, «Los Códigos de Buen Gobierno: valoración», *El Cronista*, 0, 2008, pp. 26-31; p. 26), pienso que la denominación más acertada podría ser, como propugnó Fernando LÁZARO CARRETER, la de «gobernanza», traducción más literal del vocablo inglés *governance*, cuyo sufijo «–anza» denota cualidad o modo. Así, gobernar es regir, administrar, dirigir; gobierno, acción de gobernar; y gobernanza, cualidad o modo de hacerlo. En España, a pesar de la mayor corrección del término «gobernanza», se ha generalizado el de «gobierno», calificado con el adjetivo apocopado «buen», sin que éste exprese una calificación moral.

consumidores hasta los inversores y los directivos– están bien informados de cara a evaluar con relativa precisión los productos que compiten[265].

§ 5. Como ya apunté al comienzo de este trabajo, los desastres financieros estadounidenses de comienzos del presente siglo se debieron a un deterioro colectivo de la moralidad comercial[266]. Casi veinte años después de la publicación del primer código de buen gobierno todavía existe un sector doctrinal con autoridad que reconoce un déficit de la moral comercial en el gobierno del mercado de la primera potencia económica mundial[267]. No obstante, no parece acertado argüir que la existencia de los códigos de buen gobierno traiga causa de dicho déficit moral, no al menos a aquél que aquejó al mercado estadounidense a comienzos del presente siglo, ya que el presunto déficit moral es anterior en el tiempo. Por otro lado, no es menos cierto que la eclosión pública de dichos escándalos requirió un periodo de incubación que se remonta a las dos últimas décadas del siglo pasado, justamente cuando compañías como Enron, WorldCom o Tyco multiplicaron su capitalización exponencialmente con base en estrategias económicas que inobservaban el buen hacer comercial y cuyos efectos de perversión de la confianza financiera no supieron controlar los garantes del mercado. De esta manera, si de puertas afuera la crisis lo fue de la *confianza* de los agentes del mercado, de puertas adentro lo fue, sin duda, de la *veracidad y transparencia de la información social*[268] y, por ende, de una determinada concepción de la *cultura gubernamental corporativa*. Aspectos y ópticas que a lo largo de este estudio serán tratados con el debido detenimiento.

§ 6. El correcto funcionamiento de un mercado de capitales como el actual, integrado en un proceso acelerado de globalización que atrae un volumen de capitales creciente en condiciones de gran incertidumbre exige la aplicación de una filosofía coherente de regulación o coordinación de la economía en torno a tres criterios o principios: (1) el de la *vigencia efectiva*

---

[265] Puede el lector practicar una introducción a la materia a través de BALDWIN y CAVE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999; concretamente, las pp. 9-17, y 125-137; asimismo, puede verse, HAYEK, «The Use of Knowledge in Society», *AmEcRev*, 35, 1945, pp. 519-530.

[266] Véase, el apartado I.1. § 8.

[267] Véanse, WIDEN, *BusLy*, 2003, pp. 961-963; COFFEE, *CornLRev*, 2003-2004, p. 269, y añade que dicho deterioro de la moralidad comercial se vio alimentado por una legislación excesivamente permisiva (véase el apartado II.3. § 2. de este estudio).

[268] En este sentido, ULRICH advierte que "la distribución de conocimiento a todos los elementos del sistema es el prerrequisito necesario para la creación de un sistema que se auto-controle, ya que, de lo contrario, el intento de controlar centralizadamente la economía está abocado al fracaso debido a la «incapacidad de conocimiento», en el sentido de que las agencias de control individuales no disponen del conocimiento necesario" (en *Self-Organization and Management Social System*, 1984, p. 86).

del imperio de la ley, (2) el de la *autorregulación de los mercados*, en el mayor grado posible, y (3) el de la *máxima transparencia*[269]. Las recientes dificultades que se han podido observar en los mercados de capitales se hallan relacionadas con el proceso de aprendizaje colectivo que acompaña al cambio del marco institucional de los mercados de capitales en su *evolución* hacia sistemas centrados en las bolsas de valores[270]. En este sentido, la Comisión Aldama percibe las debacles financieras estadounidenses de comienzos del presente siglo en el contexto de la normalidad económica relativa propia de la inestabilidad de un mercado en transición. No obstante, creo que no es sostenible el abandono de la realidad de una crisis financiera al caos del azar historicista que rige los movimientos «tectónico-sociales». Más aún, creo que una de las principales causas del acaecimiento de los desastres financieros en cuestión se debe a que, de manera generalizada, los agentes financieros –desde empleados hasta directivos, pasando por inversores, accionistas e incluso supervisores– han venido ignorando e inobservando en su actividad la normatividad inherente a la responsabilidad social corporativa[271], "a pesar de que la obligatoriedad de sus acciones concretas no se derive de la ley, sino de alguna forma de compromiso *voluntario*"[272].

---

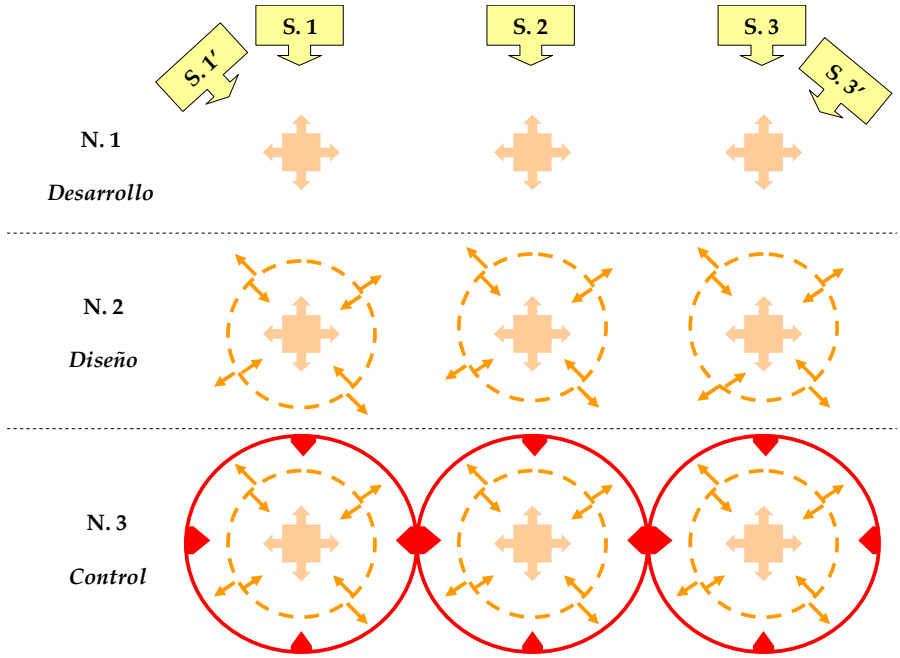
[269] Véase, «Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas», más conocido como «Informe Aldama», de 8 de enero de 2003, pp. 1-49; p. 7. Sobre éste, a modo introductorio, GARCÍA FERNÁNDEZ y SUÁREZ ÁLVAREZ, «Informe Aldama: el gobierno corporativo en la web», *Partida Doble*, 167, 2005, pp. 68-75, en el que los autores analizan el grado de cumplimiento de algunas de las recomendaciones recogidas en el Informe a partir del estudio del contenido publicado en los sitios web de un número de compañías españolas.

[270] Véase, «Informe Aldama», p. 8.

[271] Responsabilidad que tiene un contenido técnico-financiero, tanto por sus fines como por los recursos que emplean (véanse, entre otros, CARRASCO, «Ethics and Banking», *IAER*, 12, 2006, pp. 43-50; COWTON, «Integrity, responsibility and affinity: Three aspects of ethics in banking», *BusEthEurRev*, 11, 2002, pp. 393-400; ARGANDOÑA, *The Ethical Dimension of Financial Institutions and Markets*, Springer Verlag, Berlín, 1995).

[272] Véase, ARGANDOÑA, «¿Puede la responsabilidad social corporativa ayudar a entender la crisis financiera?», *IESE*, 790, 2009, pp. 1-26; p. 2. Asimismo, sobre las manifestaciones de la responsabilidad social coporativa desde la perspectiva de accionistas y de la propia empresa en el desarrollo sostenible, PERDIGUERO, *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Anagrama, Barcelona, 2003; concretamente, p. 179. También, O'RIORDAN y FAIRBRASS, «Corporate Social Responsibility (CSR): Models and theories in stakeholder dialogue», *JBusEth*, 83, 2008, pp. 745-758. Por su parte, DONSALDSON y PRESTON identifican hasta tres enfoques de la responsabilidad social corporativa, a saber: (1) *descriptivo* o explicativo de la responsabilidad directiva; (2) *instrumental*, concibiendo la responsabilidad como medio para la maximización de valor para el accionista; y (3) *normativa* o explicativa del comportamiento socialmente responsable (en «The Stakeholder theory of the corporation: Concepts, evidence, and implications», *AcManRev*, 20, 1995, pp. 65-91).

En este sentido, puede resultar de interés traer a colación el siguiente esquema de niveles y funciones de dirección, elaborado con base en el arrojado por ULRICH en su estudio sobre la función social de la dirección[273].



La diferenciación de niveles y funciones de dirección, tal y como la tabla deja entrever, implica la necesaria apertura operativa de los sistemas organizativo-empresariales, habida cuenta que no sólo existen puntos tangenciales en el nivel de control de sistemas contiguos –lo cual supone un primer síntoma de apertura–, sino que cabe pensar que el sentido que adopta el sistema en su nivel de desarrollo es asimismo potencialmente constitutivo de distintos niveles de diseño. Así, en el esquema propuesto, S.1 y S.1' son sistemas que comparten el nivel de desarrollo, mientras que la relación entre S.1 y S.2 es tangencial y únicamente en el nivel de control; asimismo, S.1 y S.3' comparten un mismo nivel de control, etc. En suma, lo que quiero constatar es la existencia de diferentes momentos de concurrencia intersistémica en un plano o nivel operativo[274].

§ 7. Cabe hablar de dos aspectos que explican tanto los más recientes desastres financieros internacionales como la aparición en Europa de los códigos de buen gobierno, a saber:

[273] Véase, *Self-Organization and Management Social System*, 1984, p. 87.

[274] Me detendré más extensamente en esta cuestión en los apartados IV.3.5. y IV.3.6. de este trabajo.

(1) La concepción generalizada y equivocada por parte de los garantes del equilibrio del mercado de la *moral como un límite frente a la libertad de pactos*[275].

> La coacción por parte de la comunidad política es lo que tradicionalmente ha caracterizado a la norma jurídica frente a la norma moral, de la que se rinde cuentas –en principio– ante uno mismo. No obstante, toda diferenciación es vaga, básica, si tenemos en cuenta que hablamos de saberes descriptivos de fronteras difusas que pretenden informarse en un sentido convergente. Los criterios de moralidad de las tradiciones filosóficas son enormemente complejos y van desde la negación hasta la afirmación con pretensiones de autonomía, pasando por la afirmación de heteronomía. No es objeto de este trabajo el estudio de la moral; sí lo es en cambio apercibir, en lo que a la moral comercial se refiere, acerca de los peligros que entraña una concepción obtusa del término que sirva a intereses exclusivamente económicos, como ha ocurrido en los aparatos de poder de varias de las grandes compañías de los EEUU durante las últimas dos décadas.

En el caso de la responsabilidad social corporativa, algunos autores consideran que nos hallamos ante una verdadera categoría moral[276], prospectiva, positiva y social[277], capaz de generar normas autónomas auto-obligatorias (*self-enforceable*), que no dependen de la existencia de una ley y del poder coactivo del Estado, o de una regulación social y de una justicia

[275] Este trabajo no puede detenerse en la disertación acerca de la moral y sus formas por obvias razones temporales y formativas. Baste saber, a efectos de lo que quiero transmitir, que de las tres primeras escuelas de negocios mejor cualificadas de los Estados Unidos en el año 2006 (Ross School of Business, de la Universidad de Michigan; Tuck School of Business, del Darmouth College; y la escuela de negocios de Carnegie Mellon University) de acuerdo con el ranking que anualmente publica el diario THE WALL STREET JOURNAL, ninguna incluía en su programa lectivo asignaturas dedicadas a la deontología de los negocios. Por el contrario, a nivel internacional dicho ranking sitúa en primer lugar a la escuela española ESADE, la primera escuela de negocios que ha incorporado la faceta humanística a sus programas docentes (para más información, véase THE WALL STREET JOURNAL, 20 de septiembre de 2006). También el IESE Business School de la Universidad de Navarra cuenta, desde 1999, con una Cátedra de Ética Empresarial y de los Negocios, cuyo primer titular fue Antonio ARGANDOÑA y que hoy dirige Domènec MELÉ.

[276] Habida cuenta que, siguiendo a SCALON, "decir que una persona es responsable (…) de una acción determinada es sólo decir que es adecuado tomarla como base de la valoración moral de esa persona" (en *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, p. 248). En la misma línea, OSHANA, «Ascriptions of responsibility», *AmPhilQ'y*, 34, 1997, pp. 71-83.

[277] Así se expresa ARGANDOÑA, *IESE*, 2009, p. 4, y sigue: "al menos en cuanto que adscribe a una persona o a algunas personas en particular, o, más probablemente, a una institución, la responsabilidad de evitar activamente el daño futuro a los seres humanos y a la naturaleza, o de hacer posibles determinadas condiciones futuras, tomando en el presente las medidas necesarias" (citando a su vez a DE VILLIERS, «Who will bear moral responsibility?», *Comm*, 28, 2002, pp. 16-21, p. 17).

retributiva y compensatoria[278] ejercida a través de un modelo de premio-castigo.

> En este contexto aclara OLIVENCIA que "cuando hablamos de códigos éticos quiere decir que no están establecidos mediante una ley, que no son legales, que no derivan de una norma jurídica que haga exigible o sancionable el incumplimiento del deber o de la obligación, sino que, aun no siendo exigible desde el punto de vista jurídico, la aplicación estricta de la norma se establece mediante una regla no jurídica y en ese sentido es ético"[279].

Sin embargo, debe evitarse el error de considerar normas éticas a las no legisladas, ya que la deontología profesional puede ser tanto ética como jurídica si a su inobservancia siguen, de acuerdo con su normativización, sanciones o medidas colegiadas. De esta manera, conviene aclarar que, si los códigos éticos y demás medidas internas de buen gobierno llevan consigo sanciones corporativas, formales o informales, entonces no cabe negarles una dimensión jurídica.

(2) La *incertidumbre* que lleva consigo el periodo de aprendizaje en el que el mercado mundial se halla inmerso como consecuencia del *cambio de los mercados de capitales hacia sistemas de bolsas de valores*[280].

Una maduración y expansión acelerada de los mercados suponía un grave problema para compañías que territorialmente no podían cubrir la demanda. Ello implicó que a finales de los años noventa del pasado siglo las compañías de mayor capitalización de los EEUU emprendieran la búsqueda de mercados alternativos apartados del proceso de creación. El papel, el acero o la banda ancha fueron las utilidades destino, y fue precisamente la conversión de Enron en plataforma virtual a través de la creación de *EnronOnLine* el acontecimiento que comenzó a ocasionar las primeras

---

[278] En estos términos, WATSON, «Two faces of responsibility», *Philosophical Topics*, 24, 1996, pp. 227-248; p. 243. En el mismo sentido, FISCHER, «Recent work on moral responsibility», *Ethics*, 110, 1999, pp. 93-139; p. 97. Por su parte, ZAMAGNI apunta que "la obligatoriedad de las normas (éticas) depende (…) de la constitución moral de los individuos (…) de la estructura de sus motivaciones internas, mucho antes que cualquier sistema exógeno que las haga cumplir" (en «The ethical anchoring of corporate social responsibility and the critique of CSR», comunicación presentada a la *6th International Conference on Catholic Social Thought and Management Education*, celebrada en Roma los días 5 a 7 de octubre de 2006, pp. 1-12; p. 9).

[279] Véase, *El Cronista*, 2008, p. 10. En su discurso declara que "el juicio moral es siempre *lo bueno y lo malo*, mientras que el juicio jurídico es *lo legal o lo ilegal*, lo que se adapta o respeta la norma establecida en la ley". Esta afirmación es cuestionable por reduccionista, ya que el juicio jurídico implica necesariamente un posicionamiento subjetivo extra-legal (anterior incluso a la ley) acerca de lo justo en cada caso, que lleva consigo un juicio moral acerca de la bondad o maldad de los actos sometidos a juicio.

[280] Véase el apartado I.2.3. § 6. de este trabajo, en el que me referí a las causas de la caída de Enron.

pérdidas significativas para la compañía[281]. A través de este ejemplo quiero poner de manifiesto que parece razonable pensar que la repentina y masiva aparición de nuevas formas de *utilidades intangibles* en las últimas dos décadas pudo contribuir a generar un contexto de incertidumbre entre los agentes del mercado, que no supieron administrar una realidad de la que, pienso, no llegaron a tener una plena conciencia[282]. Creyeron que los nuevos adelantos permitían soslayar el riesgo de la actividad a corto plazo, y han acabado convirtiéndose en deudores del sistema.

En un contexto como el descrito, y a la espera de la confirmación de la adaptación de los agentes económicos al nuevo sistema de valores, cabe concluir que la práctica del comercio se ha convertido en una actividad confesional que ejercen agentes escépticos.

Veámos, a continuación, cuál es el lugar que ocupan en el escenario corporativo anteriormente descrito los códigos éticos de buen gobierno.

III.2.1. El Informe Cadbury y la naturaleza de los códigos de buen gobierno.-

§ 1. En mayo de 1991 se creó un Comité en el Reino Unido compuesto por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la Profesión Contable, presidido por Sir Adrian CADBURY, con el fin de estudiar –en abstracto– los «aspectos financieros y de control de las sociedades»[283]. En él se abordaron asuntos tan relevantes como la organización y la responsabilidad de los administradores, los derechos y las obligaciones de los accionistas y la regulación de las auditorías y de la profesión contable[284].

---

[281] Véase el apartado I.1. § 2. de este trabajo.

[282] Manejaban una razón ilustrada investida de pragmatismo eufórico que primero HORKHEIMER y luego ADORNO denunciaron como instrumentos viciados para un acceso a la verdad racional (el primero en *Crítica de la razón instrumental*, Dykinson, Madrid, 2002; y ambos en *La sociedad. Lecciones de Sociología*, Proteo, Buenos Aires, 1960).

[283] La crisis bursátil de octubre de 1987 y los escándalos de 1990 derivados de la quiebra del Bank of Credit & Commerce International (BCCI) por actuaciones delictivas de blanqueo, narcotráfico y otras son, en opinión de GARCÍA DE LA RASILLA Y PINEDA, la causa de la reflexión sobre el gobierno corporativo o *corporate governance* que dio lugar al famoso Informe Cadbury (en «La administración de las grandes sociedades cotizadas en bolsa», *AF*, 90, 2003, pp. 31-40; pp. 32-33). Un análisis sobre el contexto y las disposiciones del Informe en cuestión puede verse en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Códigos de conducta y administración de sociedades», *Responsabilidad de Consejos y Altos Cargos de Sociedades de Capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 319-339.

[284] En España fue publicado en el *Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas (BOICAC)*, el 18 de septiembre de 1994, pp. 93-139.

> Concretamente, los puntos a los que debían referirse las recomendaciones del Comité eran los siguientes: (1) la responsabilidad de los directores ejecutivos y no ejecutivos por la revisión e información acerca de la actividad a accionistas y a otras partes interesadas –así como la frecuencia, claridad y forma en que dicha información debía ser proporcionada–; (2) la composición y el papel de los comités de auditoría; (3) las principales responsabilidades de los auditores y el alcance y valor de la auditoría; (4) las conexiones entre accionistas, juntas y auditores; y (5) cualquier otro asunto relevante.

La razón por la que las tres entidades patrocinadoras decidieron considerar estos puntos fue la creciente preocupación por la fidelidad de los informes y la contabilidad de las compañías del Reino Unido[285]. Este hecho erosionó la confianza en las prácticas contables y la reputación de Londres como centro financiero. El Comité tenía por misión estudiar la situación existente y regular a través de un código deontológico la actividad financiera y contable de las sociedades. El fin de un instrumento de estas características era, como establece el informe del Comité, "fijar el nivel que tienen que alcanzar todas las sociedades cotizadas"[286]. No pretendía, por lo tanto, alzarse en norma vinculante, sino en *horizonte de proceder óptimo* para las sociedades. Todo ello, obsérvese, más de diez años antes de la revelación del caso Enron.

§ 2. La premisa habilitante de los mandatos del Informe Cadbury y, por ende, de los códigos de buen gobierno posteriores, es el concepto de «gobierno corporativo». En 1999 el World Bank Group declaraba que "el gobierno corporativo ha emergido recientemente como una disciplina independiente, si bien las hebras de política económica que abarca se remontan a través de los siglos"[287]. En la misma línea, CADBURY asegura que estamos ante un concepto "con un linaje que se remonta a Chaucer", que "se refiere tanto a la acción como al método y se utiliza en referencia a las sociedades"[288]. El Comité que CADBURY presidió en 1992 para la aprobación

---

[285] Como ha apuntado el propio CADBURY, "el colapso de compañías como Coloroll y Polly Peck, cuyas contabilidades anteriores al desastre arrojaban serias dudas acerca de la veracidad de sus estados financieros llevó a dudar acerca de la confianza depositable en informes y declaraciones de auditoría" (en *Corporate Governance and Chairmanship. A personal View*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 11).

[286] Véase, «Informe Cadbury», p. 95.

[287] Recogido por ISKANDER y CHAMLOU en *Corporate Governance: A Framework for Implementation*, The World Bank, Washington D. C. 2000, p. 2.

[288] Véase, *Corporate Governance and Chairmanship*, 2002, p. 1. En la literatura española, PAZ-ARES añade, a mi entender con acierto, que la composición de cualquier sistema de gobierno corporativo consiste en una batería heterogénea de instrumentos de salvaguardia y supervisión "cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* (…) y los intereses de los *outsiders*" (en *InDret*, 2003-162, p. 3); seguidamente, enumera y clasifica temporalmente en función de su aparición aquéllos instrumentos que considera de mayor importancia, los cuales reproduzco en la tabla que sigue:

de un código ético de buen gobierno adoptó como definición de gobierno corporativo *el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas*. DEMB y NEUBAUER, por su parte, lo definen como "el proceso por el cual las corporaciones son declaradas responsables de los derechos y deseos de sus accionistas"[289], lo cual, paradójicamente, limita el alcance del concepto a la fase de constitución corporativa. Aunque CADBURY estima útil la palabra «proceso» en la definición de gobierno corporativo, por cuanto enfatiza la naturaleza cambiante de las expectativas que las juntas de gobierno se ven conminadas a afrontar, discrepo de DEMB y NEUBAUER al respecto. Éstos asumen una acepción vacua del término cuyo intento de dinamismo se traduce en la inaplicabilidad del concepto en un escenario posterior al de la constitución societaria, que es, precisamente, cuando el término debe

1ª fase (de desarrollo)	(i) Consejos de administración.
	(ii) Opas y mecanismos de lucha para la obtención de delegaciones de votos.
2ª fase (intermedia)	(iii) Contratos de incentivos (reconciliación de intereses de *managers* e inversores).
	(iv) Bloques de control (concentración de la propiedad y centralización del control en accionistas de referencia).
3ª fase (última generación)	(v) Activismo de los fondos (reposicionamiento de inversores institucionales como fuerzas proactivas en los foros de accionistas).
	(vi) Deberes fiduciarios (implantación de un sistema de responsabilidad de los administradores y definición de sus deberes fiduciarios)

Distinta a esta perspectiva clásica del gobierno corporativo es la que pretende alinear los intereses del actor corporativo en cuanto entidad con el resto de los intereses en juego (véase, por todos, TEUBNER, «Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 149-177).

[289] Véase, *The Corporate Board: Confronting the Paradoxes*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 187. En sentido similar, FARRANDO MIGUEL, «Una aproximación al 'Buen Gobierno' de las sociedades anónimas abiertas», *RDS*, 26, 2006, pp. 157-202 (ofreciendo hasta cuatro aproximaciones al concepto en las pp. 158 y 161-166), quien concibe el «gobierno corporativo» como conjunto de recursos jurídicos destinados a solucionar los denominados «*agency problems*» o conflictos de interés entre los distintos grupos en una sociedad derivados de lazos de dependencia económica (véase, sobre la «*agency theory*», JENSEN, «Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory», *JACF*, 7, 1994, pp. 40-45). También puede consultarse la definición económica que apunta a la búsqueda de una adecuada distribución de las rentas derivadas de la inversion en las sociedades como núcleo del «*corporate governance*», en ZINGALES, «Corporate Governance», Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Stockton Press, Nueva York, 1998, pp. 497-503; pp. 497-498. O la definición netamente social, centrada en las relaciones entre la sociedad y los terceros, en HOPT, «Common Principles of Corporate Governance in Europe?», McCahery *et al* (eds.), *Corporate Governance Regimes. Convergence and Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 175-204; p. 176.

alcanzar su máxima expresión. Es tautológico calificar a un gobierno, del tipo que sea, de «proceso». Por otro lado, todo proceso implica una transición del sometido, de suerte que su *statu quo* antes y después –finalizado el sometimiento– no será el mismo. Pues bien, no es esto lo propio exclusivo, entiendo, del gobierno de las corporaciones[290]. Otros autores, en cambio, han definido el concepto en sentido amplio como aquél "sistema por el cual los negocios corporativos son dirigidos y controlados y donde se establecen derechos y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa"[291].

§ 3. El debate en torno al gobierno corporativo en la última década del s. XX centró su atención en el divorcio cada vez más extendido entre la propiedad de las compañías y su dirección y gestión[292]. Las consecuencias de dicho «divorcio» fueron estudiadas por BERLE y MEANS, quienes defendían que la separación entre la propiedad y la dirección y gestión de sociedades había desembocado en la indefensión de los accionistas, incapaces de ejercitar ninguna forma de control efectivo sobre las juntas directivas, teóricamente elegidas por ellos para representar sus intereses[293]. Pero la tesis de los autores citados iba más allá y pronosticaba un futuro próximo en el que

[290] Acerca de los orígenes del concepto moderno de gobierno, véase KEAY, *The Honourable Company*, Harper Collins, Londres, 1993, pp. 14 y ss., para quien la responsabilidad de una corporación y la de sus altos mandatarios con respecto a los derechos y deseos de sus accionistas no debe ser concebida como un escalamiento que culmina en una ocupación compatible con el gobierno; antes bien, ha de ser la especial posición de responsabilidad de un ente con respecto a un grupo la que informe a favor del primero el gobierno y la dirección de dicho grupo. La especial responsabilidad consentida, en último término, se convierte en poderdante de gobierno, entendido este como una culminación estable y no ya como un proceso.

[291] Así, CARBAJALES, «Hacia un buen gobierno corporativo», *AF*, 90, 2003, pp. 89-98; p. 89. Esta es la concepción que parece haber sido adoptada por la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD), según la cual el gobierno corporativo, concebido como «democracia de los accionistas», trata de los caminos por los cuales quienes proveen financiación a las empresas se aseguran de obtener el retorno de sus inversiones (véase su informe de abril de 1999).

[292] Sobre este punto me he pronunciado ya en el apartado I.2.4. §§ 3. y 4. de este estudio. En la literatura española, al respecto, SUÁREZ SUÁREZ, «De la *Corporate Governance* o el Gobierno de la Gran Empresa Moderna», *AF*, 90, 2003, pp. 113-120, para quien el término tiene su origen en un problema de agencia, a saber, "la separación entre la propiedad y la gestión de los elementos productivos de la gran empresa moderna", y se refiere al "proceso de rendición de cuentas de los directivos o ejecutivos de las grandes empresas a sus verdaderos dueños: los accionistas" (p. 114). Asimismo, puede verse SALAS FUMÁS, «Los Deberes de los Administradores en el Buen Gobierno», *AF*, 90, 2003, pp. 11-20; pp. 14-16.

[293] Insistiendo en la necesidad de una infraestructura mínima de control administrativo (interno) de cara a hacer viable la implantación de un sistema contable veraz, SUÁREZ SUÁREZ, *AF*, 2003, p. 119 (conclusión novena).

el poder acumulado de corporaciones en constante crecimiento podría llegar a competir con el del Estado[294]. Cosa que, en términos relativos, ocurrió en el caso de Enron; no tanto a la compañía como a su gobierno «visionario».

§ 4. Volviendo a los códigos de buen gobierno, es necesario destacar que, aparte la estimulación de la inversión y la eficiencia corporativas, el mayor hito del Informe Cadbury consistió en haber inspirado a otros países en la creación de nuevos cuerpos normativos éticos de gobierno corporativo[295]. La clave de la aceptación de la codificación radica, según CADBURY, además de en la certeza que proporciona, en que "importantes aspectos del gobierno corporativo no son fácilmente reductibles a normas legalmente imponibles"[296]. Sin embargo, cabe aceptar la existencia de dos grandes fuerzas rectoras del gobierno corporativo. Estas son, en primer lugar, las *fuerzas del mercado*, conducidas por inversores, y las expectativas de la sociedad. Y, en segundo lugar, las *fuerzas reguladoras* de un género u otro, emitidas por autoridades nacionales e internacionales. Estas últimas son fácilmente reconocibles porque su forma es precisa y son el producto de un proceso predecible[297]. En ellas se encuadran los códigos de buen gobierno, los cuales, a pesar del alto grado de consenso teórico alcanzado, no han sabido hasta la fecha inspirar un giro en el comportamiento directivo de las grandes compañías europeas[298].

---

[294] Véase, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Braze & World, Nueva York, 1932. Aunque los autores de este trabajo son considerados autoridades en materia de separación entre la propiedad y la dirección y gestión de empresas, cuatro años antes de que su estudio viera la luz BENN había publicado ya la investigación *Liberal Industrial Inquiry* de 1926-1928, la cual había llegado a idénticas conclusiones: "durante los últimos cincuenta años la empresa privada ha estado procurando resolver por sí misma el problema esencial que los socialistas trataron de resolver en su momento, a saber, cómo establecer un sistema de producción eficiente en el que la dirección y la responsabilidad estén en manos distintas de aquellas que proporcionan el capital, corren el riesgo y cosechan el beneficio" (véase, *Britain´s Industrial Future: Being the Report of the Liberal Industrial Inquiry*, E. Benn, Ltd. Londres, 1928, p. 100).

[295] Véase, «Los Códigos de Buen Gobierno: la experiencia británica», *AF*, 90, 2003, pp. 73-80.

[296] Véase, *Corporate Governance and Chairmanship*, 2002, p. 28.

[297] Véase SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, «Contabilidad, transparencia y gobierno corporativo», *AF*, 90, 2003, pp. 21-30; pp. 22 y 23, haciendo especial referencia al caso Enron.

[298] De ahí que el Parlamento del Reino Unido promulgara, en noviembre de 2006, la Fraud Act, de aplicación en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte desde el 15 de enero de 2007. De dicha ley, consistente en un total de once artículos y cinco disposiciones adicionales, cabe destacar la descripción comisiva tripartita del fraude que aportan sus arts. 2 (falsedad en las declaraciones), 3 (incumplimiento del deber de revelación de la información) y 4 (abuso de posición), así como la figura fraudulenta de «obtención de servicios deshonestos» que inaugura el art. 11. Además, la disposición adicional primera de

III.2.2. El «Código Olivencia» y el buen gobierno en España.-

§ 1. En España, tres textos merecen ser valorados, adoptados todos ellos en menos de una década: (1) el *Gobierno de las Sociedades*, conocido como «Informe» y/o «Código Olivencia», de 28 de febrero de 1998; (2) el *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas*, fechado en 8 de enero de 2003 y conocido como «Informe Aldama»; y (3) el *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, aprobado por el Consejo de la CNMV el día 22 de mayo de 2006, conocido como «Código Conthe», o CUBG[299].

La coincidencia esencial de estos tres textos, además del hecho de que cada uno se halla referido y viene a valorar y completar el/los anterior/es, es la peculiar característica de su *origen gubernamental*, dimanante de acuerdos del Consejo de Ministros (de 28 de febrero de 1997, 19 de julio de 2002 y 29 de julio de 2005, respectivamente). Ello los diferencia del resto de códigos de buen gobierno, cuya iniciativa suele ser corporativa, por parte de los profesionales de los mercados. Lo cual no significa, vaya por delante, que en el caso español nos hallemos ante una elaboración *pública* de dichos textos.

§ 2. En lo que se refiere al Código Olivencia, es preciso advertir que se halla presidido por el principio esencial de la adhesión voluntaria –con sujeción a la máxima «cumplir o explicar»–[300], cuya expresión escrita es la formulación literal de las recomendaciones, consistente en que las sociedades destinatarias «tomen en consideración» las medidas enunciadas en el Código,

---

la ley incorpora una cláusula de atribución de responsabilidad a los administradores de una sociedad similar a la que prevé el art. 31 de nuestro CP. Por último, merece mención la diferencia en la cuantía de las penas privativas de libertad previstas en la Fraud Act en comparación con las que impone la SOx para una misma conducta típica. Así, mientras la SOx castiga la falsedad documental con una pena privativa de libertad no superior a 20 años de prisión, la Fraud Act prevé una pena máxima de 10 años para el mismo delito, circunstancia que, una vez más, pone de manifiesto la falta de criterio que inspiró la concepción de la SOx.

[299] En este punto, GÓMEZ-JARA DÍEZ declara que "el futuro seguimiento que harán las empresas respecto de las 58 recomendaciones contenidas en el Código Unificado constituye todavía una incógnita", si bien, "en general, se considera que será mayor que el que se ha dispensado hasta ahora de las recomendaciones existentes" (en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, 2008, p. 152).

[300] Véase sobre la observación de esta exigencia en la SOx el apartado II.1. § 10. de este estudio, relativo a la sección 406 de la ley.

redactadas a tal efecto en forma de oración subordinada y en subjuntivo, modo verbal que expresa posibilidad condicionada[301].

El propio OLIVENCIA sentencia, con gran atino, que "en realidad, las recomendaciones, por ser voluntarias, no se cumplen, porque no se incumplen, sino que se siguen o no"[302]. Así es, y cabe añadir que el verbo original en lengua inglesa empleado en esta fórmula, «*to comply* (*with*)», más bien significa ajustar(se), respetar, observar, que dar cumplimiento a una norma o a una obligación.

Recomendaciones del Código Olivencia[303]
• Separación de la gestión y la propiedad de la empresa, proponiendo la conveniencia de incorporar al Consejo de Administración una mayoría de consejeros independientes, no vinculados a la dirección de la empresa o a los vínculos accionariales de control, y que acceden al cargo por ser profesionales con experiencia y prestigio profesional. • La misión de los consejeros se basa en defender los intereses de la sociedad fomentando la toma de decisiones que mejores la gestión de la empresa. • Se contempla la creación de las llamadas «comisiones delegadas de control», que deberán garantizar la función de supervisión del órgano de control. Estas comisiones están compuestas por consejeros externos y serían: (a) de auditoría, (b) de nombramientos, y (c) de retribuciones. • Se recomienda un único mandato de cuatro o cinco años.

[301] Frente a un posicionamiento, dominante fundamentalmente en el ámbito estadounidense, favorable a un modelo de autorregulación en sentido estricto, exento de un aparato sancionador y cercano al sistema de recomendaciones, una tendencia opuesta se ha venido desarrollando en el viejo continente según la cual la autorregulación pura o *soft law* no garantiza el buen gobierno de las sociedades sin la necesaria intervención estatal (*heterorregulación*). A un tiempo, una postura intermedia a la que se ha llamado *regulación de la autorregulación* o *heterorregulación* opta por un mecanismo de recomendaciones en el que aquéllas corporaciones que deciden no seguirlas deben justificar por qué no lo hacen. A la segunda corriente se adscribe, por todos, OLCESE SANTOJA, *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 225 y ss. A la postura intermedia, entre otros, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 140 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 262 y ss.

[302] Véase, *El Cronista*, 2008, p. 29.

[303] El lector puede encontrar un catálogo comentado con las veintitrés recomendaciones que conforman el Código en GÓMEZ ANSÓN y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La experiencia del Código Olivencia», *AF*, 90, 2003, pp. 63-71, anexo I (p. 71). El resultado de la investigación de los autores sugiere, a modo de conclusión, que las recomendaciones del Código son adoptadas principalmente por sociedades cuyo capital flotante es elevado y que carecen de accionistas mayoritarios. Asimismo, las empresas declaran seguir aproximadamente un 80% de las recomendaciones y son más reticentes a adoptar la núm. 13, relativa al establecimiento de una edad límite para el desempacho de un cargo de consejero (pp. 65 y 66).

• Se sugiere que ningún consejero forme parte de más de tres consejos de administración, y se recomienda el retiro de los consejeros a los sesenta y cinco-setenta años.

Pues bien, todas estas «buenas intenciones» se resumen en veintitrés «consideraciones generales» o «recomendaciones», que son las que engrosan el Código Olivencia, propiamente. La cuestión es que todas y cada una de las recomendaciones tanto de éste como de otros códigos padecen una de las dos causas de esterilidad que paso a enumerar: (1) o bien se trata de formulaciones abstractas[304] de lirismo ético indescifrable en la praxis empresarial –como es el caso de la misión de los consejeros de defender los intereses generales de la sociedad[305]–; (2) o, en el otro extremo, en aquéllos casos evidentes y fácilmente concebibles desde una perspectiva práctica, hay que admitir en cambio que resultan sencillamente irrazonables. Basta una lectura de la recomendación relativa al retiro de los consejeros a la edad de setenta para entender a qué me refiero[306].

Pues bien, esta clase de medidas son las que suele motivar la duración excesiva de una reunión o la falta de ideas y criterio –o ambas cosas–, y sirven para engrosar una tabla de mandatos de manera visible y ostentosa, ya que es un hecho social demostrado que los enunciados normativos que contienen cifras o números resultan más atractivos y aprehensibles a la atención de su destinatario. Sin embargo, recomendaciones de esta naturaleza despistan el fin último –y primero, o único– de los códigos de buen gobierno, cual es la promoción de un comportamiento corporativo cívico-empresarial.

A continuación, y antes de entrar a analizar el Informe Aldama, me permito poner a disposición del lector una tabla-resumen del grado de cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia entre los años

[304] La abstracción deriva del principio de generalidad que informa las reglas y recomendaciones contenidas en los códigos (véase, por ejemplo, «Código Conthe», p. 5).

[305] La crítica no es gratuita, ya que la proliferación de esta clase de recomendaciones convierte los Códigos en «recomendaciones en blanco» sin texto reglamentario o normativo de remisión. O, lo que es lo mismo, en instrumentos viciados en sus principios, de manera que cabe pensar que no es la ausencia de un aparato sancionador o de coacción lo que explica la inobservancia habitual de los Códigos, sino su condición inaplicable, que ha de ser reformulada con el frescor de la claridad práctica, y no desde la formulación abstracta de máximas. Un ejemplo evidente es la recomendación núm. 12 del citado Código Olivencia: "que las sociedades incluyan en su normativa la obligación de los consejeros de dimitir en supuestos que puedan afectar negativamente al funcionamiento del Consejo o al crédito y reputación de la sociedad", no haciendo referencia a cuáles pueden ser esos supuestos.

[306] Recomendación núm. 13: "Que se establezca una edad límite para el desempeño del cargo de consejero, que podría ser de sesenta y cinco a setenta años para los consejeros ejecutivos y el Presidente, y algo más flexible para el resto de los miembros".

1999 y 2001, elaborado a partir de las encuestas realizadas y publicadas por la CNMV:

Año	Recomendación (% cumplimiento)											
	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	9ª	10ª	11ª	12ª
1999	90	90	74	81	90	97	65	52	90	90	77	87
2000	94	94	71	81	87	90	68	61	90	94	77	84
2001	94	94	74	84	87	90	81	61	87	90	74	84
Año	**Recomendación (% cumplimiento)**											
	13ª	14ª	15ª	16ª	17ª	18ª	19ª	20ª	21ª	22ª	23ª	**Total**
1999	55	90	55	87	87	90	84	87	81	100	100	**81**
2000	55	90	55	87	87	94	94	94	87	97	100	**82**
2001	52	90	58	87	84	90	97	84	87	100	100	**82**

Obsérvese cómo la segunda recomendación con más elevado porcentaje de cumplimiento (después de la núm. 23) es, curiosamente, la relativa al deber de los administradores de evitar en la medida de lo posible que las cuentas por ellos formuladas se presenten a la Junta General con reservas y salvedades en el informe de auditoría, así como de explicar con claridad a los accionistas y a los mercados, cuando ello no sea posible, el contenido y alcance de las discrepancias (núm. 22).

§ 3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 confirió a la Comisión Aldama un mandato diferente al que correspondiera a la Comisión Olivencia. Se solicitaba, *grosso modo*, que orientase los fines de su actividad en torno a tres misiones o cometidos fundamentales, a saber: (1) informar sobre el grado de observancia del Código Olivencia; (2) dar mayor protección y seguridad a los accionistas e inversores, teniendo en cuenta las relaciones entre las sociedades emisoras de valores y las personas físicas y jurídicas que les prestan sus servicios profesionales; y (3) aumentar la transparencia de los mercados.

Además, es oportuno recordar que el Acuerdo ministerial de remisión no excluyó las recomendaciones al legislador ni las relativas a otros órganos y relaciones. Así, aunque la Comisión Aldama declaró su falta de competencia para legislar, regular o proponer disposiciones legales, lo cierto

es que sus advertencias finales contienen verdaderas propuestas legislativas que, sea dicho, el legislador español acogió con prontitud.

> Así, la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas, expresaba en su Exposición de Motivos que "se recogen las recomendaciones formuladas por la Comisión Especial, con respeto al principio de autorregulación"[307].

Por su parte, OLIVENCIA critica duramente el Informe Aldama, al que califica de "conjunto amorfo, difícil de comparar con su precedente". Acusa la carencia de un orden sistemático en la formulación de recomendaciones en el Informe Aldama, y recuerda que la misión que le fue encomendada a la CNMV por Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, consistía en la elaboración de un documento único sobre gobierno corporativo que refundiera las recomendaciones existentes, a efectos de informar acerca de su grado de seguimiento.

§ 4. Mi postura es escéptica respecto a la eficacia de los códigos de buen gobierno tal y como actualmente se hallan configurados[308]. No obstante, encuentro su mayor *fracaso* en la no consecución de un fin que, por otro lado, nunca se halló entre los que de manera realista aspiraran a

[307] A través del artículo primero de la Ley de Transparencia se añade un Título X a la LMV, cuyo Capítulo II trata «De los órganos sociales», su art. 113 obliga a las sociedades cotizadas a "aprobar un reglamento específico para la junta general", que será objeto de comunicación a la CNMV y de inscripción en el Registro Mercantil, y el art. 115, a que el Consejo de Administración dicte "un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio Consejo", objeto de idénticas comunicación e inscripción. Asimismo, el Capítulo IV del nuevo Título de la LMV trata «De la información societaria», y su art. 116 («Del informe anual del gobierno corporativo») hace obligatoria para las sociedades cotizadas su publicidad y su comunicación a la CNMV. El apartado 4 de este artículo, al fijar el contenido mínimo del informe, incluye *sub* f) la siguiente mención: «Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones». Adquiere así un especial rango normativo la recomendación núm. 23 del Código Olivencia, reproducida en el Informe Aldama bajo el principio «cumplir o explicar» (véase el apartado II.2.3. del Informe en cuestión). Sobre la ley en cuestión, véanse extensamente MATEU DE ROS CEREZO, *La Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley del mercado de valores y de la Ley de sociedades anónimas*, Aranzadi, Pamplona, 2004; DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

[308] Véase, GÓMEZ ANSÓN y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *AF*, 2003, pp. 63 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA COTO y BLANCO DIEGO, «Códigos de Buen Gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España», *AF*, 90, 2003, pp. 49-62, practicando una exégesis detenida de las seis secciones que engrosan el Informe Aldama (pp. 54-58).

conseguir, como es la adscripción y el seguimiento exitoso y constante de sus disposiciones por parte de cada estructura societaria interviniente en el mercado con vocación de permanencia. Y es que, tal vez el mayor defecto de los códigos de buen gobierno, algo que no cabe achacarles, es ser, precisamente, códigos de buen gobierno, carentes de una coactividad material que permita la imposición legal de sus recomendaciones. Tal vez, como argumentaré más adelante en este estudio, corresponda a otro orden necesariamente comunicado con éste en un plano operativo la articulación de un instrumental coactivo que actualice la vigencia de los mandatos recogidos en los códigos de buen gobierno en cuanto formulaciones máximas de la autorregulación corporativa.

De esta manera, es oportuno poner de manifiesto que ha sido ya ampliamente demostrada la relación de proporcionalidad directa existente entre la asunción de prácticas institucionalizadas de buen gobierno corporativo y el valor de una corporación –incluso en términos de capital social–, sobre todo en los mercados emergentes[309].

III.3. La cláusula de honorabilidad como presupuesto para el ejercicio de profesiones financieras.-

§ 1. Vaya por delante, llegados a este punto, que la exigencia social respecto a la práctica empresarial no lo es sólo de transparencia –primer ámbito de tutela del gobierno corporativo–, sino también, y sobre todo, de «buen hacer» en sentido amplio[310]. Más aún teniendo en cuenta que los sistemas económicos de las sociedades postindustriales ofrecen, cada vez con mayor flagrancia, la posibilidad fáctica de obrar dentro de la legalidad material establecida desde la práctica de una ética profesional cuanto menos

[309] Un estudio llevado a cabo por Baker & McKinsey entre 200 inversores institucionales con más de tres billones de euros bajo gestión destacó que el 85% de estos daba una mayor importancia a las prácticas de buen gobierno que a los datos financieros en el desarrollo de su gestión global hasta el punto de que el grupo de inversores encuestado estaba dispuesto a pagar de media una prima de entre el 12 y el 38% por una compañía con buenas prácticas de gobierno corporativo (recogido por DE ORDUÑA y VIÑOLAS, «Gobierno corporativo y valoración de empresas», *AF*, 90, 2003, pp. 81-87; pp. 82-83). En este sentido, LOMBARDO y PAGANO ofrecen una cuantificación estricta de la relación entre el gobierno corporativo y el coste de capital en su trabajo «Legal Determinants of the Return on Equity», *CSEF*, 24, 2000, pp. 1-52; pp. 29-30.

[310] Sobre las áreas de influencia del concepto «gobierno corporativo» desde sus orígenes en la década de los años noventa del pasado siglo, véase, FERRANDO MIGUEL, «Una aproximación al 'Buen Gobierno' de las sociedades anónimas abiertas», *RDS*, 26, 2007, pp. 157-202; y, más extensamente, OLCESE SANTOJA, *Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

cuestionable y en muchos casos reprochable. Con otras palabras: a menudo los límites éticos y los jurídicos se hallan tan desalineados que son abundantes las conductas poco éticas pero jurídico-legalmente aprobadas. Lo cual, en opinión de algunos autores, podría haber constituido en gran medida el *shock* exógeno motivador de la última crisis financiera[311].

§ 2. No obstante, es incuestionable que, si bien existe un problema ético de fondo, han sido dos aspectos del gobierno corporativo los que se han visto especialmente dañados y han llevado a la situación de crisis financiera actual. La regulación y la supervisión, en lo que atañe tanto a agentes como a estructuras o instituciones en cada caso. Los sistemas de regulación facilitaron la gestación de condiciones que hicieron posibles las oportunidades extraordinarias de beneficio; y los agentes encargados del control no acertaron a impedir las conductas en exceso arriesgadas –legales o no– o fraudulentas[312].

§ 3. En atención a lo expuesto hasta el momento, y teniendo en cuenta que se trata mediante la presente de elevar propuestas doctrinales idóneas o cuanto menos hábiles de cara a soslayar los escollos analizados, propongo a continuación la rehabilitación de un instrumento jurídico originario del orden mercantil y en relativo desuso en los últimos tiempos, como es la «cláusula de honorabilidad para el ejercicio de profesiones financieras», la cual entiendo debería integrar el contenido de las recomendaciones recogidas en los códigos de buen gobierno.

---

[311] Así, KINDLEBERGER, *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crises*, Basic Books, Nueva York, 1989, pp. 34 y ss.; pueden verse también, MINSKY, «The Financial Instability Hypothesis: Capitalist Process and the Behavior of the Eonomy», Kindleberger y Laffogue (eds.), *Financial Crises: Theory, History and Policy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1982, pp. 13-39; ID., *Can 'it' happen again?: essays on instability and finance*, Sharpe, Nueva York, 1984; y, más recientemente, ID., *Stabilizing an unstable economy*, McGraw-Hill, Nueva York, 2008. Sobre la denuncia de los fallos éticos que envuelven los episodios de auge y crisis financiera puede el lector acudir, a título meramente ilustrativo, a BOGLE, «The depth and breadth of the financial scandals», *Challenge*, 49, 2006, pp. 23-32.

[312] En este sentido, apuntan CROTTY y EPSTEIN que el incentivo perverso más patente es el que indujo a "personal clave en prácticamente todas las instituciones financieras importantes (…) a asumir excesivos riesgos" (en «Proposals for Effectively Regulating the U.S. Financial System to Avoid Yet Another Meltdown», *Working Paper of the Department of Economics and Political Economy Research Institute of the University of Massachusets*, 181, 2008, pp. 1-16; p. 4).

III.3.1. Origen del término.-

§ 1. De la voz «honorabilidad» dice el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que es la «cualidad de la persona honorable», entendiendo por tal lo digno de «ser honrado y acatado». Honorabilidad como sustantivo derivado del adjetivo honorable. Así es admitida la voz por la RAE en 1913, como un americanismo; su uso en América latina es anterior al que consta en España[313].

> La procedencia francesa del término puede ser confirmada, pues desde 1265 se tiene constancia de la expresión *onorableté*, que fue utilizada hasta el s. XVI. Será en el s. XIX cuando la palabra, con su actual ortografía, vuelva a ser utilizada frecuentemente, apareciendo allí su uso mucho más explícitamente que en nuestra lengua para designar la «cualidad de una persona debida a que su conducta es conforme a la norma moral socialmente establecida», o como «buena reputación»[314], o la «*honorabilité d'un commerçant*». Junto a esta acepción francesa, hay otra más cercana a nuestra tradición. Ya en el s. XIV, el término honorable es empleado en la lengua catalana como tratamiento que se otorga a consejeros, jueces, juristas, notarios, caballeros o eclesiásticos, siglos antes de que sea utilizado como atributo protocolario del Presidente de la Generalitat de Cataluña.

§ 2. Los aspectos relacionados con la honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras tienen su origen en las Directivas Comunitarias que regulan, entre otras y sobre todo, la actividad de seguros[315]. En la doctrina española fueron apuntados e ilustrados inauguralmente en 1993 por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER[316], quien, crítico, sugiere que la progresiva mundialización de nuestras sociedades y unas relaciones profesionales cada vez más despersonalizadas están convirtiendo al ciudadano en una suerte de *paciente forastero* que confía en que los poderes públicos garanticen la idoneidad del prestador de servicios como profesional. Cabe preguntarse, no obstante, si la tendencia hacia la liberalización y la consiguiente desregulación no amenazan con destruir la función pública de ordenación de la economía y la importancia de la conexión del Derecho público y el privado

[313] El término aparecerá con frecuencia a finales del siglo XIX en la América de habla hispana como sinónimo de honradez (así, en los *Neologismos y Americanismos* de Ricardo Palma, en 1896; en el Diccionario Nacional mejicano de Ramón Joaquín Domínguez, en 1875; en Argentina, de la mano de Álvaro Barros y su *La guerra contra los indios*, de 1877; asimismo, en el Diccionario Enciclopédico de Elías Zerolo, en 1895. También en el Diccionario Enciclopédico de Toro y Gómez, edición de 1918; entre otros muchos ejemplos en los que no es dable que me detenga ahora).

[314] Empleado actualmente, por ejemplo, por la Directiva 92/2002 de las Comunidades Europeas, de 9 de diciembre, sobre intermediación de seguros, como término equivalente al de «honorabilidad» (art. 4.2).

[315] Véase, ampliamente, lo dispuesto por la Abogacía del Estado en su Dictamen de 20 de julio de 2005 (FD 2º).

[316] Véase, *RAP*, 1993, pp. 23 y ss.

en grandes sectores del ordenamiento mercantil[317]. No obstante, que este cambio sea denominado «desregulación» parece inapropiado, porque se trata de un proceso que ha implicado *la derogación de ciertas normas y la promulgación de otras*, por lo que sería más acertado referirse a él como «neorregulación»[318], ya que no puede afirmarse con rigor que se asista a una retirada o abandono del control de esas actividades por parte de los poderes públicos[319]. Al contrario, asistimos a una proliferación de disposiciones de diferente rango que se producen en cascada y con corto periodo de vigencia; incluso se modifican normas adoptadas apenas unas semanas antes[320].

§ 3. En contra de la cláusula de honorabilidad se posiciona BALOCCHI, quien para referirse a los certificados de buena conducta emplea el símil de una «rama seca» de la que se advierte su inutilidad[321]. En España tampoco se han acogido con entusiasmo las disposiciones legales que conminan a una certificación. Así, la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre expedición de certificaciones e informes sobre conducta ciudadana, limitaba la exigencia de los certificados de buena conducta y los sustituía por los antecedentes penales y la declaración jurada complementaria[322].

Por su parte, el Reino Unido aporta un enfoque particular sobre el examen de la honradez de quien pretende ejercer una determinada actividad profesional. Bajo el requisito general de ser «*a fit and proper person*», el

---

[317] Véase, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «El Derecho mercantil en el siglo XX», *El Derecho español en el siglo* XX, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 205.

[318] Véase, SALINAS ADELANTADO, «Desregulación y Neorregulación en el Mercado de Valores», *RDM*, 224, 1997, pp. 709-773; p. 772.

[319] Así se reconoce incluso desde las posiciones más radicales en la defensa de la no intervención. Véase, ARIÑO ORTIZ y SALA ARQUER, *La Bolsa española: marco institucional*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1988, p. 28.

[320] Un ejemplo es la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, modificada tan sólo un mes después de su aprobación por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

[321] Véase, *La Buona Condotta*, Giuffrè, Milán, 1960, p. 137.

[322] El artículo primero de la ley disponía que "las certificaciones e informes de conducta ciudadana consistirán en la certificación de antecedentes penales", a los que se añadirá una declaración complementaria en la que el afectado haga constar que no se halla inmerso en causa alguna como procesado, ni sufriendo la ejecución de una medida de seguridad, ni ha sido condenado en juicio de faltas durante los tres años inmediatamente anteriores a la declaración (artículo segundo, apartado 1). Además, a efectos de la Ley no eran objeto de declaración las sanciones impuestas por actos imprudentes ni las procedentes de infracciones de tráfico (artículo segundo, apartado 2). Asimismo, recuérdese que la ley en cuestión se cerraba declarando, en su artículo cuarto, que "lo establecido en los anteriores artículos no obsta a la facultad del juez instructor para solicitar los informes sobre la moralidad de los procesados, de conformidad con el artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (el precepto de remisión fue posteriormente reformado ex LO 7/1988, de 28 de diciembre).

Derecho británico viene exigiendo desde antiguo una conducta merecedora de confianza para ser titular de la licencia personal exigida para el ejercicio de ciertas actividades. El concepto «*fit and proper person*»[323] engloba las cualidades técnicas o de conocimiento, junto a las referidas a la confianza que merece la persona[324].

§ 4. Existe una importante polémica doctrinal aún irresuelta en torno a la naturaleza y las consecuencias que se derivan de las prohibiciones o los supuestos de incapacidad para el acceso a determinadas actividades profesionales. Cabría hablar, en este sentido, de tres posturas doctrinales, a saber: (a) la que las considera una forma de muerte profesional derivada de condenas penales; (b) la que entiende que nos hallamos ante penas accesorias; y (c) una tercera que las califica como medidas de seguridad *sui generis*.

§ 5. Respecto al contenido del concepto de honorabilidad, cabe admitir que no existe un contenido genérico del concepto, si bien es aceptable pensar que el concepto propiamente en generalmente aplicable a todos los sectores. Si distintos son los intereses protegidos en cada sector, distinta será, siguiendo con este esquema, la intensidad de las medidas que requiere su defensa. Así lo precisaba el TC en su sentencia 114/1987, de 6 de julio (ponente, LEGUINA VILLA):

> "el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues, en caso contrario, introduciría un factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio" (FD 3º).

Distinto es que, desde una perspectiva doctrinal, sea posible alumbrar un concepto genérico o supraconcepto, sometido a la pluralidad de contenido

[323] A modo de ejemplo puede verse la definición de «*fit and proper person*» que arroja la sección 20.1. de la Agents Licensing Act australiana, de 8 de octubre de 2010, la cual presume la concurrencia de la condición en cuestión siempre que la persona: (a) no se halle inmersa en alguna de las causas de descalificación a las que se refiere la sección (relativas a antecedentes penales); (b) disfrute de una reputación tal en la comunidad que a la Junta le permita intuir que desempeñará honestamente las labores inherentes al cargo para con clientes y empleados; y (c) haya cumplimentado su solicitud para licencia con franqueza, de manera comprensiva y honestamente.

[324] Véase, HALL, *Banking regulation and supervision. A comparative study of the United Kingdom, United States of America and Japan*, Edward Elgar Publishing, Aldershot, 1993, p. 17. En esta línea, la Directiva de la Unión Europea de 10 de abril de 1984 regula la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables, con el fin de garantizar que esas personas sean independientes y honorables. Más concretamente, el art. 4 dispone que las "autoridades de un Estado miembro sólo concederán autorización a personas honorables", sin incluir mayores precisiones sobre el concepto de honorabilidad aplicable a este ámbito profesional.

o de sus elementos, en función de la profesión o actividad respecto de la que se predique la aplicación de la cláusula de honorabilidad[325].

§ 6. En última instancia, puede decirse que la honorabilidad es una causa modificativa de la capacidad jurídica determinada por la previa conducta del sujeto, y que exige una trayectoria personal de respeto a las leyes (mercantiles) y a los principios fundamentales de la buena práctica profesional[326].

Resta abordar, en lo que sigue, cuál es el tratamiento que merece la aplicación de esta medida o institución a la actividad de la auditoría de cuentas.

III.3.2. La honorabilidad en la regulación de la auditoría de cuentas.-

§ 1. La actividad de auditoría de cuentas se centra en la verificación de la situación contable de las empresas como instrumento de protección de accionistas e inversores[327]. Puede decirse que, en el ámbito de la auditoría, ha sido antes la función que la profesión; no sólo en el orden temporal de su

[325] De un supraconcepto habla MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en *RAP*, 1993, pp. 23 y ss.

[326] En estos términos se ha pronunciado la Abogacía del Estado en su Dictamen de 20 de julio de 2005 (FD 1º), en el que interpreta el término «honorabilidad» contenido en los arts. 14 y 15 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, los cuales recogen la exigencia de que las personas físicas a las que la Ley se dirige sean «idóneas» (art. 14) en el sentido de ser «personas físicas de reconocida honorabilidad» (art. 15.1). Por su parte, y entre otros ejemplos legales, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dio una nueva redacción en su Disposición Final 23ª al art. 43.2 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca en idéntico sentido. En la doctrina, por todos, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad*, 2007, p. 215. De la misma manera, otros autores han colaborado en la elaboración de definiciones genéricas del concepto. Así, DENHARDT, en relación con los empleados públicos, afirma que "ser honorable es ser conocido por exhibir eses altas pautas de comportamiento de forma consistente. Es poner los principios por delante de los propios intereses". Se vincula así la condición de honorable a una de las acepciones tradicionales de honor que denota una "cualidad del carácter en la cual el individuo exhibe un alto sentido del deber, persigue las buenas acciones como fin en sí mismo, no porque de ello obtenga ningún beneficio o reconocimiento que pudiera ser consecuencia de esas acciones" (véase, «Unearthing the Moral Foundations of Public Administration: Honor, Benevolence, and Justice», Bowman (ed.), *Ethical Frontiers in Public Management*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1991, pp. 91-114; pp. 103-104).

[327] Véase, ENRIQUES y VOLPIN, «Corporate Governance Reforms in Continental Europe», *JEP*, 21, 2007, pp. 117-140; pp. 125-126.

regulación, sino en gran medida también en la jerarquía de las preocupaciones[328].

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas[329] trasponía la Directiva 84/253/CEE al Derecho español y preveía la exigencia de honorabilidad para el ejercicio de la actividad de control de cuentas, si bien el texto legal no la menciona explícitamente. El art. 7.1. c) se refiere únicamente a la carencia de antecedentes penales por delitos dolosos. Una previsión que se reitera en el Reglamento por el que se desarrolla la Ley, aprobado por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre[330].

§ 2. Existe una definición más o menos homogénea del concepto de honorabilidad, pero abundan las discrepancias sistemáticas en la formulación de su contenido. Así, se afirma de la honorabilidad que consiste en *haber venido observando una trayectoria de respeto a las leyes mercantiles y otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias*. Por lo tanto, es de especial relevancia advertir en este punto que con la exigencia de honorabilidad se quiere abarcar algo más que la mera ausencia de antecedentes penales.

§ 3. Otro debate gira en torno a si los hechos de los que se deduce el reproche a la trayectoria del solicitante de la autorización deben haber acaecido en su actividad comercial o profesional, y nunca en el ámbito de la vida privada. En este sentido, parece que si esa conducta, la que transcurre en la esfera privada del sujeto, aun no siendo estrictamente profesional, repercute en el grado de confianza que como profesional inspira el sujeto, debiera resultar relevante[331], trasladando en todo caso el elemento valorativo al ámbito de la percepción intersubjetiva. Hay, en este sentido, una falta absoluta de programación normativa, ya que al margen del ámbito legislativo material que se considera relevante no se ofrece ningún criterio de graduación

[328] Véase, BERKOVITZ, «La Auditoría en la Legislación mercantil española hasta 1982», *RDM*, 165-166, 1982, pp. 443-495.

[329] Modificada parcialmente por la Ley 12/2010, de 30 de junio.

[330] El art. 22. c) del Reglamento de Auditoría de Cuentas establece que "para ser inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas se requerirá: (…) c) Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos".

[331] Véase, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 86. Puede verse, asimismo, WADE, «Corporate Governance Failures and the Managerial Duty of Care», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 707-785.

sobre qué conductas han de considerarse, y a partir de qué número de acciones y/o grado de ilicitud se revela una *trayectoria* como reprochable[332].

Este margen de inseguridad podría verse reducido mediante la incorporación de la exigencia de honorabilidad –u otra fórmula de análoga significación– a los instrumentos extra-legales de gobierno corporativo, que pueden dotar concreción técnica y dinamismo al contenido de la institución, con el fin de favorecer su mejor aplicación.

III.3.3. Los códigos de conducta como parámetro normativo de la honorabilidad.-

§ 1. A menudo se establecen normas de conducta porque sirven para reforzar la confianza en el mercado, pero se vacían de contenido propugnando su no vinculación con respecto a los inversores debido a que ello se traduce en un aumento de los costes de funcionamiento de los mercados[333]. De ahí que, desde distintos órdenes algunos autores se hayan referido a la necesaria intervención de los poderes públicos en materia de autorregulación y gobierno corporativo[334], tal y como expondré con mayor detenimiento en el Cap. V de este estudio.

> DARNACULLETA I GARDELLA, por su parte, distingue entre (a) los códigos de conducta, que engloba dentro de la misma categoría que los códigos éticos o deontológicos, y (b) los códigos o manuales de buenas prácticas[335]. Los primeros contienen no sólo una relación de valores –en el sentido de horizontes normativos de proceder óptimo[336]–, sino también una descripción de las conductas que se consideran acordes con dichos valores, así como de las conductas reprochables. Tienden paulatinamente a su concreción, conteniendo una detallada relación de las situaciones que representan un conflicto ético en el ejercicio de una actividad profesional. Lo cual se traduce en un proceso de juridificación de lo ético, ya que dichos códigos sirven para formular un reproche. Los códigos o manuales de buenas prácticas, por otro lado, constituyen una plasmación documental de los criterios que

[332] Véanse, TAPIA HERMIDA, «Las Normas de Actuación en los Mercados de Valores», *RdByB*, 13, 1993, pp. 315-360; ID., «Normas de conducta en el mercado de valores y gobierno corporativo de las sociedades cotizadas», Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados), II*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1381-1404.

[333] Así, por todos, SALINAS ADELANTADO, *RDM*, 1997, p. 755.

[334] Por todos, ESTEVE PARDO, para quien "no se concibe una eficaz autorregulación privada sin el contrabalance que, como incentivadora o receptora de aquélla, tiene la regulación pública" (en *Autorregulación*, 2002, p. 39).

[335] Véase, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Universitat de Girona, Girona, 2003, pp. 73 y ss.

[336] Véase el apartado III.2.1. § 1. de este trabajo.

aplica un profesional responsable en el ejercicio de su actividad con el objeto de conseguir determinados fines.

Pese a los esfuerzos por definir y establecer estos instrumentos normativos, cabe advertir un problema teórico aparente relacionado con su juridicidad o el origen de su fuerza de obligar[337]. Las dudas sobre la juridicidad de las normas deontológicas han sido comunes en los ordenamientos continentales. Dudas a las que no ha sido ajeno nuestro Derecho. Así, frente a la generosidad interpretativa del TS, que reconoce que la potestad normativa de los Colegios para regular la conducta de sus miembros en virtud de un principio de colegialidad del que derivan obligaciones con los demás componentes de la profesión y la sociedad[338], la relación entre normas deontológicas y principio de legalidad ha merecido mayores matizaciones por parte del TC[339].

Quienes opten por una actitud *abstencionista* y sobreestimen los intereses de los operadores desearán que este género de códigos no pasen de ser un cuerpo de recomendaciones expuesto a modo de convite. Sin embargo, cabe argumentar a favor de la postura contraria[340], negando su carácter de normas blandas para defender que son verdaderas normas jurídicas[341]. No faltan posiciones eclécticas que quieren ver en estas disposiciones una mera fuente de responsabilidad derivada del deber de velar por su cumplimiento dentro de la propia organización[342].

---

[337] Véase, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad*, 2007, pp. 195-196.

[338] Son ilustrativas, en este sentido y entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 5221/1989, de 9 de octubre (ponente, MARTÍN MARTÍN), FD 5º; 2534/2006, de 2 de mayo (ponente, MARTÍ GARCÍA), FD 3º; 1665/2006, de 21 de marzo (ponente, TRUJILLO MAMELY), FD 5º; y, por poner un ejemplo más reciente, la 5325/2010, de 19 de octubre (ponente, MARTÍ GARCÍA), FD 1º.

[339] Declarando la actividad de naturaleza privada, si bien con una dimensión de claro interés público de los Colegios, pueden verse, entre otras, las SSTC 76/1983, de 5 de agosto (ponente, BEGUÉ CANTÓN), FD 26º; 123/1987, de 15 de julio (ponente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), FD 3º; 20/1988, de 18 de febrero (ponente, LEGUINA AVILLA), FD 4º; 113/1994, de 14 de abril (ponente, CRUZ VILLALÓN), FD 9º; 5/1996, de 16 de enero (ponente, CRUZ VILLALÓN), FD 10º. Véanse, en la doctrina, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Colegios profesionales: la relación colegial como relación corporativa», Cassagne (coord.), *Derecho administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Madrid, 1998, pp. 801-808; ID., «El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional», Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 289-350.

[340] Veáse, SALINAS ADELANTADO, *RDM*, 1997, p. 775.

[341] Así, BELANDO GARÍN, *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 52 y ss.

[342] En este sentido, FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ-ACEBO, *Las normas de conducta en el derecho del mercado de valores*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000; ID.,

§ 2. A través de los códigos de conducta se trata de aplicar un concepto jurídico con un alto grado de indeterminación (el de honorabilidad), para cuya interpretación resulta necesario acudir al subconcepto o la acepción social que *le atribuye* el grupo al que se refiere. En cualquier caso, se ha de reconocer a estas normas, cuanto menos, la condición de *opinio iuris* general entre los profesionales del sector, con el fin de "convertir en vinculante *de facto* un instrumento normativo de autorregulación"[343]. En esta línea, no cabe duda que las normas de conducta, aunque no hayan sido sancionadas por el poder público, pueden ser fuente de responsabilidad en el ámbito interno, tanto desde la perspectiva laboral o profesional como a través de una posible acción civil de regreso de la sociedad.

En suma, pienso que *los conceptos derivados de la ética profesional no deben integrarse mediante la formulación abstracta de principios morales sino, allí donde existan, mediante las concretas normas propias de la autorregulación*, que se alzan en instrumentos auxiliares de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta tesis implica que la honorabilidad o la diligencia debidas deberán ser asimilados por el profesional a través del código de conducta asumido por el sector al que se adscribe su función. Tal opción se traduce en una ética profesional autorregulada que no deberá ser articulada con independencia y ajenamente respecto a los principios morales. No puede hablarse de ética ni de autorregulación allá donde no se halla presente una concepción consensuada y compartida de una determinada expresión de la moralidad.

Lo que procede a continuación es determinar qué capacidad coactiva, preventiva o, en definitiva, sancionatoria posee la cláusula de honorabilidad.

III.3.4. El eventual carácter sancionador de la cláusula de honorabilidad.-

§ 1. La doctrina española emplea la expresión *efectos penales de la condena* o *consecuencias penales*, para advertir que de la condena penal suelen derivarse directamente otras consecuencias jurídicas, distintas a las penas accesorias y que consisten en la incapacidad de adquirir, ejecutar o

«Reflexiones acerca del papel de los controles externos sobre el gobierno corporativo de la sociedad cotizada y el derecho preventivo de las crisis empresariales», *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 61-156.

[343] Véase, DARNACULLETA I GARDELLA, *Derecho administrativo y autorregulación*, 2003, p. 583. En el mismo sentido, ID., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 631-668.

conservar derechos subjetivos públicos o privados, o en otras indignidades particulares, como la pérdida de cargos o empleos que desempeñaba al delinquir el condenado o a los que en un futuro determinado pudiera acceder. Efectos que consisten en "la incapacidad (indignidad) para adquirir o ejercitar derechos"[344]. Hay autores que han rechazado la validez de estas consecuencias por entender que suponen una prolongación injustificada de las penas al margen de la legalidad penal y una forma de estigmatización del delincuente[345]. Para otros, en cambio, no cabe atribuir el carácter de sanción penal, ya sea principal o accesoria, a la cláusula de honorabilidad[346]. Esto resulta obvio, desde mi punto de vista, teniendo en cuenta que, si la honorabilidad se articula como requisito imprescindible para el ejercicio de funciones financieras, entonces su inobservancia se ha de entender como un *defecto característico excluyente o eliminatorio del ejercicio* y nunca como un supuesto de flexibilización del principio de intervención mínima a favor de la persecución penal del profesional no honorable. Y ello es así porque, en última instancia, el fin mismo de la cláusula de honorabilidad es pre-penal y, por lo tanto, extra-penal.

Descartada la consideración penal de la cláusula de honorabilidad, cabría preguntarse si puede calificarse como una medida administrativa de carácter sancionador, pero la respuesta ha de ser también negativa por las razones ya expuestas. La sanción administrativa no deja de ser un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita.

§ 2. Toda actividad laboral y/o económica de interés jurídico y susceptible de proyección pública merece la previsión, positivizada o no, de unos requisitos normativos de acceso a su ejercicio que garanticen su cuidado, así como su observancia por parte de su pretendiente, de cada uno de los valores que inspiran los intereses generados. Cabría preguntarse qué consideración jurídica tiene, entonces, la cláusula de honorabilidad. Estimo idóneo afirmar que se trata de una causa modificativa de la capacidad jurídica administrativa y mercantil, y no un elemento que afecte a eventuales

[344] Véase, BAEZA AVALLONE, *La rehabilitación*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 206-207. También, ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, II, Bosch, Barcelona, 1970, p. 436.

[345] Así, BAEZA AVALLONE, *La rehabilitación*, 1983, p. 341. En el mismo sentido, GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Bosch, Barcelona, 1983.

[346] Véase, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad*, 2007, pp. 202-203.

circunstancias modificativas de la responsabilidad (ya sea civil, administrativa o penal)[347].

En nuestro Derecho, junto a una capacidad jurídica básica vinculada a la personalidad (art. 29 CC), es posible distinguir capacidades jurídicas especiales o cualificadas, en las que la aptitud para ser titular de ciertas relaciones jurídicas o derechos requiere, además de la capacidad general, la concurrencia de condiciones personales concretas. Entre éstas se encontraría la cláusula de honorabilidad, como presupuesto de la capacidad para ser titular del derecho a ejercer ciertas profesiones y, por ende, de los deberes normativos derivados de este derecho.

§ 3. En definitiva, la finalidad de la cláusula de honorabilidad consiste en impedir que puedan operar en el mercado sujetos que carezcan de las condiciones que se estimen mínimas para ofrecer ciertos servicios[348]. Incluso la doctrina decimonónica recogía entre las excepciones a la capacidad jurídica general para ejercer la profesión de comerciante las que se fundamentan en una tacha legal[349].

De lo anterior cabe extraer que son dos los elementos que perfilan la cláusula de honorabilidad, a saber: (1) su incidencia sobre la capacidad jurídica; y (2) su finalidad preventiva.

§ 4. Aunque la cláusula de honorabilidad se predica como personal, de suerte que el requisito subjetivo recae exclusivamente sobre la previa trayectoria singular de quien ejerce una actividad financiera, en la práctica la falta de honorabilidad se viene transmitiendo a las personas jurídicas por los hechos cometidos por ciertas personas físicas[350]. Para IRURZUN MONTORO,

---

[347] En la jurisprudencia, el TC ha confirmado esta postura, por ejemplo, en su sentencia 114/1987, de 6 de julio (ponente, LEGUINA VILLA), FD 3º.

[348] Véase, SÁNCHEZ CALERO, «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX», Sánchez Calero (coord.), *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 15-38; p. 26.

[349] Bajo el argumento de que, "teniendo el comercio por base la confianza, la ley no debe aguardar el fallo de la opinión, sino que es preciso que se anticipe a remover del ejercicio del mismo a las personas que no sean dignas de obtenerla" (véase, MARTÍ DE EIXALA, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, Librería de Joaquín Verdaguer, Barcelona, 1859, p. 78).

[350] Sobre esta cuestión y en este sentido se han pronunciado largamente distintas instancias judiciales. Así, por ejemplo, puede verse, a nivel comunitario, el Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 1995 (caso Bernard Connolly contra la Comisión de las Comunidades), FD 22º; asimismo, el único caso en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre la exigibilidad del requisito de la honorabilidad, en su sentencia de 29 de noviembre de 1978 (caso Delkvist). En España, las SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de mayo de 2000 (ponente, TRENZADO RUIZ), FD 3º; de 13 de julio de 2004 (ponente,

contaminar a la persona jurídica por los actos de alguno de sus administradores sólo llevará a la producción de otros perjudicados, como podría ser el caso de socios o partícipes e incluso de compañeros de ejercicio de la profesión del «no honorable», sin que exista una justificación fundada en los intereses públicos para limitar sus derechos, en especial el derecho fundamental a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE)[351].

A continuación trataré de poner de manifiesto el problema de inaplicabilidad en el que se traduce el hecho considerar que el contenido de la cláusula de honorabilidad se agota en la no concurrencia de antecedentes penales (por delitos dolosos).

III.3.4.1. Honorabilidad y ausencia de antecedentes penales.-

§ 1. Cuando la norma deduce de los antecedentes penales una consecuencia negativa o un efecto obstativo que excede de la mera ejecución de la pena, nos hallamos ante una medida de preventiva o cautelar predelictual. En este sentido es preciso aclarar que sólo los antecedentes penales vigentes pueden ser tomados en consideración[352]. Una evidencia que,

---

SOLDEVILA FRAGOSO), FD 2º, la cual recuerda que sobre el concepto de honorabilidad comercial y profesional, a pesar de articularse éste como un "concepto jurídico indeterminado", existe una presunción cuando se ejerce la actividad de que se trate sin reparos en un establecimiento abierto al público (y añade que el apartado 3º del art. 4 del Real Decreto 2660/1998 ya recoge en sentido negativo un listado de conductas que «en todo caso» se reputan carentes de honorabilidad); y de 30 de abril de 2004 (ponente, PEDRAZA CLAVO), FFDD 2º y 3º. Asimismo, la STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 996/2001, de 10 de diciembre (ponente, GARCÍA JORRÍN), FD 5º; la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de junio de 2007 (ponente, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), FD 2º; y la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 (ponente, FRANCH MENEV), FD 7º.

[351] Véase, *Honorabilidad*, 2007, p. 211. No obstante, la normativa en materia de entidades de crédito establece, en el art. 2 del Real Decreto 1245/1995, que por «falta de honorabilidad comercial o profesional de consejeros o directores, sólo procederá la revocación si los afectados no cesan en sus cargos en un mes, contado desde la recepción del requerimiento que a tal efecto le dirija el Banco de España». Así, mediando la pérdida sobrevenida de la honorabilidad de algún directivo o consejero de la entidad, no se transmite dicha circunstancia a la entidad, si ésta procede al cese del afectado en un plazo previsto reglamentariamente.

[352] La relevancia extra-penal de los antecedentes penales cancelados será abordada de forma abierta por el TC en sus sentencias 174 y 206, de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1996 (ponente, en ambas, DE MENDIZÁBAL ALLENDE), por las que se resuelve la impugnación de un acuerdo del CGPJ sobre el acceso a la Carrera Judicial, como jurista de reconocido prestigio, de quien previamente había sido condenado por delitos cometidos en el ejercicio de su profesión de abogado. El abogado en cuestión, tras superar un concurso para cubrir vacantes de magistrados entre juristas de reconocida competencia, será excluido por el

no obstante, oscurece desde un primer momento la aplicación de la fórmula al instituto de la honorabilidad en cuanto requisito para el ejercicio de profesiones financieras.

> Un ejemplo de ello se puede encontrar en el Dictamen del Consejo de Estado 2058/1995, de 19 de octubre, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. En él, el Alto Órgano consultivo observa que la "alusión a los antecedentes penales puede resultar equívoca, pues no se sabe si comprendería a antecedentes penales cancelados o sólo a quienes mantengan vivos dichos antecedentes, como parece lógico". Se afirma rotundamente que parece lógico que así sea, pero no se aporta ningún argumento en defensa de tal apreciación.

En mi opinión, el debate no ha de circunscribirse tanto a una cuestión de vigencia jurídica de la tacha, como a un esfuerzo por comprender su consecuencia. Por definición, *toda pena sufrida en vida por el hombre trasciende su saldo y compensación y permanece más allá de sus efectos institucionales*. Esa es su verdadera naturaleza, siendo así que una «deuda» penal saldada puede prolongar su efecto en ámbitos de la vida social estrechamente relacionados con ella durante un tiempo que excede el de la sación institucional. Precisamente porque *el estigma asociado al reproche trasciende el castigo*.

§ 2. Ciertos sectores de la doctrina se han mostrado reacios a otorgar a los antecedentes penales –aun vigentes, luego tanto más si cancelados–[353] cualquier eficacia limitativa de los derechos del ciudadano más allá de los efectos inherentes a la pena[354]. Esta teoría defiende que la función

---

CGPJ de la propuesta de nombramiento como magistrado, atendiendo a que había sido previamente condenado por estafa en el ejercicio de la abogacía, aunque los antecedentes penales habían sido cancelados. La resolución del CGPJ fue recurrida y confirmada por el TS, dando pie al recurso de amparo. La sentencia tiene, al respecto, un pronunciamiento preciso: *no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho y, por tanto, no se puede tomar en consideración la condena de un rehabilitado para limitar sus derechos*.

[353] Recuérdese que, para la cancelación de antecedentes penales, el CP exige la extinción de la responsabilidad penal como primera condición, y que concurran otros dos requisitos adicionales: (1) tener satisfechas las responsabilidades civiles o estar al corriente de los pagos fraccionados a través de los que ésta se hace efectiva; y (2) que hayan transcurrido determinados plazos sin que el condenado haya vuelto a delinquir: "seis meses para las penas leves; dos años para las que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves" (art. 136.2.2º CP). Puede consultarse, a estos efectos, BUENO ARÚS, *La cancelación de antecedentes penales*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

[354] El art. 25.2 CE, que tiene su origen inmediato en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, dispone que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

resocializadora de la pena, proclamada en el art. 25.2 CE, no puede en modo alguno conseguirse mediante una restricción de derechos que tenga lugar cuando el penado, que se presume ya reestablecido socialmente, obtiene su libertad[355].

§ 3. En suma, se ha apuntado en la doctrina que los antecedentes penales como parte del contenido de la cláusula de honorabilidad atentan contra el fin resocializador de la pena, ya que la perpetuidad del reproche social al condenado implica resucitar la figura histórica de la muerte civil[356]. Sin embargo, en el ámbito de la delincuencia económica nos hallamos ante sujetos que no están normalmente necesitados de resocialización en el sentido que comúnmente se atribuye a este término[357], lo que flexibiliza y otorga un contenido original a los límites funcionales del sistema de sanciones, así como de la política garantística de la ciencia jurídico-penal en esta materia exclusiva.

> Lo anterior se traduce en la falta de uniformidad en la jurisprudencia del TS acerca del valor a conceder a los antecedentes cancelados, construida sobre todo en relación con los permisos de armas y la adquisición de la nacionalidad española[358].

En el ámbito del Derecho penal se ha defendido tradicionalmente la idea de una rehabilitación con plenos efectos sanadores de la situación jurídica del condenado, cuya concesión no ha de tener lugar hasta transcurrido un período de prueba durante el cual, mediante la constante observación de una conducta intachable, el que fue condenado demuestre su readaptación a la vida social, mediante "la prueba de una vida honrada y laboriosa"[359]. Una fórmula ideal de difícil articulación práctica. En nuestros días las normas sobre rehabilitación están presididas por la máxima objetividad y un marcado carácter reglado, habiendo desaparecido cualquier elemento valorativo sobre la conducta del sujeto durante el período posterior al cumplimiento de la condena.

---

[355] Así, BAEZA AVALLONE sostiene la inconstitucionalidad de aquéllos efectos penales que posibiliten discriminaciones que estén en contra del espíritu y la letra de la CE (en *La rehabilitación*, 1983, pp. 228-229).

[356] Así, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad*, 2007, p. 229.

[357] Véase, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978, p. 84; ID., «Ética empresarial y Derecho penal», *BCE,* 50,1990, pp. 29-35. En el mismo sentido, HERRERO HERRERO, *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, p. 557.

[358] Véanse, por ejemplo y entre otras muchas, las SSTS de 7 de mayo de 1992 (ponente, HUET GARCÍA), FD 3º; 1238/1995, de 12 de diciembre (ponente, MARTÍN CANIVELL), FD 1º; 1099/2000, de 16 de junio (ponente, RAMOS GANCEDO), FD único.

[359] Véase, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, Bosch, Barcelona, 1951, p. 704.

En ocasiones, la legislación refiere los antecedentes penales atendiendo a la gravedad de las penas, sin mencionar concretos tipos delictivos. Por esta vía se excluye del acceso a la profesión a quienes hayan sido condenados a penas especialmente graves, aun cuando lo hubieran sido por delitos que no guarden relación con la actividad profesional de que se trate. Otra dificultad a mencionar es que la mayor parte de las normas aluden a la existencia de condenas, sin especificar la necesidad o no de su firmeza.

> Partiendo de que la condena penal no firme no es susceptible de ejecución, pero teniendo presente que tampoco en puridad la situación procesal del imputado es ya la de procesado, el TC, en sentencia 104/1995, de 3 de julio (ponente, DE MENDIZÁBAL ALLENDE), abiertamente declara que la situación de procesado cesa en el momento de la primera condena o absolución (FD 6º).

Por otro lado, pienso que no cabría realizar ningún reproche a la negación de la honorabilidad de quien se halla procesado, en la medida que la propia cláusula responde a un fin preventivo o cautelar y que los efectos desfavorables que para el acceso a la profesión comportan las citadas situaciones procesales no tienen una vigencia indefinida[360].

En suma, no parece idóneo optar por la reducción del contenido y significado de la cláusula de honorabilidad a la no concurrencia de antecedentes penales –vigentes o no–, así como a un estado de no vinculación con un proceso penal en curso del que pudieran derivarse consecuencias desfavorables. El espíritu original de la honorabilidad en cuanto condición requerida normativamente para el ejercicio de profesiones financieras se halla relacionado más bien con la observancia de una *buena conducta cívica en su traslación al ámbito profesional financiero*.

---

[360] Véase, IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad*, 2007, p. 237. A este respecto, resulta ilustrativa la STS 992/1996, de 11 de febrero (ponente, GARCÍA-CALVO Y MONTIEL), al hilo de la suspensión de la sanción de inhabilitación impuesta por el Banco de España al Vicepresidente de una entidad financiera. Dirá el Alto Tribunal que la confianza en las personas que, en el sector financiero, desempeñan funciones de tanta responsabilidad como las propias de un Vicepresidente de un banco, es un presupuesto del buen funcionamiento de un sector económico, para concluir que quienes con su conducta –contraria a la disciplina legalmente exigible- quiebran esa exigencia de confianza o fiabilidad deben ser apartados de su desempeño al que, naturalmente, podrán regresar si la sanción es declarada no ajustada a Derecho por los Tribunales (FD 2º). De forma aún más explícita tendrá ocasión de pronunciarse la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su sentencia de 30 de abril de 2004 (ponente, PEDRAZ CALVO), al resolver el recurso interpuesto contra la resolución del Banco de España que deniega la autorización para operar como establecimiento de venta de moneda extranjera, al apreciar que uno de los socios carece de honorabilidad por hallarse imputado en un procedimiento abreviado como autor del delito de blanqueo de capitales. La sentencia destaca que la cláusula de honorabilidad tiene una dimensión negativa pues "la norma no ha previsto que se conceda autorización a quien sea honorable comercial y profesionalmente sino que no se conceda en ningún caso a quien no lo sea" (FD 3º).

III.3.4.2. La buena conducta profesional.-

§ 1. Proclamar que la honorabilidad equivale simplemente a no haber cometido un ilícito de naturaleza penal o administrativa no garantizaría probablemente la confianza social depositada en determinadas personas para que desarrollen sus actividades profesionales sin poner en riesgo los intereses generales o de terceros a ellas encomendados. Junto a los posibles ilícitos, surgen como determinantes del comportamiento profesional una serie de circunstancias reveladoras de una actitud de respeto o de desprecio hacia el buen hacer profesional que, aunque no hayan sido objeto de una medida sancionadora, pongan de manifiesto una actitud irresponsable e *indigna de confianza*.

Las prácticas profesionales no aluden a la pericia o habilidad técnica, pues no son éstos los elementos que cabe englobar bajo el concepto de buena conducta profesional[361].

§ 2. Desde mi punto de vista, el acceso y posterior mantenimiento en la profesión financiera condicionado a la observancia de un instrumento aleatorio de contenido y significado relativos constituye una liminalidad jurídica. La cláusula, o, mejor dicho, la función simbólico-comunicativa de la cláusula, ha de ser salvaguardada, pero en coordenadas de continente, acción y significación bien distintas a las actuales, a modo de instrumento de gobierno corporativo integrante de los códigos éticos.

III.3.4.3. La participación de los profesionales en el control de la honorabilidad.-

§ 1. En Francia, Italia o Alemania es habitual que los colegios profesionales se encarguen de controlar la concurrencia de honorabilidad en quienes pretenden ejercer una profesión sometida al régimen de colegiación[362]. En este trámite, que constituye una genuina prerrogativa jurídico-pública que permitirá comprobar que el aspirante reúne las garantías suficientes de moralidad, se verifica la concurrencia del requerimiento[363].

---

[361] Véase, BALOCCHI, *La Buona Condotta*, 1960, p. 49.

[362] Véase, a título informativo, DARNACULLETA I GARDELLA, «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 349-386.

[363] Véase, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Polémica y reforma universitaria en Alemania (Libertad científica, cogestión y numerus clausus)*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 25-26 y 42. En el mismo sentido, STOBER, *Derecho Administrativo Económico*, INAP, Madrid, 1992, p. 264.

§ 2. Por su parte, el Derecho de tradición angloamericana ofrece otras formas de autoordenación que, aunque presentan rasgos distintos respecto de los colegios profesionales, se fundan en el mismo principio. Así, en el Derecho británico se ha desplazado la potestad administrativa de control del acceso a la profesión hacia las organizaciones autorreguladoras (*self regulating organizations*). En consecuencia, son los operadores quienes vigilan su propio funcionamiento mientras que al Estado compete *únicamente* el control de los controladores[364].

Se ha sostenido que cuando el Estado decide renunciar a la fórmula burocrática y reintegrar el poder de control a la sociedad, ha de hacerlo necesariamente a un ente público descentralizado capaz de velar por intereses que van más allá de los que corresponden de modo exclusivo a los profesionales ejercientes[365].

§ 3. El legislador español no tiene construida una teoría general respecto al contenido y alcance de la cláusula, sino que hoy por hoy recurre a ella "de manera aislada y por saltos, como si unos casos no tuvieran que ver con los otros"[366]. Ello refuerza mi posición en torno a la urgente necesidad de restringir la noción en aras de rescatarla del desuso en el que se halla sumida. El dilema es, entonces, el siguiente: ¿ha de ser la honorabilidad un valor arraigado en la sociedad, que ella misma se encarga de tutelar y vigilar, o habrá de ser una respuesta legal que describa opciones y límites a golpe de reglamentación? En este sentido es de gran interés el diagnóstico que arroja MARTÍN-RETORTILLO BAQUER cuando a estas cuestiones responde admitiendo que la segunda opción es más factible en una sociedad como la española, que se deja estimular por una especie de "creencia taumatúrgica en la misión de las normas"[367].

> Un mensaje análogo es el que, en el ámbito del Derecho penal, envía SILVA SÁNCHEZ[368] cuando habla de una *sociedad del riesgo* o de la inseguridad –meramente sentimentales, ya sean o no estados reales de riesgo o inseguridad– que experimenta una tendencia a convertir la desgracia en injusto y que demanda un criterio gerencial de intervención estatal en relación con los riesgos. Una penalística

[364] Véase, por todos y en la literatura española, SALINAS ADELANTADO, *RDM*, 1997, pp. 731 y 743.

[365] Así, LÓPEZ GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre la problemática constitucional de los colegios profesionales», *RGD*, 640-641, 1998, pp. 103-120. La encomienda de funciones públicas a favor de determinadas organizaciones profesionales se encuentra ya prevista en nuestro ordenamiento jurídico respecto del sector de los servicios financieros (véase, ZUNZUNEGUI, *El Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 119 y ss).

[366] Véase, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *RAP*, 1993, p. 24.

[367] *Ibidem*, p. 25.

[368] Véase, *La expansión*, 2011, pp. 17 y ss., y 152-153.

> inspectora exhaustiva que, de hecho, está provocando un arduo debate doctrinal en torno a la llamada *expansión del Derecho penal* que no es otra cosa, en último término, que una revisión del castigadísimo principio de intervención mínima[369].

§ 3. Otro factor que denota la inseguridad legislativa en este campo es el hecho de que, en ocasiones, el legislador no sólo exige la acreditación de honorabilidad para el ejercicio de profesiones financieras –cláusula de por sí rigurosa y contundente en apariencia–, sino que incorpora además el requerimiento que ésta sea «reconocida». ¿Añade esto algo al contenido de la cláusula desde un punto de vista material, teniendo en cuenta que el reconocimiento no dejará de ser una prueba material de la concurrencia de honorabilidad? Dicha configuración aparece como una operación intrascendente que pudiera producir incluso el efecto nocivo de rebajar el significado de una expresión que debiera ser suficiente –no digo que adecuada, ya que, como expondré a continuación, mi propuesta consiste precisamente en abandonar el vocablo «honorabilidad» para sustituirlo por otro que permita una más factible aplicación–.

§ 4. Cabe argumentar a favor de la necesidad de seccionar y sectorializar el significado de la honorabilidad con el propósito de que el contenido del término sea ajustable a las exigencias de cada sector[370]. Pues bien, entiendo que en tal caso se ha de abandonar necesaria y definitivamente el recurso al vocablo «honorabilidad», cuya significación material a los efectos que nos ocupan siempre adolecería de un defecto de estrechez y confesionalidad. Reclamar honorabilidad implica partir de la base de que se tiene honor, una cualidad radical del yo que no admite su divisibilidad

[369] En este sentido, aunque se tratará la cuestión con su merecido detenimiento más adelante en este trabajo, conviene traer a colación la acertada observación que practica QUINTERO OLIVARES respecto a la observancia y comprensión verdaderas del principio por parte de los actores jurídico-penales (véase «El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios», *El nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a José Manuel Valle*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1697-1720), cuando asegura que el problema comienza en la raíz, en la no asunción real del principio, que no se satisface reduciendo la cantidad de Derecho penal, sino reduciéndola allí donde no sea preciso y concentrando la energía punitiva allí donde la sociedad, los seres humanos, la convivencia, los derechos humanos y, en general, los valores superiores del ordenamiento lo demanden. Así, las leyes penales en un Estado democrático de Derecho solamente se justifican porque prestan tutela a un valor esencial cuyo respeto se alza en condición mínima de convivencia.

[370] Una interesante colección de entrevistas en las que cualificados personajes públicos reflexionan acerca del concepto de «honor» puede encontrarse en PITARCH, *El honor y el honor militar*, Grijalbo, Madrid, 1984. En sus páginas rezuma un flagrante rechazo a los tan disfuncionales usos que en los últimos tiempos se han hecho en España del honor como título, hasta el punto de deslegitimar socialmente el contenido moral de la noción (entre ellos sale a colación el que practicaron los participantes en la intentona golpista del 23 de febrero de 1981, quienes justificaban su postura con el argumento de que estaban defendiendo el honor o que actuaban impulsados por el honor militar).

funcional desde un punto de vista semántico. Así, la honorabilidad es siempre y en todo caso atribuible a un sujeto y no a una actividad o función, de suerte que no es factible hablar de un honor del transportista distinto del honor del inversor o del auditor de cuentas. Constituye, pienso, un grave error de percepción.

Tal vez por ello sea conveniente recurrir a un término que permita una mayor funcionalidad en la configuración de su contenido material.

III.3.5. Honor vs. buen hacer.-

§ 1. El dilema nominal se resume en la adopción de una postura ante la siguiente opción:

(a) Mantener el actual significante de la «cláusula de honorabilidad», en cuyo caso el Derecho ha de focalizar sus esfuerzos en la legislación de unas nociones de «honor» y «honorabilidad» unitarias y de aplicación universal[371].

> En este punto merece especial comentario la ya citada STC 114/1987, de 6 de julio (ponente, LEGUINA VILLA), que resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la igualdad del art. 14. En su FD 4º expone, adoptando un tono muy académico, su propia visión acerca de la cláusula de buena conducta, y declara que "entendido en su significado más abstracto –y también más común–, aquel deber hace referencia no tanto a la actuación del ciudadano en el seno de relaciones jurídicas concretas cuanto al comportamiento global del individuo, incluso en sus relaciones privadas, enjuiciable desde una perspectiva meta-jurídica, de acuerdo con los valores morales arraigados o con las pautas de conducta, sea de la colectividad en su conjunto, sea de grupos sociales más restringidos". Estas declaraciones del TC dan fe del caos interpretativo que vienen sufriendo en la materia los agentes jurídicos a lo largo de los últimos tres decenios. Son varias las cuestiones que cabría elevar al Tribunal, tales como cuáles son esos «valores morales arraigados» o qué se ha de entender por un «comportamiento enjuiciable desde una perspectiva meta-jurídica». A tenor de lo dispuesto en el fragmento

[371] En este sentido, no se puede obviar que la vigente CE concede una importancia notable al concepto de «honor», al que dedica cinco menciones. El art. 18 se abre afirmando con rotundidad que "se garantiza el derecho al honor". El mismo precepto, en su párrafo cuarto, recalca que la ley deberá limitar el uso de la informática, entre otras cosas "para garantizar el honor". En materia de libertad de expresión, y siguiendo la pauta del art. 10.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, el legislador español prevé en el párrafo cuarto del art. 20 CE el derecho al honor como límite a la libertad de expresión. En cuarto lugar, el art. 26 CE prohíbe los tribunales de honor. Y, por último, en otros derroteros, cuando el art. 62 enumera las facultades del Rey, allí se incluye –letra f)– la de "conceder honores y distinciones". No obstante, y siguiendo a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, exigir honorabilidad para el desempeño de ciertas profesiones, si supone tomar en consideración el honor, parece no tener nada que ver con la garantía del honor que proclama la CE (véase, *RAP*, 1993, p. 37).

> reproducido, el Tribunal defiende el enjuiciamiento del comportamiento global del individuo conforme a (1) valores morales arraigados y (2) pautas de conducta, sean estas colectivas o de grupos sociales restringidos. Pues bien, la traducción material tautológica de esta previsión es que el TC enjuicia el comportamiento global del individuo conforme al comportamiento global de cada individuo. Reconoce honorabilidad allí donde no hay tacha de deshonor. O lo que es lo mismo, estima que se es honorable cuando no se carece de honorabilidad. Un argumento circular que no arroja información alguna acerca del significado de la noción.

(b) Renunciar a la problemática del «honor» e inclinarse por un significante que permita una división y sectorización de su significado, siempre sin caer en la polisemia[372].

§ 2. No nos hallamos ante un conflicto de máximas, sino únicamente ante uno de matices expresivo de máximas implícitas reconciliables. Así, hablemos de la «exigencia de una cláusula de honorabilidad» o de la «exigencia de una cláusula de buen hacer profesional», lo que realmente importa al Derecho llegados a este punto es la articulación fáctica de una «exigencia» real y útil, que sirva para resolver conflictos.

§ 3. La respuesta legal a esta dialéctica la sirvió la transición política a través, sobre todo, de la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre expedición y certificaciones e informes de conducta ciudadana[373]. La idea central de la ley, bienintencionada y oportuna pero simplista, es que, en principio –salvo lo que por ley se establezca– el núcleo de la exigibilidad es la certificación de antecedentes penales –si bien se prevé una declaración complementaria que en ciertos casos puede aludir a otras circunstancias–[374]. De esta manera, se alza en criterio central de la ley la sustitución del certificado de buena conducta por el de antecedentes penales. La pretensión no era otra que

---

[372] A favor de esta opción, SAINZ MORENO, «Sobre la ejecución 'en línea directa de continuación del acto' y otros principios de la coacción administrativa: Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1977», *REDA*, 13, 1977, pp. 329-333, cuando destaca que no importan "consideraciones generales sobre las cualidades de una persona, sino su peculiar comportamiento en relación con una determinada actividad" (p. 331); o que lo que interesa es una noción concreta y no abstracta de buena conducta (p. 333).

[373] A la que ya me he referido en el apartado III.3.1. § 3. de este estudio.

[374] Sirva de ejemplo el artículo primero de la ley, en el que se dispone que "las certificaciones e informes de conducta ciudadana consistirán en la certificación de antecedentes penales, expedida por el Registro Central de Penados y Rebeldes, complementada con la declaración a que se refiere el artículo segundo, salvo prescripción en contrario, contenida en norma con rango de ley". En el artículo segundo se contempla la declaración complementaria, y entre las circunstancias previstas se alude a procesamiento o inculpación, condena en juicio de faltas en los tres años anteriores o sanción gubernamental, tras el correspondiente expediente, por hechos que guarden relación directa con el asunto a que se refiere el certificado, si bien no las impuestas por actos meramente imprudentes ni por las infracciones de tráfico.

reemplazar el posible subjetivismo de la autoridad administrativa certificante por la objetividad de la fría constatación de si había habido o no una condena penal. En perspectiva, son muchas las deficiencias que cabe achacar a esta medida legal, que pudieran fugazmente resumirse en dos. En primer lugar, el legislador, no reparó en que el cohecho administrativo encuentra su análogo en la prevaricación judicial, si se me permite el exceso metafórico. Lo que quiero decir es que la misma subjetividad que hipotéticamente concurre en la autoridad administrativa puede –o no– emerger de la autoridad judicial. Se ha obviado el eventual subjetivismo concurrente también en el rodaje de la maquinaria penal para reducir el proceso a la objetivación de su resolución sancionatoria. En segundo lugar, y lo que es más importante, tras la reforma se ha pasado de exigir un buen hacer a exigir sólo un hacer no gravemente delictivo. Así, el certificado de antecedentes penales en un Derecho penal que se plantea teóricamente una evolución hacia sus mínimos prueba sólo la no concurrencia de las infracciones más gravemente antisociales en el sometido, pero nada más. No se atiende ya a valores de la personalidad que complementen positivamente unas habilidades y destrezas técnicas, sino que se rebaja notablemente la exigencia del buen hacer. Y el problema, entiendo, no es tanto la vía escogida como el abismo que media entre ésta y la que excluye. Pasar de una exigencia de buen hacer profesional a una de no concurrencia de antecedentes penales supone un salto cualitativo que merece una argumentación más exhaustiva que la mera evitación de un hipotético subjetivismo administrativo, ya que se corre el riesgo de que tanto el destinatario como el intérprete de la norma acaben por identificar, a efectos prácticos, el buen hacer con la no condena penal, de suerte que *ser honorable equivalga a no haber sido condenado penalmente*. Lo que en última instancia debería llevarnos a ver en el Derecho penal al hacedor institucional de la moral social –además, deficitaria–, un papel que no le corresponde. Es más, me atrevo a afirmar que ambos parámetros ni siquiera han de hallarse necesariamente conectados de forma dependiente, siendo así que un sujeto puede ser honorable habiendo delinquido y no serlo a pesar de no haberlo hecho. Todo ello, por descontado, salvo que ensayemos la ficción de asumir que la honorabilidad no tiene nada que ver con el honor, en cuyo caso los imperativos de transparencia y seguridad jurídica obligarían, repito, al abandono de un significante inidóneo y confuso.

§ 4. En definitiva, se trata de evitar el encuentro casuístico con las muy diversas «honorabilidades» sectoriales vigentes. ¿Cuál ha de ser, entonces, el término a acuñar?

La fórmula española «honorabilidad» proviene, como ya dijera al introducir esta cuestión, de las Directivas Comunitarias, en las que el «*good*

reputation» inglés se traduce al francés como «*honorabilité*»[375]. La traducción constituye "una pequeña traición"[376] ya que, de haberse seguido la variante inglesa «*good reputation*» no se habría producido la confusión y superposición de significados a la que se ha llegado y "hubiera quedado protegido el término honor-honorabilidad para su genuino significado". De esta manera, quiero servirme, para terminar, de la propuesta final de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en este punto, digna de ser reproducida en su literalidad por su acierto y claridad: "aprovecharía la mínima oportunidad para arrojar lastre y para dejar dicho que donde dije honorabilidad, mucho más correcto resulta hablar de reputación, ya sea buena, ya profesional, ya contrastada o cualquier fórmula similar"[377].

§ 5. Dejando a un lado el análisis del potencial instrumental de gobierno corporativo, es mi intención concluir este capítulo con un estudio detenido de los delitos societarios del CP español de 1995; y, más concretamente, del delito de falsedad en la información social del art. 290, ya que a día de hoy constituyen la principal herramienta reactiva de nuestro Derecho sancionatorio ante el fraude empresarial.

III.4. Exposición descriptivo-crítica de la configuración actual del art. 290 CP.-

§ 1. Tradicionalmente se ha afirmado, con carácter general, que la delincuencia económica reviste importancia político-criminal en tanto en cuanto provoca la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, distorsiona el equilibrio de mercado y desvirtúa la competencia[378]. No obstante, el desencuentro científico se hace evidente tan pronto como practicamos un descenso a los cauces que en concreto han de servir para la persecución de estas ya no nuevas especies delictivas. Y es que, a pesar del incalculable esfuerzo realizado por autores que impulsaron el desarrollo científico del Derecho penal económico en particular[379], hay que reconocer que, todavía

[375] Véase, ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 130, nota 146.

[376] Así, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *RAP*, 1993, p. 95.

[377] *Ibidem*, p. 96.

[378] Así, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADPCP*, 37, 1984, pp. 677-692; p. 681; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 51.

[379] Por todos pueden verse, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995; TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español,*

hoy, la dogmática relativa a los delitos socioeconómicos sigue en proceso de construcción[380], más que nunca ahora que se cuestiona de manera generalizada la legitimación del ejercicio de la potestad penal con base en los principios ilustrados asumidos[381].

§ 2. El problema que plantea la configuración actual de los delitos societarios en el CP español es la relativa a lo que YACOBUCCI llama la *nueva legitimidad para un nuevo Derecho penal*[382]. Pretender legislar y valorar las complejas conductas que tienen lugar en el ámbito empresarial desde la clásica estructura de los delitos contra el patrimonio exigiendo los requisitos tradicionales de dichas figuras llevaría inevitablemente a la ineficiencia del sistema[383]. Como ha argumentado SILVA SÁNCHEZ[384], el desafío no está en

---

alemán), PPU, Barcelona, 1993; ID., *Estudios de derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.

[380] Esta sentencia sigue vigente doce años después de que FERRÉ OLIVÉ la formulara en «Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código Penal», *AP*, 44, 1998, pp. 877-887; p. 877. También lo puso de manifiesto en relación con los societarios, entre otros, AREÁN LALÍN, para quien "resulta particularmente desalentadora la absoluta despreocupación del legislador por coordinar armónicamente la intervención penal con los distintos mecanismos de control y de defensa existentes en el ordenamiento mercantil" (véase, «Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 13-32; p. 20).

[381] Favorable a un replanteamiento de los principios básicos del Derecho penal liberal o tradicional, RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal Económico. Reflexiones sustantivas y procesales*, Cólex, Madrid, 2001, p. 67, 10ª y última conclusión). Una cuestión amplia y magistralmente abordada por SILVA SÁNCHEZ en *La expansión*, 2011. Por otro lado, autores como GARCÍA ARÁN se han mostrado cautelosos y han advertido acerca del riesgo de incorporar a nuestra legislación penal ilícitos de naturaleza más bien administrativa o civil (véase, «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 191-200; p. 195).

[382] Véase, *La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, pp. 347 y ss. De ahí que algunos autores, entre quienes cabe citar, en la literatura italiana, a MUSCO, hayan puesto de manifiesto que la proliferación del complejo normativo jurídico-penal en materia societaria se asemeje "más a una lozana y exuberante selva tropical que a una plantación construida según un diseño orgánico de utilización de los recursos", hasta el punto de que este sea, hoy por hoy, "de difícil organización sistemática" (véase, «La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas», *RP*, 5, 2000, pp. 52-64; p. 53).

[383] Esta postura es la defendida, por ejemplo y entre otros, en Italia, por PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 78 y ss.; y, en España, por FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, 1998, p. 167; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 85; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial. Delitos Contra los intereses individuales y colectivos*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 554; DEL ROSAL BLASCO, «El delito de falsedad en la

procurar modificaciones legislativas que lleven a explicar los tipos penales según los principios de la Ilustración, sino más bien en buscar nuevos principios más acordes con la realidad actual que justifiquen la intervención penal según las necesidades político-criminales de la sociedad de este siglo. Todo ello teniendo presente que, de entrada, se ha criticado que, sin la existencia de un bien jurídico lo bastante extendido en su aprecio social, no parece preciso que un círculo cerrado de personas pueda acceder al Derecho penal para la tutela de sus intereses privados[385].

> La solución más satisfactoria hasta el momento es, según SILVA SÁNCHEZ, la de configurar un Derecho penal de «dos velocidades»[386], de manera que, en un hipotético Derecho penal de segunda velocidad que no imponga penas privativas de libertad pueda admitirse un cierto grado de flexibilización en las reglas de imputación y en las garantías tradicionales que permita sopesarlas con el principio de eficacia[387].

III.4.1. Contextualización: los delitos societarios del CP de 1995.-

§ 1. El CP español de 1995 prevé, en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II, bajo la rúbrica común «De los delitos societarios», seis

información social del artículo 290 del Código penal de 1995», Del Rosal Blasco (dir.), *Empresa y Derecho penal, I*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 61-149; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2000, p. 31, quien habla del orden económico como bien jurídico mediato y del patrimonio individual como bien jurídico técnico o inmediato.

[384] Véase, *La expansión*, 2011, pp. 165 y ss. Asimismo, véase, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales e interpretativos de los delitos socioeconómicos en el CP español de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Grijley, Lima, 2001, pp. 167-178.

[385] Por todos, QUINTERO OLIVARES, «El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 1697-1720; p. 1716, para quien los arts. 291, 293 y 294 CP no deberían existir (nota 27), y resulta inadmisible en cambio que "conductas potencialmente más graves cuales puedan ser las de los auditores de cuentas han quedado fuera del derecho penal". En idéntico sentido, VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 1305 y ss.

[386] Sobre la propuesta del Derecho penal de «dos velocidades» y la aparición de una tercera velocidad ligada al Derecho penal del enemigo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 159 y ss.

[387] Una propuesta por otro lado próxima a la que sostiene STEINERT, *Abolicionismo penal*, 1989, p. 54, cuando apunta que sería posible institucionalizar un nivel intermedio que "equivaldría a extender el arbitraje a todos los delitos posibles".

preceptos que constituyen, hasta la fecha, la única medida legal de naturaleza jurídico-penal adoptada expresamente para combatir el fraude corporativo[388].

> Nuestra legislación histórica sólo conoce, como antecedente de los vigentes delitos societarios, el art. 734 CP de 1928, que castigaba al "miembro del Consejo de Administración o de un Órgano de intervención o vigilancia de una sociedad anónima o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas sociedades que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de Accionistas consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad".
>
> Más de medio siglo después el proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980, en sus arts. 363 a 369, incluyó un repertorio de «delitos financieros» dentro del título destinado a los delitos contra el orden socioeconómico. Casi una década más tarde, el proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992, recogió, ya con la denominación de «delitos societarios»[389], similares tipos delictivos en los arts. 299 a 305 del título dedicado a la regulación legal de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico[390]. Finalmente, el proyecto de Ley Orgánica del Código

[388] Para una breve lectura introductoria relativa en concreto a los arts. 290 y 295, puede verse, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta», en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 203-227; quien, en relación con los bienes objeto de tutela, practica una lectura patrimonialista de los delitos societarios a mi entender hoy por hoy insostenible (pp. 204-206).

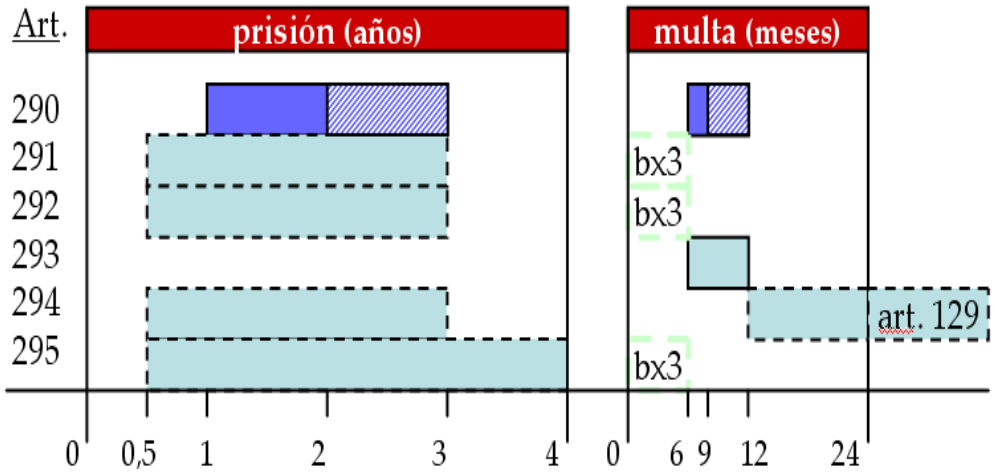
[389] El cambio de la rúbrica fue solicitado, entre otros, por STAMPA BRAUN y BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 55.

[390] Sobre la regulación de los delitos societarios en el PCP 1992 pueden verse, SERRANO GÓMEZ, «Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas», *AP*, 28, 1993, pp. 387-401; pp. 395 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, «Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992», *AP*, 13, 1994, pp. 249-264; pp. 261-262. El requisito de la causación de un daño fue uno de los más discutidos dentro del capítulo de los delitos societarios durante el proceso de discusión parlamentaria –resultan especialmente ilustrativos los debates mantenidos por los diputados LÓPEZ GARRIDO y MOHEDANO FUERTES sobre esta cuestión con ocasión de la enmienda núm. 770 del Grupo Federal de Izquierda Unida, que proponía la supresión del inciso "para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero"–. Finalmente fue en el Senado donde, a iniciativa del Grupo Socialista (enmienda núm. 355), se eliminó el requisito de la causación de un daño y se introdujo la fórmula inicialmente aprobada, relegándose la causación de un perjuicio económico a la función moduladora de la pena a modo de supuesto agravado (véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 59-60, nota 67). Con ello puede decirse que quedaban excluidos del tipo en cuestión los requisitos de intencionalidad que tan ampliamente habían sido criticados por la doctrina, con los avances que ello implicaba en materia probatoria (por todos, TIEDEMANN, «Presente y futuro del Derecho Penal Económico», *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 29-42; p. 41; y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Los delitos societarios en la reforma penal», *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 151-165; pp. 157-158).

penal de 1994 volvió a introducir, en los arts. 290 a 297, dentro del título designado a la regulación legal de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los delitos societarios.

Mi intención en este apartado no consiste en practicar un análisis en profundidad acerca de los delitos societarios, sino atajar las cuestiones comunes de mayor relevancia con el fin de descender posteriormente al estudio de la falsedad en los documentos sociales del art. 290 CP. La cual es, hoy por hoy, la respuesta que el Derecho penal español ofrece ante determinadas conductas de riesgo relacionadas con la inveracidad en la información social, tales como las expuestas en el Cap. I de este estudio con ocasión del análisis del caso Enron.

§ 2. Concretamente, en lo que interesa al presente estudio, es oportuno advertir desde un primer momento que a través del delito de falsedad en los documentos sociales se recoge, hoy por hoy, la infracción más gravemente penada en los delitos societarios, tal y como puede verse la tabla que sigue:



En ella puede observarse cómo el art. 290 CP prevé no sólo el *más elevado límite mínimo* de la pena de prisión, sino también el único ejemplo de pena de *prisión no alternativa* en todo el Cap. XIII CP. Razón por la cual propondré, en el Cap. VII de este estudio, una revisión de la penalidad del precepto que incluirá tanto el abandono de la pena privativa de libertad y su sustitución por la de inhabilitación especial, como la inclusión de una fórmula de exención análoga a la regularización de los arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP.

§ 3. El delito de falsedad en la información social ha experimentado una gestación lenta, no siempre elaborada o bien nutrida, que se remonta al PCP de 1980 y que, como expondré, empieza a acumular malformaciones que hacen difícil su aplicación pacífica. A continuación me permito ofrecer una fugaz panorámica evolutiva del delito.

<table>
<tr><td rowspan="4">rotohistoria</td><td colspan="2">PCP 1980</td></tr>
<tr><td>«Delitos financieros»
(públicos)</td><td>Art. 364.

«Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución de las partidas del activo o del pasivo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».</td></tr>
<tr><td colspan="2">PCP 1992</td></tr>
<tr><td>«Delitos societarios»
(privados ex art. 304)</td><td>Art. 299.

«Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años»

Enmiendas:

núm. 763, del Grupo IU-IC, de supresión del inciso «…para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero».

núm. 1.115, del Grupo Popular, de modificación: se propone que donde dice «…reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», se debe sustituir la disyuntiva «o» por la copulativa «y», debiendo decir: «situación jurídica y económica de la entidad».</td></tr>
<tr><td colspan="2">PCP 1994</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="5">Historia</td><td rowspan="2">«Delitos societarios»
(semipúblicos ex art. 297)</td><td>Artículo 292.

«Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

Enmienda a la totalidad del Senado de 13 de noviembre de 1995, que propone la numeración y redacción alternativas:

Artículo 293

«Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, cooperativa o Caja de Ahorros que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».</td></tr>
<tr><td>CP 1995</td></tr>
<tr><td>«Delitos societarios»
(semipúblicos ex art. 296)</td><td>Art. 290.

«Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».</td></tr>
<tr><td>PCP 2007</td></tr>
<tr><td>«Delitos societarios»
(semipúblicos ex art. 296)</td><td>Art. 290.

«Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Las mismas penas se impondrán a los auditores que, incumpliendo sus obligaciones y conociendo la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos a los que se refiere el párrafo anterior, emitieran informe favorable sobre ellos».</td></tr>
</table>

En el anteproyecto de CP de 1992 esta figura delictiva se completaba con otra que sancionaba a "los que, para causar un perjuicio a la sociedad, a

cualquiera de sus socios, o a un tercero, publicaren datos falsos relativos a la situación de una compañía mercantil, o aparentaren tener en ella participación distinta a la real" (art. 294.2), pero el precepto no fue finalmente incorporado al texto legal al considerarse que volvía a expresar, en otros términos, lo ya recogido en el art. 299[391]. Nada más lejos de la realidad si tenemos en cuenta que el art. 299 no hace referencia expresamente a la *publicación* de los datos falsos y que es precisamente esta cuestión la que recientemente ha abierto la vía del nuevo art. 282 bis, relativo a la estafa de inversores[392].

El art. 290 CP se refiere a lo que un sector de la doctrina ha calificado como una modalidad típicamente dolosa de falsedad en documento mercantil cualificada por la condición del sujeto[393]. La exigencia de la concurrencia de este dolo específico constituyó uno de los puntos de mayor discusión en el curso de la tramitación de la ley[394]. Al respecto, se enfrentaron una primera

[391] Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, p. 55, nota 58.

[392] RUIZ RODRÍGUEZ ya se había referido a esta cuestión en *Protección penal del Mercado de Valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 28 y ss., cuando afirmaba que "la falsificación de un balance y su publicidad previas al lanzamiento de una oferta pública de venta de acciones que cotizan en Bolsa, puede hacer oscilar ficticiamente su cotización induciendo a engaño a los adquirentes de las acciones, e incluso a quien pretendía comprar esos títulos y desiste por el resultado del balance. Quien compra la acción con una cotización sobrevalorada ficticiamente sufre un perjuicio patrimonial cuando aquella recupera su verdadero valor, mientras que el que desiste difícilmente podrá alegar una lesión en su patrimonio, al menos mediante una disposición" (p. 37). De ahí que el autor concluya que, si bien no presenta problemas encuadrar el primero de los casos dentro del tipo de la estafa, el segundo supuesto requiere, para su incriminación, la creación de un tipo de riesgo como el que recoge hoy el art. 290 CP. En La jurisprudencia, puede el lector consultar un ejemplo en el que se desestima la imputación por estafa y se recurre al tipo del 290 para imputar por falsedad en los documentos sociales una conducta de engaño que no llevaba consigo disposición patrimonial activa en el AAP de Barcelona de 27 de julio de 1999 (ponente, ASSALIT VIVES), FD 3º. Asimismo, aunque anterior a la entrada de los delitos societarios en el CP, resulta de gran interés el análisis situacional que practica SILVA SÁNCHEZ en «El Derecho Penal bancario en España», *AP*, 48, 1994, pp. 901-917; pp. 904 y ss. (con múltiples referencias doctrinales y jurisprudenciales), en el que declara la necesidad de introducir en nuestro sistema delitos como la estafa de crédito, la deslealtad o incluso una ampliación en la configuración del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (p. 916).

[393] Para una primera aproximación al régimen de las falsedades en el CP, véase, BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma de las falsedades documentales», *LL*, 1996-1, pp. 1668-1672; pp. 1670 y ss.

[394] En la doctrina, algunos autores sustentan la exigencia de dolo directo en los delitos de falsedad en la presencia de un elemento subjetivo que configura el delito con la naturaleza propia de los llamados «delitos de expresión», en los que aquélla viene impuesta por la necesidad de que exista una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito en el documento falso (véanse, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1998, p. 1423; y GONZÁLEZ CUSSAC, «Falsedad documental e imprudencia», *PJ*, 22, 1991, pp. 235-244).

concepción, que consideraba necesaria la existencia de un ánimo especial de defraudar por parte del administrador, a fin de evitar la sanción de meros incumplimientos formales; y una segunda que consideraba que este delito debía tratarse como cualquier otra falsedad en documento mercantil, de lo que deducía que debía suprimirse la exigencia de un perjuicio económico, tal y como expresaba el precepto en su redacción original.

§ 4. La doctrina en materia de delitos societarios es ingente[395] y se halla enfrentada desde las premisas básicas que se refieren a la adecuación de la *opción tipificadora* por la que se decantó el legislador de 1995, quien desde un primer momento optó por la entonces innovadora y discutida fórmula de los delitos llamados «semipúblicos» (o, si se prefiere, «semiprivados»)[396].

> Así, TIEDEMANN apunta, a favor de la tipificación de estos delitos, que "quien observe atentamente el desarrollo de la vida y del Derecho económico descubrirá que la creciente complejidad de aquélla ha dado lugar a una polifacética estratificación de intereses, cuya cobertura y evaluación apenas resultan factibles a través de los clásicos tipos de los delitos patrimoniales"[397]. Otros autores han

[395] Especialmente crítico con la expansión incriminadora que supone la tipificación de los delitos societarios, RODRÍGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», Bacigalupo Zapater (dir.), *La administración desleal*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 33-46; p. 45, quien, en todo caso, afirma que se ha optado por un modelo «pseudosocietario» (p. 36). También, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, p. 27, quien caracteriza los delitos societarios como «cosméticos» y «demagógicos»; y FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *RP*, 1, 1998, pp. 21-29; p. 21.

[396] A través del cuestionado art. 296 CP, fórmula en cualquier caso ya probadamente fallida. Pueden verse, al respecto, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el artículo 296», *LL*, 2000-7, pp. 1310-1315; y FARALDO CABANA, «Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los arts. 296 y 297 del Código Penal de 1995», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 49-69, para quien, no obstante, "el régimen de procedibilidad de los delitos societarios se aproxima más al de los delitos públicos que al de los delitos privados" (p. 55). Una consideración que, en cualquier caso, dependerá de la postura que se adopte acerca del bien jurídico protegido. En todo caso, las razones relativas a las condiciones de procedibilidad vigentes parecen referirse originariamente a una política criminal preocupada en primer término por la economía de gastos (pp. 56-58, con amplias remisiones bibliográficas). Asimismo, muy acertado, GARCÍA ARÁN, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, p. 199: "si el Estado reconoce que frente a un conflicto entre autor y víctima, su intervención es sólo subsidiaria, está reconociendo en realidad que el conflicto entre autor y Estado es mínimo y, en todo caso, renunciable".

[397] Véase, «Consideración crítica de la Propuesta del Anteproyecto de Nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el Derecho comparado», *RICASV*, 21, 1984, pp. 47-59; p. 49. De ahí que algunos de los partidarios de la incriminación hayan advertido que la mayor gravedad de estos comportamientos en comparación con las figuras de delincuencia patrimonial tradicionales exige que la pena atribuida a las conductas recogidas en los *nuevos* delitos societarios sean superiores a las que se recogen para las

advertido que, al pivotar el derecho sancionador sobre un *orden económico-patrimonial* concebido a partir de la dimensión clásica del derecho a la propiedad como paradigma del bien jurídico protegido, hasta la tipificación de los delitos societarios en el CP de 1995 las agresiones contra el orden socioeconómico aparecían desdibujadas[398]. De la misma manera, el TS había insistido en las carencias normativas que aquejaban a nuestro CP en la materia[399]. Además, no podemos ignorar que la técnica de la tipificación en leyes especiales puede provocar una innecesaria reiteración de los tipos[400], lo que en cualquier caso sigue sucediendo cuando estos se contemplan, con una vocación de generalidad, en el CP. No obstante, la opción por la codificación penal de estos tipos es contraria a lo que ha sido lo habitual en algunos sistemas de Derecho comparado, donde los ilícitos de esta naturaleza se han regulado en normas jurídicas situadas fuera del CP[401].

---

modalidades básicas anteriores. Véase, GALLEGO SOLER, «Política criminal en materia de delitos societarios», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 209-294; p. 287; GALLEGO DÍAZ, «Los delitos societarios y las fundaciones», *RDP*, 14, 2005, pp. 11-54, p. 38. En esta línea, la STS 867/2002, de 29 de julio (ponente, MARTÍN PALLÍN) manifestaba, con ocasión del tratamiento del art. 290 CP e invocando el principio de proporcionalidad, que el tipo merecía la previsión de una franja punitiva que, partiendo del mínimo actualmente previsto (un año de prisión), pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, a favor de una mejor individualización de las penas. Muy crítico en este punto, en la doctrina abolicionista, STEINERT, para quien "la 'individualización' en la ley penal es una función de la individualización en la sociedad, que contiene una gran dosis de 'individualización represiva'" (véase, «Más allá del delito y de la pena», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 35-56; p. 38).

[398] Así, por ejemplo, SEQUEROS SAZATORNIL, «El alumbramiento de los delitos societarios: juicio sobre la necesidad y oportunidad de su regulación», *PCEJMJ*, 2004, pp. 1038-1122; p. 1048.

[399] Por ejemplo, en su sentencia de 17 de marzo de 1981 (ponente, CASTRO PÉREZ), concluyendo que "no existiendo en nuestra legislación penal actual, el delito de Administración fraudulenta, los hechos establecidos como probados en el relato fáctico de la resolución impugnada, no revisten los caracteres delictivos", y absolviendo a los imputados por delitos de estafa y apropiación indebida. También las SSTS de 29 y 31 de enero de 1991 (ponente, en ambas, MÓNER MUÑOZ), FFDD 9º y 2º, respectivamente; la 721/1993, de 30 de marzo (ponente, COTTA MÁRQUEZ DE PRADO), FD 2º; y la 733/1993, de 2 de abril (ponente, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ), FD 4º.

[400] Ejemplo prototípico de ello es el del Derecho alemán, en el que algunos preceptos aparecen repetidos, en lo esencial de sus descripciones, en la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en la *Ley de Sociedades por Acciones* y en el *Código de Comercio* (véase, sobre el llamado Derecho penal accesorio en Alemania –o *Nebenstrafrecht*–, CORCOY BIDASOLO, «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 25-40; pp. 25-26).

[401] En el Derecho alemán, por ejemplo, si exceptuamos algunos tipos genéricos contenidos en el *StGB*, como es el caso, por ejemplo, de la administración desleal, que se regula con carácter general y no sólo societario en el § 266, el núcleo fundamental de los delitos societarios está incluido en la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en la *Ley de Sociedades por Acciones* y en el *Código de Comercio*. En Italia, es el Código civil el

§ 5. También la cuestión del *bien jurídico protegido* ha sido y es, todavía hoy, objeto de debate doctrinal. Materialmente no les falta razón a quienes se suman al entramado argumental italianista de la concepción amplia del Derecho penal económico, al entender que la delincuencia societaria no afecta a intereses individuales sino que se trata más bien de un fenómeno económico desde el punto de vista nacional[402]. Sin embargo, a la hora de ampliar competencias del Derecho penal hay que tener presente en todo momento que este constituye, como se ha reiterado desde todos los frentes, la última *ratio legis* de la potestad sancionadora del Estado y debe por tanto caminar de la mano del principio de intervención mínima[403]. Así, si bien es cierto que la administración fraudulenta de una gran sociedad que cotiza en bolsa puede llegar a afectar a la salud del comercio nacional, este no puede ser considerado un bien jurídico-penal a proteger a través de los delitos societarios.

---

que recoge, fundamentalmente, el repertorio de los delitos societarios, al margen de que existen también normas sectoriales dispersas en el ordenamiento jurídico. Por último, en Francia el *Código de Sociedades* es el que contiene la regulación de los delitos societarios.

[402] Dicha concepción del Derecho penal económico encuentra su razón de ser en la experiencia del proceso de corrupción político-administrativa generalizada que sufrió Italia a mediados de la década de los noventa, conocido como *Tangentopoli*. El término, acuñado por el periodismo italiano, puede ser traducido como «ciudad de la comisión», en referencia al porcentaje de dinero que los políticos y/o administradores públicos recibían a cambio de favores concedidos a particulares. Para más información acerca del concepto y la contextualización político-social del *Tangentopoli*, véase, entre la vastísima bibliografía, GONZÁLEZ GUERRA, «El nuevo "falso in bilancio" y su relación con el delito de falsedad en los documentos societarios del CP español. Reflexiones en torno al proceso de reforma del emblemático delito de falsedad en los documentos societarios del art. 2621 núm. 1 del Codice Civile italiano», *AP*, 5, 2002, pp. 83-103; p. 85; remitiéndose a MAGATTI, «Tangentopoli, un aquestione sociale», *Il Mulino*, 6, 1996, pp. 1058-1069. A favor de la concepción amplia, CONTI, «La revisione del Diritto penale societario», *Le società*, 2, 2000, pp. 185-188. En la doctrina española, cercano a esta concepción, SEQUEROS SAZATORNIL, *PCEJMJ*, 2004, p. 1044.

[403] Sobre esta cuestión se han pronunciado ya muy crítica y extensamente, y desde el comienzo de los debates parlamentarios que llevaran a la inclusión de los societarios en 1995 –y antes a los llamados «delitos financieros»–, tanto la doctrina penal como la mercantil. Basta con que el lector acuda, por ejemplo y entre otros muchos, en el ámbito penal, a RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, pp. 688-689; MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal», *CPC*, 16, 1982, pp. 107-132; p. 118; GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *EPC*, 17, 1994, pp. 127-190; p. 185; GÓRRIZ NÚÑEZ, «Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 339-346; p. 340. En el ámbito mercantil, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, pp. 23 y ss.

Ante semejante disyuntiva, la doctrina europea se divide entre aquéllos que consideran que estamos ante delitos de carácter socioeconómico y los que entienden que son delitos patrimoniales[404]. En cualquier caso, lo cierto es que hasta la fecha se ha venido considerando mayoritariamente que nos hallamos ante delitos *pluriofensivos*[405], en la medida en que protegen un abanico de intereses: los de la sociedad, los de los socios y los de terceros, sean acreedores sociales o no. No obstante, huelga decir que esta fórmula, que nada aporta al estudio y la comprensión de los delitos en cuestión tanto

[404] En el primer sentido, por ejemplo, JIMÉNEZ VILLAREJO, «De los delitos societarios y contra los consumidores», *RJG*, 1, 1996, pp. 21 y ss. En el segundo, DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; pp. 19 y ss. y, más concretamente, al tratar cada delito en particular; ID., Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1404-1446; p. 1409. También GALLEGO SOLER, *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, para quien "el único bien jurídico-penal es el patrimonio de los sujetos pasivos, que se ve lesionado o puesto en peligro mediante una falsedad idónea para provocar dichos resultados" (p. 279). SEQUEROS SAZATORNIL, en cambio, se inclina por la teoría de la compatibilidad, complementariedad y posible concurrencia de ambos bienes jurídicos (véase, *Delitos Societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 37 y ss., y a lo largo de la obra con ocasión del estudio de cada delito). En el seno de la doctrina alemana, en cambio, la discusión sobre el bien jurídico protegido en los preceptos del «Derecho penal del balance» ha ido por derroteros ligeramente diferentes. Así, la doctrina ampliamente mayoritaria no duda en aceptar que el bien jurídico en ellos protegido es la confianza en que determinados datos o informaciones sobre aspectos importantes de la sociedad sean correctos y completos. Sobre esta base, se entiende que el círculo de personas cuyos intereses son instrumentalmente tutelados en dichos preceptos incluye a la propia sociedad, a los socios y a los terceros, actual o potencialmente relacionados de alguna manera con la sociedad.

[405] Así lo ha hecho tradicionalmente la doctrina italiana en relación con el art. 2621.1 CC. No obstante, y como ocurre con los delitos societarios en general en la legislación penal española actualmente vigente, el debate doctrinal y jurisprudencial en torno al esclarecimiento del bien jurídico tutelado por las formas típicas relativas a la falsedad en los documentos sociales (el *falso in bilancio*) no ha sido pacífico en la experiencia italiana. Así por ejemplo, resultan muy ilustrativas las palabras de MUSCO que me permito traducir y reproducir a continuación: "la jurisprudencia y la doctrina, el derecho viviente y la elaboración científica hablan lenguajes diametralmente opuestos, signo inequívoco de oposición ideológica de valencia irreconciliable. El primero es un lenguaje monótono, constante, monocromático, el segundo es polifónico, variopinto, disonante, casi anárquico" (en *Diritto Penale Societario*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 62). Más extensamente sobre la problemática del bien jurídico protegido en la falsedad en las comunicaciones sociales en el Derecho penal italiano, MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 47-51, para quien el Derecho penal societario "constituye generalmente una suerte de apéndice de la regulación civilista de las sociedades comerciales" (p. 50). Sobre las diferencias entre el delito italiano y el español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La tutela penal de la información societaria dirigida al público en el ámbito del mercado financiero», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1041-1058; p. 1047.

desde una perspectiva estrictamente dogmática o «intrasistémica» como desde una político-criminal o «extrasistémica», ha cumplido una improrrogable función de pagaré científico que todavía hoy aguarda una solvencia suficiente. Y es que tengo la fundada sospecha de que bajo la rúbrica común «De los delitos societarios» convergen no sólo tipos penales que no debieran serlo –o que debieran ser conductas de naturaleza no penal–, sino también tipos que, mereciendo su penalidad, vienen a estructurarse sobre muy distintos objetos de tutela, siendo su configuración a modo de delitos pluriofensivos una puerta abierta al fenómeno expansivo que se traduce en graves dificultades de interpretación y aplicación[406]. De ahí que el legislador optara por tipificar las discutibles condiciones de perseguibilidad recogidas en el art. 296, del cual se sigue que los delitos societarios, cuando no afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas[407], son delitos que procesalmente operan como privados[408]. Una cuestión, la relativa a las

[406] Así, en Italia, MAZZACUVA, *Il falso in Bilancio*, 1996, p. 48. En España, por todos, GONZÁLEZ GUERRA, «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 163-205; p. 181.

[407] Sobre esta fórmula de marcada influencia italiana se ha pronunciado, en la jurisprudencia española, la SAP de Almería 96/2003, de 5 de mayo (ponente, MARTÍNEZ ABAD), interpretando el concepto de «interés general» como una referencia a "intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes para el correcto funcionamiento de la economía general"; e interpretando el concepto de «pluralidad de personas» en el sentido de «multiplicidad» o referido a muchas personas, tal y como el TS ha venido haciendo respecto a la estafa (FD 1º). En el mismo sentido, la SAP de Málaga 47/2002, de 22 de julio (ponente, BENÍTEZ YÉBENES), y la SAP de Madrid 323/2001, de 3 de septiembre (ponente, POLO GARCÍA).

[408] Así lo ha puesto de manifiesto la ya citada STS de 29 de julio de 2002, relativa al «Caso Banesto». Asimismo, la SAP de Madrid de 3 de septiembre –también citada– ha llegado a aceptar que el perdón de los socios extingue la responsabilidad penal (FD 1º). En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina penal se han pronunciado acerca del potencial peligro que hubiera entrañado una fórmula abierta de denuncia, a modo de delito común, que pudiera abrir la vía de la utilización de la denuncia o de la querella como instrumento de chantaje, vendiendo la renuncia del ejercicio de la acción penal a cambio de un precio. Así, por ejemplo, la SAP de Badajoz 20/2001, de 21 de junio (ponente, MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA), FD 3º. En la doctrina, RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Hacia un Derecho Penal privado o secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)», *AJA*, 251, 1996, pp. 1-6; p. 2, criticando que un derecho de delitos semiprivados "se acerca a la tan denostada y supuestamente superada 'prisión por deudas'". También, si bien refiriéndose a la configuración de los tipos anterior a la de 1995, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», *PJ*, 28, 1992, pp. 172-205; p. 201, dedicando un epígrafe a la exigencia, muy acertada, de una normativa extra-penal que ayude a la incriminación económico-societaria (p. 176). Y GALLEGO SOLER, *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, p. 288.

condiciones de perseguibilidad, que puede encubrir argumentos de más hondo calado que el meramente procesal, como pueda ser que el bien jurídico sea susceptible de disposición o que informe acerca de un posible cuestionamiento de la intervención mínima y la subsidiariedad. En cualquier caso, este aspecto ha sido omitido por la reforma del CP recientemente aprobada y, como apunta QUINTERO OLIVARES, sigue siendo uno de los temas «eternamente pendientes»[409]. El principal inconveniente del argumento de la pluriofensividad es que de él cabe deducir, como han hecho algunos autores, el carácter pluriofensivo de todos los tipos penales. Así, todas las falsedades son *per se* pluriofensivas en cuanto instrumentales en el sentido de que el autor no persigue con ellas directamente lesionar la funcionalidad del documento en cuestión, sino que ello le sirve para materializar un objeto ulterior[410].

Los delitos de falsedad han sido considerados por unos como atentados contra la propiedad; por otros, como figuras delictivas caracterizadas por el medio de comisión y, por la mayoría, como quebrantamientos de la fe pública. Tal variedad de opiniones se debe al hecho de que bajo la denominación de falsedades se agrupa una serie de delitos de muy diversa naturaleza[411]. No falta quien se manifiesta contrariamente a la consideración de la fe pública como bien jurídico de carácter sustantivo por considerar que los denominados delitos contra la fe pública son conceptos

[409] Véase, «Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Código penal», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 15-26; p. 25. El autor, con razón, se confiesa sorprendido por las grandes diferencias que el proyecto aprobado introduce con respecto a su antecedente inmediato, el anteproyecto de 2006-2007 (pp. 23 y ss.), al que me referiré en el apartado III.4.3 a) de este estudio.

[410] Por ejemplo, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales: (en el Código penal de 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 26 y 154. Por su parte, HASSEMER y MUÑOZ CONDE interpretan el objeto de tutela en las falsedades documentales desde la perspectiva del interés de los afectados por el tráfico jurídico en la integridad de los documentos en cuanto medios probatorios (en *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 109). En este sentido, las SSTS de 22 de marzo de 1995 (ponente, HERNANDO SANTIAGO), FD 4º (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y de 19 de abril de 1989 (ponente, DÍAZ PALOS), FFDD 1º, 2º y 3º.

[411] En la doctrina italiana, por ejemplo, GIULIANI incluye este delito entre los que lesionan la propiedad real (en *Instituzioni di dritto criminale*, II, Macerata, Milán, 1856, p. 564). Con FILANGIERI, en cambio, se inicia la doctrina de los delitos de falsedad como atentatorios contra la fe pública, considerada como bien jurídico con carácter sustantivo (véase, *Scienza della legislazione*, *III*, G. Silvestri, Milán, 1817, p. 109). Una doctrina a la que más adelante dará continuidad, entre otros, MIRTO (véase, *Il diritto penale della società*, Giuffrè, Milán, 1954, p. 143).

artificiosos e indeterminados[412]. En esta línea, ya VON LISZT expresaba, con acierto, que el legislador no protege la moneda o los documentos por sí mismos, sino en atención a otros bienes jurídicos. Así, si los documentos son tutelados por la ley penal, ello es debido a que tienen un indudable valor con respecto a ciertos bienes jurídicos, de manera que si ha de existir un criterio que justifique la reunión en una determinada categoría de hechos delictivos de las distintas modalidades de falsedad punible, este criterio no es otro que el del *medio de comisión*[413].

La opción del CP de 1995 en esta cuestión es peculiar. Según LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, dos autores que tuvieron un protagonismo muy relevante[414] en los trabajos parlamentarios del CP de 1995, "la forma en la que el legislador ha confeccionado el Título XIII de dicho texto legal indica claramente la intención de no tomar partido acerca de los bienes jurídicos que se protegen en todos los delitos aquí recogidos, donde pueden identificarse tanto lesiones de los conceptos patrimoniales clásicos como afectaciones a intereses colectivos de carácter supraindividual y referibles a un concepto más o menos difuso del orden socioeconómico"[415].

---

[412] Así, por ejemplo, GABBA, quien admite únicamente la existencia de una ofensa a la confianza social en el caso de una falsedad perpetrada por funcionario público, ya que ello dicho funcionario público viola el contrato celebrado entre él y la sociedad, y traiciona la confianza depositada en él. En cambio, advierte, "la falsedad cometida por particulares no es sino una verdadera estafa que podrá y deberá ser penada más severamente" (*apud* FINZI, *I reati di falso*, *II*, Bocca, Turín, 1908, p. 136).

[413] Véase, *Lehrbuch de Deutschen Strafrechts*, *II*, Guttenberg, Berlín, 1932, §§ 158 y ss. Para FERRER SAMA, la sola existencia de los delitos de falsedad en documento privado pone de manifiesto que no todos los delitos relativos a la falsedad pueden considerarse como atentatorios a la fe pública. Más bien debemos fijar la atención en aquel elemento característico de toda falsedad cual es la falta a la verdad, la *mutatio veritatis*. PESSINA advierte, al respecto, que no basta esa *mutatio veritatis* para la existencia de la falsedad punible, sino que es preciso que ésta vaya acompañada del dolo específico, al que el autor llama *imitatio* (véase, *Elementi di diritto penale*, *III*, Riccardo Marghieri di gius, Nápoles, 1885, pp. 126 y ss.). Tal elemento intencional, para él, exige varias condiciones esenciales: una es la conciencia de la falta de verdad en el contenido de aquello que constituye la imitación de lo verdadero; la otra es el intento de obtener alguna cosa que jurídicamente no se podría lograr, lo cual implica un intento de conculcar un interés jurídicamente protegido (el denominado *animus ius laedendi*).

[414] Como los propios autores exponen en el prólogo a *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.

[415] En *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 128. En el mismo sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «Delitos societarios», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1107-1123; p. 1107, cuando establece que el criterio que agrupa los delitos societarios "no es la protección de un bien jurídico común, sino el hecho de que se realicen en el ámbito de las sociedades mercantiles"

De esta manera, la doctrina parece convenir pacíficamente en una clasificación de las figuras delictivas societarias en función tanto de la conducta desplegada por el agente como por el bien jurídico aparentemente protegido[416], la cual distingue entre: (a) infracciones de *falsedad* (art. 290); (b) infracciones de *infidelidad* (arts. 291, 292, 293, 294 y 295); e (c) infracciones de *obstaculización* (art. 294)[417].

§ 6. La expresión «administrador de derecho» encierra un término normativo jurídico ya valorado y que debe ser interpretado a la luz de la legislación mercantil[418], habida cuenta que la configuración de los órganos de administración presenta variantes según el tipo de entidad de que se trate[419], y al Derecho mercantil corresponde su establecimiento y precisión. En cambio, la delimitación del concepto de «administrador de hecho» ha generado una gran controversia doctrinal y jurisprudencial, ya que existe una noción jurídico-mercantil que algunos autores han querido trasladar a la interpretación de este concepto en materia de delitos societarios[420]. El

(§ 12195). Recientemente, y con ocasión de la reforma del CP de 2010, ÁLVAREZ GARCÍA se mostraba partidario de un incremento del amparo de lo colectivo, "lo que en el ámbito penal implica la imposición de penas más adecuadas a lo injusto típico (…) y en ocasiones más duras, más prolongadas" (véase, «Código penal y política criminal», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 17-38; p. 25).

[416] Véase, DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1414. Sobre los destinatarios de la información, la norma no establece el requisito de la pluralidad de destinatarios, de donde cabe deducir que debe considerarse documento cualquier comunicación con independencia de si tiene un solo destinatario, si bien en la práctica resulta difícil encontrar un documento social con un único destinatario potencial (sobre la cuestión, en el foro de la literatura doctrinal italiana, MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 1996, pp. 66-81; AZZALI, «Caratteri e problemi del diritto di false comunicazioni sociali», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 4, 1991, pp. 365-402; CRESPI, «Le comunicazione sociali con unico destinatario», *Rivista della Società*, 1988, pp. 1121-1133; FOGLIA MANZILLO, «Le false comunicazione sociali: nuovi problemi interpretativi», *GP,* 2, 1990, pp. 379-383).

[417] Véanse, por todos, MANZANARES SAMANIEGO, «Los administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal», *AP*, 13, 1997, pp. 277-297; p. 288; DE SOTO CARNIAGO, «El falseamiento en la información social en las sociedades mercantiles», *AFD (UE)*, 14-15, 1996-1997, pp. 443-456; p. 447.

[418] Véase, FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 76.

[419] De esta manera, dentro de las sociedades mercantiles se distingue fundamentalmente entre los administradores de las sociedades personalistas y los de las sociedades capitalistas, siendo así que su posición es distinta en unas y otras.

[420] Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, pp. 45-47, quien sentencia que "lógicamente, son los administradores 'de derecho' (entendiendo por tales las personas pertenecientes al órgano de administración de la sociedad e inscritas como tales en el Registro Mercantil) los destinatarios naturales de estas figuras", refiriéndose a los tipos

fenómeno de la administración de hecho surge extramuros del sistema legal[421], de cara a procurar un acercamiento del Derecho a las relaciones existentes de facto que no puede desconocer. Son, pues, administradores de hecho, aquellas personas que ejercen las funciones del cargo de administrador sin que medie nombramiento válido alguno, con un nombramiento vicioso o con cargo extinguido. La cuestión es que tal apariencia jurídica por parte de los administradores de hecho, ese actuar «como si lo fueran», puede provocar un daño a la sociedad, a accionistas o a terceros[422].

Así, algunos autores califican como administradores de hecho a los administradores con nombramiento irregular o no inscrito en el Registro por ausencia de requisitos necesarios conforme a la Ley mercantil[423], mientras que otros consideran irrelevante la ausencia de inscripción[424]. En cualquier caso, no parece que la discusión merezca una relevancia penal excesiva, por cuanto nadie discute que un administrador no inscrito en el Registro o con nombramiento irregular o caducado pueda ser autor de los delitos societarios. La sociedad, como potencia de acción comercial, no puede quedar sin cargo rector. Es llamativo cómo, superada la problemática nominal relativa a la definición de los administradores de hecho, el ordenamiento aplica a éstos el mismo régimen general de responsabilidad social previsto para los administradores de derecho (art. 236 LSC).

Por su parte, VALLE MUÑIZ defiende una interpretación amplia del sentido de las expresiones «administrador de hecho» y «administrador de

---

delictivos recogidos en el capítulo relativo a los delitos societarios, a excepción de los arts. 291 y 292, los cuales afectan de forma fundamental a los socios. En la jurisprudencia los pronunciamientos han sido de distinto signo a lo largo de los años, pero hoy por hoy parecen adscribirse a las tesis materiales mayoritarias, entendiendo que son administradores de hecho "aquellos que, *de hecho*, ejerzan funciones propias del cargo o realicen los actos materiales inherentes al desempeño del mismo, habiendo sido designados como tales por la sociedad, pero sin tener debidamente perfeccionado o formalizado su nombramiento" (SAP de Alicante 92/2000, de 24 de febrero (ponente, DE URQUÍA GÓMEZ), FD 2º. Haciendo también referencia al nombramiento aquejado de defecto o vicio, la SAP de Sevilla 506/2000, de 18 de septiembre (ponente, CARMONA RUANO), FD 5º.

[421] Véase, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 49.

[422] Véase, GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de la sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 91-92. Tangencialmente, sobre la figura del llamado «administrador oculto», véase, PERDICES HUETOS, «Significado actual de los "administradores de hecho": los que administran el hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS, 24 de septiembre 2001», *RDS*, 18, 2002, pp. 277-288; pp. 284 y ss.

[423] Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, 2011, pp. 349-350.

[424] Véase, GÓMEZ-BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Cólex, Madrid, 2001, p. 94.

derecho», de suerte que por administrador deba entenderse, en el ámbito del Derecho penal, "cualquier persona, física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad"[425]. También FARALDO CABANA advierte acerca de la autonomía que goza el Derecho penal respecto al Derecho mercantil, de manera que incluso las nociones técnicas procedentes de este sector del ordenamiento jurídico pueden experimentar una transformación al entrar en contacto con el Derecho penal[426]. Así, autores como GARCÍA CAVERO[427] o GONZÁLEZ GUERRA[428], han apuntado que la conducta aparentemente típica de los administradores de hecho quedaría necesariamente abarcada por el riesgo permitido[429] si, en

[425] Véase, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *arts. 290 y ss. Delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 663.

[426] Véase, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, 2003, p. 49.

[427] Véase, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, asegurando que "el sujeto que desempeña tácticamente el cargo de administrador con consentimiento o tolerancia de los socios no puede (…) ser sancionado", ya que "el consentimiento fuera de sus maneras jurídicas de ser expresado no es fuente de obligaciones institucionales" (p. 220).

[428] Véase, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 190-191, matizando que las únicas excepciones serían la existencia de un nombramiento defectuoso de administrador y el supuesto de los liquidadores de la empresa, a quienes sí cabría equiparar a los administradores de derecho.

[429] La problemática relativa a los límites entre la simple falta de claridad o corrección en la presentación de la información social y la existencia de un delito de falsedad ha sido puesta de manifiesto, en la jurisprudencia y entre otras, por las SSTS 1458/2003, de 7 de noviembre (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO), FD 3º; 1117/2004, de 11 de octubre (ponente, DELGADO GARCÍA), FD 3º; 791/2008, de 20 de noviembre (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), FD 3º; 1339/2002, de 12 de julio (ponente, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), FD 6º; 863/2009, de 16 de julio (ponente, GRANADOS PÉREZ), FD 1º. En la doctrina, entre otros, SÁNCHEZ ÁLVAREZ advierte acerca del "alto grado valorativo del que viene rodeada esta materia, que terminará dejando (…) en manos de los peritos, dilucidar en gran medida si ha habido delito o si estamos en presencia de simples irregularidades o criterios técnicos diferentes" (véase, *Los delitos societarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, p. 107). En la literatura italiana, puede verse, CALAMANTI, «La responsabilità penale degli amministratori di società controllate per falsità 'indiretta' del bilancio consolidato», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 13, 2000, pp. 553-590. Para un conocimiento acerca de los espacios de riesgo permitido en concreto en la materia habrá que estar a lo dispuesto en las circulares del Banco de España (véase la Circular 4/1991, de 27 de junio, sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros, dirigida a entidades de crédito) y en las normas técnicas y mercantiles sobre la elaboración de las cuentas anuales o del documento social de que se trate. Véase, GONZÁLEZ GUERRA, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, p. 200. También, GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002; ID., *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, p. 229, asegurando que la finalidad del precepto es operar como «delito barrera» y manifestando que "para la operatividad de este delito es indiferente que los libros de comercio hagan fe o no de su contenido, porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento".

lugar de entender la configuración de los societarios como delitos de competencia por organización, interpretáramos que estos se hallan configurados con base en deberes extra-penales adjudicables a un rol social, a saber, el del administrador (de pleno derecho)[430]. Una postura que no comparto, ya que a efectos penales el administrador de hecho y el de derecho *comparten* un idéntico rol social.

La sociedad colectiva o comanditaria representa un ejemplo paradigmático de lo anterior. Y es que, a tenor de lo dispuesto en el art. 37 CCo, que exige al socio la firma de las cuentas anuales –haciéndole «ilimitadamente responsable por las deudas sociales»–, éste debe sin duda ser abarcado por el concepto penal de administrador de hecho a efectos del art. 290 CP[431]. De igual manera que deberá ser considerado administrador de hecho el secretario de una sociedad cuando se trate de una falsedad cometida sobre el acta de una Junta, si se considera ésta documento típico a efectos del art. 290 CP[432]. Se discute la naturaleza de los cargos directivos, sin que quede en entredicho su cualidad de administradores, aun cuando estos ni siquiera ostenten la cualidad de comerciante[433].

Es lógico pensar que *quien administra gobierna*, dirige un algo o a un alguien, y que ello consiste, entre otras cosas, en la ordenación, disposición y organización de ese algo o alguien y su complejo de acciones. Asimismo, cabe pensar que quien administra no lo hace sólo, más aún cuando el objeto de administración consiste en un ente al que el ordenamiento jurídico confiere personalidad jurídica propia. De ahí que el legislador se decantara por el empleo de la forma plural para tipificar al sujeto activo del delito de falsedad societaria del art. 290 CP. No obstante, algunos autores se han percatado de que la omisión del empresario individual como posible sujeto activo

[430] Expresamente en contra de esta última cuestión, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 161.

[431] En este sentido, RÍOS CORBACHO, *RdPP*, 2005, p. 66; SÁNCHEZ-ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, p. 102.

[432] RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que deberán considerarse penalmente irrelevantes a efectos del art. 290 CP las falsedad cometidas sobre la documentación contable que precede a la conformación de las cuentas anuales, por ejemplo aquéllas que se viertan sobre las actas, que no recogen estados o situaciones de la sociedad (véase, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 53-54). En la misma línea, FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, 1998, p. 188. También la SAP de Badajoz 71/1997, de 2 de julio (ponente, MARTÍNEZ DE LA CONCHA ÁLVAREZ DEL VAYO), FD 2º.

[433] En este sentido, la STS 2371/1993, de 25 de octubre (ponente, DE VEGA RUIZ) calificó como «comerciante de hecho» al que primero fue Jefe de Ventas y después Director General y que colaboraba con el Administrador único en la adopción de decisiones que después él mismo ejecutaba.

constituye una laguna punitiva, entendiéndose aquí empresario individual como persona física titular y gestora del propio negocio[434]. En efecto, el empresario individual no podría cometer un falseamiento idóneo para perjudicar a los socios o a la sociedad, pero sí un falseamiento idóneo para perjudicar a terceros. Así, GONZÁLEZ GUERRA, ante la imposibilidad de extender el art. 290 al falseamiento cometido por el empresario individual –pues ello constituiría una analogía *in malam partem*–, propone una interpretación restrictiva del tipo según la cual excluye de su ámbito de aplicación no solamente a los empresarios individuales, sino también a las pequeñas empresas[435].

Por su parte CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN declaran que "a partir de este momento, la regulación mercantil sobre la responsabilidad de los administradores sociales empieza a convivir con la regulación penal, y consecuentemente deberá deslindarse el campo de actuación de una y otra en atención a los principios de ofensividad y *ultima ratio* del Derecho penal"[436].

---

[434] Sobre este problema, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, pp. 101 y ss. Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ explica cómo la exclusión del empresario individual responde a que su responsabilidad frente a terceros no es limitada, como en el caso de las sociedades, sino que responde ante terceros con todos sus bienes, presentes y futuros, en virtud de lo dispuesto en el art. 1911 del CC (en «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *PJ*, 28, 1992, p. 184). Sin embargo, PASTOR entiende, estimo que con rayano acierto, que, el hecho de "que el tercero pueda, en el caso del empresario individual, dirigir sus acciones contra todo el patrimonio de este último incide ciertamente en sus posibilidades de proteger civilmente su patrimonio, pero no parece que deba restar gravedad, desde la perspectiva del Derecho penal, al comportamiento de falseamiento idóneo para perjudicar" (en «Algunos problemas interpretativos del art. 290 del Código penal a la luz de los casos de la jurisprudencia», *LL*, 2006-4, pp. 1584-1592, p. 1592).

[435] En *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 185 y ss. Según el autor, el art. 290 sanciona la infracción de un deber cualificado que solamente recae en los administradores que tienen una responsabilidad respecto a la institución del «ahorro», esencial en la configuración de la sociedad actual. En consecuencia, los administradores sobre los que recae tal deber son los de aquéllas sociedades donde la suscripción de participaciones se realiza sin limitaciones. El tema relativo a la exclusión del empresario individual del tipo de falsas comunicaciones sociales fue inicialmente planteado por SÁNCHEZ ÁLVAREZ en *Los delitos societarios*, 1996, p. 101. En sentido similar se pronunció asimismo NÚÑEZ CASTAÑO, quien interpreta que estos casos han de ser castigados como estafas clásicas (véase, *La estafa de crédito*, 1998, p. 277).

[436] Así, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1081. Sobre la «última ratio» en el marco del denominado Derecho penal *expansivo*, FEIJOO SÁNCHEZ apunta, crítico con el fenómeno al que la doctrina se ha referido ya ampliamente, que "el proceso expansivo del Derecho penal convierte a éste en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales", llegando a constituirse en cada vez más espacios de intervención como *prima ratio* o *sola ratio* (en «Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad del riesgo'», *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI.* Liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio*

Así, cabe pensar que si ambas regulaciones «conviven» en la tipificación de los delitos societarios, es posible afirmar que existen diferentemente sobre un objeto idéntico. Y ello implica que el Derecho penal tiene el deber de confeccionar un concepto propio de administrador, coincidente o no, en mayor o menor medida, con el que ofrecen otras disciplinas, pero en cualquier caso autónomo.

§ 7. En suma, he tratado de poner de manifiesto que, en materia de delitos societarios, la doctrina es abundante y en ella existen fuertes discrepancias no resueltas. Las cuales se refieren incluso a la conveniencia o no de prever un catálogo de delitos societarios, y, en caso afirmativo, a si éstos debieran ubicarse en el CP o en una ley especial –como se hizo en su día con el contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre)–.

En concreto, el delito de falsedad en la información social del art. 290, cuya gestación se remonta al PCP de 1980, ha sido objeto de importantes discusiones doctrinales, y de la práctica jurisprudencial no cabe extraer criterios esclarecedores de cara a la interpretación de aspectos como: el dolo exigible (desde un primer momento tuvo lugar una confrontación entre quienes estaban a favor de exigir un ánimo especial de defraudar y quienes consideraban que el delito debía tratarse como cualquier otra falsedad mercantil), o el *bien jurídico protegido* por el precepto (la doctrina todavía hoy se divide entre quienes entienden que se trata de un delito de carácter socioeconómico y quienes optan por considerarlo un delito patrimonial, caracterizado por notas de especialidad). En relación con la primera cuestión, es minoritaria la posición de quienes exigen la concurrencia de dolo directo, pero no puede decirse que sea mayoritaria la de quienes admiten el dolo eventual. La segunda cuestión, en cambio, ha encontrado un mayor consenso –si bien incierto–, que pasa por adjudicar al precepto, y a todos los delitos societarios, la naturaleza de pluriofensivos. Lo cual no soluciona nada. Estas cuestiones serán tratadas con detenimiento en el Cap. VI de este estudio.

También merecen un comentario las condiciones de perseguibilidad recogidas en el art. 296 CP, de aplicación a todos los delitos societarios. Éstos debieran, de *lege ferenda*, ser tratados como delitos públicos en todo caso –si es que cabe hablar con propiedad de otra clase de delitos en este sentido–. Una condición de perseguibilidad consistente en la *denuncia* previa de la parte agraviada es, a mi parecer, (1) una puerta abierta a la denuncia sistemática como estrategia comercial; (2) además de un claro indicio de

González-Cuéllar García, Cólex, Madrid, 2006, pp. 137-176; p. 138). Asimismo, referencia indispensable en la materia, SILVA SÁNCHEZ habla de un Derecho penal que incluso se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales (véase, *La expansión*, 2011, p. 130).

ausencia de entidad jurídico-penal de los preceptos afectados. A ello hay que añadir que la excepción contenida en el art. 296.2 CP, que sirve para tratar los delitos societarios *como si fueran públicos* "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas", viene sólo a oscurecer la situación, ya que convierte la excepción en regla. La razón es evidente: siempre cabrá defender que nos hallamos ante una afectación a intereses generales, y rara vez no habrá una pluralidad de personas afectadas (entendiendo por pluralidad más de dos personas[437]).

Otra cuestión discutible en relación con el art. 290 CP es el carácter especial propio del delito, aparentemente rígido en su formulación literal. La cual impide considerar sujetos activos a agentes sociales capaces de describir la acción típica, pero que al mismo tiempo se halla extrañamente *abierta* a la entrada de algunos de dichos agentes a través del concepto de administrador de hecho. El gran *olvidado* sigue siendo el auditor de cuentas, en quien me detendré a continuación.

III.4.2. El auditor de cuentas en el delito de falsedad en las cuentas anuales.-

III.4.2.1. Transparencia y especialidad propia: el auditor como **extraneus** *ante la inveracidad social.-*

§ 1. La transparencia es un interés público de clara relevancia constitucional[438] y la información un valor económico empresarial que requiere alguna clase de protección jurídica[439]. Así, la existencia de tipos penales que incluyan en el repertorio de las conductas prohibidas el llamado delito de falsedad en el balance es una constante en todos los ordenamientos

[437] Así, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal Económico*, 2011, pp. 355 y ss.

[438] Así, NIETO MARTÍN, *Homenaje*, 2001, p. 407. También ARROYO ZAPATERO, «Derecho Penal económico y Constitución», *RP*, 1, 1998, pp. 1-16. Asimismo, la propia LAC, en su Exposición de Motivos rezaba, en relación con la transparencia en la información económica contable de la empresa, que ésta es un "elemento consustancial al sistema de economía de mercado, recogido en el artículo 38 de la Constitución".

[439] Así, entre otros, GONZÁLEZ GUERRA, «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 163-205; p. 165. También, PRATS CANUT, «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el CP de 1995», Del Rosal Blasco (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 171-180.

penales que han recogido, desde la originaria Ley francesa de 17 de julio de 1856, los delitos societarios.

§ 2. El principal interés de este trabajo es el estudio de la respuesta legal que ofrece hoy el Derecho penal español frente a la inveracidad en la información social, así como la que prevé ofrecer en un futuro próximo. Teniendo en cuenta que el objeto de mi investigación se circunscribe principalmente a la *responsabilidad penal del auditor de cuentas* en cuanto interviniente en una conducta falsaria o defraudatoria en el seno de una sociedad y con motivo del ejercicio de su actividad de auditoría, omitiré la referencia a otros agentes susceptibles de ser considerados sujetos activos del fraude corporativo. Hablo de los *administradores de hecho o de derecho de las sociedades constituidas o en formación*[440] de los arts. 290, 293, 294 y 295 y a los socios y accionistas de los arts. 291 y 292 CP, a los que haré mención tangencialmente y a cuyo estudio procuraré remitir al lector a través de la oportuna bibliografía de referencia.

§ 3. La problemática presentada a raíz de la implicación de importantes firmas auditoras de ámbito internacional en las debacles financieras estadounidenses acontecidas a comienzos de siglo es la siguiente: ¿con qué mecanismos legales de prevención y represión de la auditoría fraudulenta o falsaria cuenta el Derecho penal español vigente? y, más concretamente, ¿constituyen los delitos societarios de los arts. 290 y ss. CP un medio idóneo para tales fines?

Dejando a un lado la normativa extra-penal aplicable a la ordenación material de la actividad auditora en su vertiente mercantil, administrativa o contable, no existe, a fecha de hoy, en el CP español, un precepto que prevea expresamente sanciones penales para el auditor de cuentas frente a una eventual conducta fraudulenta en el ejercicio de su actividad[441]. Si bien es

[440] La expresión «sociedad en formación» tiene un significado legalmente preciso, explicitado en el ordenamiento mercantil en los arts. 36, 37 y 38 LSC, y referido exclusivamente al periodo de tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil, por cuanto aplicando con rigor la normativa extra-penal de remisión en este caso quedarían fuera del delito de falsedad en la información social las conductas falsarias producidas en el ámbito de una sociedad irregular (así, DE SOTO CARNIAGO, *AFD(UE)*, 1996-1997, p. 456). Véase, en el ámbito mercantil, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Requisitos de forma y publicidad: Las Sociedades irregulares en Derecho español», *RDSM*, 3, 1994, pp. 267-280; pp. 278 y ss., diferenciando la sociedad «irregular» de la sociedad «de hecho».

[441] Actividad sobre cuya naturaleza se ha pronunciado, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, quien asegura que "el auditor de cuentas realiza una actividad privada de interés público, pero no (…) una función pública" (en *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, 2003, p. 83). Para el autor, el auditor de cuentas no es un garante de la veracidad de las cuentas sociales, pues el deber de proporcionar una información social veraz

cierto que el recurso inmediato para perseguir dicho supuesto lo constituyen los delitos societarios de los arts. 290 y ss. y, más concretamente, la falsedad societaria del primero de ellos, la redacción actual de dicho precepto sólo permite perseguir al auditor defraudador a través de las formas de participación que el CP recoge en los arts. 27, 28 y 29 de su texto legal, a saber: la complicidad, la inducción y la cooperación necesaria[442]. Y ello

compete al administrador (p. 145). Por su parte, PRAT WESTERLINDH apunta que "los auditores realizan funciones públicas en los supuestos en los que la emisión del informe de auditoría tiene el carácter obligatorio (exigido por la legislación o judicialmente), pero su forma de actuación es privada (en el sentido de estar sometida a las leyes del mercado y exenta del gasto público)" (en «Responsabilidad penal de los auditores. El informe de auditoría falso», *LP*, 54, 2008, pp. 46-59; p. 51). En el ámbito del Derecho administrativo puede verse, a este respecto y a título informativo, BASSOLS COMA, «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *RAP*, 82, 1977, pp. 61-111, donde el autor apunta que "la calificación de «interés público» es un índice revelador de que nos hallamos en presencia de una actividad económica que objetivamente es relevante para los intereses de la comunidad política, pero que no ha sido erigida en servicio público y, por lo tanto, la titularidad de aquélla sigue siendo íntegramente privada", aunque de ella se derive necesariamente una intervención administrativa predominantemente de control (pp. 72-73). En la jurisprudencia, por todas, puede verse la STS 1018/2002, de 31 de mayo (ponente, MÓNER MUÑOZ), que explica la evolución jurisprudencial en la materia: las SSTS de 9 de febrero (ponente, PUERTA LUIS) y de 16 de mayo de 1990 (ponente, VIVAS MARZAL) admiten la tesis de documento oficial por incorporación a un proceso o expediente administrativo, pero las SSTS de 11 y 25 de octubre de 1990 (ponente, en ambas, MANZANARES SAMANIEGO) se separan de este criterio a favor de la aplicación del art. 396, documento privado, por estimar que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz. Posteriormente las SSTS 388/1995, de 18 de marzo (ponente, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ); 237/1995, de 31 de mayo (ponente, MOYNA MÉNGUEZ); 437/1996, de 17 de mayo (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN); 522/1996, de 19 de septiembre (ponente, SOTO NIETO); 592/1998, de 4 de diciembre (ponente, GARCÍA ANCOS) y 313/2000, de 3 de marzo (ponente, MARTÍN PALLÍN), vuelven a inclinarse a favor de la consideración de documento oficial.

[442] Así, por ejemplo, CHAMARRO cita las SSTS de 14 de enero y 18 de octubre de 1994, de 2 de mayo de 1996, de 8 de mayo de 2000, de 21 de diciembre y 28 de marzo de 2001 (recogido por MORENO CHAMARRO en *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, CERA, Madrid, 2005, pp. 24-25). Algunos autores han apuntado la posibilidad de que un auditor que, en su informe, oculte delitos que se han cometido a través de la documentación social por él estudiada y verificada cometería un delito de encubrimiento recogido en el art. 451 CP. Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1997, p. 3009, si bien el autor matiza que la naturaleza de la responsabilidad del auditor dependerá en gran medida de cuál se considere que es el momento consumativo del delito al que se refiere el art. 290 CP. Ya antes, SERRANO GÓMEZ se había posicionado en este sentido en *AP*, 1993, p. 400. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, con ocasión del análisis del «Caso Gescartera», al referirse a la falsedad social como una modalidad delictiva que se practica con posterioridad a una gestión fraudulenta y con el fin de ocultar ésta y, por tanto, en concurso real con el art. 295 CP (véase, «Administración fraudulenta en sociedades de inversión», Terradillos Basoco y Acale

porque los delitos societarios actualmente vigentes en el CP español están configurados como *delitos especiales propios* cuyo sujeto activo sólo puede ser el administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación[443]. Una cuestión que no es baladí si tenemos en cuenta que, en principio, cabe pensar que la configuración de los societarios como delitos especiales acota el círculo de posibles sujetos activos en atención, no tanto a la cualidad de la persona como al hecho de que sólo determinadas personas tienen a su alcance el bien jurídico protegido, hallándose por tanto en una relación potencialmente lesiva con éste desde un punto de vista material[444]. Sin embargo, en el ámbito mercantil la LSC no sólo exige a los administradores sociales la llevanza de unas cuentas anuales que deberán revestir una determinada forma establecida por la correspondiente legislación mercantil[445], sino que además conmina a los auditores de cuentas a practicar una verificación contable de éstas (art. 263 LSC) –salvo en el supuesto de balance abreviado–, llegando incluso a equiparar la responsabilidad social de los auditores a la de los propios administradores (art. 271 LSC). De donde cabe extraer que la eventual falsedad realizada por los auditores de cuentas al emitir su informe es previa a la perfección del tipo[446], aunque dicho informe

---

Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 35-65; pp. 49 y ss.). En el caso, la sociedad encargada de auditar las cuentas del año en el que tuvieron lugar los hechos delictivos que se imputan, Deloitte & Touch, firmó su auditoría sin mencionar salvedad alguna, asegurando que las cuentas de Gescartera "expresaban en todos los aspectos significativos la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera", por lo que la auditora fue sancionada con una multa administrativa de 540.000 euros por parte de la CNMV (pp. 58-59).

[443] Sobre esta cuestión, ampliamente, FERRÉ OLIVÉ, *AP*, 1998, pp. 878 y ss. Asimismo, sobre la figura del administrador de hecho en concreto, es una referencia indispensable la ya citada obra de GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999. Sobre la figura del administrador de hecho en relación con la técnica del levantamiento del velo en supuestos de «ingeniería financiera», SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería financiera y Derecho penal», *CDJ*, 9, 1999, pp. 163-194.

[444] En estos términos, FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 77 y ss.; y GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, 16, 1993, pp. 213-233; p. 227.

[445] Los requisitos, entre los que se encuentran la legalización ante el Registro mercantil y la claridad, relevancia, razonabilidad, objetividad y verificabilidad ya los expuso RIVERO ROMERO en *Contabilidad de Sociedades. Problemática económico-contable*, Trivium, Madrid, 1998, pp. 249-250.

[446] El art. 2.1 LAC establece que el informe de auditoría de cuentas debe contener, al menos, las menciones siguientes: a) información acerca de la entidad auditada; b) descripción de la actividad de auditoría realizada; c) opinión técnica sobre si las cuentas ofrecen la imagen fiel de patrimonio de la entidad; d) opinión sobre si el informe de gestión concuerda con las cuentas anuales; e) fecha y firma del auditor que haya realizado el informe.

sea necesario para la consumación delictiva ya que, sin él, las cuentas anuales no podrán formalizarse ante el Registro Mercantil.

§ 4. Hasta la fecha, las dificultades de imputación de responsabilidad penal a los auditores de cuentas[447] no impiden la persecución de éstos en el ámbito administrativo sancionador en aplicación de los arts. 11[448] (responsabilidad civil), 15 (potestad sancionadora), 16 (infracciones) y 17 (sanciones) LAC, así como a través del ejercicio de las acciones civiles legalmente previstas.

> La potestad sancionadora, en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, corresponde al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). El régimen sancionador puede iniciarse de oficio, si bien los supuestos más frecuentes son consecuencia de la ejecución del control técnico reservado al ICAC en el art. 22.5 de la LAC, y que tiene por objeto la revisión de los trabajos de auditoría efectuados por los auditores de cuentas de cara a comprobar que se han llevado a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora[449].

§ 5. La protección de la veracidad de la información empresarial constituye el núcleo del Derecho societario, en la medida en que la falsedad se alza en mecanismo esencial de las conductas fraudulentas en este terreno. No obstante, es importante destacar en este punto que un sector doctrinal entiende que la tipificación de esta conducta obedece a una función meramente instrumental. Su argumento se fundamenta en que en la práctica jurisprudencial anterior a su inclusión se apreciaba la no aplicación por parte de los tribunales de las figuras de falsedad en la esfera de las sociedades mercantiles, remitiéndose la solución de los conflictos al ámbito civil[450].

---

[447] Muy significativa y acertada, en este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, cuando sentencia que "hasta el momento es innegable, *de lege data*, la imposibilidad de imputación a título de autor de alguno de los tipos falsarios contenidos en el Código penal español de las conductas de falsedad realizadas por los auditores de cuentas en el ejercicio de su actividad" (en *RP*, 2002, p. 90).

[448] Pueden verse, al respecto, ARANDA GRONDA, *Ley de Auditoría de Cuentas*, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 387 y ss.; y PANTALEÓN PRIETO, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 130 y ss. En suma, apunta DÍAZ MÉNDEZ que "se extrae la existencia de una responsabilidad del auditor individual y autónomo, una responsabilidad solidaria de la sociedad de auditoría y el auditor a ella perteneciente que ha realizado la auditoría de cuentas, y una responsabilidad subsidiaria de los demás auditores pertenecientes a la sociedad que no hayan firmado el informe" (en «Responsabilidad de los auditores de cuentas: cuestiones procesales», *LL*, 1994-2, pp. 940-943).

[449] Los arts. 64 a 73 del Reglamento de Auditoría desarrollan la materia del control técnico encomendado al ICAC.

[450] Así, por ejemplo, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 132, nota 12, denunciando que, sólo en el periodo 1955-1992, el TS sancionó las falsedades cometidas en la contabilidad de las

Ya he abordado antes en este capítulo la cuestión relativa al bien jurídico protegido en el art. 290 CP[451] y puede decirse que es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. Para que esto sea posible es necesario, como han advertido algunos autores, que exista una presunción de veracidad que sólo se logra a través del establecimiento de mecanismos de control externo, como es el caso de las auditorías. De suerte que no es acertado reducir la actividad de auditoría a un mero ejercicio de control formal de la contabilidad tendente a confirmar una apariencia de corrección, sino que puede decirse que el auditor realmente verifica la realidad objetiva y su correspondencia con la situación recogida en la contabilidad[452].

Sin embargo, el precepto hace referencia a algo más que no se debe ignorar a efectos de configurar el bien jurídico protegido. No se castiga la comisión de cualquier falsedad en las cuentas anuales u otros documentos, sino sólo aquella que sea idónea para causar un perjuicio económico (párrafo primero) o que, efectivamente, lo cause (párrafo segundo). En este sentido el art. 290 se configura como un delito de peligro abstracto o de aptitud

---

sociedades únicamente en las SSTS de 9 de mayo de 1956, de 4 de noviembre de 1965, de 30 de junio de 1972, de 23 de junio de 1973 y de 7 de febrero de 1991 (ponente, PUERTA LUIS); y declarándose favorable a la aparición del entonces nuevo art. 290. También crítico al respecto, NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, pp. 492-493.

[451] Véase el apartado III.4.1. § 5.

[452] Véase, NÚÑEZ CASTAÑO, *RP*, 2002, pp. 74 y ss., quien interpreta que a los auditores les "es exigible una mayor responsabilidad que a los administradores, dado que la actividad del auditor añade un *plus de apariencia de veracidad* a lo que se publica, por lo que, en los supuestos de mendacidad de cuentas, resulta innegable una singular responsabilidad del censor en el resultado lesivo que se produzca" (p. 76, cursiva añadida). Con idénticas palabras, y manifestando una "opinión contraria a la caracterización del auditor como sujeto activo del tipo (art. 290 CP)" por razones tanto dogmáticas como de lógica jurídica, se posicionan MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO en *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, EDIJUS, Zaragoza, 1996, pp. 250, para quienes sujeto activo del tipo será quien tenga atribuidas facultades suficientes para lograr que el Registro acepte el depósito de los documentos falsos o que terceros como los auditores acepten los documentos como de la empresa. También se ha pronunciado en sentido excluyente un importante sector doctrinal: FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 172; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, pp. 103-104; BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2001, pp. 104 y 618; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, 1998: "la verificación de la contabilidad, llevada a cabo por el auditor, atribuye a la misma un mayor grado de transparencia y le otorga una presunción de veracidad" (p. 169), si bien ello no quita, según el autor, para que el informe de auditoría no pueda considerarse objeto material del tipo del art. 290 CP "porque el encargado de su elaboración (el auditor de cuentas) no es sujeto típico del delito de falsas informaciones sociales" (p. 202).

abstracta (párrafo primero) y como un delito de lesión (párrafo segundo)[453]. No obstante, si bien la veracidad de la información social constituye ciertamente el bien jurídico protegido por el precepto, no hay que olvidar que no toda información social es objeto de protección penal en este punto, sino únicamente aquélla que pueda reflejar la imagen social jurídica o económica.

III.4.2.2. Las lagunas del art. 290 CP.-

§ 1. Antes de abordar la interpretación personal del art. 290 CP, que realizaré en la Parte Tercera de este estudio, conviene traer a colación algunas perplejidades que la actual redacción del tipo pone de relieve.

§ 2. En primer lugar, como ya apunté en el apartado III.4.1. § 6, el legislador no ha incluido al empresario individual como posible autor del delito. En efecto, el empresario individual no podría cometer un falseamiento idóneo para perjudicar a los socios, pero sí un falseamiento idóneo para perjudicar a la sociedad y/o a terceros. Se trata, en definitiva, de una laguna punitiva difícil de justificar.

§ 3. También la delimitación del concepto de sociedad es una cuestión sobre la que la doctrina ha venido discutiendo. Según la mayoría, la cláusula «cualquier otra entidad de análoga naturaleza» del art. 297 CP[454] debe entenderse como una exigencia de que la entidad en cuestión reúna la condición de ser persona jurídica, de manera que los grupos de sociedades quedarían fuera del ámbito de aplicación de los delitos societarios, al no gozar de personalidad jurídica[455]. Algunos autores, en cambio, han propuesto que «análoga naturaleza» no significa ostentar personalidad jurídica, sino únicamente presentar el aspecto organizativo propio de las sociedades

[453] Por su parte, FERRÉ OLIVÉ se muestra crítico respecto a la admisibilidad de delitos de peligro contra el patrimonio y se declara favorable a considerar el art. 290 como un precepto construido a partir de la suma de la lesión del bien jurídico propio de las falsedades documentales más la puesta en peligro del patrimonio (en *AP*, 1998, pp. 885 y ss.). En sentido similar, GALLEGO SOLER, extensamente en *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 386 y ss. Véase, también, FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, 2003, pp. 74 y ss.

[454] El precepto fue introducido *ex novo* por una enmienda del PSOE admitida en el Senado (véase, RODRÍGUEZ RAMOS, «Aspectos generales de los delitos societarios», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 185-193; p. 186).

[455] Sobre el grupo de sociedades como unidad económica sin personalidad jurídica, EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 6 y ss., y 28 y ss.

expresamente mencionadas en el art. 297 CP[456]. Según esto, una entidad colectiva con una organización que implique publicidad de sus cuentas, representación y decisiones patrimoniales regidas por el principio de la mayoría quedaría incluida en el mencionado precepto[457].

El concepto de sociedad que ofrece el art. 297 ha de interpretarse en sentido normativo, en la medida en que el cada vez menos nuevo CP de 1995 ofrece ya un concepto puramente penal de sociedad a efectos de aplicación de los delitos societarios[458]. Su redacción no puede considerarse afortunada, sino que responde a criterios estrictamente funcionales, ya que acoge formas societarias en las que determinados tipos del Capítulo no pueden ser colmados:

> Art. 297. "A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado".

En este sentido, el precepto recoge una enumeración ejemplificativa de diversas formas sociales, lo cual se desprende claramente del inciso final del precepto «o cualquier otra entidad de análoga naturaleza», haciendo especial hincapié en la vitalidad comercial con ánimo de permanencia de la sociedad en cuestión. Aunque algunos autores han entendido que el art. 297 ofrece una definición muy amplia, impropia u omnicomprensiva[459], en la que

---

[456] Así, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», *AAMN*, 37, 1998, pp. 11-29.

[457] La inclusión del grupo de sociedades en el ámbito de aplicación de los delitos societarios podría generar problemas, como ha advertido PASTOR, en la medida en que pueden darse conflictos entre los intereses del grupo y los de una sociedad concreta perteneciente a aquél (en *LL*, 2006-4, p. 1592). EMBID IRUJO, al respecto, opina que es posible que dichos conflictos de intereses puedan resolverse, en parte, mediante un contrato de grupo (en *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, 2003, pp. 58 y ss.).

[458] En este sentido, entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 100. Por su parte, y en relación con el art. 290 CP, GONZÁLEZ GUERRA interpreta que los empresarios individuales, las empresas no constituidas como sociedades mercantiles y cierta clase de sociedades donde no tiene participación el *ahorro* o la captación de capitales externos estarían excluidas del ámbito de aplicación del precepto en cuestión –y, entiendo, del resto de los recogidos en el Capítulo– (en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 188-189, cursiva añadida).

[459] Véase, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. arts. 138 a 385*, Trivium, Madrid, 1997, p. 3056. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, p. 39; MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1997, p. 289; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Delitos societarios», Vives Antón y Manzanares Samaniego (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 469-510; p. 473; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 456; REVUELTA, «Los afectados por la nueva normativa», *DyP*, 146, 1996, pp. 76-85; p. 77.

el legislador parece haber optado por un concepto amplio de sociedad, lo cierto es que se acepta comúnmente que estaba pensando en las sociedades mercantiles y, en especial, en las anónimas. Además, teniendo en cuenta que el marco organizativo y funcional de los delitos societarios viene condicionado por el art. 297 y que la actual redacción de éste incluye formas organizativas que no tienen junta general de accionistas y consejos de administración, elementos de necesaria concurrencia en algunos de los tipos, cabe concluir que nos hallamos ante la existencia de inexplicables lagunas[460].

§ 4. En tercer lugar, y lo que es más relevante a efectos de este estudio –tal y como he puesto de manifiesto en el epígrafe anterior–, el legislador ha excluido del círculo de posibles autores del delito de falsedad en los documentos sociales a los auditores de cuentas. Su intervención en el delito no podrá ser castigada más que, en su caso, a través de las formas de participación, a pesar de que los auditores ostentan una posición de garantía incuestionable respecto a la imagen social fiel que protege el precepto[461]. Lo cual podría llevar a pensar que, en el caso de los auditores, *su participación decae a favor de una autoría más amplia que los comprende*[462]. En consecuencia, pese a que el informe de auditoría puede considerarse uno de los documentos a los que se refiere el art. 290[463], el auditor queda fuera del

[460] Véanse, TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 1997, p. 264; ID., «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 195-206; p. 196; VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2008, pp. 881 y ss.; QUINTERO OLIVARES, «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal (Cuestiones generales)», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 165-184; p. 174.

[461] Esta omisión ha sido advertida y denunciada por la doctrina. Véanse, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, 1998, p. 169; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, 1998, p. 210. Además, la advertencia acerca de la existencia de este problema y de la necesidad de una tipificación expresa de los informes falsos de auditoría ya fue practicada en su día por STAMPA BRAUN y BACIGALUPO ZAPATER en *La reforma del Derecho penal económico español*, 1980, quienes, a propósito del entonces art. 364 concluían que "debería incorporarse la hipótesis relativa a los informes falsos de auditoría o de la propia censura de cuentas, tanto si esa falsedad es positiva como si consiste en omitir circunstancias relevantes para el informe" (pp. 67-68).

[462] Véase, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, § 21/116.

[463] Según PRAT WESTERLINDH, cuando el destino del informe "excede del ámbito particular o privado, el documento mercantil adquiere una trascendencia pública y pasa a ser un documento público u oficial de carácter mercantil o si se quiere un documento mercantil con trascendencia pública" (en *LP*, 2008, pp. 52-53). En relación con los documentos y, concretamente, con los soportes informáticos en cuanto documentos asumidos por el art. 26

círculo de autores y el informe de auditoría *aparentemente* excluido del posible objeto material del delito[464]. La actual redacción del párrafo primero del art. 290 CP permite considerar el informe auditoría como posible «documento» siempre que –y sólo cuando– sea el administrador de hecho o de derecho de la sociedad receptora quien falsee, alterándolo, el informe de auditoría emitido por el auditor. Es, entiendo, el único supuesto en el que la redacción vigente del art. 290 permite considerar «documento» el informe de auditoría[465], lo cual constituye una deficiencia evidente[466].

Existe, pues, un conflicto en la configuración del precepto; el cual, concebido a modo de delito de infracción de deber por competencia institucional, excluye la posibilidad de comisión del delito en calidad de autor por parte de agentes que tienen legalmente encomendada en el ámbito mercantil la tutela del bien jurídico penalmente protegido[467].

> Esta cuestión ha sido observada por el TS (Sala de lo Civil) recientemente en las sentencias 798/2008, de 9 de octubre y 869/2008, de 14 de octubre (ponente, en ambas, FERRÁNDIZ GABRIEL). En los dos casos se trataba de cuentas anuales auditadas sin salvedades que en realidad no reflejaban la imagen patrimonial fiel de la empresa y que, en consecuencia, llevaron a que terceros inversores sufrieran importantes perjuicios económicos. En la primera (que implicó a la auditora Price Waterhouse), en la que se afirma rotundamente que "en nuestro vigente ordenamiento, son beneficiarios de la protección que ofrecen las normas reguladoras de la auditoría no sólo la sociedad auditada, sino también los terceros que se

---

CP, puede verse, BACIGALUPO ZAPATER, «Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental», *RECPC*, 4, 2002, pp. 1-17. También FERRÉ OLIVÉ, *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código penal*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 107.

[464] Por todos, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2008, p. 894, si bien la fórmula elegida por el precepto para designar el objeto material del delito no limita taxativamente la clase y el número de documentos sobre los que podrá recaer la acción típica (p. 896).

[465] En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER advierte con acierto que "es evidente que si el informe de auditoría no permite comprobar la imagen fiel de la empresa auditada es porque las cuentas anuales tampoco la reflejaban y, por lo tanto, es *altamente probable* que los responsables de las cuentas anuales hayan cometido el delito del art. 290 CP" (en «Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva», *LL*, 2009-2, pp. 1287-1291, p. 1287, cursiva añadida).

[466] Véase, CHOCLÁN MONTALVO, «Información societaria y protección penal del inversor», *LL,* 2002-7, pp. 1642-1654; pp. 1650-1651.

[467] Otra prueba de ello es el art. 25.2 CCo, el cual hace referencia a los sujetos obligados a la realización de las cuentas anuales. Y es que, como cabe advertir a partir del tenor literal de su redacción, el precepto no recoge una obligación personalísima: "la contabilidad será llevada directamente por los empresarios *o por otras personas debidamente autorizadas*, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos. Se presumirá concedida la autorización salvo prueba en contrario" (cursiva añadida). Una evidencia en contra de la rígida especialidad propia recogida en los delitos societarios y, concretamente, en el art. 290 CP.

> relacionen con ella", el Tribunal declara "como indiscutible la relación de causalidad entre el deficiente cumplimiento por el auditor de la obligación de detectar errores y fraudes y el daño patrimonial sufrido por los inversores demandantes". Además, concluye que "la sentencia recurrida no afirma que el auditor responda por haber posibilitado que los demandantes invirtieran con una conciencia viciada por un error (…) provocado por el ofrecimiento de una información económico contable que no era fiel y veraz sobre las cuentas anuales auditadas. Sino por no haber determinado la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, organismo administrativo de supervisión e inspección de dicho mercado" (FD 4º). En la segunda sentencia (que afectó a Ernst & Young), el Tribunal concluyó que "la declarada infracción de las reglas de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no hubiera sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, contribuyó a ese resultado, pues privó a estos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquella" (FD 3º).

De lo anterior cabe extraer que la jurisprudencia en la materia ha advertido en otros órdenes la existencia de un nexo causal entre la mala praxis de los auditores de cuentas y el perjuicio económico en el que ésta puede traducirse para inversores, accionistas y demás agentes financieros legítimamente interesados en la compañía auditada.

> Las formas en que un auditor de cuentas puede cometer falsedad en su informe pueden resumirse en tres[468], a saber: (1) la exposición de datos contables inveraces que deberían constar en dicho informe, lo cual le lleva a emitir una conclusión desajustada con la realidad social de la entidad auditada; (2) el falseamiento, no ya de las afirmaciones contables, sino únicamente de las conclusiones a las que llega el auditor, que no se corresponden con tales datos ciertos; y, finalmente, (3) la omisión de determinados datos contables existentes, de manera que se llega a conclusiones falsas[469].

---

[468] En este sentido, PRAT WESTERLINDH, *LP*, 2008, p. 57, para quien las tres formas descritas deben tener un mismo reproche penal. El autor propone la consideración del informe de auditoría como documento mercantil de carácter público u oficial, y de los auditores como funcionarios públicos a los meros efectos penales, quedando integrado el delito en cuestión en el art. 390.1.4º CP, una solución desde mi punto de vista equivocada por atentatoria contra la más elemental interpretación del principio de legalidad (así, entre otros, NIETO MARTÍN, *Homenaje*, 2001, p. 426; VALEIJE ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *CPC*, 62, 1997, pp. 435-498; p. 456), además de por abonar la confusión entre ordenamientos y el solipsismo de éstos (véanse las palabras de DEL ROSAL BLASCO al respecto en *Empresa y Derecho penal*, 1999, pp. 83 y ss.).

[469] Para LANZI "la mayor parte de las imputaciones por responsabilidad del auditor de cuentas relativas a la falsificación del balance, se tienen por un comportamiento omisivo" (en «Consideraciones en tema de responsabilidad de los auditores de sociedades mercantiles por delitos societarios y de quiebra», Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, II*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 271-282; p. 273).

En definitiva, resulta inadmisible la no referencia a los auditores en el ámbito del Derecho penal societario.

§ 5. No obstante, quedaría aún otro problema sin resolver: el de las falsedades derivadas, esto es, las provenientes de las comunicaciones de los administradores de las filiales[470]. El art. 290 CP solamente prevé su forma dolosa, lo cual lleva a pensar que si fuera posible confirmar la imprudencia en el comportamiento del administrador de una matriz por no haber comprobado la veracidad de las informaciones recibidas[471] –lo cual es, cuanto menos, dudoso–, la conducta de éste sería impune. Por otro lado, si se intentara plantear una autoría mediata por parte del administrador de la filial, en la que el administrador de la matriz es un instrumento que actúa en error, nos hallaríamos, según PASTOR MUÑOZ, ante el obstáculo insalvable que supone la ausencia de las condiciones requeridas por el delito especial en el hombre de detrás (el administrador de la filial), quien no puede ser considerado autor de un delito del art. 290 porque no es administrador de derecho o de hecho de la sociedad matriz. Sin embargo, este último supuesto es discutible, ya que en tal caso el llamado hombre de detrás si bien no es administrador de la entidad matriz, sí lo es de la filial, la cual está conminada a la llevanza de libros contables propios, con la obligación añadida de que éstos deberán además constar en las cuentas de la matriz. Así, pienso que la consideración de administrador de hecho de una sociedad matriz de quien es administrador de derecho de una filial de ésta constituye, a efectos del art. 290 CP y exclusivamente en lo que a los documentos de la entidad filial se refiere, una interpretación justa. Con ello, el administrador de derecho de una sociedad filial tendría, desde una perspectiva jurídico-penal, la consideración de administrador de hecho de su matriz, en todo caso limitada al reflejo contable de la filial en los balances de la madre. Y viceversa, el administrador de derecho de la matriz debería poder ser considerado administrador de hecho de su filial a efectos del art. 290 CP cuando se tratara de falsedades dolosas cometidas en el seno de la sociedad filial sobre documentos que deban tener un reflejo contable en la matriz.

§ 6. Otro término problemático a examinar en el art. 290 CP es el de «falseamiento», ya que no cualquier inveracidad plasmada por escrito constituye un falseamiento típico. De entrada, es posible sostener dos conceptos de falseamiento, uno amplio y otro estricto, los cuales conducen a

[470] Este fue el caso de las SPEs de Enron, concebidas y pilotadas por Andrew Fastow (véase el apartado I.2.2. de este trabajo).

[471] El alegato central del abogado defensor de Kennet Lay en el caso Enron fue, precisamente, el que pretendía el desconocimiento, por parte de Lay, de la actividad fraudulenta de sus SPEs; el cual originara el derrumbe, en diciembre de 2001, de Enron Corporation (véase, una vez más, el apartado I.2.2. de este trabajo).

soluciones distintas. Según el *concepto amplio* de falseamiento, toda inveracidad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad constituye un falseamiento típico[472]. Desde esta perspectiva, las restricciones en el ámbito de la tipicidad se llevan a cabo mediante el recurso al concepto de «idoneidad» del falseamiento para causar un perjuicio económico. Un concepto que ha sido debatido en la doctrina y sobre cuya interpretación no hay unanimidad[473], si bien se conviene en que el logro de la fórmula reside en que ya no hay necesidad de probar que la intención del autor sea causar un perjuicio económico[474]. Una cuestión comprensible si tenemos presente que la introducción final de la necesaria «idoneidad» en el precepto modificó el criterio que se venía manteniendo en los anteriores proyectos de CP[475].

> Así, por ejemplo, la SAP de Granada 63/2002, de 2 de febrero (ponente, RODRÍGUEZ CANO), FD 2º, entiende que la idoneidad para perjudicar se valora examinando si el falseamiento se refiere a «documentos esenciales» y si afecta a «partidas o aspectos contables nucleares»[476]. Sin

[472] A este respecto el tenor literal de la ley y la propia doctrina no dejan lugar a dudas interpretativas: las cuentas anuales no son los únicos documentos que constituyen el objeto material del tipo relativo a las falsedades en la información social, ya que no son lo únicos que sirven para reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (así, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal», *ADPCP*, 33, 1980, pp. 467-502; p. 479).

[473] Así, FARALDO CABANA apunta que sólo son idóneas las falsedades que, *ex ante* consideradas, pueden inducir a un acto de disposición por error, debiendo por tanto efectuarse un juicio de probabilidad (en *Los delitos societarios*, 1996, p. 133). NÚÑEZ CASTAÑO, en cambio, no comparte esta postura, peligrosamente próxima a la asimilación de la estafa ordinaria y la falsedad social, y declara que "esta idoneidad lesiva debe interpretarse como *aptitud para producir un perjuicio económico*, esto es, que sea apta para lesionar el patrimonio de alguno de los sujetos implicados en la conducta" (en *RP*, 2002, p. 87, nota 93). El problema relativo a la delimitación entre la falsedad social del art. 290 (más concretamente, cuando se trata de la aplicación de su párrafo segundo) y la estafa del 248.1 CP ya lo apunta, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1407.

[474] Así, por todos, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, p. 34; RÍOS CORBACHO, *RdPP*, 2005, p. 63.

[475] El Grupo Federal IU-IC en el Congreso introdujo, el 6 de marzo de 1995, una enmienda (núm. 770) al entonces art. 292 del proyecto, en la que se pedía la supresión del inciso «para causar un perjuicio económico» y su sustitución por el de «de forma idónea para causar un perjuicio», manteniéndose en todo caso la causación efectiva del perjuicio económico en el párrafo segundo del artículo a modo de supuesto agravado. Véase al respecto MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1997, p. 448, nota 22.

[476] Que la incongruencia entre lo narrado y lo realmente existente debe recaer sobre partes esenciales de la declaración efectuada ya fue advertido por el TS en relación con las falsedades documentales ordinarias, entre otras, en sentencias de 25 de enero de 1998

embargo, cabe juzgar este pronunciamiento como una huida, ya que la sentencia no se pronuncia acerca de cuáles son esos «documentos esenciales», o qué entienden los magistrados por «partidas o aspectos contables nucleares». BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE son en este punto algo más concretos y entienden que serán esenciales "las

(ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO, FD 1º: "la llamada falsedad ideológica o intelectual consistente en la constatación mendaz de un extremo esencial o trascendente en cualquier documento, entendido como representación gráfica del pensamiento, que se crea para preconstruir una prueba y producir determinados efectos en el tráfico jurídico"); de 15 de marzo de 1988 (ponente, VIVAS MARZAL, FD 1º); de 21 de marzo de 1989 (ponente, VIVAS MARZAL, FFDD 2º y 3º); 480/1992, de 5 de marzo (ponente, DE VEGA RUIZ, FD 2º); 1452/1994, de 15 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), donde se pronunciaba acerca de la irrelevancia o idoneidad a la que puede llevar la inesencialidad del extremo sobre el que recaiga la falsedad en cuestión (véase, NÚÑEZ CASTAÑO, *RP*, 2002, p. 81, nota 59). En relación con el art. 290, ya en la SAN relativa al conocido como «Caso Banesto» el Tribunal rechazó la aplicación del precepto en cuestión, además de por la evidente vulneración del principio de legalidad y de la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables que ello supondría, porque –cita la STS de 12 de marzo de 1999 en este punto, a la que ya me he referido anteriormente– "la mentira documentada (…) sólo es típica si el documento se ve afectado en alguna de sus funciones esenciales" (recogido por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS en «Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, 'Caso Banesto')», *RDPC*, 9, 2002, pp. 255-295; p. 291). La Audiencia declaró, a mi entender con razón, atípica la conducta falsaria por tratarse de una modalidad de falsedad ideológica y no poder ser considerado el auditor de cuentas como funcionario público a efectos penales. En sentido contrario, por todos y minoritariamente, BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La responsabilidad penal de los auditores», *RCyE*, 2, 1990, pp. 28-34; pp. 31 y ss.; PRAT WESTERLINDH, *LP*, 2008, p. 54. Asimismo, el TC, en sentencia de 23 de diciembre de 1993, se pronunciaba –refiriéndose en concreto al ICAC–, acerca de la función pública que desempeñan los auditores de cuentas (el concepto penal de funcionario público se halla recogido expresamente en el art. 24.2 CP, el cual *considera* funcionario público a "todo el que por disposición inmediata de Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"). Sobre la jurisprudencia relativa al «Caso Banesto» en lo que se refiere a las falsedades documentales (a las que los Tribunales se refieren como «artificios contables», expresión empleada también por MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ en *Estudios sobre el Código penal de 1995*, 1996, p. 475, con ocasión del tratamiento de la acción típica en el delito de falsedad social), ha puesto de manifiesto JAÉN VALLEJO que ésta se aparta radicalmente de la línea jurisprudencial que, respecto a la hipótesis de la falsedad ideológica en los delitos de falsedad documental, venía siguiendo el TS hasta el momento, especialmente desde la STS 224/1998, de 26 de febrero (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO), relativa al «Caso Argentia Trust» (en «Sobre la 'falsedad ideológica' (A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002)», *CPC*, 79, 2003, pp. 71-77). Asimismo, puede verse el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.ª del TS de 26 de febrero de 1999, sobre falsedad ideológica, recogido por ÍÑIGO CORROZA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE en *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 245-247 (Acuerdo 60). Y es que, al contrario que la AN, el TS sí que afirma la naturaleza falsaria del art. 290 CP.

> irregularidades contables toda vez que no se adecúen a los criterios de contabilidad establecidos en el PGC (Plan General Contable)"[477].

En cambio, el falseamiento en sentido *estricto* consiste en una inveracidad escrita en los documentos del art. 290 CP que sea capaz de alterar de modo relevante la imagen fiel de la sociedad, ya sea en su dimensión jurídica o en la económica. El problema es que, desde esta posición, una inveracidad referida a los beneficios que no alterara la imagen fiel de la sociedad en cuestión quedaría excluida del ámbito de aplicación del art. 290; y ello aunque, como ha explicado POLO VEREDA, tal inveracidad perjudicara a los accionistas a través de una merma de los dividendos repartidos[478].

> En este punto, PASTOR argumenta, a favor de un concepto estricto de falseamiento, que, dado que el art. 290 CP protege la funcionalidad de los documentos que deben ofrecer una imagen fiel de la sociedad, su no aplicación está justificada en aquéllos casos en los que la inveracidad no logra alterar dicha imagen fiel[479].

Sin embargo, pienso que cabe enfrentar una seria objeción a la tesis del *concepto estricto* de falsedad, y es que prioriza la protección de la funcionalidad de los documentos frente a otros bienes jurídicos como el patrimonio o la confianza social de socios y terceros, lo cual es del todo discutible[480].

§ 7. En lo que respecta al concepto de «imagen fiel», tribunales y doctrina han hecho de él un uso indebido, llegando a otorgarle un contenido que dudo pretendiera el legislador penal cuando concibió los delitos societarios[481].

---

[477] Véase, *Derecho penal económico*, 2001, p. 660.

[478] Véase, *LL*, 1998-2, pp. 2046-2048, para quien a partir del proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, "el *iter* prelegislativo fue apartándose progresivamente de tal concepción hasta llegar al texto definitivo, en el cual el objeto de tutela no parece que pueda ser entendido en términos de información" (p. 2046).

[479] Véase, *LL*, 2006-4, p. 1586.

[480] Para JAÉN VALLEJO, "lo que realmente se protege en estos delitos es la seguridad del tráfico basado en pruebas documentales, luego no son 'delitos de engaño', ni delitos societarios" (en *CPC*, 2003, p. 74), y argumenta que "contra los engaños (…) hay otros delitos en el CP, como, por ejemplo, el de estafa, el de administración desleal, el de quiebra, el de falso testimonio (cuando se quiere salvaguardar la obligación de decir la verdad)". Así, el autor concluye que al art. 290 protege intereses patrimoniales en el ámbito societario y no funciones jurídicas atribuidas a un documento (p. 76, y cita la STS 912/1997, de 24 de junio; ponente, BACIGALUPO ZAPATER).

[481] Un estudio introductorio al respecto puede encontrarse en GARRETA SUCH, *Introducción al Derecho contable*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 218-228. Asimismo, y en concreto sobre la incorporación del principio anglosajón en cuestión en la Directiva, pueden verse, GONDRA ROMERO, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, 1991, pp. 556 y 575; ID., «Significado y función del principio de 'imagen fiel' (*True and fair view*)

> La expresión «imagen fiel», desconocida en nuestra legislación hasta la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil, procede de las Directivas de la CEE (aparece en el art. 2, párrafo 3, de la Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978, el cual se incorpora con idénticas palabras al art. 34.2 CCo). Éstas a su vez la recogen de la expresión inglesa «*true and fair view*» («imagen verdadera y fiel»), cuyo significado es dispar para la doctrina. Por su parte, el Plan General Contable de 1990[482], en su Exposición de Motivos, definía tal «imagen fiel» como "el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas".

Reducir la «imagen fiel» de una entidad que actúa con ánimo de permanencia en el mercado a sus cuentas anuales constituye un error de cálculo por defecto[483]. Así, por ejemplo, la culminación de un acuerdo negocial que verse sobre cualquier actividad relacionada con el objeto social de la compañía arroja de alguna manera una «imagen fiel» de ésta; y toda variación contable, ya sea en un único asiento, puede traducirse en una determinada «imagen fiel» ya que en ningún inciso de la ley ni en la jurisprudencia del TS se establece que dicha «imagen fiel» haya de ser total o que se halle sometida a un plazo o cómputo temporal concreto. En consecuencia, entiendo que todo cambio registrado o con efectos jurídicos y/o económicos produce una «imagen fiel» instantánea del actor que a través de dicho cambio se proyecta. A efectos de determinación del riesgo típicamente relevante en sede de imputación objetiva, será imagen fiel la que sea relevante, cuantitativa y cualitativamente, para transmitir la representación de

---

en el sistema del nuevo Derecho de balances», *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 555-602; para quien la información en sí misma constituye un valor de la empresa a proteger, y la imagen fiel "se muestra como un principio general expresivo de un concepto jurídico indeterminado" que se proyecta como principio ordenador supremo sobre el sistema informativo configurado por el legislador europeo (p. 222). En una línea similar se posiciona PÉREZ VALERO, para quien "la imagen fiel no es la imagen *real*, pues esta última no existe, ya que la contabilidad es una ciencia eminentemente valorativa" (en «Delitos societarios e Información en las Instituciones de Inversión Colectiva», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 299-306; p. 301). Del mismo autor, también, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, 2001, pp. 85 y ss., y 396 y ss. Sobre las cuentas anuales y el principio de imagen fiel, en el ámbito mercantil, puede verse, BISBAL I MENÉNDEZ, «Las cuentas anuales», *RDSM*, 1994, pp. 591-613.

[482] Aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de noviembre, recientemente reformado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad actualmente vigente (al que acompañó el Real Decreto 1515/2005, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas).

[483] Si bien pienso asimismo que es excesivo considerar, como ha hecho algún autor, que la referencia expresa del legislador a las cuentas anuales en el texto legal tiene "un mero valor ejemplificativo" (véase, DE SOTO CARNIAGO, *AFD(UE)*, 1996-1997, p. 449).

la empresa en el concreto contexto. Lo cual, entiendo, ha de guardar relación con el concepto económico de «hecho balanceable», el cual se refiere a hechos sociales que por su transcendencia y relevancia económica son susceptibles de ser incluidos en el balance del ejercicio[484].

Una sociedad ofrece una imagen fiel de sí en cada actuar que se corresponde con el de la expectativa que genera. Y es el todo de la sociedad actuante el sujeto generador de expectativas en los actuados, a pesar de que el objeto de la expectativa material se refiera a una porción del todo, ya que el todo no puede deslindarse en ningún caso de la información que de él lleva consigo la parte que se escinde. Así, por ejemplo, si XXX, S. A., con un capital social de 130 millones de euros, contratara la compra-venta de un equipo informático por el importe de 5000 euros y cometiera falsedad sobre la factura, cabría pensar que la escasa entidad de lo defraudado en relación con la envergadura de la compañía convierte el acto en atípico a los efectos de los delitos societarios, por cuanto el montante no parece idóneo para causar un perjuicio económico a la compañía, a sus socios o a un tercero. Si, en cambio, el mismo falseamiento lo cometiera ZZZ, S. A., cuya facturación mensual asciende a 8000 euros, nos hallaríamos ante un supuesto típico a efectos del art. 290 CP. Esta es la realidad actual del art. 290 CP, aun cuando parece evidente que ninguna de las compañías arrojará una imagen fiel de su estado jurídico y económico al término del ejercicio, y a sabiendas de que es precisamente al deber de reflejar la imagen fiel y no a la idoneidad de perjudicar económicamente a lo que debe atender la consideración o no de un determinado documento como objeto material.

De todo ello cabría extraer que el requisito de la idoneidad para causar un perjuicio que exige el art. 290 CP es en realidad un requisito cuantitativo indeterminado dependiente, por un lado, de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad y, por otro, del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica[485]. Una vez más y como viene ocurriendo con varios de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico recogidos en el CP (hurto, estafa o delitos contra la Hacienda pública, entre otros), es un elemento cuantitativo referido al objeto del delito el que determina la categoría del injusto, que pasa a ser atípico si no guarda una proporcionalidad directa idónea con la envergadura de la sociedad. Este hecho, entiendo, es denunciable e implica que la actual redacción del art. 290 CP ha de ser repensada. El componente de injusto de los dos supuestos

[484] Véase, NEILA NEILA, *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital*, EDERSA, Madrid, 2002, p. 37.

[485] Véase, QUINTERO OLIVARES, *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, 1998, p. 168.

descritos anteriormente es idéntico y en ambos casos se causa un perjuicio económico a la entidad, a alguno de sus socios o a un tercero, ya que las dos compañías experimentan una disminución real de su patrimonio de 5000 euros. Sin embargo, el legislador establece que sólo el segundo es penalmente relevante a efectos del art. 290 CP, *a pesar de que la expectativa que la sociedad alberga acerca del buen hacer comercial es la misma para uno y otro negocio*, y a sabiendas que es dicha expectativa la verdadera informadora de la noción de «imagen fiel» societaria.

En suma, estimo necesario repensar el significado de la idoneidad a la que el art. 290 CP se refiere ya que, tal y como se halla actualmente configurado el precepto, éste favorece el falseamiento societario menor en las grandes sociedades al tiempo que sanciona idénticas conductas en pequeñas y medianas empresas. Y es que considero del todo rechazable el recurso a horizontes cuantitativos de punibilidad en delitos como los societarios, que pueden ser cometidos por sujetos activos tan desiguales cuantitativamente.

§ 8. No obstante, cabe advertir que no existe unanimidad en cuanto a la definición del injusto típico recogido en el art. 290 CP, lo cual complica la determinación de su ámbito de aplicación[486]. Hay que diferenciar dos situaciones distintas: por una parte, aquéllas en las que la información falsa está corregida en otro documento que siempre acompaña al falsificado y que, por lo tanto, será consultado conjuntamente con éste último, en las cuales no hay falseamiento. Por ello, una falsedad en el balance que se vea compensada en la cuenta de pérdidas y ganancias o en la memoria no será relevante[487]. Por otra, aquéllas en las que el documento que contiene la información verdadera no tiene que ser necesariamente consultado junto con el documento falseado, en cuyo caso puede afirmarse que concurre falseamiento.

(1) Desde una primera perspectiva, cabe concebir la falsedad en la información social del art. 290 CP como un delito de peligro concreto contra el patrimonio. Esta interpretación, sin embargo, convierte al precepto en una especie de tentativa de estafa expresamente tipificada[488], o bien –como han

[486] Como ha apuntado PASTOR, uno de los motivos por los que la interpretación del art. 290 es compleja es que este no se sustenta sobre un marco teórico claro que sirva de referencia, como sucede con el resto de los delitos societarios (en *LL*, 2006-4, p. 1584).

[487] En opinión de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, en cambio, en la memoria no puede realizarse la conducta típica debido a que ésta refleja únicamente manifestaciones subjetivas que pudieran ser contrarias al conocimiento de la realidad económica y jurídica, no siendo en tal caso posible sostener dogmáticamente la concurrencia de dolo falsario (véase, *Los delitos societarios*, 1996, pp. 110-111).

[488] Así, GONZÁLEZ GUERRA plantea la posibilidad de argumentar que la conducta que se persigue a través de la falsedad en la información social se refiere a la tentativa de estafa y que en el caso de lesión efectiva del párrafo segundo del art. 290 CP nos encontraríamos ante

sugerido algunos autores– como una modalidad del tipo clásico de estafa[489], lo cual resulta insuficiente para justificar su utilidad[490]. En cambio, una definición del injusto del art. 290 en términos bi-ofensivos, como delito contra el patrimonio y contra un bien jurídico supraindividual espiritualizado –como el valor probatorio de los documentos sociales, el buen funcionamiento de las sociedades en sentido amplio o el principio mercantil de imagen fiel–, superaría el anterior escollo[491].

(2) Algunos autores y gran parte de la jurisprudencia consideran que el art. 290 es un delito de peligro abstracto contra el patrimonio[492]. Otros encuentran en la elevada penalidad prevista en este precepto un argumento a

---

un supuesto de estafa consumada (en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 168-169). Asimismo, puede verse, BACIGALUPO ZAPATER, «Los delitos societarios en el nuevo CP», *AAMN*, 37, 1998, pp. 11-29, para quien el problema de la relación entre los tipos de estafa y de falsedad en documentos sociales no puede resolverse si se consideran potenciales sujetos pasivos del art. 290 los socios o terceros, y no sólo la propia sociedad. De esta manera advierte el autor que cuando los perjudicados sean los socios o terceros estaremos ante un delito de estafa que concursará con el tipo de falsedad en los documentos sociales, careciendo entonces de sentido convertir la estafa en cuestión en una circunstancia agravante del art. 290.

[489] Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, p. 274. Una opción descartable desde un primer momento si tenemos en cuenta la configuración del tipo a modo de delito de peligro, tal y como ha puesto de manifiesto, por todos, GARCÍA CAVERO, en *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, p. 216.

[490] Recordemos que ya SILVA SÁNCHEZ anunció con gran acierto que ejemplos como el que ofrece el art. 290 CP, configurado como un tipo de peligro que sanciona la mentira documentada sin esperar un resultado de perjuicio (ni siquiera su tentativa), constituyen excepciones notables a lo que denomina el «modelo de la estafa» (en *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 134).

[491] En opinión de QUINTERO OLIVARES, "sería incorrecto y ajeno a la realidad legal el negar que los delitos societarios tienen ingredientes de lesión patrimonial en algunos casos, pero sería también incorrecto y ajeno a la realidad estimar que los delitos societarios son solamente un subgrupo de delitos patrimoniales" (en *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, 1998, p. 167).

[492] Por ejemplo, en la doctrina, FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, 1998, p. 166. En la jurisprudencia, por todas, la STS 1318/2000, de 14 de julio (ponente, PUERTA LUIS) en su FD 4º: "pueden existir conductas falsarias, de falsedad ideológica, cometidas por particulares que deben considerarse penalmente punibles tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (arts. 303 y 302.4º), como bajo la vigencia del nuevo (art. 290). Mas, en todo caso, ha de destacarse también que este último tipo penal es más restrictivo que el derogado al exigir la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico, bien sea a la sociedad, a los socios o a un tercero; lo que, según la doctrina científica, exige un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado. En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético".

favor de la bi-ofensividad del delito, que abarcaría, además del patrimonio, la funcionalidad de los documentos sociales[493].

> En esta línea se posicionan quienes conciben el peligro para el patrimonio en términos de idoneidad, es decir, como un *peligro abstracto-concreto*. Lo cual significa que el comportamiento del autor no solamente es en general adecuado para generar un peligro para el bien jurídico sino que, además, el peligro concreto se habría producido en caso de encontrarse la víctima en el radio de acción del autor[494].

(3) Otro sector entiende que la falsedad de los balances o las cuentas sociales se halla tipificada en el art. 290 CP como un delito de infracción de un deber[495] de configuración extra-penal basado en una relación institucional surgida del ordenamiento mercantil; deber que se refiere, concretamente, a la información sobre la situación real de la empresa. Desvinculan así la interpretación de este precepto del patrimonio y definen, en términos restrictivos próximos al Derecho mercantil, los conceptos de administrador de derecho y de hecho –este último como el administrador con nombramiento formalmente defectuoso–[496].

---

[493] En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, 1998, p. 204. SÁNCHEZ ÁLVAREZ también concibe el delito del art. 290 como bi-ofensivo y afirma que el precepto protege, además del patrimonio, la veracidad de la información social (véase, *Los delitos societarios*, 1996, p. 100).

[494] Como ha explicado TORÍO LÓPEZ en «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, 34, 1981, pp. 825-847; pp. 827 y ss., adoptando el término acuñado por SCHRÖDER para designar a estos delitos y aclarando que "la *valoración del caso individual* (…) es lo decisivo en los delitos de peligro" (p. 846). En el mismo sentido ya se posicionaba MEZGER en *Tratado de Derecho penal*, *I*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pp. 242 y ss.

[495] Formulados por ROXIN (véase, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 385-434, y 742-753) como contrapuestos a los delitos de dominio, y reconfigurados por JAKOBS (véase, *Derecho penal. Parte general*, 1995, §§ 21/116 y 21/119, aclarando escuetamente que los delitos de infracción de deber, a los que propone referirse como «delitos con deber que elude la accesoriedad», son "todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien") sobre la base del concepto de «competencia institucional» constituyen, desde mi punto de vista, el marco teórico idóneo de cara al tratamiento de delitos como el que recoge el art. 290 CP. En la literatura española puede verse, inaugural en la materia, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. En cuanto a la falsedad en la información como delito de infracción de deber (de información veraz) de configuración extra-penal (mercantil), FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 134.

[496] Véase, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, pp. 216-217, 220 y 222. También, GONZÁLEZ GUERRA, *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 173-189. En el ámbito del Derecho mercantil resulta de gran interés la aportación que realiza PAZ-ARES, para quien "el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia"; en otras palabras, la

(4). Por último, una cuarta concepción doctrinal entiende el art. 290 como un supuesto específico de falsedades ideológicas que, de no existir este precepto, serían impunes[497]. Según este sector doctrinal un eventual concurso normativo entre la falsedad del art. 290 y la del 392 se resolvería a favor del primero en aplicación de la regla de especialidad del art. 8.1º CP[498]. Tal postura, sostenida asimismo por la Fiscalía General del Estado[499], es rechazable por cuanto no cabe reducir a la especialidad el criterio diferenciador de la falsedad societaria con respecto a la del art. 392 CP, sino que el ámbito de protección del tipo societario es más amplio que el de las falsedades ordinarias o comunes[500]. De esta manera, no es que el bien jurídico protegido por el art. 290 lo convierta en una modalidad específica de falsedad, opción por otro lado marcadamente funcional y patrimonialista[501],

---

posición del autor se sustancia en una política de abstención con la negligencia y de intervención con la infidelidad (en *InDret*, 2003-162, p. 5). Puede verse también, GARRETA SUCH, *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 69 y ss., y 139 y ss.

[497] Véase, CHOCLÁN MONTALVO, *LL,* 2002-7, pp. 1645 y ss., quien se muestra crítico con la afirmación de que los documentos del art. 290 CP tienen un valor probatorio, pues de la legislación civil deriva que solamente son instrumento de información, y no de prueba.

[498] Véanse, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1997, p. 291; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1996, pp. 154-155. Para la autora, la razón por la que el legislador ha optado por deslindar los tipos del art. 290 y el art. 392 se refiere, por un lado, a la especialidad que en el caso del art. 290 ha de caracterizar al sujeto activo, y, por otro, a la clase de documento que resulta ser falsificado, en la medida en que en el caso del art. 290 "el contenido de estos está directamente relacionado con la situación económica y jurídica de la sociedad" (p. 155).

[499] En su Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 CP. De su análisis sistemático concluye que "solamente cuando el legislador quiere restringir la conducta falsaria descrita en términos generales en el citado art. 390, excluyendo alguna modalidad ideológica, lo expresa así en cada tipo delictivo" (citando el ejemplo del art. 149 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el verbo nuclear «falsearen»), de suerte que "cuando el legislador menciona la conducta falsaria documental, sin matización o restricción, ha de entenderse que ésta comprende las modalidades de los cuatro apartados del art. 390".

[500] En esta línea, FERRÉ OLIVÉ, *AP*, 1998, p. 881. También, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS consideran que no tiene lugar un concurso normativo entre ambos tipos, y aclaran que "el artículo 290 CP es asimétrico respecto a las falsedades documentales contempladas en los artículos 390 y ss. CP, por cuanto la estructura típica de las falsedades documentales societarias exige un plus de injusto al mero acto falsario", que se concreta en la aptitud para causar un perjuicio a la sociedad, los socios o un tercero (en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2008, p. 893). Además, añaden que el art. 290, a diferencia de los 390 y ss. no asume normalmente la función normativa de delito medio o instrumental (p. 889).

[501] Si bien una mera interpretación literal de nuestra legislación penal es suficiente para descartar la posibilidad de imputar falsedades cometidas en una información verbal, habida cuenta que una expresión oral no puede ser considerada documento (véase, DEL ROSAL BLASCO, *Empresa y Derecho penal*, 1999, pp. 1405 y ss.), en Italia tanto

sino que *dicha acción típica halla su razón de ser en que despliega una potencial lesividad material de naturaleza patrimonial específica al atentar contra la veracidad en la información social en cuanto expresión del principio mercantil de imagen fiel*.

§ 14. He procurado exponer, hasta este punto, los orígenes del precepto objeto de estudio, así como las virtudes y deficiencias principales en su configuración vigente. Estas pueden resumirse muy escuetamente en las siguientes: la estrechez de la especialidad exigida de cara a la determinación de la subjetividad activa en sede de conducta; el establecimiento desacertado de límites meramente cuantitativos para considerar relevante un riesgo típico en la imputación objetiva; la falta de claridad en la interpretación de los límites del dolo en el tipo subjetivo; la inobservancia en la práctica de elementos subjetivos de justificación (tales como el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho), así como de posibles supuestos de inimputabilidad (como puedan ser el desconocimiento de la prohibición o el miedo insuperable). Resta hacer referencia, a continuación, al tratamiento que ha recibido en los proyectos de reforma en los que se ha visto afectado.

III.4.3. El art. 290 en los proyectos de reforma del CP.-

§ 1. El CP de 1995 surgió ya afectado de exigencias ineludibles de reformas sustanciales[502]. Desde su entrada en vigor hasta la fecha han tenido lugar un total de veinticinco reformas del Código –y algunos más proyectos–: once hasta 2002 y catorce desde 2003, incluida la reciente macro reforma de junio de 2010, que ha afectado a 161 preceptos[503]. Un aluvión de reformas

---

jurisprudencia como doctrina coinciden en afirmar la existencia del delito incluso en las informaciones falsas expresadas de forma oral, siempre que estas emanen de alguno de los sujetos activos del tipo (véase, por todos, MAZZACUVA, *Il falso in Bilancio*, 1996, p. 63).

[502] Así, POLAINO NAVARRETE, *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 17. También RODRÍGUEZ RAMOS apuntó tempranamente que nos encontrábamos ante "un buen Código, en general, al que le faltan «una o dos hornadas»" (en «Un buen código para reformar», *LL*, 1996-3, pp. 1341-1342; p. 1342). Por su parte, MUÑOZ CONDE advertía que el primer CP de la de la democracia se halla aquejado de una "tendencia a la funcionalización" y al "debilitamiento del estricto principio de legalidad", y critica además su frecuente recurso a normas penales en blanco (en «El "moderno" derecho penal en el nuevo código penal. Pincipios y tendencias», *LL*, 1996-3, pp. 1339-1341; p. 1339).

[503] La cual, en palabras de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "no ha tenido muy en cuenta las múltiples y atinadas observaciones que la doctrina penal había hecho a los textos pre legislativos, así como a alguna de las 280 enmiendas que (…) se le formularon al texto", de donde cabe concluir que existió una "cierta prisa y precipitación en la aprobación de la reforma" (en su «Prólogo a la Trigésima Sexta Edición» del *Código Penal y Legislación Complementaria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 19-22; p. 22). Puede consultarse una panorámica

que, como en su día manifestó GIMBERNAT, bien puede deberse a que "hace ya unos cuantos años que en los países democráticos (…) los políticos descubrieron que en el Derecho penal –más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal– había una gran cantera de votos"[504].

§ 2. En este apartado de mi estudio voy a centrarme únicamente (a) en el proyecto de reforma de 2007 y (b) en la reforma de 2010. En el primero porque recogía la pretensión –después misteriosamente abandonada– de reforma de hasta cuatro de los siete artículos que engrosan el Capítulo XIII del Título XIII, relativo a los «delitos societarios», sobre los que en ningún otro proyecto se han recogido propuestas de reforma. En la segunda por meras y evidentes razones de necesidad y funcionalidad, ya que el texto fue finalmente aprobado en junio del pasado año y sus disposiciones engrosan el CP vigente desde el 23 de diciembre de 2010.

III.4.3.1. El proyecto de reforma de 2007.-

§ 1. El 20 de diciembre de 2006 el Grupo Parlamentario Socialista en el Gobierno elevó a las Cortes para su debate y aprobación el *Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/0001119)*[505]. El texto original de la reforma pretendía la modificación, en lo concerniente a los delitos societarios, de los arts. 290, 294, 295 y 297 CP[506]. En todos ellos se practica, de una u otra manera, una importante revisión de la subjetividad activa en cada tipo, mas siempre sin abandonar la fórmula de la especialidad propia.

> En el art. 294 se modificaba el segundo párrafo del precepto para acomodar su penalidad a las novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El precepto quedaba redactado como sigue: "Cuando procediere declarar penalmente responsable a la sociedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años". Asombrosamente, mientras el art. 31 bis ha sido introducido con la reforma del CP

---

de las reformas hasta los años 2002-2003 en QUINTANAR DÍEZ, «En torno a las reformas del código penal de 1995 hasta nuestros días», *CPC*, 78, 2002, pp. 603-653; JAÉN VALLEJO, «Las reformas del Código penal (2002/2003)», *RECPC*, 6, 2004, pp. 1-13.

[504] Véase, «Prólogo a la novena edición», Gimbernat y Mestre (eds.), *Código penal*, Tecnos, Madrid, 2004.

[505] Publicado en el *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 119-1, de 15 de enero de 2007.

[506] Acerca de la reforma en lo relativo a los delitos societarios puede verse, GONZÁLEZ RUS, «Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el proyecto de ley LO 121/000119, de modificación del código penal», *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 137-160; pp. 153 y ss.

de 2010, la actualización del art. 294 respecto a este nuevo régimen de responsabilidad no ha sido abordada, sin que los debates parlamentarios hayan dejado constancia de las causas de tal omisión.

En cuanto al art. 295, el nuevo precepto propuesto presentaba importantes diferencias, entre las que cabe destacar la relativa a la subjetividad activa, que se trasladaba a los socios, pasando la conducta realizada por administradores de hecho o de derecho a un nuevo delito de administración fraudulenta del patrimonio ajeno, que se hubiera recogido en el art. 254 bis[507]. El nuevo art. 295 quedaba redactado como sigue: "Los socios de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o de la misma forma contraigan obligaciones a cargo de aquella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los demás socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital confiados a la sociedad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del perjuicio causado, e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio" [508].

En relación con el concepto penal de sociedad, la propuesta de reforma se traducía en la adición de un art. 297 bis, que contemplaba la cuestión relativa a las sociedades pantalla y que quedaba redactado de la siguiente manera: "Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, asociación u organización de cualquier clase, cuya única o principal función sea encubrir actividades económicas ajenas, que a tal fin actúen y contraten en interés de la persona física o jurídica encubierta o declaren como propio el patrimonio perteneciente a la misma, en perjuicio de los derechos de terceros o para impedir o dificultar el cumplimiento de las obligaciones de la persona encubierta, serán castigados con la pena de prisión

[507] El fundamento 69 del proyecto integraba, como artículo único de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII, el art. 254 bis, que quedaba redactado como sigue: "El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio".

[508] Véanse las líneas que GONZÁLEZ RUS le dedica a esta cuestión en *Reforma del Código Penal*, 2009, pp. 154 y ss. Sobre el delito de administración desleal pueden consultarse, en Gómez-Jara Díez (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008: SCHÜNEMAN, «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», pp. 19-96; ID., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal», pp. 123-148; JAKOBS, «Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal», pp. 99-120. Y, en lo relativo al art. 295 CP en concreto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?», pp. 151-201, con amplias referencias doctrinales en la materia.

de uno a cuatro años. A la persona jurídica utilizada para los expresados fines, si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos".

Asimismo, es oportuno recordar que el proyecto incluía, en su fundamento 62, una propuesta de reforma del delito contable en la que se practicaba una inoportuna referencia expresa al art. 290 que hacía pensar en un flagrante solapamiento de ambos preceptos[509].

§ 2. En lo relativo a las falsedades en la información social, el proyecto establecía, en su Exposición de Motivos, que el art. 290 anterior a la propuesta de reforma "ofrecía una fórmula lacónica en su expresión, y estrecha en su alcance tanto en lo que atañe a los sujetos protegidos como a la clase de perjuicios que pueden causarse"[510]. De esta manera, en el fundamento 64 se proponía una modificación del precepto con el fin de que su nueva redacción ampliara el radio de acción de la tutela penal. El art. 290 CP propuesto quedaba redactado como sigue[511]:

"Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

[509] El art. 261 CP propuesto rezaba: "El que, fuera de los supuestos descritos en el apartado 1 del artículo anterior, presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración del concurso, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses.

La misma pena se impondrá a quienes:

a) incumplan la obligación de llevanza de libros de comercio, o alteren sus anotaciones de modo tal que se dificulte gravemente el conocimiento de la realidad patrimonial de la empresa, o, antes del término legal, destruyan o inutilicen libros, documentos o soportes informáticos que pudieran permitir la determinación de esa realidad.

b) elaboren balances oficiales que no reflejen su estado patrimonial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 290 de este Código."

[510] Véase, *BOCG. Congreso de los Diputados,* 2007, p. 10.

[511] Sobre la reforma del art. 290 y su forma típica en el proyecto en cuestión, muy crítica, VILLACAMPA ESTIARTE, «Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007», Álvarez García (dir.), *La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 427-467; pp. 444 y ss., quien concluye muy oportunamente su estudio advirtiendo que "conviene interrogarse acerca de si no puede resultar adecuado que la incriminación del incumplimiento por parte de los auditores del deber de veracidad en orden a la elaboración de su informe halle reflejo en un precepto *ad hoc*" (p. 449).

Las mismas penas se impondrán a los auditores que, incumpliendo sus obligaciones y conociendo la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos a los que se refiere el párrafo anterior, emitieran informe favorable sobre ellos"[512].

De esta manera, la adición del segundo párrafo pretendía constituir una extensión de la especialidad propia a la figura del auditor de cuentas, considerado el gran ausente de la previsión legal y quien de otra manera no podía ser considerado autor del delito. Una cuestión que todavía entraña no pocos problemas teniendo en cuenta que su conducta falsaria, como ya he comentado con anterioridad, es a día de hoy impune y requiere de la de un administrador de hecho o de derecho a la que siga y en la que *coopere*, al quedar asimismo excluida de las falsedades ideológicas ordinarias por ser el auditor un particular[513].

§ 3. El proyecto fue debatido y finalmente secundado por todas las fuerzas políticas a excepción del Grupo Parlamentario Popular, que a finales de 2007 presentó una enmienda a la totalidad condenándolo a la caducidad, ya que la legislatura llegó a su fin sin que éste hubiera podido ser tramitado[514].

Las intervenciones del Debate de Totalidad en el Pleno celebrado el 13 de septiembre de 2007 no hacen referencia en ningún momento a la reforma de los delitos societarios de los arts. 290, 294, 295 y 297 CP. Sin embargo, el debate sirvió para que el Grupo Parlamentario Socialista recordara, a través de RASCÓN ORTEGA, el carácter europeísta que pretendía revestir el proyecto de reforma. El parlamentario socialista aseguraba que "el objetivo primordial es tratar de adecuar la legislación penal española a la legislación europea", ya que "para eso se firmó el acuerdo de Tampere del año 1999, que buscaba la homogeneización de los códigos penales, y para eso

[512] En cursiva, la novedad introducida por el proyecto de reforma. Crítico con ella por considerar que, a pesar de todo, "permanece sustancialmente igual el contenido de la conducta típica", el CGPJ en su *Informe del Pleno del CGPJ, de 27 de octubre de 2006, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 161.

[513] Sobre la subjetividad activa en relación con la figura de los auditores de cuentas, confirmando lo dicho, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2008, pp. 888 y ss. Los propios autores ya apuntan, en la línea de lo que pretendo proponer en este estudio, a la necesidad insoslayable de que, en materia de delitos societarios, la regulación mercantil constituya el sustrato de la ilicitud penal (pp. 886 y ss.).

[514] Véase, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 281, de 13 de septiembre de 2007 (Pleno). Intervención de SANTAELLA PORRAS (Grupo Popular), pp. 13872-13874. La tramitación seguida por la iniciativa fue la que sigue: *publicación*: 09/01/2007-15/01/2007; *enmiendas*: 15/01/2007-15/01/2008; *calificación*: 06/06/2007-06/06/2007; *totalidad*: 06/06/2007-13/09/2007; *concluido por caducidad*: 15/01/2008-13/02/2008.

está dictando Europa un sinfín de directivas marco, para que los Estados que forman parte de la Unión lo hagan realidad"[515].

> La proximidad de las elecciones generales se ocupó de desviar la atención, una vez más, hacia desgraciados sucesos de naturaleza extra-política, lo que desembocó en un cruce de reproches entre socialistas y populares que terminó por malograr el orden del día[516].

Entre las razones que llevaron al Grupo Parlamentario Popular a presentar una enmienda a la totalidad al proyecto de reforma del CP destaca la que acusa al texto de oportunismo político, debido a la inminencia de la celebración de elecciones generales[517].

He querido traer a colación las declaraciones finales de las posiciones enfrentadas en el debate porque éstas parecían constituir en su momento únicamente un punto y seguido en la discusión y tramitación del proyecto de reforma, que acabaría por ser devuelto al proceder de las Cortes Constituyentes en el transcurso de los meses siguientes. Sin embargo, el abandono del proyecto se tradujo en un cambio de expectativas en proyectos posteriores, en los que cambiaron algunas d elas materias objeto de reforma. Este hecho afectó, concretamente, a los delitos societarios, cuya reforma todavía hoy no ha sido abordada nuevamente.

III.4.3.2. La reforma del CP de 2010.-

§ 1. El principal instrumento de tutela de la transparencia en la información social sigue siendo hasta la fecha el art. 290 CP[518]. Además, la

---

[515] *Ibidem*, intervención de RASCÓN ORTEGA (Grupo Socialista), pp. 13881-13882; p. 13881.

[516] *Ibidem*, p. 13873.

[517] El representante popular declaraba al comienzo de su intervención que el Partido Socialista "trae la reforma justo cuando el debate político está concernido en temas preelectorales". Y concluye que "estamos ante un proyecto que nosotros consideramos precipitado, desequilibrado, que no ha sido reflexionado lo suficiente y que contiene reformas que en su día ya fueron descartadas del Código Penal de 1995; con correcciones continuas de criterios, de medidas, de agravación de delitos cuya trascendencia jurídica está por ver y, por supuesto, con ninguna conexión con la realidad delictiva que padece hoy nuestro país" (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 2007, pp. 13872-13873). Como crítica de fondo apunta que los socialistas "tratan de dar un mensaje de dureza en la parte especial del Código que desaparece cuando intentan cambiar la parte general" (p. 13874).

[518] Así, apunta RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que "el art. 290 no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario, sino que su objeto de protección específico es la *transparencia* y *veracidad* de la información social" (en *RDPC*, 2002, p. 293, cursiva añadida). Para la STS 1217/2004, de 2 de noviembre (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE) este delito se configura como protector de la transparencia en la información

última reforma del CP de 1995, aprobada en junio de 2010, introduce al menos dos nuevos preceptos en estrecha relación y eventual concurrencia con el delito de falsedad en la información social. Me refiero, en primer lugar, a la llamada «estafa de inversores» del art. 282 bis[519], una figura aparentemente híbrida, a medio camino entre las defraudaciones y las falsedades documentales[520], cuyo propósito consiste en sancionar aquellas conductas de falseamiento de la información que la sociedad debe hacer pública o difundir

económica-contable de la empresa en cuanto elemento consustancial al sistema de economía de mercado (FD 6º: "el bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. En este sentido y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión"). Asimismo, la SAN 16/2000, de 31 de marzo (ponente, CHOCLÁN MONTALVO) confirma la antijuricidad material del tipo en los términos expuestos y matiza, desvinculando el tipo de las falsedades documentales ordinarias, que a través del art. 290 no se protege tanto la información en sí misma, como el perjuicio económico que se puede irrogar en el patrimonio de sujetos para los que dicha información tiene una gran relevancia (en la calificación jurídica del FD 10º).

[519] "Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedores, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses."

El precepto ha sido aprobado a través de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (publicada en el BOE el miércoles, 23 de junio de 2010). Una reforma que ha sido duramente criticada, entre otros, por ÁLVAREZ GARCÍA, para quien la urgencia en su tramitación constituye una prueba inequívoca del desprestigio que aqueja a las instituciones y a un CP escasamente democrático (véase, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 27 y 28, criticando que la Comisión de Justicia del Senado dictaminó en sólo dos horas y media acerca de las doscientas ochenta enmiendas planteadas al proyecto de reforma durante la sesión celebrada el día 2 de junio de 2010).

[520] Muy crítico, al respecto, MORALES GARCÍA, «Fraude de inversores (art. 282 bis)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 231-240, para quien "el nuevo tipo penal responde a la artificiosa necesidad autoimpuesta por el legislador español consistente en trasponer también penalmente las infracciones contempladas en Directivas y Decisiones Marco comunitarias" (p. 232). El autor advierte con acierto acerca del solapamiento que sin duda se producirá entre este nuevo precepto y los arts. 290 y 248 CP. En su opinión, el eventual concurso normativo entre el art. 282 bis y el art. 290, en relación de especialidad parcial, se deberá resolver a favor del primero cuando la falsedad tenga por fin la captación de inversores.

de cara la captación de inversores, créditos o préstamos, sin requerir la producción de un perjuicio patrimonial efectivo[521]. En segundo lugar, es necesario advertir que también la inclusión del delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis[522] podría derivar en problemas concursales con el art. 290 CP.

Se puede afirmar que los instrumentos de que dispone la legislación penal española de cara a la persecución de la falsedad social no son precisamente insuficientes en número, muy a pesar de que algunos autores todavía hoy opinen lo contrario[523]. Cuestión distinta es la idoneidad y

[521] En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ apunta, al referirse al hipotético bien jurídico protegido por el precepto, que "lo protegido aquí es el funcionamiento normal del sistema de valores y el sistema crediticio en condiciones de una libre competencia" (en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, 2008, p. 155). Sobre la «estafa de inversores» se ha pronunciado también el autor en «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade*, 74, 2008, pp. 225-243; pp. 233 y ss. (refiriéndose concretamente al art. 286 bis del proyecto de reforma de 2007). Véase, en el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 151-182; pp. 174 y ss. También, SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 187, para quien "sería errónea la conclusión de que el Derecho penal español vigente carece de mecanismos para afrontar los hechos más graves realizados por los agentes de la crisis" (pp. 188-189).

[522] "1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que se espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales (…)".

[523] Así, muy recientemente, RODRÍGUEZ PUERTA y MORÓN LERMA opinaban que las operaciones vinculadas a la actividad económica en cuanto objeto sobre el que se articula el mercado financiero quedan "escasa y fragmentariamente protegidas por el código penal", déficit que impedía tutelar –según las autoras, hasta la *salvífica* entrada en vigor del nuevo art. 282 bis– un mercado sensible y fluctuante, de naturaleza fuertemente normativizada (en «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 311-318; p. 312).

eficiencia de los preceptos existentes[524] ya que, dejando a un lado el solapamiento que pueda tener lugar entre los arts. 290, 282 bis, 286 bis, o incluso 248 CP, la configuración de tipos *nuevos* encargados de volver sobre demandas nada nuevas sigue tropezando en las mismas piedras dogmáticas.

Así, una lectura superficial del nuevo art. 282 bis permite advertir que la configuración del delito sigue un patrón idénticamente equivocado al del art. 290 CP. Tanto que el CGPJ ha llegado a considerar, con ocasión de su informe al anteproyecto de 2009, que éste "pretende introducir en el Código Penal un tipo especial agravado con respecto a los del artículo 290 por tratarse de sociedades cotizadas y por haber conseguido el autor captar inversores u obtener crédito". Y concluye que, si bien es su introducción es oportuna, el hecho de que ésta se halle irreferenciada a la falsedad societaria del art. 290 CP lleva a la mezcla y la ausencia de sistema[525].

Volvemos a encontrarnos con un tipo especial propio que calca aquella fórmula tan largamente discutida que sirvió de base a la definición de la subjetividad activa en los delitos societarios, con la salvedad no menor de que ahora el art. 31 bis abre la vía de la responsabilidad penal «directa» –aunque todavía dependiente– de las personas jurídicas (art. 288)[526]. Sin embargo, en esta ocasión la todavía escasa doctrina en la materia propone que el contenido

[524] Recientemente, BACIGALUPO ZAPATER, partidario de una discusión técnica más amplia del proyecto, sugería que, si bien este "introduce acertadamente un nuevo tipo penal para la protección de los inversores que operen en los mercados de valores (…), la redacción del tipo, sin embargo, se superpone con la del artículo 290 del Código Penal vigente. Además prevé, injustificadamente, una pena mayor para un hecho sustancialmente igual al de dicho artículo" (en «Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal», *EP–DP*, 61, 2010, pp. 30-31; p. 31).

[525] Véase, *Informe del Pleno del CGPJ, de 3 de marzo de 2009, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pp. 110 y 113. El propio CGPJ afirma que "no es comprensible la razón por la que el Anteproyecto da el muy necesario paso de tipificar las estafas de inversores y de crédito, pero, sin embargo, las reduce al mercado de valores, mezcla las inversiones con la financiación, segrega estos delitos de la estafa, que resulta ignorada incluso en cuanto a los marcos penales, y no atiende, tampoco, a su relación con el antes mencionado delito de falsedad societaria del artículo 290. Si la pretensión político-criminal es atender específicamente a estas prácticas delictivas en el concreto ámbito del mercado de valores, la técnica utilizada debería ser la agravación de estas modalidades de delito societario o, si se prefiere, de estafa en el ámbito de las sociedades cotizadas, pero no la exclusión de otros mercados y posibles perjudicados".

[526] Aunque me referiré más amplia y detenidamente a esta cuestión en el apartado V.3.2. de este estudio, puede consultarse un amplio comentario al nuevo art. 31 bis, con referencias al derecho comparado y, más concretamente aunque de forma escueta, al caso Enron, en CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55-86; pp. 65 y ss.

de la noción de administrador de hecho venga colmado normativamente por lo establecido en la LMV y en su reglamento de desarrollo respecto a los sujetos intervinientes en la elaboración de la información social. Lo cual se traduce en la práctica en una especialidad impropia, teniendo en cuenta que son muchos los agentes financieros a los que la LMV confiere facultades en relación con la elaboración y publicación del *folleto* (arts. 28 y 35)[527].

§ 2. Ambos tipos se configuran como delitos de peligro abstracto, si bien el art. 282 bis añade el elemento subjetivo del injusto de la «finalidad para captar inversores», razón por la cual pudiera parecer que nos hallamos, en última instancia, ante una modalidad especial de estafa que asume la transparencia comercial como bien jurídico espiritualizado o mediato. Asimismo, los dos *se blindan* con un supuesto agravado en un segundo párrafo configurado a modo de delito de lesión que prevé la aplicación de las penas en su mitad superior cuando llegara a producirse un daño efectivo en los términos del párrafo precedente.

Llama poderosamente la atención, en cambio, que para la nueva estafa de inversores no se haya contemplado la pena de multa (como sí se hizo para el art. 290) y que haya aumentado el límite máximo de la pena privativa de libertad (de uno a cuatro años, frente a la de uno a tres del art. 290). La razón de esta última medida se debe con total seguridad al mayor potencial de dañosidad económica en el que se traduce el hecho de que las sociedades afectadas por el precepto sean cotizadas; sin embargo, ello no obsta para que se inobserve la pena de multa.

Por otro lado, de la misma manera que el art. 290 CP habla de «otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la

[527] Véase, MORALES GARCÍA, *La Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 238 y ss. Recuérdese que la propia Exposición de Motivos de la LMV (en su párrafo núm. 15) afirma que "son muchos los preceptos de la Ley en los que se prescribe o se posibilita la existencia de muy diversos mecanismos de recogida y difusión de la información", lo cual "ha de permitir que los propios agentes del mercado, los inversores, los observadores del mercado y los medios públicos de información ejerzan una *efectiva vigilancia*, sin cuya existencia los mayores esfuerzos supervisores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores servirían de poco". Véase, sobre esta cuestión, ENTRENA RUIZ, «El régimen de supervisión, inspección y sanción del mercado de valores, en particular del abuso de mercado», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 519-582; pp. 524 y ss. Sobre las funciones de supervisión e inspección de la CNMV, detalladas en el art. 85.2 LMV, pueden verse, CASTILLO BLANCO, *Derecho de la regulación económica*, 2009, pp. 403-407; FUERTES LÓPEZ, «La supervisión 'objetiva' de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», *RDByB*, 13, 1993, pp. 7-42; RODRÍGUEZ PELLITERO, «La comisión nacional del mercado de valores», Uría Fernández (coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 89-152.

entidad», el art. 282 bis no sólo se refiere a las falsedades cometidas sobre el *folleto*[528], sino que prevé, en relación con el objeto material, la cláusula abierta «las informaciones financieras que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros». El legislador parece estar pensando en este caso en las *continuing obligations*, aquélla información que trimestral, semestral o anualmente las sociedades emisoras de valores deben poner a disposición de la CNMV[529].

De mayor interés resulta, en relación con la propuesta que pretende culminar este estudio, el recurso en el art. 282 bis a una forma típica que acertadamente configura el contenido material de la acción típica, al menos desde un punto de vista técnico, con base en la remisión a instrumentos normativos. Así, los datos que han de ser comunicados por las compañías y que delimitan los márgenes de la eventual conducta falsaria (de las denominadas ideológicas, tanto en su forma activa como en la omisiva[530]) en el ámbito de lo jurídico-penalmente relevante se hallan exhaustivamente detallados en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se

[528] Sobre el contenido que debe reunir el *folleto*, véase el art. 27 LMV y los arts. 16 y ss. del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, en el que se desarrollan sus requisitos. Asimismo, a nivel comunitario, puede consultarse la Directiva 2003/71 (CE), de 4 de noviembre, conocida como *Directiva de Folletos*, transpuesta al ordenamiento español por Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. No obstante, vaya por delante, para información del lector, que ninguna de estas normas aclara realmente qué información debe figurar en el folleto.

[529] Véase, MORALES GARCÍA, *La Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 234 y ss. Apunta JIMÉNEZ-BLANCO que con la CNMV "se abandona la técnica del ejercicio privado, casi en exclusiva, de funciones públicas y de algunas tareas que hasta ahora eran de tal condición pasan a ser privadas y a desempeñarse en un régimen de competitividad y de libertad. Hay una mayor supervisión y un puntilloso régimen sancionador y sobre un sistema que hace de la transparencia y de la información el principal de sus atributos", y concluye que, en la línea de lo expuesto acerca de la autorregulación, que "se ha pretendido instaurar una mayor libertad y al tiempo y, aunque parezca paradójico, una mayor supervisión" (en *Derecho público del mercado de valores*, CERA, Madrid, 1989, p. 62). Sobre la naturaleza y composición de la CNMV, a modo introductorio, BETANCOR, «La Comisión Nacional del Mercado de Valores como Administración independiente», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 171-190; pp. 172 y ss. y 179 y ss., subrayando la función principal de supervisión independiente (a la que hacen expresa referencia tanto la Exposición de Motivos como el art. 13 LMV).

[530] El falseamiento de los datos económicos de la empresa puede realizarse haciendo constar informes favorables falsos o incorrectos o silenciando hechos desfavorables en folletos, resúmenes, informes o en las propias páginas web de las empresas (véase, RODRÍGUEZ PUERTA y MORÓN LERMA, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 314).

desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En este sentido, cabe concluir que la consumación de la acción falsaria tiene lugar cuando el valor o instrumento financiero emitido es admitido a negociación, quedando excluida del tipo la conducta de falseamiento del *folleto* emitido por sociedades emisoras de valores que no pretenden negociarlos en mercados secundarios[531]. Ello tiene sentido si pensamos que en mercados regulados el folleto no constituye una referencia informativa.

§ 3. Con todo, parece que la principal circunstancia diferenciadora de la nueva estafa de inversores respecto a la falsedad societaria radica en la introducción en la primera de un elemento subjetivo del injusto, a saber, la finalidad de obtener o captar irregularmente inversores o depositantes, de colocar activos financieros de cualquier tipo o de conseguir financiación por cualquier medio[532]. Además –como ya adelanté *supra*– de la importante diferencia que supone la aplicabilidad del art. 31 bis a la estafa de inversores y no, en cambio, al delito de falsedad en la información social.

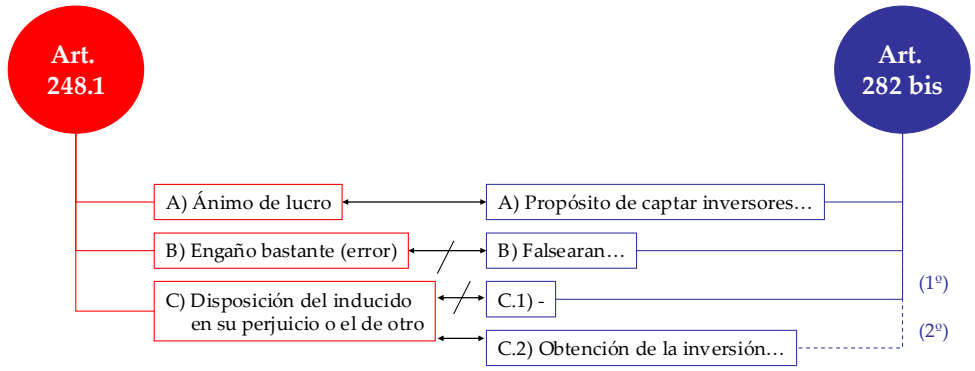
Por otro lado, el juicio de idoneidad exigido tanto en la estafa del art. 248 como en la falsedad en los documentos sociales del art. 290 no lo es en el art. 282 bis, en el que la obtención de la inversión no es requisito necesario para la consumación del delito, precisamente porque el objeto de tutela del precepto no se circunscribe al patrimonio de los inversores sino a las reglas

[531] El precepto se refiere al falseamiento cometido sobre la información publicitada por las sociedades emisoras de valores negociados *en los mercados de valores*. Pues bien, la anterior expresión era del todo innecesaria, insuficiente e inexacta habida cuenta que desde la reforma de la LMV del año 2007 (la Ley 47/2007 transponía a nuestro ordenamiento jurídico la normativa comunitaria conocida como MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), compuesta por la Directiva 2004/39, de 21 de abril; la Directiva 2006/73, de 10 de agosto y el Reglamento (CE) 1287/2006, también de 10 de agosto), ésta no se refiere al Mercado de Valores en general, sino que diferencia entre mercados primarios (de emisión y oferta pública de suscripción o venta de valores negociables) (art. 25 LMV) y secundarios o regulados (en los que se negocian los valores previamente emitidos) (art. 31 LMV). Para más información sobre este punto, CIDONCHA MARTÍN, «Los mercados de valores: mercados primarios y secundarios. Las Bolsas de Valores», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 103-170; pp. 123-150.

[532] Recordemos cómo, en el proyecto de 2007, el falseamiento de la inversión en el delito de estafa de inversores debía ser "apto para producir engaño", lo que lleva a pensar que en la primera versión de la reforma el legislador no tenía del todo clara la necesidad de introducir este precepto, confundiendo la captación de inversores con la obtención de crédito, siendo que la primera se refiere al error derivado de un engaño y el segundo a la consecuencia del error producido como consecuencia de un engaño (véase, MORALES GARCÍA, *La Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 233).

de juego del mercado y, más concretamente, a las de los mercados regulados[533].

En suma, pienso, en relación con la *nueva* «estafa de inversores», que el art. 282 bis CP *recoge, no un tipo de estafa, sino uno de falsedad*. A falta de jurisprudencia y de un más amplio pronunciamiento doctrinal, una comparativa de los preceptos 248.1 y 282 bis permite esgrimir los siguientes argumentos, de orden estrictamente sistemático. Si el art. 282 bis acogiera una forma de estafa, como pretende, su configuración no podría en ningún caso prescindir de, al menos, tres elementos fundamentales: (a) el ánimo de lucro, (b) el engaño bastante para producir error en otro y (c) el acto de disposición por parte del inducido, en su perjuicio o en el de un tercero. Pues bien, como puede observarse en el esquema que sigue, en la estafa de inversores sólo concurre el primero de ellos.



El precepto hace referencia a un falseamiento material que no exige una idoneidad para producir engaño, sino el mero elemento intencional del «propósito» de captación de inversión –el cual constituye el equivalente al ánimo de lucro en la estafa del art. 248.1 CP–. Precisamente por ello la consumación del delito es en todo caso independiente y anterior a la eventual causación de un perjuicio en términos de obtención de la inversión; también en el caso del párrafo 2º, en el que la obtención de inversión es ajena al acto de falseamiento a efectos consumativos[534]. En suma, parece más que evidente que *el art. 282 bis no tipifica una modalidad de estafa, sino una de falsedad específica. Lo cual hace criticable que por él pueda responder penalmente una persona jurídica, cuando no puede hacerlo por la falsedad social*

[533] Véase, MORALES GARCÍA, *La Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 233.

[534] Supongamos que como consecuencia de la exageración de la información se obtiene un mayor flujo de inversión que se traduce en una mayor rentabilidad para ambas partes. Pues bien, en este caso, sorprendentemente, la actuación sigue siendo típica a efectos del art. 282 bis, ya que su consumación no exige perjuicio.

contenida en el art. 290 CP. Más aún cuando, a todas luces, la no aplicación del art. 31 bis a los delitos societarios ha sido deliberada –recuérdese que, como dejé apuntado en el apartado III.4.3.1. § 1., el proyecto de reforma de 2007 preveía la aplicación del art. 31 bis al art. 294 CP–. Y es que, si bien la interpretación unánime del art. 290 CP incluye a la sociedad (constituida o en formación) entre los posibles sujetos pasivos del delito de falsedad en la información social, no es menos cierto que existirá un problema de difícil solución cuando la conducta típica sea descrita por un administrador persona jurídica. Lo cual no es inusual en el ámbito del Derecho mercantil de sociedades. Por el momento, parece que la solución no puede consistir, de *lege lata*, en la mera identificación de la persona física que en concreto describe la acción típica, ya que *legalmente* aquélla no es administradora de la sociedad cuya información social se ha falseado. Y una interpretación en el sentido contrario supondría una analogía inadmisible.

§ 4. En cuanto a la corrupción entre particulares del nuevo art. 286 bis CP, es éste un delito de nula tradición en nuestro Derecho penal introducido por vez primera en el anteproyecto de modificación parcial del CP aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2006[535]. La figura responde no ya a la sensibilidad del prelegislador español, sino a la necesidad de dar satisfacción a las exigencias de instancias supranacionales[536].

> Tanto es así que pocos autores se pronunciaron sobre la implantación de este delito en nuestro CP y de ellos sólo FARALDO CABANA pareció mostrarse favorable[537].

---

[535] Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)», *RDPC*, 19, 2007, pp. 245-288; pp. 245, 248 y ss., crítico con las exigencias de una "Comisión europea investida como supralegislador-armonizador capaz (…) de imponer la voluntad (…) a los Parlamentos nacionales" (p. 255).

[536] El primer instrumento por el que España quedó obligada a introducir en sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado fue la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de diciembre, el cual establecía un plazo de dos años para que los Estados miembros practicaran sus propuestas de aplicación. Dicho plazo expiró el 31 de diciembre de 2000 sin que sus demandas hubiesen recibido atención legal en España. Finalmente, ha sido la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción en el sector privado, la atendida por el prelegislador español. Véanse, largamente sobre la armonización de los ordenamientos nacionales en esta materia, NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 359 y ss.; HUBER, «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», *RP*, 11, 2003, pp. 41-52; pp. 42 y ss.

[537] A favor, presumiéndole al precepto un valioso efecto preventivo, FARALDO CABANA, «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *EPC*, 23, 2002, pp. 59-98; p. 98. En contra, por todos, partidario de un delito de administración desleal mediante pago y/o recepción de sobornos, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado (reflexiones

El precepto, que calca la estructura delictiva del cohecho en su extrapolación a las relaciones comerciales entre particulares, inaugura en solitario la sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII diseñada a tal efecto y ofrece cobertura jurídico-penal a la competencia leal en términos de «vehículo de fidelidad»[538].

En lo que se refiere a la necesidad de intervención penal en este ámbito soy de la opinión de que lo que en cuaquier caso debe considerarse censurable es la incursión, a través de esta figura, en el terreno del mero Derecho penal simbólico[539]. Resulta del todo contraproducente y arbitrario que la pena privativa de libertad recogida en este precepto sea superior tanto a la de buena parte de las modalidades de cohecho como al límite máximo de tres años que señalaba la Decisión Marco de la que trae causa. Asimismo llama la atención que la corrupción entre particulares no se vea afectada por el art. 287, de suerte que el precepto no haya sido configurado a modo de delito «semipúblico» (o «semiprivado»), como ocurre con la corrupción privada en países como Alemania o Italia, o con nuestros delitos societarios –vía art. 296 CP–. Por otro lado, es de agradecer que el precepto rescate la pena de inhabilitación especial para ejercicio de industria o comercio, aunque lo haga cumulativa y residualmente.

En cuanto a la subjetividad, el art. 286 bis no restringe la condición de sujeto activo al administrador social, sino que amplía el círculo hasta convertir la corrupción privada en un delito común. Cuando el precepto fue introducido, en el anteproyecto de reforma de 2006, se hizo pensando en que, conjuntamente, la administración desleal iba a trasladarse a un nuevo art. 254 bis también a modo de delito común consistente en el «abuso de las funciones propias del cargo», quedando en el art. 295 la disposición fraudulenta por parte de los socios. Sin embargo, curiosamente y a pesar de la similitud estructural de ambas expresiones típicas, a la aprobación no enmendada del art. 286 bis en 2010 no ha seguido la de los arts. 254 bis y 295, cuya reforma se ha obviado desde entonces. A pesar de que en el anteproyecto de reforma de 1992 los arts. 285 y 286 fueron incluidos como delitos societarios[540] y que

---

desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *RP*, 10, 2002, pp. 55-69; pp. 61 y ss., para quien en todo caso "el precepto a aplicar en los casos de sobornos sería el de apropiación indebida en su vertiente de administración desleal (…) con independencia del tipo de corrupción" (p. 67). También, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Cólex, Madrid, 2001, pp. 171 y ss.

[538] My crítico con esta configuración por no considerar el «vínculo de fidelidad» digno de protección penal, GILI PASCUAL, *RDPC*, 2007, p. 278.

[539] *Ibidem*, pp. 256-257, nota 34.

[540] Véase, RODRÍGUEZ RAMOS, *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, 1998, p. 186.

también en países como Italia el delito de corrupción en la gestión de las sociedades mercantiles –definido como "comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor" (art. 2635 CC italiano)– ha sido concebido como delito societario, especial y privado[541], e introducido con la finalidad de adelantar la barrera de la punibilidad respecto a la administración desleal[542].

El precepto exige, además, que el autor actúe «incumpliendo sus obligaciones», una expresión que vuelve sobre el modelo de tutela competencial fundamentado en la remisión al contener la referencia expresa a una conducta contraria a deber por parte del agente[543], y que se ratifica en la configuración de un delito de peligro.

§ 5. Parece que es la administración desleal del art. 295 CP la figura que eventualmente entrará en concurso normativo con la nueva corrupción privada del art. 286 bis, en cuyo caso pienso que la doctrina y jurisprudencia no van a ser pacíficas. En mi opinión, la cuestión de más inmediata relevancia práctica es la *huida de los delitos societarios* a la que puede llevar el nuevo art. 286 bis, ya que su configuración a modo de delito común abre la entrada de todos aquéllos sujetos cuyas conductas corporativas desleales hasta la fecha sólo eran punibles a través de las formas de participación en los delitos cometidos por administradores sociales de los arts. 290 y ss. CP. Estoy pensando, por ejemplo, en la actividad falsaria o fraudulenta de los auditores de cuentas de una entidad. No obstante, no hay que perder de vista que este aparente acierto –hasta donde llego no pretendido por el legislador– no colma las expectativas de reforma de los delitos societarios, ya que conductas como la recogida en el art. 290 siguen sin encajar en la fórmula del «cohecho privado». Las falsedades sociales que acompañen a un delito de corrupción entre particulares deberán ser resueltas por la vía del concurso de delitos. Y el

[541] La figura castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años, mediando querella de la persona ofendida, a "los administradores, los directores generales, los auditores internos y los responsables de la revisión, que tras dádiva o promesa de favor realicen u omitan actos contrarios a los deberes inherentes a su cargo, causando un daño a la sociedad".

[542] Véase, FOFFANI, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *RP*, 12, 2003, pp. 61-71, quien denuncia que "el nuevo delito del art. 2635 CC parece hoy destinado, de ser casi completamente absorbido por la administración desleal (…), a convertirse en poco más que un delito simbólico" (p. 68).

[543] Para evitar interpretaciones puramente economicistas o patrimoniales en este ámbito delictivo, la Decisión Marco 2003/568/JAI indica que la violación de las obligaciones debe entenderse de conformidad con la legislación nacional de cada Estado, debiendo cubrir el concepto, al menos, *todo comportamiento desleal que constituya violación de una obligación legal o de normas profesionales* (véase, sobre el contenido material del incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos activos del delito, el *Informe del Pleno del CGPJ, de 3 de marzo de 2009, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pp. 117 y 118).

delito de administración desleal del art. 295 CP deberá ser reformado prontamente ya que lo previsible es que, de no ser así, el Alto Tribunal sea coherente con su última línea interpretativa en la materia y aplique *automáticamente* el art. 8.4º CP para resolver los inevitables concursos entre ambos preceptos a favor del art. 286 bis (el cual, previendo idéntica pena privativa de libertad e igual monto en la pena de multa que el art. 295, recoge la pena de multa como no alternativa a la de prisión y añade la de inhabilitación especial)[544]. Una práctica jurisprudencial que, junto a la que viene favoreciendo a la apropiación indebida del art. 252 frente al art. 295, terminará por condenar al último a su inaplicación definitiva[545].

En suma, son dos las cuestiones a destacar de la reforma de 2010 en relación con el delito de falsedad en la información social del art. 290: (1) la no mención a los auditores de cuentas, como se había previsto en el proyecto de 2007; y (2) la no aplicación del nuevo art. 31 bis a los delitos societarios en general y al art. 290 en particular. Ambas serán tratadas con más detenimiento en el apartado VI.2. de este trabajo.

III.5. Recapitulación. Los códigos de buen gobierno, la cláusula de honorabilidad y el delito de falsedad en los documentos sociales: medidas a replantear.-

§ 1. La crisis financiera motivada por desastres como el de Enron fue en última instancia una crisis de la concepción de la *cultura gubernamental corporativa* que afectó a la *confianza* de los agentes del mercado y a la *veracidad y transparencia de la información social*.

El correcto funcionamiento de un mercado de capitales como el actual, que opera en condiciones de gran incertidumbre, exige la aplicación de una filosofía de regulación y control de la actividad financiera en torno a tres criterios: (1) el de la *vigencia efectiva del imperio de la ley*, (2) el de la

[544] Recuérdese que, en relación con el art. 8 CP, sin paralelo en el Derecho comparado a excepción del criterio de especialidad recogido en el art. 15 del CP italiano de 1930, SANZ MORÁN ha advirtió que "el precepto es completamente superfluo y perturbador" (véase «Concurso de delitos. Criterios y problemas», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 79-86; p. 80).

[545] En este punto FARALDO CABANA denunciaba que, antes de la entrada del art. 286 bis, ante las conductas de corrupción privada sólo cabía aplicacar el art. 295 con la agravente de precio, recompensa o promesa del art. 22.3. CP (véase, *EPC*, 2002, p. 95). Sin embrago, en mi opinión, una interpretación teleológica de la expresión «en beneficio propio o de un tercero» que recoge el art. 295 es suficiente de cara a albergar conductas de corrupción privada, siendo el recurso a la agravante del art. 22.3 CP vulneratorio del *ne bis in idem*.

autorregulación de los mercados, en el mayor grado posible, y (3) el de la *máxima transparencia.*

Los pensadores y artífices de los primeros códigos de buen gobierno en Europa partieron de la consideración de que los garantes de los mercados comparados concebían la ética como un límite a su actuación. En este marco de incertidumbre y desconfianza surgen los códigos de buen gobierno, siendo el Informe Cadbury británico el precursor en 1992. Su mayor logro consistió en haber inspirado a otros países en la creación de nuevos cuerpos normativos éticos de gobierno de las corporaciones. En España son tres los textos merecen ser valorados: (1) el «Informe» y/o «Código Olivencia», de 28 de febrero de 1998; (2) el *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas*, fechado en 8 de enero de 2003 y conocido como «Informe Aldama»; y (3) el *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, aprobado por el Consejo de la CNMV el día 22 de mayo de 2006, conocido como «Código Conthe», o CUBG. Cada una de estas medidas se halla referida a la/s anterior/es con carácter valorativo y completivo. Además, las tres comparten la peculiar característica de su *origen gubernamental*, dimanante de acuerdos del Consejo de Ministros (de 28 de febrero de 1997, 19 de julio de 2002 y 29 de julio de 2005, respectivamente). Ello los diferencia del grueso de códigos de buen gobierno conocidos, cuya iniciativa suele ser corporativa. Lo cual no significa que en el caso español nos hallemos ante una elaboración *pública* de dichos textos. Todos ellos se hallan informados por el principio esencial de la adhesión voluntaria, con sujeción a la máxima «cumplir o explicar». En los textos se pide que las sociedades destinatarias «tomen en consideración» las medidas enunciadas, redactadas a tal efecto en forma de oración subordinada y en subjuntivo, modo verbal que expresa posibilidad condicionada.

Desde un punto de vista valorativo, puede decirse que todas y cada una de las recomendaciones de los códigos estudiados padecen una de las siguientes dos causas de esterilidad: (1) o bien se trata de formulaciones abstractas de lirismo ético indescifrable en la praxis empresarial; (2) o, en el otro extremo, en aquellos casos evidentes y fácilmente concebibles desde una perspectiva práctica, hay que admitir en cambio que resultan sencillamente irrazonables.

Mi postura es escéptica respecto a la eficacia de los códigos de buen gobierno tal y como actualmente se hallan configurados. No obstante, es de justicia reconocer que el mayor defecto de los códigos de buen gobierno es ser, precisamente, códigos de buen gobierno, carentes de una coactividad material que permita la imposición legal de sus recomendaciones. Lo cual es

especialmente gravoso en un contexto en el que los límites éticos y los jurídicos se hallan tan desalineados que son abundantes las conductas poco éticas pero jurídico-legalmente aprobadas. Si bien existe un problema ético de fondo, han sido dos aspectos del gobierno corporativo los que se han visto especialmente dañados y han llevado a la situación de crisis financiera actual. La *regulación* y la *supervisión*. Los sistemas de regulación facilitaron la gestación de condiciones que hicieron posibles las oportunidades extraordinarias de beneficio; y los agentes encargados de la supervisión y el control no acertaron a impedir las conductas en exceso arriesgadas –legales o no– o fraudulentas.

§ 2. Existe una importante polémica doctrinal aún irresuelta en torno a la naturaleza y las consecuencias que se derivan de las prohibiciones para el acceso a determinadas actividades profesionales, como son las financieras. En este sentido, nuestro ordenamiento padece una carencia de programación normativa ya que no ofrece criterios de graduación sobre qué conductas han de considerarse y a partir de qué número de acciones y/o grado de ilicitud se revela una *trayectoria* como reprochable. Sin embrago, se afirma comúnmente que la honorabilidad consiste en *haber venido observando una trayectoria de respeto a las leyes mercantiles y otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias*. De esta manera, cabe afirmar que con la exigencia de honorabilidad se quiere abarcar algo más que la mera ausencia de antecedentes penales, ya que ello no sería suficiente para garantizar la confianza social que ha de ser depositada en determinadas personas de cara al desarrollo de sus actividades profesionales sin poner en riesgo los intereses generales o de terceros a ellas encomendados. A pesar ello, los textos legales requieren únicamente la no concurrencia de antecedentes por delitos dolosos. Un buen ejemplo de interés a efectos de este estudio es la LAC, que traspone la Directiva 84/253/CEE al Derecho español y en su art. 7.1. c) se refiere a la carencia de antecedentes penales por delitos dolosos. Previsión que se reitera en el art. 22. c) del Reglamento de Desarrollo de la ley. No cabe atribuir el carácter de sanción penal a la cláusula de honorabilidad. Se trata de una causa modificativa de la capacidad jurídica administrativa y mercantil y no de un elemento que afecte a circunstancias modificativas de la responsabilidad. El margen de inseguridad al respecto podría verse reducido mediante la incorporación de la exigencia de honorabilidad –u otra fórmula de análoga significación– a los instrumentos extra-legales de gobierno corporativo, capaces de dotar de concreción técnica y dinamismo al contenido de la institución.

En nuestro Derecho, junto a una capacidad jurídica básica vinculada a la personalidad (art. 29 CC), cabe distinguir capacidades jurídicas especiales

o cualificadas, en las que la aptitud para ser titular de ciertas relaciones jurídicas o derechos requiere, además de la capacidad general, la concurrencia de condiciones personales concretas. Entre éstas se encontraría la asunción de la cláusula de honorabilidad, como presupuesto de la capacidad para ser titular del derecho a ejercer ciertas profesiones. Así, su finalidad consiste en impedir que puedan operar en el mercado sujetos que carezcan de las condiciones que se estimen mínimas para ofrecer ciertos servicios.

En suma, no es sostenible la reducción del contenido y significado de la exigencia de honorabilidad a la no concurrencia de antecedentes penales –vigentes o no–, así como a un estado de no vinculación con un proceso penal en curso del que pudieran derivarse consecuencias desfavorables. El espíritu original de la honorabilidad en cuanto condición requerida normativamente para el ejercicio de profesiones financieras se halla relacionado más bien con la observancia de una buena conducta cívica en su traslación al ámbito profesional financiero. Por ello es necesario seccionar y sectorializar el significado de la honorabilidad con el propósito de que el contenido material de la noción sea ajustable a las exigencias de cada sector. A tal efecto, se ha de abandonar necesaria y definitivamente el recurso al vocablo «honorabilidad», el cual adolece de un defecto de estrechez y de prejuicios interpretativos. En cualquier caso, hablemos de la «exigencia de una cláusula de honorabilidad» o de la «exigencia de una cláusula de buen hacer profesional», lo que realmente importa al Derecho es la articulación fáctica de una «exigencia» real y útil que sirva para resolver conflictos.

La respuesta legal a esta dialéctica la sirvió la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre expedición y certificaciones e informes de conducta ciudadana. La idea central de la ley, bienintencionada pero simplista, es que el núcleo de la exigibilidad lo constituye la certificación de antecedentes penales. Cabe achacar al menos dos deficiencias a la medida: en primer lugar, se ha obviado el eventual subjetivismo concurrente también en el rodaje de la maquinaria penal para reducir el proceso a la objetivación de su resolución sancionatoria. En segundo lugar y lo que es más importante, tras la reforma *se ha pasado de exigir un buen hacer a exigir sólo un hacer no gravemente delictivo*. El riesgo que de ello se deriva es evidente: que tanto el destinatario como el intérprete de la norma acaben por identificar el buen hacer con la no condena penal, de suerte que *ser honorable equivalga a no haber sido condenado penalmente* (por delitos dolosos). Lo que en última instancia convierte el Derecho penal en gestor[546] institucional de la moral social.

[546] SILVA SÁNCHEZ habla de que al Derecho penal parece corresponderle la gestión administrativa del delito como riesgo social (en *La expansión*, 2011, pp. 157 y ss; p. 164).

§ 3. En el Derecho penal español se presenta como inminente y necesario un posicionamiento (legal) más acorde a la realidad social que arrojan los desastres financieros descritos. El cual pasa, presumo, entre otras medidas, por la reforma de los tipos contenidos en el actual Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP, relativo a los delitos societarios. Más concretamente, del art. 290 CP, dedicado a la falsedad documental societaria, que encara serios inconvenientes en materia de atribución de responsabilidad penal debido a su naturaleza especial propia, a la delimitación de su objeto material o ámbito de protección y a la proliferación de las vías y formas de reparto de la participación en la actividad altamente diversificada de las corporaciones. El art. 290 debe, a fin de cuentas, *actualizarse*.

El marco organizativo y funcional de los delitos societarios viene condicionado por el concepto de sociedad del art. 297, el cual incluye formas organizativas que no tienen junta general de accionistas y consejos de administración, elementos de necesaria concurrencia en algunos de los tipos, de lo que cabe extraer que nos hallamos ante la existencia de inexplicables lagunas en este sentido. Además, el legislador ha excluido del círculo de posibles autores del delito de falsedad en los documentos sociales a los auditores de cuentas, cuya intervención en el delito no puede ser castigada más que a través de las formas de participación. Una opción criticable si tenemos en cuenta que los auditores ostentan una posición de garantía incuestionable respecto al principio mercantil de imagen fiel que protege el precepto. Lo cual debería llevar a considerar que en el caso de los auditores, *su participación decae a favor de una autoría más amplia que los comprende*, o bien que representan un supuesto de delegación de deberes de garantía institucional, una cuestión admitida hace ya más de una década por el TS.

La actual configuración del art. 290 CP se halla aquejada de incongruencias estructurales que dificultan el juicio de imputación objetiva. Así, pese a que el informe de auditoría puede considerarse uno de los documentos a los que se refiere el precepto, al quedar el auditor fuera del círculo de autores potenciales el informe de auditoría se ve también *aparentemente* excluido del objeto material del delito. Existe, pues, un conflicto en la configuración del precepto; el cual, concebido a modo de delito de infracción de deber por competencia institucional, excluye la posibilidad de comisión del delito en calidad de autor por parte de agentes que tienen legalmente encomendada la tutela del bien jurídico-penal protegido.

El bien tutelado no es otro que el principio mercantil de «imagen fiel» de una sociedad que actúa en el mercado. Expresión que no puede reducirse a

las cuentas anuales, a las que se refiere en primer término el art. 290 CP, sino que, a efectos de determinación del riesgo típicamente relevante en sede de imputación objetiva, será imagen fiel la que sea relevante, cuantitativa y cualitativamente, para transmitir la representación de la empresa en el concreto contexto, de conformidad con el concepto económico de «hecho balanceable». Una sociedad ofrece una imagen fiel de sí en cada actuar, que se corresponde con el de la expectativa que genera. De la interpretación actual de la expresión cabe extraer que la idoneidad para causar un perjuicio que exige el art. 290 CP es en realidad un requisito cuantitativo indeterminado dependiente, por un lado, de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad, y, por otro, del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica. Lo cual, paradójicamente, favorece el falseamiento societario menor en las grandes sociedades al tiempo que sanciona idénticas conductas en pequeñas y medianas empresas.

De lo anterior se deduce que es rechazable el recurso a marcos cuantitativos de punibilidad en delitos como los societarios, que pueden ser cometidos por sujetos activos tan desiguales cuantitativamente.

En suma, *pienso que la acción típica recogida en el art. 290 CP halla su razón de ser en que despliega una potencial lesividad material de naturaleza patrimonial específica al atentar contra la veracidad en la información social en cuanto expresión del principio mercantil de imagen fiel*.

En relación con los proyectos de reforma impulsados hasta la fecha, así como con la configuración actualmente vigente del art. 290 y, por extensión, de los delitos societarios, quisiera concluir que en mi opinión es incomprensible y criticable que el proyecto de reforma de 2010 no hiciera referencia alguna a los delitos societarios. Y es que, aunque el legislador hubiera optado por aplazar la reforma de los arts. 290 y 295 –muy necesitados de ella, sea dicho–, al menos debió acomodar el articulado a la entrada del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De lo contrario no se explica por qué ya en el proyecto de 2007 lo hizo con los arts. 294 y 297, a los que hoy por hoy, sin embargo, no es aplicable el *nuevo* art. 31 bis.

Para poder desarrollar con mayor profundidad estas y otras cuestiones relacionadas con el delito de falsedad en la información social, así como para encontrarme en una posición idónea de cara a ofrecer una visión propia original al respecto, es preciso que antes presente y exponga, en la Parte Segunda, las herramientas conceptuales oportunas.

Parte Segunda

Nuevos enfoques para el tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social

CAPÍTULO IV
APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE SISTEMAS DESDE EL DERECHO PENAL

En este capítulo me propongo realizar una breve incursión en la teoría de los sistemas autopoiéticos con el fin de poner a disposición del lector sus orígenes y fundamentos teóricos básicos (IV.1 y IV.2), para posteriormente proponer una lectura personal de las teorías sistémicas en su aplicación a nuestro Derecho penal (económico) (IV.3). En los últimos años éste ha venido asumiendo algunos de los presupuestos de mayor calado dogmático de aquéllas a través de corrientes funcionalistas de autoridad y en auge, hasta el punto de es improrrogable una reflexión al respecto. Así, aunque el paradigma de la herencia sistémica en nuestro ordenamiento jurídico-penal podemos hallarlo en la articulación de la *nueva* responsabilidad penal de las personas jurídicas –aspecto que será tratado en el apartado V.3.2. de este estudio–, en el presente capítulo me propongo abordar aquéllos puntos de la teoría del delito en los que cabe advertir la impronta de la teoría de los sistemas autopoiéticos, como puedan ser la subjetividad y la conducta o la pena y su significado simbólico y funcional.

Asimismo, es de interés capital a efectos del capítulo que sigue, así como de las propuestas recogidas en la Parte Tercera de este trabajo, analizar la relación existente o susceptible de existir entre sistemas y subsistemas que interactúan, tanto en un plano cognoscitivo o informativo como en un plano operativo o estructural. Todo ello me permitirá extraer y ofrecer al lector, a modo de recapitulación (IV.4), un catálogo de conclusiones que me servirán para sustentar mi postura en el capítulo que sigue.

IV.1. Introducción: El galimatías[547] *de la sociología del Derecho.-*

§ 1. A día de hoy, asistimos a una fragmentación del lenguaje teórico[548] que ha traído consigo una exótica *teoría de sistemas* que pretende reivindicar la precisión de la ciencia aún en condiciones de incertidumbre como las que arroja la actual sociedad del riesgo[549]. La ciencia jurídica no es una excepción, sino un implicado inmediato en la problemática[550]. Si bien es

[547] La expresión la tomo del término *Galimatazo*, con el que DE OJEDA traduce *Jabberwocky* (en CARROL, *A través del espejo y lo que Alicia encontró al otro lado* (1ª ed. 8ª reimpr.), Alianza, Madrid, 1987), título de un conocido poema de Lewis Carroll –al parecer inspirado en la balada alemana *Der Jammerwoch*– construido sobre la base de palabras inventadas (constituye, desde mi punto de vista, la primera expresión del creacionismo literario, más de medio siglo antes de la publicación, en 1931, del *Altazor* de Huidobro, y de la consiguiente disputa entre el poeta andino y Reverdy en torno a la paternidad del movimiento literario), incluido por el autor en su obra *Through the Looking Glass and What Alice Found There* (McMillan, Londres, 1871). El término es empleado por TEUBNER en «How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law», *L&SRev*, 23, 1989, pp. 729-757, para denunciar la complejidad técnica de unos lenguajes científicos sociológico y jurídico que respaldan a las teorías europeas «de moda» y que, a menudo, "contiene (el lenguaje de estas teorías) trivialidades detrás de una cortina de humo formada por palabras de moda" (p. 727). En la materia, volviendo al individualismo tras un devaneo con la conciencia colectiva durkheimiana, DOUGLAS, *How Institutions Think*, Syracuse University Press, Siracusa, 1986.

[548] Fruto, según ZIZEK, del «culturalismo postideológico» que informa las ciencias sociales en occidente (véase, «The empty wheelbarrow», THE GUARDIAN, 19 de febrero de 2005).

[549] En el prefacio a su *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (Siglo XXI, México, 1974, pp. 5 y ss.), FOUCAULT recuerda, a favor del «ser en bruto del orden», que "los códigos fundamentales de una cultura (…) fijan de antemano para cada hombre los órdenes empíricos con los cuales tendrá algo que ver y dentro de los que se reconocerá", de suerte que, "entre la mirada ya codificada y el conocimiento reflexivo, existe una región media que entrega el orden en su ser mismo" (pp. 5 y 6).

[550] En el contexto de la autopoiesis del Derecho algunos autores han trabajado en una teoría de la persona jurídica, si bien con el resultado de un nuevo *Galimatazo* lingüístico. Así, TEUBNER, «Enterprise Corporativism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person», *AmJCompL*, 36, 1988, pp. 130-155; VARDARO, «Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations», Sugarman y Teubner (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990; SHANE, «The Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction», *TulLRev*, 61, 1987, pp. 563-610; LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundis einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Fráncfort, 1984; pp. 270 y ss. (la primera parte de esta obra ha sido publicada en castellano con el título *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990). De esta manera, apunta TEUBNER que "la realidad social de la persona jurídica se encuentra en la colectividad: la autodescripción socialmente vinculante de un sistema de acción organizado como un vínculo cíclico de identidad y acción" (en *L&SRev*, 1989, p. 728, invitando a una vuelta a la "más sobria y comprensible" formulación weberiana al respecto). Un reciclaje de la *mistificación social* que invita a la reflexión, como propone el propio autor, sobre si "la persona jurídica se ha convertido en una persona inerte" (en *AmJCompL*, 1988, p. 130).

cierto que toda verdadera teoría debe ser un instrumento cualificado para reducir la complejidad[551], no lo es menos que asistimos a un tiempo en el que el territorio no precede al mapa ni le sobrevive, sino que es el mapa el que precede y engendra el territorio[552], y las teorías las que *crean* –no ya describen– una determinada realidad, como parece proponer la teoría de la autopoiesis de LUHMANN[553].

§ 2. Aunque de manera extendida en la doctrina se parte de los estudios de MATURANA y VARELA, lo cierto es que los orígenes de la Teoría

[551] Sobre el concepto de complejidad referido a la teoría de sistemas y sus distintas versiones, véase, SAHAL, «Elements of an Emerging Theory of Complexity per se», *Cybernetica*, 19, 1976, pp. 5-38.

[552] En «La precesión de los simulacros», ensayo incluido en *Cultura y Simulacro* (Kairós, Barcelona, 1984, pp. 9-80), BAUDRILLARD augura una era de la simulación en la que los referentes se liquidan y "lo real es producido a partir de células miniaturizadas, de matrices y memorias, de modelos de encargo –y a partir de ahí todo puede ser producido un número indefinido de veces" (p. 11). Una síntesis explicativa del pensamiento del autor en la materia puede encontrarse en VÁSQUEZ ROCCA, «Baudrillard: Cultura, simulacro y régimen de mortandad en el sistema de los objetos», *Nómadas*, 16, 2007, quien practica una poderosa crítica al fetiche de la mercancía y la pornografía de la información que informan el imperio de la seducción y la obsolescencia decretada de la «sociedad del espectáculo» (la «*American way of life*»), concluyendo con el radical rechazo del consumo como forma de progreso (sobre todo a partir de *The Consumer Society. Myths and structures*, Sage, Londres, 1998). En *La génesis ideológica de las necesidades* (Anagrama, Barcelona, 1976), el autor apuntaba que "el objeto no es *nada* (…) más que los diferentes tipos de relaciones y de significaciones que van a converger, contradecirse, anudarse sobre él en tanto que tal. No es nada más que la lógica oculta que ordena este haz de relaciones al mismo tiempo que el discurso manifiesto que lo oculta"(p. 34).

[553] Los primeros ensayos en castellano sobre la obra del sociólogo alemán son el de NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, EUNSA, Pamplona, 1989; y el de IZUZQUIZA OTERO, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Anthropos, Barcelona, 1990. No obstante, a modo de introducción más breve y bastante clara y acertada sobre la teoría de los sitemas de LUHMANN, puede consultarse, INNERARITY, «La ilustración sociológica de Niklas Luhmann», *PyD*, 17, 1987, pp. 11-29. Aunque cuidadosamente descriptivo en su exposición, finalmente el autor opone a LUHMANN en relación con la concepción del Derecho de éste que "el derecho es funcional porque es justo, y no al revés; mucho menos por que lo parezca o simule" (p. 27), y se refiere al funcionalismo luhmanniano como un "nuevo Fausto que se rinde al mecanismo administrativo" (p. 28). También puede el lector acudir a BARATTA, «Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, 24, 1984, pp. 533-551, refiriéndose concretamente a la introducción, por parte de LUHMANN, del concepto de «confianza institucional», heredado por el Derecho penal a través de la teoría de la «prevención-integración» o «prevención positiva» de JAKOBS, según la cual la pena ha de ser entendida como ejercicio de reconcimiento y fidelidad a la norma (pp. 534 y ss.). No obstante, téngase presente que mucho antes RADCLIFFE-BROWN había ya categorizado lo que los penalistas enunciarían como teoría de la «prevención positiva» a través de los hechos sociales denominados «sanciones organizadas» (véase, *Structure and Function in Primitive Society*, Routledge & Kegan, Londres, 1952, pp. 205-211).

General de Sistemas se remontan a los trabajos del biólogo alemán BERTALANFFY, publicados entre 1950 y 1968[554]. Resumiendo las aportaciones científicas de éste a lo que a efectos del presente estudio es de interés capital[555], se puede decir que la definición de sistema que ofrece el

[554] El autor guardó sus notas ante el escepticismo con el que su teoría fuera recibida en el mundo científico tras su participación en 1937 en el Seminario filosófico de Charles Morris en la Universidad de Chicago, y no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando aparecieron sus primeras publicaciones sobre el tema (LUHMANN, *Introducción a la teoría de Sistemas*, Anthropos, México, 1996, p. 45, nota 1, sostiene que el primer artículo publicado al respecto data de 1945, pero ni ofrece una referencia ni he encontrado evidencias bibliográficas relacionadas anteriores a 1950), animado por un contexto más favorable a la formulación de modelos y generalizaciones abstractas en el ámbito científico, además de por el apoyo que recibiera desde otras disciplinas; en este sentido, es sabido que BOULDING, K. reconoció abiertamente haber adoptado en sus teorías económicas la terminología de los modelos de BERTALANFFY (por todos, y a modo de ejemplo, véase, «The Individual Social and Economic Organism», *A Reconstruction of Economics*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1950, pp. 26-38). En 1954, el apoyo del matemático Anapol RAPOPORT le sirvió para co-fundar, bajo los auspicios de la *American Association for the Advancement of Science*, la *Society for General Systems Research*, posteriormente modificada hasta en dos ocasiones para transformarse en la actual *International Society for the Systems Sciences* (*ISSS*). Una visión panorámica y extensa de la evolución de la teoría de sistemas puede consultarse en el ensayo escrito para la UNESCO del ingeniero VERGARA ANDERSON, «La Teoría de Sistemas y las Ciencias Sociales», Martínez (ed.), *Ciencia, tecnología y desarrollo: interrelaciones teóricas y metodológicas*, Nueva Sociedad, Caracas, 1994, pp. 132 y ss. Así, el primer artículo de BERTALANFFY, «The Theory of Open Systems in Physics and Biology», *Science*, 111, 1950, pp. 23-29; ID., «General System Theory: A Critical Review», *GS*, 7, 1962, pp. 1-20; ID., «An Out-line of General Systems Theory», *BritJPhilSci*, 1, 1950, pp.134-165; en especial las pp. 139 y ss.; ID., *General system theory: foundations, development, applications*, George Braziller, Nueva York, 1969; ID., «The history and status of general Systems theory», Klir (ed.), *Trends in General Ssytems Theory*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1972, pp. 21-41 (existe versión traducida: *Perspectivas de la Teoría General de Sistemas*, Alianza, Madrid, 1986, pp. 137-156). Para el autor un sistema es "un conjunto de elementos que se relacionan entre ellos y con un medio" (version española, p. 146). A modo de introducción a la materia pueden consultarse, asimismo, GROCHLA, «The Impact of General Systems Theory on Organization Theory», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, II, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 999-1028; en castellano, GARCÍA COTARELO, *Crítica a la teoría de sistemas*, CIS, Madrid, 1979, pp. 19-48; y sobre la evolución interdisciplinar de la teoría, GARCÍA PELAYO, «La teoría general de sistemas», *RevOcc*, 2, 1975, pp. 52-59; RODRÍGUEZ y ARNOLD, *Sociedad y Teoría de Sistemas*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1991, pp. 19-80.

[555] A la construcción de la Teoría General de Sistemas contribuyeron inicialmente, siguiendo las tesis de BERTALANFFY: ACKOFF (véase, «Systems, Organizations, and Interdisciplinary Research», *GS*, 5, 1960, pp. 1-8), ASHBY, (véase, «General Systems Theory as a New Discipline», *GS*, 3, 1958, pp. 1-6), BOULDING, (véase, «General Systems Theory: The Skeleton of Science», *GS*, 1, 1956, pp. 197-208), y MESAROVICH (véase, «Foundations for a General Systems Theory», *Views on General Systems Theory. Proceedings of the Second Systems Symposium at Case Institute of Technology*, John Wiley & Sons, Nueva

autor implica toda una revolución en el paradigma sistémico tradicional[556], ya que viene a desplazar el punto gravitacional definitorio hasta el momento. De este modo, BERTALANFFY no negará que el todo sea más que la suma de las partes[557], sino que establecerá que la distinción cardinal del análisis sistémico no es ya aquella de todo/parte, sino la de sistema/entorno; de donde el autor postulará un *sistema abierto*[558] en constante intercambio con el entorno como punto de inicio y a cuya suma de elementos se añade: (a) las mutuas relaciones que los ligan entre sí; y (b) las acciones y reacciones de unos elementos sobre otros. De esta suerte, del sistema, como realidad diferente a

York/Londres/Sídney, 1964, pp. 1-24). Algunos autores se han mostrado críticos con las tesis de BERTALANFFY y han apuntado que su teoría de los sistemas abiertos no es, estrictamente, una teoría científica (véase, BLAUBERG, SADOVSKY y YUDIN, «Some Problems of General Systems Development», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, I, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 245-270; p. 250).

[556] Es KUHN quien por primera vez propone concebir el desarrollo de las ciencias en términos de paradigmas, entendidos estos como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (véase, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962).

[557] De hecho, el autor apunta que "las propiedades y modos de acción de los niveles superiores no pueden explicarse por la suma de las propiedades y modos de acción que corresponden a sus componentes *consideradas aisladamente*. No obstante, es posible llegar a los niveles más elevados partiendo de los componentes, si se conoce el *conjunto* de componentes y las *relaciones que existen entre los mismos*" (en BERTALANFFY, *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas. Estudios científicos-filosóficos,* Alianza, Madrid, 1986, p. 140. La misma idea, antes, en ID., *Problems of Life. An Evaluation of Modern Biological Thought*, Harper, Nueva York, 1952).

[558] BERTALANFFY, *Perspectivas*, 1986, p. 152, distingue hasta tres tipos de sistemas abiertos, a saber: (a) los *sistemas reales*, percibidos o deducidos de la observación; (b) los *sistemas conceptuales*, que constituyen constructos simbólicos; y (c) los *sistemas abstraídos*, subclase que, a pesar de ser conceptuales, tienen su correlato en la realidad. Otras clasificaciones se han hecho paralelamente (véase, por ejemplo, la elaborada por GONZÁLEZ NAVARRO en «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico», *PyD*, 21, 1989, pp. 23-172; pp. 114 y ss., según la cual un sistema consiste en: (a) unos elementos que lo componen; (b) una interrelación de los elementos; (c) un todo, el sistema, que es distinto a la simple adición o suma de los elementos; y (d) una subordinación de todos los elementos al todo organizado que es el sistema, e incluso la jerarquización de los elementos entre sí, habiendo elementos más importantes que otros), pero la de BERTALANFFY, además de superada, ha sido criticada, entre otros, por PIÑA ROCHEFORT, en *Rol social*, 2005, al entender que "es imposible declarar la existencia de *sistemas reales* pues dicha afirmación presupone una observación que exige algún grado de construcción" (p. 40, nota 52).

la *estructura*[559], es asimismo –pero no únicamente– predicable el principio aristotélico de que el todo es más que la suma de las partes[560].

> De acuerdo con esto, PIÑA ROCHEFORT sentencia que "la complejidad del sistema, para que éste subsista, debe ser siempre menor que la del entorno"[561]. Sin embargo, se podría decir más: que la complejidad del entorno no es otra cosa que el caos como *orden* natural[562]; de ahí que la organización sistémica pueda ser sólo –y no es poco– un *input* selectivo respecto del entorno que, a modo de lente focal graduada, selecciona las representaciones que éste arroja para traducirlas a un código informativo (¿binario?[563]) para el sistema. Si bien es preciso practicar una matización en este punto respecto a la presunta autonomía estructural sistémica. Y es que bajo los presupuestos del paradigma que abraza la teoría de sistemas, la absoluta autonomía es únicamente predicable de la comunicación misma, y no de los sistemas. Ya que la capacidad de elección de una u otra graduación focal como «filtro» estructural-sistémico no afecta a la fotosensibilidad de las retinas sistémicas. Así, ni siquiera sobre su propio código estructural tiene competencia el sistema, que puede seleccionar un enfoque del entorno, pero nunca una visión.

---

[559] Al respecto puede verse, GARCÍA CUADRADO, «Notas sobre la teoría general de sistemas», *RGIyD*, 5, 1995, pp. 197-213, donde la autora subraya el carácter estático de las estructuras, en las que no existe interacción y variación de los elementos constituyentes, frente al dinamismo ontológico de los sistemas, los cuáles "parecen reclamar la indeterminación de sus miembros" (pp. 198-199). De modo más esquemático y accesible, aunque también más superficial, puede consultarse una introducción a la materia en ARNOLD y OSORIO, «Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría General de Sistemas», *Cinta de Moebio*, 3, 1998; también, aludiendo a la perspectiva de las aportaciones posteriores de LUHMANN al *statu quo*, ARNOLD, «Teoría de Sistemas, Nuevos Paradigmas: Enfoque de Niklas Luhmann», *Revista Paraguaya de Sociología*, 26, 1989, pp. 51-72.

[560] Entre otros, RODRÍGUEZ MANSILVA y ARNOLD, *Sociedad*, 1991, pp. 38-39, resumen las características distintivas de los sistemas abiertos en cinco: (1) sinergia o totalidad, (2) interrelaciones, (3) equifinalidad, (4) diferenciación, y (5) negentropía. Sobre cada una de ellas, más a fondo, véase, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, pp. 42-44; quien, más adelante en el mismo trabajo advierte, con ocasión de la explicación de la causalidad circular del modelo cibernético, que "el flujo de información entre el sistema y el entorno dista mucho de poseer una «regulación natural»", de suerte que el mecanismo que tiene el sistema de procesar la información del entorno no es otro que la *selectividad*, a través de estructuras especializadas (p. 47). El propio ASHBY, en *Introduction to Cybernetics*, Chapman & Hall, Londres, 1956, formulará en este punto su «ley de la variedad necesaria» («*requisite variety*»), según la cual la relación entre sistema y entorno es siempre una relación de complejidades; precisamente la de la inmensa variedad de estados del entorno, necesariamente inabarcables para la estructura sistémica.

[561] En *Rol social*, 2005, p. 47.

[562] Véase, PRIGOGINE, *El fin de las certidumbres*, Taurus, Madrid, 1997, pp. 174-175, y 188-189.

[563] En este punto muchos autores denuncian que el pensamiento científico no se reduce ya a oposiciones binarias, sino que "se esfuerza en actualizar la continuidad que existe bajo la aparente discontinuidad" (véase, por ejemplo, AUGÉ, *Por una antropología de la movilidad*, Gedisa, Barcelona, 2007, pp. 17 y 18).

Existe, pues, para BERTALANFFY, una realidad exterior al observador, subsistente en sí[564] y, por ende, un entorno que lo circunda, siendo difusa la percepción relativa a la frontera entre ambos –más aún en el caso de los *sistemas conceptuales*–. Es por ello que el autor formula la definición del sistema sobre la base de la cohesión de éste, es decir, de las interacciones entre los elementos que lo integran, de manera que sólo se pueda decir que acaba el sistema y empieza el entorno allí donde entre los elementos del sistema ya no hay cohesión; es decir, donde no hay funcionalidad. Una concepción que lleva a los sistémicos a concebir el sistema como un *método de aproximación a la realidad*[565], aunque por el contrario pueda decirse que tal postura constituye más bien un método de *aproximación de la realidad a la teoría*.

§ 3. De un modo superficial se podría decir que la autopoiesis, tal y como MATURANA y VARELA la concibieran, es la condición de existencia de los *seres vivos* en la continua producción de sí mismos.

> MATURANA lo formula de la siguiente manera: "mantenemos que hay sistemas que se definen como unidades, como redes de producción de componentes que: (1) recursivamente, a través de sus interacciones, generan y desarrollan las redes que los producen; y (2) constituyen, en el espacio en el que existen, los límites de esta red como componentes que participan en la elaboración de la red"[566]. La premisa científica básica, aunque explosiva, es simple: el principio constitutivo de la célula, en calidad de ultraelemento de los organismos, se mantiene en todos los

[564] Así lo advierte PIÑA ROCHEFORT en *Rol social*, 2005, p. 40; sin embargo, el acceso a dicha realidad «ahí afuera» es imperfecto, debido a que estamos esclavizados por una percepción sensorial engañosa.

[565] Teniendo en cuenta que las interacciones en cuestión han de concebirse como constructos conceptuales, no percibibles sensorialmente. Esta es la primera consecuencia gnoseológica de la teoría (holista) de los sistemas abiertos (véase, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 41). En este sentido merece una especial atención la corriente doctrinal que concibe el contrato como sistema social abierto; no sólo como receptor y custodio de consensos, sino como complejo de acciones necesariamente orientado a observar los requerimientos de muy diversas subesferas sociales. Así, primeramente, PARSONS y SMELSER, *Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory*, Routledge, Londres, 1956, pp. 104 y 143; más recientemente, SCHMIDT, *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 184, quien declara que "los elementos del sistema no son ya personas (físicas) o roles extraidos de un abanico empírico a partir de personas, sino interacciones sociales, es decir, complejos de acción racionalmente ordenados" (*apud* TEUBNER, «'And God Laughed'…: Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 15-51; p. 39).

[566] En «Autopoiesis», Zeleny (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, Nueva York, 1981, pp. 21 y ss. En el ámbito de los sistemas de acción, ya PARSONS hablaba del «acto unidad» y la *acción como sistema*, pero percibía dos posibles respuestas, una subjetiva-voluntarista y la otra cognitivo-analítica (véase, *The Structure of Social Action*, McGraw Hill, Nueva York, 1937, p. 43).

> niveles de complejidad que tengan que ver con lo vivo[567]: células, organismos, sistema nervioso, comunicación, lenguaje, conciencia, sociedad, de suerte que los sistemas se hallan «condenados» a la continua autoconstitución de sí mismos.

La noción de autoconstitución como elemento nuclear de la conservación sistémica, asumida en las ciencias naturales de cara a la comprensión de la organización de «lo vivo», es de dudosa traducibilidad directa a las ciencias sociales[568].

La autopoiesis designa la manera en que los sistemas mantienen su identidad gracias a procesos internos en los que auto-reproducen sus propios componentes[569]. De esta manera, cuando se habla de sistema la idea de unidad de éste se sobreentiende, a pesar de que en el actual estado de cosas juristas y sociólogos no coinciden en la formulación de una teoría común sobre la unidad del Derecho[570].

§ 4. La tradición epistemológica define el sistema explícitamente como una *construcción unitaria principial y final*; como la "ordenación del conocimiento de acuerdo con una perspectiva uniforme"[571].

---

[567] Ya ROSE, en *The Chemistry of Life*, Penguin Science, Nueva York, 1991, pp. 13 y 110, admite que "la imagen de la célula como mecanismo autoregulador, continuamente cambiando pero continuamente estable, es uno de los resultados más importantes y significativos de la bioquímica moderna", ya que implica que todos los componentes corporales están en un constante estado de flujo.

[568] El primer artículo que define, con terminología contemporánea, el concepto de autopoiesis aplicado a las ciencias sociales es el de MATURANA, VARELA y URIBE, «Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterisation and a Model», *Bio Systems*, 5, 1974, pp. 187-196.

[569] En su repaso al origen y la evolución de la teoría de la autopoiesis, BECK, A., recuerda que "la «autopoiesis» como idea deriva históricamente de la «homeostasis», el término describe los estados naturales que son mantenidos estables por complejos sistemas de información y control" (en «Is Law an Autopoietic System», *OxJLS*, 14, 1994, pp. 401-418; p. 403).

[570] Así, mientras que el jurista se adscribe a una idea netamente práctica de unidad, únicamente en cuanto a que un cambio radical en los paradigmas legales llevaría consigo la impracticabilidad del sistema, a los sociólogos del Derecho interesa únicamente la correlación entre las variables legal/extra-legal, (véase, por ejemplo, entre otros, FRIEDMAN, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Sage, Nueva York, 1975; también, AUBERT, quien, en *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Martin Robertson, Oxford, 1983, p. 28, declara que tanto el establecimiento de un concepto de Derecho como la determinación precisa de los límites del sistema legal son cuestiones que carecen de interés sociológico; respecto a la sistemática luhmanniana en este punto, GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Bosch, Barcelona, 1993).

[571] Véase, COING, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (History and Meaning of the Idea of Systems in Jurisprudence), Klostermann, Fráncfort, 1956, p. 26 (*apud* LUHMANN, «The Unity of the Legal System», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín,

Ya BERRIEN establece, en relación con la teoría general de sistemas, que son tres sus premisas básicas, a saber: que (1) *los sistemas existen dentro de sistemas*; (2) *los sistemas son abiertos*, caracterizándose por un proceso de intercambio infinito con su ambiente (que son los otros sistemas); y (3) *las funciones de un sistema dependen de su estructura*[572]. Pues bien, es –según entiendo– de esta última consideración de donde parte la teoría sistémica luhmanniana para terminar por abandonar e incluso refutar, en última instancia, estos principios informadores originales.

Concretamente, y siguiendo a sus ideólogos, cabría decir que la organización autopoiética

> "es definida como unidad por una red de producciones de componentes que (i) participan recursivamente en la misma red de producciones de componentes que producen estos componentes, y (ii) elaboran la red de producciones como unidad en el espacio en el que los componentes existen"[573].

1988, pp. 12-35; p. 12). En el diccionario de los GRIM la voz «sistema» se define como un "todo estructurado de sentido, cuyas partes están conectadas para un fin o están ordenadas conjuntamente bajo un principio más elevado, una idea o una norma" (en *Deutsches Wörterbuch*, IV, 10, Hirsel, Leipzig, 1942, p. 1433, *apud* LUHMANN, *Autopoietic Law*, 1988, pp. 12 y ss.).

[572] Véase, *General and Social Systems*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1968. Por su parte, HAYEK afirma que el intercambio de variación y selección culturales crea órdenes espontáneos en los que emergen normas legales adecuadas –en contraposición con la arbitrariedad selectiva propia de los procesos políticos, tendentes a la imposición del orden vía intervencionismo constructivista (véase, «The Theory of Complex Phenomena», *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1967, pp. 22-42, obra que el autor dedica a Karl Poper; ID., *Law, Legislation, Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People*, Routledge, Londres, 1979, p. 167).

[573] MATURANA, VARELA y URIBE, *Bio Systems*, 1974, p. 188. Puede verse sobre la autopoiesis, a modo introductorio, MATURANA y VARELA, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Springer-Verlag, Nueva York, 1991; del segundo, *Principles of Biological Autonomy*, North Holland Series, Nueva York, 1979; ID., «Describing the Logic of the Living: The Adequacy and Limitations of the Idea of Autopoiesis», Zeleny (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, Nueva York, 1981, pp. 36-48. En su posterior desarrollo y extrapolación a las ciencias sociales –primeramente a la lingüística–, pueden verse, entre otros, MILLER, «The Nature of Living Systems», *BehSci*, 16, 1971, pp. 277-301; MASTERS, «Genes, Language, and Evolution», *Semiótica*, 2, 1970, pp. 295-320; BERLINSKI, «Philosophical Aspects of Molecular Biology», *JPhil*, 69, 1972, pp. 319-335; MARCUS, «Linguistic Structures and Generative Devices in Molecular Genetics», *CLTA*, 11, 1974, pp. 77-104; JAKOBSON, «Parts and Wholes in Language», Lerner (ed.), *Parts and Wholes*, Free Press of Glencoe, Nueva York, 1963, pp. 157-162; MILSUM, «The Hierarchical Basis for Living Systems», Klir (ed.), *Trends in General Systems Theory*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1972, pp. 145-187; ZWICK, «Some Analogies of Hierarchical Order in Biology and Linguistics», Klir (ed.), *Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1978, pp. 521-529 (en especial la tabla 1 de jerarquías comparadas, biológica y lingüística, de la p. 522). Sobre los fundamentos de la

Una organización que se define entonces por oposición a la alopoiética, entendida ésta como aquélla –propia de los sistemas mecánicos– que no produce los componentes y procesos que la constituyen como unidad[574] y en la que los elementos que componen el sistema social no son las comunicaciones sino los seres humanos[575].

§ 5. La noción de autopoiesis es la premisa elemental que la teoría de los sistemas autopoiéticos luhmanniana ha asumido para explicar la organización de los sistemas sociales. Un punto de partida que, como expondré en los epígrafes que siguen, traerá consigo importantes consecuencias en la manera de concebir los sistemas sociales y, en lo que interesa a este estudio, el Derecho (penal).

IV.2. Luhmann y la Sociología de los sistemas autopoiéticos.-

§ 1. En su extrapolación a la moderna teoría de sistemas, que LUHMANN confecciona sumando a la autopoiesis –concebida como autoelaboración de estructuras y elementos–, la autorreferencialidad –concebida ésta como inclusión en sí del concepto de entorno–[576] cabría decir

---

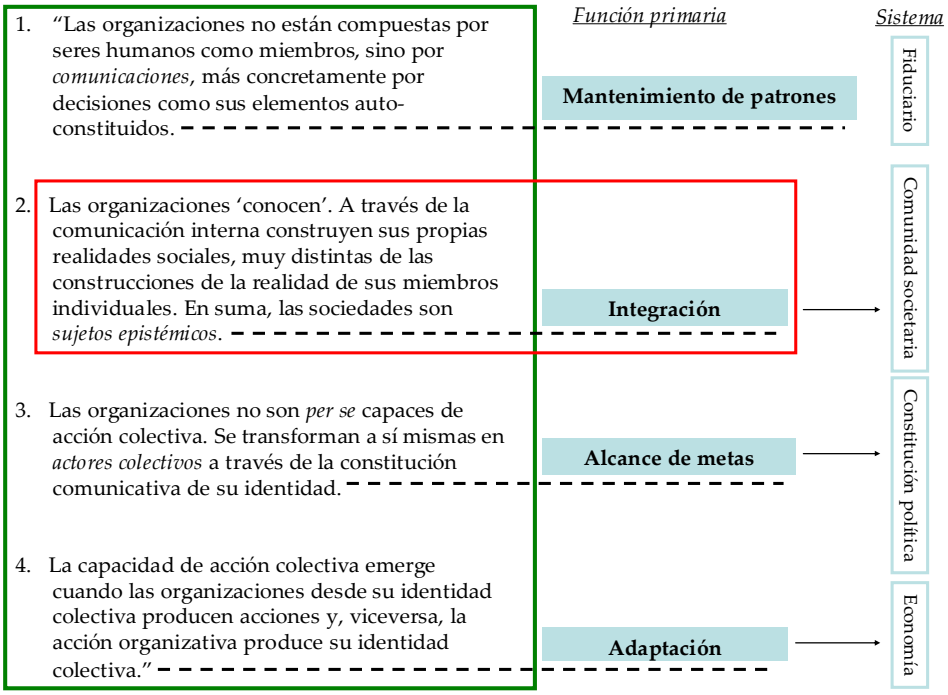
moderna teoría de sistemas es una referencia imprescindible, LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990. Sobre los conceptos básicos de *observación* y *diferencia*, puede el lector acudir a FOERSTER, *Observing Systems*, CA: Intersystems Publications, Seaside, 1981.

[574] Al respecto véase, MATURANA, VARELA y URIBE, *Bio Systems*, 1974, pp. 188-189; NEVES, «From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law», *JL&S*, 28, 2001, pp. 242-264; pp. 254 y ss. En el ámbito de la ciencia jurídica, DIAS, «Autopoiesis and the Judicial Process», *Rechtstheorie*, 11, 1980, pp. 257-282; pp. 257 y ss., pretende una identificación de la idea de autopoiesis con el proceso de la toma de decisión judicial, reduciendo el sistema a un mero dominio consensual. En este sentido, TEUBNER sentencia que "la práctica judicial y legislativa contemporánea reorganiza el derecho, desde una unidad legal dogmáticamente controlada hacia una multiplicidad de territorios legales funcionales", de suerte que "nuestra vida legal se halla constituida por una intersección de diferentes órdenes legales, es decir, por la interlegalidad" como contrapartida fenomenológica del pluralismo legal (en *StanLitRev*, 1990, p. 31).

[575] Sobre los presupuestos del constructivismo radical, frente al operativo, véase, GOMÉZ-JARA DÍEZ, *El funcionalismo*, 2003, pp. 21 y ss.

[576] Sobre el estatus teórico del sistema, su relación con el elemento y, en definitiva, sobre la lectura que LUHMANN practica de la teoría de los sistemas autorreferenciales, dice LADEUR que la teoría de sistemas "es una lógica de lo posible en la que el observador –que no es simplemente el sujeto sino un punto variable de reflexión– construye «imágenes»/concepciones y es a su vez simultáneamente construida como un punto" (en *Autopoietic Law*, 1988, p. 259). En la misma línea, PARDI, «Soggettività e sistema sociale: Problemi di metodo», *Rassegna Italiana di Sociologia*, 24, 1983, pp. 533-574.

que la novedad de la construcción sistémica recae en las cuatro cuestiones patronales (*patronal questions*) que reproduzco en el esquema que sigue[577]:



De las organizaciones se predica funcionalmente que «actúan» y «conocen» porque se les atribuye subjetividad epistémica con base en un argumento rebatible: *son sujetos porque construyen su propia realidad*. Pues bien, que la filtración, codificación y descodificación secuenciales del *caos* proveniente de un entorno adjudican subjetividad epistémica al observador –a quien las comunicaciones mismas no pertenecen–, es más que discutible y en ningún caso puede tenerse por máxima incontestable. Así, como resalto en el esquema, es en el patrón 2 luhmanniano –coincidente con la función primaria parsoniana de integración[578]–, donde percibo el caballo de Troya de la teoría en cuestión.

---

[577] *Apud* TEUBNER (puntos contenidos en el cuadro verde, extraídos de *L&SRev*, pp. 728-729; cursivas propias), practicado un contraste por analogía de los puntos cardinales en cuestión con las cuatro funciones primarias que PARSONS adscribe a todos los sistemas de acción (cuadros celestes, *apud El sistema de las sociedades modernas*, 1974, pp. 13 y 14; si bien la teoría de las cuatro funciones se presenta en el ensayo introductorio «An Outline of the Social System», en *Theories of society: foundations of modern sociological theory*, I, Free Press of Glencoe, Nueva York, 1961, pp. 30-79).

[578] Siguiendo a la división en cuatro funciones sociales primarias que practica, PARSONS ataja la complejidad relacional emergente mediante la propuesta de una

> Para PARSONS la noción de sistema social emerge a modo de representación contextual en la que se enmarca dinámicamente un complejo de realidades sociales concretas[579]; en la misma línea, ULRICH percibe los sistemas sociales como "estructuras creadas por el hombre en las que la gente trabaja conjuntamente para satisfacer funciones sociales"[580].

§ 2. La novedad que ofrece de este planteamiento frente a las teorías clásicas de la auto-organización es que *ciertos* sistemas son capaces, no sólo de crear un orden autónomo, sino de producir sus propios elementos constituyentes. El punto de partida desde el que LUHMANN se plantea la elaboración de una teoría sistémica «de la autorreferencia» es, como adelanta IZUZQUIZA[581], el concepto de *diferenciación*[582], como necesaria consecuencia del también radical concepto de *observación*[583].

---

estratificación social en cuatro subsistemas primarios también funcionales, adjudicados paralelamente a cada una de las funciones anteriores (en el esquema, en azul, a partir de la tabla 2 de *El sistema de las sociedades modernas*, 1974, p. 21).

[579] El propio autor rotuló su concepción sistémica como «*estructural-funcionalismo*», entendiendo por tal un complejo estructural empleado en el aseguramiento de las categorías encargadas de la alimentación sistémica básica. Sobre la teoría sistémica parsoniana puede consultarse, LUHMANN, *Introducción*, 1996, pp. 27-43; también, RODRÍGUEZ MANSILVA y ARNOLD, *Sociedad*, 1991, pp. 64-74. Pero sobre todo, resulta imprescindible un acercamiento a la obra del propio PARSONS, *El sistema social*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, pp. 40-51 y 475-485; allí, el autor declara que el sistema social "consiste en una pluralidad de actores individuales, interactuantes en una situación que posee, al menos, un aspecto ambiental o físico, y actores que están motivados en términos de una tendencia de «optimización de la gratificación» y cuya relación con sus situaciones (…) está definida y mediada por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos" (p. 17). Sobre la relación entre PARSONS y LUHMANN, a modo introductorio y casi divulgativo –por no hablar de superficial y partidista–, pueden consultarse las líneas en las que GONZÁLEZ OQUENDO defiende la estricta originalidad y el anti-estructuralismo del pensamiento luhmanniano en «La presencia de Talcott Parsons en el trabajo teórico de Niklas Luhmann», *Reflexión Política*, 10, 2003, pp. 48-57.

[580] ULRICH, *Self-Organization*, 1984, p. 80. Funciones que "pueden ser extraordinariamente variadas" pero a las que, a modo de generalización, podemos referirnos como "la producción de servicios requeridos ambientalmente", de suerte que, al contrario que los sistemas ecológicos o natural-orgánicos, "los sistemas sociales no emergen sin la intervención humana, sino que son el resultado de los fines y las acciones humanas" (*ibidem*). El autor, además, se muestra favorable a la concepción de los sistemas sociales como abiertos tanto en el plano cognoscitivo como en el operativo (p. 84).

[581] En su introducción a *Sociedad y sistema*, 1990 (pp. 9-39), titulada con acierto «La urgencia de una nueva lógica», el prologuista y traductor recuerda que "el problema esencial de nuestra sociedad es (…) el aumento de su propia complejidad" (p. 16). Lo que LUHMANN denomina *diferenciación* de una sociedad, entendiendo por complejidad la sobreabundancia de relaciones, posibilidades y conexiones hasta el punto de que se puede afirmar que ya no es posible una relación biunívoca y lineal de elemento con elemento. Sobre la *multicontextualidad* como monstruo autopoiético en el que se traduce la complejidad social a la que asiste nuestro momento histórico, puede verse, GÜNTER, «Life as Poly-Contextuality»,

> En este punto LUHMANN advierte que el concepto de observación implica la autorreferialidad, y viceversa, de manera que el observador puede sólo observar cuando puede distinguir entre sí mismo y sus instrumentos de observación, para no confundirse con ellos. Precisamente porque, como establece KAUFFMAN, "cualquier distinción implica la autorreferencia de quien distingue", hasta el punto de que la autorreferencia y la diferenciación son inseparables y conceptualmente idénticas[584].

No queda tan claro, en cambio, cuál es el tratamiento estructural y operacional que LUHMANN otorga a ese «entorno» o «mundo» al que denomina «no-sistema» y cuyo análisis remite a la literatura sociológica en torno al concepto de «complejidad»[585]. Así, que el Derecho o la Economía

---

Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, I, Meiner, Hamburgo, 1976, pp. 315-352.

[582] Diferenciación social de orden funcional que se traduce, en la esfera de «lo jurídico», en una fragmentación del derecho (véase, TEUBNER, *StanLitRev*, 1990, p. 35). En un sentido similar apunta GALANTER que "las sociedades contienen una multitud de esferas o sectores parcialmente autorregulados, organizados a lo largo de líneas espaciales, transaccionales o ético-familiares desde grupos primarios en los que las relaciones son directas, inmediatas y difusas para los enclaves en los que las relaciones son indirectas, mediadas y especializadas" (en «Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law», *JLP*, 19, 1981, pp. 1-48; p. 17).

[583] La cual puede ser entendida en este contexto en dos sentidos: como autoobservación y como observación de los otros (véase, LUHMAN, *Autopoietic Law*, 1988, p. 13). Ello conecta con la vieja cuestión de la unidad en la multiplicidad, y permite concebir los sistemas autorreferenciales como sistemas que por sí mismos producen como unidad todo aquello que tratan como unidad.

[584] Véanse, LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 87; KAUFMANN, «Self-Reference and Recursive Forms», *JS&BS*, 10, 1987, pp. 53-72; p. 53, de suerte que el observador "explora la autorreferencia examinando lo que ante él se presenta como diferenciación". Por su parte, PASK identifica autorreferencia e independencia al declarar que "un sistema posee autonomía para establecer sus propios límites" (en «Developments in Conversation Theory: Actual and Potential Applications», Lasker (ed.), *Applied Systems and Cybernetics III*, Elsevier, Nueva York, 1981, pp. 1326-1338; p. 1327). En idéntico sentido, VARELA sugería que la clausura operativa de un sistema es, precisamente, lo que determina la autonomía de éste (en «On Being Autonomous: The Lessons of Natural History for Systems Theory», Klir (ed.), *Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1979, pp. 77-84; p. 77). Muy crítico con la clausura operativa del Derecho en cuanto sistema se ha mostrado, entre otros, ROTTLEUTHNER, en «A Purified Theory of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System», *L&SRev*, 23, 1989, pp. 779-797; p. 792, considerando circular la epistemología de LUHMANN y aleatorio el código jurídico binario elemental «bueno/malo» cono frontera sistémica.

[585] Así, dice el autor que la "complejidad organizada no significa (…) más que complejidad con relaciones selectivas entre sus elementos" (en *Sociedad y sistema*, 1990, p. 68; remitiéndose a WEAVER, «Science and Complexity», *American Scientist*, 36, 1948, pp. 536-544). Sobre la (imposibilidad de) relación entre los elementos de un sistema, en el ámbito de la literatura sociológica, puede verse, KEPHART, «A Quantitative Analysis of Intragroup Relationships», *AJS*, 55, 1950, pp. 544-549.

constituyan sistemas (unidades autorreferenciales) exclusivos, no se traduce en que sean funcionalmente excluyentes para un entorno que se ofrece como multi-sistémico.

§ 3. A este respecto, y como ya adelanté en § 1., encuentro en la concepción de la subjetividad epistémica el caballo de Troya de la teoría de la autopoiesis de LUHMANN, por cuanto supone el abandono irreversible de la intersubjetividad a favor de una sistemática social autopoiética, a pesar de que el autor considera que el funcionamiento de las relaciones sociales "no depende de la intersubjetividad, ni mucho menos del consenso"[586], y teniendo presente que el abandono del paradigma individual-subjetivista no lo abandera el jurista y sociólogo alemán, sino que ya estaba presente en el pensamiento de HEIDEGGER o LÉVI-STRAUSS –entre otros–, para quienes *el lenguaje habla* y son las categorías dadas por éste las que constituyen la subjetividad humana[587].

> Postura también sostenida por otro gran sistémico, TEUBNER, entre otros, en su trabajo reflexivo en torno a las fronteras entre «lo jurídico» y «lo social» cuando, tras elevar la pregunta retórica acerca de cómo identificar las normas legales si admitimos la juridicidad de los usos y costumbres comerciales, responde contundentemente que "las normas legales (…) son elementos de sistemas legales cerrados. Más allá de sus fronteras no puede haber ninguna norma legal", de suerte que las costumbres, los contratos o las normas intra-organizativas "son fenómenos sociales, pero no normas legales"[588]. Una aseveración a la que, como se verá más

[586] En *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2007, p. 693; asimismo, el autor declara que "el concepto de sujeto (…) se diseñó como modelo para el operar diario con la distinción autorreferencia/heterorreferencia (…) No obstante, ésa fue una solución de apuro (…) de una época que de todos modos no era capaz de movilizar recursos semánticos adecuados para una descripción de la sociedad moderna" (p. 688); hay, pues, que abandonar la semántica histórica de la subjetividad, según el autor, para abrazar una nueva idea de sujeto como autorreferencia en la que se fundamentan el conocer y el actuar. A la misma postura llevan, si bien desde unas premisas diferentes, los postulados crítico-pesimistas respecto a la «modernidad decadente» de D. y J. F. MACCANNELL, en *The Tome of the Sign: A Semiotic Approach to Modern Culture*, Indiana University Press, Bloomington, 1982, pp. 94 y ss.

[587] En este sentido, el segundo sentencia que "los mitos se piensan por los hombres, y por su ignorancia" (traducción propia, inexacta, del original "*les mythes se pensent dans les hommes, et à leur insu*", en su *Le Cru et le cuit*, Plon, París, 1964, p. 20; ID., *Tristes Tropiques*, Atheneum, Nueva York, 1967, p. 62). Una concepción que refleja sin dobleces el anti-humanismo que se le ha achacado al estructuralismo.

[588] En «Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria*», *EJST*, 5, 2002, pp. 199-217; p. 208. El autor da un paso más y culmina su rígida reflexión cínicamente declarando que más allá del cuerpo legal estatal no hay Derecho, sino "sólo los fantasmas de los profesores de la Sorbona" (un análisis sociológico acerca de la crítica abierta a la «libremasonería comercial» informadora y legisladora de la *lex mercatoria* puede consultarse en DEZALAY y GARTH, «Merchants of Law as Moral Entrepreneurs», *L&SRev*, 29, 1995, pp. 12-27). En contra de la crítica abierta de TEUBNER al fenómeno en

adelante en este trabajo, con ocasión del estudio del fenómeno de la autorregulación, cabe formular no pocas réplicas. La más inmediata, ¿cuál es la noción de «norma legal» que subyace en el pensamiento del autor, cuando a esta no pertenecen realidades como la costumbre, los contratos o las normas intra-organizativas, ya flagrantemente inmersas –si bien en su forma embrionaria– en el proceso de normativización? Parece que pensara estrictamente en el Derecho positivo, y, en concreto, el legislado, pero además entendido éste no ya como realidad distinta, sino opuesta al fenómeno social. El autor concluye, siguiendo a LUHMANN, que la validez y eficacia del Derecho en cuanto sistema emergen de su autorreferencialidad[589]. Si bien en este punto es preciso aclarar que cuando LUHMANN predica la clausura del Derecho en cuanto sistema, se refiere a que sólo el sistema en cuestión puede otorgar a sus elementos una cualidad y validez legal-normativas y, por ende, constituirlos en unidades[590].

---

cuestión, DELAUME, «Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of Lex Mercatoria», *TulLRev*, 63, 1989, pp. 575-611; HIGHET, «The Enigma of the Lex Mercatoria», *TulLRev*, 63, 1989, pp. 613-628; MANN, «England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration», *I&CLQ*, 33, 1984, pp. 193-198). También, KERCHOVE y OST, han criticado la postura de TEUBNER, por entender que tal despliegue de positivismo no puede hacer frente a la ambivalencia de la «relativa autonomía» del Derecho, ya que no tiene en cuenta que "entre el sistema legal y su entorno tienen lugar incesantes cambios" que dan lugar a fronteras difusas (*frontiéres floues*) entre las normas jurídicas y las formas no jurídicas de regulación social (en *Le système juridique entre ordre et desordre*, Presses Universitaires de France, París, 1988; p. 180 (traducido y recogido por el propio TEUBNER en *EJST*, 2002, p. 208)); a lo que TEUBNER contrarreplicará que el sistema legal que los anteriores quieren definir no es más que una "paradójica configuración, sólo parcialmente integrada y no totalmente diferenciada de los sitemas circundantes" (p. 208). Llegados a este punto, creo que la paradoja que aqueja tanto a la discusión como a las concepciones bipolares expuestas no es otra que la de referirse –en ambos casos– indiscriminada e indistintamente a «lo legal» como equivalente a «lo jurídico», y viceversa, tratándose de cuestiones *natural* y evidentemente diferenciables. En consonancia con lo defendido por TEUBNER, apunta PIÑA ROCHEFORT que "son las operaciones del sistema las que establecen sus fronteras" hasta el punto de que "sólo ellas (…) determinan qué es sistema y qué es entorno, o lo que es lo mismo, determinan qué comunicaciones son Derecho y cuáles no" (en «Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde la perspectiva sistémico-constructivista?», *RChD*, 31, 2004, pp. 515-546; p. 518). Una postura con la que en parte convengo pero de la que no deduzco la clausura operativa de los sistemas. Entiendo que la normativización de los tipos penales del llamado Derecho penal expansivo de la *lex artis* y la ley penal en blanco llevan a plantearse, a favor de la integración más o menos caótica de los órdenes y saberes, una hipotética apertura operativa de los sistemas o, cuanto menos, la tangencialidad de éstos, o incluso a considerar determinados sistemas como secantes.

[589] En *StanLitRev*, 1990, p. 16, establece que "el derecho no está determinado por autoridades externas, ni por la autoridad de los textos, ni por un poder material, ni por la naturaleza del derecho, ni por revelación divina; el derecho se determina a sí mismo autorreferencialmente, basándose en la contingencia de su propia positividad".

[590] Véase, «Some Problems with 'Reflexive Law'», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 389-415. De esta manera, sostiene el autor que la normatividad no persigue fines yacentes en el exterior, sino

A la postura anterior no cabe negar un poderoso atractivo teórico, y trae consigo una consecuencia sociológico-jurídica de gran calado[591]. Y es que la sistémica luhmanniana ha actualizado el régimen mertoniano de las teorías de alcance medio[592] en una expulsión y un aislamiento sistémico del individuo en las nuevas *grandes* teorías sociológicas[593]; una opción que ha generado lagunas semánticas y estructurales, y que sólo ha sido brumosamente enmendada con afirmaciones del corte de "la recursividad se basa en precedentes ficticios", o "debe haber sedimentos de comunicación social que pueden ser empleados por el síndrome de la falsa memoria del Derecho"[594]. Sin embargo, aun conviniendo en que sólo el sistema otorga a sus elementos validez para constituirlos en unidades, es dable pensar que determinados elementos pueden *ser constituidos* como unidades de más de un sistema y/o subsistema. Tal y como ocurre con el ejemplo paradigmático de la comunicación en cuanto elemento sistémico básico. No es, pues, comprensible que la teoría de sistemas afirme rotundamente la inaccesibilidad del proceso autopoiético, en cuanto proceso real, al mismo tiempo que sustenta su dinámica sistémica sobre la base funcional elemental de un

---

que se limita funcionalmente a rehacer la condición de posibilidad de su ser continuamente. En el mismo sentido, ID., «Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation ,of the Legal System», *CarLRev*, 13, 1992, pp. 1419, 1442; pp. 1420 y ss.

[591] Sobre el *hiperrealismo* y la concurrencia orbital de modelos en sistemas de simulación irreferenciados, puede consultarse el brillante ensayo de BAUDRILLARD, «La precesión de los simulacros», *Cultura y Simulacro*, Kairós, Barcelona, 1984. Allí, el autor diagnostica una sintomática social que –pienso– podría estar aquejando a la teoría de sistemas: "la era de la simulación se abre (…) con la liquidación de todos los referentes –peor aún: con su resurrección artificial en los sistemas de signos", y sigue "no se trata ya de imitación ni de reiteración, incluso ni de parodia, sino de una suplantación de lo real por los signos de lo real, es decir, de una operación de disuasión de todo proceso real por su doble operativo, máquina de índole reproductiva, programática, impecable, que ofrece todos los signos de lo real y, en cortocircuito, todas sus peripecias", de suerte que "lo real no tendrá nunca más ocasión de producirse" (p. 11).

[592] Recuérdese que la tesis de los «grupos de referencia» de MERTON, según la cual los roles sociales emanan de una serie de grupos a los que un determinado actor observa antes de actuar, se agotó en la recursividad de sus fundamentos, que no informaban acerca del origen de los comportamientos observados (véase, «The role-set, problems in sociological theory», *BritJSoc*, 8, 1957, pp. 106-120).

[593] Puede consultarse una visión panorámica de la evolución en SKINNER, *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

[594] TEUBNER, *EJST,* 2002, p. 211, asegurando que el Derecho «falsea» los sedimentos comunicativos para atribuirles la condición de precedentes legales, y concluyendo que la diferencia entre el Derecho como juego paradójico y el Derecho como sistema autopoiético no es otra que la que se da entre una observación filosófica y una observación sociológica de la realidad jurídica.

observador –que, además, se predica como externo[595]–. Y es que *la identidad biológica no contrapone individuo y colectividad*[596]. La inevitable conclusión de una concepción sistémica como la expuesta es que "la estructura es aquello que hace posible que el sistema conserve su existencia y su identidad"[597], y la observación, en cuanto operación del sistema que observa y que tiene lugar mediante dicha estructura, está orientada por la función que el sistema ha de desempeñar[598].

§ 4. La tesis de mayor interés que sostiene DEGGAU en este punto, la cual abona mi crítica al funcionalismo de la sistémica luhmanniana, es la que afirma que el Derecho en cuanto sistema "tiene una cierta «prioridad» sobre los otros sistemas, hasta el punto de que densifica una estructura que se puede encontrar en todos los sistemas de comunicación"[599]. De lo anterior se deriva un paradigma irresoluble e insostenible, ya que la «prioridad» del sistema Derecho se traduce, en el marco de lo expuesto, en que éste se alza en

[595] Véase, DEGGAU, «The Communicative Autonomy of the Legal System», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 128-151; al referirse a las condiciones habilitantes de la diferenciación de los subsistemas, a saber: (a) *guiding difference* o (auto)referencia a una diferencia idéntica; (b) *thematics* o universalización de las relevancias; (c) *linkage posibilities* o la efeméride evanescente de los elementos sistémicos en cuanto comunicaciones; (d) *self-description* o expresión de la autoobservación diferenciada; y (e) *structures* o la conservación unitaria de las posibilidades (pp. 135-147).

[596] Así, MATURANA y VARELA sentencian que "se es altruistamente egoísta y egoístamente altruista, porque la realización individual incluye la pertenencia al grupo que integra" (en *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1986, p. 117). NAVAS, por su parte, recuerda que en la teoría luhmanniana "los miembros de los grupos son 'segmentos' de individuos, o papeles" (en *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, 1989, p. 155).

[597] DEGGAU, *Autopoietic Law,* 1988, p. 143, apoyándose en la sentencia de LUHMANN: "las estructuras sociales no son más que (…) estructuras de expectación" (en *Soziale Systeme,* 1984, p. 397).

[598] En este sentido, PIÑA ROCHEFORT afirma que "el sistema sólo ve lo que ve, y ni siquiera ve que no ve lo que no ve", de donde cabe extraer que el sistema jurídico (penal) no percibe las comunicaciones sociales a las que no es aplicable *su* código (en «Causalidades e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho penal», *RChD*, 30, 2003, pp. 515-533, p. 519, nota 18, poniendo como ejemplo para el Derecho penal el *cogitationis poenam nemo patitur*, en cuya virtud no se declara jurídico el pensamiento). En idéntica línea se postura FOERSTER en *Understanding*, 2003, pp. 283 y ss.

[599] En *Autopoietic Law*, 1988, p. 147. Una postura que el autor justifica asegurando que el sistema Derecho se fundamenta sobre un particular tipo de expectativas como contenido, a saber, «expectativas congruentemente generalizadas»; y añade que las expectativas, como proyecciones temporales, pueden dividirse en dos clases o tipos: cognitivas y normativas, siendo el Derecho un sistema de expectativas normativas en el sentido de que regula como normativas las expectativas generalizadas.

estructurador de expectativas sistémicas[600]; en el único sistema capaz de determinar los procesos comunicativos de los otros sistemas, y, por tanto, ¿en un sistema de sistemas?

> Al respecto, es de justicia advertir que, lejos del holismo metodológico que a primera vista pudiera parecer encierran las tesis anti-individualistas, lo cierto es que, en todos los órdenes de la vida, las posiciones extremas terminan por parecerse peligrosamente. Y es que proponer una teoría de sistemas fundamentada en la subjetividad epistémica de sistemas sociales comunicativamente autopoiéticos aunque operacionalmente clausurados en nada difiere de una concepción individualista fundamentada en la subjetividad epistémica de individuos en busca de la *situación ideal del diálogo inter-sistémico*. Con la única y trivial diferencia de que la renuncia al *factor humano* inhabilita el engranaje resultante de la primera propuesta[601].

Es necesario aclarar, no obstante, que cuando LUHMANN concibe la clausura del sistema se refiere a que todas las operaciones siempre reproducen el sistema[602], de suerte que éste está normativamente cerrado cuando cualquier combinación y/u operación en la que intervienen sus elementos constituyentes reproduce en todo caso y necesariamente el propio sistema. Una reproducción que sólo puede tener lugar a través del acto comunicativo.

§ 5. Una concepción que podría llevarnos a elevar la siguiente cuestión: ¿son entonces todos los sistemas sociales sistemas comunicativos?

---

[600] LUHMANN propone, en relación con la función del Derecho, que esta consiste en "usar la posibilidad de conflicto para una generalización de expectativas en aspectos temporales, sociales y sustantivos" (en «The Self-Reproduction of Law and its Limits», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 111-127; p. 121, nota 24).

[601] Y es que, aquéllos que criticaran a HABERMAS la apriorización de ciertas características de la comunicación con el fin de escapar de las «paradojas de la autorreferencia», han incurrido en idénticos errores (así, LUHMANN, cuando niega y reemplaza la asunción de un *a priori* por la recursividad, por ejemplo, en «Closure and Openness: On Reality in the World of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 335-348; p. 336). Sobre las paradojas en cuestión, neutral, WORMELL, «On the Paradoxes of Self-Reference», *Mind*, 67, 1985, pp. 267-271; también, a modo ejemplificativo y entre otros, QUINE, *The Ways of Paradox*, Harvard University Press, Cambridge, 1976; BARWISE y ETCHEMENDY, *The Liar: An Essay in Truth and Ciurcularity*, Oxford University Press, Nueva York, 1987; FLETCHER, «Paradoxes in Legal Thought», *ColLRev*, 85, 1985, pp. 1263-1292. De especial interés resulta la «morfogénesis» que KRIPPENDORFF propone como alternativa a la «deparadojificación» (*deparadoxification*) en «Paradox and Information», Devin y Voight (eds.), *Progress in Communication*, Ablex, Norwood, 1984, pp. 46-71; p. 51: "las paradojas paralizan a un observador y pueden llevar tanto al colapso de la construcción de su mundo, como a un incremento en la complejidad de su representación del mundo. Es este último caso el que puede denominarse «morfogénesis»".

[602] A lo largo de su obra; pero, por ejemplo, en *Autopoietic Law*, 1988, p. 15.

Parece que, al menos en un plano estrictamente estructural-funcional, los sistemas sociales pudieran ser reducidos en cuanto a su tratamiento operativo a sistemas comunicativos; de los que, por otro lado, resulta tautológico predicar la cualidad de la autorreferencialidad, pues la comunicación es naturalmente autopoiética. Comunicación que en esta dinámica de pensamiento no es resultado de la acción humana, sino que constituye una operación posible por sí misma, como apuntan LUHMANN y DE GIORGI[603].

En este punto, y en lo que afecta al sistema jurídico, es crucial la aportación de TEUBNER de cara a entender el mecanismo de autonomización del Derecho en cuanto sistema autopoiético. Así, el autor entiende que el proceso de autonomización del Derecho comprende una acumulación de relaciones autorreferenciales que se ordenan en distintas dimensiones o estratos, de suerte que "sólo después de la autoconstitución cíclica de todos los componentes del sistema Derecho –elementos, estructuras, procesos, *límites*, etc.– pueden estos componentes *anclarse* en un *hiperciclo*"[604], el cual garantiza la formación de los elementos y las características esenciales del sistema a modo de «réplica idéntica» o auto-copia práctica para que decisión

[603] En *Teoría de la sociedad*, Iteso-Universidad Iberoamericana, México, 1993, p. 52, los autores afirman que "no es el hombre quien puede comunicarse, sólo la comunicación puede comunicar. La comunicación constituye una realidad emergente *sui generis* (…) solamente una conciencia puede pensar y solamente la sociedad puede comunicar. Y en ambos casos se trata de operaciones propias de un sistema operacionalmente cerrado, determinado por la estructura". Por su parte, MATURANA se opone a la postura anterior: "me pregunto si el sistema que Luhmann distingue como sistema social genera los fenómenos y experiencias que en la vida cotidiana connotamos al hablar de lo social. Yo pienso que no, que no lo hace, y pienso, por lo tanto, que la noción de lo social está mal aplicada al tipo de sistemas que Luhmann llama «sistemas sociales» (…) lo social no pertenece a la sociología" (en su comentario manuscrito a RODRÍGUEZ MANSILVA y ARNOLD, *Sociedad*, 1991, recogido por RODRÍGUEZ y TORRES en «Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana», *Sociologías*, 5, 2003, pp. 106-140; pp. 126-127).

[604] TEUBNER, «Evolution of Autopoietic Law», *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 217-241; p. 218 (cursivas añadidas). Evité intencionadamente traducir el original *to be linked up* como *unirse* o *unificarse* debido a la confusión –si bien meramente fonética– a la que pudiera llevar la asimilación de esta expresión al concepto de *unidad* sistémica. Una idea que también sostiene de alguna manera, en el ámbito de la ciencia biológica, ROTH, cuando establece que "lo primordial de la evolución es el mantenimiento de ina *ciclicidad* interna, al referirse a la adaptabilidad de las formas vivas a su entorno (en «Conditions of Evolution and Adaptation in Organisms as Autopoietic Systems», Mossakowski y Roth (eds.), *Environmental Adaptation and Evolution*, Fischer, Stuttgart, 1982, pp. 37-48). Nótese que, a pesar del empleo de la formula abierta «etc.», el autor practica un listado calculado entre guiones, en el que cabe destacar la referencia a los límites como realidades sistémicas, una pista inequívoca de la adscripción del autor al estructural-funcionalismo luhmanniano y su intento de superación de las concepciones *abiertas* de las primeras teorías sistémicas.

y hecho constituyan un círculo de acción o unidad[605]. Es la constitución de dicho *hiperciclo* lo que produce la clausura autopoiética, de suerte que la autorreferencialidad, la paradoja y la indeterminación son verdaderos problemas de los sistemas sociales, no errores en la construcción mental de esta realidad social[606].

Cualquier actividad cognitiva obedece a una (re)construcción interna de la realidad «ahí afuera» por parte de la unidad cognoscente[607]. Los procesos psíquicos, entonces, forman su propia red reproductiva cerrada (autopoiesis psíquica), inaccesible a la comunicación, la cual, por su parte, forma una red autorreproductiva propia (autopoiesis social), inaccesible a cualquier proceso psíquico.

§ 6. Recordemos que la teoría de la autopoiesis se enfrenta a las paradojas de la autorreferencialidad y la auto-justificación[608] –las cuáles

---

[605] Términos que han empleado, EIGEN y WINKLER, *Das Spiel der Natur. Naturgesetze steuern den Zufall*, Piper, Múnich, 1983, p. 257; RIEDL, *Die Spaltung des Weltbildes. Biologische Grundlagen des Erklärens und Verstehens*, Parey, Berlín, 1985, pp. 146 y 155. Ambos para apoyar la tesis de TEUBNER en este punto (*apud* LADEUR, *Autopoietic Law*, 1988, p. 261).

[606] Así, TEUBNER asevera que "los componentes del sistema legal –acciones, normas, procesos, identidad, realidad legal– están unidos cíclicamente unos a otros de diversas maneras" (en *StanLitRev*, 1990, p. 23).

[607] Ya ZOLO advierte que todo proceso autopoiético social comienza por la autopoiesis lingüística de los procesos cognitivos, un fenómeno netamente circular que, no obstante, hemos generalizado hasta inadvertirlo (en «The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis and Its Applications to the Social Sciences», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 67-124). Sobre la relación entre las observaciones individual y social, véase, LUHMANN, «The Individuality of the Individual: Historical Meaning and Contemporary Problems», Heller, Sosna y Wellbery (eds.), *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Philosophy*, Stanford University Press, Stanford, 1986, p. 313. Asimismo, OYSERMAN, COON y KEMMELMEIER, «Rethinking individualism and collectivism: Evaluation of theoretical assumptions and meta-analyses», *Psychological Bulletin*, 128, 2002, pp. 3-72; GUDYKUNST, MATSUMOTO, TING-TOOMEY, NISHIDA, KIM y HEYMAN, «The Influence of Cultural Individualism-Collectivism, Self Construals, and Individual Values on Communication Styles Across Cultures», *HumCommRes*, 22, 2006, pp. 510-543; GUISINGUER y BLATT, «Individuality and relatedness: Evolution of a fundamental dialectic», *AmPsy*, 49, 1994, 104-111.

[608] A pesar de que pueda parecer que la presente investigación se ha centrado más honda y detenidamente en el estudio de los trabajos de LUHMANN y TEUBNER en torno a las paradojas que arroja la teoría de la autopoiesis aplicada a los sistemas sociales, es necesario advertir al lector acerca de la importancia cardinal que en materia de colisión y conflicto de leyes revisten las obras de WIETHÖLTER, como ha reconocido el propio TEUBNER (véanse, «Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhamnn, Wiethölter», Perez y Teubner (eds.), *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 49-65; ID., «Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses», Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy*,

pueden, en ocasiones, emerger a modo de contradicciones[609]– no mediante la evitación de estas, sino promoviendo su «uso productivo»[610],

> ya que, si los discursos sociales son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas que recursivamente producen sus propios elementos gracias a su propia red

---

Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 149-176), para quien las contradicciones sociales se transforman en conflictos de normas legales, y quien, en la aplicación de la teórica en cuestión a la ciencia jurídica ya percibiera que la administración de justicia es ella misma administración de la paradoja del Derecho, su propia confirmación y su amenaza (véanse, TEUBNER, «Materialization and Proceduralization in Modern Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 221-248; ID., «Social Science Models in Economic Law», Daintith y Teubner (eds.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 52-67; ID., «Proceduralization of the Category of Law», Joerges y Trubeck (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501-510). Crítico con la paradoja emergente de la sistémica luhmanniana, OLLERO, «La paradoja del funcionalismo jurídico: ¿Derecho función del 'sistema' social o función del derecho en la vida social?», *AFD*, 17, 1973-1974, pp. 97-106.

[609] Así lo ha advertido TEUBNER en *Paradoxes*, 2006, p. 52, haciendo referencia al cambio en el pensamiento que ha de seguir al tránsito ideológico del «conflicto» a las «paradojas». Sobre la diferencia entre contradicciones y paradojas puede consultarse, desde una perspectiva pragmática y por todos, WATZLAWICK, *Pragmatics of Human Communication: A Study of International Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, WW Norton Books, Nueva York, 1967. Sobre el fenómeno de las paradojas en el Derecho, véase FLETCHER, *ColLRev*, 1985; ROSS, «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, pp. 1-24; especialmente la figura expuesta en las pp. 2-3, a partir de las cuáles el autor concluye que "la idea de un orden legal como unidad sistemática implica que debe haber bien una única autoridad suprema o bien una pluralidad de autoridades coordinadas al más alto nivel" (p. 3, nota 1); HART, «Self-Referring Laws», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 170-178; SUBER, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, Peter Lang Publishing, Nueva York, 1990; RINALDI, «Dilemmas and Circles in the Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 51, 1965, pp. 319-335; HICKS, «The Liar Paradox in Legal Reasoning», *CambLJ*, 29, 1971, pp. 275-291; GOLDSTEIN, «Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning», *CambLJ*, 38, 1979, pp. 373-391; GILMORE, «Circular Priority Systems», *YaleLJ*, 71, 1961, pp. 53-74.

[610] En el ámbito del Derecho penal, GÓMEZ-JARA DÍEZ afirma, en la línea constructivista, que "el modo de tratar con las paradojas, tal y como señalan con acierto los lógicos y los matemáticos, es proceder a su desarrollo trazando distinciones" (en *El funcionalismo*, 2003, p. 36, nota 82, añadiendo el siguiente ejemplo: "JAKOBS señala que la persona viene definida por su fidelidad al Derecho; sin embargo, el autor de delito ha desobedecido la norma y pese a ello se le tiene por persona: el propio JAKOBS señala que se trata de una cuestión paradójica (…) ¿La solución? Trazar una distinción entre persona formal y persona material"). Véase, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.

de elementos, entonces se basan en la autorreferencialidad" que, según LUHMANN, tanto HABERMAS como FOUCAULT "intentan desesperadamente evitar[611].

Tal es el grado de radicalización constructivista y desindividualización del discurso que proponen las tesis de LUHMANN: si bien los individuos reaparecen en el universo de la comunicación, lo hacen sólo como construcciones comunicativas, como «artefactos semánticos» *sin correspondencia con los procesos autopoiéticos del mundo psíquico*. En otras palabras, como sembradores y, a un tiempo, víctimas, de la paradojas jurídicas y sociales.

En este punto, TEUBNER reconoce la coexistencia de procesos psíquicos y sociales en cuanto a operacionalmente *asociados*[612] y sincronizados en su (co)evolución –fenómeno al que también se refiere HELLER–[613], pero sigue negando la superposición en sus operaciones[614]. También LUHMANN contempla la modernidad como fragmentación de lo social en una pluralidad de discursos

[611] Recogido por TEUBNER en *L&SRev*, 1989, p. 736; y remitiéndose a ID., «The Autopoiesis of Social Systems», *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, Londres, 1986, pp. 172-192 (en la p. 174 el autor define los sistemas autopoiéticos como "sistemas definidos como unidades, como redes de producción de componentes que, recursivamente, a través de sus interacciones, generan y desarrollan la red que los produce y constituyen, en el espacio en el que existen, los límites de la red como componentes que participan en la realización de la red", citando a MATURANA y VARELA, *Autopoiesis*, 1991, p. 21); y a ID., «The Theory of Social Systems and Its Epistemology: Reply to Danilo Zolo's Critical Comments», *Philosophy of Social Sciences*, 16, 1986, pp. 112-131; pp. 129 y ss. Asimismo, LUHMANN, «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», *JL&S*, 15, 1988, p. 153-165.

[612] El término adoptado originalmente para expresar la relación entre un sistema y su entorno es «*(structural) coupling*», sugerida por BAILEY en *Sociology and the New Systems Theory*. *Toward a Theoretical Synthesis*, State University of New York Press, Nueva York, 1994, p. 289.

[613] Sobre las dinámicas coevolutivas relacionadas con la interacción entre Derecho, Economía y cultura, HELLER, «Accounting for Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 283-311. Al respecto, asegura LUHAMNN que "la evolución (del sistema) sólo es posible si existe la suficiente complejidad de los entornos de sistemas, lo que significa convolución de sistemas y entornos", de suerte que "una mayor complejidad en los sistemas aparece solamente cuando el entorno no presenta ninguna distribución azarosa (…), cuando está estructurado selectivamente, a su vez, por sistemas en el entorno" (en *Sociedad y sistema,* 1990, p. 72, remitiéndose a EMERY y TRIST, *Towards a Social Ecology: Contextual Appreciation of the Future in the Present*, Springer, Londres/Nueva York, 1975, pp. 45 y ss.).

[614] Véase, TEUBNER, *L&SRev*, 1989, p. 737. El autor insiste en que entre ambos sistemas "no hay sino una simetría de las construcciones de la realidad: los procesos psíquicos producen constructos mentales de la sociedad, y los procesos sociales producen constructos comunicativos de la psique".

> autónomos o *epistèmes*, de suerte que lo característico de la sociedad moderna es, precisamente, el abandono de un modo unitario de cognición[615].

§ 7. No obstante, pienso que, aun en el supuesto de que diéramos por buenas las premisas anteriores y aceptáramos ver la sociedad como una multiplicidad de redes comunicativas, a ello no debiera seguir necesariamente una clausura recíproca de las redes en cuestión[616]. La distinta construcción de la realidad que elabora estructuralmente cada sistema en aras de autodefinirse y otorgarse subjetividad no implica que los sistemas no compartan *realidades*, que no compartan constructos comunicativos en ciertos niveles de su estructura. De esta manera, es de justicia advertir que la autorreferencialidad no se traduce necesariamente en la impermeabilidad autocreada de las construcciones sistémicas.

Esta idea me permite abordar la presentación del Derecho penal como sistema social abierto para exponer, en el capítulo que sigue, con qué otros sistemas (o subsistemas) y a través de qué fenómenos establece el Derecho penal una relación de apertura operativa en términos de *interpenetración estructural*.

---

[615] También TEUBNER, en esta línea y partiendo del estudio de las obras de LUHMANN y FOUCAULT, concebida la totalidad social como virtualmente fragmentada en instituciones de una u otra índole, cada una de ellas haciendo acopio de un lenguaje propio de suerte que cabe decir que los subsistemas sociales constituyen sus propias realidades, y que los sistemas sociales –y, por extensión, también el Derecho– son sujetos pensantes (en *L&SRev*, 1989, p. 737). Por su parte, autores como BECK, A., entre otros, han catalogado la construcción teórica de la autopoiesis de los sistemas sociales de «farsa», al entender que conceptos como «comunicaciones», «autopoiesis» o «sistema» son en sí oscurecedoras e inhabilitan toda teoría con pretensiones de esclarecimiento y aplicación (en «Is Law an Autopoietic System», *OxfJLS*, 14, 1994, pp. 401-418; pp. 409 y ss.).

[616] Y es que, si la fragmentación social en *epistèmes* diferentes es uno de los puntos fuertes de la teoría de LUHMANN constituye al mismo tiempo su «punto ciego», como el propio TEUBNER ha advertido (en *L&SRev*, 1989, p. 738; y en «Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, Giuffré, Milán, 1990, pp. 609-649; también, MICHAILAKIS, en su comentario las aportaciones de LUHMANN y TEUBNER, desde una perspectiva estrictamente jurídica, «Law as an Autopoietic System», *Acta Sociológica*, 38, 1995, pp. 323-337). Una prueba de lo anterior es el conocido como «Ser-Múltiple» al que ELSTER se refiere como el producto de la fragmentación de los discursos sociales en la modernidad (en *The Multiple Self*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986), ya que, si bien el autor lo concibe con el ánimo de confirmar las teorías anti-individualistas en cuestión, no es menos cierto que, ya desde la nomenclatura, atribuye al individuo un *rol* distinto (mayor) del que le atribuyen los estructuralistas.

IV. 3. Derecho penal y teoría de sistemas.-

§ 1. Lo que LUHMANN llama con gran intuición *interpenetración* es en realidad una forma de relación cognitiva que se traduce en la transversalidad estructural de los sistemas sociales[617]. Siendo la comunicación el elemento principial indivisible, un *agente multi-sistema* cataliza la información y colabora en su traducción y codificación sistémicas. Ese *agente multi-sistema* es lo que LUHMANN llama sistema psíquico, que no es ya tal sistema sino, en todo caso, un elemento sistémico *validable* en distintos sistemas sociales[618]. Y es que, si hay muchos mundos y todos están en este, cabe pensar que pueda haber un sistema al que de alguna manera pertenezcan o en el que participen otros sistemas. Un sistema de sistemas, como es el caso del Derecho. Así, en relación con el objeto en concreto del presente estudio, podemos observar cómo los elementos que configuran los tipos penales en el ámbito de los delitos societarios *extienden su significado normativo* al Derecho de sociedades y a otros sectores del Derecho penal mismo –y viceversa–. Ello ocurre, por ejemplo, con los conceptos de administrador social y de socio en sede de conducta, pero también con todos aquéllos agentes económicos y sociales que, como los auditores de cuentas, son capaces de intervenir en el hecho antijurídico penal de aquéllos; con la documentación social en cuanto objeto material sobre el que han de recaer las conductas típicas descritas en los art. 290 y ss.; o incluso con la noción de sociedad recogida en el art. 297 CP. Elementos todos ellos de incontestable imbricación y *con*validación en los distintos sistemas afectados. Es ésta, en cualquier caso, una cuestión abierta al debate doctrinal que merece una reflexión más detenida.

---

[617] Recuérdese que autores como KATZ, siguiendo las tesis de BERTALANFFY, ya apuntaban que "durante la interacción los componentes estructurales de los sistemas son aptos para el intercambio al tiempo que, de manera fundamental, permanecen intactos" (en «Indeterminacy and General Systems Theory», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, II, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 969-982; p. 969).

[618] El propio LUHMANN, en relación con la idea de unidad elemental sistémica –influido por la desontologización y funcionalización de la idea de elemento a la que ha llevado la matematización de las ciencia naturales–, señala que "si algo se puede contar, también se puede seguir descomponiendo en la medida en que exista una *necesidad operativa*" (en *Sociedad y sistema*, 1990, p. 62, cursiva añadida). También la teoría de la acción se ha unido a esta perspectiva –aunque sin basarse en el método matemático–, de suerte que las acciones deben su unidad a la red de relaciones del sistema en el que se constituyen. Como establece PARSONS, "como las unidades de un sistema mecánico en el sentido clásico, las partículas, pueden ser definidas sólo en los términos de sus propiedades, masa, velocidad, situación en el espacio, dirección de movimiento, etc. así que las unidades de los sistemas de acción también poseen ciertas propiedades básicas sin las cuáles no es posible concebir la unidad como «existente»" (en *The Structure of Social Action*, McGraw Hill, Nueva York, 1937, p. 43).

§ 2. De conformidad con la concepción de LUHMANN acerca de los sistemas sociales, las reflexiones que siguen admiten el presupuesto básico de que *lo social es comunicación y sólo comunicación*; o, dicho de un modo menos maleable, que la comunicación es la única operación genuinamente social[619]. Y de que, como *ser vivo*[620] compuesto de seres vivos, esta constituye una realidad que se produce continuamente a sí misma[621], siendo así que su único producto es ella misma sin separación entre productor y

[619] Una idea que subyace ya en las tesis de MAUSS en torno al *don* como acto social por antonomasia que confiere la autoridad social o *mana* (puede consultarse la reciente edición: *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies*, W. W. Norton & Company, Reissue Edition, 2000, p. 8). Así lo manifiesta, entre otros escritos, en *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, Nueva York, 1990, cuando sentencia que "sólo la comunicación es necesaria e inherentemente social; no la acción" (p. 6); también en «The Concept of Society», *TE*, 31, 1992, pp. 67-80. El teórico alemán es, puede decirse, el primer heredero y adaptador de las tesis de MATURANA y VARELA en torno al fenómeno de la autopoiesis a las ciencias sociológica y jurídica. No obstante, y como BAECKER recuerda (en «¿Por qué una teoría de sistemas?», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 3-19; p. 3 (traducción a cargo de GÓMEZ-JARA DÍEZ, del original «Why Systems», *TC&S*, 18, 2001, pp. 59-74)), puede resultar útil para quien se aproxima por vez primera a la vorágine de la teoría de sistemas y pretende pistas introductorias, el título de uno de los primeros libros en el campo objeto de estudio: *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine* (La cibernética, o el control y la comunicación en el animal y en la máquina), del destacado matemático WIENER, publicado en 1948 (la edición consultada es la segunda, de The MIT Press, Cambridge, 1965). Una obra de difícil acceso pero que constata, inicial y definitivamente, que, muy a pesar del campo de aplicación en concreto, la teoría de sistemas es, más que una teoría sobre el control y la organización de sistemas en bruto, una teoría de la comunicación sistémica. Respecto a LUHMANN, el propio GÓMEZ-JARA DÍEZ advierte que su obra "puede considerarse como el desarrollo de la *cibernética de segundo orden* de los sistemas sociales" (en «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret*, 2008-2, p. 5, nota 13). Sobre la autonomía epistémica fragmentaria del Derecho, conducente a la *cibernética de segundo orden*, véase, DEGGAU, *Autopoietic Law*, 1988. Asimismo, HELLER, *Autopoietic Law*, 1988; LADEUR, *Autopoietic Law*, 1988. Sobre los principios informadores de la llamada *cibernética de segundo orden*, MAYURAMA, «The Second Cybernetics: Desviation-Amplyfiling Mutual Causal Processes», *American Scientist*, 51, 1963, pp. 164-179.

[620] En este punto, MATURANA disiente, estimo que desacertadamente, de la postura de LUHMANN, al considerar que el sistema social surge como distinto del sistema vivo, a pesar de que su realización implique el vivir de los seres vivos que le dan origen (véase, *De máquinas y seres vivos: una teoría sobre la organización biológica*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1973). En efecto, tres años después recula en su obra magna, *El árbol* (publicada en coautoría con VARELA), donde se plantea la autopoiesis de los sistemas sociales, a los que los autores se refieren como *seres vivos de tercer orden*.

[621] Así lo establecen, aún en el campo de las ciencias naturales y refiriéndose a los seres vivos y su materia orgánico-celular, MATURANA y VARELA en *El árbol*, 1986, p. 25.

producto[622], razón por la que la organización social se viene calificando como autopoiética. Y es que, si no son las patas, el asiento y el respaldo lo que me hace reconocer la silla, sino la relación organizativa que se da entre estos componentes, de igual manera la organización comunicativa habrá de alzarse en constituyente del orden social. De lo cual no ha de derivarse necesariamente, como mantienen algunos autores, que la sociedad y el Derecho se alzan en realidades *intratables*[623] por el hecho de que se hallen fundamentadas en una unidad básica de orden comunicativo autosuficiente[624]. El propio TEUBNER, adscrito al estructuralismo funcional, formula un paradigma similar al plantear un estado de cosas en el que "las

[622] Lo cual implica necesariamente que el ser y el hacer de una unidad autopoiética son inseparables. Hasta tal punto –diría BAUDRILLARD– que se puede decir que "lo social es a la vez destruido por lo que lo produce (haciendo referencia a los *media* y a la información), reabsorbido por lo que produce (en este caso las masas)", siendo así todo lo social falsa evidencia y nula su definición: "nuestra «sociedad» está quizás poniendo fin a lo social, enterrando lo social bajo la simulación de lo social" (en «El fin de lo social», *Cultura*, 1984, pp. 172 y 173).

[623] En el campo del ilusionismo sociológico, autores como EDER han sugerido, superficialmente, que "lo que observamos no es sino el proceso de aprendizaje colectivo en el que, como observadores, también tomamos parte (…) la autopoiesis de la sociedad en un proceso de aprendizaje colectivo en el que tomamos parte" (en «Learning and the Evolution of Social Systems. An Epigenetic Perspective», Schmid (ed.)*, Evolutionary Theory in Social Science*, Kluwer, Dordrecht, pp. 101-125; p. 125). GÓMEZ-JARA DÍEZ habla concretamente de sistemas autopoiéticos que se *autoconducen*, y, por ende, no susceptibles de control por parte del individuo, a quien se considera un factor exógeno respecto del sistema jurídico (en *InDret*, 2008-2, pp. 18-20). Al referirse al sistema no como una máquina trivial sino como una máquina histórica, el autor argumenta que "el sistema se conduce y guía a sí mismo", de manera que "cualquier suerte de heteroconducción externa del mismo está condenada al fracaso" (p. 19). Una tesis que, entiendo, sufre tautologías expresivas que denotan un error de cálculo respecto de alguno de los presupuestos teóricos. Y es que, si bien es prudente reconocer una cierta racionalidad propia en los sistemas, como ya hiciera TEUBNER (en «De collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics» *CarLRev*, 17, 1996, pp. 901-918; y en *Law, Society and Economy*, 1997), de ello no se deduce una racionalidad exclusiva y excluyente de los sistemas en cuestión que los condene a la autarquía comunicativa, precisamente porque el elemento conductor, como ya he dicho, no es otro que un *agente multi-sistema* (el individuo). Una crítica similar practica EWALD en «The Law of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 36-50, cuando argumenta que, tan pronto como se pretenda desarrollar la autopoiesis en las formas tradicionales del discurso teorético, esta está condenada a formular huecas tautologías.

[624] TEUBNER llega a afirmar, a mi entender equivocadamente, que "el Derecho se vuelve autónomo respecto de la comunicación social general", siendo así que sus operaciones normativas "se vuelven independientes respecto de la normatividad moral o política" (en *L&SRev*, 1989, p. 742). En el mismo sentido, NERHOT, «The Fact of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 312-334; asegurando que el Derecho construye «imágenes propias de la realidad» para desplazarlas lejos de las construcciones del mundo de la vida cotidiana.

comunicaciones aparecen simultáneamente en varios circuitos autopoiéticos, y las personas actúan en varios contextos sistémicos"[625]. Por su parte, LUHMANN[626] establece que los procesos cognitivos, y por consiguiente, los procesos de aprendizaje, mantienen el sistema abierto, ya que el empleo de un programa o código sistémico supone el procesamiento de piezas de información del entorno y el examen sobre si ciertos presupuestos se realizan o no[627]; o, en otras palabras, la normatividad (vuelta autorreferencialmente hacia su propio modelo) está orientada a absorber la incertidumbre y el riesgo de cara a activar el programa en sí mismo dependiente de los hechos y, ante este estado de cosas, "el derecho debe ajustar la sociedad en torno a él y somos afortunados si a pesar de todo sigue siendo capaz de mantener su propia función social"[628].

> En este sentido, creo que es oportuno invitar a la discusión en torno al margen de actuación que las concepciones constructivistas otorgan a la subjetividad física individual respecto a las organizaciones sistémicas. ¿Es lo mismo un sistema autoconducido que un sistema con tendencia *racional* a la autoconducción? Encuentro en el planteamiento estructural-funcionalista[629] de la teoría de sistemas un

---

[625] En *StanLitRev*, 1990, p. 29.

[626] Véase, «The Self-Reproduction of Law and its Limits», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 111-127; p. 119.

[627] Así, HELLER, crítico respecto al alumbramiento efectivo de un análisis de deslegitimación, adopta una postura post-estructuralista y considera que "coexisten prácticas lingüísticas contradictorias en un único sistema legal sin deslegitimar el orden legal mismo", de manera que puede decirse del Derecho que "es esencialmente una disciplina cognitiva y profesional, más que normativa, que se refiere a la teoría sólo en los casos liminales en los que el contenido de la práctica establecida entra en crisis" (en «Legal Discourse in the Positive State: A Post-Structuralist Account», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 173-199; pp. 185-186).

[628] LUHMANN, «The Self-Reproduction of Law and its Limits», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 111-127; p. 119. Asimismo, TEUBNER, *ETJS*, 2002, p. 210, se refiere a los orígenes de la *lex mercatoria* y a la hipótesis de un «punto de partida» imaginario e interno (uno de los pocos aspectos en los que el autor coincide con la tesis de KERCHOVE y OST), para concluir que "¡el principio está en el final!", y que "las operaciones recursivas no pueden empezar *ex nihilo*", sino que "pueden sólo referirse a algo que ya existe", de suerte que "no pueden referirse a algo fuera de su cadena de *recursiones*" (p. 210).

[629] En el ámbito del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ identifica las concepciones funcionalistas con aquéllas que se proponen edificar las categorías del sistema a partir de los fines del Derecho penal. Por ejemplo, en su introducción a la obra de SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 19 y ss., citando los funcionalismos de ROXIN y JAKOBS, y poniendo de manifiesto la nueva orientación de la dogmática jurídico-penal hacia fines político-criminales, "separándose abiertamente del método deductivo-axiomático (ontologicista) del finalismo" (p. 19), si bien advirtiendo del riesgo de la tautología procedimental que una desatención de los fines del Derecho penal puede llevar consigo (p. 20); también en su *Aproximación*, 1992, pp. 67-72,

> aire de reformulación de viejas teorías weberianas, fordistas o tayloristas que parecen estar catalogando los sistemas sociales a modo de modernas *jaulas de hierro*.

§ 3. ¿Cabe plantear, a partir de la teoría de sistemas, la posibilidad de una *práctica de sistemas*? Sin duda, no bajo los presupuestos *autoconsumibles* de las tesis estructural-funcionalistas, las cuáles elevan respecto de la cuestión relativa al control la tautológica propuesta de "una forma de heterorregulación de la autorregulación"[630]. Otro *galimatías* que, como no podía ser de otra manera, trae causa de la *nueva* concepción sistémica del individuo como «artefacto semántico»[631] al que no obstante se le atribuye la cualidad funcional –y, ¿final?– de la operatividad jurídica.

---

abarcando la exégesis de las dos corrientes funcionalistas: «moderada» y «radical», abanderadas por ROXIN y JAKOBS, respectivamente.

[630] En este sentido, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 19; asimismo, TEUBNER, «Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 299-325. Aunque trataré detenidamente esta cuestión más adelante en el presente estudio, al referirme al fenómeno de la autorregulación, concretamente y entre otras cuestiones para esclarecer y argumentar que toda autorregulación es autorregulación regulada, puede el lector introducirse en la materia acudiendo a DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación*, 2005.

[631] Expresión acuñada por TEUBNER en *L&SRev*, 1989, p. 730 (punto 2) a partir de FOUCAULT, *Las palabras*, 1974, Cap. 9, en defensa de una epistemología social de corte constructivista y anti-individualista: "hay algo más en la epistemología social que los «intereses» de los agentes sociales responsables de la manipulación del conocimiento". En la línea anti-individualista, aunque abordando el estudio panorámico de las teorías crítica y estructuralista, constituye una más seria propuesta la que David KENNEDY ofrece en «Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship», *NwEngLRev*, 21, 1985, pp. 209-290 (interesan especialmente, a efectos de este estudio, las pp. 244-247 y 266-270). En el otro extremo se encuentran las teorías económicas y sociales reductoras de la macrofenomenología social a las características de los individuos, herederas del pensamiento de HAYEK y POPPER (pueden consultarse, del primero, *Individualism and Economic Order*, Routledge, Londres, 1948; y *Law, Legislation, Liberty. Vol. 1: Rules and Order*, Routledge, Londres, 1973; del segundo, por todas, *The Poverty of Historicism*, Routledge, Londres, 1953), entre las cuáles cabe destacar la microfundamentación (véase, WEINTRAUB, *Microfoundations: The Compatibility of Microeconomics and Macroeconomics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; NELSON, «Some Issues Surrounding the Reduction of Macroeconomics to Microeconomics», *Philosophy of Science*, 51, 1984, pp. 573- 594) o la teoría del actor racional (véase, ELSTER, *Explaining Technical Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985). Otras propuestas aún más radicales y explícitas en su rechazo a las tendencias anti-individualistas en el estructuralismo y el post-estructuralismo son la de Duncan KENNEDY, quien manifiesta un inequívoco prejuicio individualista en relación con los aspectos comunicativos del Derecho en su análisis de la indeterminación jurídica en «Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology», *JLE*, 36, 1986, pp. 518-562 (el autor concluye (p. 562) que las respuestas que ofrecen estructuralistas y teórico-críticos a las claves sistémicas *carecen de fundamentos básicos* ("*are just made up out of whole cloth*")); también la de GORDON, al entender que las tendencias citadas *supra*

§ 4. Tal vez el aspecto del que se deriva el disenso académico respecto de la subjetividad epistémica y el lugar que el individuo ocupa en la sociedad luhmanniana radique en la clasificación que LUHMANN propone de los *tipos de sistemas autorreferenciales* en tres categorías o grupos, a saber: (1) los sistemas vivos, (2) los sistemas psíquicos o personales y (3) los sistemas sociales. Cada uno de ellos cerrado en sí mismo y sin conexión operativa con el otro, a pesar de que sólo de los sistemas vivos se puede predicar la autorreferencialidad. El propio LUHMANN, en cambio, admite que existe un modo de relación entre los sistemas que respeta la independencia y clausura de estos, al que se refiere como *interpenetración* y que define como la "operación mediante la cual un sistema pone a disposición de otro su propia estructura para que pueda seguir construyéndose la complejidad que le es propia"[632].

Tal *interpenetración*, pienso, no es sino un «comodín» conceptual; si bien admito que necesario para edificar una teoría funcionalista de la sistemática social. Y es que, en este punto, sus propios constructos sistémicos exigen un cimiento piloto. Es evidente, por un lado, que existe una relación inter-sistémica; pero, si el individuo es un sistema psíquico (afirmación matizable e incluso objetable que en todo caso debe ser interpretada en clave reduccionista-funcionalista[633]) y la Economía o el Derecho sistemas sociales, ambos clausurados, siendo la comunicación el elemento social elemental[634], entonces la relación inter-sistémica en términos funcionales es inviable a menos que se admita la existencia de *lugares* estructurales comunes.

---

degradan las intenciones humanísticas del pensamiento jurídico crítico (en «Critical Legal Histories», *StanLRev*, 36, 1984, pp. 57-126 (concretamente, pp. 117 y ss., en torno al debate sobre la –falsa– dicotomía derecho/sociedad)).

[632] En *Sociedad y Sistema*, 1990, p. 25. Una noción que ya empleaba PARSONS para referirse a la relación entre los cuatro subsistemas de acción –a los que ya me he referido en el apartado IV.2. § 1, recogiéndolos en un esquema contrastado con los puntos cardinales de la sistemática luhmanniana– y los ambientes de ésta. Así, el autor asegura que "el límite entre cualquier par de sistemas de acción incluye una «zona» de componentes estructurados o patrones que deben tratarse teóricamente como *comunes a ambos sistemas* (en *El sistema de las sociedades modernas*, 1974*,* p. 15; también en «The Superego and the Theory of Social Systems», *PJSIP*, l, 1952, pp. 15-25). Puede consultarse un estudio comparado sobre ambos autores en VANDERSTRAETEN, «Parsons, Luhmann and the Theorem of Double Contingency», *JCS*, 2, 2002, pp. 77-92.

[633] Es precisamente la autorreferencialidad de la psique humana –a pesar de la aplastante evidencia que arrojan los postulados de la neuropsicología– el aspecto que SCHÜNEMANN ha rechazado de la teoría de sistemas (véase, «Criticizing the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», Eser, Heine y Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Iuscrim, Friburgo, 1999, pp. 225 y ss.).

[634] Al respecto, sentencia LUHMANN que "todos los sistemas sociales que se forman en la sociedad están destinados a formar sus elementos finales como comunicaciones" (en *Autopoietic Law*, 1988*,* p. 19).

§ 5. A continuación trataré de desarrollar, desde los fundamentos de la teoría de sistemas, la que a mi parecer es la interpretación óptima de los siguientes aspectos: la relación que el Derecho establece con su entorno, así como con los subsistemas que lo integran, como es en este caso el Derecho penal (IV.3.1); los argumentos que llevan al estructuralismo a considerar el Derecho un sistema cerrado en un plano operativo (IV.3.2), con base en la dinámica que presenta el Derecho en su desarrollo y dinámica (IV.3.3); el sentido –la función– que desde la teoría de sistemas cabe adjudicar a la pena (IV.3.4), concepción heredada en cierta medida por el moderno funcionalismo en Derecho penal. Finalmente, los apartados IV.3.5. y IV.3.6. me servirán para exponer mis argumentos a favor de la apertura operativa del Derecho (penal) en cuanto sistema.

IV.3.1. Derecho y Sociedad. Derecho penal societario.-

§ 1. Hasta la fecha, tres son las críticas más relevantes que, en términos fundamentales, la doctrina ha practicado frente a los presupuestos de la sistemática social, a saber: (1) el teorema de ASHBY, según el cual un programa que se autoprograma es una imposibilidad lógica[635]; (2) la *auto-organisation relative* de ATLAN, que se traduce –*grosso modo*– en que, de acuerdo con el principio «*order from noise*», los sistemas internamente indeterminados transforman las perturbaciones externas en un orden organizativo[636], siendo posible el intercambio de energía (plano operativo) y

[635] Extensamente en «Principles of the Self-Organizing Systems», Foerster y Zopf (eds.), *Principles of Self-Organizaion: Transactions of the University of Illinois Symposium*, Pergamon Press, Londres, 1962, pp. 255-278. Por su parte, PATTEE establece que el sistema es una red en evolución cuyos «programas» son probabilísticos y no deterministas en el sentido de que no sólo necesita los productos de sus propias lecturas sino que también desarrolla una redundancia funcional hacia «perturbaciones», de suerte que modifica sus propias reglas no a través de meta-reglas sino mediante su construcción aleatoria como «reconocedor de patrones» (en «Dynamic and Linguistic Models of Complex Systems», *IJGS*, 3, 1977, pp. 259-266; p. 262). En el mismo sentido, WINOGRAD, «What Does it Mean to Understand Language?», *Cognitive Science*, 4, 1980, pp. 209-241; p. 227, donde el patrón a ser reconocido, según MILGRAM y ATLAN, es el resultado del funcionamiento del sistema mismo", de manera que "el funcionamiento del sistema de reconocimiento puede ser comprendido como el comportamiento de un sistema dinámico complejo que evoluciona hacia uno de sus muchos atrayentes" (en «Probabilistic Automata as a Model for Epigenesis of Cellular Networks», *JThBio*, 103, 1983, pp. 523-547; pp. 525 y 538).

[636] Véase, del autor, en inglés, «Intentional Self-Organization. Emergence and Reduction: Towards a Physical Theory of Intentionality», *TE*, 52, 1998, pp. 5-34. Asimismo, puede consultarse un enfoque panorámico en KENNEALY, «Talking About Autopoiesis – Order From Noise», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 349-368. Sobre la indeterminación, la autoformalidad, la contradicción y la marginalidad en el sistema jurídico puede consultarse, TRUBEK, «Where

no sólo de información (plano cognoscitivo); y (3) la *société autonome* de CASTORIADIS, construida sobre la premisa de que una sociedad es autónoma –y, asimismo, un sistema social– cuando es en todo momento capaz de liberarse a sí misma de las normas, los valores y las tradiciones que se ha autoimpuesto[637]; es decir, cuando puede dinamizar su estructura.

Pues bien, en el ámbito del Derecho penal societario las anteriores críticas se traducirían en las siguientes: (1) un Derecho penal societario sin *más* Derecho penal, sin Derecho de sociedades y sin sociedades (mercantiles) es imposible; (2) el *afuera* del Derecho penal societario *no es ruido*, sino que existe una interacción estructural entre éste y órdenes como el Derecho mercantil de sociedades, determinados sectores de la economía y la política y otros ámbitos del Derecho penal mismo. Todo ello revierte en que el Derecho penal societario posee unos límites estructurales dinámicos que le permiten evolucionar como (sub)sistema.

Estas son sólo algunas de las observaciones y matizaciones que se formulan ante una teoría de la autopoiesis de los sistemas sociales cuyos postulados, cada vez más –sigilosamente– imbricados en el sistema jurídico, se vienen asumiendo de forma acrítica por sus partidarios a pesar de la existencia de un no despreciable disenso doctrinal en la materia.

§ 2. Una teoría de sistemas que los concibe como operacionalmente clausurados los unos respecto de los otros está condenada a la alienación. No la de ser despojado por el otro (sistémico), sino la de estar despojado del otro; la de tener que producir al otro en su ausencia enviando a uno mismo; la de la virtual desaparición del otro. Empeñarse en la clausura operativa de los sistemas es anticipar la mirada del otro en el espejo[638]. Más aún cuando la

---

the Legal Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism», *StanLRev*, 36, 1984, pp. 575-622; en la misma línea, SINGER, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *YaleLJ*, 94, 1984, pp. 1-70; PELLER, «The Metaphysics of American Law», *CalLRev*, 73, 1985, pp. 1151-1290.

[637] En su conferencia «La logique des magmas et la question de l'autonomie», recogida en Dumouchel y Dupuy (eds.), *L'auto-organisation. De la physique au politique*, Seuil, París, 1983, pp. 412-451.

[638] Sobre el significado de la clausura operativa de la autopoiesis sistémica, RODRÍGUEZ y TORRES apuntan que ésta "hace relación directa al nivel de estabilidad que alcanza una operación, bajo condiciones determinadas, y en la que necesariamente esta operación tiende a formar un cálculo recursivo que siempre debe volver sobre sí mismo (autorreferente)", de suerte que el significado de la *autopoiesis* puede traducirse en la "determinación del estado siguiente del sistema a partir de la estructuración anterior a la que llegó la operación" (en *Sociologías*, 2003, p. 114). Una exposición breve pero detallada de la clausura operativa de los sistemas autopoiéticos puede encontrarse en LUHMANN, *Autopoietic Law*, 1988, pp. 335 y ss. Una perspectiva individualista al respecto es la que BAUDRILLARD ofrece magistralmente en *El otro por sí mismo*, Anagrama, Barcelona, 1994.

autonomía –en este caso del sistema jurídico pero predicable respecto del resto de sistemas– viene fundamentada en un argumento rebatible. Y es que la *comunicación social general* o las construcciones del mundo de la *vida cotidiana*, expresiones en las que TEUBNER y NERHOT apoyan su dialéctica, respectivamente, para adjudicar por diferenciación su autonomía al Derecho en cuanto sistema[639], no existen, o existen a modo de construcciones circunstanciales y siempre referenciadas.

> Es de justicia, no obstante, practicar una matización en este punto. Y es que la clausura a la que se refiere el estructural-funcionalismo de la teoría de sistemas es, estrictamente, *apertura y clausura a un mismo tiempo*; de suerte que cada cualidad se refiere a un dominio o sentido diferente. Así, si bien la clausura es predicable respecto de un orden o dominio normativo, en el plano cognitivo los sistemas se hallan abiertos[640]. Una cuestión que, a mi entender, ratifica la cuadratura del círculo sistémico.

[639] En este punto, HEJL apunta que el Derecho está sintéticamente determinado, si bien es indeterminable analíticamente; es decir, dependiente del un pasado, pero no predecible en su proyección, de suerte que la indeterminación del Derecho estaría directamente conectada con su autonomía; y sugiere, con el fin de evitar la confusión entre los términos autonomía y autopoiesis, que el primero sea entendido como "un término que designa la experiencia particular que un observador pudiera pretender expresar al describir un sistema vivo respecto de lo que toma como su entorno" (en «Towards a Theory of Social Systems: Self-Organization and Self-Maintenance, Self-reference and Syn-Reference», Ulrich y Probst (eds.), *Self-Organization and Management of Social Systems. Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer, Berlín, 1984, pp. 60-78; p. 64, remitiéndose al concepto de autonomía propuesto por VARELA en *Principles of Biological Autonomy*, North Holland Series, Nueva York, 1979, p. 55, como propiedad de los sitemas operacionalmente clausurados.

[640] En palabras de LUHMANN: "los sistemas cibernéticos operan en forma abierta en relación con la energía y de manera cerrada en relación con la información" (en «Autoorganización e información en el sistema político», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 41-60; p. 48). Así, por ejemplo, DUPUY ofrece hasta tres interpretaciones sobre la posibilidad de esta bidireccionalidad formal sistémica –pensando en todo momento en el sistema Derecho como patrón– (en «On the Supposed Closure of Normative Systems», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 51-69; pp. 55 y ss.). La principal tesis del autor es que la unidad es autotrascendente en la medida en que la complejidad del comportamiento de que es capaz es infinitamente superior a las facultades de control de la unidad. Una visión radicalmente distinta sobre la dialéctica de la apertura/clausura legal es la que ofrece OST, quien, desde la óptica del actor individual sumergido en el «juego» sistémico, critica el paradigma autopoiético en cuanto a su autismo operacional (véase, «Between Order and Disorder: The Game of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 70-96). Por su parte, ULRICH advierte que la relación entre el sistema (social) y su entorno constituye un proceso "mutuamente adaptativo que lleva al sistema a continuos «ajustes» para con su entorno (pre)existente o a su muerte" (en *Self-Organization*, 1984, p. 81).

§ 3. Tal vez en ello radique uno de los aspectos del desencuentro doctrinal en la materia. Las tesis constructivistas y anti-individualistas sobre las que se yergue la moderna teoría de la autopoiesis, aplicada a la teoría de los sistemas sociales, adjudica la autonomía sistémica –y, por ende, la subjetividad epistémica– por *diferenciación* del sistema en cuestión respecto de un absurdo. ¿Qué significa, si no, que el Derecho es un sistema autónomo respecto de la comunicación social general? ¿Qué es una construcción del mundo de la vida cotidiana? Ni la llamada comunicación social general ni la vida cotidiana constituyen realidades sistémicas independientes y anteriores a su definición sistémica funcional.

> A esto se refiere, precisamente, la noción de *hiper-realidad* acuñada por BAUDRILLARD[641], entendida ésta como traslación de una teoría dependiente de la realidad a una realidad dependiente de la teoría[642]. Un proceso consecuente y predecible en cuanto inverso respecto al que ha experimentado la claridad del signo. Y es que teorías como la de la autopoiesis (de los sistemas sociales), en su vertiente constructivista-operativa, se adscriben a una deriva sociológica natural que podríamos denominar de *oscurecimiento del signo*[643], el cuál ha pasado de la remisión inequívoca y segura a un estatuto distinguido y conocido a la remisión arbitraria a un universo desencantado del significado que encuentra su valor moderno en el simulacro de una naturaleza «superada»[644].

---

[641] En *El intercambio simbólico y la muerte*, Monte Ávila Latinoamericana, Caracas, 1993, Cap. II; especialmente las pp. 62-64 y 83-89. Allí el autor se refiere a las figuras artificiales emergentes del *autómata* y el *robot*, para sentenciar que en la sociedad de los «simulacros» "la máquina es el *equivalente* del hombre y se lo anexa como equivalente en la unidad de un proceso operacional" (p. 63), una idea que rescata más adelante en el mismo trabajo para referirse al *hiper-realismo de la simulación* (pp. 83-89). El término referido reaparecerá, entre otros, en su ensayo «La precesión de los simulacros», publicado en *Cultura*, 1984.

[642] Precisamente el constructivismo epistemológico se fundamenta en el derrumbe de las pretensiones de la ciencia moderna sobre su acceso privilegiado a la realidad, de manera que es un postulado elemental del constructivismo aquel que reza que la ciencia no descubre ningún hecho exterior, sino que produce los hechos. Así, entre otros, ARBIB y HESSE, en *The construction of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, p. 10; donde los autores declaran que "hay ciertamente un sentido en el que aceptamos nuestra ciencia actual como representativa de lo «real» cada vez que contamos con los *inventos* de la tecnología moderna. Pero este sentido de la «realidad» nos lleva no más que a la aceptación de la teoría como un instrumento local de predicción exitosa, construyendo una verdad aproximada en dominos locales" (cursiva añadida).

[643] Un informe detallado al respecto puede consultarse en BRATEN, «Systems Research and Social Science», Klir (ed.), *Applied Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1978, pp. 655-685.

[644] Véase el esquema «Los tres órdenes de los simulacros», que BAUDRILLARD elabora en *El intercambio*, 1993, pp. 59-62. Para más información referida al aspecto histórico-evolutivo en la materia puede verse –profundamente enraizada en el idealismo alemán–, PARSONS, *El sistema de las sociedades modernas*, 1974, pp. 43-173.

La reformulación de esta idea en el lenguaje de la teoría de la autopoiesis es la siguiente: el discurso jurídico «inventa» una *hiper-realidad* jurídica[645] que impone nuevas realidades a las *hiper-realidades* del resto de los sistemas.

El debate sobre la autoridad y legitimación epistémicas es, entonces, inevitable. Hay quien, ante este estado de cosas, todavía argumenta que el relativismo resultante de la pluralidad de discursos sociales no es un relativismo del «*anything goes*», sino otro entendido como "invitación a elevar el estatus de las otras «mitologías» a través de una más cuidadosa investigación de sus credenciales metodológicos y cognitivos"[646]. Sin embargo, lo cierto es que las propuestas que ofrecen las teorías de las que venimos hablando se acercan más en la actualidad a la idea de la verdad como coherencia con el sistema teórico y del conocimiento como creencia

[645] Es lo que BORDIEU denomina «eficacia cuasi mágica» del Derecho en sus prácticas de creación del mundo (en «La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique», *ARSS*, 64, 1986, pp. 3-19). GRZEGORCZYK, por su parte, habla de una «hermenéutica oficial del mundo» («*hermeneutique officielle du monde*») con la que el Derecho organiza el mundo social (en «Systéme juridique et réalité: Discussion de la théorie autopoiétique du droit», *ArchPhilDroit*, 33, 1988, p. 21; si bien es preciso matizar que la hermenéutica oficial en cuestión lo es únicamente –como si fuera poco– del mundo del Derecho, a pesar de que convengo con el autor en la consideración relativa a la difuminación de las construcciones jurídicas en los «hechos brutos» de otras comunicaciones sociales. Un hecho del que deriva, inevitablemente, una «pugna» por la autoridad epistémica entre los distintos discursos sociales implicados.

[646] Véase, ARBIB y HESSE, *The construction of Reality*, 1986, p. 10. No obstante, el propio TEUBNER –adscrito a esta tesis– eleva al Derecho al estatus de máxima autoridad sistémica y admite la difusión mutua de éste y de otros discursos sociales, hecho al que denomina *interferencia*, cercanamente a la *interpenetración* luhmanniana. De esta manera, y a pesar de todo lo sostenido con anterioridad, para el autor "todo acto jurídico es simultáneamente (…) un suceso de la comunicación social", si bien de la interferencia no se sigue una fusión supra-discursiva multidimensional, ni un intercambio informativo inter-sistémico, sino que la información en cuestión se constituye de nuevo en cada discurso y la interferencia opera únicamente en la línea de la simultaneidad de los discursos (en *L&SRev*, 1989, pp. 744 y 745). O, en otras palabras, que, aunque todos los sistemas son iguales –autónomos, impermeables y cerrados–, *hay sistemas más sistemas que otros, y el Derecho es el sistema más sistema de todos*, por cuanto es el único que informa al resto de los sistemas (nunca viceversa). En este marco, aquello a lo que TEUBNER llama «coherencia social» se presenta como una expresión de significado incierto. En opinión de otro sector doctrinal abanderado por WEINBERG, la pugna derivada de la interferencia en cuestión trae causa del intento de acometer la «esclavización» sistémica propia de «cuestiones trans-científicas» por parte de las ciencias sociales actuales (en «Science and Trans-science», *Minervav*, 10, 1972, pp. 209-222, acuñando el término de «cuestiones trans-científicas» para referirse a aquellas que no pueden ser resueltas por la ciencia (p. 209)). También pueden consultarse, al respecto –a título meramente informativo–, MAJONE, *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, Yale University Press, New Haven, 1989; ID., «Process and Outcome in Regulatory Decision-Making», *AmBehSci*, 22, 1979, pp. 561-583.

socialmente institucionalizada. En otras palabras, hemos delegado la autoridad social en el provincianismo sistémico.

§ 4. Si el Derecho es algo diferente de la sociedad, lo jurídico como sistema debe poseer un *código* que determine qué comunicación pertenece al sistema (autorreferencia) y cuál al entorno del sistema (heterorreferencia)[647]. Pues bien, ese *código* ha de consistir en el juicio «jurídico *vs.* antijurídico» (y añadiría: ¿*vs.* no jurídico?), el cuál desencadena un abanico de posibles comunicaciones jurídicas que hacen del Derecho, en opinión de la mayoría doctrinal, un sistema autorreferencial operativamente cerrado[648]. No obstante, es en este punto donde debo admitir que discrepo respecto de la postura

[647] Ya LUHMANN, a este respecto, asevera que "un sistema es una forma de dos lados (sistema y entorno)" y que "uno de esos lados (el del sistema) se puede definir mediante un único tipo de operador"; un apunte introductorio relativo a su perspectiva teórico-formal en la que el autor se remite a los análisis de cálculo matemático elaborados por SPENCER-BROWN en *Laws of Form*, George Allen & Unwin, Londres, 1969 (en *Introducción*, 1996, p. 67). Asismimo, apunta que "se tienen que distinguir (…) las relaciones de dependencia entre entorno y sistema, de las relaciones de dependencia entre sistemas" (en *Sociedad y sistema*, 1990, pp. 52-53). Sobre la distinción entre sistema y entorno fundamentada en el concepto de diferencia «forma y otro», pueden verse por todos, HERBST, *Alternatives to Hierarchies*, Martinus Nijhoff Social Sciences Division (Humanities Press), Leiden, 1976, pp. 84 y ss.; SPENCER-BROWN, *Laws of Form*, 1969. De donde cabe extraer la idea de que *lo que es una cosa, y lo que ella no es, son idénticamente lo mismo, pero sólo en la forma*; y es que la definición de una distinción actúa como límite y como descripción tanto del objeto designado como de lo que no es ese objeto; todo o nada, son entonces *formal-lógicamente* idénticos, precisamente por no poseer forma. También ANGYAL, próximo al pensamiento del todo y las partes, considera que no es posible definir los sistemas como conjuntos de elementos con relaciones (en «The Structure of Wholes», *Philosophy of Science*, 6, 1939, pp. 25-37).

[648] Así, a favor de la clausura operacional del sistema jurídico penal, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 13, cuando sentencia que, a pesar de que el entorno no debe ser menospreciado, este "no contiene información alguna para el sistema", de suerte que "el sistema se informa a sí mismo" (basándose en la tesis núm. 11 de FOERSTER en *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Fráncfort, 1993, p. 123). En la misma línea, argumentando la «autovalidación» y la impermeabilidad del sistema jurídico a partir de una referencia a FOUCAULT, COTTERRELL, «Law and Sociology: Notes on the Constitution and Confrontation of Disciplines», *JL&S*, 13, 1986, pp. 9-34; p. 15: "la ciencia jurídica se observa a sí misma, para hablarse, en el espejo de la doctrina jurídica que ella misma ha organizado y «unificado» en formas particulares". También, invocando –a partir del «sueño» sobre el paraíso de los conceptos jurídicos de JHERING– el «sinsentido trascendental» del Derecho, COHEN, «Trascendental Nonsense and the Functional Approach», *ColLRev*, 35, 1935, pp. 809-849. El propio HART (en *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, p. 77) descansa el argumento a favor de la «autovalidación» en la existencia, en cada sistema, de una jerarquía interna entre normas primarias y normas secundarias (a las que el autor se refiere como normas y «meta-normas»). Sobre la diferenciación sistémica como jerarquía pueden verse, entre otros, SIMON, «The Architecture of Complexity», *Proceedings of the American Philosophical Society*, 106, 1962, pp. 467-482; WILSON, «Forms of Hierarchy: A Selected Bibliography», *GS*, 14, 1969, pp. 3-15.

mayoritaria. Si el sistema jurídico se considera operativamente cerrado y, por ende, compuesto de comunicaciones exclusivamente jurídicas, o no es un sistema o es un sistema inhábil en el que la información sólo puede disminuir y transformarse en *ruido* (*noise*) pero no a la inversa, ya que un sistema de retroalimentación, cerrado operativamente, no tiene *metabolismo*. Decir de un sistema social que es autopoiético supone atribuir al sistema en cuestión la facultad de actualizarse a través la información que catalizan sus unidades estructurales elementales, lo cual no conmina al sistema a la autarquía operacional –es sabido que el estado de equilibrio de un sistema no se ve alterado por los catalizadores que intervienen en la velocidad de los procesos operativos–, sino que, por el contrario, determina la necesaria apertura del sistema.

Concretamente, que el sistema Derecho sea autopoiético supone aceptar que, en un plano normativo, el sistema es autorreferencial, es decir, que tiende a reproducirse por sí y a sí mismo, pero tambien que es capaz de observarse[649]. Sin embargo, ello no implica que el sistema jurídico opere fundamentado en comunicaciones no validadas o validables por otros sistemas. Antes bien, la supervivencia de las realidades sistémicas exige concebirlas como operativamente abiertas, incluso volcadas sobre el *afuera* de otros sistemas. De suerte que, para poder adjudicar la autorreferencialidad a un sistema, es necesario que éste se conciba antes como (hetero)referenciado; es decir, que se reconozca su heteronomía epistémica.

Como observara LUHMANN –presumo que a efectos de lo que pretendo defender–, no es admisible observar al sujeto sistémico como una «caja negra» entre «cajas negras» indexadas mediante «cajas blancas»[650], salvo que las «cajas blancas» fueran a su vez sistemas. De lo contrario, declarar que la comunicación es el único acto social original en un contexto sociológico compuesto por regímenes sistémicos autárquicos, es tanto como negar la posibilidad de la comunicación misma o condenarnos al mutismo. En otras palabras, negarlo todo o no decir nada.

> Tanto es así que incluso algunos teóricos sociales que buscan enfoques estructuralistas y sistémicos se ven conminados a rebajarlos con una dosis de

[649] Un texto introductorio accesible en torno a la concepción del Derecho como sistema autopoiético puede consultarse en PENNER, SCHIFF, NOBLES y TEUBNER, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials Book Description*, Butterworth, Londres, 2003, Cap. 19 (Cap. 18 en su edición de 2005).

[650] En *Soziale Systeme,* 1984*,* pp. 148 y ss. (recogido por GLANVILLE en «Inside Every White Box There Are Two Black Boxes Trying To Get Out», *BehSci*, 27, 1982, pp. 1-11). Y es que los sujetos sistémicos no son concebibles a modo de *hidrógenos* necesitados de un *oxígeno* que les otorgue la identidad molecular (sistémica).

> individualismo[651]; lo cual, matizan, es sólo "la mitad de la historia; la otra mitad es que instituciones tales como el Derecho *piensan* independientemente de las mentes de sus miembros"[652]. No obstante –discúlpese mi contumacia–, sigo sin derivar de este planteamiento la clausura operativa de los sistemas, y, concretamente, la del sistema jurídico, por más que el Derecho sea "comunicación y nada más que comunicación"[653] y muy a pesar de que tal clausura no implique –dicen– la ceguera del sistema (jurídico) frente al entorno y sus irritaciones[654].

Una prueba de lo anterior es que, tanto un sector doctrinal como la práctica jurisprudencial han venido experimentando tendencias a la *procedimentalización*[655] –incrementadas recientemente– edificadas sobre una

---

[651] Es el caso, entre otros, de GIDDENS, en *Social Theory and Modern Sociology*, Stanford University Press, Stanford, 1987, pp. 98 y ss.; y, para el sistema jurídico en concreto, contra el Derecho autopoiético y a favor del actor individual, FEBBRAJO, «The Rules of the Game in the Welfare State», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 128-150 (concretamente, pp. 136 y ss.); ID., «The Autopoietic Approach and its Form», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 19-32; también, OST, «Between Order and Disorder: The Game of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 70-96 (concretamente, las pp. 87 y ss.); y, del mismo autor, junto con KERCHOVE, *Le système juridique*, 1988, pp. 157 y ss.

[652] Véase, TEUBNER, *L&SRev*, 1989, p. 739; cursiva añadida a partir del vocablo «*think*», traducido por GÓMEZ-JARA DÍEZ como «conocen» (en su traducción «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», *Doxa*, 25, 2002, pp. 533-571; p. 551). La consecuencia a la que lleva este planteamiento es que las expectativas normativas son independientes de las construcciones psicológicas del «afuera» que yacen en la mente del jurista.

[653] En este sentido puede verse, DEGGAU, *Autopoietic Law*, 1988, donde el autor plantea la posibilidad de la autonomía legal bajo los parámetros de una comunicación legal como unidad elemental del sistema. Y es que esta aseveración no es, desde prisma racional alguno, presupuesto para abanderar la asepsia epistémica, declarando que semejante postura no es ni jurídico-constructivista ni individualista, y que ni el Derecho precisa de recurso alguno a sus actores, ni representa una entidad colectiva supra-individual (imprescindible, a efectos de este debate, TEUBNER, «Evolution of Autopoietic Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 217-241). Sobre el dilema relativo a la autonomía de lo social, SELZNICK, «Law: The Sociology of Law», *IESS*, 9, 1968, pp. 50-59; asimismo, aunque con un enfoque más superficial, SILBEY, «Mutual Engagement: Criminology and the sociology of law», *CL&SC*, 37, 2002, pp. 163-175.

[654] Ya que al sistema se permite una observación externa en el marco de una teoría que concibe la justicia a modo de instituto de garantía de la consistencia de las decisiones políticas de legitimación de la evolución social (véase, PRIETO NAVARRO, «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho», García Amado (coord.), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 325-356; pp. 342 y 344).

[655] Sobre la procedimentalización del conocimiento institucional, pueden consultarse WIETHÖLTER, «Materialization and Proceduralization in Modern Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 221-248; ID., «Social Science Models in Economic Law», Daintith y Teubner (eds.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 52-

producción plural de conocimiento por parte de las instituciones sociales que el Derecho no puede permitirse ignorar. Todo ello, en un intento de delegar la autoridad epistémica inicialmente atribuida por y al Derecho en diferentes actores colectivos (especializados).

> Otros autores, en cambio, entre los que cabe destacar a NELSEN[656], critican dicha procedimentalización del conflicto de conocimiento a través del Derecho, en busca de meta-teorías que desarrollen criterios neutrales para la solución del conflicto epistémico; una tarea ardua bajo las condiciones de una modernidad que invoca una fragmentación de los discursos tal que priva de toda competencia epistémica a un único centro sistémico de cognición.

§ 5. En términos de normatividad existe una estricta simetría entre la ley y la decisión judicial. Así, las leyes son tenidas por normas porque se pretende su empleo en la toma de decisiones, de la misma manera que estas decisiones pueden sólo funcionar como normas porque así está establecido en las leyes. Por consiguiente, en términos de normatividad la relación entre la norma y su aplicación es circular[657].

> El mismo perro con diferente collar; o, debería decir, ¿el mismo collar con diferente perro? El propio TEUBNER admite que el Derecho, como discurso social capaz de «ver» el mundo, no funcionaría sin las intenciones, estrategias y acciones de juristas y legos en Derecho. Pero, a pesar de todo, sostiene que "sus intenciones (las de juristas y legos) nunca entran en la comunicación del Derecho"[658].

67; ID., «Proceduralization of the Category of Law», Joerges y Trubeck (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501-510.

[656] Véase, «The Truth bout Law's Truth», Febbrajo y Nelken (eds.), *European Yearbook of Sociology of Law*, Giuffré, Milán, 1993, pp. 87-163; ID., «Getting at Law's Boundaries», *SLS*, 15, 2006, pp. 598-604, conluyendo que "no somos capaces de predecir cuándo el Derecho colonizará otros saberes o cuándo él mismo será colonizado" (p. 603); en la misma línea se sitúan, entre otros, VALVERDE, en *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton University Press, Princeton, 2003; y WALDRON, en «Transcendental Nonsense and System in the Law», *ColLRev*, 100, 2000, pp. 16-55.

[657] Así, ECKHOFF y SUNDBY, «The Notion of Basic Norms of Jurisprudence», *Scandinavian Studies in Law*, 19, 1975, pp. 123-151; también, del primero, «Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems», *Scandinavian Studies in Law*, 22, 1978, pp. 41-51. Según UNGER, "la moderna jurisprudencia ha aceptado crecientemente la noción de que el significado de una norma, y por tanto la viabilidad de un derecho, deben ser determinados a través de una decisión acerca de cómo lograr alcanzar los fines atribuidos a la norma" (en *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*, Free Press, Nueva York, 1976, p. 86).

[658] Véase, TEUBNER, *L&SRev*, 1989, p. 740; y viceversa: el Derecho como sistema comunicativo no tiene acceso a los procesos psíquicos de juristas y legos, a los que el autor trata de «perturbaciones» (basándose en la expresión «*chocs exogenes*» que KERCHOVE y OST emplean en *Le système juridique*, 1988, p. 159; si bien, como puede el lector presumir, LUHMANN recicla el término con fines distintos, para acercarlo a la tesis que defiende), siendo así que es a partir de la presión ejercida por los «perturbadores» y sufrida por el

§ 6. Argumentar a favor de la coevolución discursiva de los sistemas debe llevar a aceptar la permeabilidad –tanto cognoscitiva como operacional– inter-sistémica, cosa que no han hecho los defensores anti-individualistas de la teoría de la autopoiesis de los sistemas sociales. Según entiendo, allí donde se advierte que dos agentes, ya sean de orden biológico o social, comparten patrones evolutivos cabe concluir que ambos se hallan informados hasta el punto de fundamentarse en estructuras operativas análogas o incluso compartidas en algún grado[659]. Todo lo demás es, como ya apuntara NORGAARD[660], una mera «coevolución de la insustancialidad».

Cierto es que los individuos con los que trata el Derecho como proceso social comunicativo no son los «mamíferos psico-sociales» a los que la teoría de sistemas se refiere como *sistemas autopoiéticos psíquicos*, pero no es menos cierto que tampoco son «meros constructos» o «artefactos semánticos» producidos por el sistema jurídico[661]. El Derecho penal no

---

Derecho como éste construye su propio orden autónomo, "creando el mundo del sentido jurídico" (p. 740, remitiéndose a FOERSTER, *Observing Systems*, 1981).

[659] Sobre la cuestión relativa a la evolución de los sistemas sociales, PARIJS aclara que el método de la selección natural no resulta operativo, estando la evolución sistémico-social sujeta estrictamente a patrones permanentes de reacción (en *Evolutionary Explanation in the Social Sciences. An Emerging Paradigm*, Rowman & Littlefield, Nueva Jersey, 1981, pp. 50-53, 96 y ss.). El autor de fine el término «evolución» como "cualquier sucesión de cambios que afectan a un sistema a lo largo del tiempo (p. 51); en el mismo sentido, sobre la concepción de la noción de evolución referida a los sistemas sociales, KING, «Functional load and sound change», *Language*, 40, 1967, pp. 831-852; pp. 836-848.

[660] Véase, «The Coevolution of Economic and Environmental Systems and the Emergence of Unsustainability», *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, University of Michigan Press, Míchigan, 1994, pp. 213-225; especialmente, pp. 220-221.

[661] No son, y menos únicamente, un conjunto de roles, máscaras de personajes o productos internos de la comunicación jurídica (en esta línea, ROTTLEUTHNER, «Biological Metaphors in Legal Thought», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 97-127). GRZEGORCZYK, refiriéndose a la situación del individuo en la teoría de sistemas, habla de que la concepción anti-individualista que sostiene el fenómeno de la autopoiesis implica una "deshumanización total del derecho" (en *ArchPhilDroit*, 1988, p. 12). En la línea opuesta, FOERSTER define el Derecho (al que se refiere como «proceso legal») como un "cilo cerrado de operaciones legales recurrentes: «computación de la computación de la computación»" (en *Observing Systems,* 1981*,* p. 296); asimismo, constatando la circularidad procesual del Derecho, FLETCHER, *ColLRev*, 1985, p. 1263; también, TEUBNER, «Introduction to Autopoietic Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 1-11; p. 1, advirtiendo que la teoría de la autopoiesis (legal) viene a superar la lógica legal según la cual los argumentos circulares son concebidos como *petitio principii.* Sobre la estratificación estructural de los actores sociales puede consultarse la elaboración que el propio TEUBNER propone en *AmJCorpL*, 1988, pp. 133 y ss.; y en «Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis», *EYSL*, 43, 1988, pp. 43-80; pp. 66 y ss.

produce agentes culpables o inocentes que comunican respectiva y maquinalmente la infracción o la vigencia de una norma con base en el código sistémico «jurídico vs. antijurídico», sino que *valida* aquéllas comunicaciones de los agentes sociales que permean su estrutura, a menudo imbricada en la de otro sistema o subsistema o compartida en distintos niveles y grados. Es en este sentido en el que el *sistema autopoiético psíquico* puede ser considerado un *agente* o *constructo multi-sistema*.

> Es preciso advertir en este punto que la cualidad de la autorreproducción no consiste en la transferencia de un conjunto de rasgos o características de los elementos del sistema a nuevos elementos[662], ya que no puede decirse en puridad que los sistemas *se componen* de elementos sino que, paradójicamente, "(los sistemas) están hechos de sistemas"[663]. En este sentido resulta de gran interés el modelo de *le jeu du droit* que elaboran OST y KERCHOVE, en el cual la clausura sistémica del Derecho tiene lugar únicamente en el plano de su regulación, mientras que la apertura y la dinámica sistémicas son introducidas en el sistema por los actores individuales[664].

IV.3.2. La pretendida clausura del sistema Derecho penal.-

§ 1. Las fronteras físico-políticas tradicionales entre territorios nacionales han sido reemplazadas, en la sociedad actual, por fronteras comunicativas que discurren entre discursos sociales inconmensurables[665].

---

[662] Así, VARELA, «Complessità del cervello e autonomía del vivente», Bocchi *et al*. (eds.), *La sfida della complexita*, Feltrinelli, Milán, 1985, p. 146, quien entiende que la interconexión de los componentes sistémicos y su mutua definición es crucial de cara a la clausura del sistema.

[663] Ya que "*le système est toujours plus grand que lui-même*" (BAREL, *Le paradoxe et le système*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1979, pp. 169 y 186), al referirse a la «computación de la computación» y la recursividad sistémica de un «programa» (sistema X) leyendo los resultados de su propia lectura.

[664] En inglés, véase, «Towards an Interdisciplinary Theory of Law», Peczenick (ed.), *Theory of Legal Science*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1984, pp. 497-508. En francés, «Le 'jeu' de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridi- que», *ArchPhilDroit*, 27, 1982, pp. 395-409.

[665] Para los sistemas sociales, KAHN formula: "la definición de las normas en términos sistemáticos requiere que encontremos diferencias normativas al cruzar las fronteras (de los sistemas), y nos lleva a sospechar que podríamos también descubrir diferencias normativas al cruzar las fronteras de los subsistemas" (en *Organizational Stress: Studies in Rule Conflict and Ambiguity*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1964, p. 161). El entorno consigue así su unidad sólo a partir del sistema y en su relación con el sistema. Como tal, asegura LUHMANN que "está delimitado por horizontes abiertos y no por límites que se puedan franquear", siendo así que "el entorno (…) no es un sistema" (en *Sociedad y sistema*, 1990, pp. 51-52). A este respecto añade CERUTI que el límite de un sistema social no es una divisoria trazada entre un espacio interior y otro exterior, sino que debe ser vista como "el impacto de las matrices productivas de la «estructura *evanescente*» del sistema, que son las condiciones

Tal proceso de globalización, en lo que atañe a la ciencia jurídica, viene traduciéndose en la (auto)deconstrucción de la jerarquía de las formas jurídicas[666], ya que la llamada globalización o mundialización no es otra cosa que un escenario en el que los Estados ceden el protagonismo de la acción económica, política y jurídica a las empresas y organizaciones[667]. De ahí que la moderna teoría de los sistemas sociales en su aplicación al Derecho haya concebido un escenario en el que las personas jurídicas que participan a modo de agentes económicos en el tráfico comercial emerjan, se desarrollen y actúen de conformidad con los principios de la autorreferencialidad. Es decir, cerrados –que no aislados– los unos respecto a los otros tanto en su estructura como en su operatividad.

§ 2. El caso *Primary Coal Incorporated vs. Compañía Valenciana de Cementos Portland*[668] sirvió a la doctrina empleada en el desarrollo de la

previas de un nuevo significado emergente" (en «La hybris dell'omniscienza e la sfida della complessitá», Bocchi *et al*. (eds.), *La sfida della complessita*, Feltrinelli, Milán, 1985, pp. 25-48, p. 34; *apud* LADEUR, *Autopoietic Law*, 1988, p. 251, nota 2; cursiva añadida, pues podrá comprobar el lector que la traducción del original «*dissipative*» no es literal). En esta línea se postura también DEUTSCH en «On the Interaction of Ecological and Political Systems: Some Potential Contributions of the Social Sciences to the Study of Man and His Environment», *Social Science Information*, 13, 1974, pp. 5-15. En el ámbito de la crítica, BUCK, «On the logic of General Behaviour Systems Theory», Feigl y Scriven (eds.), *The Foundations of Science and The Concepts of Psychology and Psychoanalysis*, Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Minneapolis, 1956, pp. 223-238; pp. 234 y ss.

[666] Así, TEUBNER, *EJST*, 2002. Por su parte, HOFSTADTER emplea la expresión «jerarquías enredadas» («*tangled hierarchies*») para referirse al fenómeno en el que el nivel más elevado de una jerarquía se vuelve sobre el más bajo describiendo una jerarquía circular: "la ironía es que una vez que golpeas tu cabeza contra el techo cuando eres prevenido acerca de saltar fuera del sistema a una autoridad superior, el único recurso es hacia fuerzas que parecen peor definidas por normas, pero que en cualquier caso son la única fuente de normas de niveles superiores: las normas de niveles inferiores" (en *Gödel, Escher, Basch: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, Nueva York, 1979, pp. 64 y 692). Sobre los niveles en los sistemas autopoiéticos, PAILLARD traduce por analogía los que informan los sistemas en la neuro-psicología, a saber: un primer nivel organizado en el sentido clásico de estructura; un segundo nivel funcional que controla y regula las transformaciones en el nivel anterior mediante la activación de la función latente en aquél; y un tercer nivel que el autor llama de «virtualización», en el que subyace un potencial de desestabilización y deconstrucción (en «Les sciences du systeme nerveux et le formalisme du Hazard organisationel», Dumouchel y Dupuy (eds.), *L'auto-organisation de la Physique au Politique*, Seuil, París, 1983, pp. 219-237).

[667] Según GARCÍA PELAYO, la sociedad transnacional es "el conjunto social resultante de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados" (en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 151).

[668] En 1991 el Tribunal de Casación de París se vio obligado a resolver y pronunciarse, con motivo del caso en cuestión, acerca de si "*les seules usages du comerse International, autrement dénommés* lex mercatoria" debieran estar facultadas o no para infringir los marcos tradicionales del Derecho internacional privado. Una decisión que, como

teoría de la autopoiesis en el campo de las ciencias sociales para reflexionar en torno a la noción de «marco» teórico-sistémico. Un término que, adscrito a la teoría de sistemas y referido a la hipotética relación inter-sistémica, debía significar "algo distinto a su tradicional sentido de separación de una imagen respecto del mundo"; «marco» "en el sentido de *parergon*"[669], entendido como algo "más que una simple frontera estática entre dos órdenes legales o entre el Derecho y el no-Derecho"; algo así como una «*cloture ouvrante*»[670]; como un *lugar para la traducción de los discursos sociales*, que bien pudiera servir, precisamente, para dinamizar las jerarquías normativas en aras de la fluidez comunicativa inter-sistémica, muy a pesar de los empeños constructivistas, que debieran en adelante plantearse lo que vienen llamando la «paradoja del Derecho» –el surgimiento de un Derecho global sin Estado– como «paradoja del constructivismo». Parafraseando a TEUBNER pudiera

ha percibido TEUBNER, lleva consigo todo un «juicio privado» en torno a un (supuesto) derecho positivo de validez transnacional (en *EJST*, 2002, p. 199). Un Derecho transnacional que constituye un paradójico fenómeno global precisamente por fluir de fuentes sistémicas dispares de orden religioso, deportivo, económico o humanístico, como han apuntado KERCHOVE y OST en *Le droit ou les pradotes du jeu*, Presses Universitaires de France, París, 1992, p. 184 (el texto original en francés es el que reproduzco a continuación: "*droits transnationaux produits par divers groupes, religieus, sportifs, économiques, sociaux, humanitaires*"). A pesar de todo, LUHMANN (en *El derecho*, 2002) ha llegado a expresar serias dudas sobre si la «*théorie ludique*» del Derecho elaborada por KERCHOVE y OST difiere en última instancia sustancialmente de su teoría constructivista de sistemas, la cual ha sido criticada abiertamente por ambos autores (en el caso del segundo, especialmente crítico en «A Game Without Rules? The Ecological Self-Organization of Firms», Teubner, Farmer y Murphy (eds.), *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*, Wiley, Chichester, 1994, pp. 337-362).

[669] Sobre el concepto de «*parergon*», véase el capítulo que DERRIDA le dedica en *The Truth in Painting*, University of Chicago Press, Chicago, 1987, donde el autor lo define como "no la obra (*ergon*), ni lo de afuera de la obra (*hors d'oeuvre*), ni dentro ni fuera, ni encima ni debajo, desconcierta cualquier oposición pero no permanece indeterminado y *da origen* a la obra" (p. 9); y más adelante explica que "el marco *parergonal* sobresale en dos ámbitos, pero respecto a cada uno de ellos, se funde en el otro" (p. 61). También puede verse MARRINER, «Derrida and the Parergon», Smith y Wilde (eds.), *A Companion to Art Theory*, Blackwell, Oxford, 2002, pp. 349-359.

[670] Así TEUBNER, *EJST*, 2002, p. 200. El término francés «*cloture ouvrante*» lo toma el autor de DÜNKELSBÜLER, «Rahmen-Gesetze und Parergon-Paradox: Eine Übersetzungsaufgabe», Gumbrecht y Pfeiffer (eds.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Suhrkamp, Fráncfort, 1991, pp. 207-223; p. 208; del que cita literalmente la definición que reproduzco a continuación (a partir de la traducción inglesa del propio TEUBNER): "(el marco, en el sentido de *parergon* o «*cloture ouvrante*») es la oscilante zona intermedia, transitoria y procesual, entre lo interno y lo externo, lo propio y su otro extraño (impropio); se convierte en la zona en la que la traducción (en su más estricto y más amplio sentido) tiene lugar".

concluirse que la paradoja de la autorreferencialidad sistémica (en este caso del Derecho) no es un círculo vicioso, sino un *círculo virtuoso*[671].

Sin perder de vista que en una sociedad sobre-informada los medios informan los miedos[672], es preciso aclarar que, el hecho de que la comunicación sea la única operación social original implica que esta discurre de modo autorreferencial[673], de suerte que el Derecho no puede ser ya concebido simplemente como un sistema de normas sino como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales[674]. Más aún, el Derecho pasa a ser concebido como una red

[671] En *EJST*, 2002, pp. 202-203; círculo en el que la norma determina la decisión y la decisión determina la norma (rescatando, con vocación de seriedad, la propuesta del Derecho como juego que ya plantearan KERCHOVE y OST para concluir –a favor de la juridicidad de la *lex mercatoria*–, que las fronteras entre lo jurídico y lo social son difusas (p. 209)). En contra se posiciona LYOTARD, quien, en *La diferencia* (Gedisa, Barcelona, 1991) defiende que en el «juego» al que KERCHOVE y OST se refieren no hay lugar para la comunicación inter-sistémica, para el intercambio informativo elemental.

[672] Así, refiriéndose a los medios como «gestores atípicos de la moral», GÓMEZ MARTÍN, «Libertad, seguridad y 'sociedad del riesgo'», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 59-90; p. 70. Por su parte, KURY apunta que los medios tienen hoy una función de amplificador, ya que "seleccionan temas preferentes y también los dan a conocer con un tenor con el que ellos saben que la «noticia» «cala» en los lectores, oyentes o espectadores (…) los medios son, por regla general, empresarios, que también quieren y deben vender su «mercancía»" (en «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 283-324; p. 286).

[673] En otras palabras, que sólo la comunicación comunica (afirmación cuya fundamentación se halla en la teoría matemática de la comunicación, según la cual la introducción del observador en el proceso de la comunicación rompe con las teorías tradicionales de emisor/receptor/mensaje/canal; véase, SHANNON y WEAVER, *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana, Illinois, 1963, p. 54: "la comunicación es una operación que comunica información"). Una comunicación que, al ser observada como unidad (síntesis) de participación e información, más la distinción entre ambas (comprensión), constituye una forma trivalente de dos lados; de donde se deriva que la información es una selección actualizada de posibilidades de selección actualizables (véase, LEYDESDORFF, «The Possibility of a Mathematical Sociology of Scientific Communication», *JGPS*, 27, 1996, pp. 243-265). En un sentido similar, entre otros, KRIPPENDORFF, «Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Realität», *Delfin*, 13, 1990, pp. 52-67; pp. 52 y ss.; LUHMANN, en su crítica a FOERSTER, «Antwort auf Heinz von Foerster», *Teoría Sociológica*, 2, 1993, pp. 85-88. (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, nota 15). Asimismo, en el ámbito jurídico, KRAWIETZ, «Sistemas modernos jurídicos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción», *Doxa*, 21, 1998, pp. 123-143; pp. 126, 129 y ss.

[674] El Derecho como sistema social autopoiético se compone así de comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión (véase, TEUBNER, *L&SRev*, 1989, pp. 739 y ss.; WILLKE, «Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program», Teubner (ed.),

comunicativa que produce comunicaciones jurídicas (constructos normativos) a través de la validación de comunicaciones (energía) que penetran su estructura.

La doctrina anti-individualista de la teoría de la autopoiesis en su aplicación a los sistemas sociales ha identificado la subjetividad epistémica con la subjetividad sistémica, de donde la lógica estructuralista ha podido únicamente concluir –como no podía ser de otra manera– la necesaria clausura operacional de los sistemas. La cuestión es: ¿puede el Derecho, a título de intérprete *exactamente* informado del mundo, constituirse en sujeto epistémico, sobre los presupuestos de la elementalidad comunicativa? En otras palabras: ¿cabe decir del Derecho que es reflexivo? Y, en caso afirmativo, ¿es su reflexividad jerárquica y vertical? Ningún sistema social fundamentado en la práctica autopoiética del acto comunicativo como elemento sistémico básico puede alzarse en sujeto epistémico, precisamente porque la clausura operacional que aqueja a su estructuración jerárquica le impide (hetero)referenciarse, adquirir la perspectiva idónea para configurar la subjetividad epistémica. Podrá, eso sí, ser sujeto sistémico, pero sólo un *agente multi-sistema* puede ser sujeto epistémico porque sólo él puede erigirse en observador de segundo orden, en consciente de su consciencia, en *hombre que sabe que sabe*. A menos que admitamos que la reflexividad del sistema social Derecho no se agota en su autopoiesis vertical, sino que se halla asimismo informada por una observación estrávica que permite al Derecho captar lo acontece *extramuros*[675], en otros sistemas. La distinción entre ambas subjetividades es cardinal en la materia a efectos de dilucidar la apertura o clausura sistémica[676].

Dilemmas of Law in the Welfare State, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 280-298). No obstante, y aquí es donde la teoría de la autopoiesis en materia jurídica requiere una profunda revisión, que el fenómeno autopoiético se traduzca en la autorreproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores no es incompatible, *per se*, con la posibilidad del diálogo inter-sistémico.

[675] Trataré esta cuestión con detenimiento en los apartados V.1. §§ 6 y ss. de este estudio.

[676] Si la respuesta a la pregunta de si el Derecho puede ser y/o es un sujeto epistémico es afirmativa, entonces hay que concluir que es, asimismo, un sujeto paradójico y que, por lo tanto, todo argumento legal desemboca en una posición de suspensión, de *epoche*, de indecisión. Lo cual lleva, en palabras de DERRIDA, a la experiencia de "una excursión por tierra virgen" (en *CarLRev*, 1989-1990, p. 945), practicando una diferencia cardinal entre justicia y Derecho: "la deconstrucción es justicia. Probablemente porque el derecho es construible, en el sentido de que va más allá de la oposición entre la convención y la naturaleza, y es probablemente en la medida en que va más allá de esta oposición como se hace construible y deconstruible". El resultado es que la deconstrucción tiene lugar en el intervalo que media entre la indeconstructibilidad de la justicia y la deconstructibilidad del

IV.3.3. El modo de operar del Derecho penal en clave sistémica.-

§ 1. Junto y frente a la normatividad legal (referida a un código de Derecho *binario*[677]), surge una normatividad jurídica *bruta* (referida a la idea de justicia) que refleja una normatividad meta-legal (social); lo cual ha de

---

Derecho. Una conclusión compatible con la propuesta sistémica que argumentaré más adelante en este trabajo. Otros autores adscritos a la línea deconstructivista en Derecho son BOYLE, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», *UPennLRev*, 133, 1985, pp. 685-780; KAIRYS, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon, Nueva York, 1982; KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1987; TUSHNET, «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *HarvLRev*, 96, 1983, pp. 781-827; BALKIN, «Deconstructive Practice and Legal Theory», *YaleLJ*, 96, 1987, pp. 743-786; NORRIS, «Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory», *JL&S*, 15, 1988, pp. 166-187; DALTON, «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrines», *YaleLJ*, 94, 1985, pp. 997-1116. Sin embargo, DERRIDA no traduce esta posición en una parálisis del pensamiento, sino que propone integrar positivamente en el abismo intelectual de la justicia como posibilidad de deconstrucción (véase, «Force of Law: The Mystical Foundation of Authority», *CarLRev*, 11, 1989-1990, pp. 920-1046; p. 959). No obstante, los defensores de la teórica de sistemas han rechazado esta línea crítica argumentando que "no es el innegable potencial crítico y destructivo lo que interesa de las paradojas, sino que son las posibilidades productivas de trabajar con ellas lo que resulta realmente fascinante" (TEUBNER, *Paradoxes*, 2006, p. 53). En un mismo sentido, LUHMANN, «Sthenography», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 133-137; p. 135; KRIPPENDORFF, «Paradox and Information», Devin y Voight (eds.), *Progress in Communication Sciences*, Ablex, Norwood, 1984, pp. 46-71; p. 51; WATZLAWICK, *Pragmatics of Human Communication: A Study of International Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, WW Norton Books, Nueva York, 1967; Cap. 7. Un posicionamiento que les ha permitido erigirse en superadores del deconstructivismo, y a su teoría en un avance respecto a éste, ya que, como aclarara KOSCHORKE, la teoría de sistemas "ve en las paradojas que emergen de la autorreferencialidad no una meta, sino el punto de partida para la postrera evolución" (en «Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie», Koschorke y Vismann (eds.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Akademie, Berlín, 1999, pp. 49-60; p. 56; *apud* TEUBNER, *Paradoxes*, 2006, p. 53, quien añade que "no sólo los mundos del significado producen necesariamente paradojas, sino que las paradojas producen nuevos mundos de significado"). En este punto resulta crucial la diferenciación que el autor propone entre Justicia y Derecho a efectos de determinar la subjetividad epistémica en materia de teoría de sistemas. En contra, entiendo, de la concepción constructivista. Autores como TEUBNER han criticado el implícito "compromiso de trascendencia a través de la inmanencia" que DERRIDA propone al entender que la tesis del pensador de origen argelino invita a la «teologización» de la deconstrucción (en *Paradoxes*, 2006, pp. 59-61). Una crítica que, pienso, es predicable indistintamente respecto de la «teologización» del sistema que elabora el constructivismo luhmanniano.

[677] En el ámbito del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ se ha mostrado crítico en este punto con la postura luhmanniana que pretende la descripción de una realidad sometida a una clasificación binaria rígida, afirmando que "en el sistema del delito no hay solamente una lógica binaria mediante la cual todo podría reconducirse a A o a no-A, sino que, aunque no todo (…), por lo menos no poco en la teoría del delito es una «cuestión de grado»" (en *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, UEC, Bogotá, 2007, p. 58).

llevar al Derecho –en opinión de algunos autores, a título de moralizador inter-institucional y garante de la *reciprocidad* inter-sistémica[678]– a plantearse primeramente los problemas que puedan derivarse de las «externalidades institucionales», del «daño ambiental» que trae consigo el proceso de autonomización sistémica y las respectivas normatividades intrínsecas[679].

De ahí que, como establece SILVA SÁNCHEZ, la función del sistema de imputación en el Derecho penal no se identifique hoy con la función de la pena, siendo así que el susbsistema en cuestión puede cumplir su función mediante una *estabilización sin previa desestabilización* (y, añadiría, sin castigo efectivo)[680]. Así, el aseguramiento de las normas elementales de una comunidad no es cuestión específica de la pena, sino de todo el Derecho y, más aún, de la propia comunidad[681]. Es más, se puede decir que el

[678] Así, FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969, p. 106. Asimismo, sobre éste –y adscribiéndose a su pensamiento–, SUMMERS, «Professor Fuller on Morality and Law», *JLE*, 18, 1965-1966, pp. 1-27. También en esta línea, SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Sage, Nueva York, 1969; ID., *Social Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley, 1994; FRIEDLAND y ALFORD, «Bringing Society Back in Symbols, Practices, and Institutional Contradictions», Powell y Di Maggio (eds.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 232-263; LADEUR, «Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Netwrok Concept», *ELJ*, 3, 1997, pp. 33-54; TEUBNER, «Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks», *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Rowman, Berkeley, 2002, pp. 311-331.

[679] Sobre las «externalidades institucionales», SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; muy completo, al respecto, el análisis y comentario a la obra de FRANKFORD, «The Critical Potential of the Common Law Tradition», *ColLRev*, 94, 1994, pp. 1076-1124. La tesis principal de la obra de SCIULLI, parafraseando a FRANKFORD (quien opina que el autor reseñado ha fracasado en su noble intento de "institucionalizar la razón universal"(p. 1078)), es que el proceso de deriva (de la casuística jurídica) puede ser contenido si el potencial crítico inmanente a la práctica jurídica de la tradición anglosajona del *Common-Law* se institucionaliza no como una restricción de la autoridad soberana, sino más ampliamente en la forma de las organizaciones colegiales, los vehículos sobre los que puede ser constituida la sociedad civil (p. 1076-1078).

[680] En su prólogo a la obra –canónica en la materia– de PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, 2005, p. 16.

[681] En «Prevención del delito y reducción de la violencia», *LL*, 2009-2, pp. 1575-1581; p. 1576 (citando a STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1995, p. 13). En el mismo trabajo, SILVA SÁNCHEZ plantea: "si el castigo (…) es un medio, pero sólo uno entre otros, de asegurar *a cada persona* que puede razonablemente hacer lo que señala la ley, la pregunta es por qué no recurrir a alguno de esos otros instrumentos" (p. 1576), remitiéndose respecto de la teoría de la *fairness* como fundamento del Derecho penal a DAVIS, «How mutch Punishment does a Bad Samaritan deserve?», *L&Phil*, 15, 1996, pp. 93-116; en especial a las pp. 93 y ss., y 106). Concretamente en el ámbito del *nuevo* Derecho penal económico, KINDHAÜSER defiende que

cumplimiento efectivo de la pena nunca es *necesario* tanto desde una perspectiva fáctica como dogmática, porque la ejecución material de un castigo penal no es un *factotum* jurídico, y, sobre todo, porque este no aporta nada nuevo al juicio de reproche culpabilístico[682]. La eventual consecuencia punitiva material que siga a dicho juicio no añade una razón de sentido a la culpa, que se encumbra en la declaración sobre su atribución.

> Esto enlaza con la idea de SILVA SÁNCHEZ de que el juicio de atribución de culpa es radicalmente distinto al de merecimiento de pena, siendo así que el primero se efectúa en torno a la norma de conducta mientras que el segundo se halla referido exclusivamente a la norma de sanción. Condena y sanción han de ser, pues, realidades que merecen juicios diferenciados[683].

§ 3. Si el Derecho es también –como asevera LUHMANN[684], por todos– un sistema de comunicaciones, entonces es necesario que el subsistema

---

la protección de las reglamentaciones que configuran el orden de la economía, cuando no tiene lugar ninguna intromisión en esferas de libertad garantizadas, puede acometerse perfectamente con sanciones severas de multa o de inhabilitación, pero sin la reprobación ético-jurídica que expresa un «fracaso personal» (pena criminal) (véase, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 441-452; p. 452.

[682] De igual manera que el resultado delictivo tampoco aporta un contenido de injusto penal –sostengo– en sede de antijuricidad más allá de la tentativa, de suerte que esta abarque, en su curso de creación del riesgo típico, el desvalor total de la acción reprochable. Pero es esta una cuestión sólo tangencial a la que me ocupa, y que no osaría despejar tan ligeramente; téngase, pues, este apunte, como un comentario estrictamente personal.

[683] Una postura que SILVA SÁNCHEZ aprovechó para reiterar en el marco de la celebración de las jornadas homenaje que recibiera en Barcelona (Universidad Pompeu Fabra) los días 8 y 9 de junio de 2009, en las que sus discípulos repasaron la trayectoria científica del maestro (*Jornadas científicas iberoamericanas sobre la situación actual del Derecho penal y la Política Criminal en las sociedades post-industriales*), al declarar, respecto a la tendencia punitivista de un moderno Derecho penal expansivo, que "la ejecución de la pena tras la condena requiere un argumento de legitimación adicional" (idea que ha manifestado, asimismo, en *LL*, 2009-2, pp. 1576 y ss.). Las ponencias presentadas a las jornadas en cuestión han sido recientemente recopiladas y publicadas en Robles Planas y Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010.

[684] A lo largo de la práctica totalidad de su producción al respecto, pero sobre todo, y modo de ejemplo, en *Autopoietic Law*, 1988. A este respecto, en el ámbito del Derecho penal y haciendo especial referencia al Derecho penal económico, puede verse, HASSEMER, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, EJC, Santiago, 1995, pp. 23-36; especialmente, las pp. 27 y ss., citando a RYFFEL y sus «consecuencias latentes» de la pena al referirse al contenido del concepto «simbólico» propio de un Derecho penal orientado a las consecuencias. Allí el autor apunta que "la conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance con una plétora de variables congnitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección

Derecho penal procure una reflexión introspectiva-funcional en torno al esclarecimiento y la habilitación más eficiente del efecto simbólico-comunicativo que reviste el mecanismo de la pena. Una demanda que en el ámbito doctrinal actual no es novedosa ni minoritaria.

En los últimos tiempos la doctrina penal en la materia se ha esforzado en esgrimir un argumento jurídico a favor de la importancia crucial de la dimensión comunicativa de la pena, el cual se halla estrechamente vinculado a la concepción sistémica-constructivista. Según éste, que el delito y la pena son comunicaciones es un hecho incontestable, como lo es que la relación entre ambos es de locución y respuesta[685] –el autor *habla* y la sociedad *contesta*–, de suerte que el delito se entiende como una comunicación que el (sub)sistema jurídico-penal imputa a un constructo propio (a un agente) en el marco de una relación dialógica autorreferencial y reflexiva en la que el propio (sub)sistema se habla y contesta a sí mismo[686].

> Este punto le sirve a GÓMEZ-JARA DÍEZ para reafirmar su tesis de que la comunicación sistémica es autorreferencial, de suerte que "el sistema recibe irritaciones del exterior que no condicionan de manera determinante la información que genera el propio sistema"[687]. A mi entender, una postura discutible, pues, si bien es cierto –como apunta el último autor citado– que la pregunta acertada ha de referirse no a si el sistema se halla o no abierto (cuya respuesta, él mismo reconoce, es afirmativa), sino a qué se halla abierto el sistema, no es menos cierto que son precisamente el «acoplamiento estructural» y la «interpenetración de las estructuras» los conceptos sobre los que pivota la evolución sistémica (nótese que lo digo con terminología netamente luhmanniana), lo cual puede llevar a pensar y

---

gira)", de suerte que "cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente aparece su contenido simbólico" (p. 26). Y advierte, refiriédose al llamado «Derecho penal simbólico» que éste "no es sólo un concepto analítico inócuo sino también una designación normativa combativa", y ante todo "un concepto aumentativo, que describe un más-o-menos y no un y/o" (p. 28).

[685] Así lo han propuesto, en la literatura jurídico penal, MÜSSIG, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, , Comares, Granada, 2005, pp. 197-221; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1991, pp. 61 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Colonia, 1999, pp. 219 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Colonia, 1999, pp. 56 y ss. (los tres últimos, en lengua alemana, *apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 7).

[686] Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 8, citando a ASHBY, *Introduction to Cybernetics*, 1956, p. 4.

[687] En «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 221-289; p. 248.

defender que las irritaciones («*noise*») a las que se refiere el constructivismo operativo sí condicionan de alguna manera la información que genera el sistema que las valida.

No obstante, la clausura operativa del sistema Derecho, de ser tal, debería haber impuesto desde un primer momento límites efectivos frente a la instrumentalización política del sistema en cuestión, tal y como vaticinara el propio TEUBNER[688]. En cambio, el giro funcionalista de orientación político-criminal de autores como ROXIN o el propio JAKOBS prueba más bien todo lo contrario: una clara tendencia a penetración de las estructuras jurídico-penales por parte, entre otras, de las políticas.

§ 4. El concepto de imputación es, precisamente, lo que simplifica y clarifica la dirección del sistema en defecto del entorno, para lo cuál precisa de una noción de persona jurídico-penal. La consecuencia, como advierte LUHMANN, es que "la persona nunca comunica, sino que a la persona se le imputa o atribuye una comunicación", de suerte que "es esta imputación la que convierte a un sujeto en persona"[689]. Así, en cada inobservancia del código jurídico-penal el sistema en cuestión se informa sobre nuevas configuraciones, practicando un ejercicio de cuestionamiento de sí mismo simbolizado, en el plano normativo, por la noción de culpabilidad jurídico-penal[690], la cual sólo puede ser concebida a modo de "juicio acerca de la falta de consideración de la norma por parte del autor", es decir, "acerca de su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico"[691]. En suma, *el Derecho penal se autocuestiona y define revalidando aquéllos constructos que comunican la no clausura de sus límites estructurales*.

---

[688] En *Autopoietic Law*, 1988, p. 4.

[689] Véase, *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Westdentscher, Opladen, 1995, p. 37 (traducido y recogido por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 9). En este orden de cosas, cabría decir que la persona nunca actúa en el sistema jurídico, sino que a la ella se le imputa una acción, de modo que viene definida por el propio sistema, o, en un plano más dogmático, se define *normativamente*.

[690] Y en este contexto, sentencia GÓMEZ-JARA DÍEZ que "la pena (…) constituye uno de los símbolos de vigencia (de la norma y de unidad del sistema jurídico) más importantes" (en *InDret*, 2008-2, p. 10, remitiéndose a LUHMANN, *Reschtssoziologie*, Westdentscher, Opladen, 1972, p. 103), siendo así que mediante la oscilación entre autorreferencia y heterorreferencia (legal/ilegal) el sistema jurídico penal alcanza su estabilidad dinámica y confirma su identidad.

[691] Así, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003, p. 23. Muy a pesar de que, como afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, todavía no se ha producido ni tiene visos de producirse en el futuro cercano el consenso doctrinal respecto a la culpabilidad individual (en *Anteproyecto*, 2009, p. 251, lo cual lleva al autor a criticar el descarte automático de la posibilidad de una culpabilidad empresarial fundamentada en una inexistente univocidad respecto al concepto predicado de autores físicos individuales).

En el ámbito de la teoría de la pena asistimos a un esfuerzo por la superación de las paradojas *irresolubles* que arrojara la «teoría de la unión» a través de la distinción, de origen sociológico, entre funciones manifiestas y funciones latentes de la pena[692]; una distinción que tiene el fin heurístico de clarificar el análisis de los aparentemente irracionales patrones sociales, a menudo tratados de supersticiones, irracionalidades o meras inercias de la tradición[693].

> En el momento en que se traza dicha distinción[694] se habilita la observación de segundo orden u observación de observaciones[695], que no es otra cosa que la conocida como ciencia de los sistemas observantes u *observing systems*, estrechamente vinculada con el constructivismo operativo.

---

[692] Respecto a la concepción sobre el dolor penal y la reflexión en torno a la retribución comunicativa, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, pp. 3 y ss.; en él se recoge, a estos efectos y bien referenciado el pensamiento de JAKOBS en la materia; también puede consultarse, especial y recientemente –aunque de alguna manera presente en el grueso de su obra reciente desde la aparición de *La expansión* en 1999–, SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 2009-2, pp. 1576 y ss. Allí, el autor advierte que "conviene tener presente que la peculiar potencialidad del Derecho penal radica por un lado en su fuerza fáctica (la pena que puede imponerse y ejecutarse), pero también, *incluso previamente*, en su fuerza comunicativa (expresiva, estigmatizante) (p. 1575, cursiva añadida). Sobre la diferenciación de estructuras manifiestas y latentes en los sistemas desde la óptica constructivista, como parte del fenómeno de autoobservación, puede verse, LUHMANN, «¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?», Watzlawick y Krieg (eds.), *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo. Homenaje a Heinz von Foerster*, Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 60-72. También, FOERSTER, *Las semillas de la cibernética. Obras escogidas*, Gedisa, Barcelona, 1991.

[693] Así, MERTON, *Social Theory and Social Structure*, McGraw-Hill, Glencoe, 1961, pp. 60 y ss. Muy agudo, el autor denuncia que existe una inclinación a atribuir tales comportamientos a la falta de inteligencia, la llana ignorancia, la inercia o incluso la manipulación por parte de poderosos subgrupos sociales cuando estos no alcanzan su propósito aparente (el autor lo llama más adelante propósito *nominal*). También puede consultarse en este sentido, ID., «Insiders and Outsiders: A Chapter in the Sociology of Knowledge», *AJS*, 78, 1972, pp. 9-47.

[694] Véase, MERTON, *Social Theory*, 1961, pp. 60 y ss. Allí el autor se esfuerza en esclarecer, en primer término y desde una perspectiva funcional, que ha adaptado los términos «manifiesto» y «latente» respecto del sentido que se les atribuyera en un contexto freudiano (p. 61). Esta teoría, como el propio autor reconoce, no ha lidiado con un rango limitado y particular de comportamientos humanos, sino que se ha proyectado sobre aspectos y campos tan diversos como la estratificación social (véase, DAVIS, «A conceptual analysis of stratification», *AmSocRev*, 7, 1942, pp. 309-321), la explicación de la teoría antropológica de MALINOWSKI (véase, KLUCKHOHN, «Bronislaw Malinowski, 1884-1942», *JAF*, 56, 1943, pp. 208-219) o la moda (véase, BARBER y LOBEL, «'Fashion' in women´s clothes and the American Social system», *Social Forces*, 31, 1952, pp. 124-131), entre otros muchos entre los que se halla, hoy por hoy, la teoría de la pena del Derecho penal.

[695] Lo que FOERSTER denomina *cibernética de segundo orden* como ciencia observante (en *Observing Systems*, 1981; y en *Understanding*, 2003, pp. 283 y ss.).

No obstante, cuando un comportamiento aparentemente irracional no está dirigido hacia un objetivo claramente inalcanzable –esto es, cuando el componente ritual que *subsana* socialmente la imprevisibilidad de sus consecuencias desaparece o se nubla–, los observadores sociológicos tienden a dejar de examinar las funciones colaterales o latentes del comportamiento en cuestión[696]. Y es que es defendible que el sistema penológico que ha informado las novedades del moderno Derecho penal *expansivo* ha prescindido de las funciones latentes que, referidas tanto a la conducta delictiva como a su castigo (la pena), han de orientar una eventual tipificación[697]. Si es que entendemos, como entiendo, el Derecho penal no como el Derecho de la pena (tal y como los excesos del legislador vienen haciendo creer a los profanos), sino precisamente y hoy más que nunca como el Derecho del cuestionamiento de la pena[698].

---

[696] Así, JAKOBS, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», *EDJ*, 20, 1999, pp. 119-146; 119 y ss. 135 y ss.; donde propone distinguir entre función manifiesta de la pena (puramente comunicativa), dirigida a "personas en Derecho" y funciones latentes (preventivas), dirigidas a "individuos subyacentes", que se mueven en el plano de lo sensible (recogido por SILVA SÁNCHEZ en «Del Derecho abstracto al Derecho "real" (recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006)», *InDret*, 2006-4, pp. 1-6; p. 3). Sobre la diferenciación entre funciones manifiestas y latentes de la pena, antes, HASSEMER, *Pena y Estado*, 1995, p. 29, citando a RYFFEL aclarando que un Derecho penal simbólico es aquél "en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma". En otra línea, y todavía en busca de "los fines legítimos que se deben conseguir con la pena en un Estado social y democrático de Derecho", FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2007, pp. 517 y ss.

[697] Con los peligros que ello implica. Y es que, como aseverara MERTON, "las deficiencias funcionales de la estructura oficial generan una estructura (no oficial) alternativa para satisfacer las necesidades existentes algo más efectivamente" (en *Social Theory*, 1961, p. 73). Estructura alternativa que constituye, a su vez, un peligro, ya que, como reza el teorema, *cualquier intento de eliminar* (en este caso sustituir) *una estructura social existente* (otorguémosle al poder constituido, aunque sólo sea a efectos funcionales, tal privilegio nominal) *sin proporcionar estructuras alternativas adecuadas para llevar a cabo las funciones que previamente cumplía la organización abolida está condenado al fracaso* (p. 81, en el marco de su discurso en torno a las funciones que han de informar la actividad de la denominada «Máquina Política», referencia al poder estatal adoptada por el autor a partir de la terminología propuesta por SAIT).

[698] Cualquier teoría que asigna un fin positivo al castigo ha sido, en la fecha, superada, y encuentra su correlato de deslegitimación en una teoría del delito consecuente. Al respecto, y sin la intención de ahondar en la materia, remito al lector a la lectura de JAÉN VALLEJO, *Cuestiones básicas del Derecho penal*, Ábaco, Buenos Aires, 1998; en especial a las pp. 27-38.

§ 6. Sin embargo, lo dicho hasta ahora no obsta para que las reflexiones en torno a la función social del castigo (penal) se hayan preocupado tradicionalmente más por las funciones latentes de éste (consecuencias para la comunidad) que por las manifiestas (consecuencias para el criminal)[699]. Asimismo, en los últimos tiempos se viene otorgando una relevancia capital al concepto de *expectativa*. En esta línea, podemos distinguir entre expectativas normativas y cognitivas[700], distinción que se fundamenta en el hecho de que la reacción frente a su defraudación es distinta.

De esta manera, mientras que cabe seguir confiando en las expectativas normativas defraudadas, no ocurre lo mismo con las expectativas cognitivas, cuya defraudación obliga a *olvidarlas* y *aprender*[701]. No obstante, el verdadero problema aparece cuando existen expectativas de expectativas, es decir, expectativas de orden reflexivo; un hecho que releva al individuo en su monopolio cognitivo, ya que ahora la sociedad y el Derecho ofrecen competencia a título de sujetos epistémicos, capaces de conocer[702].

Con todo, si el delito y la pena se entienden como comunicaciones adscritas al sistema (o subsistema) Derecho penal, cabe plantearse si no resultaría suficiente con la manifestación, contenida en la sentencia, de que el Derecho no ha validado positivamente la conducta del autor; esto es, de que se mantienen vigentes las estructuras de expectativas normativas. En otras palabras, que la sociedad a través de una declaración del Derecho reafirme que la norma sigue estando vigente[703].

---

[699] En este sentido, y a título informativo, puede el lector interesarse, entre otras, por la obra de DURKHEIM, *Division of Labor in Society*, The Free Press, Glencoe, 1947. Y es que ya MEAD, en «The psychology of punitive justice», *AJS*, 23, 1918, pp. 577-602, afirma que "la actitud de hostilidad hacia el infractor de la ley posee la única ventaja (léase: función latente) de aunar a todos los miembros de la comunidad en la solidaridad emocional de la agresividad (…) juntos contra el enemigo común" (p. 591).

[700] De acuerdo con la división formulada por GALTUNG en «Expectations and Interaction Processes», *Inquiry*, 2, 1959, pp. 213-234, donde el autor apunta ideas preliminares para la construcción de una teoría formal de la interacción, en un sentido sociológico. El propio LUHAMNN reconoce que el primero en practicar la distinción en cuestión fue GALTUNG, en *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 191.

[701] Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 11.

[702] Véase, LUHMANN, *Soziale Systeme,* 1984*,* pp. 647 y ss. (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 11). En este esquema, el ser humano o una empresa son considerados máquinas históricas que se autoconducen, y la pena tiene la función de conservar el *estatus quo* de la sociedad y con ello su identidad. Puede verse, asimismo, ID., «El enfoque sociológico en la teoría y la práctica del Derecho», *ACFS*, 25, 1985, pp. 87-103.

[703] Véase, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Madrid, 1994, p. 138. El propio JAKOBS, en su segunda fase de la pena, como expresión de sentido que confirma la identidad de la sociedad, se pregunta si no es suficiente

§ 7. A fin de cuentas, que *la pena tiene como función esencial en el plano de su significado simbólico la condena del hecho* es tal vez el postulado que mayor relevancia reviste de entre los aspectos heredados por las corrientes funcionalistas del moderno Derecho penal de la teoría sistémica. Me detendré en esta cuestión en el epígrafe que sigue.

IV.3.4. La sanción penal como comunicación: significado y alcance del dolor penal.-

§ 1. El esquema sistémico permite entender la pena, desde la perspectiva interna del sistema jurídico (penal), como una *retribución comunicativa* en términos de validación negativa, como oferta de dolor que representa una desutilidad[704] y tiene la capacidad de incidir en las expectativas –y, por ende, en el comportamiento– de los sujetos; lo cual implica reconocer que el dolor penal es portador de significado en sentido sistémico[705]. Mas no sólo la pena, sino también –y esto es lo interesante a efectos de este estudio– la *apariencia de pena*[706].

---

la afirmación de que no debe seguirse el ejemplo del autor (en *La pena estatal: Significado y Finalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 31-53). También, JHERING, al poner de manifiesto la relación entre penas y grado de desarrollo cultural alcanzado en una sociedad, llegó a la conclusión de que "la historia de la pena es la de su progresiva extinción" (pensando en las penas civiles o privadas del Derecho romano pero intuyendo que lo mismo es válido para el Derecho penal, precisamente por entender que esta es sólo la expresión de un sentimiento jurídico irritado más próximo al deseo de venganza que a la idea de Derecho (en *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, Giessen, 1867, pp. 2, 4, y 68; *apud* SILVA SÁNCHEZ, *LL*, 2009-2, p. 1576). En la misma línea, en España, PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa*, 23, 2000, pp. 289-321; pp. 318 y ss.; ID., «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *RPDJP*, 2, 2001, pp. 401-442; 431 y ss., concepción que se fundamenta en el pensamiento iniciado por STRAWSON en *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, Londres, 1974, al que se ha sumado recientemente ALCÁCER GUIRAO, en «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa*, 25, 2002, pp. 139-175; pp. 173 y ss. Todas ellas concepciones que permiten establecer una vinculación entre sus premisas y las de las teorías expresivas de la pena desarrolladas en EEUU. Al respecto puede consultarse, a modo de exposición general, ADLER, «Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview», *UPennLRev*, 148, 2000, pp. 1363-1502; también, ANDERSON y PILDES, «Expressive Theories of Law: A General Restatement», *UPennLRev*, 148, 2000, pp. 1503-1576.

[704] Véanse, M. J. y F., FALCÓN Y TELLA, *Fundamento y finalidad de las sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 23 y ss.; GAHRINGER, «Punishment as Language», *Ethics*, 76, 1960, pp. 46-48.

[705] O, como el propio JAKOBS sentencia, que el dolor sirve al aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma, siendo ésta la finalidad de la pena (en *La pena estatal*, 2006). De esta manera, como establece GÓMEZ-JARA DÍEZ (en *InDret*, 2008-2, p. 16), "quien no

El dolor se presenta como un constructo normativo que sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la comunicación sobre el dolor, y no el dolor en sí, sea considerada relevante por servir para asignar una valencia negativa a la comunicación que no reafirma el sistema[707]. Sin olvidar que, siendo el aspecto cognitivo un presupuesto de posibilidad o una condición de la comunicación normativa que no puede ser asegurada por el propio sistema jurídico sin que el sistema pierda su unidad, el dolor ha de ser entendido como unidad de significado y no como finalidad sistémica[708].

La evolución, pues, del Derecho penal en la sociedad moderna no parece entenderse si no se conceptualiza el dolor como constructo comunicativo del sistema jurídico. Es decir, como mecanismo de *diferenciación* que permite al sistema asignar un *lugar* –y ¿un *rol*?– en su estructura a la información validada. Ello explicaría, paradójicamente, el fenómeno expansivo que aqueja a la ciencia jurídico-penal en las sociedades *postideológicas*, ya que, al tiempo que retrocede en cuanto a la imposición de castigos corporales, el «moderno» Derecho penal se expande y refuerza en cuanto a su código de significación comunicativa, al grito aparente de *¡muchas más penas, pero penas menos duras!*

Un hecho que revierte notablemente en la afectación de la necesidad preventiva por aclamación popular. Y es que el Derecho penal de las llamadas sociedades postindustriales viene dirigiéndose al ciudadano desde el *lenguaje* del «Derecho penal del enemigo» y la sensación que sigue es, para

---

encuentre ninguna razón normativa para preocuparse de ser fiel al Derecho (…) tiene, por lo menos, una razón cognitiva –«la pena duele»–".

[706] En estos términos se expresaba PIÑA ROCHEFORT en su ponencia «Políticas Públicas contra la Delincuencia desde la Economía del Comportamiento», en el transcurso del *Seminario interno de profesores del Área de Derecho penal de la Universidad de Navarra*, celebrado el 11 de febrero de 2011 (inédita).

[707] Lo cual, como advierte GÓMEZ-JARA DÍEZ (en *InDret*, 2008-2, pp. 16-17), va variando con la evolución social, siendo así que en el desarrollo de la sociedad moderna el dolor físico desempeña un rol cada vez menor. Precisamente porque el dolor penal no constituye un aspecto determinante del concepto de pena (un ejemplo de ello pudieran ser las instituciones de la suspensión y la sustitución de la pena, la celebración de juicios en ausencia o la creciente proliferación, en los últimos tiempos, de las penas de multa).

[708] Ya que, "cuando se castiga, no se trata de influir en los procesos cognitivos que el dolor causa en el sistema psíquico del autor, sino sobre su significado comunicativo". En otras palabras: el dolor como portador de significado pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de su sistema jurídico, aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación (GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 17). Una prueba de lo anterior es que, aunque la pena de multa y la multa administrativa tienen el mismo efecto en la conciencia de quien la sufre, e incluso idénticas consecuencias prácticas o materiales, lo cierto es que la pena de multa goza de un significado comunicativo distinto desde el punto de vista normativo.

el ciudadano, la de que un abanico más amplio de conductas son ahora consideradas delictivas, al tiempo que las conductas delictivas en su conjunto son cada día considerada menos gravemente antisociales[709].

> Lo cual no habla bien del sentido que ha adquirido la *renovación* penológica a la que asistimos, en la que el sujeto "se encuentra en una situación kafkiana en la que se siente culpable por no saber los motivos de su culpabilidad"[710]. Y es que,

en la base de la pretensión disuasoria radica el ideal del "castigo sentido como justo" que produzca en el sujeto un reconocimiento de la vergüenza[711], de suerte que lo contrario pueda invitar al desafío y a la delincuencia futura.

§ 2. Se ha hablado hasta aquí de la pena como constructo comunicativo y símbolo de vigencia elemental de la sociedad y de la norma. Pues bien, al respecto se eleva por sí misma la pregunta que sigue: ¿es realmente necesaria la pena para la confirmación de la norma y la salvaguardia de la identidad normativa de la sociedad? Si existe en el plano cognitivo un dolor penal anterior al físico, de efectos independientes y

[709] Una confusión de sentido propia del modelo de sociedad del riesgo, en la que crece el sentimiento –real o no– de inseguridad, y en la que, siendo visto el *otro* como un riesgo, se experimenta una tendencia a convertir la desgracia en injusto (penal), como apunta SILVA SÁNCHEZ en *La expansión*, 2011, en especial, en las pp. 17-19, y 152-153. Lo que BECK, U., llamaba la «segunda Ilustración» impone a cada individuo la moleta obligación de tomar decisiones cruciales que pueden afectar a la supervivencia individual misma sin poder basarlas adecuadamente en factores cognoscitivos; de ahí que ZIZEK concluyera que "el principal atolladero de la sociedad del riesgo reside en la brecha entre el conocimiento y la decisión, entre el encadenamiento de las razones y el acto resolutivo del dilema", hasta el punto de que cualquier decisión "acaba «coloreando» retroactivamente esas razones de manera tal que éstas la avalan" (en «La sociedad del riesgo y sus enemigos», *En defensa de la intolerancia*, Sequitur, Madrid, 2008, pp. 71-80; pp. 74, 75 y 76). Asimismo, sobre el miedo como factor determinante de la predicción de conductas y la estabilización de expectativas en materia de interacción social, puede consultarse, DRANE y NEAL, «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *CalLRev*, 68, 1980, pp. 398-421.

[710] Sobre la pérdida del sentido final de la acción por ausencia del «gran Otro» que reestablezca el equilibrio, sentencia el propio ZIZEK que "los individuos, atrapados como siguen en el paradigma modernista tradicional, buscan desesperadamente una instancia que legítimamente pueda ocupar la posición del «Sujeto que Sabe» y venga a avalar sus decisiones: comités de ética, comunidad científica, autoridades gubernamentales…" (en *Intolerancia*, 2008, p. 79).

[711] Sobre la importancia del «*acknowledgement of shame*» y el peligro del «*deviance*», véase, BRAITHWAIT, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 59 y ss., 65, 81, 83, 162 y ss.

suficientes para comunicar la vigencia de la norma[712], entonces la respuesta a la anterior cuestión ha de ser afirmativa.

No obstante lo anterior, siendo la pena necesaria, los efectos materiales que siguen a su efectiva imposición son indiferentes, pues no colaboran en la reestabilización –ya acontecida– del orden social alterado[713], lo que lleva a pensar en la posibilidad de una concepción del castigo penal como declarativo, al menos –y especialmente– en los dominios del Derecho penal *expansivo* (más croncretamente, de los delitos contra el orden socioeconómico) y, de manera más extensa, en los delitos contra bienes jurídico-penales colectivos, donde la decaración penal de no probidad dirigida contra el agente puede encumbrar suficientemente las cotas de efectividad del castigo material[714].

Pero este ejercicio de *extrapección* crítica no termina ahí. Porque a la concepción de la pena como comunicación y del dolor penal como constructo comunicativo *útil* a efectos de reestabilización debe seguir necesariamente una concepción paralela del delito que no está informando las últimas

[712] Es decir, si, como afirma SILVA SÁNCHEZ, cabe entender que "la condición de imputado, como descriptiva de una situación de limitación o puesta en cuestión de la presunción de inocencia, es, en sí misma, punitiva" (en *LL*, 2009-2, p. 1578). Así, en España, la AP de Cantabria, en su sentencia 37/1999, de 15 de abril (ponente, HELGUERA MARTÍNEZ), indicaba que "es inherente e inevitable al proceso penal su carácter infamante; quien tiene que someterse a él queda, por ello, estigmatizado, lastimado en su prestigio y fama; su valor social queda en entredicho" (FD 5º); y, en el mismo sentido, el TS español, en su sentencia 1179/2001, de 20 de julio (ponente, GIMÉNEZ GARCÍA), señalaba que "por el carácter estigmatizante que tiene el proceso penal, el abrir juicio contra una persona supone ya el sometimiento a lo que se suele denominar «la pena de banquillo»" (FD 3º).

[713] El propio JAKOBS advierte que "ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito", a lo que sigue la insoslayable pregunta acerca de "¿por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?" (en *La pena estatal*, 2006, p. 135; aclarando, en la nota 136, que "el colorido de las diversas posibilidades de justificación de la pena plantea la tarea de separar funciones abiertas y latentes de la pena"). En la misma línea, y refiriéndose en tono literario al Derecho penal como «enciclopedia del fracaso social», puede consultarse, a título informativo, GALAIN PALERMO, «¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxín», *Redur*, 3, 2005, pp. 183-220. Puede asimismo resultar de interés traer a colación en este punto la figura de la *denunciation* del Derecho penal inglés y galés, la cuál implica la expresión pública de la condena social respecto de una conducta delictiva. Una figura que, en cierto modo, se desmarca en definitoria de una especie de *moral social* (al respecto, DAVIES, CROAL y TYRER, *Criminal Justice. An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, Londres/Nueva York, 1995, pp. 216-217).

[714] Más si cabe en lo tocante a las formas delictivas que interesan a efectos de este estudio. Recuérdese, por ejemplo, cómo en el caso de Arthur Andersen una sentencia condenatoria por su actividad de destrucción de documentos de Enron, aun posteriormente anulada por el TS de los EEUU, sirvió para motivar la defunción irrevocable de la firma auditora (véase el apartado I.2.3. de este trabajo).

tendencias legislativas, que arrojan una tendencia omnicriminalizadora tal que es dudoso que revierta en efectividad reeastabilizadora. De igual manera que, excedida la ecuación, el azúcar que no reacciona acaba por alimentar los posos, incapaz de endulzar la mezcla.

IV.3.5. El cuestionamiento de la clausura operativa del Derecho.-

§ 1. Las preguntas que emergen a raíz de las reflexiones anteriores son, entonces: ¿existe un mínimo epistémico en el Derecho penal expansivo de nuestros días que sirva de base a la autonomización de su «(auto)discurso social»? ¿Es acertado hablar de la necesidad de un diálogo inter-sistémico del Derecho penal con ciencias colindantes, tales como el Derecho Administrativo sancionador, el Derecho Mercantil o incluso sectores de la Política, la Economía y las nuevas Finanzas, que colaborara en su fundamentación? ¿Pueden encontrarse vías de cooperación o incluso tendencias coevolutivas entre los *epistèmes* sociales autónomos?

§ 2. Elevar las paradojas sistémicas al rango de *sujetos transcendentales* de la teórica de sistemas, como han sugerido LUHMANN primero y después TEUBNER[715], entre otros, constituye un ejercicio de divinización de la incomprensión cuanto menos cuestionable[716]. Así, la paradoja de la relación circular entre sociedad e individuo, cada uno constituyendo al otro, "es el *a priori* que subyace a los conceptos históricamente variables (de los derechos humanos)". Si bien constituyendo al otro en mera pulsión sistémica[717].

---

[715] El primero, por ejemplo, en *La religión de la sociedad*, Madrid, Trotta, 2007, p. 116: "las paradojas son (…) la única forma en que el conocimiento se encuentra dado de manera *incondicionada*. Pasan a ocupar el sitio del sujeto trascendental (…) válido *a priori* y comprensible a partir de sí mismo". Por lo que "habrá que partir del supuesto de que el conocimiento utilizable (acoplable) constituye siempre un conocimiento condicionado, y que la ganancia en el conocimiento de la construcción de sistemas complejamente condicionados radica por tanto en los despliegues de la paradoja", los cuales "cobran formas relativamente estables que se conservan históricamente y que luego conducen la comunicación que continúa como valores propios del sistema". El segundo, citando al primero, en *Paradoxes*, 2006, p. 53. Para una reflexión teórico-sistemática en paralelo, ASHBY, *Self-Organization*, 1962, pp. 255 y ss.

[716] Quiero pensar que la respuesta a todas estas cuestiones es afirmativa, muy a pesar de que la panorámica estática que arroja la paradoja con la que concluyen los estudiosos constructivistas y anti-individualistas dedicados a la teórica de sistemas recuerda peligrosamente al viejo trilema de Münchhausen.

[717] Véase, TEUBNER, *Paradoxes*, 2006, p. 53; y añade que es entonces cuando los individuos de carne y hueso, *comunicativamente constituidos en personas*, se hacen perjudicialmente perceptibles, a pesar de toda su socialidad, como cuerpos no comunicativos, y se sublevan por sus derechos" (cursiva añadida), de donde –apunta el autor– se deriva la

Podríamos decir que la moderna teoría de sistemas, fundamentada en las teorías de la autopoiesis de los sistemas sociales, se ha configurado como una *teoría de contrarios*[718]. Una teoría para la que lo dinámico y lo estático, la parálisis funcional y la innovación estructural, la paradoja y la congruencia racional, el caos y el orden productivo, no es que coexistan o co-evolucionen en paralelo, sino que constituyen tiempos sucesivos de una realidad única. De manera que las ambivalencias teóricas y prácticas inherentes a la estructura sistémica son constituyentes habilitantes de la base comunicativa, a su vez constructo y constructor de ambivalencias. Pero, más allá de la *moda intelectual* de la que disfruta el fenómeno sistémico-paradójico, ¿significa realmente que los patrones racionales que informan –entre otras– las ciencias económica, política y jurídica se hallan indefectiblemente expuestas a la incursión en sus esferas (sistémicas) de la arbitrariedad, la irracionalidad o incluso la violencia[719]? Esta es una pregunta que no puede eludir hacerse el jurista del siglo XXI.

En este punto merece la pena traer a colación la fórmula de necesaria *destautologización* o *desparadojización* del Derecho que propone LUHMANN. Según el autor, el Derecho encumbra su formación sistémica autopoiética "convirtiendo la peligrosa paradoja (bien/mal) en una diferencia inocua",

---

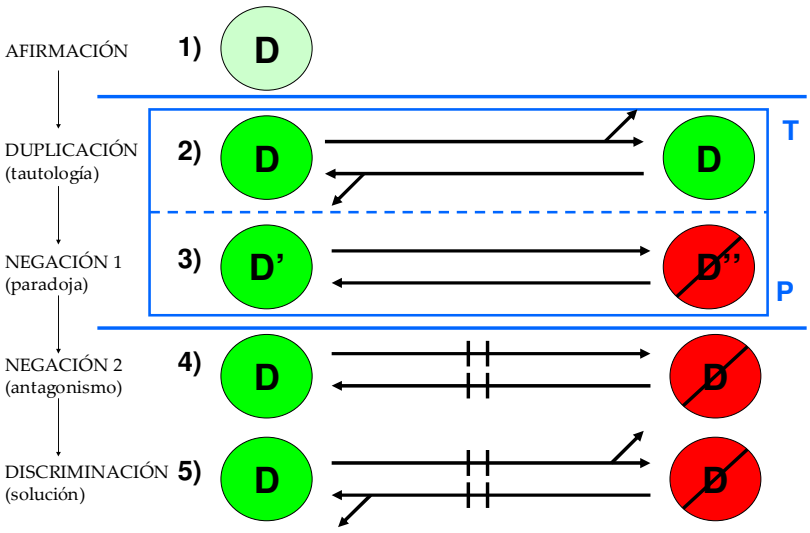
tensión individuo-sociedad y las consiguientes estructuras organizativas de significación pulsional. En este esquema el individuo, sorprendentemente, hace la vez de pulsión del sistema social en el más puro sentido freudiano.

[718] El propio TEUBNER (en *Paradoxes*, 2006, pp. 51) reconoce que "lo que en primer plano es llamado conflicto de leyes es en el fondo la paradoja del Derecho", de suerte que los conflictos de leyes no son más que "epifenómenos de las paradojas legales" (remitiéndose a WIETHÖLTER, «Begriffs-oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm», *Festschrift für Gerhard Kegel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, pp. 213-263). Así, como sostiene la fórmula «derecho subjetivo *vs*. institución legal» de WIETHÖLTER, el conflicto legal es en sí mismo percibido e interpretado por el agente social como la expresión de una paradoja subyacente.

[719] El propio TEUBNER reconoce que "podría ser que nuestra sociedad fuera el resultado de una *catástrofe* estructural y semántica (…), el resultado de un cambio fundamental en la estabilidad formal que da sentido a los estados y eventos", y que ha desembocado en la deconstrucción de nuestra tradición metafísica (en *Paradoxes*, 2006, p. 55). En el mismo sentido, criticando a DERRIDA por sus "acrobacias verbales", por su "oscuridad discursiva" y por "asustar a la gente con paradojas oscuras", LUHMANN, *StanLitRev*, 1990, p. 134; pero, de todos, el trabajo en el que se muestra más crítico con la postura de DERRIDA es «Deconstruction as Second-Order Observing», *NwLitHis*, 24, 1993, pp. 763-782; p. 765; en la p. 777, el autor asegura además que, en el marco de una tendencia general a enfatizar la discontinuidad, la sorpresa, el conflicto y la evaluación moral, se pierde la unidad de sentido, "se olvida la vieja cosmología de sustancias y esencias" y "la unidad de la complejidad se hace inobservable" (idéntica observación la que, en el ámbito de la crítica literaria, practica CULLER en el prefacio de *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Cornell University Press, Cornell, 1982, p. 8).

tecnificándola en un código binario programable. Así, la función del Derecho como asegurador de expectativas creadas produce un esquematismo binario según el cual "las expectativas normativas, independientemente de su origen, o bien se cumplen o bien se frustran", debiendo quedar claro, en todo caso, que la observancia de la función jurídica es *dependiente de estructuras sociales independientes del Derecho*[720], una postura que abona la tesis aperturista.

El esquema que reproduzco a continuación pretende, a tal efecto, dar cuenta de las fases o pasos que el proceso en cuestión sigue[721]. En 1) asistimos a lo que desde siempre se ha constituido como Derecho y designado como tal (leyes, contratos, costumbres, tribunales…), distinto de otras cosas; en 2) acontece la duplicación del Derecho, que se reafirma enfáticamente convirtiéndose en la tautología «Derecho es Derecho»; en 3) tiene lugar la introducción de una negación, lo que hace que la tautología se convierta en una paradoja: «el derecho de una parte es un-no-derecho de la otra», si bien ambas partes participan de la sociedad como miembros. No obstante, en 4) se introduce una nueva negación que lleva a un antagonismo: «el derecho de uno no es el no-derecho-del-otro», a pesar de que afirmar que alguien está al mismo tiempo en su derecho y en su no-derecho constituye una contradicción ilógica. La paradoja se disuelve, según el autor, mediante la programación sistémica de *condiciones* que permiten al sistema jurídico discriminar los casos, en 5); lo cual conduce a un crecimiento de la variedad del sistema.



[720] Véase, *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 224.

[721] En azul, las correcciones que sugiero, a partir de LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, 2002, pp. 226 y ss.

Como ha declarado su autor, los anteriores no son pasos empíricos o estadios históricos del sistema jurídico, sino que pretenden ser una reconstrucción lógica del proceso autopoiético de un sistema que llega a poder describirse a sí mismo.

§ 3. Inmersos en los postulados básicos de la teoría luhmanniana el complejo sistémico resulta infranqueable. Pero una observación reflexiva en torno a las fases inicial y final del proceso autopoiético nos permiten aventurar que *sus* sistemas, tal y como han sido concebidos, pueden llegar sólo a esqueletos, nunca a cuerpos; sólo a entramados de vigas, pero no a edificios[722]. Y es que *el Derecho, desde la perspectiva de la autopoiesis sistémica, no puede describirse a sí mismo, sino únicamente su estructura*. Precisamente porque LUHMANN hace *aparecer* al Derecho en el paso 1) de forma irreferenciada, adjudicando al proceso un origen arbitrario que el autor no concreta. Además, el autor adjudica al recién creado Derecho el *don* de la reflexividad –y, por ende, la subjetividad epistémica–, cuando en el paso 2) hace posible su evolución (hetero)referenciada. El paso 1), entonces, debió haber sido, según entiendo, soslayado, ya que un hipotético sistema Derecho ha de surgir necesariamente ante un no-Derecho, es decir, porque hay algo –en este caso, alguien– colocado en el no-Derecho[723]. Con otras palabras: es la consciencia de la otredad lo que habilita la reflexividad. Los pasos 2) y 3) han de ser entonces un único y primer paso en sus vertientes teórica o abstracta y práctica o contrastada, respectivamente.

---

[722] En este sentido resulta de sumo interés la caracterización que TEUBNER practica de aquéllos a los que denomina «teóricos de sistemas» (entre los que *paradójicamente* él mismo se halla), de quienes dice que "decoran las fachadas de sus palacios autopoiéticos con fragmentos deconstructivistas de *différance*" (haciendo referencia a los puntos de encuentro entre las tesis de la autopoiesis y las de la deconstrucción). Y sigue: "esto resulta ciertamente atractivo de cara a la construcción teórica pero en última instancia lleva únicamente a una involución de las arquitectónicas que no altera los fundamentos" (en «Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jaques Derrida and Niklas Luhmann», *TC&S*, 18, 2001, pp. 29-47; pp. 30-31). Sobre el debate entre *deconstrucción* y *sistemismo* puede consultarse, entre otros, CORNELL, «The Relevance of Time to the Relationship Between the Philosophy of the Limit and Systems Theory», *CarLRev*, 13, 1992, pp. 1579-1603.

[723] El no-Derecho es así, y como el propio LUHMANN reconoce, "una señal desencadenante indispensable para las operaciones jurídicas", de suerte que no sólo el valor del Derecho sino también el valor del no-Derecho tienen que ser comprendidos "como realización completa del código" (en *El derecho de la sociedad*, 2002, pp. 231-232). Tal estructura ha sido designada «*nested opppositions*» por autores estadounidenses contrarios a la idea de deconstrucción, como BALKIN, en «Nested Oppositions», *YaleLJ*, 99, 1990, pp. 1669-1705, quien las define como oposiciones que también implican una relación de dependencia, semejanza, o satisfacción entre los conceptos opuestos. Como si alguna oposición no implicara necesaria y naturalmente una relación de dependencia; la noción, a mi entender, es tautológica.

> Prueba de ello es que 3) es concebido como distinto de 2) y como necesariamente consecuente, precisamente porque el Derecho no es un sujeto epistémico capaz de ser y no ser *al mismo tiempo y en el mismo sentido*, sino un algo (sujeto sistémico) que se diluye en distintas subjetividades epistémicas que a su vez, mediante el acto comunicativo y de cara al Derecho, actúan con base en *roles* o identidades funcionales validadas por el sistema[724].

§ 4. Por otro lado, de ser así, el Derecho no es ya un sujeto epistémico que se auto-conoce y describe, sino una estructura que filtra el no-Derecho para *tratarlo jurídicamente*. En otras palabras, nos hallamos ante un sistema estructural-reactivo, y no ya epistémico-reflexivo. Lo cual permite, ahora sí, hablar de la apertura operacional del sistema, como traductor funcionalmente (hetero)referenciado; y del individuo como *agente* catalizador del acto comunicativo a través de roles sistémicos. Además, y sobre todo, si desde un primer estadio aceptamos la (hetero)referencialidad del sistema Derecho, nos encontramos con que, ya desde el paso 2), la hipótesis de LUHMANN deja de ser paradójica: «el Derecho de una parte es un-no-Derecho de la otra». ¿Dónde está la paradoja? Afirmar que dos cosas distintas lo son no es paradójico; pero sólo si devolvemos la subjetividad epistémica al individuo, de suerte que ello nos permita (hetero)referenciar el sistema[725].

§ 5. En suma, cabría concluir que la codificación binaria, y su práctica como distinción al servicio de la unidad sistémica, "es ya el primer paso para la disolución de la paradoja"[726]. Una paradoja que o bien nunca ha existido –traduciendo estrictamente los códigos estructural-constructivistas luhmannianos–, o bien nunca requirió ser resuelta –adscribiéndonos a la

[724] Llegados a este punto, se puede decir que en la práctica del Derecho "se correlacionan la temporalización de la validez simbólica y el acto de llevar a efecto la validez momentánea del código binario" (LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, 2002, pp. 231-232; ID., «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», *JL&S*, 15, 1988, pp. 153-165).

[725] Y, ahora sí, la paradoja sobre la codificación binaria relativa a si la distinción misma entre Derecho y no-Derecho es conforme o no con el Derecho, deja de ser una paradoja para alzarse en principio creativo (en este sentido, FLETCHER, *ColLRev*, 1985; también, KEVELSON, *Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law*, de Gruyter, Berlín, 1990 (sobre ésta última, la reseña *in memoriam* de PENCAK, «Sacred Violence. Roberta Kevelson», *IJSL*, 12, 1999, pp. 241-146; especialmente la p. 246, en la que el autor rescata la epistemología mítica del vocablo «apocalipsis»). Pero esto es así precisamente porque ahora la paradoja, de existir, puede ser observada; no ya por el sistema Derecho, que seguiría requiriendo la aplicación de un código, sino por el *agente multi-sistema*, que ha dejado de ser un constructo semántico para instituirse en catalizador de la acción comunicativa.

[726] Véase, LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 235, entendido el código como una estructura tendente a la *bi-estabilidad*; es decir, sistemas que en su actividad pueden adoptar dos estados a partir de los cuales se desarrollan las operaciones subsiguientes.

dinámica deconstructivista de DERRIDA–[727]. Y es que, en último término, más allá de las disputas tecnicistas la diferencia entre ambas concepciones radica primera y principalmente en la concepción de la subjetividad epistémica, de la que necesariamente va a depender la dinámica sistémica de cada tesis[728]. Así, si LUHMANN o TEUBNER critican de DERRIDA la complejidad verbal en su concepción de los fenómenos sistémico-paradójicos y su diferenciación entre justicia y Derecho[729], a los autores constructivistas cabe achacar, además de su no menos compleja dialéctica, su concepción de la subjetividad epistémica. No obstante, quiero pensar que, entre la «teologización de la deconstrucción» y el «panteísmo sistémico» (respectivamente), debe haber todo un mundo de intermedios en los que convenir.

> Los representantes de las corrientes autopoiética y deconstructivista coinciden en que las decisiones legales y económicas contienen un componente de locura, irracionalidad, misterio o sacralidad. Así, tanto LUHMANN como DERRIDA sostienen que en la base de la mayoría de los constructos más refinados de las acciones económica y legal subyacen la arbitrariedad, las inconsistencias, las antinomias, las paradojas e incluso la violencia. En suma, ambos autores perciben el Derecho como «atrapado» en las paradojas de su propia autorreferencialidad[730].

---

[727] Sobre la discusión doctrinal en cuestión, TEUBNER, *TC&S*, 2001, pp. 29-47.

[728] De ahí que el propio TEUBNER afirme que el Derecho debe renunciar a la comprensión de un *locus* en el que la identidad social total quede acotada y definida, para adaptarse a una multiplicidad de realidades sistémicas en igualdad horizontal. Al autor corresponde el primer paso en este sentido, en «Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes», *S&LS*, 9, 2000, pp. 399-417. Después, en *Paradoxes*, 2006, p. 62, el autor se remite a los trabajos posteriores en la misma línea de WIETHÖLTER, «Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts», Joerges y Teubner (eds.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 13-21; p. 18; y «Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?», *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 89-120; p. 119.

[729] Véase, DERRIDA, *CarLRev*, 1989-1990, p. 959, describe la justicia como "infinita, incalculable, rebelde a la norma y extraña a la simetría, heterogénea y multi-temática", y el Derecho o la ley como ejercicio de la Justicia, "estabilizable y estatutorio calculable, un sistema de prescripciones reguladas y codificadas". Y, más adelante en el mismo trabajo (p. 1004), refiriéndose a la relación deficitaria entre «Derecho positivo» y «justicia», aboga por un "compromiso entre dos dimensiones inconmensurable y radicalmente heterogéneas" (también en *Spectres de Marx: l'état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*, Gailée, París, 1993, pp. 73-75).

[730] Y es que el punto de partida de ambos autores es la crítica a la «violencia del derecho» inspirada por BENJAMIN en «Critique of Violence», recogido en *Selected Writings*, I, Belknap, Cambridge, 2000, pp. 236-252, en el que el autor reflexiona sobre si la violencia como principio puede constituirse en medio moral para fines justos, llegando a afirmar que "si la justicia es el criterio de los fines, la legalidad es lo es de los medios" (p. 537) (es preciso advertir al lector de la traducción inglesa de las obras de BENJAMIN de que el término que el autor emplea originalmente –*Gewalt*– se refiere tanto a la «violencia» como a la

Pero, si la paradoja como elemento fundacional es el punto de partida del pensamiento de ambos autores, es al mismo tiempo el punto en el que la deconstrucción y la autopoiesis se bifurcan[731]. Mientras que DERRIDA, a partir de BENJAMIN, insistirá en el estudio de la violencia originaria del Derecho[732], LUHMANN procede en sentido opuesto. Propone un «uso creativo» de las paradojas a través del ya mencionado recurso a la *desparadojificación* (en este caso, del Derecho) como ejercicio inventivo de nuevas distinciones que no nieguen la paradoja, sino que la desplacen temporalmente con el fin de evitar sus efectos paralizantes[733].

> Digamos, en otras palabras, que, mientras el primero se plantea cómo las técnicas de la *desparadojificación* facultan la inmanencia de las instituciones

---

«fuerza»). En *CarLRev*, 1989-1990, DERRIDA afirma que "la necesidad de la fuerza está implícita en *lo justo*, en *la justicia*" (p. 937), y que "desde el origen de la autoridad (…) la posición de las leyes no puede por definición descansar en nada que no sea ellas mismas, ellas son en sí mismas *violencia sin base*. Lo que no quiere decir que sean injustas, en el sentido de ilegales", pues en el momento fundacional no son legales ni ilegales (p. 943, cursivas propias). Por su parte, LUHMANN identifica el mismo fenómeno en *JL&S*, 1988, p. 154, cuando en la base de la jerarquía legal percibe "la paradoja del código binario aplicado a sí mismo".

[731] El propio TEUBNER declara que "el ambicioso intento de Luhmann de construir una teoría de la sociedad como fenomenología de la comunicación (…) contrasta completamente con la negativa de Derrida a desarrollar una teoría científica" (en *TC&S*, 2001, pp. 29-47; p. 8).

[732] Llegando a practicar la distinción elemental entre una *violencia fundacional mítica*, que establece la positivación del Estado y la ley, y una *violencia fundacional divina*. Es entonces cuando el autor formula su paradoja más provocativa, ya que sostiene que la distinción entre positivación y justicia es en sí misma indescifrable, no habiendo criterios hábiles para diferenciar entre «violencia mítica» y «violencia divina» (en *CarLRev*, 1989-1990, p. 1027). Es precisamente esta conclusión la que LUHMANN interpreta como «parálisis», como delegación *ad infinitum* del esclarecimiento teórico y práctico de la cuestión. Precisamente para sortear la yuxtaposición de la filosofía de la consciencia y la teoría de los juegos del lenguaje, DERRIDA deconstruye la jerarquía del discurso en una doble vía, en una jerarquía propiamente y en el reverso secreto de la relación jerárquica (sobre este fenómeno, largamente, DUPUY, «Deconstructing Deconstruction: Supplement and Hierarchy», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 101-112).

[733] De acuerdo con esto, la diferencia de tratamiento de las paradojas entre ambos autores radica, en última instancia, en una concepción distinta del encuentro con la alteridad. Así, mientras en LUHMANN la paradoja emergente del encuentro se resuelve a través de la aparición subsiguiente de sistemas sociales autopoiéticos, tal encuentro supone, en el pensamiento de DERRIDA, un abismo insondable al que recurre constantemente su filosofía de la justicia (véase, por todos, *Given time*, University of Chicago Press, Chicago, 1992; en especial los Caps. 3 y 4; en lo relativo a la ciencia jurídica, *CarLRev*, 1989-1990, pp. 959 y ss.). Sobre las prácticas de *desparadojificación* o *destautologización* pueden consultarse, en general, LUHMANN, «Why Does Society Describe Itself as Postmodern?», *Cultural Critique*, 30, 1995, pp. 171-186; ID., «The Paradoxy of Observing Systems», *Cultural Critique*, 31, 1995, pp. 37-55. Sobre la historia institucional del fenómeno puede verse *JL&S*, 1988, pp. 153-165.

sociales y construyen un universo de sistemas autopoiéticos, el segundo propone la trascendencia de las instituciones sociales a través de una *reparadojificación* que tiene lugar en el universo paralelo de la *différance*[734], en el que el doble movimiento deconstructivo permanentemente pone de manifiesto las antinomias fundacionales de las instituciones sociales[735]. Concepciones ambas que habrán de superar las alternativas consciente y discursiva (respectivamente) como monopolísticas en cuanto a la producción de significado. Pero no es este, en cualquier caso, ni el tiempo ni el lugar oportunos para remitirnos a la vastísima producción de los autores citados, como tampoco el autor de este trabajo está facultado a hacerlo.

§ 6. La sociedad en lenguaje luhmanniano no es sino "el tipo de sistema social que se caracteriza por el más alto nivel de autosuficiencia en relación a su ambiente"[736]. La transferencia de información es, en estos términos, imposible, a pesar de que el entorno hace efectiva su presencia frente al sistema mediante la imposición de contenciones drásticas que limitan el potencial operativo del sistema, lo cual ya constituye una transferencia de información. En el ámbito del Derecho ello se traduce en que el sistema jurídico, como sistema cerrado operacionalmente, de cara a extender sus operaciones cognitivas a otros sistemas –es decir, de cara a *abrirse*– debe hacerlo en todo caso a través de la construcción de una realidad legal referida al entorno sobre el que pretende proyectarse cognitivamente. Si bien, cabría objetar, toda proyección cognitiva requiere imperativamente el soporte de una estructura operativa.

---

[734] La *différance* indica que la diferencia implicaa una integración de «lo temporal» y «lo espacial»; "diferir es deferir", apunta con acierto GIDDENS (en «Structuralism and the Theory of the Subject», *Central Problems in Social Theory: Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*, University of California Press, Berkeley, 1979, pp. 9-48; p. 31). Por su parte, DERRIDA subraya el constante proceso de mutación que lleva consigo toda significación, la cuál opera y se extiende a modo de cadena "silenciosa, como una tumba" (alusión tomada de HEGEL; al respecto puede consultarse «Le puits et la pyramide. Introdution à la sémiologie de Hegel», *Marges de la philosophie*, De Minuit, París, 1972, pp. 79-127). Sobre la *différance*, el autor asegura que no es una palabra o un concepto, sino el juego de negación; no es, no tiene existencia, ni presente, sino que es el juego sistémico de las diferencias, del espaciado en el que los elementos están conectados unos a otros (véase *Writing and Difference*, University of Chicago Press, Chicago, 1978; en especial las pp. 411 y ss.).

[735] En este sentido, del propio DERRIDA, contra la filosofía de la consciencia, pueden consultarse, a título informativo y entre otras, *Writing and Difference*, University of Chicago Press, Chicago, 1978; y *Of Grammatology,* Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1998. Y es que, como apunta TEUBNER, los profundos análisis de DERRIDA respecto a la trascendencia referida al don y la justicia constituyen verdaderas fórmulas de la Economía y el Derecho, entendidas éstas como nuevas –e históricamente adecuadas– formas de experiencia religiosa en un tiempo de extrema *multicontextualidad* (en *TC&S*, 2001, pp. 29-47; pp. 42-43).

[736] Como la definiera PARSONS en *El sistema de las sociedades modernas*, 1974, p. 17. A pesar de que el autor se declare abiertamente en desacuerdo con la teoría social «individualista», su concepción sistémica sigue girando en torno a la subjetividad individual.

En definitiva, cabría decir que la coordinación funcional –y por ende, el control– de la actividad de los sistemas sociales y de la sociedad como sistema se ha despersonalizado, merced a una creciente complejidad social que se traduce en el auge de una especialización igualmente informada que la decimonónica, pero agravada ahora por la *velocidad* que le imprime la expansión de la telecomunicación en una sociedad sobremoderna. Así, puede decirse que mientras que sufrimos una fragmentación de la experiencia, tenemos también sistemas de comunicación que elevan «significados objetivos» que limitan las posibilidades de lo que puede ocurrir, facilitando la coordinación[737].

De esta manera, el desarrollo de los lenguajes especializados conduce a un sistema de diferenciación, tal y como lo concibe LUHMANN. Sin embargo, la diferenciación no tiene lugar simplemente a nivel funcional, de suerte que del Derecho sea predicable que constituye un sistema de resolución de conflictos[738] frente a la política, por ejemplo, entendida como sistema de toma de decisiones, sino que tiene lugar en el lenguaje y a través de éste[739]. No hay, pues, una realidad de naturaleza jurídica radical y estructuralmente distinta de la económica o la política, sino una codificación jurídica de la realidad que comparte márgenes de codificación con la estructura de otros sistemas y subsistemas. Lo contrario sería interpretar la teoría luhmanniana en clave de programa de progreso social, algo que el autor no pretende.

En cualquier caso, media un largo trecho entre las afirmaciones anteriores y aquélla de MATURANA que rezaba que el Derecho, como cualquier otro sistema autopoiético, no es más que "una danza interminable de correlaciones internas en una red cerrada de elementos en interacción"[740]. ¿Qué apariencia reviste entonces la identidad autopoiética de los sistemas?

---

[737] Véase, PENNER, SCHIFF, NOBLES y TEUBNER, *Introduction to Jurisprudence*, 2003.

[738] Una concepción que el propio LUHMANN tacha de simplista y que considera insuficiente de cara a entender la codificación legal/ilegal del sistema Derecho; sistema que, según el autor, "consiste en la exploración de las perspectivas del conflicto sobre la formación y reproducción de expectativas conductuales congruentemente generalizadas" (en *Autopoietic Law*, 1988, p. 25).

[739] Véase en este punto la crítica radical que LYOTARD, favorable a la apertura sistémica, le dirige a LUHMANN, cuando declara que el sociólogo alemán fundamenta su noción de sistema social en un argumento «terrorista», entendiendo por «terror» la eliminación del interlocutor por identificación de éste con el juego lingüístico mismo (extensamente a lo largo de *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, University of Minnesota Press, Mineápolis, 1984, pp. 61 y ss.; pp. 63 y 64).

[740] Véase, MATURANA, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Vieweg, Braunschweig, 1982 (cita traducida al inglés y recogida por TEUBNER en *Autopoietic Law*, 1988, p. 2). Si bien una clausura sistémica radical implica a un tiempo la

§ 7. La propuesta que eleva DEGGAU para dar respuesta a esta cuestión no resulta convincente[741]. Mantiene el autor que la unidad sistémica no es algo dado ontológica y previamente, sino más bien una consecuencia (efecto) de la autorreferencia y circularidad (causa) propias del fenómeno autopoiético, de suerte que la identidad sistémica viene determinada exclusivamente por el propio sistema, a partir de la relación entre sus elementos[742]. Una tesis insostenible si al mismo tiempo se mantiene, como

---

apertura del sistema, como ya se ha dicho con anterioridad en este trabajo (así, entre otros, MORIN, en *La méthode, I. La nature de la nature*, Seuil, París, 1977, p. 197, recuerda que "*l'ouvert s'appuye sur le fermé*"; también, TEUBNER, *Autopoietic Law*, 1988, p. 2, afirmando que "cuanto más gana el sistema legal en autonomía y clausura operativa, más gana en apertura hacia hechos sociales, demandas políticas, teorías de las ciencias sociales, y necesidades humanas"). Aseveraciones varias admisibles desde la óptica paradójico-crítica de la teoría de sistemas luhmanniana, ya expuesta al menos en cuanto a sus presupuestos básicos. En este sentido LADEUR (en *Autopoietic Law*, 1988), crítico con respecto a la vision luhmanniana de la autopoiesis legal, a la que tacha de excesivamente estática en cuanto a su variabilidad funcional, se pregunta si –y hasta qué punto– las funciones del Derecho moderno, entendido como sistema autopoiético, pueden variar. También TEUBNER se muestra escéptico respecto a LUHMANN en este punto, llegando a declarar que "si la identidad de un sistema autopoiético se define por su clausura operacional, por la producción recursiva de sus elementos, entonces la autopoiesis se presenta como resistente al cambio, al aprendizaje y a la evolución" (en *Autopoietic Law*, 1988, p. 7). LUHMANN, por su parte, insiste en que la clausura operacional es, paradójicamente y al mismo tiempo, la base para argumentar la apertura del sistema; y lo hace, entre otros, con el ejemplo que reproduzco a continuación, referido al sistema (autopoiético) Economía: "es, en términos monetarios, un sistema cerrado. Fuera de la economía no hay pagos (…). Los pagos sirven al único fin de hacer posibles otros pagos, sirven a la autopoiesis del sistema. Pero precisamente esta clausura es también la base para la amplia apertura del sistema, porque todo pago requiere un motivo que está últimamente relacionado con la satisfacción de una demanda" (en *Autopoietic Law*, 1988, pp. 20-21, nota 17, remitiéndose al respecto a ID., «Das sind Preise», *SW*, 34, 1983, pp. 153-170).

[741] Propuesta que seguramente se deriva de su particular interpretación de la doble dialética del organismo vivo de VARELA, según la cual el organismo "hace aparecer y especifica su propio dominio de problemas y acciones que deben ser «solucionados»"; de suerte que "los seres vivos y sus mundos de significado se encuentran en relación de *especificación mútua* o *co-determinación*" (en «Autopoiesis and a Biology of intentionality», artículo basado en una conferencia para psicólogos que tuvo lugar en la Escuela de Ingeniería Electrónica de la Dublin City University durante los días 25 y 26 de agosto de 1992; publicado en *Autopoiesis & Perception*, McMullin & Murphy, Dublín, 1992, pp. 1-16; p. 14). Ya LEWONTIN advierte que el organismo es tanto el sujeto como el objeto de la evolución en «The organism as the subject and object of evolution», *Scientia*, 118, 1983, pp. 63-82.

[742] Véase, «The Communicative Autonomy of the Legal System», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 128-151, donde concluye que "lo que hace su unidad (la del sistema) no puede ser adecuadamente entendido ontológicamente en el sentido de algo dado, ni siquiera como un constructo académico", si no que "la unidad es definida por la autpoiesis" (p. 129, remitiéndose, en el mismo sentido, a LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1984, p. 240). Contrarios a esta afirmación, MATURANA y VARELA, en *Autopoiesis and Cognition*, 1991, pp. 264 y ss.

hace el autor, que ningún sistema puede existir sin estructuras de expectación. Ya que el horizonte de expectativas como realidad estructural propia de los sistemas sociales en cuanto fundamentados en la comunicación como elemento básico obliga a la apertura y (hetero)referencialidad sistémicas, no siendo compatible la expectativa como presupuesto habilitante del sistema con una noción de identidad sistémica fundamentada en la unidad «circular» de un complejo autorreferencial. En otras palabras, *no es defendible una identidad sistémica que sea a la vez y en un mismo sentido expectante y autosuficiente*.

> La *identidad*, entonces, como necesariamente relacional, no existe sin la *diferencia*, no siendo admisible solventar la problemática relativa a la relación entre ambos conceptos "simplemente «poniendo» la pura identidad al comienzo para deducir después y a partir de esta las diferencias"[743].

§ 8. De gran relevancia resulta, en lo que al sistema jurídico se refiere, la noción de *deslegalización*[744], a la que se ha llegado reactivamente a causa de una creciente «juridificación de la vida». Lo cual, en el ámbito del Derecho penal, se ha traducido en la expansión de la ciencia en cuestión, directa y erróneamente en la línea de un aumento generalizado de la penología[745]. Una cuestión que no se ha de entender superficialmente o en términos cuantitativos, a modo de *quantum* excesivo de tipificación, sino en términos estrictamente cualitativos, referidos esencialmente al interrogante entorno a la necesidad como principio de imputación[746]. En este sentido, el

[743] Véase, DEGGAU, *Autopoietic Law*, 1988, pp. 130 y ss. La lógica referencial del propio LUHMANN obliga a deducir una (hetero)referencia: "el elemento es a un tiempo uno para otro. Incorpora su relación en sí mismo (…) A no puede referirse a A, sino que debe refirse a un no-A que a su vez debe referirse a A" (yo diría más bien a un no-no-A, lo cual es distinto de A), de suerte que "A se refiere, no a todo lo demás, si no sólo a un espacio de posibilidad establecido por el propio sistema, seleccionado" (en *Soziale Systeme*, 1984, p. 370). Pues bien, si el elemento ha de ser y estar referenciado, y la unidad es sólo predicable del sistema, entonces la referencia a de ser, en todo caso, heterorreferencia o apertura sistémica, y no el «*basal self-reference*» al que el autor se refiere (en *Soziale Systeme*, 1984, p. 600; también en «Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung», *Zeitschrift für Soziologie*, 11, 1982, pp. 366-379; p. 369; *apud* DEGGAU, *Autopoietic Law*, 1988).

[744] Según ABEL, la deslegalización presupone que las personas o entidades que interactúan fuera de las instituciones legales formales son rayanamente iguales en poder político, salud y estatus social (en «Delegalization: A Critical Review of its Ideology, Manifestations, and Social Consequences», Blankenburg, Rottleuthner y Klauska (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, pp. 27-47).

[745] Véase, al respecto y por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011.

[746] Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *Imputación y Teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 32 y ss., recuerda que la imputación penal, como juicio de reproche culpabilístico, "no es una operación de mera comparación entre lo

debate sobre la legalización/deslegalización proyectado sobre todos los ámbitos de la vida social "cuestiona la efectividad regulatoria del derecho políticamente instrumentalizado"[747] para favorecer últimamente los denominados procesos autónomos de evolución social.

IV.3.6. El Derecho como sistema social abierto.-

§ 1. Si aceptamos que la constitución un sistema se fundamenta en una jerarquía autorrefencial de sus elementos, siendo la comunicación el elemento básico, entonces es predicable de los sistemas sociales que son realidades *rizomórficas*[748] en las que todos sus componentes se hallan *ordenadamente* informados precisamente a modo de *resistencias* anti-jerarquía. La importancia de este modelo en relación con el Derecho penal económico y de la empresa actual es tal, que sólo aceptándolo es posible articular con coherencia un sistema de imputación *mixto* como el que viene a representar la introducción del art. 31 bis en nuestro CP en 2010[749]. Un sistema en el que coexisten la tradicional atribución de responsabilidad penal a administradores, directivos y análogos en cuanto «cabezas visibles» que ostentan el *dominio* de la acción social[750] (véanse los delitos societarios de los

---

realizado y la ley" (p. 33); no es, pues, una *applicatio legis ad factum* o, en la línea de lo que vengo manteniendo en este capítulo, la operación de codificación o filtración automatizada de un afuera indiciario desde una perspectiva sistémica, sino que se trata de algo más complejo.

[747] TEUBNER, *Autopoietic Law*, 1988, p. 217 (remitiéndose, para una más profunda reflexión al respecto, a HAYEK, *Law, Legislation, Liberty. Vol. 1: Rules and Order*, Routledge, Londres, 1973; ID., *Law, Legislation, Liberty. Vol. 2: The Mirage of Social Justice*, Routledge, Londres, 1976; ID., *Law, Legislation, Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People*, Routledge, Londres, 1979).

[748] Tomo la expresión de la teoría filosófica desarrollada por DELEUZE y GUATTARI en su proyecto *El Anti-Edipo: capitalismo y esquizofrenia*, Paidós, Barcelona, 1995 (véase especialmente el Cap. I, «Las máquinas deseantes»), publicado inicialmente en 1972 en la editorial parisina Minuit (a esta primera parte del proyecto le seguirá *Mil mesetas* en 1980, en la misma editorial), que ha sido considerado un estandarte literario del post-estructuralismo. Para los autores lo característico del modelo rizomático es que la organización de los elementos no sigue líneas de subordinación jerárquica, precisamente porque el rizoma carece de centro. Lo cual se traduce, en lo que interesa a efectos del presente estudio, en que en un modelo descriptivo así, extrapolable al ámbito de la Comunicación, la Sociología o el Derecho, el conocimiento se elabora simultáneamente desde todos los puntos del sistema (véase, asimismo, *Rizoma (Introducción)*, Pre-Textos, Valencia, 1977, pp. 15 y ss.; p. 16).

[749] Esta cuestión ha quedado planteada en el apartado III.4.3.2. y volveré sobre ella en el apartado V.3.2. de este trabajo.

[750] Me referiré a este tema brevemente en el apartado VI.2.3. § 5., al tratar la aplicabilidad del art. 65.3 CP a los casos de participación de un extraño en el delito del art. 290 CP. Y, más extensamente, en el apartado VII.3.1. § 3., al exponer mi propuesta de tipificación alternativa para el delito de falsedad en la información social.

arts. 290 y ss. CP), con la nueva imputación a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actúan como sus representantes legales. En el segundo supuesto, obsérvese, la imputación a la persona jurídica será posible "aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 bis. 2).

Lo anterior me lleva a considerar la posibilidad de extrapolación y adecuación de los caracteres aproximados del *rizoma* deleuziano a la teoría de los sistemas sociales y, concretamente, al Derecho (penal), en cuanto principios sistémicos básicos, a saber: los principios de (1) *conexión*; (2) *heterogeneidad*; (3) *multiplicidad*; (4) *ruptura asignificante*; (5) *cartografía*; y (6) *calcomanía*. Según estos cualquier punto de una estructura puede ser conectado con cualquier otro –y debe serlo–, manteniéndose la vigencia de la *diferencia* como cualidad. La consecuencia es la emergencia de un *corpus* o conglomerado de eslabones semióticos susceptibles de diferentes formas de codificación que habilitan regímenes de signos y estatutos de estados de cosas diferentes[751].

Especial relevancia tiene, a efectos de lo que pretendo transmitir, el principio de *ruptura asignificante*, según el cuál un sistema rizomático puede ser quebrado en cualquier punto sin que ello lleve consigo el descalabro estructural del sistema en cuestión. Un principio que sirve para afirmar la unidad del conglomerado, aunque pudiera parecer lo contrario. Pues bien, no sería este un principio hábil para la teoría de los sistemas autopoiéticos, pues a pesar de ser el sistema una realidad autorreferencial y autopoiética que se actualiza a través de la reproducción de sus componentes –y tal vez por ello–, éste no es reconstruíble como unidad sistémica a partir de sus componentes elementales aisladamente considerados.

§ 2. El punto de fuga intelectual del presente capítulo no es otro que poner de manifiesto que los presupuestos fundacionales de la teoría de los sistemas autopoiéticos no pretendían una evolución hacia su actual composición estéril y maquinal, netamente funcional. En lo que interesa a este estudio, puede decirse que *el Derecho es un sistema social abierto en un plano operativo porque es rizomórfico.* De suerte que la cualidad a la que los sistémicos llaman autopoiesis, relativa a la autorreferencialidad de los

[751] Así, DELEUZE y GUATTARI, en *Rizoma*, 1977, p. 17 (también en *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*, Pre-Textos, Valencia, 1994, pp. 12 y ss.) aseguran que "un eslabón semiótico es como un tubérculo que aglomera actos muy diversos", siempre heterogéneos (véase, en este sentido, ROBERT, «Aspects sociaux du changement dans une grammaire générative», *Langages*, 32, 1973, pp. 88-97; p. 90, sobre la heterogeneidad esencial de la realidad lingüística).

sistemas, constituye en realidad un acercamiento sólo intuitivo a la realidad reproductiva de éstos, a saber, la *partición*. Un ejemplo de ello es el fenómeno autorregulador, al que me referiré en el Cap. V de este estudio.

En suma, si la teoría de sistemas es una teoría de la comunicación, entonces el sistema –su unidad e identidad– sólo es concebible a modo de «traza de intensidad», y no como armazón clausurado u operatividad inoperante por inoperable[752]. Lo cual lleva a plantearse la siguiente cuestión:

> Si, como asevera VARELA[753], toda constitución fisico-química "está en flujo constante", de suerte que el patrón se mantiene y solamente a través de su invarianza puede esclarecerse el flujo de los componentes que lo realizan, ¿es factible una formulación análoga predicable de toda constitución social (y, más concretamente, del Derecho en cuanto sistema)?

§ 3. El ejercicio autopoiético propio de los sistemas sociales es reactivo y tiene su origen en la agresión a las estructuras sistémicas por parte de agentes externos (del entorno), lo cual implica que es la eventual discontinuidad del sistema lo que activa su lógica autorreferencial[754]. Una panorámica que permite concluir que la normatividad sistémica no es otra cosa que una reacción frente a la agresión ambiental a la unidad del sistema; reafirmación de una unidad sistémica que justificará su unidad en la alteridad sistémica y que, por tanto, deberá entenderse como abierta en un plano cognitivo. Algo perfectamente compatible, por otro lado, con la tesis de MATURANA y VARELA –y, por supuesto, con la de BERTALANFFY–, ya que el término *clausura operacional* que adoptan originalmente los primeros se refiere a y designa únicamente la cualidad de la *recursividad*[755] de los

---

[752] Ya VARELA había asumido la perspectiva, aunque en otro contexto, de que "la reproducción no es intrínseca a la lógica mínima de lo vivo", de suerte que "debe ser considerada como una añadida complejificación superpuesta sobre una identidad más básica, la de unidad autopoiética (…) La reproducción es esencial para la viabilidad de lo vivo, pero sólo cuando hay una identidad puede una unidad reproducirse". Pues bien, en este sentido y en relación con la identidad, cabe concluir, siguiendo al autor, que la identidad tiene una prioridad lógica y ontológica sobre la reproducción –aunque no precedencia histórica– (en *Autopoiesis & Perception*, 1992, p. 3).

[753] En *Autopoiesis & Perception*, 1992, p. 4.

[754] *Ibidem*, donde el autor argumenta que "debido a la naturaleza misma de la autopoiesis (…) toda discontinuidad puede ser vista como el comienzo de una acción sobre lo que falta en la parte del sistema para que la identidad pueda ser mantenida", y ejemplifica esta tesis comparándola con el mecanismo de reparación de las membranas de tejidos en los organismos vivos. De ahí que el autor defienda que las ciencias preocupadas por la organización de lo vivo poseen elementos suficientes para concebir la organización básica de un yo cognitivo en términos de la *clausura operacional*, pero no interactiva.

[755] Así, VARELA: "hablo de «clausura» para subrayar la cualidad autorreferencial de la red interneuronal y de las superficies precepto-motoras cuyas correlaciones sostiene", de manera que "el calificativo de «operacional» enfatiza que el término de clausura es utilizado *en su sentido matemático de recursividad y no en su sentido de clausuramiento* o aislamiento

sistemas autopoiéticos, y nunca su aislamiento o clausuramiento, como interpretado posteriormente el constructivismo operativo.

§ 4. Aun a riesgo de resultar reduccionista, pienso que se puede decir que el «esperanto» científico al que aspiraba BERTALANFFY, cuyo fin era el de elaborar un aparataje conceptual habilitante de la comunicación interdisciplinaria, ha sido traicionado por el estructural-funcionalismo; o, dicho de otro modo, la Teoría General de Sistemas (abiertos) ha sido inhabilitada –no creo que superada– por la moderna teoría de los sistemas autopoiéticos (cerrados). No obstante, no es posible reprocudir ahora un marco de responsabilidades personalizadas[756], teniendo en cuenta que en la evolución de la compleja teoría de sistemas han acabado por intervenir ciencias tan diferentes como la Sociología, la Economía o el Derecho (por no hablar de la Medicina, la Biología o, más recientemente, la Informática), siempre a partir de lecturas particulares –y parciales– en torno a las velocísimas derivas de la neurociencia. Hecho que puede por otro lado y en cierto modo entenderse como un triunfo en cuanto acercamiento (si bien meramente funcional) de los discursos científicos. El inconveniente es que en

---

frente a interacciones, lo cual sería, por supuesto, absurdo" (en *Autopoiesis & Perception*, 1992, p. 9, cursiva añadida). En el mismo sentido, MATURANA y VARELA, *Autopoiesis and Cognition*, 1991. Asimismo, VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, North Holland Series, Nueva York, 1979; de éste, junto con COUTINHO, «Second generation immune networks», *Immunology Today*, 12, 1991, pp. 159-167; de estos dos, junto con DUPIRE, «Cognitive networks: Immune, neural and otherwise», Perelson (ed.), *Theoretical Immunology, II*, SFI Series on Complexity-Addison Wesley, Nueva Jersey, pp. 359-375. Sobre la recursividad como cualidad de la estructura sistémica y su articulación práctica, en una línea crítica respecto a la teoría luhmanniana, LAMMOGLIA, BERMEO y ZARAMA, «Una Estrategia para Observar a los Sistemas Sociales y su Estrategia», *RISCI*, 5, 2008, pp. 1-6. Sobre la disolución del movimiento sistémico y la *autoethospoiesis* como propuesta de método de observación de los sistemas sociales, ID., «A Latino American Requiem for Stafford Beer», *Kybernetes*, 33, 2004, pp. 701-706.

[756] No olvidemos que el «salto» de BERTALANFFY a LUHMANN fue sólo posible a través de la noción de *autopoiesis* acuñada por MATURANA y VARELA (en *El árbol*, 1986, p. 28, los autores aclaran que "la característica más peculiar de un sistema autopoiético es que se levanta por sus propios cordones y se constituye como distinto del medio circundante a través de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables"), precisamente unos de los encargados de continuar y cumplir el «sueño» de BERTALANFFY. De esta manera, la teoría luhmanniana, tildada negativamente de sociobiológica, parte de la sociedad como red cerrada y autorreferente a modo de realidad macroorgánica: "nada hay que impida el que tratemos de ver si los sistemas sociales son autopoiéticos en términos de su propio modo de producción y reproducción, en lugar de considerarlos en términos de la operación bioquímica de la vida" (recogido por SCIULLI en «An interview with Niklas Luhmann», *TC&S*, 11, 1994, pp. 37-68; p. 42). Un bosquejo evolutivo de la problemática, centrándose principalmente en las similitudes y diferencias de los planteamientos de MATURA y LUHMAN, puede consultarse en RODRÍGUEZ MANSILVA y TORRES, *Sociologías*, 2003.

lugar de encumbrar un «lenguaje» científico común, hemos totemizado un *algo común* de lo que hablar desde nuestros respectivos «lenguajes» científicos especializados.

No obstante, un acierto incontestable de la adaptación de la original teoría de sistemas al ámbito de las ciencias del hombre (o blandas) ha sido la traducción de la interacción molecular básica como la comunicación a título de realidad sistémica elemental[757].

> § 5. En el esquema que sigue me propongo reproducir una exégesis evolutiva básica del paradigma sistémico[758], con la aportación conceptual cardinal que cada autor y cada teoría o concepción fundamentales han ofrecido. Podrá el lector echar en falta la omisión de perspectivas científicas recientes de gran relevancia y aplicación en el Derecho –tales como la que PIÑA ROCHEFORT elabora, relativa al *rol social*[759]–, y que de alguna manera ya han sido nombradas y/o expuestas en otro punto de este estudio. El esquema que sigue no pretende ser un mapa conceptual de la sistemática social, lo cual sería del todo inabarcable, sino que únicamente tiene por fin guiar y advertir a un lector que se inicia en la materia acerca de los «acontecimientos» científicos de excepcional relevancia en la

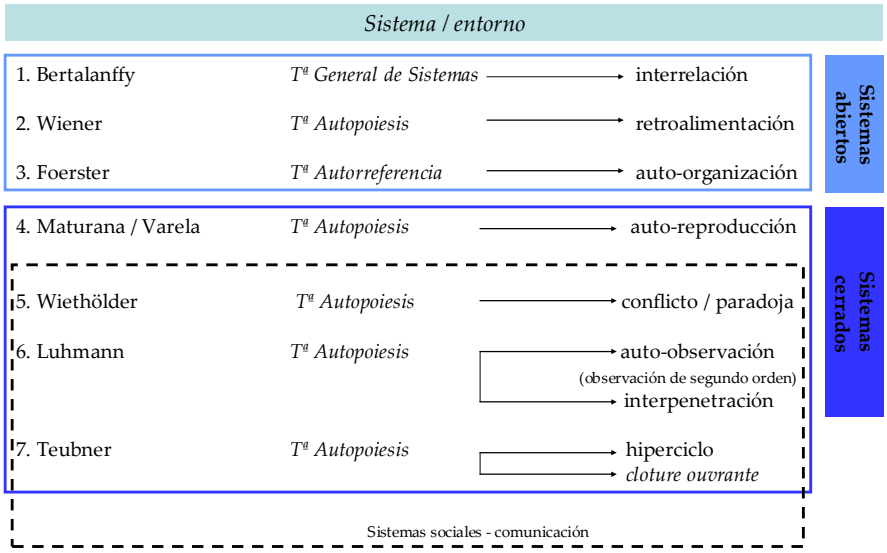
[757] Comunicación que "no es una acción, tampoco una acción comunicativa, sino un evento diferente, que requiere de la participación de más de un actor para tener lugar" (en RODRÍGUEZ MANSILVA y TORRES, *Sociologías*, 2003, p. 128). En el concepto elaborado por LUHMANN, la comunicación es una síntesis de tres selecciones: (1) selección de una información y de (2) una expresión o acto de comunicar, llevadas a cabo por *Alter*; y (3) selección de una comprensión o incomprensión llevada a cabo por *Ego*, de suere que la comunicación sólo ocurre cuando *Ego* reacciona comprendiendo o no.

[758] Tanto VARELA (en «Autonomy and Autopoiesis», Roth y Schwegler (eds.), *Self-organizing Systems. An Interdisciplinary Approach*, Campus, Fráncfort, 1981, pp. 14 y ss.; también en *Autopoiesis*, 1981) como LUHMANN (en *Soziale Systeme,* 1984*,* pp. 27; *apud* TEUBNER, *Autopoietic Law*, 1988, p. 217) han advertido que el cambio de paradigma desde una teoría de los sistemas abiertos hacia una teoría de los sistemas autopoiéticos lleva consigo un cambio radical en la forma de asimilar la sistemática social, trasladándose el énfasis conceptual de su concepción desde los términos de *diseño* y *control* hasta los de *autonomía* y *sensibilidad ambiental*; desde la allonomía y la ley externa hasta la autonomía y la regulación interna.

[759] La noción en cuestión fue introducida en la discusión europea acerca de las estructuras sociales en 1958 por DAHRENDORF, quien entendía por rol social "aquel constructo que aglutina unhaz de expectativas sociale sque se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones" (en castellano, *Hommo sociologicus: un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, p. 69), de donde se extrae que el rol es el conjunto de expectativas asociadas a una posición. Sobre esta cuestión puede verse, muy didáctico y con amplias referencias acerca del desarrollo histórico del concepto de «rol», PIÑA ROCHEFORT, «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal», *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, *II*, UEC, Bogotá, 2003, pp. 39-60; pp. 41-45, donde el autor advierte acertadamente que "el rol se deduce (…) de la normatividad y diferenciación social" (p. 45).

comprensión de la sistemática social general –muy consciente de que cada disciplina ha desarrollado, además, un cuerpo doctrinal propio a partir de la adopción del método de la sistemática social–.

Evolución del paradigma sistémico



§ 6. Con todo, y como ha puesto de relieve Anthony BECK[760], cabe decir que el don lleva consigo la maldición en este caso, ya que la lógica de la semiótica básica impide el establecimiento de un sistema cerrado y dimensionalmente autónomo pero a la vez fundamentado en la comunicación como unidad elemental. Sea, pues, la comunicación (a) un único mensaje diferentemente –o ¿igualmente?– codificable por cada sistema; o (b) un complejo de mensajes plurisistémicos, lo cierto es que en cualquier caso sólo es alcanzable una concepción sistémica abierta[761]. Así, la moderna teoría de sistemas tiene ahora la ardua tarea de formular y ofrecer una solución

[760] Véase, BECK, *OxJLS*, 1994, pp. 409-410. Y es que, a partir de un problema semiótico evidente, sobre el que ya advirtiera, entre otros, JACKSON (en *Semiotics and Legal Theory*, Routledge, Londres, 1985, pp. 284-287), se concatena una suerte de concepciones insostenibles como aquélla, a la que ya me refiriera con anterioridad, relativa a la subjetividad epistémica de los sistemas (véase, TEUBNER, *L&SRev*, 1989, p. 741: "los discursos sociales son los nuevos sujetos epistémicos que compiten con la conciencia de los individuos"), que autores como JAMES han tachado de «misticismo» (en «An Open or Shut Case, Law as an Autopoietic System», *JL&S*, 19, 1992, pp. 271-283).

[761] De hecho, incluso quienes muestran su conformidad con la postura luhmanniana se ven conminados a matizar sus postulados. Así, LADEUR, por ejemplo, raya la crítica al admitir que "no queda claro que la autocontención de la autorreferencia (en la teoría de sistemas) no se conciba como sinónimo de la condición de entropía de los sistemas energéticos, los cuáles no tienen relación alguna de intercambio con su entorno" (en *Autopoietic Law*, 1988, p. 255).

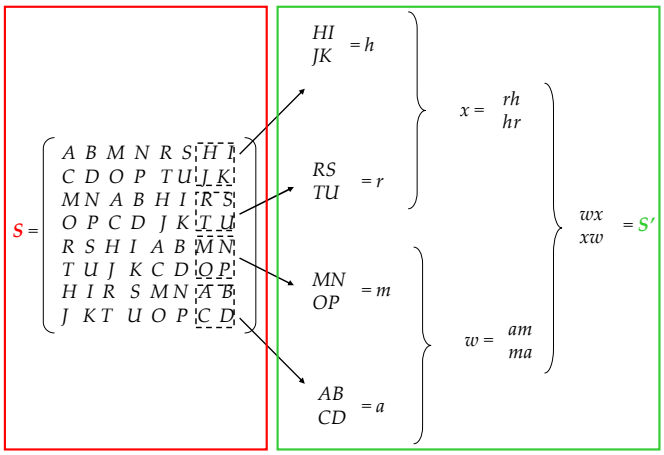
definitiva a la dicotomía principial que le aqueja: o bien asume la apertura operativa de los sistemas sociales, o bien ha de prescindir de la comunicación como elemento nuclear de su construcción dogmática. De hecho, pareciera que el propósito de la teoría luhmanniana fuera garantizar la unidad sistémica a través de la formulación de la clausura operacional de los sistemas, como si la ordenación estructural confiriera una identidad comunicativa diferenciada. Empleando los términos del propio LUHMANN, la unidad es identidad y se refiere a una diferencia cognoscitiva, hasta el punto de que todo lo operacional es también cognoscitivo, no siendo factible adjudicar cualidades evolutivas a sistemas operacionalmente cerrados. Los sistemas cerrados operacionalmente son sistemas no operativos[762]. Sólo así puede entenderse que la diferencia entre sistema y entorno sea validada *en* y *por* el sistema, de suerte que éste diferencie la información ambiental de la comunicación como acción potencial del sistema. Sin embargo, de tal ejercicio de selección y filtración (codificación) de la información para traducirla en comunicación hábil para la acción sistémica no cabe concluir la clausura operacional de los sistemas, sino más bien todo lo contrario. Y es que, si se me permite la expresión, la teoría de sistemas llega al idealismo con un siglo y medio de retraso.

§ 7. La posibilidad de cambio y evolución, entonces, no se correlaciona con la función sistémica estabilizada a través del «bloqueo» de información del exterior («*noise*»), sino que el propio sistema se traduce en una estructura selectiva redundante[763] que en sí incluye un elemento de

[762] De ahí que el autor autarquizara su propia teoría al considerar que la doctrina es sólo posible como una forma de autoobservación y autodescripción del sistema (en *Dilemmas of Law*, 1986, pp. 119, 121 y 125). No obstante, soy consciente de que, en la bella complejidad del pensamiento de LUHMANN, la autoorganización se convierte en una forma de autorreferencia de las estructuras a través de la posibilidad de autoalteración, mientras que la autorreferencia en el nivel de los elementos consiste en la capacidad de los elementos producidos en el sistema de contactar con otros elementos (véase, *Dilemmas of Law*, 1986, p. 114; recogido por LADEUR en *Autopoietic Law*, 1988, p. 257).

[763] Un buen ejemplo acerca de la descripción económica de sistemas complejos redundantes es el que ofrece SIMON, escéptico frente a la teoría sistémica y considerando que habitualmente los sistemas jerárquicos se componen sólo de unos pocos tipos de subsistemas diferentes ordenados según varias combinaciones y disposiciones. Véase, *The Sciences of the Artificial*, MIT Press, Cambridge, 1992, pp. 220 y ss., aclarando que la redundancia sistémica adopta, al menos, tres formas, a saber, la de un complejo (1) describible mediante un alfabeto restringido de términos elementales que se corresponden, precisamente, con los subsistemas elementales a partir de los cuáles se forma el sistema; (2) deconstruible (el autor habla de «*decomposable*»); y (3) recodificable descriptivamente a través de la reubicación de un código descriptivo siguiendo una ley o patrón diferencial que genera el «camino» sistémico (p. 222). A continuación reproduzco el modelo de selección sistémica bidimensional en el que el autor basa su explicación (donde el sistema S lo conforman 65 símbolos, mientras que S' se define a través de 35):

cambio, el cuál hace posible la apertura hacia la transferencia y remodulación funcional entre sistemas[764].



En el mismo sentido, ID., «The Organization of Complex Systems», Patte (ed.), *Hierarchy Theory. The Challenge of Complex Systems*, George Braziller, Nueva York, 1973, pp. 1-27; ID., junto con NEWELL, «Models: Their Uses and Limitations», White (ed.), *The State of the Social Sciences*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, pp. 66-83. El origen de descripciones sistémicas ecónomicas no es otro, en definitiva, que la aparición y el desarrollo, en el campo de la cibernética, del sistema informativo binario, ya que ello implicó el paso de una ordenación numérica decimal a un dígito binario o *bit* (unidad mínima de información en cibernética). Al respecto pueden verse los trabajos de KAUFMANN en los que el autor introduce las llamadas *redes booleanas* o redes dinámicas discretas en las que el conjunto de estados es binario, normalmente $Q = \{0,1\}$ (el primero de ellos, «Antichaos and Adaptation», *Scientific American*, 265, 1991, pp. 78-84, en el que enuncia que "el caos (…) es sólo parte del comportamiento de los sistemas complejos", y formula el «anticaos» con las siguientes palabras: "algunos sistemas muy desordenados espontáneamente «cristalizan» en un elevado grado de orden" (p. 79); el segundo, «Metabolic stability and epigenesis in randomly constructed genetics nets» *JThBio*, 22, 1969, pp. 437-467). Sobre el caos como origen de la sistemática social, formulando originalmente los principios de la entropía sistémica, PRIGOGINE y STENGERS, *Order out of Chaos: Man's New Dialogue with Nature*, Bantam Books, Nueva York, 1984, pp. 131-145.

[764] Hasta aquí han llegado ya críticas como las de LADEUR, *Autopoietic Law*, 1988, p. 263; RADZICKY, «Institutional Dynamics, Deterministic Chaos, and Self-Organizing Systems», *JEI*, 24, 1990, pp. 57-102; LYDESDORFF, «Is Society a Self-Organizing System?», *JS&ES*, 16, 1993, pp. 331-349, especificando las condiciones necesarias para que un sistema social se convierta en autoorganizado en términos comunicativos, y sugiriendo la «interpenetración» sistémica como noción interpretativa capital; ALLEN, «Evolution, Emergence, and Learning in Complex Systems», *Emergence*, 5, 2003, pp. 8-33 (publicado conjuntamente con STRATHERN); ID., «Dynamic Models of Evolving Systems», *System Dinamics Review*, 4, 1988, pp. 109-130; ID., «Modeling Complex Human Systems: A Fisheries Example», *EJOR*, 24, 1987, pp. 147-167 (publicado conjuntamente con MCGIADE).

IV.4. Recapitulación. Relevancia de la teoría de sistemas en el Derecho penal.-

§ 1. Como dije al comienzo de este capítulo, la Teoría General de Sistemas se desarrolló en sus orígenes con la pretensión de confirmar la vigencia de la precisión de la ciencia en condiciones de indeterminación (estructural). Pues bien, en su aplicación a las ciencias sociales ha perseguido un mismo fin, en el contexto de incertidumbre que arroja la llamada sociedad del riesgo.

§ 2. La teoría de sistemas autopoiéticos es una reflexión en torno a un desarrollo evolutivo en el que el observador no está «afuera» respecto del objeto representado y el objeto no se halla analíticamente reducido, sino que distinciones y relaciones variables son tematizadas incorporando al observador y las consecuencias de la acción, en un escenario en el que "lo que llamamos artefactos no están apartados de la naturaleza" y se conciben como *interfaces* o puntos de encuentro entre un ambiente «interno» –la sustancia y organización del artefacto mismo–, y un ambiente «externo» –el entorno en el que aquél opera–[765].

§ 3. Ha quedado patente a lo largo de esta reflexión en torno a la teoría de sistemas que, desde una perspectiva estrictamente dogmática, es tan osado y a un tiempo pretencioso criticar o pretender derribar la concepción teórico-sistémica luhmanniana, como adscribirse a ella sin reservas. Lo primero porque no nos enfrentamos –sólamente– a las tribulaciones de un

[765] Véase, SIMON, *The Sciences of the Artificial*, 1992, pp. 6 y ss., al entender que el objeto, en el marco paradigmático descrito, es, simultáneamente, un resultado recursivo de la (auto)observación en el sentido de que lo observado está siempre más fuertemente permeado por lo «artificial» creado por el observador y, por tanto, puede ser construido con base en relaciones funcionales y no ya sobre causalidades estático-paramétricas. Por su parte, ASHBY elabora una clasificación de los mecanismos selectivos de información en los sistemas en «Sistemas y sus medidas de información», Bertalanffy (ed.), *Tendencias en la Teoría General de sistemas*, Alianza, Madrid, 1984, pp. 95-117, diferenciando mecanismos *naturales*, *inconscientes* o *artificiales*. También resulta de gran interés la postura aperturista de PAILLARD, quien, como ya dijera con anterioridad en este capítulo, introduce el reconocimiento de la temporalidad mediante el establecimiento de niveles sistémico-organizativos (sistema, estructura, elemento), eliminando toda estabilidad lineal regulada mediante parámetros «estancos» a favor de un proceso no lineal de equilibrio (en *L'auto-organisation*, 1983). Pues bien, esa «virtualización» a la que el autor se refiere es, según LE MOIGNE, lo que adjudica a la memoria del sistema social el carácter paradójico propio de la autonomía (en «Autoorganisation des systèmes de décisions», Roy (ed.), *La Décision: ses disciplines, ses acteurs*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1983, pp. 47-68). Posturas formalmente estructuralistas, pero cuya práctica experimental derriba su presupuesto principial, a saber: la propia jerarquía sistémica, hasta el punto de que el sistema social se ve conminado, bajo estos presupuestos, a "operar con la incertidumbre", tal y como ha observado LADEUR (en *Autopoietic Law*, 1988, p. 266).

sabio científico, sino más bien a todo un *nuevo* intento de paradigma científico; y lo segundo porque dicho paradigma se halla, todavía hoy y como el propio LUHMANN reconoce, abierto y en construcción en lo que se refiere a su aplicación a las ciencias sociales.

Pero ello no debe llevar al escepticismo o el desencanto científico –aunque sí a relativizar la funcionalidad misma de una teoría (funcionalista) todavía en construcción–. El Derecho –y, concretamente, el Derecho penal–, como cualquier otro sistema social, no tiene por fin asimilar y ajustarse al bosquejo evolutivo de la teoría sistémica, la cual hallará su verdad únicamente en la medida en que colme la realidad social y no, como pretende, en la medida en que la (re)construya. En cualquier caso, el estado científico de la cuestión exige del investigador, cuando menos, una reflexión en torno al *nuevo* paradigma que arroja la teoría de sistemas. Ésta, como *buena* teoría, se alza en portadora de cuestionamientos más que de certezas. Así, en lo que atañe a la ciencia jurídico-penal, resulta de sumo interés y latente actualidad que el penalista *vuelva* a reflexionar, a la luz del paradigma teórico-sistémico, sobre –al menos– dos cuestiones radicales, a saber: (1) la relación que, en el marco de una socialidad globalizante y de un cada vez más pronunciado *poliglotismo* científico, tiene que establecer el Derecho penal con el *entorno sistémico* al que se viene refiriendo directamente y por aparente necesidad política, tal y como apunta su ya no reciente expansión hacia realidades sistémicas económicas, natural-medioambientales, industriales, etc., además de hacia susbsistemas *consistémicos* tales como el Derecho administrativo sancionador o el Derecho mercantil, entre otros[766].

Sólo una vez solventada la anterior cuestión, podrá y deberá el penalista reflexionar en torno a (2) la normativización de los conceptos que informan el sistema de imputación con el que ha de operar, teniendo en cuenta que el paradigma sistémico «reconstruye» el argumento de imputación tradicional relativo a la atribución de responsabilidad sobre la base de un

[766] No es este un ejercicio menor. Recordemos que autores como LUHMANN o GLANVILLE, entre otros, han admitido una formulación teórico-sistémica según la cuál la parte tiene un poder reflexivo mayor que el todo que engloba sistema y entorno. A lo que GÜNTER ha respondido matizando que un sujeto requiere de una distinción respecto de un entorno para poder reflejarse en aquél, de manera que se puede concluir que "algunas partes del universo tienen un poder de reflexión mayor que todo el universo mismo", pues el todo «falla» a la hora de reflejarse en un entorno; le falta, en palabras del autor, el valor de la asimetría (en «Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations», publicado por primera vez en Yovits, Jacobi y Goldstein (eds.), *Self-Organizing Systems*, Spartan Books, Washington, D. C. 1962, pp. 313-392; pp. 369 y ss. (posteriormente publicado también en *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, I, Meiner, Hamburgo, 1976, pp. 249-328).

juicio de reproche culpabilístico individualizado[767]. Un argumento que, sea dicho de paso, no ha sabido responder en su desarrollo legislativo hasta la fecha a las demandas de una realidad psicosocial cada vez más compleja.

§ 4. En suma, las teorías críticas y, más recientemente, la «moderna» teoría (estructural-funcionalista) de sistemas, en su noble intento de trascender el dualismo sujeto/objeto, nos han preparado para lo que no es otra cosa que (i) la *ausencia del sujeto* en una comunidad que "se concibe con ansia a sí misma como vacía e imposible mientras aguarda su realización"[768], y viene argumentando una (ii) clausura operativa que no se deriva necesariamente de sus presupuestos originales en cuanto razón natural sistémica, como demuestran los trabajos fundacionales en la materia[769] y conceptos estructurales más recientes, como puedan ser el de «interprenetración de las estructuras», «*cloture ouvrante*», o «validación (de roles)», hasta el punto de que los autores adscritos al constructivismo operativo enfrentan generalmente la eventual apertura (operativa) de los sistemas sociales tratando como «subsistemas» los sistemas a los que el autor de estas líneas se refiere como «sistemas abiertos». De donde me permito concluir que en esencia nuestras posturas no se hallan insalvablemente enfrentadas.

§ 5. Para poner fin al presente capítulo quisiera ofrecer al lector una breve relación de conclusiones que habrán de servirme para sustentar mi postura en el capítulo que sigue.

---

[767] Sobre este punto el propio LUHMANN practica un prudente matiz; y es que reconoce que las experiencias recibidas a partir de la construcción teórica que propone "no son tan alentadoras como para caer en la tentación de transferirlas sin más a la sociedad considerada como el verdadero sujeto (…) para entonces imputarle todo lo que antes se atribuía a la conciencia del individuo" (en *La sociedad de la sociedad*, 2007, p. 689). Por otro lado, autores como SHOEMAKER, entre otros, han querido transferir del individuo a la sociedad los pensamientos relativos a la autorreferencialidad hasta el punto de que lo que los matemáticos llamaran «valores propios de operar recursivo» se ha traducido, para la conciencia, en un modelo de autoidentificación-sin-criterios del operar autorreferencial (véase, «Self-Reference and Self-Awareness», *JPhil*, 65, 1968, pp. 555-567).

[768] MACCANNELL se refiere, al respecto, a un «lugar de encuentro vacío» (en la introducción a su obra del mismo título *Lugares de encuentro vacíos*, Melusina, Barcelona, 2007, p. 13, además de a lo largo de la obra). Por su parte, GIDDENS aborda la cuestión relativa a la evolución histórico-doctrinal de la concepción de la subjetividad epistémica en *Central Problems*, 1979. Éste, ademas, ha advertido que el dualismo sujeto/objeto sólo podrá ser repudiado satisfactoriamente "si aceptamos que no es un dualismo sino una *dualidad*" (p. 47).

[769] En definitiva, el estado uniforme del sistema, independiente de las condiciones iniciales y determinado sólo por los parámetros propios del sistema, era inicialmente una propiedad inherente a los sistemas abiertos a la que BERTALANFFY llamaba *equifinalidad* (véase, *Teoría General de los Sistemas*, 1976, pp. 147 y ss.).

(1) El Derecho penal es un sistema de sistemas, un sistema (social) abierto porque es un sistema *final* que no se agota en el automantenimiento de sus variables –es decir, en su funcionalidad– y que es capaz de *intercambiar energía* con otros sistemas y subsistemas. Sólo ello permite el análisis de su dinámica y cinética sociales.

(2) No obstante, la dinámica abierta del Derecho (penal) en cuanto sistema no se traduce en la imposibilidad de que en el Derecho existan *mecanismos de retroalimentación*, ya que en el sistema se combinan distintos niveles de organización estructural. Dichos mecanismos cumplen en el Derecho (penal) funciones de control, y se articulan a modo de validación –o no– de la información proveniente de sistemas conexos, en un proceso de *normativización* o codificación[770] que tiene como resultado la producción de *roles* o constructos sistémicos mínimos[771].

(3) Los límites estructurales del sistema Derecho penal –el «marco» o *parergon* sistémico– no son una simple frontera estática, sino un *lugar para la traducción de los discursos sociales*, que debe servir para dinamizar las jerarquías normativas en aras de la fluidez comunicativa inter-sistémica. Dichos límites, por tanto, se hallan *acoplados* a los de otros sistemas (conexos) en distintos niveles y en distinto grado, de manera que del Derecho penal puede decirse que forma parte de un conglomerado de sistemas *interpenetrados* estructuralmente –un *rizoma*–. La consecuencia inmediata es evidente: el Derecho penal comparte elementos de su estructura con otros sistemas.

(4) El dolor se presenta como un constructo normativo que sólo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la comunicación sobre el dolor sea considerada relevante por servir para asignar una valencia negativa a la comunicación que no reafirma el sistema[772]. Sin olvidar que, siendo el aspecto cognitivo un presupuesto de posibilidad o una condición de la comunicación normativa que no puede ser asegurada por el propio sistema

[770] Es a esto, entiendo, a lo que se refiere en útima instancia LUHMANN cuando apunta que "el derecho se diferencia de la sociedad como sistema autopoiético autónomo, estableciendo una red de comunicación funcional-específica que en parte confiere a las palabras un sentido más estrecho, en parte un sentido incomprensible para la comunicación no legal, en parte añadiendo un cuño propio" (en *Autopoietic Law*, 1988, pp. 335 y ss.; p. 340).

[771] En el sentido en el que lo establece PIÑA ROCHEFORT en *Rol social*, 2005, p. 425.

[772] Lo cual, como advierte GÓMEZ-JARA DÍEZ (en *InDret*, 2008-2, pp. 16-17), va variando con la evolución social, siendo así que en el desarrollo de la sociedad moderna el dolor físico desempeña un rol cada vez menor. Precisamente porque el dolor penal no constituye un aspecto determinante del concepto de pena (un ejemplo de ello pudieran ser las instituciones de la suspensión y la sustitución de la pena, la celebración de juicios en ausencia o la creciente proliferación, en los últimos tiempos, de las penas de multa).

jurídico sin que el sistema pierda su unidad, el dolor ha de ser entendido como unidad de significado y no como finalidad sistémica[773].

La evolución del Derecho penal en la sociedad moderna no parece entenderse si no se conceptualiza el dolor como constructo comunicativo del sistema jurídico. Como mecanismo de *diferenciación* que permite al sistema asignar un *lugar* –y ¿un *rol*?– en su estructura a la información validada. Ello explicaría el fenómeno expansivo que aqueja a la ciencia jurídico-penal, la cual, al tiempo que retrocede en cuanto a la imposición de castigos corporales, se expande y refuerza en cuanto a su código de significación comunicativa.

(5) El Derecho no es ya un sujeto epistémico que se auto-conoce y describe, sino una estructura que filtra el no-Derecho para *tratarlo jurídicamente*. En otras palabras, nos hallamos ante un sistema estructural-reactivo, y no ya epistémico-reflexivo. Lo cual permite, ahora sí, hablar de la apertura operacional del sistema, como traductor funcionalmente (hetero)referenciado; y del individuo como *agente* catalizador del acto comunicativo a través de roles sistémicos.

Es necesario, en todo caso, continuar la reflexión en torno a la socialidad de los llamados sistemas sociales si no queremos que, sin serlo y por no serlo, éstos acaben por desnaturalizar lo social, como hizo la ballena con el blanco.

[773] Ya que, "cuando se castiga, no se trata de influir en los procesos cognitivos que el dolor causa en el sistema psíquico del autor, sino sobre su significado comunicativo". En otras palabras: el dolor como portador de significado pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de su sistema jurídico, aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación (GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret*, 2008-2, p. 17). Una prueba de lo anterior es que, aunque la pena de multa y la multa administrativa tienen el mismo efecto en la conciencia de quien la sufre, e incluso idénticas consecuencias prácticas o materiales, lo cierto es que la pena de multa goza de un significado comunicativo distinto desde el punto de vista normativo.

CAPÍTULO V
AUTOORGANIZACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EMPRESARIALES. LA NORMALIZACIÓN DE LA *LEX ARTIS* COMO APERTURA OPERATIVA DE LOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

Una vez expuestos en el capítulo anterior los fundamentos que sustentan mi interpretación de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos aplicada al Derecho (penal), resta proponer y explicar el fenómeno a través del cual el Derecho (penal) se relaciona con sistemas y/o subsistemas con los que comparte –o puede llegar a compartir– determinados niveles y formas de su estructura.

A tal fin, en el presente capítulo me detendré, primeramente, en la introducción del fenómeno de la autorregulación, cada vez más arraigado en el ámbito jurídico (V.1 y V.2), para abordar posteriormente, con base en lo concluido en el capítulo anterior, la crítica de las formas en las cuales la interpretación dominante de la teoría de sistemas viene traduciendo la aplicación de ésta al Derecho penal (V.3). Finalmente, cerraré el capítulo poniendo a disposición del lector las herramientas conceptuales que habrán de servirme para sustentar mis propuestas finales –interpretativa de *lege lata* y de tipificación de *lege ferenda*– en los capítulos VI y VII de la Parte Tercera de este estudio.

V.1. Autoorganización y autorregulación. Significado y alcance.-

§ 1. No es infrecuente que en el ámbito empresarial los agentes económicos asuman normas o instrumentos de organización y regulación de su actividad en apariencia emanados del propio mercado, sugeridos, recomendados o incluso impuestos por éste. Es el caso de los instrumentos de buen gobierno corporativo, a los que ya que me he referido en el apartado III.2. de este estudio, pero también el de la publicidad, la normativa técnica contable, los estatutos de los colegios profesionales o las guías, informes, pautas, y un largo etcétera, que acompañan y envuelven la actividad comercial delimitando los márgenes de actuación de los agentes implicados en ella.

El fenómeno de la autorregulación empresarial se desarrolla a lo largo del siglo XX a merced de lo que se ha venido a llamar la «desmitificación del Estado»

[774]. Éste se muestra incapaz de abarcar las características de una sociedad postindustrial cambiante gobernada por los avances de la comunicación. A la sociedad le es ahora exigible una *prudentia civilis* no ya que autolimite, sino que controle y modere la expresión de su reciente poder, tal y como han advertido autores de la autoridad de ESTEVE PARDO o DARNACULLETA I GARDELLA, entre otros[775]. Este hecho ha llevado a la descentralización del control y la dirección corporativos a favor de organizaciones de una gran complejidad estructural interna que rechaza una regulación intervencionista por parte del Estado.

---

[774] CROZIER observa dos características fundamentales del problema de gobernabilidad que aqueja comúnmente a los Estados de Europa occidental: "Los sistemas políticos europeos se han sobrecargado con participantes y demandas, y tienen una dificultad creciente para dominar la complejidad que es resultado natural de su crecimiento económico y su desarrollo político (…) la cohesión burocrática que deben sustentar de cara a mantener su capacidad de decidir e implementar tendencias a fomentar la irresponsabilidad y la ruptura de consenso, lo cual incrementa en cambio la dificultad de su tarea" (en el capítulo segundo, «Western Europe», de Crozier (ed.) *The Crisis of Democracy*, New York University Press, Nueva York, 1975, p. 12).

[775] Véanse, ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 35 y ss.; DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 38 y ss., y 140 y ss. También CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección, certificación*, Comares, Granada, 2003, pp. 69, 72 y ss., y 94, haciendo referencia a un orden social de la «expertocracia». Asimismo, imprescindible, DEL GUAYO CASTIELLA, «La regulación económica como alternativa», *RDA*, 130, 2006, pp. 227-254. Sobre el debate filosófico en torno a la prudencia y la autorresponsabilidad, JONA, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

> Desde una perspectiva legal, las críticas a la autorregulación la han situado como un ejemplo de corporativismo moderno, en el que determinados grupos que participan en alguna de las formas de la vida social eluden los canales constitucionales convencionales para acceder al poder político[776]. En este sentido, advierten acerca de la peligrosidad que entrañaría la ausencia de legitimidad democrática en la actividad reguladora y de gobierno de los agentes de la autorregulación[777].

§ 2. La descentralización y difuminación social del poder, así como la consiguiente urgencia de prudencia y moderación en su ejercicio privado, se corresponde con una concepción del Derecho a la que algunos autores se refieren comúnmente como «Derecho reflexivo»[778]; un Derecho que se aleja del mandato y la prohibición para adoptar un modelo de contención,

> y cuyo germen bifocal TEUBNER atribuye, por un lado, a los trabajos de NONET y SELZNICK –en el ámbito estadounidense– y, por el otro, a los de HABERMAS y LUHMANN –en el ámbito continental (alemán)–. Todos ellos en la línea de un neo-evolucionismo jurídico crítico con la racionalidad formal característica de un Derecho moderno que declaran en crisis[779].

---

[776] Así, por ejemplo, SCHMITTER, «Neo-Corporatism and the State», Grant (ed.), *The Political Economy of Corporatism*, St. Mary's Press, Nueva York, 1985, pp. 32-62; LEWIS, «Corporatism and Accountability: The Democratic Dilemma», Crouch y Dore (eds.), *Corporatism and Accountability: Organized Interests in British Public Life*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 63-102.

[777] Así, entre otros, PAGE, quien advierte, a mi entender con gran acierto, que la idea de democratización de la actividad autorreguladora está directamente relacionada con el aseguramiento de la fluidez y veracidad en la información social por parte del órgano de gobierno correspondiente (en «Self-Regulation: The Constitutional Dimension», *ModLRev*, 49, 1986, pp. 141-167; p. 163).

[778] El concepto de «Derecho reflexivo» no se da en el lenguaje de la teoría jurídica, sino que refleja una estrategia de pensamiento jurídico postmoderno interesado por la *regulación legal de la autonomía*. En este sentido puede verse, por todos, TEUBNER, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *L&SRev*, 17, 1983, pp. 239-285, en el que el autor concibe el Derecho (reflexivo) como sistema todavía en transición "para la coordinación de la acción en y entre subsistemas sociales semi-autónomos" (p. 242). En el mismo sentido, ID., «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1985, pp. 299-325; ID., junto con FEBBRAJO, «Autonomy and Regulation in the Autopoietic Perspective: an Introduction», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 3-16; pp. 11-13. Sobre el «Derecho reflexivo» y, más extensamente, sobre la tesis de TEUBNER al respecto, REICH, «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica», Corcuera y García (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 95-119. También, GAINES, «Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development», *BuffEnvtlLJ*, 10, 2002, pp. 1-24.

[779] TEUBNER, *L&SRev*, 1983, pp. 242 y ss., citando, de los estadounidenses, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, Nueva York, 1978; de HABERMAS, *Comunicative Action*, *I*, 1984; y de LUHMANN, por todas, *Law as a Social System*, Oxford

No obstante, es oportuno considerar en este punto los riesgos que entraña la asunción de un Derecho reflexivo de cuño teubneriano como modelo de un *nuevo* Derecho penal en el marco de una sociedad de sistemas que –digámoslo así– «se autorregulan». Y es que la inspiración deslegalizadora del autor, de origen marcadamente weberiano, no se corresponde con la que inspira las formas que hoy se consideran «de autorregulación», cuya razón de compatibilidad con «lo público» no constituye una relación de exclusión sino de inherencia (gradual)[780].

§ 3. La idea arrojada por el nuevo paradigma sistémico de un sistema social supraindividual que "activamente ejerce un control (sobre la estructura y la acción) podría parecer a muchos sociólogos una invitación al oscurantismo"[781]. De hecho, hay quien ha visto en este modelo una propuesta de «paradoja consensuada», al advertir espacios en los que un exceso de regulación puede llevar a la infrarregulación, hasta el punto de que cabe afirmar que *es precisamente la voluntad reguladora de las instancias públicas la que conduce a un incremento de la autorregulación privada*[782].

En este sentido, BALDWIN apunta que la autorregulación es concebida por sus padrinos en y para el marco de un agente "bien informado, bien intencionado y bien organizado que presentaría pocos problemas si se le dejara autorregularse",

---

University Press, Oxford, 2003, (concretamente, el capítulo segundo, relativo a la clausura operativa del sistema jurídico, pp. 76-141). En lo que atañe al Derecho penal, la crisis que denuncian y de la que parte TEUBNER hace referencia al reconocimiento de una «polución del entorno legal», cuyos límites sistémicos internos se difuminan cada vez más como consecuencia de un exceso de demandas sociales de intervención. Un hecho que sirve al autor para efectuar, desde una idealización de las tendencias autorreguladoras y deslegalizadoras, una profunda crítica del Estado social y de bienestar, al que acusa de crear la ilusión de que puede haber una respuesta jurídica (lineal) a cada problema social (recogido por REICH en *Derecho y Economía*, 1988, p. 97).

[780] Crítico con el trilema regulatorio teubneriano y con su «Derecho reflexivo», y defendiendo la imbricación de las regulaciones y estructuras sistémicas, STONE, *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper, Nueva York, 1975; ID., «Public Interest Representation: Economic and Social Policy Inside the Enterprise», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 122-146.

[781] LEYDESDORFF, «Is Society a Self-Organizing System?», *JS&ES*, 16, 1993, pp. 331-349; p. 332.

[782] Por todos, SUNSTEIN, «Paradoxes of the Regulatory State», *UChiLRev*, 57, 1990, pp. 407-441, quien asegura que, a pesar de las paradojas connaturales a la autorregulación, la solución a estas no pasa por abandonar el modelo en cuestión a favor del regreso a un sistema de *laissez faire* (pp. 408, 413-416). Asimismo, ESTEVE PARDO concluye que "las pretensiones autorreguladoras en sectores dominados por la complejidad se acaban saldando con la remisión a la autorregulación de esos sectores o de amplios márgenes de su actividad", de manera que "a mayor pretensión reguladora mayor protagonismo se concede a la autorregulación" (en *Autorregulación*, 2002, p. 29).

algo que evidentemente no se corresponde con una realidad social de agentes "mal informados, mal intencionados y mal organizados"[783].

Desde el ámbito de la Economía aportaciones como la de COASE y su conocido teorema hace ya más de medio siglo que se mostraban favorables a la autorregulación, llegando a demostrar que, sujeta a costes de transacción, la eficacia asignada a un sistema en su actividad se logra a través de transacciones comerciales voluntarias, como quiera que haya sido formulada la ley respectiva[784]; en otras palabras, que en ciertas condiciones, y en presencia de externalidades, las corporaciones privadas pueden encontrar soluciones eficaces sin que para ello sea necesaria la intervención del poder público. De esta manera, en el ámbito de las corporaciones tanto las transacciones de mercado –algunas, al menos– como los convenios entre los factores cooperantes en la producción se sustituyen por decisiones administrativas[785].

---

[783] En «Health and Safety at Work: Consensus and Self-Regulation», Baldwin y McCrudden (eds.), *Regulation and Public Law*, Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1987, p. 153. También en «Why Rules Don't Work», *ModLRev*, 53, 1990, pp. 321-337, el autor advierte que los patrones ideológicos, como dadores de sentido que poseen los grupos, los individuos e incluso las profesiones, interpretan un papel a tener en cuenta para la comprensión de los eventos y fenómenos a regular (p. 335). En la misma línea se posiciona JENKINS en *Policy analysis: A Political and Organisational Perspective*, St. Mary's Press, Nueva York, 1978, p. 40. Asimismo, BARDACH recurre a la metáfora del proceso hacia la autorregulación como un juego en el que distintos grupos e individuos «luchan» por el control administrativo, y sostiene que este "nos impone la observación de los jugadores, de las reglas del juego (…), de la naturaleza de las comunicaciones (o la ausencia de estas) entre los jugadores y el grado de incertidumbre circundante" (en *The Implementation Game*, MIT Press, Cambridge – Massachussets, 1977, p. 56).

[784] Tal y como reza el conocido teorema «coasiano», expuesto ampliamente en COASE, «The Problem of Social Cost», *JL&E*, 3, 1960, pp. 1-44. Así, si el reordenamiento de los derechos legales a través de transacciones de mercado supone una serie de costos operacionales, dicho reordenamiento sólo tendrá lugar cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho (p. 15, abordando la problemática del costo en las transacciones de mercado, una vez expuesto el paradigma ideal sin éste).

[785] Así lo manifestaba el propio COASE en «The Nature of the Firm», *Economica*, 4, 1937, pp. 386-405. En él, el autor cuestionaba las razones que llevan a la regulación pública (estatal) de una industria o de un sector, cuando es comúnmente aceptado en el ámbito de la ciencia económica que dicha regulación del sistema en cuanto distribución y asignación de los recursos es llevada a término automática y naturalmente por el propio sistema a través del ancestral mecanismo del precio (p. 389 y ss.). En esta línea, DURBIN asegura que un ejercicio similar al del cálculo de precios rige también en el ámbito de la dirección empresarial en los sistemas competitivos, con la única diferencia de que la planificación económica pública se impone al sector en cuestión, mientras que las corporaciones emergen voluntariamente, representando estas un más eficiente método de organización de la producción (en «Economic Calculus in a Planned Economy», *EcJ*, 46, 1036, pp. 676-690).

De donde cabría inferir una primera crítica a la sistematización de las formas de la autorregulación de ESTEVE PARDO, a la luz de un modelo «coasiano» que reafirma la verticalidad jerárquica en los sistemas que se autorregulan, hasta el punto de que la descentralización o huida de «lo público» en la que ha venido traduciéndose equivocadamente el fenómeno autorregulador[786] resulta ser, *estricto sensu*, un modelo de sub-centralización. En otras palabras, *el fenómeno de la llamada «autorregulación» es una huida sólo aparente del poder legalmente establecido con el fin de declarar normativamente un poder «nuevo», o de actualizar (en el senteido es especializar) el «viejo»*[787].

§ 4. La teoría de sistemas y el concepto mismo de sistema se encuentran vinculados al leitmotiv de la sociedad moderna de controlarse y supervisarse a sí misma[788], una aspiración que ha sido relacionada peyorativamente con el «interés propio» desde las distintas instancias

[786] Ya SALTER declaraba, hace casi un siglo, que "el sistema económico normal funciona por sí mismo. Para su operación habitual, *no está sometido a ningún control central*, no requiere un reconocimiento central. Sobre todo en el ámbito de la actividad humana y la necesidad humana, la oferta se ajusta a la demanda, y la producción al consumo, por un proceso que es *automático, elástico y sensible*" (en *Allied Shipping Control: an experiment in International administration*, Clarendon Press, Oxford, 1921, pp. 16-17, cursiva añadida). En esta línea, HAYEK apuntaba que la idea de un sistema económico que se coordina por el mecanismo del precio implica una concepción de la sociedad como organismo, y no como organización (en «The Trend of Economic Thinking», presentado originalmente como ponencia en la *London School of Economics and Political Sciencies* el 1 de marzo de 1933 y publicada posteriormente en *Economica*, 13, 1993, pp. 121-137; la edición consultada es la más actual, publicada en Bartley III y Kresge (eds.), *The Trend of Economic Thinking. Essays on Political Economists and Economic History*, Liberty Fund, Indianápolis, 2009, pp. 17-34; p. 27: "todavía nos negamos a reconocer que la interacción espontánea la las acciones de los individuos podrían producir algo que no es el objeto deliberado de sus acciones sino un organismo en el que cada parte desempeña una función necesaria para la continuidad del todo, sin una mente humana que lo haya inventado"). La idea organicista la toma HAYEK del eminente economista australiano MISES, quien en 1932 ya hablara de un sistema organizado superior al respecto (en *Socialism*, edición consultada de Liberty Classics, Indianápolis, 1981, pp. 261-263). No obstante, nótese que ambos autores se refieren todavía a un sistema económico al que no atribuyen capacidad de conocimiento.

[787] Muy ilustrativa en este sentido la concepción del poder en el marco de un Derecho reflexivo de corte teubneriano, en el que este no es ya visto como fuente potencial de desigualdad e injusticia, sino como instrumento social para lograr una efectiva transferencia de las decisiones, es decir, como método organizativo tendente al aseguramiento de la constante generación de *más* poder (así lo advierte LAMMERS en «Power and Participation in Decision-Making in Formal Organizations», *AJS*, 73, 1967, pp. 201-216; p. 201).

[788] En este sentido, BAECKER, *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2005, p. 3. También puede verse, TEUBNER, «Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 149-177.

sociales[789]. Así, el estudio de la sistemática social resulta de sumo interés si tenemos presente que el desarrollo de la llamada *cibernética*, orientada a la dimensión sistémica de los mecanismos de control y de transmisión de información[790], ha influido última e incontestablemente en la concepción de nuevos modelos de organización y dirección de sistemas sociales de distinta naturaleza hasta el punto de que a nadie es extraño hoy por hoy el fenómeno de la autoorganización[791], traducido –a mi entender equivocada o inexactamente, como argumentaré en el epígrafe que sigue– como *autorregulación*[792] en el ámbito empresarial.

[789] Así lo ha advertido, entre otros, BAGGOTT, en «Regulatory Reform in Britain, The Changing Face of Self-Regulation», *PA*, 67, 1989, pp. 435-454; p. 445.

[790] La estabilidad y orientación de todo sistema capaz de autorregularse depende del control de sus procesos. Así, como ya se ha visto en el capítulo anterior, el concepto clave que incorpora la cibernética a la Teoría General de Sistemas es el de «retroalimentación» (*feedback*), definida por WIENER como la "capacidad de ajustar la conducta futura con arreglo a hechos pasados" (en *Cibernética y sociedad*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 25; véase además, ID., *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*, The MIT Press, Cambridge, 1965, pp. 169-180). Una fugacísima introducción a los orígenes de la cibernética de segundo orden suficiente para iniciarse en la materia que nos ocupa puede el lector encontrarla en el *paper* de GLANVILLE, «The purpose of second-order cybernetics», *Kybernetes*, 33, 2004, p. 1379-1386, donde el autor hace referencia al concepto fundacional de la circularidad y apunta el «fin» como concepto proto-cibernético. Así, si la cibernética de primer orden era la relativa a los sistemas observados, la de segundo orden se refiere a los sistemas que observan (a sí mismos, observándose…).

[791] A modo de curiosidad, si bien extrapolable y aplicable a cada una de las partes o secciones de este estudio, me permito en este punto remitir al lector a la lectura y reflexión acerca del principio del orden fruto de la inestabilidad y del crecimiento aleatorio de KRUGMAN en su versión ensayística divulgativa (*La organización espontánea de la economía*, Bosch, Barcelona, 1996), según el cual una "estructura originariamente desordenada acabará por organizarse, porque toda estructura desordenada es *inestable* cuando se encuentra sometida a *shocks* elatorios" (p. 68); principio, insisto, que invita a la reflexión en relación con las cuestiones que aborda cada uno de los capítulos de este estudio, y que el autor explica a través de la ejemplificación que seguidamente me permito reproducir: "prueben a llenar un cubo con una combinación de pelotas de golf y de ping-pong (…) podrán distribuirlas de modo que haya tantas posibilidades de que una pelota de ping-pong esté en el fondo como arriba del todo y de que una pelota de golf esté arriba del todo como enterrada en el fondo. Sin embargo, en cuanto agiten el cubo, todas las pelotas de ping-pong quedarán arriba y las de golf pasarán al fondo" (pp. 67-68).

[792] Sobre la evolución y contextualización sociológica de la idea de autoorganización puede el lector encontrar un detenido estudio en la extensa obra de LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, 2007, especialmente en el capítulo quinto, «Autodescripciones», pp. 687-691. Antes en dicho ensayo el profesor declara que "el hecho de que la evolución es capaz de reclutar oportunidades (…) rompe con la circularidad explicativa de la teoría de la evolución y conduce a un análisis histórico", y es la teoría de los sistemas autorreferenciales precisamente la que ayuda, según el autor, a evitar la reducción de la noción de evolución al mero automatismo narrativo (p. 448).

Sin embargo, no se puede hablar de control sin referirse a la comunicación, pues, al menos en cuanto a los sistemas sociales, todo intento de control es un acto de comunicación que se sumerge en un mundo de «causalidad simultánea» en el que las causas tienen que *seleccionar* sus efectos y éstos tienen que *solucionar* aquéllas[793]. Pues bien, en este marco teórico el control se traduce en el establecimiento de medios causales que garanticen la viabilidad de la comunicación.

Como apunta BAECKER, la noción de control que asume la teoría de sistemas hace pensar en la necesidad de un observador que habite "ambos lados de la relación de control"[794], el cual es, en clave sistémica, el sistema Derecho mismo. Esta idea sirve igualmente para argumentar a favor de una concepción de la autorregulación no iusprivatista, sino de miras iuspublicistas.

El paradigma que se despliega y ofrece al estudio y debate científicos no es otro, en última instancia, que el del control potencial sobre los sistemas sociales, ya apuntados por la *cibernética de segundo orden* o *segunda cibernética*[795]. Así, MALIK, entre otros, establece que

> "uno de los más interesantes e importantes resultados de esta clase de cibernética es la asunción de que el control no puede ser separado del sistema sino que es intrínseco a éste, que está implícito en la estructura del sistema", de lo cual

[793] En este sentido, BAECKER denuncia que "toda inspección de la dinámica comunicativa del control es reconstructiva", de suerte que "cuando uno se adentra en el concepto de comunicación, el concepto de causalidad permanece fuera" (en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2005, p. 4, remitiéndose más ampliamente al respecto a BATESON, *Mind and Nature: A Necessary Unity*, Dutton, Nueva York, 1979, quien insistiendo en la diferenciación causa-efecto en un régimen comunicativo). Una postura debatible, habida cuenta que implica que a la comunicación sigue necesariamente la inseguridad respecto de las causas y los efectos. Además, la propia teoría sistémica alberga una noción de causalidad de acuerdo con la cual la cuestión no es si A produce siempre o con una cierta probabilidad B, sino si A, C, D, E son equivalentes funcionales en su cualidad de producir B. Así, si todo efecto tiene infinitas causas y toda causa infinitos efectos, toda causa puede ser sustituida de manera ilimitada (véase, INNERARITY, «La ilustración sociológica de Niklas Luhmann», *PyD*, 17, 1987, pp. 11-29; p. 15, citando y refiriéndose a LUHMANN).

[794] En *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2005, p. 5, y explica: "se precisa que la comunicación induzca a los observadores a la autoselección y a la reducción de los grados de libertad asociada con ella".

[795] Como MARUYAMA denomina al *feedback* positivo o retroalimentación que incrementa las desviaciones en los sistemas abiertos, en contraposición al modelo morfostático (en «The second cybernetics: deviation-amplifying mutual causal processes», publicado inicialmente en *American Scientist*, 51, 1963, pp. 164-179; y recogido posteriormente en Buckley (ed.), *Modern systems research for the behavioral scientist. A sourcebook*, Aldine Publishing Company, Chicago, 1968, pp. 304-313).

se deriva que "no es el director, ni la suma de todos los directores, quienes constituyen el mecanismo de control de un sistema"[796].

Por su parte, BAECKER definirá el sistema como "una forma de comunicar control en caso de que no exista otra forma de lograr que no sea comunicado"[797]. Planteamientos todos ellos introductorios a la temática relativa al control y gobierno sociales que informan acerca de las premisas sobre las que edificar una reflexión científica en Derecho.

§ 5. Asimismo, el fenómeno de la autorreferencia en su aplicación al sistema jurídico lleva a una paradoja ya apuntada en la Parte Primera de este trabajo y sobre la que la ciencia jurídica tiene el deber de pronunciarse. Me refiero, concretamente, a aquélla de *¿quién vigila al vigilante?*[798].

En el marco policéntrico de una sociedad que tiene por actores principales a las organizaciones empresariales[799], productoras de conocimiento[800] y riesgo, los Estados tradicionales encaran una situación de

[796] En «Systems Approach to Management: Hopes, Promises, Doubts – A Lot of Questions and Some Afterthoughts», Ulrich y Probst (eds.), *Self-Organization and Management of Social Systems. Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer, Berlín, 1984, pp. 121-126; p. 122, y sigue: "si cualquier compañía o institución social es considerada seriamente un sistema, ello nos lleva inevitablemente a la idea de auto-control y auto-organización. Si los sistemas no son realmente sino sólo aparentemente controlados y/u organizados por la dirección entonces los sistemas se controlan y organizan a sí mismos".

[797] En *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, 2005*,* p. 5. Al respecto, apunta GLANVILLE, tratando de explicar el surgimiento del control, que el sistema es la «caja blanca» que emerge de dos «cajas negras» interaccionando entre sí (en *BehSci*, 1982; primeramente en «The Form of Cybernetics: Whitening the Black Box», *General Systems Research: A Science, a Methodology, a Technology*, Society for General Systems Research, Louisville, 1979, pp. 35-42). Sobre las nociones de simetría y circularidad que inspira el pensamiento del autor, ID., «The self and the other: the purpose of distinction», presentado en las jornadas de celebración del sesenta aniversario de LUHMANN en la Universidad de Bielefeld, y recogido posteriormente en Trappl (ed.), *Cybernetics and Systems '90: the Proceedings of the European Meeting on Cybernetics and Systems Research*, World Scientific, Singapur, 1990, pp. 1-8 (*paper*). En torno a la circularidad, el autor asevera que "la distinción de «lo otro» es incluso más fundamental que la distinción del sí mismo, pues la distinción (autista) del sí mismo no se percata de que, al hacerlo, ha distinguido también la existencia de un «no sí mismo» de manera que el sí mismo no sólo implica «lo otro», sino que es validado por ese «lo otro»" (p. 3).

[798] Al respecto ya advertía, aunque refiriéndose al cuerpo judicial, CAPPELLETTI, en «Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility», *AmJCompL*, 31, 1983, pp. 1-62; en especial, en las pp. 14 y ss.

[799] A las que GÓMEZ-JARA DÍEZ se refiere como "cajas negras que no pueden ser reguladas legalmente de manera efectiva", de suerte que lo mejor que el Estado puede hacer es procurar un control (relativo) del contexto y las circunstancias en los que las corporaciones interaccionan (en *NCrimLRev*, 2010, p. 11).

[800] Sobre el uso moderno de la expresión «sociedad del conocimiento», STEHR, *Knowledge societies*, Sage, Londres, 1994, pp. 7 y ss. Ya BELL afirmaba que "la fuente más

incapacidad instrumental de cara no sólo a deshacerr los embrollos que arroja la configuración social emergente, sino también a controlar a los agentes que sí pueden ofrecer una alternativa[801]. Bajo este prisma, tiene sentido pensar que también en la configuración de la responsabilidad penal, en cuanto ejercicio de *ius puniendi* estatal, tengan un papel activo y determinante los agentes garantes de los espacios *cedidos*[802], cada vez en mayor medida por ellos regulados[803].

---

importante de cambio estructural en la sociedad (…) lo constituye el cambio en el carácter del conocimiento: el crecimiento exponencial y la especialización de la ciencia, el surgimiento de una nueva tecnología intelectual, la creación sistemática de a través de inversiones para la investigación y el desarrollo, y, como meollo de todo lo anterior, la codificación del conocimiento teórico" (en *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*, Basic Books, Nueva York, 1973, pp. 65, 138 y 249).

[801] SARMIENTO apunta que "el Estado renuncia a ser titular del conocimiento y asume su incapacidad para detectar los peligros que le avecina la ciencia" (en *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 65). En la misma línea, MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 215 y ss. Sobre la crisis del Estado intervencionista puede verse, además de la bibliografía ya ampliamente citada a lo largo de este estudio (especialmente, las obras de TEUBNER, CROZIER, DARNACULLETA I GARDELLA y ESTEVE PARDO que cité en el Cap. IV al referirme al «derecho reflexivo»), TEUBNER, «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *L&SRev*, 18, 1984, pp. 291-301; pp. 267 y ss.; 301 y ss.; BECHMANN, «Reflexive Law: A New Theory-Paradigm for Legal Science?», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 417 y ss.

[802] Sobre los sistemas disciplinarios en el seno de las empresas, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 323 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991. Sobre el fenómeno, desde una perspectiva jurídico-penal, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 253-313; pp. 267 y ss. En el ámbito del Derecho administrativo, a modo introductorio, CANALS I AMETLLER, «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *PJ*, 56, 1999, pp. 459-479; pp. 460-463, quien concluye que "falta entre nosotros la categoría jurídica apropiada para explicar el ejercicio privado de funciones públicas de contenido declarativo, así como la fórmula jurídica capaz de articular el conjunto de relaciones que sobre la base del mismo se originan" (p. 479).

[803] Teniendo en cuenta que la tarea que tiene ante sí el Estado es la de "ceder espacios de gestión funcional a diversos sistemas (…) entre los cuales se encuentra el Derecho o la economía y, a continuación, supervisar la correcta prestación por parte de cada uno de estos" (así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*, 2009, p. 229). En el mismo sentido, en el ámbito administrativo, refiriéndose la «aparente desintervención» estatal como uno de los motivos de entrada y potenciación de la autorregulación del sector privado, RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 128-129, si bien la autora matiza, en la línea de lo que se viene

Por ello la doctrina jurídico-penal viene ocupándose en los últimos años en la elaboración de un sistema de imputación para dichos agentes, frente a la tradicional y extendida tendencia a rechazar la posibilidad de una responsabilidad penal de la empresa por el hecho propio[804]. Una cuestión insoslayable teniendo en cuenta que de su óptima solución depende el hasta ahora aguado éxito dogmático de la legislación penal en el ámbito concreto de la delincuencia económica. Y es que, como explicaré en el apartado V.3., las propuestas del constructivismo-operativo en torno a la autorresponsabilidad fundamentada en la autoorganización de las que hoy por hoy disfrutamos, aunque teóricamente meritorias, resultan todavía insatisfactorias de cara al encumbramiento de un verdadero paradigma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Más que nunca ahora que éstas, *no pudiendo delinquir, pueden ser declaradas penalmente responsables*. Precisamente porque, como ya han apuntado algunos autores no adscritos por el momento a las tesis constructivistas, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se orienta hacia la implementación y mejora de los sistemas de organización "puede considerarse como la última ratio del programa societario del gobierno corporativo"[805]. Siempre en un contexto en el que a la proclamada autonomía del Derecho penal en cuanto subsistema debe anteponerse la unidad interna,

---

argumentando en este estudio (véase en líneas generales el Cap. V de su obra), que tras los procesos de simplificación administrativa no se esconde una voluntad de desintervención sino todo lo contrario: "subyace una auténtica voluntar reguladora, que camuflada en una aparente desintervención, apuesta por la consecución de los intereses públicos a través de las posibilidades que brinda la autorregulación" (p. 129). La delegación de autoridad pública en determinados sectores u organizaciones sociales está ya admitida, en el ámbito de la sociología jurídica, entre otros, por PARSONS, en *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, 1966, pp. 218-220 (refiriéndose al fenómeno en cuestión como «autorización»).

[804] Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, quien considera que "es insoslayable el *factor humano* en la configuración de lo que en nuestra cultura jurídica es una infracción penal", y que la sola expresión «responsabilidad penal de las personas jurídicas» "es por sí sola una ficción", habida cuenta que las instituciones actuales de la teoría del delito "no pueden acoger a la persona jurídica" (en «La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Benítez Ortúzar (coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 33-44; pp. 34, 35 y 36). Como apunta GÓMEZ-JARA DÍEZ, a la introducción del art. 129 en el CP en 1995 le ha acompañado la del art. 31.2 en 2004 (en «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 93-161; p. 95).

[805] FOFFANI y NIETO MARTÍN, *RP*, 2006, p. 112. En la línea constructivista, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005, pp. 248 y ss.

la coherencia de todo el orden jurídico y la consiguiente articulación de sus sectores[806].

§ 6. En el capítulo anterior he tratado de practicar un fugaz acercamiento a una teoría evolucionista de la cognición en cuyo contexto se enmarca el pensamiento sistémico de LUHMANN. Una teoría que "transforma al sujeto clásico en cuanto «principio» de conocimiento en una serie de *posiciones de observación* que son intercambiables y excluyentes y «marcan» una diferencia a partir de la cuál son posibles las relaciones"[807].

Parafraseando a ESTEVE PARDO, podemos comenzar afirmando que el reto de la autorregulación radica, en lo que concierne al Derecho como sistema, en aprovechar lo que se gesta extramuros de *lo jurídico sistemático*, "sin que esa incorporación sea la entrada del caballo de Troya y tenga como efecto la desnaturalización" del sistema[808]. Así, por ejemplo, de alguna manera, los delitos societarios *se autorregulan* incorporando aspectos del Derecho mercantil de sociedades con el objeto de precisar el alcance de los tipos, pero ello no puede suplantar el ejercicio de interpretación auténtica que lleva a la valoración normativa penal de tales aspectos.

Conviene a continuación matizar los dos significados que se atribuyen a la noción de autoregulación.

§ 7. Existen dos nociones diferentes de autorregulación: la primera es propia de la reflexión desarrollada en los EEUU y en el Reino Unido en el marco de la teoría de la regulación y ha sido construida a través de una aproximación funcional.

> Para comprender esta noción puede recurrirse a la caracterización realizada por OGUS, quien justifica el contexto de la autorregulación desde la óptica

[806] Como han apuntado muy acertadamente, entre otros, autores como AREÁN LALÍN en *El nuevo Código Penal*, 1998, p. 8; y BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE en *Derecho penal económico*, 2001, p. 584.

[807] Así, SPENCER BROWN, *Laws of Form*, 1969, p. 26; asimismo, LADEUR, «Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, 'The Unity of the Legal System'», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 242-282; p. 250. Una tesis que, como apunta WEINERT, asume que el observador es, en última instancia, idéntico a la diferencia, a los límites mismos entre sistema y entorno (en «Contra Res Sempiternas», *The Monist*, 67, 1984, pp. 376-394).

[808] ESTEVE PARDO, «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 39-50; p. 39. No obstante, el propio autor advierte, más adelante en el mismo trabajo, que no resultaría admisible una aplicación forzada de los esquemas y modelos tradicionales bajo los presupuestos de la autorregulación "con la proclama de que no hay nada nuevo bajo el sol y que todo está inventado" (p. 40).

> del interés público basando ésta en tres condiciones de posibilidad, a saber: "en primer lugar, que la actividad se halle aquejada de algún tipo de fallo de mercado, en particular de externalidades o asimetrías informativas; en segundo lugar, que los instrumentos del derecho privado resulten inadecuados o demasiado costosos para corregir el fallo; y, en tercer lugar, que la autorregulación constituya un mejor (más barato) método para resolver el problema que la regulación pública tradicional"[809].

La segunda acepción, característica de la Europa continental, encuentra su origen en la doctrina alemana y ha sido asumida de modo generalizado en España por los autores que han analizado esta materia[810]. A diferencia de la anterior, consiste ésta en una aproximación dogmática y no funcional. El concepto de autorregulación se limita aquí a aquellas manifestaciones de la actividad de la sociedad que son tomadas en consideración o asumidas como referencia por los poderes públicos y por el Derecho[811]. A este respecto, DARNACULLETA I GARDELLA afirma que

> "sólo estamos ante una manifestación de la autorregulación cuando, por un lado, quien se autorregula debe asumir como propios los resultados de la autorregulación y, por el otro, cuando dicha autorregulación responde a la consecución de un fin que, desde un punto de vista jurídico, debe ser alcanzado en primer término mediante la autorregulación –y no mediante una regulación estatal directa–"[812].

§ 8. Dicho esto, es posible extraer una diferencia fundamental entre ambas acepciones. Mientras que, conforme a la primera, los supuestos de delegación de potestades públicas en individuos o colectivos de base privada se consideran un caso de autorregulación –e incluso la versión más genuina de autorregulación en sentido jurídico–, de acuerdo con la segunda acepción habrían de ser considerados como un supuesto de regulación pública y quedarían por tanto fuera del concepto de autorregulación[813].

---

[809] En «Rethinking Self-Regulation», *OxJLS*, 15, 1995, pp. 97-108, en cuya opinión el concepto de autorregulación cubre una multitud de estructuras que van desde la autoimposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones, hasta la delegación de la potestad normativa pública a favor de asociaciones de base privada representativas de los sujetos que desarrollan una determinada actividad.

[810] Véase, por todos y con amplias referencias doctrinales, ARROYO JIMÉNEZ, «Introducción a la autorregulación», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 19-35; p. 20.

[811] Véase ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, 2002, p. 35.

[812] En *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 341.

[813] DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 343. Según OGUS, por autorregulación suele entenderse normalmente la delegación expresa de de potestades normativas del Estado a favor de agencias integradas sólo o mayoritariamente por representantes de las empresas o de los particulares cuya actividad se regula. Por el contrario, DARNACULLETA I GARDELLA sostiene claramente la posición contraria, al afirmar que no puede hablarse de autorregulación cuando nos hallamos ante sujetos privados que

La razón por la que en el continente estas fórmulas se consideran como regulación pública, mientras que en el mundo angloamericano constituyen supuestos de autorregulación, tiene su origen, según ARROYO JIMÉNEZ[814], en un prejuicio histórico. El Derecho público continental moderno ha pretendido mantener una vinculación necesaria entre tareas, sujetos y regímenes jurídicos de Derecho público, de un lado, y actividades, sujetos y regímenes jurídicos de Derecho privado, de otro lado. No ocurre lo mismo en el mundo angloamericano, donde no se ha sentido una vocación de ubicar en abstracto cada supuesto anterior en las categorías genéricas de funciones públicas o privadas, ni tampoco de delimitar con precisión de cirujano las fronteras entre las Administraciones públicas y las organizaciones privadas[815]. De ahí que se consideren supuestos de autorregulación algunos que para nosotros no lo son[816] por encuadrarse en la categoría de las corporaciones de Derecho público y en la órbita de la Administración. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los colegios profesionales[817], cuyo equivalente tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos son corporaciones privadas que operan en régimen de autorregulación[818].

---

tienen atribuidas potestades públicas, o que gozan de la condición y de los medios propios de la autoridad pública.

[814] Véase, *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 21.

[815] En el Derecho angloamericano, al no establecerse una sistematización y categorización de las Administraciones públicas no se conocen, con las notas que entre nosotros las caracterizan, las corporaciones de Derecho público, como ha apuntado con acierto ESTEVE PARDO (en *Autorregulación*, 2002, p. 105).

[816] BLACK cita como ejemplo el de las entidades deportivas y los colegios profesionales (en «Constitutionalising Self-Regulation», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 24-55; p. 27). Está en estas líneas extendida la idea de que lo característico de la autorregulación es la regulación de estándares de conducta de los miembros de una organización, como también apuntaran BALDWIN y CAVE en *Understanding regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 63: "la autorregulación típicamente implica una organización que regula los estándares de comportamiento de sus miembros", de suerte que el control de la organización en cuestión puede ser "voluntario y bastante informal o sujeto a grados de supervisión gubernamental y estructuración legislativa".

[817] Puede consultarse, a este respecto, FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales. La administración corporativa en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1992; también CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Unión Profesional, Madrid, 1998.

[818] Sobre éstos, conocidos comúnmente como «sistemas de negociación neocorporativa», establecen STREECK y SCHMITTER que son, hoy por hoy, el ejemplo más espectacular de cómo los conflictos intersistémicos pueden resolverse mediante el recurso a organizaciones formales especializadas *had hoc*, sin tener que recurrir a normas legales (en «Community, Market, State –and Associations? The prospective contribution of interest governance to social order», Streeck y Schmitter (eds.), *Private Interest Government: Beyond Market and State*, Sage, Londres, 1985, pp. 1-29; p. 21).

Como resultado de lo anterior cabe concluir que el concepto de autorregulación es más amplio en la doctrina de los EEUU y el Reino Unido que en la de la tradición jurídica continental. No obstante, y en contra de lo que pudiera parecer implicar, ello no ha de llevarnos necesariamente a la opción y asunción de una u otra acepción en abstracto. Baste, por el momento, con tomar conciencia del concepto de autorregulación en cada uno de sus usos, de cara a contextualizar su alcance en el marco del texto al que se adscriba. Un concepto amplio como el que maneja la literatura angloamericana proporciona, tal vez, una visión más amplia y global del concepto, y, con ella, una comprensión contextualizada de los fenómenos que resulta más adecuada para el tipo de reflexión propio de la teoría de la regulación, así como a la finalidad introductoria de unas reflexiones como las presentes[819].

V.1.1. ¿Qué es autorregulación?.-

§ 1. Si, siguiendo la tesis de ESTEVE PARDO, asumimos que el fenómeno de la autorregulación halla su matriz en una sociedad especialmente vital caracterizada por el dinamismo que ofrecen las nuevas plataformas tecnológicas, hemos de aceptar asimismo que son diversas las explicaciones que pueden ofrecerse del fenómeno en cuestión.

> No obstante, creo que cabe practicar una observación respecto a la naturaleza que el autor atribuye al fenómeno autorregulador. Y es que, si éste concibe la realidad de la autorregulación como reactiva, y, más concretamente, como una reacción de prudencia y cautela (o, como él lo llama, de *prudentia civilis*) ante la gestación en el seno de la sociedad de poderes tendentes al autodominio, pienso que a la paradoja de la autorregulación no es aplicable por analogía el viejo dilema de la gallina o el huevo. Prueba de ello es que, como el propio autor reconoce, a mi entender con acierto, la autorregulación no responde tanto a un

[819] La aproximación matizada al fenómeno de la autorregulación resulta tanto más necesaria en un contexto complejo y plural como es el del Derecho público europeo, caracterizado por la coexistencia de tradiciones diversas en lo que respecta a la consideración jurídica de estos fenómenos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en materia de corporaciones profesionales es particularmente ilustrativa del conflicto interpretativo que aqueja al Derecho común en la materia. Así, en la STJCE 2002/52, de 19 de febrero (ponente, WATHELET), en la que se plantea el problema de la consideración jurídica del Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos y de las normas deontológicas por él aprobadas, el Tribunal concluye (punto 105) que el código deontológico no es verdadero Derecho del Estado sino pura autorregulación privada como la que se deriva de una decisión de una asociación de empresas (art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea). Y lo hace frente a la idea, tradicional en cada Estado miembro, de que las corporaciones profesionales con Administraciones públicas y de que las normas deontológicas constituyen a su vez Derecho del Estado aprobado en ejercicio de una potestad pública delegada.

> impulso desregulador de origen social, como a la contraria pretensión del legislador de ofrecer una *regulación vertical más rigurosa y compleja* de la materia de que se trate[820].

§ 2. La autorregulación no constituye revolución antisistema alguna, a pesar de lo que su naturaleza dinámica pudiera sugerir; al contrario, se podría decir que más bien estamos ante un empeñado *mencheviquismo* sistemático. Y es que no debemos perder de vista que la autorregulación se traduce positivamente en una más densa regulación, y, por ende, en una regulación más prolija y exhaustiva. En este sentido, si bien convengo con ESTEVE PARDO cuando afirma la génesis del fenómeno autorregulador en el ámbito privado[821], quisiera en cambio matizar que, a mi entender, ello no implica –no podría hacerlo– que dicha génesis sea de naturaleza privada, sino que únicamente se refiere a que acontece, a modo de hecho social material, en el

[820] Véase, ESTEVE PARDO, *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 41. Así, podemos observar cómo, en la vanguardia de la regulación jurídica convencional, hay siempre un segmento fiado a la autorregulación que constituye la llave para adentrarse en el núcleo más complejo e inaprensible del sector de que se trate (ejemplos de ello son las regulaciones ambientales y financieras, que tienden a dejar la concreción final de muchos aspectos a la autorregulación de la técnica). En este sentido, y desde el ámbito de la literatura jurídica, autores como AYERS y BRAITHWAITE argumentan que "la regulación pública debería promover el gobierno privado del mercado mediante el alumbramiento de una delegación de las funciones regulatorias" (en *Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 4). En la doctrina sociológico-jurídica pueden verse entre otros muchos pero especialmente TEUBNER, «Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises», Sugarman y Teubner (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 67-104; ID., «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person», *AmJCompL*, 36, 1988, pp. 130-155; ID., «Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 149-177. Asimismo, más brevemente, UNGER, «Legal Analysis as Institutional Imagination», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 1-23.

[821] En la introducción a su *Autorregulación*, 2002, sistematizando el elenco de actuaciones autorreguladas potenciales en tres categorías, a saber: (1) las actuaciones de contenido normativo con un grado de abstracción (normas técnicas, protocolos, códigos de conducta); (2) los acuerdos y decisiones singulares; y (3) las soluciones de conflictos por vías arbitrales de mediación (p. 15). Una clasificación que evidencia mi desencuentro inicial con el autor, máxima autoridad en la materia –sea dicho–, ya que no comparto una tan amplia y ambigua categorización de las formas de autorregulación, las cuales, en su esquema, parecen comprender todo acto decisorio que acontece (comunicación) en el marco de la competencia social atribuida a un órgano no necesariamente social (función) y en relación con cualquier ámbito de la actividad social (referencialidad). Una tesis de marcado corte constructivista, fundamentada cercanamente al modelo de la teoría de los sistemas autopoiéticos, pero que tácitamente admite la apertura operativa de los sistemas que se autorregulan al remitir una parcela de su funcionalidad al *entorno* de «lo público», o, para ser más exactos, de «lo no privado».

contexto de lo que todavía llamamos «lo privado». Un matiz de gran relevancia a efectos del presente estudio, si tenemos presente que una de las cuestiones que en estas líneas se defiende es, precisamente, la difuminación de las fronteras que tradicionalmente han servido para diferenciar las esferas de «lo público» *frente a* «lo privado». En el marco del paradigma socio-político actual no cabe comprender ambas realidades –si es que siguen siendo dos– en una relación de alternatividad, sino que sólo son asumibles en un régimen de necesaria concurrencia.

En este punto es de sumo interés traer a colación las distintas formas que, según la doctrina, pueden revestir los efectos potenciales del fenómeno de la autorregulación, a saber[822]: (1) *indiciarios* (el cumplimiento de las fórmulas de autorregulación puede constituir un indicio del grado de diligencia con el que un sujeto desarrolla su actividad); (2) *presuntivos* (la observancia de las normas se convierte en una presunción de diligencia reconocida legalmente por el ordenamiento jurídico); (3) *periciales* (lo dispuesto en las normas y reglas técnicas puede constituir un dictamen pericial anticipado); (4) *integradores* (las normas en cuestión pueden integrar o cubrir segmentos o espacios de la regulación pública); (5) *transformadores* (reconocimiento jurídico de las normas, ya sea a través de la remisión desde una norma jurídica o una resolución administrativa[823], o bien mediante la habilitación a particulares para que éstos dicten resoluciones con los mismos efectos que las administraciones).

---

[822] A partir de lo recogido por MONTANER FÉRNANDEZ en «¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?», *LL*, 2010-4, pp. 1305-1315; p. 1309, para quien solamente la remisión a normas técnicas significa una verdadera atribución de efectos jurídicos vinculantes (por su parte, la UE ha calificado las normas técnicas como un supuesto de corregulación atendiendo a la relación entre estas normas y las Directivas comunitarias de seguridad, en el Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza, DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001, p. 17). También DARNACULLETA I GARDELLA, en *Autorregulación y Derecho público,* 2005*,* p. 401 y ss.; y ESTEVE PARDO, en *Autorregulación*, 2002, pp. 127 y ss. Según el autor, "las normas técnicas, elaboradas por organismos privados, sólo pueden adquirir el carácter vinculante propio de una norma jurídica mediante su incorporación al ordenamiento jurídico" (en *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 147). Por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA define las normas técnicas como "aquellas especificaciones técnicas que, basadas en la ciencia, la tecnología y la experiencia, definen para su aplicación repetitiva o continuada en la actividad industrial las características que de reunir un determinado producto o *que deben respetar las empresas que los producen, pudiendo tener, según los casos, bien una naturaleza voluntaria o bien obligatoria*" (en «La capacidad normativa de los sujetos privados», *REDA*, 99, 1998, pp. 343-367; p. 348, cursiva añadida).

[823] Sobre las modalidades estática y dinámica de remisión en este sentido, véase, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 2005, pp. 147-151). También, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 85, nota 139. Volveré a referirme a esta cuestión en la Parte Tercera de este estudio.

En lo que afecta al objeto de este estudio, es evidente que estas formas y los efectos del fenómeno autorregulador han de desempeñar –lo hacen ya– un papel determinante en la configuración de una determinada *lex artis* societaria, así como de los márgenes de las conductas de riesgo a considerar permitidas en relación con la falsedad en la información social del art. 290 CP.

Dicho esto, aún resta por analizar y esclarecer una cuestión de importancia mayor, como es la relativa a la subjetividad en materia de autorregulación, la cual se halla en estrecha relación con lo expuesto acerca de la subjetividad sistémica en el apartado IV.3.3. de este estudio.

V.1.2. ¿Quién realiza la autorregulación?.-

§ 1. Antes de avanzar en el análisis del fenómeno autorregulador es preciso advertir que la autorregulación no es «autoadministración», en el sentido de que, como apunta BLACK, el término «autorregulación» no implica *per se* ninguna relación en particular del órgano autorregulador con el Estado[824]. El autor recuerda que en la diferenciación de las formas de autorregulación participan otros factores variables ajenos al relacional, como puedan ser los relativos a la naturaleza de los participantes, la estructura del ente autorregulado o la morfología típica de éste[825].

> Desde una perspectiva didáctica cabría decir, si se me permite la analogía, que la autorregulación es, en origen, la experiencia especializada de los profesionales; de los agentes que «improvisan» y regulan fórmulas de resolución de conflictos.

§ 2. No obstante, como argumentaré en el apartado V.2.2., la autorregulación no es tal hasta que no encumbra un plano normativo, es decir, hasta que no se alza en protoordenamiento de un sistema[826]. Pero

---

[824] Véase, BLACK, *ModLRev*, 1996, p. 27. En contra de esta idea se han manifestado postruas estatalistas y corporativistas como la de BRINKINSHAW, LEWIS y HARDEN, quienes en la introducción a su *Government by Moonlight: The Hybrid Parts of the State*, Routledge, Londres, 1990, subrayan la importancia "vital de identificar los espacios de poder público otorgantes de poder de cara a despejar (…) las versiones del interés público"(p. 3).

[825] A este respecto, abordando la tipología normativa observable en las distintas formas sistémicas autorreguladas, puede consultarse BLACK, «'Which Arrow? Rule Type and Regulatory Policy», *PL*, 1995, pp. 94-117.

[826] Véase, ESTEVE PARDO, *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 46, donde el autor conviene con TARRÉS VIVES (véase *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003) al referirse a los fenómenos de autorregulación normativa como *paraordenamientos* por considerarlos paralelos al ordenamiento propiamente jurídico; una nomenclatura que encuentro desacertada por la sencilla razón de que estos no son ordenamientos paralelos, sino preordenamientos u ordenamientos germinales (*nasciturus*

autorregulación tampoco es regulación tecnificada, sino descentralización normativa especializada[827]. La adjetivación excesiva del concepto trae consigo la asimilación de subespecies del fenómeno inabarcables y difusas.

En cuanto al llamado «efecto sustitutivo» al que se refieren ESTEVE PARDO y DARNACULLETA I GARDELLA[828], según el cuál una intervención administrativa –de inspección ambiental por ejemplo– es sustituida por una fórmula autorreguladora como pueda ser la ecoauditoría, cabe objetar, a la vista de la profusa reglamentación comunitaria y nacional –como puedan ser el Reglamento (CEE) 1836/93, de 29 de junio, y el relativo a la normativa para su aplicación (el Reglamento 85/1996, de 26 de enero)–, que *la adhesión voluntaria a una eventual normativa es algo radicalmente distinto del vacío normativo*. En otras palabras, que el llamado efecto sustitutivo no es, en esencia, más que un estadio evolutivo del fenómeno autorregulador. Precisamente porque la autorregulación no sustituye a la heterorregulación, tal y como me detendré a explicar en continente.

---

jurídico-sistemáticos, si se quiere rizar el rizo). Y es que nadie se atrevería a afirmar, por poner un ejemplo, que las eventuales previsiones normativas del tan en auge buen gobierno corporativo engrosan un *paraordenamiento*.

[827] En relación con la cuestión relativa a la intervención pública respecto a los ámbitos de reciente desarrollo técnico, puede acudir el lector a CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, 2003, pp. 91 y ss., donde la autora argumenta que en materias como calidad, riesgos y acreditación asistimos a la caída de los últimos bastiones de la intervención pública a favor de fórmulas privadas de fugaz proliferación. Sin embargo, no podemos pasar por alto que en cualquier caso nos hallamos ante supuestos en los que los poderes públicos han reculado únicamente en un plano normativo, al tiempo que mantienen, como es lógico e inevitable, un espacio de acción reactivo de naturaleza disciplinaria, subsanadora o simplemente punitiva. Y es esta realidad la que, pienso, interesa al jurista.

[828] El primero, en *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 48; y en *Derecho del medio ambiente*, 2005, destacando la existencia de fórmulas de autorregulación *primarias* o *de primer grado*, en las que una entidad desarrolla una actividad de autocontrol sobre sí misma, y fórmulas autorreguladoras *de segundo grado*, en las que interviene a un nivel superior otra entidad externa. El segundo es el caso, por ejemplo, de la intervención de los auditores ambientales externos o de organizaciones privadas que desarrollan funciones de normalización y acreditación en materia de calidad o seguridad (p. 136). El autor explica, en clave sistémica, que la reacción que tiene lugar en el propio sector privado ante la corresponsabilidad que se le reconoce "es una reacción reflexiva –en la línea de lo que se ha dado en llamar la nueva orientación reflexiva del Derecho– hacia el autocontrol y la autorregulación, una reacción que no se produce (…) por un desinteresado afán proteccionista, sino por las ventajas que puede reportar y por evitar así una intervención pública y una legislación" (p. 137). El segundo, en «Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental», en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, pp. 325-344.

V.2. La «autorregulación regulada». «Lo abierto» como «lo público» ineludible.-

§ 1. Las estructuras de la autorregulación suelen estar condicionadas externamente por los poderes públicos, lo cual obliga a tomar en consideración las relaciones entre la autorregulación y la intervención pública dirigida a posibilitar, fomentar y condicionar su desarrollo. Tanto es así que, entiendo, cabe afirmar que la regulación de la autorregulación es anterior a la autorregulación misma en cuanto fenómeno, ya que la autorregulación se proyecta siempre y en todo caso en el ámbito de una actividad regulada. Digamos, si se me permite el símil, que no es dable la autorregulación sin regulación, del mismo modo que no lo es una pintura sin lienzo o superficie permeable. La consecuencia es evidente: donde haya una apariencia de autorregulación sin regulación, deberemos hablar de autonomía privada o derecho de pactos, mientras que allá donde encontremos un cuerpo de autorregulación heterorreferenciado, podremos hablar *estricto sensu* de autorregulación. Así, puede decirse que es la naturaleza pública de la regulación de la autorregulación lo que habrá de conferir a la autorregulación su ser, aunque ello pudiera parecer paradójico.

§ 2. La noción de autorregulación regulada surge en Alemania (*Selbstregulierung*) para hacer referencia a la interacción entre la autorregulación social y la autorregulación pública dirigida a proporcionar a aquella un marco característico[829]. "En sentido amplio –asegura OGUS– prácticamente cualquier supuesto de autorregulación sería una forma de autorregulación regulada"[830], puesto que, con la única excepción de los casos de estricta autoimposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones, todas las estructuras de autorregulación son objeto de algún tipo de configuración o condicionamiento, directo o indirecto, por parte de los poderes públicos. Personalmente, matizaría esta aseveración omitiendo la entrada "en sentido amplio", la cual la hace tan salvable desde el punto de vista dogmático como impracticable desde una perspectiva práctica. Precisamente porque *cualquier supuesto de*

[829] Véase, DARNACULLETA I GARDELLA, «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 349-386.

[830] En *OxJLS*, 1995, p. 588. Idénticamente, DARNACULLETA I GARDELLA, para quien "la autorregulación es siempre, en mayor o menor medida, una autorregulación regulada, una autorregulación fomentada, dirigida e instrumentalizada a través de novedosas fórmulas de regulación estatal" (en *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 83).

autorregulación es siempre una forma de autorregulación regulada[831]. De esta manera cabe concluir que la autorregulación (regulada) alude a la actividad pública mediante la cual el Estado hace posible la regulación específica y pormenorizada de los espacios de organización de alta complejidad técnica. A tal efecto, configura las estructuras y establece los procesos a través de los cuales deben desarrollarse dichos espacios, si bien en todo caso con la pretensión de que puedan llegar a satisfacerse concretos fines o intereses públicos[832]. Esto no es fruto de la discrecionalidad política, sino que ha de ser así simple y llanamente porque constituye la única vía de favorecimiento de la interdisciplinariedad en un contexto socio-económico cuyas afecciones incumben y llaman a la acción unidireccional a los distintos órdenes jurídicos. Así, los poderes públicos han de constituir el marco referencial de toda autorregulación por el mero hecho de que su hipotética inobservancia o vulneración afecta a un interés público que, en lo que interesa a este estudio, podría convertirse en interés de protección penal.

Dicha actividad se desarrolla en distintos niveles y puede sufrir variedades formales, tal y como expondré en el epígrafe que sigue.

V.2.1. Escalas y formas de autorregulación regulada.-

§ 1. Es de interés traer a colación los principales esfuerzos de sistematización practicados en torno a la experiencia de la autorregulación regulada. Aquellos que se centran en el análisis de las relaciones entre la autorregulación y la intervención pública, los cuales encuentran su antepasado más reciente en la Gran Bretaña de finales del pasado siglo.

Las interpretaciones al respecto van desde aquellas que, ya a lo largo del siglo XX y de forma reactiva, pretenden transformar la autorregulación en un fenómeno "más formalmente organizado, elaboradamente codificado, y legalmente obligatorio y controlado por el Estado"[833], hasta las que conceptualizan la regulación como «descentralizada» y los sistemas

[831] De ahí que, como advierte acertadamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, se pueda concluir que "las reglas de Gobierno Corporativo no impregnarán verdaderamente la vida empresarial sin una cierta dosis de imperatividad legal" (en *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 153). Véase asimismo el apartado III.2.2. § 4. de este estudio.

[832] En esta línea se posiciona DARNACULLETA I GARDELLA en *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 331. También ESTEVE PARDO en *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, p. 69.

[833] MORAN, *The British Regulatory State, High Modernism and Hyper-innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 69 y ss., argumentando que la transformación intervencionista forma parte de un gran proyecto de «alto modernismo» y que constituye una respuesta a la globalización (pp. 92-93).

regulatorios como «autopoiéticos»[834]; una postura en auge y que, como apuntan BARTLE y VASS, "deriva de la complejidad moderna que hace hincapié en la fragmentación y la dispersión del poder y el conocimiento"[835].

§ 2. En este marco, la naturaleza y las dinámicas de interdependencia e interacción resultan cruciales en la comprensión del fenómeno autorregulador. Más aun, algunos autores –a quienes me sumo– conceptualizan la autorregulación en términos de un *espectro gradual de la intervención estatal*, llegando a afirmar lo inapropiado de la dicotomía «autorregulación *vs*. regulación del Estado»[836]. Tanto es así que, como advierte SCOTT, no puede afirmarse la unidireccionalidad de la regulación, de lo público a lo privado, sino que los actores privados pueden también actuar

[834] En este sentido, BLACK, «Descentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post-regulatory World», *CLP*, 54, 2001, pp. 103-147.

[835] En *PA*, 2007, p. 887, de suerte que la dinámica clave no transcurre entre regulador y regulado sino entre los múltiples agentes que desarrollan su actuación en los sistemas complejos. En el ámbito británico, organizaciones gubernamentales como la *Better Regulation Task Force* (BRTF) colaboran con el gobierno, desde 1997, en el desarrollo y la mejora de las formas de regulación. Pues bien, ya en sus informes de los años 1999 (*Self-Regulation, Interim Report*, BRTF, Londres) y 2000 (*Alternatives to State Regulation*, BRTF, Londres), este organismo advertía acerca de la importancia de las alternativas a la regulación estatal, si bien en el del año 2000 se mostraba reacio a asumir el rótulo de «autorregulación» debido a sus connotaciones estatalistas, a pesar de lo cual volvió a referirse al fenómeno en tales términos en informes posteriores (puede verse el informe de 2003, *Imaginative Thinking for Better Regulation*, BRTF, Londres). Los principios rectores de la entidad en cuestión (recogidos por HOOD, ROTHSTEIN y BALDWIN en *The Government of Risk, Understanding Risk Regulation Schemes*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 180-181) son (1) el principio de *proporcionalidad* en su intervención; el (2) principio de *justificación* (o de dar cuenta) de las decisiones (*accountability*), que han de estar sujetas a escrutinio público; el (3) principio de *consistencia* o coherencia en las regulaciones; el (4) principio de *transparencia*; y el (5) principio *final* de su actuación, que habrá de estar en todo caso orientada hacia fines concretos.

[836] Así, OGUS identifica una variedad de niveles de control público y fuerza legal en *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, The Clarendon Press, Oxford, 1994; y BAGGOTT apunta tres dimensiones angulares de autorregulación en cada una de los cuales varía el nivel de intervención del Estado (en *PA*, 1989). También GUNNINGHAM y REES practican una diferenciación gradual en los supuestos de intervención estatal en la (auto)regulación (en «Industry Self-Regulation, An Institutional Perspective», *L&P'y*, 19, 1997, pp. 363-413). Asimismo, AYERS y BRAITHWAITE advierten que descentralización no significa desconexión, exponen su esquema piramidal de regulación en *Responsive Regulation*, 1992, y llegan a afirmar que "el éxito de la delegación reguladora se traduce en la existencia de una respuesta predecible por parte del gobierno si esta fracasa" (p. 161). También OGUS se ha expresado en términos similares al asegurar que la autoridad pública es necesaria para desempeñar un papel de vigilancia respecto a los acuerdos privados de regulación (en *OxJLS*, 1995, p. 101).

como reguladores de lo público[837]. Lo cual arroja una estampa socio-política en la que el Estado, a modo de *primus inter pares,* mantiene un papel capital, pero deja de ser el agente central.

> En este sentido, también entes como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han hecho mención de la relevancia nuclear de los códigos unilaterales de conducta, resaltando que estos constituyen un verdadero instrumento alternativo de regulación que se diferenciaría de la corregulación en que esta última se halla habitualmente afectada por una referencia legislativa o elemento cohercitivo público similar[838], mientras que aquélla constituye un corpus de estándares específicos negociables[839].

En un contexto como el descrito, la normas y pautas de actuación proceden de distintas instancias[840] y la idea de *dominios* pierde vigencia precisamente porque las fronteras entre lo público y lo privado se difuminan. La tarea pendiente consistirá en encumbrar, a través de las formas de la autorregulación, la satisfacción del todavía llamado interés público legítimo, al que algunos autores prefieren referirse como *interés privado gubernamental*[841]. Una cuestión nada sencilla si tenemos en cuenta que desde

---

[837] Véase, «Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance», *JL&S*, 29, 2002, pp. 56-76.

[838] En *Regulatory Policies in OECD Countries, From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, París, 2002, pp. 51-57 y 137, refiriéndose al ámbito del Reino Unido. No obstante, convengo con BLACK cuando afirma que hay que reconocer que los esquemas llamados de autorregulación «voluntaria» rara vez pueden encontrarse enteramente separados de la participación estatal (en *ModLRev*, 1996, p. 27). En el ámbito de la Economía, autores como HAKED y SUTTON se han mostrado críticos con los modelos de autorregulación, al considerar que estos favorecen el crecimiento lucrativo de los órganos autorreguladores y reducen el bienestar del ciudadano (consumidor) debido a que potencian la creación de monopolios reguladores (en «The Self-Regulating Profession», *RES*, 48, 1981, pp. 217-234). Sobre los monopolios en la regulación, KAY y VICKERS, «Regulatory Reform: An Appraisal», Majone (ed.), *Deregulation or Re-regulation: Regulatory Reform in Europe and the United States*, Pinter, Londres, 1990, pp. 239-241.

[839] Así, BRAITHWAITE, «Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control», *MichLRev*, 80, 1982, pp. 1466-1507; p. 1471, nota 24, asegurando que la disformidad en los estándares de la autorregulación, al desembocar en una menor polución en el control, pueden traducirse en una ventaja para su destinatario.

[840] Sobre el concepto de heterarquía de las esferas en la fragmentariedad de la sociedad postmoderna, y la «superación» de la jerarquía Estado-individuo a favor de la horizontalidad relacional, WILLKE, «Societal Guidance through Law?», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 353-387.

[841] Por todos, STREECK y SCHMITTER, *Private Interest Government*, 1985, p. 17, asegurando que la acción colectiva de los agentes que se autorregulan contribuye activamente al encumbramiento de los objetivos de la política pública; el rol de estos se halla direccionado hacia la consecución de las metas de la política publica, habida cuenta que "comparten la autoridad estatal para concebir e imponer decisiones vinculantes" (p. 20). En el mismo sentido se pronuncian SMITH y HAGUE al referirse a la necesidad de que los

su definición, el referido interés público es no pocas veces dependiente de la eventual oportunidad política y de criterios lejanos al del bienestar social. De ahí que, en este estado de cosas, la transparencia procedimental e informativa sea la única vía para legitimar el mecanismo del nuevo paradigma de la regulación. En este sentido, autores como MICHELMAN o SUNSTEIN, en el ámbito estadounidense, conciben el ente que se autorregula como *locus* de la participación civil en la vida pública,

> una postura que se fundamenta en la idea de libertad como autogobierno individual a través de la política, entendido este como "compromiso activo en un proceso que se autodirige, que es tanto cognoscitivo como volitivo y, por ende (…), tanto público como privado, tanto político como personal"[842]. Tal autogobierno consiste, por tanto, no en la búsqueda del interés propio (individual), sino en la determinación de valores que deberían controlar, a modo de mediadores institucionales dialógicos, la vida pública y la privada.

§ 3. La primera clasificación de interés es la practicada por BLACK, quien, concibiendo el prefijo «auto» como descriptivo de un *colectivo coactuante*, defiende que "la esencia de la autorregulación es un proceso de gobierno colectivo"[843] en el que un grupo o corpus de personas desempeña

---

oficiales públicos velen por la observancia de los fines gubernamentales en un contexto en el que las instituciones públicas y los fines públicos se entrelazan (en *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, St. Martin's Press, Nueva York, 1971, p. 28). En su tratamiento de la responsabilidad de la persona jurídica, Lord WEDDERBURN OF CHARLTON recoge los debates doctrinales y prácticos acerca de cuándo la decisión de una compañía se circunscribe al ámbito del interés público y cuándo resulta, en cambio, irrelevante (en «The Legal Development of Corporate Responsibility. For Whom Will Corporate Managers Be Trustees?», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 3-54).

[842] Véanse, MICHELMAN, «The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government», *HarvLRev*, 100, 1986, pp. 4-77; p. 73; SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, cuando apunta cómo, frente a la noción tradicional de autonomía individual, "una concepción diferente de ésta pone énfasis en la libertad de las colectividades o comunidades –una libertad materializada en decisiones, adoptadas por la ciudadanía como un todo", de manera que "una forma importante de libertad podría consistir precisamente en estos procesos de autodeterminación colectiva" (p. 35).

[843] Véase, *ModLRev*, 1996, p. 27, para quien existen al menos dos errores fundamentales ampliamente extendidos en la materia, como son: (1) un defecto de concepción y comprensión de la noción de autorregulación, y (2) un desarrollo defectuoso de la noción de «lo público» como opuesto de lo privado y sobre la base de la naturaleza de los roles (pp. 25 y ss.). Es preciso advertir en este punto que el autor no pretende en su estudio, según declara él mismo, abordar la cuestión de la autorregulación desde la óptica de un «Derecho reflexivo» que analiza el desarrollo del Derecho mismo (en esta línea pueden consultarse, entre otros, NOBLES y SCHIFFZ, «Miscarriages of Justice: A Systems Approach», *ModLRev*, 58, 1995, pp. 299-320; JABBARI, «Critical Theory in Administrative Law», *OxJLS*, 14, 1994, pp. 189-215), sino que adopta el aspecto normativo del «Derecho reflexivo».

una función regulatoria respecto a sí mismo *y respecto a otros que aceptan su autoridad*. La autora identifica cuatro modalidades de autorregulación, a saber: (1) la «autorregulación vinculante», en la que una organización o grupo de sujetos privados es designado para dictar y aplicar normas dentro de un marco general establecido directamente por los poderes públicos (*mandated self-regulation*); (2) la «autorregulación aprobada», en la que los estándares son elaborados por sus destinatarios, pero adoptados finalmente por los poderes públicos (*sanctioned self-regulation*); (3) la «autorregulación compelida», caracterizada por que los estándares son adoptados de manera autónoma ante la amenaza de una eventual intervención normativa pública (*coerced self-regulation*); y (4) la «autorregulación voluntaria», en la que no hay intervención pública dirigida a imponer o fomentar la autorregulación (*voluntary self-regulation*).

Más recientemente, BARTLE y VASS[844] han propuesto una tipología de modalidades de autorregulación a partir del modo en el que ésta se relaciona con la actuación del Estado, y que parte de la distinción básica entre «autorregulación vinculante» y «no vinculante», ya presente en el trabajo de BLACK.

> La (a) «autorregulación vinculante» (*mandated self-regulation*) implica una intervención pública específicamente relacionada con la aprobación normativa de los estándares de conducta. A esta modalidad pertenecería la regulación de las profesiones. Sin embargo, la regulación pública no presenta siempre en estos casos la misma intensidad, siendo así que cabe diferenciar tres subcategorías dentro de la autorregulación vinculante: (a.1) la «autorregulación transferida» (*devolved self-regulation*), en la que los poderes públicos transfieren la potestad normativa a un ente de autorregulación, que goza de un grado de autonomía en relación con la elaboración de estándares de comportamiento[845]. Una mayor presencia pública en el sistema de autorregulación se produce en el caso de (a.2) la «autorregulación delegada» (*delegated self-regulation*), que consiste en la delegación a favor del ente de autorregulación de facultades de ejecución de los estándares aprobados por los poderes públicos. Finalmente, la tercera variante de la autorregulación vinculante es (a.3) la «autorregulación cooperativa» (*co-operative self-regulation*), en la que los poderes públicos y el ente de autorregulación cooperan en la elaboración y ejecución de los estándares.
>
> Por otro lado, la (b) «autorregulación no vinculante» (*non-mandated self-regulation*) tampoco es, para BARTLE y VASS, una categoría homogénea. Así, los

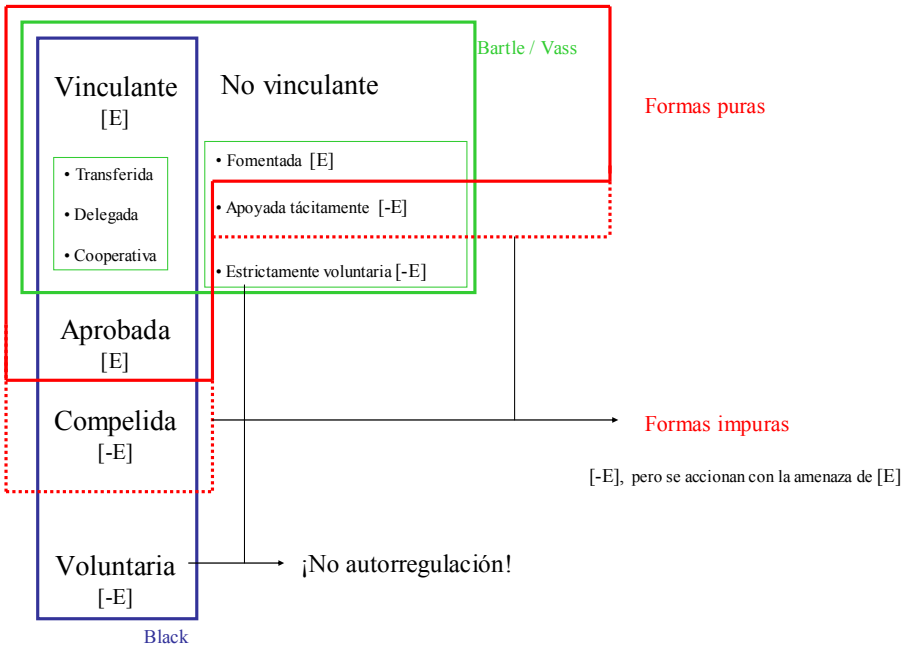
[844] Véase, *PA*, 2007, pp. 891 y ss., con una amplia batería de ejemplos ilustrativos.

[845] Sirva de ejemplo el art. 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, el cual atribuye a los Colegios la función genérica de ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados. El alcance de dicha función en el caso de los Colegios de Abogados se precisa en el art. 4.1.h) del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, el cual dio lugar a la aprobación del Código Deontológico por el Pleno del Consejo General de la Abogacía de 27 noviembre de 2002.

autores proponen otras tres variantes de esta segunda modalidad, en las que la presencia del Estado disminuye progresivamente: en primer lugar, (b.1) la «autorregulación fomentada» (*facilitated self-regulation*), en la que los poderes públicos no configuran normativamente la estructura de autorregulación ni otorgan cobertura jurídica a los estándares que ésta produzca, pero la apoyan materialmente o incluso crean incentivos para su desarrollo; en segundo lugar está (b.2) la «autorregulación apoyada tácitamente» (*tacitly-supported self-regulation*), que puede concretarse en el simple desarrollo de actividades de seguimiento administrativo del funcionamiento del sistema. Esta actividad pública de seguimiento permite diferenciar esta segunda variante de (b.3) la «autorregulación estrictamente voluntaria» (*voluntary self-regulation*).

A continuación me permito ofrecer al lector un esquema cruzado de los modelos de autorregulación anteriormente citados y fugazmente descritos, al que sumo una propuesta crítica que desarrollaré acto seguido.

Propuesta de sistematización de los modelos de autorregulación a partir de la revisión de los modelos de Black y de Bartle y Vass*



* Donde [E] representa la intervención de alguna forma de poder público (Estado).

§ 4. En la práctica de los Códigos de Buen Gobierno y de las cláusulas de honorabilidad se ha optado por un marco híbrido de modelos puros e impuros de autorregulación, coronado con un aparato sancionador más propio de un pacto de caballeros que un verdadero sistema de autorregulación.

Los sistemas tanto de BLACK como de BARTLE y VASS abarcan, según entiendo, espectros excesivos de formas de autorregulación, al otorgar una apariencia de autorregulación a formas de conveniencia jurídico-sociales que pueden y deben entenderse únicamente como expresiones más o menos organizadas de la libertad de pactos que garantiza el Derecho civil[846]. Quede, pues, claro desde un primer momento que mi postura se inclina por la diferenciación de dos realidades jurídicas que vienen equiparándose por la doctrina en la materia. Y es que el derecho a ejercer la libertad de pactos que el Derecho civil reconoce no constituye el contenido informador del fenómeno de la autorregulación. En otras palabras, la «autorregulación voluntaria» de BLACK y la «estrictamente voluntaria» de BARTLE y VASS no han de ser consideradas formas de autorregulación, sino únicamente expresiones organizadas de la libertad de pacto.

Pero tal vez los supuestos cuyo esclarecimiento dogmático más interés pudiera suscitar son los encerrados por líneas discontinuas en el esquema propuesto, a saber, la «autorregulación compelida» de BLACK y la «apoyada tácitamente» de BARTLE y VASS. Dichos modelos, a los que me refiero como *formas impuras* de autorregulación, son supuestos intermedios entre las *formas puras* de autorregulación y la mera libertad de pactos, ya que adolecen del marco público original propio de la *formas puras*, pero es la amenaza de la acción estatal lo que las impulsa. En este sentido, pienso, con BALDWIN y CAVE[847], que en la práctica hay siempre alguna forma de interveción pública en los esquemas de regulación, incluso en aquellos caracterizados por su autorregulación, de suerte que la autorregulación no regulada –expresa o tácitamente– no puede llamarse, propiamente, autorregulación[848].

[846] Véase, a estos efectos, el Libro IV (De las obligaciones y contratos), Título II (De los contratos), Capítulo I (disposiciones generales), arts. 1254 y ss. del Código civil español.

[847] En *Understanding regulation*, 1999, p. 126, habida cuenta que la intervención estatal varía desde la supervisión directa y cerrada hasta la amenaza tácita de acción, la cual también constituye una forma de intervención si tenemos en cuenta que influye en los patrones de la autorregulación. En la misma línea se posiciona VINCENT-JONES en «Values and Purpose in Government: Central-local Relations in Regulatory Perspective», *JL&S*, 29, 2002, pp. 27-55, quien da cuenta de la influencia decisiva que los fines públicos tienen en los actores, ya sean estos públicos o privados (pp. 37-38).

[848] Así lo ha manifestado también HEMPHILL, para quien en todo caso una industria exitosa debería consistir en un sistema mixto en el que la autorregulación se caracterice por la participación gubernamental en las iniciativas autorreguladoras (en «Monitorng Global Corporate Citizenship, Industry Self-regulation at a Crossroads», *JCC*, 14, 2004, pp. 81-95; p. 93).

Las anteriores consideraciones me llevan replantear el fundamento que informa el fenómeno autorregulador. A lo que dedicaré el epígrafe que sigue.

V.2.2. La Autorregulación como impulso regulador. Hacia una normalización de la lex artis.-

§ 1. La intervención pública en la autorregulación tiene como función última lograr que el funcionamiento de la estructura de ésta dé cuenta de determinados estándares que en principio le son ajenos, ya que proceden del sistema del Derecho del Estado. La necesidad de que los órdenes sociales instrumentados por los poderes públicos satisfagan ciertas exigencias propias de los criterios de racionalización del Estado encuentra una justificación en el ámbito de la sociología, concretamente a través de los denominados sistemas autorreferenciales[849]. De esta manera, tal y como señala ESTEVE PARDO, la autorregulación que resulta jurídicamente relevante "es la que, generándose en otros sistemas, resulta inteligible y aceptable por el sistema del Derecho, llegando incluso en ciertos casos a incorporarla como si de una referencia propia se tratase"[850].

Así, cuando la regulación pública reconoce efectos jurídicos al producto de la autorregulación, ya sea ésta normativa, declarativa o resolutiva, comienza a ser necesario garantizar la satisfacción de ciertos presupuestos de corrección procedentes del sistema del Derecho.

§ 2. Otra cuestión que merece especial atención es si el principio de reserva de ley se ve violentado en aquellos supuestos en los que se pueden imponer sanciones administrativas o disciplinarias por vulneración de los

[849] La sociedad no tiene ya, si alguna vez tuvo, la estructura simple y unitaria fácilmente dominable por un sistema jurídico de estructura piramidal, capilarmente extendido a todos los rincones de la sociedad, sino que, hoy por hoy, la realidad social es mucho más compleja, con una configuración policéntrica. En esta línea puede el lector disfrutar de un estudio más profundo en LUHMANN, *Introducción*, 1996, a quien ya me he referido ampliamente en el capítulo anterior. Asimismo, *apud* ESTEVE PARDO, puede consultarse en alemán, WILLKE, *Ironie des Staats*, Suhrkamp, Fráncfort, 1996, pp. 343 y ss., donde el autor destaca con acierto que desde los sistemas no sólo se elaboran reglas de preferencia –que se desenvuelven en el ámbito interno de cada uno–, sino también reglas de transferencia que, procediendo de un sistema, son reconocidas en otro.

[850] En *Autorregulación*, 2002, p. 35. En este sentido apuntaba HABERMAS, conforme a la escisión que la teoría de sistemas practica, todos los sistemas funcionales consiguen su autonomía desarrollando sus propios códigos y sus semánticas propias, no traducibles las unas a las otras. De esta manera, los sistemas pierden la capacidad de comunicar directamente los unos con los otros, siendo así que pueden sólo observarse desde una estéril reciprocidad (en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 414).

instrumentos de autorregulación normativa que establecen obligaciones y prohibiciones vinculantes a sujetos privados que no han consentido en quedar sometidos a dicha sujeción. Obviamente, si los poderes públicos instrumentan el producto de la autorregulación social para tutelar los intereses públicos, entonces la regulación pública habrá de asegurarse también de que los sujetos privados se autorregulan de conformidad con ciertos principios constitucionales, que deberán ser, básicamente, los de un Estado de Derecho. No obstante, parece que en casos como los anteriormente descritos no se cumple el principio de reserva de ley en materia sancionadora, puesto que las infracciones y sanciones quedan tipificadas formal y materialmente en instrumentos de autorregulación. Sin embargo, y siguiendo en este punto la tesis de ARROYO JIMÉNEZ[851], no debe olvidarse que la reserva de ley opera en el Derecho constitucional como un instrumento al servicio del principio democrático, cuya efectiva garantía e integridad, antes que la forma normativa en cuanto tal, es lo verdaderamente importante. De esta manera, cabe pensar que en los supuestos que nos ocupan el principio democrático pueda quedar satisfecho mediante técnicas diferentes, no vinculadas al principio de sometimiento de los jueces y de la Administración al Parlamento, siempre que estas técnicas sean capaces de proporcionar un garantías semejantes. Si la reserva de ley salvaguarda una expectativa de garantía frente al abuso aleatorio de poder por parte del Estado, es innegable que dicha expectativa puede continuarse en una publicidad formal distinta a la de la ley parlamentaria, siendo así que la formalidad legislativa no ha de tenerse por cualidad definitoria del principio democrático.

§ 3. ESTEVE PARDO asegura que lo característico de la autorregulación es que toma sus fuerzas y se desarrolla extramuros del sistema jurídico convencional, del ordenamiento, del Parlamento y de las instancias de producción normativa[852].

Asimismo, es cierto –y determinante– que, como atisba el autor, paradójicamente la autorregulación no responde tanto a un impulso desregulador como a la contraria pretensión del legislador y los poderes públicos de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical, adentrándose en el núcleo crucial y más complejo de la materia de que se trate. Es entonces cuando, en el ejercicio de esa pretensión, el legislador topa con núcleos duros de densa complejidad técnica, cuyo abordaje cede a los expertos con mayor

[851] Véase, *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 34.
[852] En *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 40.

conocimiento de dichos espacios por la vía de la autorregulación[853]. Y precisamente porque es ésta y no otra la naturaleza de la autorregulación resulta cuanto menos equívoco hablar, estrictamente, de autorregulación voluntaria, ya que el ánimo impulsor de la autorregulación es, en realidad, el opuesto al que informa la libertad de pactos; a saber, una voluntad de mayor y más certera regulación. Y lo que superficialmente pudiera parecer un otorgamiento de discrecionalidad reguladora a favor de los expertos multidisciplinares, un espacio de libre actuación autorregulada de los agentes interesados, no es en verdad sino una encomienda pública de común entendimiento a los garantes del lenguaje de cada subsistema, con el único fin de evitar una relación meramente contemplativa.

§ 4. La legitimidad técnica de la autorregulación requiere de la referencia objetiva que proporciona la legitimidad política de la norma jurídica de cara a desplegar eficazmente sus efectos preventivos, de manera que no es la autoorganización técnica lo que hace la autorregulación, sino la actividad pública de descodificación de la autoorganización técnica que posibilita la protección de los intereses públicos (auto)regulados[854]. Debo discrepar en este punto con la crítica que ESTEVE PARDO practica a la legitimidad técnica de la autorregulación, a la que denuncia de interesada e impulsiva[855]. El autor acierta al considerar la función de fórmula preventiva de la autorregulación en conexión con el eslabón propiamente jurídico, si bien hay que tener presente que lo hace identificando «extramuros del Estado» con «extramuros del Derecho». No comparto la consideración de

[853] Así, entre otros, ETZIONI, «Mixed-Scanning: A Third Approach to Decision-Making», *PAR*, 27, 1967, pp. 385-392. También RUGGIE, «Complexity, Planning and Public Order», La Porte (ed.), *Organized Social Complexity: Challenge to Politics and Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1975, pp. 119-151; p. 136: "en las complejas sociedades modernas, cuanto menos previsible es el futuro, más previsión es requerida; cuanto menos entendemos, más perspicacia es necesaria; cuantas menos condiciones permiten la planificación, más necesario se hace planificar".

[854] El propio ESTEVE PARDO, en la introducción a su *Autorregulación*, 2002, admite la necesidad de la significación pública de los fenómenos de autorregulación para que estos puedan ser así considerados propiamente, y excluye de su objeto de estudio los fenómenos que considera estrictamente domésticos: "la autorregulación objeto de estudio será únicamente aquella que tiene efectos públicos, que es tomada en consideración y hasta asumida por los poderes públicos. Es esa autorregulación la que verdaderamente resulta de interés (…) se excluyen por tanto las experiencias de autorregulación que no alcanzan relevancia alguna más allá del ámbito en el que se gestan" (p. 19). De donde cabe extraer que el autor atribuye a las formas excluidas, a pesar de ello, el rango y la naturaleza de formas o fenómenos de autorregulación; una postura que no comparto.

[855] Concretamente, y para referirse al avance de la autorregulación y la consiguiente postura de los autorreguladores, el autor denuncia que en éstos concurre "el mismo entusiasmo que en el cuento popular ruso mostraba el lobo al que se encargó la protección de un rebaño de corderos" (en *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 42).

que la autorregulación sea un fenómeno que se cierne extramuros del Derecho –ni siquiera, de acuerdo con mi postura, extramuros del Estado–; sencillamente pienso que es factible hablar de una autorregulación con efectos jurídicos referenciada siempre a la actuación de los poderes públicos, distinta de una hasta ahora mal llamada autorregulación que adolecería de tales efectos por el hecho de referirse a una mera expresión organizada de la libertad de pactos. Tal vez en dicha confusión nominal radique el disenso material que aqueja a la práctica de la autorregulación.

§ 5. Quienes promueven la autoorganización son los profesionales, los técnicos, los investigadores, médicos, periodistas, sin que esa autoorganización necesite una habilitación *desde arriba*, siendo así que la autoorganización se debe a un impulso ascendente. Sin embargo, es necesario aclarar que la autoorganización no implica que *per se* autorregulación, y que la organización y la previsión de controversias *inter partes* puede sólo alcanzar el grado de autorregulación en el marco de una actividad pública permanente. Ya que toda autorregulación es autorregulación regulada en el sentido de participada o intervenida[856]. Y todo lo anterior –aquello que no es autorregulación regulada– no es sino un ejercicio organizado de la libertad de pactos, al que los juristas debemos dejar de llamar autorregulación[857].

Como resultado de las ideas expuestas en torno a la noción de autorregulación y su proceso constitutivo cabe traer a colación las siguientes:

---

[856] Así, declara DARNACULLETA I GARDELLA que "la autorregulación regulada es (…) un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación", y "es por ello que puede afirmarse que la supervisión administrativa de la autorregulación permite una intervención mucho más intensa en el sector dominado por la autorregulación" (en *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 87. En la misma línea, ÁLVAREZ GARCÍA apunta que "la Administración pasa así de ser una Administración de intervención a una Administración de supervisión", de suerte que "se elevan (…) las potestades de policía sobre el sector, de forma que una caracterizada nota del derecho de la desregulación es, paradójicamente, la recreación del derecho de policía" (en *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 74).

[857] Recordemos cómo los sistémicos constructivistas, defensores de la clausura operativa de los sistemas sociales, defendían en relación con este punto un concepto de libertad que requería de su revalidación mediante una asignación funcional, de suerte que la configuración jurídico-penal –por ejemplo– de la libertad del individuo no necesariamente coincide –de hecho no lo hace– con el contenido y la función que le atribuyen otros sistemas sociales (véase, por ejemplo, PIÑA ROCHEFORT, *RChD*, 2004, p. 540). También MAYNTZ, «Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*», *Instituciones y Desarrollo*, 7, 2000, pp. 35-52, para quien "no se trata tanto de una pérdida de control estatal, sino más bien de un cambio de su forma", habida cuenta que "la autorregulación social, después de todo, tiene lugar en un cuadro institucional reconocido por el Estado" (p. 41).

(1) toda autorregulación es autorregulación regulada, y toda autorregulación regulada empieza siendo un ejercicio organizado de la libertad de pactos; de esta manera, (2) es a través de la organización de la libertad de pactos como el poder público entra a normativizar un estado embrionario de autorregulación.

Esclarecidos los fundamentos informadores del fenómeno autorregulador y su herencia sistémica, en el epígrafe que sigue trataré de trasladar y aplicar las reflexiones desarrolladas hasta el momento al Derecho penal, donde de hecho vienen ya surtiendo efectos paradigmáticos –por ejemplo, en relación con los delitos medioambientales o en sede de responsabilidad penal (directa) de las personas jurídicas–.

V.3. Autorregulación y autorresponsabilidad. Hacia un modelo de irresponsabilidad estructural.-

§ 1. El Derecho penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de encarar el reto que supone la fenomenología criminal de la delincuencia económica organizada. En ella cobra una especial relevancia el contexto estructurado organizativo en el que se cometen las infracciones. También la afección de estas *nuevas* formas de actuación a bienes jurídicos distintos de los clásicos, de discutida naturaleza jurídico-penal en el contexto de un mercado translocal[858] que exige una cada vez más omniabarcante normativización de los órdenes sociales en pos de una seguridad colectiva aparente. Un panorama que en los últimos tiempos viene obligando al Derecho penal a plantearse la flexibilización de su «mínima intervención»[859].

[858] Tal y como lo concibe BECK, U., en *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, Paidós, Madrid, 1998, advirtiendo que globalización significa también ausencia de Estado mundial y sociedad mundial sin Estado ni gobierno mundiales, y distinguiendo con acierto entre la complejidad de la globalización y el simplismo del fenómeno al que denomina «globalismo» y que concibe como error de la globalización.

[859] Así, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, «¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'?», *CPC*, 79, 2003, pp. 109-123. También IGLESIAS RÍO, quien advierte que "se han emprendido con profusión medidas legislativas que tienen las connotaciones propias de una legislación de excepción, olvidando (…) que la criminalidad organizada ya no es un fenómeno coyuntural o pasajero, sino que está bien arraigado en nuestra sociedad" (en «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pp. 95-126; p. 124). Del otro lado, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, por ejemplo, insiste en que la motivación normativa en contra de la realización de delitos resulta sólo justificada en el plano individual, no siendo legítimo plantear una responsabilidad penal de los entes colectivos (en «Consecuencias jurídico-penales aplicables a la persona jurídica en una futura reforma

Todo ello, sin perder de vista que entre empresa y Derecho penal no rige el axioma de la reciprocidad de perspectivas, de manera que, mientras la primera contempla al segundo como instrumento sancionador que ha de servirle para evitar el fraude y la deslealtad habituales en su seno (prevención negativa), el segundo se plantea su actuación con base en la grave dañosidad social de determinadas actuaciones, más que en cuanto a la hipotética utilidad instrumental del aparato sancionador que despliega[860]. Lo cual se halla en estrecha relación con lo expuesto en el capítulo anterior de este estudio, ya que el esfuerzo de la presente investigación tiene como uno de sus fines ofrecer soluciones ante el *estravismo* que aqueja a la política actual de sistemas que en su realidad práctica comparten niveles de su estructura. Como ocurre, en concreto y en lo que ahora interesa, con la política criminal que informa la regulación y aplicación de los delitos societarios (arts. 290 y ss. CP) en relación con el Derecho mercantil de sociedades o el Derecho administrativo sancionador.

> Además, la disparidad de perspectivas señalada implica que, desde un punto de vista práctico, el Derecho penal económico fracase en su función preventiva, ya que, en última instancia, la lógica empresarial de la oportunidad, el pragmatismo, la flexibilidad y la eficiencia, así como el cálculo de probabilidades sobre el riesgo a sufrir un castigo y el relativo a los costes-beneficios derivados de la persecución y el proceso, conducen al rechazo de la intervención, por parte de los directivos de la compañía, de un Derecho penal regido por principios y fines distintos e incluso opuestos a los que informan su actividad económica. Así, cabe concluir que en los supuestos en los que la empresa es víctima de la criminalidad de sus directivos, por ejemplo, la propia víctima se interesa en obstaculizar el mecanismo jurídico-penal.

§ 2. Desde su emergencia originaria en el seno de las discusiones política y jurisprudencial estadounidenses, la posibilidad de concebir un modelo de responsabilidad penal que superara el tradicional y sirviera para imputar a las personas jurídicas hechos *propios* no ha estado exento –todavía hoy no lo está– de fuertes disensos y detracciones[861]. Algo comprensible,

---

penal», Bacigalupo Zapater (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 205-292.

[860] Así lo ha advertido, y convengo con ella, PASTOR MUÑOZ, para quien el Derecho penal es un medio especialmente ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial, en «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, 2006-4, pp. 1-17; pp. 3-4, asegurando que "el Derecho penal no se plantea su intervención sobre la base de una mera razón de eficacia en la evitación de resultados indeseados", sino que, "cuando falta un comportamiento grave, desaparece la base en que apoyar la atribución de responsabilidad por las consecuencias de ese comportamiento".

[861] Un examen detallado de la regulación estadounidense y las directrices para imponer sentencias a las organizaciones (*Organizational Sentencing Guidelines*) sobre la

teniendo en cuenta que el abandono de un Derecho penal de cuño ético-moralizante fundamentado en la tradición ilustrado-idealista y la asunción de uno pragmático-funcionalista implica una verdadera (r)*evolución*[862]. En este sentido, hay quien, siguiendo con el antropomorfismo analógico, ha hablado del paso del *homo humanisticus* al *homo oeconomicus* y del «A mata a B» al «S.A. desestabiliza a B»[863].

Un debate que se remonta al cuestionamiento de la doctrina tradicional del *respondeat superior*, la cual se articula todavía al amparo de un paradigma individualista, de responsabilidad por el hecho ajeno, en el que la *mens rea* exigida a una persona física que comete el *actus reus* se extrapola directamente y se adjudica a la corporación[864]. Concepción a la que

---

base de la autorreponsabilidad y la culpabilidad empresarial, puede verse GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, CERA, Madrid, 2006 (más brevemente, ID., «*Corporate Criminal Liability*: algunas cuestiones sobre responsabilidad penal corporativa en los EEUU», García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 279-328; concretamente, pp. 307 y ss.). Como ejemplo de una vastísima literatura acerca de la discusión originaria, no son lejanas en el tiempo las palabras de KAHNNA, para quien la responsabilidad penal de las corporaciones no sirve a ningún fin, habida cuenta que éstas "no pueden ser encarceladas", por lo que "no queda claro que sea posible influir en su conducta a través de sanciones" (en «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?», *HarvLRev*, 109, 1996, pp. 1477-1534, p. 1478); o las de FISCHEL y SYKES, quienes concluyen, con base en el mismo argumento sobre la imposibilidad de encarcelamiento, que "la responsabilidad penal de las corporaciones es inferior desde un punto de vista práctico a un apropiado correctivo de orden civil" (en «Corporate Crime», *JLS*, 25, 1996, pp. 319-349, p. 322). También COFFEE se ha pronunciado al respecto, mostrándose favorable incluso a una responsabilidad penal de las personas jurídicas que excluya la de las personas físicas que la componen y que se articule suficientemente en términos pecuniarios (en «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *AmCrimLRev*, 17, 1980, pp. 419-478). Por el contrario, SCHÜNEMANN rechaza abiertamente la posibilidad de concebir un "derecho penal genuino *contra* las entidades legales, en los términos de los círculos del Common Law" (en *BuffCrimLRev*, 2005, p. 42 (cursiva añadida)).

[862] Sobre el debate al respecto, en la literatura española, puede verse a modo introductorio SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal», *MFC*, 14, 2001, pp. 308-364.

[863] Véase, ZUGALDÍA ESPINAR, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», *CPC*, 81, 2003, pp. 537-554; p. 542, matizando que en cualquier caso ello no habría de llevar a renunciar a las garantías tradicionales del Derecho penal, que actuarían como límites y denunciando que el debate doctrinal acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto capaces de acción y culpabilidad se resume en una discusión «sobre el sexo de los ángeles», al tiempo que los legisladores operan con criterios estrictamente pragmáticos tendentes a la derogación de la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* (p. 453).

[864] Puede verse un ejemplo de esta postura –en el ámbito estadounidense–, muy crítica con el modelo de responsabilidad empresarial por el hecho propio, en PARKER, «Doctrine for

se añadía como alternativa la llamada «teoría del conocimiento colectivo»[865], sobre la que volveré más adelante en este capítulo.

No obstante, si bien los sistemas jurídicos que admiten tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas son fundamentalmente los de tradición angloamericana, también en Europa hay –cada vez más– países que admiten el principio *societas delinquere potest*[866] como es el caso de Holanda, Francia, Dinamarca, o Austria[867]. En el caso español la afirmación anterior es matizable ya que, desde la reforma del CP de 2010, a la persona jurídica se le puede imponer una pena aun no siendo ésta *capaz* de cometer un delito (recuérdese que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se articula sobre la base del hecho de otro). Me referiré a esta cuestión expresamente en el apartado V.3.2. de este estudio. Pero antes, es preciso que adelante brevemente algunos de los fundamentos teóricos sobre los que se sustenta dicho modelo de imputación en el epígrafe que sigue.

Destruction: The Case of Corporate Criminal Liability», *M&DE*, 17, 1996, pp. 381-398; también en el de MUELLER, «Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability», *UPittLRev*, 19, 1957, pp. 21-46. Más flexible y arrojando los primeros signos en un sentido distinto, cercano a la idea de la corporación como agente, ORLAND, «Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship», *AmCrimLRev*, 17, 1980, pp. 501-520.

[865] Véase, a modo introductorio y a título informativo, GRANTHAM, «Corporate Knowledge: Identification or Attribution?», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 732-737.

[866] Pueden verse, VOGEL, «Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 129-140; pp. 137-138; SEMINARA, «La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 271-297; pp. 274 y ss.

[867] Sobre el primero, DE DOELDER, «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda», *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 497-499. En cuanto al caso francés, pueden verse los arts. 131-137 del *Nouveau Code Pénale*, en su reforma introducida por la Ley de 92/683, de 22 de julio de 1992. Por último, la reforma de los arts. 25-27, 51, 52, 54 y 94 del *Straffeloven* (de 1930) por la Ley 474, de 12 de junio de 1996, para el caso danés, sobre el que resulta sumamente ilustrativo, GOMARD, «Board Members' Liability for Damages», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 209-260; pp. 226 y ss. Sobre el caso austriaco véase, ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», *InDret*, 2006-2, pp. 1-25; pp. 8 y ss.

V.3.1. El modelo constructivista-operativo de responsabilidad penal de las corporaciones. Riesgos de una atractiva dogmática analógica.-

§ 1. El modelo constructivista-operativo de autorresponsabilidad empresarial es el producto de la asimilación doctrinal de la teoría de los sistemas autopoiéticos en el ámbito del Derecho penal económico[868]. Un modelo propuesto y defendido por autores como GÓMEZ-JARA DÍEZ[869], quien acertadamente ha advertido en las categorías de la acción, la culpabilidad o la punibilidad algunos de los escollos iniciales de mayor relevancia de cara a la validación de su propuesta.

> No voy a abordar ahora la ya manida cuestión relativa a la responsabilidad penal individual de los *agentes visibles* de las corporaciones (administradores –de derecho y/o de hecho–, auditores, inversores, consultores, socios, etc.), que hasta la fecha viene resolviéndose por la vía de la heterorresponsabilidad[870]. Una análisis

[868] Ya SCHÜNEMANN había advertido que "el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas" (en *Criminal Responsibility*, 1999, p. 230). En este sentido GÓMEZ-JARA DÍEZ asegura que "gran parte de la doctrina mayoritaria especializada en la responsabilidad penal empresarial se basa, en mayor o menor medida, en la concepción autopoiética de la organización empresarial" (en «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, 08-05, 2006, 1-27; p. 3).

[869] Véase, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 93-161 (si bien ya antes TEUBNER había propuesto las condiciones bajo las cuales una empresa se constituye en un sistema autopoiético de orden superior, en *AmJCompL*, 1988). El autor recupera la diferenciación entre sistema *psíquico*, sistema social *organizativo* y sistema social *funcional*, propio de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, para amparar su concepción de la autorresponsabilidad empresarial en los márgenes de la segunda opción. También puede consultarse, *RECPC*, 2006; más extensamente, su obra *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005 (un resumen explicativo de esta puede hallarse en la recensión de PASTOR, *InDret*, 2006-2). En la literatura angloamericana, recientemente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay between self-regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship», *NCrimLRev*, 2010, pp. 1-17; especialmente las pp. 6 y ss., con amplias referencias, en el que el autor en gran media revisa y confirma los patrones dogmáticos informadores de la totalidad de su producción científica. En la misma línea, MÜSSIG, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 197-221; pp. 209 y ss.

[870] Baste por el momento y para hacerse cargo del estado de la cuestión que el lector consulte el artículo panorámico comunitario de FOFFANI y NIETO MARTÍN, *RP*, 2006; asimismo, CANCIO MELIÁ, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?: algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», Corcoy Bidasolo y Mir Puig (eds.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Reus, Madrid, 2006, pp. 3-16. En

crítico al respecto, con base en la legislación jurídico-penal vigente en España, seguirá al presente capítulo.

§ 2. El concepto desde el que debe abordarse el estudio de esta materia es el de «ciudadanía corporativa» (*corporate citizenship*), sobre el que la propuesta estructuralista-operativa descansa la noción nuclear de autorrresponsabilidad[871] y que hace referencia a la institucionalización autorreferencial de una *cultura empresarial* que se espera sea fiel al Derecho y participe en los asuntos públicos[872]. Entre ellos el relativo a la conformación activa de las normas sociales y jurídicas, de suerte que la colaboración en la producción del sentido normativo haga la vez de presupuesto habilitante de una eventual incriminación de la corporación. En otras palabras, de una capacidad de culpabilidad[873], como para el ámbito

---

el ámbito anglosajón, también como ejemplo ilustrativo, GRUNER, «Just Punishment and Adequate Deterrence for Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties under the New Corporate Sentencing Guidelines», *SCalLRev*, 66, 1992, pp. 225-288, quien asegura que las medidas adoptadas para con las corporaciones en el ámbito del Derecho penal actual no son sino un preludio de las que están por llegar.

[871] Término de impronta angloamericana que ya se encuentra, por ejemplo, en BUCY, «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», *MinnLRev*, 75, 1991, pp. 1095-1184; o en FRENCH, «Integrity, Intentions and Corporations», *AmBusLJ*, 34, 1996, pp. 141-155. En estos términos, sobre la culpabilidad empresarial, LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, University of Chicago Press, Chicago, 2006; MOORE, «Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines», *ArizLRev*, 34, 1992, pp. 743-798; QUAID, «The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis», *McGillLJ*, 43, 1998, pp. 67-114; muy interesante, aunque discutible, la propuesta de FRIEDMAN, quien indicia y argumenta la culpabilidad corporativa a partir de la ya reconocida «Libertad de Expresión Corporativa» o *Corporate Free Speech* (en «In Defense of Corporate Criminal Liability», *HarvJL&PubPol'y*, 23, 2000, pp. 833-858, pp. 850 y ss.).

[872] Sobre el concepto de «Buen Ciudadano Corporativo» (*Good Corporate Citizen*), que define la corporación fiel como aquella que «cumple con el Derecho» (*abides with the law*), pueden consultarse, entre otros, GRUNER, «Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», Basri (ed.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalizaion of Good Corporate Conduct*, Practising Law Institute, Nueva York, 1998, pp. 199 y ss.; del mismo, junto con BROWN, «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», *JCorpL*, 21, 1996, pp. 731-766; asimismo, WALSH y PYRICH, «Corporate Compliace Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?», *RutLRev*, 47, 1995, pp. 605-692; concretamente, p. 680. También, ampliamente, WELLNER, «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», *CarLRev*, 27, 2005, pp. 497-528; especialmente la valoración que el autor hace en las pp. 508 y ss.

[873] En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, entre otros, admite que "no puede discutirse que la persona jurídica es destinataria de normas. Por tanto, puede infringirlas y, en consecuencia, puede serle reprochado jurídicamente su incumplimiento", a pesar de que mantiene –citando a SAVIGNI– que la persona jurídica no deja de ser una ficción por carecer de *albedrío* (en «Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica

en el artículo 31 bis del texto proyectado», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 291-302; pp. 291 y 292). No obstante, la doctrina tradicional se resiste a compatibilizar la organización empresarial con el principio de culpabilidad. Así, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 43-45; también BARBERO SANTOS, quien no obstante se muestra abierto a un cambio en el paradigma de imputación en su artículo «¿Responsabilidad penal de las empresas?», Arroyo y Tiedemann (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 25-42; p. 41, asegura que la incriminación de las personas jurídicas es hoy por hoy todavía una realidad dudosa, que exigiría concebir un «Derecho penal paralelo» (el artículo fue publicado antes más extensamente aunque con el mismo título en *AP*, 1, 1987, pp. 1081-1098). Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ sostiene la imposibilidad conceptual de la culpabilidad de las personas jurídicas (en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español», Mir Puig y Luzón Peña (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 17-34; pp. 25 y 30). También GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 8; RAMÓN RIBAS, *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*, Comares, Granada, 2009, p. 209; PASTOR, *InDret*, 2006-2, quien asegura que "para poder fundamentar la culpabilidad empresarial es necesario que la empresa tenga a su alcance, al igual que las personas físicas, mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma sin tener que cometer para ello delito alguno. En el caso de una persona física, el Estado democrático le ofrece la posibilidad de cuestionar las normas vigentes, en concreto, mediante el ejercicio del derecho al voto. Sin embargo, las empresas no son titulares de tal derecho y, por ello, se plantea la duda de si los elementos que constituyen (…) la ciudadanía mínima de las empresas (…) son suficientes para afirmar que estas últimas tienen a su alcance mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma. Y es que, aun cuando la empresa gozara de la capacidad de expresar juicios morales que le permitiera discrepar de las normas vigentes, lo cual es muy discutible, ¿sería tal capacidad un equivalente funcional de los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance la persona física para cuestionar la vigencia de tales normas?, ¿permitiría esa capacidad fundamentar la culpabilidad de las empresas con la misma legitimidad que se fundamenta la culpabilidad de las personas físicas con derecho al voto? Es muy dudoso que pudiera afirmarse tal equivalencia" (p. 15). La misma postura mantiene posteriormente en su artículo «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, 2006-4, pp. 1-17. En la misma línea y por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, sentenciando que "lo que el Derecho, al atribuir a las personas jurídicas la condición normativa de sujetos, no puede hacer es atribuirles autoconciencia y libertad" (remitiéndose a PÉREZ MANZANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *AP*, 2, 1995, pp. 15-27, quien argumenta que "la voluntad de la acción en sentido finalista o la voluntad de causación de un resultado en sentido causalista, faltarían siempre a la persona jurídica"; si bien "no es un problema de contenido de la voluntad, sino que la cuestión es que las personas jurídicas carecen del sustrato psicológico-espiritual (…) que permite hablar de una voluntad en sentido psicológico" (p. 20)), ya que entonces "tropieza con los límites ontológicos de la construcción jurídica de los conceptos". Por tanto, cabe decir que "en la persona jurídica no se dan los mínimos para afirmar la presencia de una acción" (p. 82). Posturas estas que pretenderán ser superadas por la teoría de sistemas a través de la diferenciación entre sistemas psíquicos y sistemas organizativos.

administrativo ha aceptado y adaptado ya el TC[874] a través de su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre (ponente, TOMÁS Y VALIENTE), FD 2º:

> "nuestro Derecho administrativo admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma".

§ 3. Esta posición sobre la capacidad que habilita la imputabilidad de las corporaciones no es predicable, según los defensores de este modelo, de las conocidas como «sociedades pantalla» debido precisamente a que estas no han alcanzado un nivel de complejidad interna suficiente para ser consideradas autoras a efectos penales[875]. De suerte que será preciso en cada caso diferenciar *corporaciones sujetos* de *corporaciones objetos* o *instrumentos* bajo el parámetro de una complejidad organizativa o autorreferencialidad mínima que se interpreta hoy por hoy desde la teoría constructivista material y cuantitativamente como *mínimo organizativo formal* que se traduce en un número de componentes o miembros corporativos. El sentido de dicha interpretación radica en la limitación

[874] En este punto, BACIGALUPO ZAPATER estima que, "una vez admitida la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho sancionador administrativo, es claro que no existen razones de peso para excluirla en el derecho penal", ya que "no existe una diferencia esencial entre ambos sistemas sancionadores; que entre las sanciones administrativas y las penales para las personas jurídicas sólo existe –y no siempre– una diferencia cuantitativa" (en «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de 'compliance'», *LL*, 9 de julio de 2010, pp. 1-5; p. 1).

[875] GÓMEZ-JARA DÍEZ habla de «mínima autorreferencialidad» (en *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, pp. 154-156 y nota 171), y explica las dificultades de fijación de límites al respecto a través del ejemplo del establecimiento de la mayoría de edad penal para el Derecho penal individual, aclarando que dicho límite no es ontológico sino normativo. Más detenidamente sobre esta cuestión, ID., «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero Derecho penal empresarial», *DPC*, 15, 2006, pp. 5-34. Recientemente, ID., «La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español», *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 473-518; p. 482.

recíproca de las premisas de decisión sistémicas[876]. Un esquema idéntico al que sirve para determinar la imputabilidad de la persona física con base en la mayoría de edad. Dicha interpretación es, a mi parecer, aleatoria, y excede incluso los límites del paralelismo analógico que el propio constructivismo pretende trazar para la corporación y respecto al individuo[877].

A continuación expondré los principales fundamentos teóricos –de origen angloamericano– sobre los que se sustenta, en gran medida, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en nuestro CP, ha encontrado acomodo en el nuevo art. 31 bis. Éstos son: la acción y la culpabilidad corporativas (V.3.1.1.); la decisión corporativa como elemento configurador del *status reus* (V.3.1.2.); y el conocimiento corporativo (V.3.1.3.).

Aunque la reforma del CP de 2010 ha previsto que el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es de aplicación a los delitos societarios de los arts. 290 y ss. CP, estimo oportuno hacer referencia a esta cuestión, además de por su evidente calado dogmático, por las razones ya expuestas en el apartado III.4.3.2. de este estudio, así como por lo que propondré en el apartado VII.3.1.

V.3.1.1. Acción y culpabilidad corporativas. ¿La cuadratura del círculo del funcionalismo?.-

§ 1. El primer punto neurálgico de la reflexión acerca de la responsabilidad penal empresarial ha sido acertadamente advertido por la doctrina constructivista. Este no es otro que la ya comúnmente asumida incapacidad de acción de las corporaciones[878]. Una cuestión que el

[876] GÓMEZ-JARA DÍEZ declara en este sentido que el substrato de organización formal mínimo que constituye un indicio decisivo para considerar imputable a una empresa en el Derecho penal empresarial podría venir dado por el límite normativo de cincuenta empleados (en *RECPC*, 2006, p. 157, nota 175), si bien admite que es esta cuantificación azarosa dependiente, en útima instancia, de la gestación en el seno de la organización de un aparato o mecanismo activo de entidad suficiente desde la óptica del potencial inductivo y transversal de sus redes funcionales.

[877] En este punto GÓMEZ-JARA DÍEZ estima, refiriéndose a la imposibilidad de transferir las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad de la persona física a la jurídica, que "*no resulta coherente argumentar que no se pueden transferir dichas circunstancias modificativas de la responsabilidad, por un lado, pero, por otro, afirmar que la culpabilidad de la persona física sí es transferida a la persona jurídica*" (en *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 494, en cursiva en el original).

[878] La dogmática jurídico-penal tradicional ha sostenido un concepto de acción atribuible únicamente a las personas físicas, y ha solventado la responsabilidad penal de las

constructivismo operativo traslada al *equivalente funcional* de la «capacidad de autoorganización» empresarial[879], la cual hace la vez de *libertad* habilitante del *hecho* de relevancia jurídica[880] y traduce el dominio individual del hecho en el dominio funcional-sistémico de la organización en cuestión[881].

---

personas jurídicas por la vía de la heterorresponsabilidad, reconduciendo las categorías clásicas de la imputación a los representantes de las corporaciones (un ejemplo de la anterior concepción, desde la perspectiva comparativa, lo arroja STESSENS en «Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective», *I&CLQ*, 43, 1994, pp. 493-520; también, de autoridad, el texto de COFFE, «No Soul to Damn; No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *MichLRev*, 79, 1981, pp. 386–459).

[879] Término introducido en el Derecho penal empresarial por HEINE en «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience - or Vice Versa», *StL–WTLJ*, 173, 1998, pp. 173-194; pp. 186 y ss., declarando que en el ámbito de la empresa la delincuencia adquiere la forma de una constelación de culpabilidad a la que se refiere como «*faulty operation of an enterprise*» (p. 187). Por su parte, COLVIN, en su extenso artículo «Corporate Personality and Criminal Liability», *CrimLFu*, 6, 1995, pp. 1-44, considera que la competencia organizativa de la empresa en virtud de un dominio de la organización de naturaleza sistémico-funcional basado en la diferenciación funcional y la descentralización es el equivalente funcional al dominio del hecho en el Derecho penal del individuo (p. 26).

[880] De esta manera, el hecho, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, queda redefinido como la configuración de un ámbito organizativo propio determinado, y la libertad como una opción de autoadministración o autorregulación (así, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 392). En la misma línea, KINDHÄUSER concibe la libertad como *autonomía comunicativa* (en «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», Luzón Peña y Mir Puig (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1999, pp. 185-217; pp. 203 y ss.). También GÜNTER, «Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis», *CarLRev*, 17, 1996, pp. 1035-1058, quien declara que "entiendo la libertad comunicativa como la posibilidad (…) de responder a las palabras de un homólogo y a las afirmaciones de validación concomitantemente elevadas" (p. 1037), asegurando que "el argumento de que el actor se reconoce como *causa sui* de sus acciones no implica una tesis ontológica acerca de la libertad de la voluntad" (p. 1047).

[881] Esta opción permite fundamentar la autoría mediata de la organización en función de un determinado injusto organizativo junto con la responsabilidad penal individual de un ejecutor que se caracteriza por ser una figura *anónima e intercambiable*. Al respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de a organización? Algunas consideraciones críticas», *CPC*, 88, 2006, pp. 119-153, apunta hasta dos posibles ventajas o puntos fuertes de esta concepción, a saber: (1) el hecho de que el desarrollo de la jurisprudencia (refiriéndose al Tribunal Supremo alemán) venga estableciendo la "posibilidad de aplicar esta figura al ámbito de las estructuras organizativas empresariales"; y (2) un marco comunitario en el que, con motivo de la elaboración de un texto que contenga una regulación positiva de los llamados «eurodelitos», se pretende la inclusión expresa en el texto legislativo de la autoría mediata en materia de delincuencia económica empresarial (p. 139). Sobre la problemática en cuestión, y, mas concretamente sobre el punto (1), puede verse a título introductorio y por todos SCHÜNEMANN,

> Surge así el supraconcepto de «persona social»[882], que engloba a personas físicas y jurídicas en una misma categoría y que definirá la personalidad jurídico-penal en función de la capacidad de *producir injusto*; el cual se genera en las dos fuentes anteriores, en función de que su canal haya sido, o bien la acción del hombre, o bien la autoorganización empresarial.

§ 2. Concretamente, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se fundamenta en tres equivalentes funcionales de la culpabilidad individual[883]: (1) la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma[884]; (2) el sinalagma fundamental del Derecho penal, configurado como «libertad de autoorganización» empresarial frente a responsabilidad por las consecuencias de la actividad[885]; y (3) la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma. Todos ellos constructos que permiten enarbolar un

---

«Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, 55, 2002, pp. 9-38; en especial, pp. 13-19.

[882] Término acuñado por LAMPE en «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», Weigend y Küpper (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, de Gruyter, Berlín, 1999, pp. 86-96 (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, p. 114).

[883] En este punto GÓMEZ-JARA DÍEZ advierte acertadamente acerca de la relevancia de convenir la función que cumple y/o ha de cumplir el Derecho penal, habida cuenta que es a partir de esta como emerge la funcionalidad equivalente entre la culpabilidad individual y la empresarial; la concepción constructivista, en este sentido, considera que la función del Derecho penal consiste en el mantenimiento de la vigencia normativa (en *RECPC*, 2006, p. 17). En la misma línea, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 16.

[884] Habida cuenta que precisamente la vigencia de la norma es lo que el Derecho penal garantiza, y no la protección de bienes jurídicos (así, JAKOBS, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de septiembre del 2000)*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60; p. 46).

[885] En palabras de SCHÜNEMANN, "la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad" (en «Art. 4. Maßnahmen gegen Unternehmen», Schünemann, (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, de Gruyter, Berlín, 1996, pp. 168-170, *apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 20). De esta manera, la institución negativa del *neminem laedere* empresarial se sustenta en la reconocida libertad de empresa, y lleva aparejada la obligación de mantener el ámbito de organización empresarial propio dentro de los márgenes del riesgo permitido (puede verse sobre esta cuestión y a modo introductorio SESSANO GOENAGA, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación», *RECPC*, 08-03, 2006, pp. 1-25).

principio de culpabilidad suficiente que garantiza que la «persona corporativa» "es competente para intervenir en los asuntos públicos"[886].

Pero el «mecano» normativo-funcionalista no termina ahí. Y es que la capacidad de autoorganización que habilita la *conducta* corporativa se remite a la relativa *complejidad interna*[887] de la empresa en cuestión, bajo el argumento de que también las corporaciones, como los individuos, participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Un anclaje teórico al que se remiten tanto la teoría de los sistemas autopoiéticos como distintas teorías modernas de la organización[888], y sobre el que es oportuno reflexionar.

> Dicha construcción afecta a la concepción y configuración de las formas de autoría y participación. Una sede en la que se ha venido discutiendo, a tal efecto, acerca de las posibles relaciones que pueden originarse entre el individuo y la organización corporativa, entre las que cabe destacar la que se refiere a una hipotética *coactuación* entre ambas[889]. Pero también, y sobre todo, afecta a las

---

[886] JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003, p. 50, sobre cuya tesis echa a rodar el engranaje constructivista-operativo de imputación. Sobre el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas puede verse en el ámbito del Derecho penal y por todos BACIGALUPO SAGGESE, «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», *PJ*, 53, 1999, pp. 49-106. El propio FRIEDMAN, como ya dijera anteriormente, ha insistido en que, a pesar de que las corporaciones no disfrutan del derecho a voto, se viene entendiendo –de manera generalizada en el ambiente anglosajón y cada vez más ampliamente en el continental europeo– que éstas, como los individuos, participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales, habida cuenta que dicho proceso viene marcado principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas, hecho adjudicable a las corporaciones que actúan en alguna de las formas de la vida pública (en *HarvJL&PubPol'y*, 2000, pp. 835-836).

[887] En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 231, nota 110, apunta la reflexión que reproduzco a continuación: "un primer presupuesto para concebir un injusto de organización es que ésta sea realmente compleja, es decir, que por su *número*, *estructura*, *despersonalización*, *formalización*, no se pueda determinar la responsabilidad de las personas físicas que actúan dolosamente" (cursiva añadida). Una idea que remite a la noción de hiperciclo y a su culminación como momento emergente de la personalidad y autoría corporativas (véase, al respecto, TEUBNER, *AmJCompL*, 1988, pp. 112 y 117).

[888] Así, por ejemplo, DRAZIN y SUNDERLANDS, «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», *Organization Science*, 3, 1992, pp. 230-249, para quienes "la estructura o el orden emergen de las interacciones de entidades microscópicas discretas, sin intervención externa del entorno o de un diseñador" (p. 232). Asimismo, BERGER y LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, Anchor Press, Nueva York, 1966, pp. 45-63.

[889] Como se desprende, por ejemplo, de las consideraciones de BUSTOS RAMÍREZ, quien estima que, aunque la persona natural sea el sujeto activo del delito, puede decirse que "la persona jurídica ha coactuado con el sujeto activo persona natural, le ha servido de apoyo indispensable e insustituible a través de su organización", de suerte que resulte admisible "incluir dentro de la acción delictiva a la persona jurídica", aunque para ello sea precisa una "nueva dogmática de los delitos con coactuación de la persona jurídica" (en «Perspectivas

> categorías de la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad, ya que la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas inaugura un paradigma en el que ésta no puede reducirse a una forma de intervención delictiva, sino que constituye la asunción de una nueva forma de injusto penal.

§ 3. El argumento de imputación constructivista –más de oportunidad que de justicia material– exige que la persona jurídica en cuestión sobrepase un *umbral* de complejidad interna suficiente, del mismo modo que es condición necesaria el que un sistema psíquico haya alcanzado el umbral de complejidad bastante (la autoconciencia) para ser imputable a título individual en Derecho penal. Así, siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cabría sostener que "si se trata de una empresa unipersonal o una organización pequeña, donde se puede identificar las actividades de sus miembros, es difícil pensar en un injusto de organización, pues claramente estaríamos ante la responsabilidad personal"[890]. Un argumento lejanamente dogmático que denota más una urgencia preventivista que la corrección de un sistema de imputación para personas jurídicas. De ahí que, en última instancia y como revelan los supuestos de exclusión enumerados por la autora, el esquema de imputación denominado constructivista siga remitiéndose a modelos de responsabilidad individual de cara a superar sus propias insuficiencias. Si se me permite la expresión, digamos que el sistema propuesto sigue buscando «cortar» cabezas, la de la hidra si es visible o la de alguna de *sus* «serpientes» si no lo es. Y es que *la responsabilidad empresarial, a la luz de los presupuestos expuestos, pasa a ser concebida más como una excepción de la responsabilidad individual por imposibilidad de identificación, que como un verdadero modelo sistemático de atribución de responsabilidad corporativa.*

No se trata, pues, de que hagamos responsable a una persona-corporación en aquellos casos en los que no somos capaces de identificar al responsable individual de una hipotética acción delictiva practicada en el seno de la actividad corporativa argumentando que "la persona jurídica como sistema autorreferencial es *competente* de sus comunicaciones"[891], sino de

---

actuales del Derecho penal económico», *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 213-224; p. 221). En la misma línea parece posturarse TIEDEMANN, para quien "una única y exclusiva punibilidad «personal» (…) es relativamente reciente y necesita actualmente tanto de discusión como de reforma", hasta el punto de que los problemas dogmáticos al respecto son "absolutamente solucionables, sobre todo si (…) se extiende e interpreta el concepto de *culpabilidad* en el sentido de una responsabilidad social" (en *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 233).

[890] En *Bases para un modelo de imputación*, 2003, p. 231, nota 110.

[891] Así, BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 365. En este punto GÓMEZ-JARA DÍEZ matiza que en el caso de la

elaborar un paradigma en el que la subjetividad epistémica no sea difusa o se abandone a fórmulas abiertas o contingentes tales como la relativa a la *complejidad suficiente* o *bastante*. En este punto, BINDER consideraba con relativo acierto que si se consigue afirmar que los presupuestos de ambas formas de personalidad, a saber, la jurídica y la ética, son distintos, deja de ser necesario buscar en la persona jurídica al «sujeto (persona) en sí»[892]; mas solamente si adjudicamos a la persona jurídica una entidad prejurídica. Ello reduciría la problemática relativa a la subjetividad en la materia objeto de estudio a una cuestión meramente técnica y salvable.

§ 4. El factor nuclear insoslayable de este esquema, en relación con la comunicación corporativa como elemento autopoiético básico, reside en el *apadrinamiento* por parte de la corriente constructivista, de la noción de «premisas de decisión», acuñada por SIMON[893] en el ámbito del gobierno corporativo para describir los mecanismos existentes en las organizaciones capaces de influenciar las decisiones de sus miembros y de garantizar que dichas decisiones serán compatibles con las metas globales de la organización, hasta el punto de que cabe sostener que "la organización puede alterar los límites de la racionalidad de sus miembros creando o cambiando el entorno en el que tiene lugar la toma de decisión de los individuos". Es decir, a través de la reconstrucción de un escenario de decisión en el que los elementos previos a ésta –y no ésta misma– son *diseñados* y *controlados* por

empresa "se trata de un tipo de comunicación específico: es un *sistema compuesto por decisiones* o *más exactamente, por la comunicación de decisiones*", de manera que la empresa es "un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa"; en suma, puede decirse que "la decisión se configura (…) como el modo de operación específico de las organizaciones y posibilita la autopoiesis organizativa" (en *RECPC*, 2006, pp. 6 y 7, remitiéndose más ampliamente sobre la cuestión a las obras de LUHMAN y BAECKER en las notas 25 y 26).

[892] Véase, «Das Problem der juristischen Persönlichkeit», *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig, 1927, pp. 32 y ss. (*apud* BACIGALUPO SAGGESE, *CPC*, 1999, pp. 18-19).

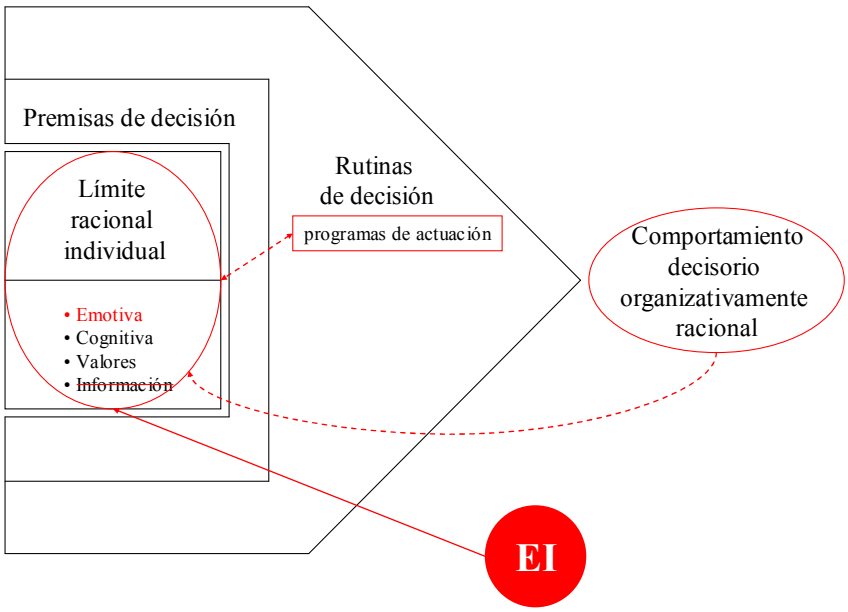
[893] En la introducción a la segunda edición de *Administrative Behavior*. *A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, The Free Press, Nueva York, 1957, pp. xi y xii. También, entre otros, en «Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science», *AmEcRev*, 49, 1959, pp. 253-283; en «Administrative Decision Making», *PAR*, 25, 1965, pp. 31-37; y en «Making Management Decisions: the Role of Intuition and Emotion», *AME*, 1, 1987, pp. 57-64. Asimismo, y siguiendo las remisiones que el propio SIMON propone, resulta de sumo interés –especialmente al penalista, en relación con el dolo en sede imputación subjetiva– la perspectiva «intuitiva» que ofrece BARNARD en *The Functions of the Executive*, Cambridge University Press, Cambridge, 1938. En la misma línea, STENE, «An Approach to a Science of Administration», *AmPolSciRev*, 34, 1940, pp. 1124-1137.

un mecanismo sistemático más complejo racionalmente, ya que las organizaciones se elevan en torno al requerimiento de alimentar, comunicar y elaborar interpretaciones de la historia y la vida, y no en torno a decisiones, pues son instrumentos para la interpretación[894].

> De lo expresado hasta ahora cabe extraer el esquema que me permito importar literalmente[895] y sobre el que propongo practicar algunos matices explicativos.

[894] Así, MARCH y SIMON, en la introducción la segunda edición de su obra *Organizations*, Blackwell, Oxford, 1993, p. 18. En este punto SIMON sugiere que la toma de decisiones en las organizaciones se halla determinada por el principio de «racionalidad limitada» (*bounded rationality*). Sobre el principio en cuestión, puede verse entre otras su obra *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, Cambridge, 1983), según el cual "la capacidad de la mente humana de formular y resolver problemas complejos es muy pequeña comparada con la envergadura de los problemas cuya solución es requerida para un comportamiento objetivamente racional en el mundo real" (en *Models of Man: Social and Rational*, Wiley & Sons, Nueva York, 1957, p. 198). En el ámbito de la organización empresarial, TEUBNER advierte que el control jerárquico en los sistemas sociales autopoiéticos debe ser reemplazado por un «control contextual» (en *Regulating Corporate Groups in Europe*, 1990, p. 83). En la misma línea, NONAKA y TAKEUCHI proponen un modelo en el que las organizaciones dinámicamente crean conocimiento: "cuando las organizaciones innovan, no se limitan a procesar información, desde el exterior hacia dentro, para resolver problemas existentes y adaptarse a un entorno cambiante. Ellas crean nueva información y conocimiento, desde dentro hacia afuera, para redefinir tanto los problemas como las soluciones y, en el proceso, recrear su entorno" (en *The Knowledge-Creating Company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, p. 56).

[895] A partir de CHOO, «The Knowing Organization: How Organizations Use Information to Construct Meaning, Create Knowledge and Make Decisions», *IJIM*, 16, 1996, pp. 329-340; pp. 331 y 332. Así, el autor llega a la conclusión de que el llamado «actor organizativo» (empresa) actúa de dos maneras en la toma de decisiones, a saber, *satisfaciendo* y *simplificando*. Satisface en el sentido de que "busca un curso de acción satisfactorio o suficientemente bueno" a partir de criterios prácticos mínimos y concentrando los márgenes de la búsqueda "cerca de los síntomas de una antigua solución"; y simplifica el proceso decisorio en el sentido de que "sigue rutinas y aplica reglas empíricas (*rules of thumb*) aprendidas para evitar la incertidumbre y reducir la complejidad" (p. 331). Todo ello en un contexto en el que la posibilidad de creación del conocimiento reside en la conversión de este desde un conocimiento individual hacia uno que pueda ser compartido y transformado en innovación (p. 338). En este sentido, las premisas de decisión se hallan estrechamente vinculadas con la reducción de la inseguridad a la que tienden a adaptarse las organizaciones, de suerte que la absorción de la inseguridad sustituye el clásico topos organizativo de la orientación al fin en las organizaciones (así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 8, nota 32).



En este esquema, las categorías constituyentes del límite racional individual se hallan en una relación de grado que sirve a un ciclo cognoscitivo experiencial en todo caso, mas a partir de una información del entorno (EI). Además, no hay que perder de vista que los programas de actuación articulados por el sistema organizativo no agotan el potencial funcional de la racionalidad limitada, por lo que la labor de aseguramiento y simplificación es sólo aparente, se circunscribe a un margen estrecho y es en cualquier caso una ficción. Aspectos todos ellos de los que se deriva, en suma, que el comportamiento decisorio organizativamente racional no pasa por ser un comportamiento adjudicable a la organización[896], sino más bien a los miembros de ésta, quienes hacen posible la producción de sentido[897]. No es, pues, acertado referirse a los programas de

[896] Como argumentan, entre otros, CYERT y MARCH, para quienes el proceso de toma de decisiones corporativas es, además de una ocasión para practicar elecciones, un espacio para la interpretación de la vida y de la posición que uno mismo ocupa en esta, de suerte que puede afirmarse que "la firma es un templo y una colección de rituales sacros así como un instrumento para producir bienes y servicios", y tanto es así que "los rituales de elección trazan eventos rutinarios hacia creencias acerca de la naturaleza de las cosas. Les dan significado" (en *A Behavioral Theory of the Firm*, Blackwell, Oxford, 1992, p. 236).

[897] En este sentido, el que fuera jefe de planificación de Shell durante más de tres décadas, GEUS declara que el logro de la producción de sentido en el seno de la organización no ocurre automáticamente, sino que depende de la habilidad de los directivos para absorber lo que está pasando en el entorno negocial y actuar de conformidad con dicha información a través de movimientos empresariales apropiados (en «Planning as learning», *HarvBusRev*, 66, 1988, pp. 71-74). Por su parte, FELDMAN y MARCH exponen una óptica distinta del fenómeno conductual individual y argumentan que los individuos, en cuanto miembros corporativos, demandan vigorosamente políticas de participación en la información y los procesos sociales de decisión para después recibir con indiferencia las implementaciones

> decisión como una forma de hipotética *memoria* del sistema en cualquier caso dependiente de las vías de comunicación organizativas[898].

§ 5. Esta concepción, no obstante, no implica que la teoría de la organización autopoiética sea una teoría de la decisión racional en el sentido clásico, sino que constituye una teoría del ciclo de decisiones, de la producción de decisiones a través de decisiones en un marco funcional estructurado[899]. Como sistema social autopoiético, la organización está abocada a la continua reconstrucción no sólo de sí misma, sino también de un entorno. De esta manera, de acuerdo con las premisas constructivistas cabría interpretar –extensivamente– que el entorno inmediato del sistema es, a menudo, un constructo del propio sistema, «ponedor de sí mismo» en el marco de lo que podría considerarse un *entorno propio*[900]. Entorno (interno)

---

logradas (en «Information in organizations as signal and symbol», *AdmSciQ'y*, 26, 1981, pp. 171-186).

[898] Sobre la memoria organizativa puede verse, a modo introductorio y con abundantes referencias, WALSH y RIVERA UNGSON, «Organizational Memory», *AMR*, 16, 1991, pp. 57-91, quienes apuntan que "aunque ha sido comúnmente aceptado que la memoria organizativa consiste en artefactos mentales y estructurales que tienen efectos consecuentes en la actividad, estos conceptos han permanecido fragmentados y no han sido sintetizados en una teoría más coherente" (p. 58). Para los autores, si bien una organización puede existir con independencia de los individuos particulares y albergar memoria, la actividad cognitiva individual sigue constituyendo el elemento central en la adquisición de información por parte de la organización y, por ende, en el proceso de construcción de una memoria organizativa (p. 61). Una postura que estimo incongruente.

[899] En contraste con este modelo, gobernado por premisas decisorias y programas de actuación, WEICK propone un modelo de organizaciones que las concibe como sistemas «libremente emparejados» (*loosely coupled*) en los que los participantes individuales disponen de una gran «libertad» (*latitude*) para interpretar e implementar direcciones en el proceso de toma de decisiones en el seno de las organizaciones (en *The Social Psychology of Organizing*, Random House, Nueva York, 1979). Así, "la meta de las organizaciones, vistas como sistemas productores de sentido, consiste en crear e identificar eventos que tiendan a estabilizar su entorno y hacerlo más predecible" (en *Sensemaking in Organizations*, 1995, p. 170). En esta línea, un corolario del modelo de producción de sentido es, como apuntan WEICK y DAFT, que las organizaciones se comportan como sistemas de interpretación: las organizaciones deben realizar interpretaciones. Los directivos deben literalmente adentrarse en el enjambre de eventos que constituyen y circundan la organización y activamente tratan de imponer algún orden sobre ellos; la interpretación es el proceso de trasladar estos eventos, de desarrollar modelos de comprensión, de extraer un significado, de armar esquemas conceptuales (véase, «The effectiveness of interpretation systems», Cameron y Whetten (eds.), *Organizational Effectiveness: A Comparison of Multiple Models*, Academic Press, Nueva York, 1983, pp. 71-93).

[900] Véase, LUHMANN, «Closure and Opennes: On Reality in the World of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 335-348; hasta el punto de que "lo que el sistema, en el nivel de sus operaciones, toma como realidad es un constructo del propio sistema. Las asunciones de realidad son estructuras del sistema que las usa" (p. 337).

del que han dicho los sistémicos que no procede ninguna información, sino *sobre* el que versa la información misma, y al que pertenecen también los miembros de la organización empresarial[901].

Un posicionamiento perfectamente coherente e indiscutible desde la óptica sistémica, pero que corre el riesgo de resultar tautológico si adoptamos la panorámica holista hacia la que se orienta. Y es que, si la estructura organizativa de la empresa está diferenciada sistémicamente de la Economía o el Derecho, de suerte que el desarrollo del sistema empresarial en cuanto *entorno interno* tiene lugar *dentro* de los sistemas económico y jurídico, entonces todo sistema social es un subsistema o *entorno interno* de referencias inagotables e inasibles y la discusión que nos ocupa, acerca de la apertura o clausura operativa de los sistemas, se reduce a un problema básico de óptica: *o el Derecho es un sistema abierto operativamente a otros sistemas (en el sentido de interpenetrado estructuralmente), o es un subsistema del sistema social*[902] *(en cuyo caso se halla abierto a otros subsistemas)*. En mi opinión, precisamente la noción de «entorno interno» constituye un replanteamiento básico de la teoría sistémica en términos regresivos, hacia la apertura operativa de los hasta ahora llamados sistemas (sociales), ya que arroja un estado de confusión acerca del *rol* como orden basal normativo del sistema de imputación en cuestión al diluir la jerarquía de las esferas de organización a las que éste se halla referenciado. En otras palabras, la emergencia de nociones aparentemente ambivalentes tales como la de «entorno interno» anticipan un desequilibrio jerárquico de las esferas organizativas en cuanto sistemas concebidos como operacionalmente clausurados, hasta el punto de no poderse predicar un agente sistémico un *único rol* funcionalmente delimitado y predecible en todas sus formas y expresiones. Ello imposibilita la asunción de la teoría a modo de sistema de imputación por el hecho propio. Ya no se sabe, digamos, la infracción de qué roles da lugar a delitos de dominio, y la infracción de cuáles desemboca en

[901] Sobre la circunstancia del «entorno interno» ha advertido GARCÍA CAVERO en *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, pp. 65 y ss. Así, el autor estima que "las personas individuales, cuyas acciones –en cuanto manifestación del cumplimiento de un rol de miembro– pertenecen a la estructura de la empresa, no forman parte del sistema empresarial, sino de su entorno", de manera que "el Derecho no podrá reafirmar adecuadamente la vigencia de la expectativa defraudada por la empresa si se dirige a sujetos distintos a la empresa" (p. 66). Exponiendo las mismas líneas, si bien más resumidamente, ID., «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular», *InDret*, 2006-3, pp. 1-12. El problema es que, en estos términos, a quien debiera dirigirse el Derecho no es la empresa en cuanto portadora del rol de agente económico y/o jurídico, sino, en puridad, al flujo comunicativo adscrito normativamente a un complejo sistémico *desindividuado*.

[902] El propio LUHMANN se expresaba en estos términos, por ejemplo, en *Autopoietic Law*, 1988, pp. 335 y ss.; p. 340.

delitos de infracción de deber, por no hablar de la confusión derivada de la imputación de infracciones no consideradas como tales por sistemas sociales desalineados con el jurídico –piénsese en lo antijurídico no inmoral (sistema moral) o avergonzante (sistema cultural)–. Todo ello en los márgenes de un esquema social institucionalmente confuso cuanto menos en lo que se refiere al complejo organizativo de las corporaciones que actúan como agentes financieros. Precisamente porque *en una sociedad económica altamente diferenciada en la organización de sus esferas, todos los roles sociales pueden ser especiales*. Sólo a la corporación misma cabría atribuir, de acuerdo con el esquema sistémico, un cierto grado de dominio de los riesgos en la propia organización, quedando cualquier forma de responsabilidad individual reducida a los cauces del elenco de deberes especiales que el sistema atribuye específicamente a cada miembro[903].

Así, se puede decir –dentro de tal modelo explicativo– que el rol que garantiza el Derecho penal empresarial no es otro que el del ciudadano corporativo fiel al Derecho. Hasta el punto de que la no institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho es concebida como un quebrantamiento del rol en cuestión, constituyendo éste la manifestación de la pretendida culpabilidad jurídico-penal empresarial[904].

[903] Ya JAKOBS, interpretando el parentesco entre delito de deber y delito de dominio de acuerdo con las tesis de ROXIN, declaraba que "la atribución normativa (de un deber) es de superior jerarquía que el dominio", y "éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva" (en «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de septiembre del 2000)*, Grijley, Lima, 2000, pp. 165-194; p. 167), y aclara que "al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes (…) en virtud de competencia por organización" (p. 168), para concluir que en todo caso "lo decisivo es la competencia"; en los delitos de competencia por organización, por el empeoramiento de otra organización, y en los delitos de deber, por no mejorar la situación (p. 193). Véase, asimismo, CANCIO MELIÁ y SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 101 y ss.

[904] A este respecto SCHÜNEMANN se ha mostrado escéptico respecto al hipotético efecto preventivo que, en términos de eficacia sancionatoria, pudiera tener el Derecho penal económico en las organizaciones jerárquicas «tabicadas» por una moral propia (en «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADPCP*, 41, 1988, pp. 529-558; p. 551).

V.3.1.2. La decisión como elemento sistémico corporativo mínimo. Configuración de un status reus.-

§ 1. La *decidibilidad* como disposición teórica indica no sólo que las decisiones del sistema pueden conectarse con las premisas de decisión del sistema en cuestión, sino que la organización misma *toma* decisiones sobre las premisas de decisión. La consecuencia más profunda de la concepción anterior es que la corporación, como sistema organizativo, posee un código alterable que es, precisamente, el relativo a las premisas de decisión. Un hecho que es interpretado por el constructivismo como una clausura operativa de primer nivel y que, en cambio, yo entiendo que se alza en argumento a favor de la apertura sistémica, habida cuenta que una forma de codificación variable como la que representan las premisas de decisión alimenta la incertidumbre operativa.

Es oportuno recordar a estos efectos hasta qué extremo el constructivismo operativo hace suya la teoría de los sistemas autopoiéticos en materia de organización y gobierno corporativos. Con ocasión de su estudio de la configuración de la memoria sistémica, LUHMANN declaraba que "no hay importación ni exportación de estructuras u operaciones del sistema" y, por lo tanto, "no hay relación de intercambio (de energía) con el entorno", de manera que nadie que acepte la distinción entre sistema y entorno negará que el sistema "no puede operar fuera de sus límites, en su entorno". La consecuencia es que, en el ámbito empresarial, la relación del sistema corporación con su entorno *no puede actualizarse como complejo de operaciones del sistema*, el cual puede en cambio "producir ideas o comunicaciones propias acerca de sí mismo y de su entorno"[905]. Tal vez los límites sistémicos que excluyen un entorno no sean tan precisos y no lo excluyan, sino que existan márgenes de «entorno interno» que permitan una imbricación de las estructuras sistémicas.

§ 2. Precisamente el complejo de premisas de decisión en una organización empresarial es lo que conforma la llamada *cultura* empresarial[906], en cuyas desviaciones el constructivismo operativo hace

[905] En «Closure and Opennes: On Reality in the World of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 335-348; p. 337. Siguiendo esta línea, y desarrollando ampliamente el aspecto relativo a la memoria sistémica con base en la binariedad del pensamiento autorreferencial, resulta de gran interés, FOERSTER, «What is Memory that it may have Hindsight and Foresight as Well?», *Understanding Understanding. Essays on Cybernetics and Cognition*, Springer, Nueva York, 2003, pp. 101-131, primeramente publicado en Bogoch (ed.), *The Future of the Brain Sciences*, Plenum, Nueva York, 1969, pp. 19-64).

[906] Sobre la noción de *premisas de decisión no decidibles*, RODRÍGUEZ MANSILVA, *Gestión organizacional. Elementos para su estudio*, Universidad Católica de Chile, Santiago,

radicar el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial[907].

§ 3. De especial relevancia es asimismo la cuestión relativa a la relación entre culpabilidad y pena, tanto en el plano individual como en su extensión al llamado Derecho penal empresarial. En este sentido, la visión constructivista presume de *actualizar* con acierto la opción de fundamentar la pena empresarial en una versión de la prevención general positiva, como es la *retribución comunicativa*, de suerte que ésta "cumple la función de contribuir al reestablecimiento comunicativo de la norma" y, por ende, a "reforzar la fidelidad al derecho"[908].

> Desde esta perspectiva, la concepción y asunción de un catálogo de sanciones para corporaciones se hacía improrrogable, como ya han apuntado los partidarios de una responsabilidad penal empresarial, ahora ya incluida y vigente en

---

2001, pp. 265 y ss., aclarando que tales premisas no *decidibles* son, a pesar de ello, identificadoras. A lo que cabe plantear la consiguiente pregunta relativa a quién controla las premisas de decisión. En este punto PERROW defiende la existencia de lo que llama un tercer nivel de control sistémico denominado precisamente «control de premisas» (en *Complex Organizations: A Critical Essay*, McGraw-Hill, Nueva York, 1986, pp. 119 y ss.).

[907] Un constructo, el de la cultura organizativa, que no es propiamente un componente de los estatutos del sistema empresarial, pero que no obstante "contribuye definitivamente a la identidad del sistema organizativo" (según apunta GÓMEZ-JARA DÍEZ en *RECPC*, 2006, p. 15), de suerte que la cultura organizativa se demarca a partir de su diferenciación, de la emergencia de una persona identificable (*identifiable person*), presente en la comunidad con independencia de sus propietarios, directivos y empleados, que se sustenta en un *ethos* corporativo, tal y como declara FRIEDMAN: "una corporación debe poseer una identidad hacia la que el juicio de la comunidad se dirija con sentido" (en *HarvJL&PubPol'y*, 2000, pp. 846, 847 y ss.). Una concepción que se sustenta fundamentalmente en la tesis de BUCY, para quien el «*ethos* corporativo» es "el carácter, abstracto e intangible, de una corporación separado de la sustancia de lo que ésta de hecho hace, ya sea manufacturar, vender, financiar u otra actividad" (en *MinnLRev*, 1991, p. 1123).

[908] Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, p. 130. En este punto las posturas doctrinales se hallan encontradas. Así, por ejemplo, mientras que BACIGALUPO SAGGESE argumenta que el fin principal que ha de cumplir la pena a una persona jurídica es el restablecimiento de la vigencia de la norma vulnerada (en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, p. 366), FEIJOO SÁNCHEZ opina que dicha argumentación es circular y "no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe *sufrir* la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma (en *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 82-83, cursiva añadida). Por su parte, CANCIO MELIÁ sostiene, a mi entender equivocadamente, que la pena a la organización empresarial constituye un debilitamiento de la fuerza expresiva de la pena y, por extensión, de la prevención general positiva (en *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, pp. 13 y ss.).

nuestro sistema penal (art. 33.7 CP)[909], sin perder de vista que, como ocurre con la responsabilidad individual, también respecto de la responsabilidad penal corporativa es predicable una diferenciación entre distintos tipos de sanciones que garantice al menos una *doble vía*[910].

*V.3.1.3. El conocimiento corporativo. ¿*Societas rea*?-*

§ 1. La propuesta del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal corporativa pasa por vincular el injusto empresarial con una configuración organizativa defectuosa y la culpabilidad con una cultura corporativa *infiel*[911]. Ésta se constata en el momento en que por parte del órgano social competente se produce una omisión en el deber de evitar la infracción[912]. Una construcción que encuentra un poderoso respaldo dogmático en las teorías estadounidenses del *conocimiento colectivo*, según las cuales el dolo corporativo sería concebido como la suma del de los

[909] Me referiré a esta cuestión en el apartado V.3.2. de este estudio.

[910] Por todos, HEINE, «Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability», Eser, Heine y Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Iuscrim, Friburgo, 1999, pp. 237 y ss. En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ elabora una propuesta penológica empresarial que se fundamenta, por un lado, en penas basadas en la culpabilidad y, por otro, en medidas de seguridad basadas en la peligrosidad (en *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 74 y ss.); una postura que personalmente no comparto y que encuentro impracticable desde sus presupuestos dogmáticos, si bien es –y no es poco– una propuesta seria y elaborada.

[911] Sobre la organización como fundamento de la acción corporativa, pueden verse entre otros, BASINGER, «Organizational Theory and the Criminal Liability of Organizations», *BtULRev*, 71, 1991, pp. 341-376; KRIESBERG, «Decisionmaking Models and the Control of Corporate Crime», *YaleLJ*, 85, 1976, pp. 1091-1129. En el mismo sentido, SALTZBURG, «The Control of Criminal Conduct in Organizations», *BtULRev*, 71, 1991, pp. 421-438, quien parte de la premisa de que "sólo aquellas entidades organizativas que existen independientemente de sus miembros pueden ser procesadas" (p. 421), si bien reconoce que "las organizaciones no pueden actuar por sí mismas", de suerte que "su existencia es una ficción legal, y los individuos necesariamente deben actuar por ellas" (p. 422).

[912] Como establece TIEDEMANN en «Die 'Bebußung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, 1988, pp. 1169 y ss. (*apud* BACIGALUPO SAGGESE, *CPC*, 1999, p. 24, nota 43). Sobre las omisiones que afectan al cuidado de los riesgos generados en la empresa y la configuración de una responsabilidad penal (individual) bajo la forma de la garantía, BACIGALUPO ZAPATER, «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», Bacigalupo Zapater (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 61-78, donde el autor plantea la cuestión de la delegabilidad de los deberes de vigilancia y la existencia de una posible posición de garante sustitutiva (pp. 75-76).

miembros de la corporación en cuestión[913] –afirmación que contraviene el postulado sistémico más elemental, según el cual la unidad es algo más (y diferente) que la suma de sus partes–. Y ello hasta el punto de que puede decirse que la corporación, en calidad de persona jurídica, tiene capacidad de disposición sobre el conocimiento organizativo más allá y con independencia del conocimiento individual de los sujetos que la integran[914]. Éstos, a pesar de ser miembros de la organización en tanto que contribuyen a la determinación de las estructuras operativas del sistema, siguen siendo en todo caso «entorno» de la organización[915], ya que, como sistemas psíquicos, su determinación conforme a roles funcionales corporativos nunca incluye su comportamiento total en el sistema.

Alcanzado este grado de profundización es cuando, paradójicamente, emergen las que entiendo son contradicciones lógico-teóricas de la postura constructivista operativa de la autorresponsabilidad empresarial. El propio WILLKE, al pretender definir normativamente el mal llamado *conocimiento colectivo*, lo vacía e inhabilita cuando asegura que "el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (…), sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento", de manera que "las vinculaciones mismas constituyen el

[913] Sobre la problemática del dolo empresarial en EEUU, véase, KHANNA, «Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea», *BtULRev*, 79, 1999, pp. 355-414. Una postura comentada y criticada, entre otros, por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Bases para un modelo de imputación*, 2003, p. 239; o por SILVA SÁNCHEZ, en *La expansión*, 2011, p. 100). Sobre el conocimiento y su división como característica de las estructuras empresariales, puede verse, RAGUÉS I VALLÈS, «Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva», *RDP*, 1, 2002, pp. 201-232; en especial, pp. 203 y ss.

[914] En el marco de la teoría autopoiética de la organización se acuña la denominación de *rutinas cognitivas*, en el sentido de *praxis* decisorias, para hacer referencia a las operaciones heterorreferenciales de la organización, que son manejadas por el sistema no como artefactos autoconstruidos sino como acreditaciones de la realidad que cumplen la función que la percepción tiene en la conciencia de los sistemas psíquicos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 13).

[915] Así se pronuncia el propio LUHMANN respecto al individuo *miembro* del sistema (en *Organisation und Entscheidung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 2000, pp. 88 y ss., y 94 y ss.; también en «Organisation», *Mikropolitik*: *Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1988, pp. 165 y ss., *apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 7, nota 29) de manera que "pese a que continuamente los miembros de la organización vayan cambiando, la organización conserva su identidad", la cual se mantiene históricamente "mediante la vinculación de una decisión a otra decisión" (así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 7).

conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización"[916]. A mi entender, las aseveraciones anteriores se traducen en una imposibilidad lógica evidente ya que, que el *todo* (sistémico) es algo distinto de la suma de las partes que lo componen es un presupuesto sistémico elemental que la teoría del *conocimiento colectivo* parece insobservar. No obstante, es en el último inciso de la cita anterior en el que encuentro el radical más criticable. Y es que, a pesar del ánimo en sentido opuesto de quien las formula, las palabras con las que WILKE cierra el discurso en cuestión evidencian no ya un traslado de la subjetividad epistémica desde el individuo o sistema psíquico hacia la corporación en cuanto sistema social, sino más bien la asunción de un paradigma caracterizado por la absoluta desindividuación. Si el conocimiento se adscribe a una subjetividad comunicativa relacional independiente e indisponible, entonces no puede predicarse de éste que sea colectivo –ni siquiera individual–. La consecuencia práctica es evidente: la organización no puede conocer porque no es sujeto. En puridad, y siguiendo estrictamente los postulados constructivistas, la subjetividad epistémica no pertenece al sistema, sino a la comunicación misma. A un flujo comunicativo inabarcable que adquiere sólo formas inconclusas y parciales a través de la ficción (funcional) de las subjetividades sistémicas.

§ 2. No obstante, si bien comparto la urgente necesidad de configurar un modelo de responsabilidad penal corporativa por el *hecho propio* que colabore en el mantenimiento del significado comunicativo moderno de la pena[917], consciente de que los modelos de responsabilidad basados en la representación (es decir, en la heterorresponsabilidad) contradicen la hermenéutica de la imputación del Derecho penal[918], pienso que tal modelo no ha de consistir en un replanteamiento o una reconstrucción analógica de las categorías tradicionales del sistema de imputación individualista[919]. A mi

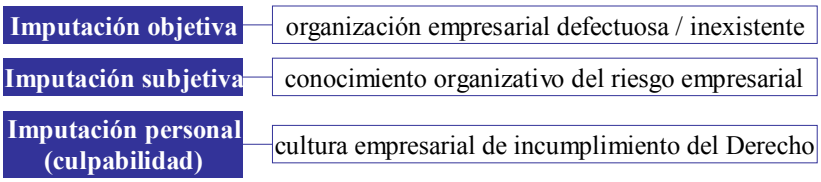
[916] WILLKE, *Systemtheorie III. Steuerungstheorie*, UTB, Stuttgart, 1998, p. 283 (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, p. 142).

[917] Habida cuenta que es hoy por hoy incontestable, como apunta JAKOBS, que, "si se parte del contenido comunicativo de una conducta, del principio de autorresponsabilidad sigue que todos han de responder del contexto de significado de su comportamiento" (en *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 172).

[918] Así lo ha advertido ALWART en «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens — vo Unternehmenstäter zum Täterunternehmen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993, pp. 752-773; p. 765 y ss. (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC*, 2006, p. 25, nota 131).

[919] No termina de convencerme, en este sentido y a pesar de su indudable atractivo teórico, el esquema dogmático de inspiración jakobsiana del modelo constructivista de autorresponsabilidad que propone GÓMEZ-JARA DÍEZ (en *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, p. 147), el cual se resume en el cuadro que me permito reproducir a continuación:

entender, no se trata de diseñar una culpabilidad empresarial por equivalencia –analógica, insisto[920]–, sino de plantearse la posibilidad, como ya se hiciera a la hora de pensar el Derecho penal de menores, de *una responsabilidad penal*



En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS abogaba por la opción de elaborar nuevos conceptos de acción y culpabilidad sólo para las personas jurídicas, si bien lo hacía a modo de apunte y en una edad temprana de la discusión doctrinal en la materia, que hoy por hoy ha adoptado otros cauces (en «¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *LL*, 1996-5, pp. 1490-1495; p. 1493). Por mi parte, convengo con ROBLES PLANAS cuando afirma que el «defecto organizativo» empresarial como hecho propio "simplemente no existe", sino que "estamos, más bien, ante una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad", de manera que "tras el falso velo de la «culpabilidad penal de la persona jurídica» se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física" (en «El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret*, 2009-2, pp. 1-12; p. 5). También SILVA SÁNCHEZ, entre otros, entiende que de la persona jurídica no son predicables acciones o hechos, sino únicamente estados peligrosos (en *MFC*, 2001, pp. 319 y ss., y p. 340, concluyendo que el «estado de cosas» del ámbito organizativo empresarial, aunque potencialmente lesivo de normas penales de valoración, "no tiene nada que ver con un injusto penal, ni siquiera con la antijuricidad objetiva de un hecho concreto", de suerte que "el injusto de la persona jurídica se hallaría, más bien, en una conducción de la vida jurídicamente desaprobada"). En el Derecho civil, SALVADOR CORDECH y GÓMEZ LIGÜERRE apuntan que la llamada responsabilidad por el hecho de otro "se ha convertido en un *third party insurance* en favor de las víctimas potenciales de daños causados por personas por las que otra debe responder", y añaden que "es preferible un sistema que desplace la responsabilidad hacia quien está tanto en mejores condiciones de asegurarla como de controlar los riesgos que pueden causarnos daños", a pesar de que "el derecho español de la responsabilidad por el hecho de otro no ha culminado esta evolución" (en «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por el hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, 2002-3, pp. 1-22, p. 5). Al respecto, SCHÜNEMANN recuerda que "habida cuenta que la entidad corporativa es una persona legal distinta de sus «miembros», hacerla responsable (penalmente) significa, estrictamente hablando, hacerla responsable por los delitos cometidos por otras personas" (en *BuffCrimLRev*, 2005, p. 39, trayendo a colación la experiencia jurisprudencial originaria en la materia, a saber, el conocido caso *New York Central & Hudson River R. R. vs. United States*, de 1909, en el que se atribuye a la corporación la responsabilidad por los delitos cometidos por sus empleados en el desarrollo de las funciones propias de su actividad).

[920] Como ha reconocido el propio GÓMEZ-JARA DÍEZ en «El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones *de lege data* y *de lege ferenda*», *LL*, 2006-4, pp. 1593-1614; p. 1603: "en definitiva, se trata de discernir el contenido de una categoría determinada en el Derecho penal y, posteriormente, intentar establecer una *analogía válida* en el marco de la empresa" (cursiva añadida).

sin culpabilidad para las organizaciones –y, por ende, sin dolo–[921], como han apuntado, entre otros, autores como JAKOBS[922], BAJO FERNÁNDEZ[923], ZUGALDÍA ESPINAR[924] o PIÑA ROCHEFORT[925].

§ 3. A propósito de lo anterior, desde mi punto de vista es oportuno advertir que el radical de la discusión doctrinal en torno a la responsabilidad penal empresarial no descansa en la elevación por equivalencia funcional de la capacidad de autoorganización al estatus de acción jurídico-penal (del agente-corporación). Pienso más bien que la aportación de la visión funcionalista de la teoría de sistemas consiste en la potencial *traslación de la*

[921] Radical al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, para quien "las personas jurídicas (…) no son en esencia más que un patrimonio (…) Y un patrimonio no realiza acciones antijurídicas y culpables" (en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Un medio eficaz de protección del medio ambiente?» *RPCP*, 9, 1998, pp. 235-293; p. 271). Una panorámica de los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas puede hallarse en ZUGALDÍA ESPINAR, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC*, 53, 1994, pp. 613-627, donde el autor elabora una clasificación en la que la forma *propia directa* se correspondería con el modelo de responsabilidad por el hecho propio (pp. 623 y 624), del que el propio autor se confiesa más partidario (cita y asume la siguiente declaración de JAKOBS: "tanto para la acción como para la culpabilidad las formas dogmáticas (elaboradas y propuestas por él mismo) son idénticas para las personas físicas y para las personas jurídicas"). Más recientemente puede verse, SILVA SÁNCHEZ, *MFC*, 2001, pp. 321 y ss.

[922] En *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 73: "el ordenamiento de cuyo mantenimiento por medio de penas se trata, no conlleva que sea necesario castigar de acuerdo con la culpabilidad y su medida o, exclusivamente, en atención a la medida de la misma".

[923] En «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 101-119; pp. 106 y 115 y ss.; «Culpabilidad y persona jurídica», Martínez-Buján Pérez (dir.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, pp. 13-27, pp. 20 y ss.

[924] Quien ha declarado que "parece que lo más indicado es (…) una teoría jurídica del delito específica de la persona jurídica, patrimonio de un Derecho penal", si se quiere «especial», pero que, "como el de inimputables o el de menores y jóvenes, establezca sus presupuestos y sus sanciones sin renunciar a ser Derecho Penal y a todas sus garantías" (en *CPC*, 2003, p. 543). Del mismo autor puede verse sobre los criterios de imposición de sanciones a personas jurídicas «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas», *PJ*, 46, 1997, pp. 327-342, estableciendo como criterios objetivos: (1) la actuación de la persona física en el seno y dentro del marco estatutario de la jurídica; (2) la adjudicabilidad de la conducta de la persona física a la jurídica; y (3) que la actuación en cuestión se haya llevado a término en nombre e interés de la persona jurídica (p. 341), de donde cabe extraer que son las personas físicas las que, para el autor, «hacen culpable» a la persona jurídica en última instancia.

[925] Véase, *RChD*, 2004, p. 534, donde sentencia que "ni es necesario que el sistema jurídico penal exija culpabilidad para aplicar una pena, ni es necesario que entienda por culpabilidad lo que actualmente se entiende".

subjetividad epistémica desde el individuo y/o la persona jurídica hacia la comunicación misma. *Lo cual se articula mediante la noción de rol* (funcional), verdadero eje de la organización sistémica[926]. Ésta, pienso, constituye la más profunda contribución de la teoría de los sistemas autopoiéticos, y ha de ser la cuestión a debatir en materia de responsabilidad penal corporativa[927].

Por su parte, JAKOBS, heredero reconocido de aspectos esenciales de la dogmática luhmanniana, asegura que la «vida propia» que el constructivismo atribuye a la corporación es en puridad una recepción pasiva que no puede ser aprehendida reflexivamente por una autoconciencia, ya que la empresa como tal carece de un «espíritu» autoconsciente que comprende su existencia en cuanto posibilidad[928].

§ 4. Mi postura en la materia es proxima y parte de la tesis elaborada por PIÑA ROCHEFORT, la cual se ha propuesto ubicar en la doctrina en el *bando* de la heterodoxia sistémica[929]. Podría decirse, *grosso modo*, que el autor se distancia del constructivismo sistémico desde sus premisas básicas. Y es que la originalidad de la propuesta de PIÑA ROCHEFORT radica, en primer término, en el establecimiento del rol como unidad sistémica mínima

---

[926] Sobre la relevancia de la comunicación en el ámbito de la teoría de la organización, pueden verse, entre otros, ORLIKOWSKI y YATES, «Genre Repertoire: The Structuring of Communicative Practices in Organizations», *AdmSciQ'y*, 39, 1994, pp. 541-574; SCHALL, «A Communication-Rules Approach to Organizational Culture», *AdmSciQ'y*, 28, 1983, pp. 557-581. En la misma línea WEICK llega a declarar que "la actividad comunicativa es la organización" (en *Sensemaking in Organizations*, Sage, Londres, 1995, p. 75). Sobre la comunicabilidad de la calidad por parte del órgano que se autorregula y las simetrías y asimetrías en la información comercial respecto a los parámetros calidad-precio, puede verse, AKERLOF, «The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism», *QJE*, 84, 1970, pp. 488-500, del que cabe conluir que el coste de la comunicación deshonesta puede llegar a consistir en la ausencia de mercado: en un mercado caracterizado por la veracidad en la información, "la presencia de agentes que pretendan introducir bienes de mala o escasa calidad como bienes de alta calidad lleva a la descalificación de un negocio legítimo" (pp. 495 y ss.).

[927] De hecho, el propio GÓMEZ-JARA DÍEZ, a partir de su lectura de la teoría luhmanniana, proclama la «decisión» como elemento basal de los sistemas organizativos, de suerte que la identidad corporativa se vincula hipercíclicamente con la decisión corporativa (entre otros, en *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006, p. 120).

[928] En *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, órganos y representantes*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 88 (*apud* ROBLES PLANAS, *InDret*, 2009-2, p. 6, nota 8).

[929] Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, en «Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: Recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005. 542 págs.», *PC*, 5, 2008, pp. 1-7; p. 2, elogioso con el autor chileno.

en el lugar privilegiado que ocupa la comunicación en abstracto en el paradigma teórico-sistémico[930]. Una propuesta con la que el autor pretende superar el escollo sistémico relativo a la imposibilidad de comunicación intersistémica, premisa que también en este estudio se ha apuntado y comentado como posible «punto negro» de la teoría de la autopoiesis de los sistemas (sociales). De esta manera, en la teoría del rol el propio concepto de autopoiesis queda redefinido como "la asignación de una función propia de un elemento dentro de un sistema", de suerte que el *rol* consiste, precisamente, en el *acoplamiento*[931] entre elemento y función, y las relaciones entre los componentes responden a imperativos estrictamente funcionales, de dependencia funcional y no ontológica[932].

Esta cuestión es de radical importancia si tenemos en cuenta que es precisamente el rol social, el cual sólo tiene vigencia en el sistema social que lo diferencia o valida, la herramienta elemental de cara a la delimitación del riesgo permitido respecto de una conducta final. De ahí que el aumento de la complejidad social se traduzca necesariamente en un incremento positivo de los riesgos. Mas PIÑA ROCHEFORT añade en este punto que el rol social en cuestión no lo es genéricamente, sino que la determinación del riesgo permitido se realiza a partir de roles sociales *previamente diferenciados* en una sociedad determinada, y no fuera de ella, ya que "el riesgo permitido es un instituto de enjuiciamiento objetivo que opera igual que las prescripciones del rol"[933]. Además, el autor observa que *es posible que un rol surgido de un*

[930] En *Rol social*, 2005, p. 131, asegurando que "la tendencia de descomponer la estructura en elementos y relaciones adolece de un error inicial, cual es el de considerar que determinados «elementos» forman parte de la estructura", ya que, desde la acertada opinión del autor, "las funciones nunca son intrínsecas a ningún fenómeno, sino que siempre son asignadas por observadores" (p. 132, nota 379). En suma, el profesor concluye que "es preciso que el observador que escruta el sistema para encontrar una unidad mínima, deba sacar los ojos de los elementos integrantes y ponerlos en un constructo que acople elementos y funciones" (p. 133). En la misma línea que ya apuntara, sobre la observación de funciones, SEARLE, en *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 28-41.

[931] Es oportuno advertir al lector en este punto de que el vocablo «acoplamiento (estructural)» en la terminología luhmanniana no se refiere a esto, sino a la relación de nexos posibles entre sistema y entorno, de manera que "los acoplamientos estructurales vinculan al sistema a sectores determinados del entorno y lo dejan indiferente a todos los demás aspectos", permitiendo el desarrollo estructural del sistema, que evoluciona a partir de un componente accidental como es el entorno no coordinado con él (véase, LUHMANN, *RevOcc*, 1993, p. 44).

[932] En *Rol social*, 2005, p. 134, una propuesta de modelo que cuenta entre sus ventajas, según apunta el propio autor, con que integra en un constructo elemento y función impidiendo tanto la completa funcionalización de los elementos como el ontologicismo, ambos «vicios epitemológicos» de la observación sistémica (nota 385).

[933] En *Rol social*, 2005, p. 398, a partir de lo cual concluye que "no se debe afirmar que el riesgo permitido lo que permite es lesionar a los demás, sino que lo que permite es

sistema social sea validado por otro y se reconozca en la operación de ese otro sistema[934], idea a la que apunto de alguna manera cuando, a lo largo del presente capítulo, me refiero a la apertura operativa de los sistemas sociales y, en concreto, del Derecho penal.

§ 5. No obstante, y aquí es donde disiento de su posicionamiento, PIÑA ROCHEFORT apela, siguiendo en este sentido la línea constructivista[935], a la clausura operativa del sistema penal, de manera que la infracción de una norma extra-penal nunca podría dar lugar a una intervención del Derecho penal al no existir una defraudación del rol. Frente a esto, pienso que la única manera de abordar con éxito una sistemática social desde la óptica del Derecho penal, y, concretamente y en lo que atañe al presente estudio, del Derecho penal económico societario, pasa por proponer la comprensión de los sistemas como operacionalmente abiertos, y el sistema Derecho penal económico como necesariamente referenciado a, y dependiente de, la eventual infracción de engranajes normativos extra-penales en sede de autorregulación, los cuales se alzan en observadores reflexivos delimitadores de roles de utilidad penal. Más aún si en el contexto de una socialidad caracterizada por la independencia estructural y organizativa se apuesta por la intervención –ahora ya *máxima*– del Derecho penal.

Digamos, en resumidas cuentas, que un Derecho penal de *lo* económico, globalista, de la autorregulación y la autoorganización, y autopoiético, ha de ser en todo caso un *Derecho penal operacionalmente abierto que comparte roles y niveles estructurales con sistemas de su entorno interno interpenetrados con él*. Si se me permite la hipérbole, estamos ante un Derecho penal «en blanco» en el que la normativización de la *lex artis* se convierte en institución de aplicación general bajo la forma de la autorregulación, informadora de la configuración del riesgo permitido a cada rol sistémico. Lo cual se traduce, en relación con el delito societario de falsedad en la información social del art. 290 CP, en la necesidad de que el contenido típico del delito lo informe y delimite materialmente la valoración que el Derecho mercantil practica acerca de los riesgos y roles implicados. Sin que sea conveniente que la interpretación auténtica en Derecho penal

---

desempeñar actividades peligrosas sustrayéndolas de sanción en caso que ellas causen lesiones". En el mismo sentido se posiciona REYES ALVARADO al apuntar que con los avances tecnológicos que ha venido consiguiendo el ser humano en pos de un mejor nivel de vida social "también ha aumentado en similar proporción los riesgos a los cuales diariamente se expone la comunidad" (en *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996, p. 90).

[934] Véase, PIÑA ROCHEFORT, *El funcionalismo*, 2003, p. 17.

[935] Sobre los contactos entre el sistema jurídico y los sistemas político y económico, por ejemplo, puede verse, LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 115-147.

pueda contravenir a quélla en Derecho mercantil. Volveré sobre esta cuestión en el Cap. VI de este estudio.

Una vez expuestas las bases teóricas del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas de impronta angloamericana, y habiendo dejado constancia de sus principales virtudes y deficiencias, en el epígrafe que sigue me propongo analizar, brevemente, algunos aspectos del modelo recientemente asumido por nuestro CP a través de la reforma de 2010.

V.3.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal español.-

§ 1. Como ya adelanté en el apartado III.4.3.2., resulta llamativo –y criticable– que el legislador no haya previsto la aplicación del art. 31 bis al delito societario del art. 294 CP, como en cambio había hecho en proyectos de reforma anteriores. En consecuencia, de *lege lata* en Derecho penal español las sociedades (en los términos del art. 297 CP) no pueden ser declaradas penalmente responsables por los delitos societarios cometidos en su seno o a través de ellas, mas que a través de las medidas previstas en el art. 129 a efectos del art. 294. No obstante –o tal vez debido a ello–, no está de más dedicar una reflexión al nuevo modelo de responsabilidad penal que introduce la reforma del CP de 2010 en materia de personas jurídicas, ya que en definitiva el ámbito empresarial constituye el marco en el que tienen lugar las conductas perseguidas a través de los delitos societarios y, más concretamente, del art. 290 CP.

Se ha apuntado en la doctrina que la finalidad político-criminal de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, difundida con rapidez desde finales del siglo pasado y con especial fuerza después de la regulación del *Corpus Iuris sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea* en 1997[936], es invitar a la autorregulación[937]. Frente a una conciencia colectiva –caracterizada cada vez más por su maduración que por su emergencia– acerca de la necesidad de intervención del Derecho penal para afrontar los graves riesgos que amenazan a las sociedades modernas protegiendo nuevos bienes jurídicos

[936] Véanse los arts. 12 y 13 del texto legal (en la versión actualizada del 2000, arts. 13 y 14, respectivamente), elaborado bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty y que contó con la participación de Enrique BACIGALUPO ZAPATER como representante español.

[937] Así, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 81. El autor además sostiene que la finalidad última de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es reforzar la responsabilidad penal de las personas físicas que la integran, de manera que "la responsabilidad penal de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino incrementarla" (p. 48).

fundamentalmente colectivos[938], soy de la opinión de que dicha conciencia, netamente mediática y política, debiera referirse únicamente a nuevas formas de ataque a los bienes jurídicos tradicionales o clásicos (si es que aún cabe referirse a ellos en estos términos) y no a nuevos bienes jurídicos[939]. Así, entender que la complejidad organizativa que gobierna las relaciones de responsabilidad en las *sociedades del riesgo* es portadora de toda una nueva fenomenología constituiría, en mi opinión y por el momento, un exceso científico.

§ 2. Pese a los evidentes retrocesos dialécticos, las sociedades modernas parecen encaminarse hacia la creciente humanización de las tendencias de sus aparatos sancionadores y de poder –siempre, claro está, salvadas importantes excepciones–. Pues bien, ya a finales de los años noventa del pasado siglo, autores de la talla de ROXIN pronosticaban un Derecho penal del S. XXI caracterizado, entre otras cosas, por la ampliación del sujeto del Derecho (también penal) a las personas jurídicas[940].

---

[938] Especialmente crítico ha sido SCHÜNEMANN con la configuración de *nuevos* bienes jurídicos supraindividuales en los que puedan identificarse intereses de las personas naturales, hasta el punto de que llega a tachar la *teoría personal del bien jurídico* (refiriéndose concretamente a la tutela de bienes jurídicos medioambientales) de "despilfarro" y de "hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente" (en «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, 49, 1996, pp. 187-218, p. 195). En el ámbito supranacional –más concretamente, en el comunitario– distintas y recientes Decisiones Marco de la Unión Europea constituyen precedentes de importancia en lo referente a esta apuesta político criminal (así, por ejemplo, la Decisiones 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004, sobre el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; o 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, que aborda la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil).

[939] Sólo así el bien jurídico puede mantener su labor de racionalización del Derecho penal preguntando por el daño o menoscabo que puede ser evitado a través del cumplimiento de la norma. Véase, a modo de reflexión introductoria al estado de la cuestión, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001; descriptivamente, las pp. 24 y ss.; críticamente, sobre todo, las pp. 155 y ss., en las que la autora advierte, con gran acierto, el problema fundamental relativo la peligrosidad que entraña para con el desequilibrio de los principios y límites la adopción de un modelo de responsabilidad fundamentado en un argumento de eficiencia preventiva (pp. 167-174). Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 97 y ss.

[940] Véase, principalmente, «El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo», capítulo que cierra su *Dogmática penal y política criminal*, IDEMSA, Lima, 1998, pp. 437-463: "en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel (…) las sanciones vinculadas a un fracaso de organización (independientemente de a quién alcance la culpa) pueden ser muy efectivas preventivamente", si bien aclara que dichas sanciones "tampoco constituyen verdaderas penas pues presuponen una conducta humana e imputable a

Hoy por hoy, parece que la entonces denominada «criminalidad de la empresa» ha evolucionado desde su estado embrionario de «ámbito de los delitos económicos»[941] hasta un novísimo paradigma de imputación en el que algunos autores han llegado a concebir las corporaciones como víctimas de la criminalidad de empresa por defectos de organización y dirección[942], y que, para bien o para mal, todavía promete avanzar en su desarrollo.

§ 2. Las incongruencias legislativas en la materia emergen desde la mera literalidad de la tipificación actual. Así lo percibió, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, especialmente crítico con las medidas previstas en el CP 1995, entonces recién aprobado, a las que llegó a referirse como "ficciones e hipocresías dogmáticas"[943], no sin cierta razón. Y es que los recientemente

---

personas y una culpabilidad" (p. 462). En la misma línea y entre otros muchos puede verse, en la literatura española reciente, BACIGALUPO SAGGESE, «La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en el Derecho penal», *CPC*, 67, 1999, pp. 11-36, en el que la autora advierte que "el modelo de Derecho penal dominante, basado en un sujeto individual, parece incapaz de solucionar los conflictos sociales que hoy se consideran de relevancia penal" (p. 12) e insistiendo en que la propuesta de la prevención general positiva "no debe ser entendida como una *teoría de la «deshumanización»*, sino que sólo se trata de un cambio de perspectiva del conocimiento" (p. 35).

[941] Una panorámica tradicional de la cuestión puede consultarse, por ejemplo, en RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, EDERSA, Madrid, 1991, advirtiendo ya que un hecho punible cometido en el ámbito de una empresa plantea problemas específicos de imputación jurídico-penal debido a la escisión de responsabilidad y actuación (p. 252).

[942] En esta línea, COFFEE, «Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web», *MichLRev*, 85, 1986, pp. 1-109; y en «The Uncertain Case for Take Over Reform: An Essay on Stockholders, Stakeholders and Bust-Ups», *WnLRev*, 1988, pp. 435-466. También, más recientemente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corporations as Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholders vs. Managers Debate», *PacLRev*, 28, 2008, pp. 795-813, sosteniendo que "las corporaciones no deberían ser identificadas con sus directivos, accionistas, o inversores, habida cuenta que hay un interés subyacente y diferenciado de la corporación que debería ser protegido por el Derecho penal" (p. 796).

[943] Hipocresía consistente en "disimular con logomaquia el incumplimiento de un principio general que se está realmente conculcando, por la comodidad de evitar la erradicación de lo que se viene considerando una de las columnas de la dogmática penal" (en *LL*, 1996-5, p. 1491, refiriéndose a la incongruencia de un modelo que niega la responsabilidad por el hecho propio de las corporaciones pero que admite que a estas les sean impuestas consecuencias accesorias o medidas de seguridad, además, por supuesto, de la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito). En esta línea crítica, ZUGALDÍA ESPINAR arroja una amplia referencia bibliográfica de los autores que se adscriben a las diferentes posiciones en torno a la consideración de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que van desde quienes las entienden como penas «peculiares» hasta quienes las han visto como meras sanciones de carácter administrativo, pasando por un amplio abanico que modelos híbridos hasta contabilizar once posibilidades interpretativas, para concluir que "quién lleve razón en esta polémica es algo que no puede determinarse con rotundidad ya que nadie puede fundamentar de forma última sus conclusiones, dada la imposibilidad de realizar una prueba de A.D.N. al artículo 129" (en *CPC*, 2003, pp. 120 y ss.).

reformados arts. 31.2 y 129 CP[944] se hallaban configurados de manera que, ya desde la denominación de su aparato de sanciones como «consecuencias accesorias», asumían una relación de dependencia entre los marcos de responsabilidad individual y corporativo al exigir necesariamente la imposición de la pena a una persona física[945] al mismo tiempo que declaraban la posibilidad de que las personas jurídicas padecieran las importantes consecuencias jurídicas del delito. Todo ello sin entrar a valorar la repercusión práctica que para la «vida» empresarial de una organización pudiera llegar a tener el *strepitu fori* de la mera imputación de alguno de sus miembros naturales, aun cuando finalmente éstos no fueran condenados. De ahí que no hayan sido pocas las voces –a las que me sumo– que en la doctrina jurídico-penal se han alzado para tachar las medidas del art. 129 de verdaderas «penas encubiertas»[946], ahora ya definitivamente «descubiertas».

---

[944] Sobre el fundamento, la naturaleza y las funciones que aquejan al art. 129 CP puede consultarse, a modo introductorio, ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español: requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 CP», Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, Pamplona, 2001, pp. 885-908.

[945] En esta línea se posiciona, entre otros, LUZÓN PEÑA, al entender que los preceptos en cuestión permiten presumir que "el autor del delito no es la persona jurídica, sino el sujeto que *actuó en nombre o por cuenta de la misma*" (en «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdiel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 545-552; p. 549, nota 7, cursiva añadida). En el mismo sentido y en la misma obra colectiva (en «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», pp. 741-764), MIR PUIG defiende que el articulado presupone que el autor del delito es una persona física que actúa en nombre de la persona jurídica (p. 762), a pesar de que el propio autor poco antes reconoce que "el sistema empresarial, es, como todo sistema, autopoiético, en el sentido de la teoría de los sistemas de LUHMANN" (p. 756). También SILVA SÁNCHEZ y ORTIZ DE URBINA GIMENO se han manifestado en este sentido al considerar las «consecuencias» previstas para las personas jurídicas como un aseguramiento patrimonial de una deuda derivada de sanción ajena, para concluir advirtiendo dura y a mi parecer acertadamente que "el legislador no puede en ningún caso olvidar que cuando introduce nuevas piezas jurídicas lo hace en un sistema presidido por la Constitución y con múltiples conexiones internas" en el que "la labor de la dogmática es interpretar las normas por medio de los cánones y procedimientos admitidos por tal sistema", de suerte que "pasar por encima de esos cánones y procedimientos para deshacer el entuerto causado por la pobre labor legislativa (…) excede tal tarea: semejante interpretación no es ya dogmática, sino apologética. En estos tiempos de frivolidad legislativa, el salto de la una a la otra resulta menos indicado que nunca" (en «El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, 2006-2, pp. 1-46; pp. 39-41; p. 41).

[946] En primer lugar, porque no pudiendo considerar a la persona jurídica «objeto», habida cuenta que esta posee una personalidad propia, es un error pretender que haga la vez de instrumento del delito; en segundo lugar, porque, de adoptar la tesis instrumental, la

§ 3. Con todo, si la observancia de las por fin llamadas «penas» del ahora art. 33.7 CP exige como presupuesto la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, tal y como se deduce del espíritu y de la propia letra del texto de la (propuesta de) reforma ya en vigor[947], entonces es inevitable concluir que las medidas en cuestión son y deberán recibir el tratamiento de penas[948].

§ 4. El nuevo art. 31 bis, por el que se modifica la cuestión relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, concibe un sistema de responsabilidad penal no ya de doble vía, sino de *doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica*[949], en el que se combina la imputación de los delitos cometidos en nombre de la corporación o por su cuenta –y en su provecho– por las personas que tienen poder de representación en ésta, con la «añadida» imputación a la corporación por las infracciones propiciadas en su seno por no haber ejercido ésta el debido control sobre quienes ostentan el poder de representación en cuestión[950].

---

consecuencia accesoria debería recaer en todo caso sobre la persona física, no pudiendo afectar a la persona jurídica. Por último, y a título anecdótico y meramente indiciario, es oportuno advertir que las consecuencias accesorias previstas en el CP se regulan en el Título VI del Libro I, junto al comiso, institución de cuya naturaleza de pena no cabe dudar.

[947] Al respecto, repasando el marco de mandatos europeos que desde la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis. 129, 130.2 CP)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, pp. 45-69; pp. 48 y ss., quien advierte que el nuevo precepto no viene a contemplar una regla de autoría de vigencia general, sino que requiere ser integrado y combinado con los criterios generales de autoría del art. 28 CP (pp. 50-51).

[948] Hecho que, como ha advertido, entre otros, MORALES PRATS, "obliga (…) a indagar por los criterios de fundamentación de la imputación de esa responsabilidad", ahora ya directa e independiente (en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», Álvarez García (dir.), *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-59; p. 49, nota 7). Y es que, como advierte el autor, "la colectivización de la responsabilidad penal implica la remoción de principios garantistas" (p. 50).

[949] Véase, BACIGALUPO ZAPATER, *LL*, 9 de julio de 2010, pp. 2 y ss., quien concluye que "siempre sería posible entender que en el supuesto de los hechos de sus representantes legales, administradores o empleados que obren en nombre o por cuenta de la misma, *el requisito legitimante de la culpabilidad de organización está implícito*" (p. 3, cursiva añadida).

[950] En este punto SILVA SÁNCHEZ se ha manifestado contrario a la imputación de responsabilidad penal al subordinado ejecutor inmediato del delito cometido en el seno de estructuras jerárquicamente organizadas porque este no suele revelarse como "el principal protagonista del hecho", bien por encontrarse en una situación de *error* acerca del significado de sus actos, bien por obrar ante una situación de *necesidad*, o bien, en delitos especiales, por

Responsabilidades, en definitiva, acumulativas entre personas físicas y jurídicas en un marco en todo caso no de coactuación delictiva entre ambas formas subjetivas, como parecía apuntaban las discusiones y las aportaciones doctrinales previas al debate parlamentario, sino de *responsabilidad por el hecho de otro* que sigue teniendo a la persona física en el centro de imputación[951], aun cuando ésta –sorprendentemente– "no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella"[952]. El nuevo modelo de responsabilidad para las personas jurídicas es, en suma, un modelo de responsabilidad penal «vinculada» o «derivada» respecto a la de las personas físicas[953]. O, si se quiere, un modelo de

carecer de la *cualificación subjetiva* requerida por el tipo (en «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», Bacigalupo Zapater (dir.), *Empresa y Delito en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 9-58; p. 32). En el mismo sentido, refiriéndose a la «irresponsabilidad organizada», SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADPCP*, 41, 1988, pp. 529-558; p. 533. También MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 43-44. En contra, entre otros, JAKOBS, para quien procede hablar en estos casos de coautoría (en *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 750). En relación con el nuevo art. 31bis 1, se adscribe a un modelo de responsabilidad vicarial, y no de autorresponsabilidad de la persona jurídica, ya que, en última instancia, el dolo exigido no es propiamente el de la persona jurídica, sino el de la persona natural detrás de ésta.

[951] Ya desde su inclusión en el Anteproyecto de Reforma de 2008 se propone una regulación basada en la comisión de los delitos por determinadas personas físicas, pese a que entonces en la Exposición de Motivos se afirmaba que "se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física" (recogido por GÓMEZ BENITEZ en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 203-219; p. 204, quien afirma que "una persona jurídica delinque cuando se le puede imputar como propio un acto penalmente típico y no justificado, y, además, se puede afirmar que en su realización ha mediado culpabilidad de la propia persona jurídica" (p. 205); culpabilidad que el autor propone que debe aludir expresamente al defecto de organización, y no a la simple referencia al defecto de control relevante para la comisión del hecho (p. 208)). Por su parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ se refiere a la *alter ego doctrine* anglosajona y cataloga la reforma como adscrita a un modelo que avanza hacia la autorresponsabilidad pero en el que (todavía) las conductas de las personas físicas revisten una notable importancia inicial, ya que "podría decirse que éstas son el *desencadenante* de la responsabilidad de las personas jurídicas", si bien los comportamientos de personas físicas "*sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento*" (en *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 484 y 490).

[952] Véase lo dispuesto en el art. 31 bis. 2. CP.

[953] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ habla de una «responsabilidad por reflejo» (en «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática

imputación sobre la base del «hecho de conexión»[954], en el marco de un esquema político criminal encaminado a la inocuización de la organización en cuanto instrumento delictivo, pero que también se hace eco de las tendencias al paulatino *trasvase de soberanía* que está teniendo lugar en los Estados modernos a favor (¿o en contra?) de las corporaciones[955]. Prueba de ello es la inclusión, *ex* art. 31 bis. 4. d), de una circunstancia atenuante claramente inspirada por las *Organizational Sentencing Guidelines*[956] y los *Effective Compliance Programs*[957], programas de cumplimiento de origen angloamericano que son el resultado de la evolución de los códigos de

---

de las sanciones», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 303-326; p. 316).

[954] Así, ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», *PJ*, 46, 1997, pp. 327-342; p. 341. Puede encontrarse una visión panorámica en la materia, con amplias referencias, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LL*, 2006-4, pp. 1602 y ss., quien advierte que "si se pretende que la pena siga manteniendo su *significado comunicativo moderno*, entonces lo que se impute penalmente a la empresa debe ser algo *propio* y no algo *ajeno*" (p. 1603).

[955] Ya la exposición de motivos del malogrado proyecto de reforma de 2007 se refería a esta cuestión en los siguientes términos: "La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernen o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos por que así se les indique o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (…). La fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física".

[956] A modo introductorio, NAGEL y SVENSON, «The Federal Sentencing Guidelines for Coporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future», *WashULQ*, 71, 1993, pp. 205-260; MURPHY, «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Pormoting Compliance and Ethics», *IwLRev*, 87, 2002, pp. 697-720; especialmente las pp. 707 y ss.

[957] Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*, 2009, p. 234, nota 51. El autor advierte además con toda la razón que "en puridad, constituye una importante contradicción adoptar, por un lado, un modelo de responsabilidad penal empresarial por el hecho ajeno, y, por otro, intentar desvincular la responsabilidad penal empresarial del hecho ajeno", cosa que hizo el Proyecto de 2008 y que se ha traducido finalmente en el nuevo art. 31 bis (p. 268). Recuerda, asimismo –y convengo con él–, que el art. 31 bis. 4. b) recoge una circunstancia atenuante que recuerda poderosamente a los *deferred/non prosecution agreements* tan «de moda» en los EEUU sobre todo a partir de la aprobación de la Corporate Fraud Task Force en 2003 (pp. 276 y ss.). Sobre la relación entre la autorregulación y estos acuerdos, SPIVACK y RAMAN, «Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», *AmCrimLRev*, 45, 2008, pp. 159-194; pp. 179 y ss.

conducta corporativos y que se han desarrollado especialmente durante la década de los años noventa del pasado siglo[958].

> Los elementos fundamentales que conforman un programa de cumplimiento efectivo son: (1) la existencia de un código de conducta escrito; (2) la supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado; (3) la no delegación de poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva; (4) la comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta; (5) el reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría; (6) el establecimiento de procedimientos disciplinarios; y (7) la adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción[959].

No obstante, es este un resultado muy distante del que en mi opinión pretendían quienes en su momento impulsaran la discusión y elevaran al foro doctrinal propuestas sobre teorías del delito exclusivas y analógicas para las personas jurídicas[960], quienes entre otras cosas y con razón esperaban que los programas de cumplimiento efectivo no se limitaran a la atenuación circunstancial de la pena en el momento de la sentencia, sino que jugaran también un papel de relevancia para la defensa en el proceso[961].

---

[958] LAUFFER apunta a los programas de cumplimiento como sucesores de los códigos de conducta que incluyen elementos de efectiva implantación (en «Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance», *VandLRev*, 52, 1999, pp. 1347-1420; pp. 1397 y ss.). Por su parte, WALSH y PYRICH señalan que son un "vehículo claro y decisivo para expresar la intención del *management* corporativo de mantenerse dentro de los límites del Derecho", y que incentivarán la autorregulación corporativa y la buena ciudadanía corporativa, siendo rentables a largo plazo (en *RutLRev*, 1995, pp. 677 y 680). En la misma línea, GOLDSMITH y KING, «Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs», *VandLRev*, 50, 1997, pp. 1-48; pp. 3 y 17.

[959] Recogido por GÓMEZ-JARA DÍEZ en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*, 2009, p. 271, con amplias referencias doctrinales de la literatura estadounidense; y en *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 493. Más extensamente, en *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 257 y ss. Sobre la aplicabilidad de los programas en cuestión en el Derecho penal español tras la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP, véase la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, pp. 39 y ss. Asimismo, CLEMENTE CASAS y ÁLVAREZ FEIJOO, «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal?¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *AJUM*, 2011-28, pp. 26-47; pp. 37 y ss.

[960] Así, por ejemplo, el que BAIGÚN elabora en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Madrid, 2000, pp. 17 y ss. Asimismo, la propuesta de GÓMEZ-JARA DÍEZ en *Modelos de Autorresponsabilidad*, 2006.

[961] Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 13, argumentando que "una compañía que tenía un programa de cumplimiento efectivo en el momento de la comisión del delito por un empleado no debería ser declarada culpable".

La redacción del nuevo texto no ha estado exenta de críticas y comentarios que recuerdan a los que merecieron el art. 15 bis introducido en 1985, o el párrafo segundo del art. 31 que introdujera la reforma de 2003[962]. No obstante, y en profundidad, el paradigma científico que envuelve la reforma implica cuestiones tan elementales y a un tiempo trascendentes como la relativa a la entrada en el CP de la hasta ahora rechazada pena de «muerte». Y es que, en un paradigma en el que la subjetividad epistémica es adjudicable a la persona jurídica a efectos penales por el *hecho propio* (que en realidad no es tal, sino de la persona física de *detrás*, como ya dijera con anterioridad) la inclusión de la disolución de la corporación en el catálogo de penas que prevé el art. 33. 7. b) supone la entrada en nuestro CP de la pena de muerte, presupuesto con el que la doctrina constructivista y el propio legislador deberán lidiar tan pronto como el texto empiece a ser de aplicación.

§ 5. En otro orden de cosas, y descendiendo al plano material o estrictamente procesal, es asimismo oportuno recordar que, como los primeros comentaristas del texto reformado han advertido acertadamente[963], éste no hace referencia explícita a la competencia para enjuiciar los delitos cometidos por personas jurídicas, lo cual lleva a pensar que, por el momento, el criterio común competencial previsto en el art. 14.3 LECr –hasta la fecha referido únicamente a las personas físicas– será el que se aplique también a estos supuestos. Una solución que descarta posibilidades como la creación de órganos judiciales especiales o la atribución de determinadas competencias

[962] Por todos, MORALES PRATS considera que la nueva configuración sólo "ha venido a enturbiar la correcta hermenéutica del precepto", la cual ha ignorado las verdaderas razones dogmáticas y político-criminales que llevaron a introducir en nuestro ordenamiento penal el art. 15 bis, predecesor del art. 31, en la reforma parcial de 1983; entonces, su misión no era otra que la de ofrecer una cobertura de tipicidad con relación a los tipos configurados como especiales propios (en *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea*, 2009, p. 51).

[963] Así, PÉREZ GIL «Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590; p. 584. También, sobre cuestiones procesales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pueden consultarse, entre otros y a modo introductorio, DÍAZ PITA «Aspectos procesales de los arts. 31 y 129 del Código Penal: ¿Societas delinquere non potest?», *RdPP*, 20, 2008, pp. 13-22; PEDRAZ PENALVA, PÉREZ GIL y CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales de la reforma del código penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-30. Más extensamente, ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

penales a los Juzgados de lo Mercantil, como puedan ser las relativas a la instrucción de estos supuestos.

> Lo cual no supondría una novedad paradigmática si tenemos en cuenta que, tras la reforma de 2010, en el art. 305.5 CP se añade un párrafo de naturaleza estrictamente procesal por el cual se remite a los organismos administrativos de recaudación la facultad de ejecución de la pena de multa por la comisión del delito de fraude fiscal.

Existe un borrador de texto articulado que se pretende incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal en el que se prevé la reforma de algunos preceptos de la LECr. y la LOPJ en relación con la imputación penal de las personas jurídicas. Aunque por el momento habrá que esperar al desarrollo de los debates parlamentarios para conocer el contenido último de dicho texto.

No obstante, desde mi punto de vista el radical de la reforma en la materia se halla relacionado con los efectos simbólico-comunicativos que, no ya la imposición efectiva de una sanción penal, sino la mera imputación y el enjuiciamiento penales, van a desencadenar en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como han advertido ya los comentaristas más atinados[964].

V.4. Recapitulación. La autorregulación: una **moderna** *forma de intervencionismo en ámbitos complejos de interés público.-*

(1) Quienes promueven la autoorganización son los profesionales, técnicos, investigadores, médicos, periodistas, sin que a esa autoorganización preceda una habilitación *desde arriba*, desde las instancias de autoridad. Más bien se debe a un impulso ascendente. Por otra parte, la autoorganización no implica *per se* autorregulación.

(2) En contra de lo que inicialmente pudiera parecer, la autorregulación (por ejemplo, la elaboración de normas técnicas de auditoría) es un fenómeno de sub-centralización (su emisor es el ICAC), ya que en último término es la voluntad reguladora de las instancias públicas (en este caso, la CNMV) la que conduce a un incremento de la autorregulación

[964] Así, recientemente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, cuando afirma que "numerosos estudios muestran el impacto en la cotización de la acción del mero anuncio de investigaciones penales contra una mercantil, por no hablar de la condena y la publicidad adversa que se genera", de manera que "las percepciones negativas que la imputación penal puede generar en clientes y proveedores deben suponer un factor a tener en cuenta" (p. 476). Recuérdese lo ocurrido a Arthur Andersen en el caso Enron (véase el apartado I.1. § 4. de este estudio).

privada. Ello se debe a que la legitimidad técnica de la autorregulación requiere de la referencia objetiva que proporciona la legitimidad política de la norma jurídica de cara a desplegar eficazmente sus efectos preventivos. De esta manera, no es la autoorganización técnica lo que hace la autorregulación, sino la actividad pública de descodificación de la autoorganización técnica que posibilita la protección de los intereses públicos (auto)regulados.

(3) Ello tiene consecuencias directas evidentes en el ámbito empresarial y en relación con los fundamentos teórico-sistémicos que informan el fenómeno autorregulador. Si la estructura organizativa de la empresa está diferenciada sistémicamente de la Economía o el Derecho, de suerte que el desarrollo del sistema empresarial en cuanto *entorno interno* tiene lugar *dentro* de los sistemas económico y jurídico, puede decirse que todo sistema social es un subsistema o *entorno interno* de referencias inagotables. Lo cual quiere decir que la realidad de la empresa no puede agotarse en su objeto social, sino que ésta ha de concebirse inmersa en un conglomerado integrado por sistemas y/o subsistemas, como el Derecho fiscal, el marketing y la publicidad o el Derecho penal económico, entre otros muchos.

La reflexión que me ha ocupado a lo largo de los capítulos IV y V, entonces, acerca de la apertura o clausura operativa de los sistemas sociales –en concreto, del sistema Derecho penal–, se reduce a un problema básico de óptica: *o el Derecho es un sistema abierto operativamente a otros sistemas (en el sentido de interpenetrado estructuralmente), o es un subsistema del sistema social (en cuyo caso se halla abierto a otros subsistemas)*. Más en concreto, el Derecho, o es un sistema o es un subsistema. Si es un sistema, hay que admitir que comparte niveles de su estrutura con otros sistemas; y si se considera un subsistema, entonces es evidente que su estrutura está imbricada en la de otros subsistemas.

(4) A partir de la afirmación anterior cabe sostener que los límites sistémicos que excluyen un entorno no son tan rígidos y no lo excluyen en un plano estructural, sino que existen márgenes de «entorno interno» que permiten una imbricación de las estructuras sistémicas. De ahí que algunos autores *admitan la posibilidad de que un rol adscrito a un sistema social sea validado y se reconozca en la operación de otro sistema*. Idea a la que apunto de alguna manera cuando, a lo largo del presente capítulo, me refiero a la apertura operativa de los sistemas sociales y, en concreto, del Derecho penal.

(5) En suma, y en lo que interesa para este estudio, un Derecho penal de *lo* económico, globalista, favorable a la autorregulación y la autoorganización, ha de ser en todo caso un *Derecho penal operacionalmente*

abierto que comparta roles y niveles estructurales con sistemas de su entorno interno, interpenetrados con él.

El Derecho penal es un «Derecho penal en blanco». En él se ha normativizado y se actualiza una determinada *lex artis* societaria que se gesta concretamente en ámbito del Derecho mercantil de sociedades para convertirse en institución de aplicación general en Derecho penal bajo las formas de la autorregulación. La razón es que la especificidad y solvencia técnicas de éstas pueden definir, mejor que ningún otro instrumento jurídico-penal, los márgenes típicos de determinados injustos penales.

V. AUTOORGANIZACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EMPRESARIALES

Parte Tercera

Propuesta interpretativa del art. 290 CP

y propuesta de tipificación alternativa de la falsedad en los documentos sociales

CAPÍTULO VI
PROPUESTA DE *LEGE LATA*: EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

There are times when rules and precedents cannot be broken;
and others when they cannot be adhered to with safety.
JOPLIN

VI.1. El marco *del art. 290 CP: un código sometido a la* ley de adaptación al miedo.-

§ 1. Antes de dar paso a la propuesta interpretativa del art. 290 CP conviene destacar, como ya ha advertido algún autor y se ha apuntado a lo largo de este estudio, que, en lo que se refiere a los delitos societarios, no parece que nuestro CP haya optado por un modelo de protección de «instituciones societarias», sino que se ha limitado a castigar únicamente determinados delitos cometidos en el seno de una sociedad; no todos y no siempre los más graves o de mayor dañosidad social[965]. Lo cual ha de llevarnos desde un primer momento a advertir y tener presente que, en sede de delitos societarios –y esto puede extenderse a los llamados socioeconómicos en general o, en definitiva, a los delitos cometidos en el ámbito económico empresarial–, el CP actual no puede tenerse por una verdadera *constitución en negativo* de la vida corporativa. Y es que, en un contexto científico preocupado por el establecimiento de renovadas exigencias de tutela y eficiencia, en el que asistimos al decaimiento de la función de delimitación de la intervención penal tradicionalmente atribuida al bien jurídico[966], el nuevo Derecho penal al que se ha venido llamando

[965] Así, GALLEGO SOLER, «Política criminal en materia de delitos societarios», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 209-294; p. 213. En este sentido, y refiriéndose en concreto a la legitimación de la delincuencia societaria, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., ha advertido crítica y acertadamente que de la limitada operatividad de la anterior regulación no cabe deducir la corrección técnica ni la legitimidad en la configuración de todos los tipos penales actuales (en *Los delitos societarios*, 1996, p. 21, a partir de lo que denomina «ausencia de visibilidad social»).

[966] En este sentido, por todos, HASSEMER, cuando sentenciaba que "el valor de un bien jurídico-penal contribuye a la determinación precisa de los límites en los que es legítima una limitación de la libertad general de actuación, así como de los límites en los que los ciudadanos pueden ser amenazados con sanciones por apartarse de la norma" (en «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», Hefendehl (ed.), *La Teoría del Bien*

«postmoderno» parece castigar, en el marco de una dinámica social altamente compleja y superestructurada, la inobservancia de normas institucionalizadas y no ya tanto la realización de hechos socialmente dañosos en sentido material[967]. Así, cabría sentenciar, siguiendo a JAKOBS, que el *nuevo* Derecho penal se ocupa no tanto de custodiar la inviolabilidad de bienes jurídicos en sentido genérico como de proteger éstos *frente a determinadas formas de ataque*[968]. Además, la doctrina de raigambre garantista viene encontrando el principal escollo en el establecimiento definitivo del contenido material del bien jurídico[969].

La configuración del orden que debe proteger el Derecho penal "no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes", de suerte

---

Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95-104; p. 99).

[967] Véase, MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», Silva Sánchez (dir.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113-142; pp. 115 y 117.

[968] Así, el autor matiza en este punto que hoy por hoy "el Derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra *ciertos* ataques" (en *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 45, cursiva añadida). Muy interesantes las palabras de HASSEMER en este sentido, cuando apunta, exigiendo a la ciencia penal un replanteamiento acerca de alternativas al propio Derecho penal, que las aportaciones científicas atribuibles a la política criminal del Derecho penal funcionalista se refieren a procesos de la modernización propios de un mundo moderno en el que "giran en torno a la semántica de palabras como «peligro» (en lugar de «daño»), «riesgo» (en lugar de «lesión de bien jurídico») o «seguridad» (en lugar de «justicia»)" (en «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», *ADPCP*, 46, 1993, pp. 37-80; pp. 77 y 79).

[969] Véanse, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 131-132; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 368-369; o, más recientemente, PIÑA ROCHEFORT, *RChD*, 2004, p. 542, citando a los anteriores. Por su parte, LESCH apunta, de conformidad con su maestro, que "el derecho penal (…) no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico", ya que "las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación" (en *Intervención delictiva e imputación objetiva*, UEC, Bogotá, 1995, pp. 41 y 85). De ahí precisamente que JAKOBS hable de que la infracción de la norma y la pena se sitúan en la esfera del significado y de que la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma precisamente porque implica que "la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma" (en *Derecho penal. Parte general*, 1995, § 1/10). Sobre un Derecho penal que es cada vez más un medio *simbólico* de resolución de conflictos puede verse, además de la literatura ya ampliamente citada, HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *ADPCP*, 45, 1992, pp. 235-250, para quien un Derecho penal de estas características deviene *soft law* (p. 240).

que "la suma de todos los bienes jurídicos no forma «el orden social»"[970]. De ahí que la lesión del bien jurídico tutelado deba entenderse como una no colaboración en la realización de expectativas normativas, que se refiere a la acción de contradicción del Derecho por parte del autor del delito[971]. Éste afirma universalmente a través de su acción la no actualización de la vigencia de la norma[972] en cuanto expresión de una expectativa de conducta institucionalizada[973]. De ahí que algún autor haya manifestado que la forma de los delitos de peligro abstracto facilita el recurso al Derecho penal

[970] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1995, § 2/22, afirmando que sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, no estando referido en todo caso dicho interés a la conservación de bienes. Y ello porque la sociedad no pretende sólo la conservación de bienes, sino hacer posible la interacción social normal, lo cual explica que no haya ningún bien protegido contra toda clase de riesgos, sino únicamente contra aquéllos que emanen de un contacto social no permitido (muy acertado, PIÑA ROCHEFORT, *RChD*, 2004, p. 543).

[971] A este respecto resultan muy visuales las palabras con las que CHRISTIE abre «Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno», en *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 127-141; p. 127: "el guerrero lleva armadura, el amante flores. Están equipados de acuerdo con las expectativas de lo que va a pasar, y sus equipos aumentan las posibilidades de realización de esas expectativas".

[972] Así, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1995, pp. 29 y ss., remitiéndose a lo dispuesto por HEGEL en *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987, pp. 123-130, donde el autor afirma que la restauración del Derecho consiste en la violación de la voluntad particular del delincuente como mecanismo de eliminación del delito que de otro modo sería válido (p. 126), es decir, en cuanto compensación por violación de la violación (p. 128), precisamente porque de otro modo aparecería como irracional pretender un perjuicio –el del delincuente– "sólo porque ya existía un perjuicio anterior" (p. 127). También PIÑA ROCHEFORT ha apuntado, con gran acierto, que "no parece fácil poder afirmar que la misión del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, sino más bien la protección de un orden valioso, de un sistema de expectativas que permite la vida social", de suerte que, en suma, "la función de legitimación de los bienes jurídicos es más relativa de lo que habitualmente se sostiene" (en *RChD*, 2004, pp. 540-541).

[973] Véase, SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575; p. 563, quien recuerda que "la sociedad surge cuando la norma proporciona la pauta rectora de la comunicación, esto es, determina a qué comportamiento y cómo hay que adherirse". Por su parte, JAKOBS sostiene que "el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (…) que manifieste que la norma carece de validez" (en *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 63). Y apunta que la institucionalización jurídica de una expectativa en una norma hace surgir una «obligación jurídica» y dirige la comunicación, de manera que "si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas" (en *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, UEC, Bogotá, 1999, pp. 40-41).

fundamentalmente porque "si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad"[974].

§ 2. En este contexto, la pena física no es un arma *generalmente* eficaz en la lucha contra el crimen[975], entre otras cosas y de manera inmediata porque la naturaleza y la forma de las expresiones criminales se hallan, en la llamada «sociedad del riesgo»[976], altamente diversificadas[977]. La pena no se acepta ya en cuanto suceso exterior causal que se traduce en un segundo mal subsiguiente al ocasionado por la acción delictiva, sino que ha de concebirse a modo de guía o pauta socialmente instituida acerca de la organización del mundo. De esta manera, *el peligro objetivo tiene relevancia penal únicamente cuando puede ser calificado como riesgo*[978], de acuerdo con el significado simbólico-comunicador que, como ya expliqué con anterioridad en este trabajo[979], revisten delito y pena[980], precisamente porque, mientras que el

[974] Véase, HASSEMER, *ADPCP*, 1992, p. 242. Para el autor, los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto son, precisamente, los dos rasgos característicos de lo que llama Derecho penal moderno.

[975] Entre otros muchos, recientemente, VIVES ANTÓN, en su prólogo a *La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 11-14; p. 13.

[976] Al abordar el estudio de la teoría de sistemas, en la Parte Segunda de este trabajo, me he referido ampliamente al hecho de que la complejidad impone la obligación de *seleccionar*, a la que se llama *contingencia*, la cual significa *riesgo*, de suerte que la *decisión* se concibe como conversión de la *incertidumbre* en riesgo (para una introducción resumida acerca de la tesis luhmanniana en este punto, INNERARITY, *PyD*, 1987, p. 12).

[977] Las dificultades en la determinación de un agente de la acción al que poder dirigir la imputación causal de responsabilidad se debe, en este contexto, a que los riesgos de la sociedad actual son consecuencia de acciones de distintos agentes, lo que supone una difuminación de la responsabilidad, que genera lo que se ha venido a llamar la «irresponsabilidad organizada» (véanse, MENDOZA BUERGO, «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI.* Liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Cólex, Madrid, 2006, pp. 351-372; p. 364; LÓPEZ CEREZO y LUJÁN, *Ciencia y política del riesgo*, Alianza, Madrid, 2000, p. 318; SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1988, p. 533).

[978] Véase, CORCOY BIDASOLO, *La política criminal en Europa*, 2004, p. 32.

[979] Véanse los apartados IV.3.3. § 3. y V.3.2. § 5.

[980] DÍAZ PITA y FARALDO CABANA prefieren referirse al «efecto placebo» del llamado Derecho penal «simbólico», asegurando que éste carece de "capacidad para solventar los problemas a los que van dirigidas (las normas) pero produciendo en la sociedad el convencimiento de que lo conseguirán" (en «La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del código penal de 1995», *RdPP*, 7, 2002, pp. 119-149; pp. 127-128). Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS apunta que "el denominado «derecho penal simbólico» (…) se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena" (en «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 107-130; p. 123). De acuerdo con este esquema, el deber asegurado institucionalmente hace la vez de casualidad natural y su

peligro se advierte y previene, el riesgo se gobierna[981]. De esta manera, la irremediable *expansión* de las expresiones criminales, a modo de torrente que todo lo arrumba, convierte al Derecho penal actual en un garante de la *seguridad* de diques y corrientes, pero también en un atento meteorólogo que anuncie los temporales con la antelación y precisión suficientes como para saber brindar siempre un salvoconducto al mantenimiento de un estado de cosas predecible[982]. Incluso, en ocasiones, en un recurso meramente instrumental a través del cual el Estado simplemente pretende arrojar una imagen de solvencia irreal[983]. Lo cual se traduce en que la indemnidad y

---

garante no responde por su organización defectuosa, sino en virtud de la lesión de un deber institucional (véase, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1995, pp. 69-70). Sobre el significado simbólico de la pena el abolicionista NEUMANN apunta, muy crítico con las llamadas «funciones latentes» de la pena, que "a la hora de confirmar de un modo simbólico la validez de la norma la pena resulta más impresionante cuanto menos esté anudada a funciones instrumentales como impedir hechos delictivos futuros", de suerte que cabe concluir que "cada orientación a fines de la pena hace decrecer su fuerza simbólica" (en «Alternativas al Derecho penal», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 201-213; p. 211).

[981] Sobre esta cuestión, largamente, GARCÍA HOM, *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005, pp. 182 y ss.

[982] En términos similares, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 30 y ss. Autores como ALBRECHT han criticado que el concepto sociopsicológico de seguridad al que me refiero se ha elevado a la categoría de necesidad social o bien jurídico, convirtiéndose en un concepto simbólico (en «El Derecho penal en la intervención de la política populista», *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granda, 2000, pp. 471-487; p. 474). También desde la doctrina abolicionista se ha criticado, en el tono exageradamente novelesco y político característico de la literatura de este signo, el fenómeno expansivo en cuestión. Pienso por ejemplo en las palabras de su máximo representante en el ámbito alemán, SCHEERER, que reproduzco a continuación: "ante la imposibilidad de la completa eliminación de la humanidad en nombre de la «seguridad» militar, se ha vuelto imposible reducir el Estado al benevolente Leviatán que sólo recurre a la violencia para proteger los intereses de los ciudadanos", de suerte que "hoy la cuestión no pasa por poder reforzar la nación-estado, sino por encontrar garantías de seguridad menos peligrosas" (en «Hacia el abolicionismo», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 15-34; p. 28). Por el contrario, a favor del llamado Derecho penal accesorio desde una perspectiva garantista, entre otros, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009; pp. 209 y ss. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 91-106.

[983] Véanse, ROIG TORRES, «Algunas reflexiones sobre la llamada *expansión* del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal», *RdPP*, 11, 2004, pp. 227-258; pp. 234 y ss., quien no obstante afirma que "resulta difícil encontrar tipos en el Código Penal que cumplan una mera función simbólica, sin otro fundamento axiológico" (p. 235); MORALES PRATS, «Funciones del Derecho penal y sociedad civil», *RdPP*, 1, 1999, pp.

seguridad de los bienes se hace ahora depender en buena parte de conductas positivas de control de riesgos por parte de terceros. Al contexto descrito, de incertidumbre científica ante la constatación de un temor a daños graves e irreversibles derivados de nuestra propia organización social, es aplicable el principio de precaución –o cautela–. Éste, en su aplicación a las categorías jurídico-penales, puede revestir gran interés en la construcción de la noción de peligrosidad de la acción en los delitos de peligro[984].

> El origen del principio de precaución se sitúa en el Derecho del medio ambiente de los años sesenta del pasado siglo, en la República Federal Alemana –bajo el rótulo de *Vorsorgeprinzip*–[985]. No obstante, su internacionalización en los años ochenta y la cada vez mayor influencia del llamado *soft law* en las ramas «duras» del ordenamiento –a través del «contagio» del espíritu del adelantamiento de las barreras de protección frente a la proliferación de «riesgos»– invitan a pensar que también el nuevo Derecho penal debe integrar, cuanto menos, las funciones orientativas, regulativas o interpretativas del principio en cuestión. Y es que nuestro Derecho penal cuenta con delitos de peligro que remiten a normas extrapenales en las que se acoge el principio de precaución, el cual ha contribuido a la elaboración de un procedimiento de imputación para algunos de estos delitos basado en la innecesariedad de constatar un resultado y, en consecuencia, un nexo causal[986].

Todo ello teniendo muy presente, no obstante, que "hasta ahora no hemos encontrado ningún método para desaprobar los comportamientos antinormativos, sin que a la vez desaprobemos, estigmatizando, a la persona que actúa"[987], hasta el punto de que pueda decirse, siguiendo a JELLINEK, que

---

13-40; p. 15; MORILLAS CUEVA, «Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro», *RECPC*, 04-06, 2002, pp. 1-23; pp. 3 y ss.

[984] Véase, ROMEO CASABONA, «Aportaciones del principio de precaución al derecho penal», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 77-105; p. 90

[985] Véase, BÁRCENA y SCHÜTTE, «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos», *RDAm*, 19, 1997, pp. 13-42; pp. 17 y ss.

[986] Véanse, HIRSCH, «Peligro y peligrosidad», *ADPCP*, 49, 1996, pp. 509-529; HERZOG, «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)», *ADPCP*, 46, 1992, pp. 13-23; pp. 24 y ss.; ROMEO CASABONA, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2001, p. 100 y ss., concluyendo que "no existe en Derecho Penal español vigente ninguna figura delictiva que constituya una encarnación indiscutible de dicho principio, si bien también es cierto que algún tipo penal da cabida indirecta pero evidente al mismo a través de normas extrapenales que completan la descripción de la conducta típica, siendo éstas a su vez trasunto de forma más menos evidente del citado principio" (103).

[987] Véase, KHULEN, «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 225-229; p. 225, concluyendo, en relación con el denominado Derecho penal moderno o de la economía y el medio ambiente, que "en estos ámbitos existirá una regulación mayor y apenas puede contarse con una marcha atrás" (p. 228). La crítica de los fráncfortianos se centra, como apunta FEIJOO SÁNCHEZ, en la parte especial, sobre todo en los delitos de peligro

"si de la historia de un pueblo no quedara otra cosa que su Código penal, podría averiguarse sólo a través suya el nivel cultural, ético e intelectual de ese pueblo, del mismo modo que un paleontólogo puede reconstruir la estructura de un animal prehistórico a partir de un hueso"[988]. En este sentido, si bien es de imperiosa necesidad plantear frente a la referida expansión una tendencia jurídico-penal minimalista en ciertos ámbitos, como el que afecta a este estudio, no es menos cierto que el regresismo liberal iluminista que viene planteando un sector doctrinal[989] –sobre todo en relación con modalidades típicas como los delitos de peligro o los de infracción de deber– constituye a estas alturas de la discusión una utopía jurídico-penal. Más en el marco de un Derecho punitivo relajado en un plano garantístico que se caracteriza, *grosso modo* y en sus formas expansivas, por cuatro grandes rasgos, a saber: (1) la progresiva *espiritualización de su objeto de tutela*, expresado en bienes de carácter colectivo o difuso[990]; (2) el *incremento de los delitos de peligro*

---

abstracto como paradigma del moderno Derecho penal, ya que la escuela en cuestión sostiene que se vienen criminalizando comportamientos no porque sean socialmente inadecuados sino para que pasen a serlo (en «Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad del riesgo'. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI.* Liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Cólex, Madrid, 2006, pp. 137-176; p. 147, quien hace referencia a la nomenclatura alternativa de «sociedades desconcertadas por sus riesgos» y sentencia que "los nuevos riesgos de las sociedades modernas (…) deben ser combatidos jurídicamente con una mayor intervención" (p. 150), si bien "cuando se trata sólo de mantener la vigencia formal de normas que estadísticamente se ha comprobado que son útiles para la prevención de lesiones de bienes jurídicos no cabe intervenir con penas" (p. 155)). Una postura relativamente cercana a la del abolicionismo de STEINERT, para quien "son pocas las pruebas (y poco convincentes) de que la disuasión y la prevención existan en la ley penal" (en *Abolicionismo penal*, 1989, p. 44; también en «On the functions of criminal law», *Contemporary Crises*, 2, 1978, pp. 167-193). Contrarios a los postulados de la Escuela de Fráncfort y de alguna manera favorables a la expansión del Derecho penal, por todos y en España, PÉREZ DEL VALLE, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *PJ*, 43-44, 1996, pp. 61-84; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos», *PJ*, 48, 1997, pp. 289-322.

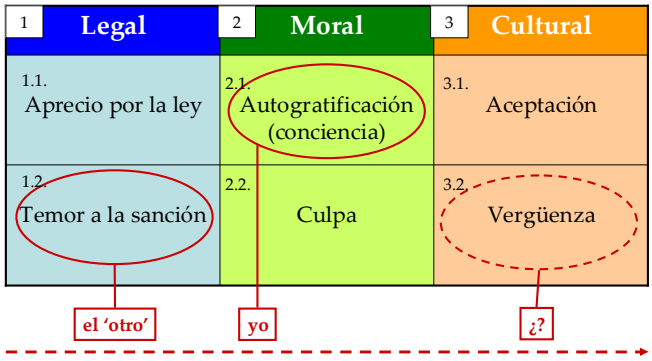
[988] *Apud* MUÑOZ CONDE, *LL*, 1996-3, p. 1339.

[989] Por todos, HASSEMER, por ejemplo, en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22 y ss. Sobre los modelos que propone este sector apunta ALBRECHT que "parecen extraídos de un *libro de cuentos de Estados de Derecho*" (en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 472).

[990] Apunta MAQUEDA ABREU que el temor que infunde el recurso a bienes colectivos "sólo resulta justificado en realidad cuando el legislador recurre a modelos de tipificación incompatibles con las exigencias mínimas de un Derecho penal garantista: falta de precisión en la descripción del objeto de tutela o de la conducta prohibida, insuficiente relevancia del bien jurídico cuya protección se pretende, lejanía excesiva de su lesión o escasa gravedad del peligro que el comportamiento comporta tipificado representa para prevenir el ataque" (en «La idea de peligro en el moderno Derecho penal (Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992)», *AP*, 26, 1994, pp. 481-498; p. 493).

abstracto, cuyo injusto se halla no pocas veces aquejado de deficiencias técnicas de tipificación[991]; (3) el *recurso constante a conceptos normativos y disposiciones extra-penales*, en una aparente confrontación con el principio de legalidad[992]; y (4) el *aumento de los tipos omisivos*.

En este sentido, y criticando una tendencia al punitivismo cada vez más extendida en la política criminal de las sociedades llamadas postindustriales, MOCKUS propone, a partir de un profundo estudio de la psicología de la infracción normativa, un esquema de reglas para la convivencia en el que apunta la necesidad de desplazamiento del foco de las políticas gubernamentales de intervención en los modelos de delincuencia desde el sistema legal (en el que vienen centrándose), hacia el sistema cultural (hoy por hoy desatendido), tal y como muestra resumidamente el cuadro que sigue[993]:



[991] Ya GIMBERNAT ORDEIG pronosticaba, con relativo acierto, que "es posible que en el futuro se afronte una reforma del CP/1995. Pero, en ese caso, ésta se limitaría a modificaciones «técnicas», permaneciendo inalterados el interminable catálogo de delitos y el «quantum» de las sanciones previstas para ellos en el nuevo Código" (en «La contrarreforma penal de 1995», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 417-423; pp. 422-423).

[992] Véase, ROIG TORRES, *RdPP*, 2004, pp. 243-244. Sobre el recurso a fórmulas flexibles que se adapten a la normativa extra-penal cambiante de cara a albergar futuras formas de ataque, DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 79 y ss.

[993] Elaborado a partir de –y gracias a– las discusiones que tuvieron lugar en el marco de la ponencia de PIÑA ROCHEFORT, «Políticas Públicas contra la Delincuencia desde la Economía del Comportamiento», pronunciada en el *Seminario interno de profesores del Área de Derecho penal de la Universidad de Navarra*, celebrado el 11 de febrero de 2011 (inédita). Véase, originalmente, MOCKUS, «Convivencia como armonización de ley, moral y cultura», *Perspectivas*, 32, 2002, pp. 19-37; ID., «Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura», *Revista de Análisis Político*, 21, 1994, pp. 37-48. Asimismo, TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2006, pp. 165 y ss.

En su estudio, MOCKUS detecta una evidente asimetría en la percepción que los ciudadanos tienen de sus congéneres. Al ser preguntados individualmente, aseguraban guiarse en su actuar por la autogratificación de su conciencia (2.1.), al tiempo que opinaban que el resto lo hace por temor a la sanción ley (1.2.). Un resultado así tiene importantes consecuencias, ya que implica que la percepción individual en relación con los patrones que orientan la conducta propia se mueve en los márgenes del sistema moral y en términos de «premio» o «recompensa», mientras que percibimos que la conducta ajena se orienta en términos de «castigo», en la vertiente negativa del sistema legal. De un desequilibrio tan brutal emergen políticas criminales agresivas de prevención de la delincuencia focalizadas exclusivamente en aspectos retributivos tendentes a reforzar el «miedo a la sanción», cuando es evidente que en el esquema conductual individual éste no es sino un aspecto secundario, o yo diría que incluso terciario. Si aseguramos no movernos por temor a una sanción, entonces tenemos que renunciar hacer pivotar en torno a ella nuestra actividad legisladora, para orientarla cada vez más y en la medida de lo posible hacia el rechazo social en cuanto fundamento (re)estabilizador del orden normativo (3.2.).

A la espera de próximas reformas legales, es deber del penalista no sólo impulsarlas, sino también –y antes– detenerse en la búsqueda de la mejor interpretación de los preceptos vigentes, ya que éstos constituyen las herramientas que sustentan el funcionamiento de la administración de justicia. A tal efecto, en el epígrafe que sigue ofreceré una interpretación personal de los aspectos problemáticos o de mayor relevancia en relación con el art. 290 CP, de acuerdo con lo que quedó apuntado en el apartado III.4. de este estudio.

VI.2. Propuesta interpretativa.-

Este apartado pretende recoger una propuesta de interpretación de los tipos (uno de peligro y otro de lesión) contenidos en el art. 290 CP, relativo a la falsedad cometida en documentos sociales.

Dicha propuesta interpretativa ha de servir para delimitar el alcance del precepto tanto en su configuración positiva como en el esclarecimiento de aquél grupo de comportamientos que habrán de ser considerados atípicos.

VI.2.1. ¿Falsedad especial o alternativa y más grave? El riesgo típico del art. 290 CP en cuanto protector de la «imagen fiel» corporativa.-

§ 1. Una primera lectura del precepto practicada en el contexto del Capítulo XIII del Título XIII del CP, relativo a los delitos societarios, puede llevar al escéptico a prejuzgar el art. 290 como un tipo específico de falsedad documental caracterizado por la condición de los sujetos (tanto activo como pasivo), así como por la naturaleza del objeto. Así se ha hecho durante largo tiempo de forma extendida[994]. Sin embargo, las prácticas jurisprudencial y doctrinal demuestran cómo, en realidad, nos hallamos ante un precepto penal sobre cuyos elementos esenciales todavía hoy no se ha convenido en una interpretación unánime; ni siquiera en torno a su conveniencia jurídico-penal.

§ 2. El artículo 290 CP, incorporado a nuestra legislación por el CP de 1995, castiga con pena de prisión de uno a tres años o multa de seis a doce meses a

> "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad[995], de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero",

[994] En relación con este punto, BACIGALUPO ZAPATER ha advertido que si la conducta tipificada en el art. 290 fuera un delito de falsedad documental bastaría con el art. 392 CP (en «El nuevo derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP)», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 161-172). También, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, en *Derecho penal económico*, CERA, Madrid, 2001, p. 659, quienes subrayan que lo que con el precepto en cuestión se pretende es la sanción de una serie de falsedades ideológicas específicas, como ocurre también en el supuesto del delito concursal del art. 261 CP. En cambio, la jurisprudencia a menudo parece confundirlo con un delito de falsedad documental entendiendo que se trata de delitos homogéneos. Véanse las SSTS 1318/2000, de 14 de julio (ponente, PUERTA LUIS), FD 4º; 1299/2002, de 12 de julio (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO), FD 5º; 867/2002, de 29 de julio (ponente, MARTÍN PALLÍN), FFDD 6º y 7º; 554/2003, de 14 de abril (ponente, MAZA MARTÍN); 1458/2003, de 7 de noviembre (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO); 1148/2004, de 18 de octubre (ponente, MAZA MARTÍN); 552/2005, de 9 de mayo (ponente, RAMOS GANCEDO) y 1297/2005, de 27 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO); o las SSAP de Madrid 50/2008, de 8 de mayo (ponente, FERNÁNDEZ SOTO); de Las Palmas 24/2008, de 29 de febrero (ponente, ACOSTA GONZÁLEZ); de Cantabria 304/2007, de 4 de octubre (ponente, SAGUILLO TEJERINA), FD 6º; de Girona 486/2007, de 23 de julio (ponente, RODRÍGUEZ OCAÑA); y el AAP Girona 381/2007, de 23 de julio (ponente, ESCOBAR MARULANDA), en el que se afirma que los arts. 390 y 290 son tipos homogéneos (FD 2º).

[995] Sobre la posibilidad de considerar típicas las declaraciones falsas en documentos que expresen situaciones sociales futuras se ha discutido ampliamente en Italia (véase, por todos, MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 1996, p. 52).

y con las penas en su mitad superior en caso de que se llegue a producir el perjuicio económico.

La fórmula de lesividad es bipartita y configura el precepto en torno a (a) un tipo de peligro abstracto-concreto o hipotético (art. 290.1), y (b) un tipo de lesión (art. 290.2).

El art. 290.1 CP recoge un tipo de peligro abstracto en el que no se exige constatar *ex post* una situación de peligro concreto como resultado de peligro[996], sino sólo que la conducta típica guarde una idoneidad o aptitud para lesionar[997]; es decir, que se debe valorar la potencialidad lesiva de la falsedad respecto al patrimonio de la propia sociedad, los socios o terceros, entendido éste como *ahorro* o *inversión*[998]. Cabría decir que, al "configurar

[996] En este punto, aclara FEIJOO SÁNCHEZ que "desde un punto de vista subjetivo los delitos de peligro des-subjetivizan la referencia al daño, des-subjetivación que aumenta a medida que se abstrae el peligro", de manera que "en estos delitos no se trata sólo de prescindir de la esclavitud de la relación de causalidad sino también de la esclavitud de tener que exigir la relación subjetiva: la constatación de que el posible resultado fue previsto o podía ser previsto por el autor" (en «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 307-342; p. 326). Al respecto, ALBRECHT apunta que el legislador del moderno Derecho penal económico "ha renunciado simplemente al inequívoco elemento (del resultado) del perjuicio" (en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 484). Por su parte, GÓMEZ MARTÍN apunta que el recurso masivo a los tipos de peligro abstracto ha producido un doble efecto insatisfactorio, a saber: ha llevado a la *flexibilización, por un lado, de los criterios dogmáticos de imputación, y, por otro, de las garantías político criminales materiales y procesales* (en *La política criminal en Europa*, 2004, p. 63, cursiva añadida).

[997] La denominación de delitos de peligro abstracto-concreto ha sido empleada por la jurisprudencia en repetidas ocasiones. Así, las SSTS 335/1993, de 22 de febrero (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), FD 3º; 1397/1999, de 4 de octubre (ponente, GRANADOS PÉREZ), FD 1º; 18/2001, de 20 de enero (ponente, MARTÍN CANIVELL), FD 2º; las cuales equiparan esta denominación con la de peligro hipotético. También las SSTS 388/2003, de 1 de abril (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN), FD 7º; 1263/2003, de 7 de octubre (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN), FFDD 1º y 2º. En la doctrina, véase, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, *Homenaje*, 2005, p. 312. A estos delitos se refirió ESCRIVÁ GREGORI como delitos de aptitud o idoneidad (en *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 31 y 130 y ss., con abundantes referencias). El propio autor ya advierte, no obstante, que los delitos de peligro tipifican conductas relacionadas con actividades peligrosas permitidas (en *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del 'fin de protección de la norma de cuidado'*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 267 y ss.).

[998] Así, por ejemplo, en la jurisprudencia, la 734/2004, de 12 de junio (ponente, MARTÍN PALLÍN), FFDD 4º y 5º. En la doctrina, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 109 y ss. Por su parte, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS hablan de delito de aptitud y consideran un acierto su fórmula típica (en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2008, p. 897, entendiendo que la falsedad será idónea para causar un perjuicio en atención a dos factores, a saber, (1) el soporte material sobre el que se ejecuta y

un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien", de manera que "el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien", precisamente porque la seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico-penal objeto de protección[999].

§ 3. Sobre el momento de consumación del delito, cabe señalar hasta tres posibilidades: (1) el momento de la formulación de las cuentas anuales; (2) el de la presentación a la Junta General para su aprobación; y (3) el del depósito en el Registro Mercantil para su posterior publicación. En mi opinión, si bien pienso que en cualquier caso *la consumación dependerá de la clase de información objeto de falseamiento*, con carácter general se debe considerar que la presentación de los documentos a la Junta General para su aprobación es el instante en el que se consuma el delito, por la sencilla razón de que es sólo entonces cuando la acción falsaria adquiere idoneidad para causar un perjuicio en sentido típico[1000]. Es decir, sólo entonces la falsedad adquiere idoneidad para causar un perjuicio económico a la sociedad y a los propios socios[1001]. En cambio, sólo el depósito en el Registro Mercantil será idóneo para perjudicar a terceros en sentido típico. De esta manera, *la*

(2) la naturaleza esencial de la falsedad misma, y advirtiendo muy acertadamente que "la incorrección de la contabilidad formal pudiera ser un *indicio* de la capacidad lesiva de la conducta, mas no una presunción *iuris et de iure* de la misma" (pp. 897-898, cursiva añadida). Menos claros se muestran, en cambio, cuando declaran que el delito en cuestión se consuma "con la perfección de la acción falsaria", entendiendo por tal "el instante en que los documentos adquieran cierta publicidad" (p. 898).

[999] Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 148. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se refiere, a mi entender muy acertadamente, a estos delitos configurados como de peligro abstracto como delitos supraindividuales con bien jurídico espiritualizado o institucionalizado referido a bienes individuales (en *La política criminal en Europa*, 2004, p. 102).

[1000] DE SOTO CARNIAGO, en cambio, opina que el punto de referencia debe ser el de la presentación de las cuentas a la Junta General "porque es en ese momento en el que las cuentas salen del ámbito de actuación de los administradores como documento concluido, definitivo y formal", y porque su posterior aprobación por la Junta "no purifica los actos de los administradores", argumentos ciertos pero de los que no se sigue necesariamente la conclusión a la que llega el autor y que no resuelven el escollo de la idoneidad sino únicamente el juicio acerca de la delimitación eventual de la autoría –también discutible– (en *AFD(UE)*, 1996-1997, p. 449).

[1001] El concepto de «perjuicio económico» ha sido interpretado por algunos autores como «disminución del patrimonio», de suerte que la veracidad e integridad en la información social se tutela condicionada a que su lesión sea "potencialmente capaz de causar una disminución de patrimonio ajeno" (DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1420). En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Los delitos societarios en la reforma penal», *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 151-165.

idoneidad para perjudicar depende del objeto material en cada caso, ya que no todo documento es igualmente poseedor de la capacidad de perjudicar económicamente en los términos del art. 290 CP, ni lo es en un mismo momento. Así, cabe concluir, como ya adelanté en otro punto de este estudio[1002], que la idoneidad para causar un perjuicio que exige el precepto es en realidad un *requisito cuantitativo indeterminado* dependiente tanto de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad[1003] como del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica.

§ 4. Desde una perspectiva sistemática y teleológica cabría pensar que, si la razón de ser del precepto es dispensar protección penal al principio mercantil de «imagen fiel»[1004] de las sociedades, entonces carecería de sentido una interpretación que limitara la conducta típica a las falsedades de los tres primeros apartados del art. 390.1. CP[1005]. Así, en aquellos casos en los que la falsedad documental se cometa faltando a la verdad en la narración de los hechos, no existirá concurso alguno de normas, sino que será de exclusiva aplicación el art. 290 CP, siempre que concurran los demás requisitos del tipo –tanto sustantivos (sujeto activo, objeto material, etc.) como procesales (requisitos de procedibilidad del art. 296 CP)–. Sí existirá un concurso normativo cuando la conducta falsaria se refiera a alguna de las modalidades descritas en los tres primeros apartados del art. 390.1. y se den también los requisitos del art. 290, en cuyo caso la doctrina y jurisprudencia dominantes establecen que el concurso en cuestión se habrá de resolver en aplicación de la regla de especialidad del art. 8.1ª CP a favor del art. 290[1006].

Una opción que contrasta con la adoptada en torno al concurso normativo entre la apropiación indebida del art. 252 y la administración desleal del art. 295 CP, ya que en este caso la jurisprudencia, entendiendo que

---

[1002] Véase el apartado III.4.2.2. § 8.

[1003] Véase, JAÉN VALLEJO, «Las falsedades documentales», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1007-1020; pp. 1010-1011, aludiendo a las tres funciones que cumple el documento (*de perpetuación*, *probatoria* y *garantizadora*), y entendiendo por tal "la corporeización de una declaración o manifestación de pensamiento, destinada y apropiada para probar una relación jurídica, y que permite conocer quién es el emisor o responsable de aquella declaración o manifestación" (definición proporcionada por BACIGALUPO ZAPATER en *LL*, 1996-1, p. 1669).

[1004] Véanse, en este sentido y entre otras, las SSTS 552/2005, de 9 de mayo (ponente, RAMOS GANCEDO), FD 4º; 796/2006, de 14 de junio (ponente, RAMOS GANCEDO), FD 1º; 620/2004, de 4 de junio (ponente, GÓMEZ GARCÍA), FD 2º; 1318/2000, de 14 de julio (ponente, PUERTA LUIS).

[1005] A esta cuestión me he referido ya en el apartado III.4.1. § 5.

[1006] Así lo ha establecido la jurisprudencia mayoritaria, entre otras en las SSTS 865/2005, de 24 de junio (ponente, SÁNCHEZ MELGAR), FD 3º; 372/2008, de 13 de junio (ponente, MONTERDE FERRER); 413/2009, de 11 de marzo (ponente, GARCÍA PÉREZ).

fracasan el resto de criterios del art. 8 CP, opta por la aplicación de la regla 4ª del mismo artículo, a favor de la apropiación indebida, en cuanto delito que prevé la pena más grave[1007]. Esta línea jurisprudencial tiene su origen en las

[1007] Pueden verse, en este sentido, las SSTS 224/1998, de 26 de febrero (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO), FD 8º: "será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave"; 530/1998, de 3 de abril (ponente, MONTERO FERNÁNDEZ-CID), FD 1º; 840/2000, de 12 de mayo (ponente, APARICIO CALVO-RUBIO), FD 2º; 1248/2000, de 12 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), FFDD 1º y 2º; 125/2002, de 31 de enero (ponente, SORIANO SORIANO), FD 1º; de 9 de junio de 2003 (ponente, MARTÍN PALLÍN), FD 4º: "la distinción entre el delito de administración desleal y de apropiación indebida ha sido objeto de un debate continuo por parte de esta Sala, que ha llegado a la conclusión mayoritaria, de mantener la independencia de ambas figuras decantándose, en todo caso, por el principio de alternatividad, que nos llevaría a la imposición de la pena correspondiente al delito más grave"; 1111/2006, de 15 de noviembre (ponente, SORIANO SORIANO); 677/2003, de 2 de noviembre (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE), FD 4º; 1212/2003, de 9 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO), FD 8º; 1191/2003, de 19 de septiembre (ponente, GRANADOS PÉREZ), FD 4º; 462/2009, de 12 de mayo (ponente, MARCHENA GÓMEZ), FD 1º; 605/2005, de 11 de mayo (ponente, SAAVEDRA RUIZ), FD 4º. Asimismo, la STS 9/2009, de 26 de enero (ponente, MARTÍN PALLÍN), aplicando el art. 8.4º CP a favor del art. 252 "en atención a la cuantía de lo apropiado" (FD 2º). En la doctrina puede verse, al respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Cuestionable administración desleal societaria por motivos concursales: De los conflictos de interés en sociedades cotizadas participadas mayoritariamente por una concursada», *RDCP*, 8, 2008, pp. 321-332; pp. 326 y ss., quien destaca que "la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo viene interpretando el art. 252 CP (…) en el sentido de contener también un delito de administración desleal; y cuando concurre el delito de administración desleal del art. 295 CP y el delito de administración desleal del art. 252 CP ha resuelto la aplicación de este último, por lo que el primero se ha quedado prácticamente sin margen de aplicación, a no ser en supuestos extraordinariamente especiales" (p. 328). Entre los supuestos «extraordinariamente especiales» a los que se refiere el autor creo que cabría citar, entre otros, el que se recoge en la STS 1177/2004, de 25 de octubre (ponente, GARCÍA PÉREZ), en el que el Tribunal rechaza el concurso de normas y estima que sólo la concurrencia de ambos tipos penales puede aprehender todo el desvalor de las conductas del acusado (FD 1º). A favor de la aplicación del art. 8.4º, entre otros, MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 517 y ss. Por su parte, MIR PUIG opina que si llega a darse la situación en la cual no son aplicables ni el criterio de especialidad, ni el de subsidiariedad, ni el de consunción, ello se debe a un descuido o error del legislador y por tanto no cabe hablar de un concurso de leyes, puesto que siempre se aplicará el precepto más grave, quedando derogado el menos grave (en *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2002, p. 643).

SSTS 457/1994, de 7 de mazo y 537/1994, de 14 de marzo[1008], y alcanza su confirmación a raíz del caso «Argentia Trust» en el año 1998[1009].

Además, el Alto Tribunal también ha resuelto por la vía del art. 8.4ª CP el concurso entre el art. 290 y el 293 CP, a favor de la aplicación del primero[1010]. Resta saber cómo atajará un eventual concurso entre el art. 290 y el nuevo 286 bis cuando falsedades documentales sirvan a una corrupción empresarial, ya que no ha tenido ocasión de pronunciarse todavía, hasta donde alcanzo. No obstante, es oportuno advertir que determinadas conductas empresariales fraudulentas, desleales o falsarias en las que en los últimos años se han visto involucrados agentes excluidos del ámbito de la subjetividad activa especial propia de los delitos societarios tienen ahora cabida en el art. 286 bis, configurado como delito común; lo cual puede percibirse como un adelanto si los tribunales así lo consideran. Estoy pensando, por ejemplo, en potenciales falsedades cometidas por auditores sobre las cuentas de una compañía con la pretensión de obtener de ésta un favorecimiento económico o laboral frente a otros colegas.

También ha venido aplicando el criterio de mayor pena o rango punitivo en los supuestos por él considerados de concurso aparente de normas entre la falsedad en documento privado del art. 290.2 y la estafa del 248.1 CP, a favor de la segunda –siempre que la infracción cometida cumpla todos los requisitos del art. 248.1–[1011]. En este sentido, considero rechazable una solución por la vía del concurso (real) medial porque supondría una flagrante violación de la regla *ne bis in idem*[1012], ya que produciría una sanción desproporcionada. Personalmente, creo que en los supuestos en los que tiene lugar una interferencia entre la falsedad societaria y la estafa nos hallamos

[1008] Ponente, en ambas, BACIGALUPO ZAPATER (FFDD 1º y 3º, respectivamente).

[1009] Sobre este caso véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RDCP*, 2008, p. 329, nota 31; ID., «Caso Argentia Trust», Sánchez-Ostiz, (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 633-646.

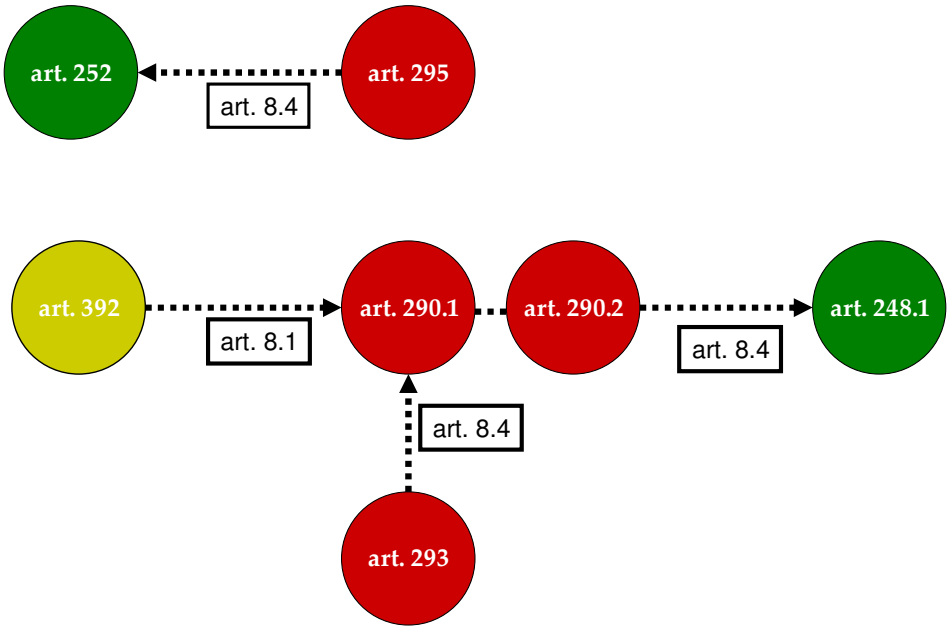
[1010] Por ejemplo, recientemente, la STS 119/2010, de 1 de febrero (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), FD 1º.

[1011] Por todos, RÍOS CORBACHO, *RdPP*, 2005, pp. 79-80, con amplias referencias doctrinales. Véase, también, QUINTERO OLIVARES, *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, 1998, p. 184.

[1012] En relación con esta cuestión apunta DEL ROSAL BLASCO que "el artículo 290 no guarda tanta similitud como aparentemente pudiera dar la impresión con la falsedad en documento mercantil sino, más bien, con un delito de estafa en el que el documento suscrito por el administrador de hecho o de derecho es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar imagen errónea de la situación jurídica o económica de la entidad" (en *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1419). Sobre la relación entre los tipos de estafa y falsedad en los documentos sociales, GARCÍA CANTIZANO, «De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (Nuevas soluciones a un viejo problema)», *CDJ*, 11, 1995, pp. 233-281; pp. 263 y ss.

más bien ante un concurso ideal de delitos en el que la falsedad sirve para materializar el engaño bastante de la estafa. Únicamente en los casos –muy pocos– en los que los tipos de los arts. 248.1 y 290.2 aparezcan como conexos, a sabiendas de que nos hallamos ante fórmulas típicas secantes[1013].

La inclinación actual del TS en relación con los concursos normativos apuntados y valorados puede resumirse de la siguiente manera:



En mi opinión, y apelando a la coherencia jurisprudencial en la materia, debe ser abandonada la idea de una relación de especialidad del art. 290 respecto al 392 (en relación con los tres primeros supuestos del art. 390) CP.

> No así en el concurso aparente que surja entre el art. 290 y el nuevo art. 282 bis, en cuyo caso, como ya adelanté en el apartado III.4.3. b) de este estudio, deberá recurrirse al criterio de especialidad para aplicar el art. 282 bis, y no es art. 290.

Entre los arts. 290 y 392 CP rige una relación lógica de interferencia. El concurso aparente entre ambos preceptos debe ser resuelto, entiendo, en aplicación del art. 8.4º CP, en este caso a favor del art. 290[1014], ya que,

---

[1013] Véase, CASTELLÓ NICÁS, *El concurso de normas penales*, Comares, Granda, 2000, p. 127, nota 16, con amplias referencias a SSTS comprendidas entre los años 1980 y 1990.

[1014] En la reciente STS 655/2010, de 13 de julio (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE), la parte recurrente invocaba en su motivo de casación segundo la indebida inaplicación de los arts. 392, 390.1.2 y 3 y 74 en relación con los arts. 8.4º y 290 (todos ellos

coincidiendo la pena establecida en ambos preceptos tanto en el límite máximo de la pena de prisión (tres años) como en la pena de multa (de seis a doce meses), el límite mínimo de la pena de prisión en el art. 290 es superior al que prevé el art. 392 CP (un año, frente a seis meses). Por lo que cabe entender que el desvalor queda abarcado por el art. 290 CP. Es así como el TS viene haciéndolo para resolver la aparente concurrencia de tipos entre los que rige una diferencia material de especialidad semejante, pero a los que la jurisprudencia *ha considerado* preceptos continentes de un mismo supuesto de hecho que prevé diferentes penas[1015].

§ 4. El criterio de la gravedad no es un supuesto de alternatividad de hechos típicos caracterizado por la recíproca exclusión de los distintos preceptos penales en juego en el plano de la tipicidad, sino que, como es unánimemente aceptado, el fenómeno del concurso normativo es sólo una apariencia, ya que presupone la realización de una pluralidad de tipos penales[1016]. No puede sostenerse que la opción contenida en el art. 8.4º CP vulnere o se halle en desacuerdo con el principio tradicional *in dubio pro reo* sencillamente porque no hay *duda*, ya que en el concurso de leyes nos hallamos ante *un único delito pluralmente formulado*[1017].

VI.2.2. Dolo e imprudencia. ¿Y el dolo eventual?.-

§ 1. Como ya advirtiera en el apartado III.4. de este estudio, sostengo que el art. 290 CP constituye una modalidad dolosa de falsedad en documento

---

del CP). Pues bien, el Alto Tribunal «despeja» la cuestión inaplicando el art. 290 por la falta de delimitación y prueba del objeto material sobre el que recayó la falsedad, así como por la no concurrencia en el sujeto activo de las condiciones especiales que exige el tipo (FD 3º), pero en ningún momento entra a corregir o comentar siquiera la relación concursal que establece el recurrente.

[1015] Véase, ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 283 y ss., haciendo referencia expresa al concurso entre la apropiación indebida y la administración desleal (nota 248 y pp. 288 y ss., con referencias jurisprudenciales). CASTELLÓ NICÁS se muestra contraria a esta opción, argumentando que "la aplicación del precepto penal que establece una pena superior cuando hay otra norma que regula exactamente la misma materia y que impone una pena inferior no es de recibo" (en *El concurso de normas penales*, 2000, p. 173).

[1016] Así, por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 157-162, 181-182.

[1017] Lo advierte muy claramente JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, 1995, § 31/11. En idéntico sentido, PEÑARANDA RAMOS, cuando afirma que "la conducta del autor cumple los presupuestos de varias formulaciones legales (…) que expresan, sin embargo (…) un solo contenido delictivo" (en *Concurso de leyes*, 1991, p. 184). Asimismo, GARCÍA ALBERO, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 403.

mercantil, cualificada no tanto por la condición del sujeto –como se viene sosteniendo mayoritariamente por la doctrina[1018]– cuanto por los límites del deber de configuración extra-penal que informa la situación especial de determinados sujetos. Una conducta que antes de la entrada del art. 290 en el CP constituía una laguna punitiva, al ser atípica hasta entonces la falsedad ideológica cometida por particulares[1019].

[1018] En este sentido se ha pronunciado de manera casi unánime la jurisprudencia. Véanse entre otras las SSTS 1217/2004, de 2 de noviembre (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE), según la cual la falsedad en los documentos sociales se configura como un delito de lesión (FD 6º); 625/2009, de 17 de junio (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE), FD 7º; 1318/2000, de 14 de julio (ponente, PUERTA LUIS), FD 4º: "tras la publicación del Código Penal de 1995, ha quedado despenalizada la falsedad ideológica genérica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, cometida por particular (v. arts. 390.4º y 392 del CP vigente), que en el Código derogado constituía, sin duda, una conducta penalmente típica (v. arts. 302.4º y 303 del CP/1973); sin embargo (…) la entrada en vigor del nuevo texto legal, no han quedado despenalizadas todas las falsedades ideológicas cometidas por particulares, y así en el art. 290 del nuevo Código Penal se considera penalmente típica la conducta de los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad «que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», si bien la penalización de tales conductas exige, además, que ello sea «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (sociedad), a alguno de sus socios, o a un tercero»". También puede verse la STS 1256/2004, de 10 de diciembre (ponente, MARTÍN PALLÍN), FD 5º, en la que se actualiza muy brevemente la situación doctrinal en la materia para concluir que "faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el artículo 290"; el ATS de 22 de diciembre de 1995, FD 4º; o la SAN 8/2003, de 14 de febrero, en la cual se establece, en relación con el art. 290 CP, que "la aparición de esta modalidad especial obedece a que en el nuevo CP desaparece con carácter general la falsedad meramente ideológica cometida por particulares, ya que el art. 392, dentro de las falsedades documentales, sólo castiga al particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas dentro de los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, excluyendo el supuesto contemplado en el núm. 4 «faltar a la verdad en la narración de los hechos». Así el legislador opta por crear modalidades especiales de falsedad ideológica para aquellos supuestos en los que el particular se encuentre en una posición que le obligue a ser veraz, y a esta obligación de los administradores de la sociedad responde el nuevo art. 290" (FD 3º). En el mismo sentido, el AAP de Madrid 116/2007, de 21 de febrero (ponente, GUTIÉRREZ GÓMEZ), FD 2º. En la doctrina, por todos, SILVA SÁNCHEZ en *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, p. 134.

[1019] Afirma DEL ROSAL BLASCO que "dada la naturaleza de los documentos a que se refiere el tipo del art. 290 (…) y la concreta función que éstos desempeñan, que tiene mucho que ver con su capacidad de reflejar *fielmente* la situación jurídica o económica de la entidad (…), no parece que sea posible definir el ámbito de la falsedad típica del art. 290 sobre la base de los dos primeros supuestos del art. 390" (en *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1998, pp. 96-97), de suerte que, como apunta "la verdadera relevancia del delito de falseamiento de documentos sociales radica en aquellas conductas que encajen en el núm. 4 del art. 390 del Código Penal, esto es, faltar a la verdad en la narración de los hechos" (pp. 97-98, notas 200 y 201). En el mismo sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, p. 453; ID., «La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas», *RP*, 10,

§ 2. El art. 290 CP no prevé expresamente su forma imprudente[1020]. La alta concreción que encumbran los delitos configurados como «de peligro» en la delimitación del riesgo típico objetivo permite explicar el rechazo más o menos generalizado a modalidades imprudentes en el caso de delitos socioeconómicos cometidos por profesionales[1021]. Además, es conveniente recordar que el delito de falsedad en la información social del art. 290 CP es ya una excepción a la (regla de) impunidad de la inveracidad cometida por particulares, por lo que admitir su forma imprudente supondría practicar una doble excepción[1022]. Para lo cual no existe justificación.

§ 3. En relación con el dolo requerido por el tipo, es imprescindible practicar una aclaración. Aunque la doctrina mayoritaria habla de un dolo necesariamente directo, algunos autores[1023] han apuntado la posibilidad de considerar el dolo eventual en los supuestos en los que el sujeto actúa con dolo respecto a la falsedad cometida sobre el documento, pero desconoce si tal falsedad va a ser idónea para la causación de un perjuicio económico, a pesar de lo cual opta por realizar la acción delictiva. Me parece ésta una postura acertada. Así, es posible argumentar que, de todos los elementos objetivos que exige el tipo, el relativo a la idoneidad para causar un perjuicio económico no tiene por qué ser abarcado por el dolo directo. Lo cual se traduce, a fin de cuentas, en una cuestión de intensidad del conocimiento.

2002, pp. 70-93; p. 83. El inconveniente para encuadrar el comportamiento del auditor falsario dentro del ámbito del art. 392 en relación con el 390.1.4º CP a efectos de imputación radica precisamente en que el art. 392 excluye expresamente del ámbito de comisión de los particulares los supuestos de faltar a la verdad en la narración de los hechos, declarando por tanto la atipicidad de los supuestos de falsedad en la actividad de revisión contable por los auditores (p. 83).

[1020] La jurisprudencia anterior a la entrada del art. 290 en el CP de 1995 identificaba en dolo falsario con "la voluntad maliciosa finalísticamente dirigida a conseguir un resultado efectivo o potencialmente dañoso". Así la STS de 24 de enero de 1989 (ponente, MOYNA MÉNGUEZ), FD 2º. En la misma línea, la STS de 16 de octubre de 1991 (ponente, DE VEGA RUIZ) apuntó que el dolo falsario "consiste en la conciencia, como querer de la mente, para alterar la verdad, para lograr un cambio" (FD 6º). También la STS 2245/1992, de 26 de octubre (ponente, GARCÍA ANCOS), estimaba que "los términos 'falsificar' o 'cometer falsedad' encierran un componente anímico de carácter intencional y significan algo más que la mera elaboración de un objeto o documento hecho a imitación de otro o con deformación de otro"(FD 2º).

[1021] Véase, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 316.

[1022] Véase, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 168 y 312.

[1023] Véase, POLO VEREDA, «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», *LL*, 1998-2, pp. 2044-2056; p. 2048. También, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2001, p. 661.

Cabría pensar que admitir el dolo eventual es también dar entrada a una doble excepción en los términos anteriormente descritos. Sin embargo, la integración de los instrumentos de la autorregulación en el ejercicio de interpretación y valoración normativa penal que propongo en este estudio para los elementos típicos del art. 290 CP[1024], se traduce en que el Derecho penal parte de que dichos instrumentos de autorregulación son suficientes para detectar ciertas inveracidades en el ámbito del Derecho mercantil de sociedades. Por lo tanto, sería intolerable que, en las no detectadas allí, el tipo penal admitiera la atipicidad de conductas que en realidad vulneran los deberes que recaen sobre el autor. Lo cual supone a su vez una contravención de lo dispuesto en el orden mercantil. En otras palabras: un Derecho penal societario configurado a partir de «lo mercantil»[1025], no puede declarar la atipicidad de conductas que en «lo mercantil» suponen una vulneración de los deberes que integra en su configuración.

VI.2.3. Autoría y participación. La exclusión ¿definitiva? del auditor de cuentas y la aplicabilidad del art. 65.3 CP.-

§ 1. Uno de los conflictos que entraña la actual redacción del art. 290 CP es, como ya apuntara con anterioridad en este estudio, el relativo a la condición especial del sujeto activo requerida por el precepto. Éste exige que el autor del delito sea «el administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación», lo que impide perseguir la conducta falsaria de un auditor de cuentas por la vía del art. 290 en concepto de autor, debiendo tratársele en todo caso como cooperador necesario en las falsedades en los documentos sociales cometidas por los sujetos activos que describe el tipo en cuestión. Hecho que encierra una paradoja evidente ya que el precepto, concebido a modo de delito de *infracción de deber por competencia institucional*[1026], excluye la posibilidad de comisión del delito en calidad de autor por parte de agentes que tienen legalmente encomendada la tutela del bien jurídico-penal protegido[1027]. Esta situación obliga al legislador a realizar importantes modificaciones legislativas en lo que a la falsedad societaria se refiere, ya que la didáctica de los recientes acontecimientos que arroja el Derecho comparado en materia de fraude contable permite adelantar la actual insuficiencia –cualitativa, que no cuantitativa– del Derecho penal español de cara a hacer frente a una hipotética situación análoga en un futuro próximo.

[1024] Volveré sobre ello en el apartado VII.2. de este estudio.

[1025] Véase lo expuesto en el apartado V.2.2.

[1026] Trataré esta cuestión en el apartado VII.2. § 8.

[1027] Véase, largamente sobre este punto, lo expuesto en los apartados III.4.2. b) § 4. y III.5.3. § 4. de este estudio.

Más aún si tenemos en cuenta que en otros ordenamientos de nuestro entorno cultural se prevé un delito de falsedad específica que permite sancionar la conducta del auditor que en el ejercicio de su profesión proporciona información falsa relativa a la situación de la sociedad auditada[1028]. De hecho, el propio legislador español consideró la posibilidad de incluir al auditor de cuentas entre los sujetos activos potenciales del art. 290 CP en el malogrado proyecto de reforma de 2007[1029]. Una propuesta que, junto al resto de las que contenían modificaciones en materia de delitos societarios, desapareció en posteriores proyectos sin que los debates parlamentarios dejaran constancia de las causas que llevaron a su abandono.

§ 2. Es preciso advertir que la referencia particularizada a los administradores «de hecho» y «de derecho», presente en los arts. 290, 293, 294 y 295 CP, es cada vez más del todo innecesaria –como también lo es en el art. 31 CP–. Hablar de administrador «de hecho o de derecho» es una redundancia, cuando las interpretaciones doctrinal y jurisprudencial de la noción de administrador de hecho vienen colaborando en la creación de un concepto penal funcional de administrador que alberga un contenido material omniabarcante que inutiliza la diferenciación «de hecho» y «de derecho»[1030]. No estoy, pues, de acuerdo con aquélla interpretación según la cual la expresión «de hecho» permite sólo abarcar a los administradores cuyo nombramiento adolezca de alguna irregularidad formal[1031].

[1028] Una panorámica de las distintas formas típicas que este modelo de falsedad social reviste en países como Francia o Alemania puede consultarse en NIETO MARTÍN, *Homenaje*, 2001, pp. 423-424.

[1029] Véase el apartado III.4.3. de este estudio.

[1030] Muy ilustrativa a estos efectos la SAP de Madrid 421/2002, de 18 de noviembre (ponente, GARCÍA LLAMAS), en la que se traen a colación los conceptos mercantil y penal de administrador de hecho, afirmando que, mientras que para el concepto mercantil este "es el que ejerce tal función en nombre de la sociedad sin título jurídicamente válido o con irregularidades en su situación jurídica por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado", en el ámbito penal administrador de hecho "es la persona que por sí sola o conjuntamente con otras adopta o impone sus decisiones en la gestión, quien gobierna desde la sombra, siendo el administrador de derecho un hombre de paja o un mero testaferro" (FD 3º). Sobre esta cuestión, en el mismo sentido, las SSTS 59/2007, de 26 de enero (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA), FD único; 932/2006, de 5 de octubre (ponente, RAMOS GANCEDO), FD 2º, refiriéndose a la figura del administrador inhabilitado que actuando como liquidador otorga poderes para pleitos, y a la incertidumbre que ello implica a la hora de considerar la concurrencia de un posible error de prohibición.

[1031] Por todos, GONZÁLEZ VIZCAYA, «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», *AP*, 10, 1997, pp. 229-241; p. 233; MAGRO SERVET, *Delitos en el ámbito empresarial*, La Ley, Madrid, 2005, p. 135, quien, no obstante, advierte que "el abanico de posibilidades que se abre para considerar a una persona como administrador de hecho es importante, ya que en aquellas sociedades no inscritas en el Registro mercantil, o incluso en las inscritas pero con nombramiento irregular, podría ser considerado autor de este hecho

§ 3. No obstante, en ningún caso podrá el auditor de cuentas ser considerado administrador de hecho a efectos del art. 290 CP, a pesar de que, en mi opinión, el informe de auditoría sí pueda y deba ser tenido por documento, al constituir "un elemento para el cálculo del riesgo razonado en la toma de decisiones económicas de quienes legítimamente desean intervenir en el mercado"[1032]. De esta manera, el informe de auditoría es objeto material de un tipo penal del que su autor no puede en ningún caso ser sujeto activo[1033]. Si bien no hay que perder de vista que también los administradores sociales pueden cometer falsedades sobre el informe de auditoría, el cual es portador de información social que es expresión del principio mercantil de imagen fiel en cuanto bien jurídico-penal objeto de protección por el precepto[1034].

> Sobre la documentación susceptible de engrosar el objeto material del tipo se han pronunciado ampliamente y a título ejemplificativo tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas. Cabría decir que la falsedad puede recaer típicamente sobre: los libros de la sociedad –inventario, cuentas anuales y diario–; la propuesta de distribución de beneficios; el informe de gestión[1035] (art. 262 LSC); las cuentas

---

cualquier persona que se encargue de realizar actos de administración, entendidos en el sentido amplio de la palabra" (p. 136, cursiva añadida).

[1032] CHOCLÁN MONTALVO, «Información societaria y protección penal del inversor», *LL,* 2002-7, pp. 1642-1654; p. 1650.

[1033] Véase, más extensamente al respecto, el apartado III.4.2. a) de este estudio.

[1034] Convengo con CHOCLÁN MONTALVO cuando afirma que "la auditoría de cuentas constituye el *principal mecanismo tutelador del inversor* con fines a garantizar el regular funcionamiento del mercado de capitales sobre la base de una información societaria veraz" (en *LL,* 2002-7, p. 1644).

[1035] El cual deberá contener, al menos, la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, e incluir asimismo indicaciones sobre los acontecimientos importantes para la sociedad, ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquélla, las actividades en materia de investigación y desarrollo y las adquisiciones de acciones propias. En el caso de sociedades anónimas cotizadas, incluirá además, en una sección separada, el informe de gobierno corporativo (art. 526 LSC). Sobre esta cuestión, aunque anterior a la reforma puede verse, LARA GONZÁLEZ, «El falseamiento de la información social a través del informe de gestión», Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 61-106; pp. 100 y 106. A favor de su consideración como objeto material del precepto, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, «Los delitos societarios», Del Rosal Blasco (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 259-287; p. 272, considerando que el informe de gestión se halla incluido en la expresión «otros documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la entidad»; PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 352; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 184; LARA GONZÁLEZ, *Derecho Penal de la empresa*, pp. 66-67, aclarando que, aunque el documento en cuestión no forme parte de las cuentas anuales, constituye una prolongación de éstas; RÍOS CORBACHO, «Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)», *RdPP*, 13, 2005, pp. 63-82; pp. 68-69; GARCÍA DE

trimestrales y las extraordinarias; todos los documentos que se presentan con ocasión de la transformación empresarial, así como de la fusión y la escisión; el informe técnico de viabilidad y el folleto informativo aportado por la CNMV, así como el folleto informativo que ha de acompañar cualquier emisión de valores negociables; el programa de fundación en los casos de fundación sucesiva; los libros de actas[1036]; la certificación de un acta de junta de accionistas[1037]; y, en general, "todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado"[1038]. No así las simples anotaciones contables falsas, sin la consiguiente confección fraudulenta de documentos que les sirvan de soporte[1039].

De lo anterior cabe extraer que la falsedad cometida por el auditor en su informe no es hoy por hoy punible ya que, siendo el informe un documento que genuinamente debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, y siendo –si cabe– el más idóneo para causar un perjuicio económico a ésta, el principal agente capaz de motivar su falseamiento no es, en cambio, susceptible de ser considerado sujeto activo potencial del tipo del art. 290 (¡tampoco del 392 CP[1040]!).

§ 4. Una última cuestión de importancia capital en relación con la subjetividad activa en el delito de falsedad en la información social es la relativa a la aplicabilidad del discutido art. 65.3 CP[1041] a los supuestos de

---

ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, 1996, p. 55; LARA GONZÁLEZ, «El falseamiento de la información social a través del informe de gestión», Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 61-106; pp. 105-106

[1036] Véase la SAP de Ourense 44/2003, de 4 de junio (ponente, CARBAJALES SANTA EUFEMIA), FD 2º.

[1037] Véase la SAP de Madrid 370/2001, de 6 de junio (ponente, GUTIÉRREZ GÓMEZ), FD 2º.

[1038] Así, la STS 1458/2003, de 7 de noviembre (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).

[1039] Como estableció la STS 482/1999, de 12 de marzo (ponente, MÓNER MUÑOZ), en su FD 2º: "los acusados no confeccionan pólizas, ni albaranes, que sirvieran de soporte a los apuntes contables, sino que exclusivamente fueron anotaciones contables, que no afectan a elementos esenciales, porque son declaraciones unilaterales que no se pueden invocar frente a terceros, al carecer del soporte preciso para reclamarlos, y por tanto, no pueden reputarse documentos que prueben nada, al no poder poner en peligro ni la propiedad o el patrimonio de los terceros. Ni los efectos comerciales, ni las pólizas, llegaron a tener existencia física, tampoco se rellenaron las cartulinas de apertura de las cuentas corrientes, sustituyéndose posteriormente los titulares de dichas cuentas ficticias, en principio empresas de prestigios integradas en el Instituto Nacional de Industria, por otras correspondientes a Sociedades del holding de «Rumasa», sin que aquéllas sufrieran perjuicio alguno".

[1040] Sí en relación con el art. 390.1. 1º a 3º.

[1041] Introducido a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con la siguiente redacción: "cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate". La reforma no gozó del apoyo del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (enmienda núm. 85) ni del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés

codelincuencia relacionados con el art. 290 CP. Trataré de esclarecerlo a continuación.

§ 5. En opinión de un sector doctrinal minoritario pero de indiscutible autoridad, en los delitos especiales de deber no cabe hablar de intervención[1042], ya que la conducta de quien no se halla sujeto al deber que recoge el tipo no es normativamente relevante a efectos del delito en cuestión[1043]. Esto es así porque el injusto de la conducta del partícipe –aseguran– no es accesorio respecto a la conducta del autor, sino que constituye un injusto propio, principal, no secundario[1044]. En el delito de falsedad en la información social el dominio del riesgo típico reside, según esta corriente, en el ejercicio de una función social que sitúa al autor –el administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación– en una posición especial de dominio respecto al bien jurídico[1045]. Posición que no alcanza y no es extensible a los *extranei*. Sin embargo, aunque comparto esta argumentación, no deduzco de ella la impunidad de los partícipes extraños, a quienes no cabe negar la capacidad de colaborar de manera determinante en la defraudación de las normas de conducta que informan los delitos especiales[1046]. Así, pienso que en este punto los

(enmienda núm. 47). Sobre el origen de la atenuación a partícipes *extranei* en delitos especiales en concepto de cooperadores necesarios o inductores, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, p. 292; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, CYMYS, Madrid, 1974, pp. 47 y ss.

[1042] Así, ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 147. Para el autor, la distinción entre autoría y participación es una cuestión cuantitativa que depende de la influencia de los intervinientes en aspectos normativos relevantes (p. 31). Véase asimismo SÁNCHEZ LÁZARO, «Injusto y participación. Recensión a Ricardo Robles Planas, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, 155 págs.», *InDret*, 2008-1, pp. 1-11.

[1043] Véase, ROBLES PLANAS y RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret*, 2008-4, pp. 1-29; p. 18.

[1044] Véase, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 225 y ss.

[1045] Así, GÓMEZ MARTÍN, «La "actuación por otro" y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», Carbonell Mateu *et al* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 965-972; pp. 453-454, para quien la aportación del partícipe es punible, si bien posee un menor contenido de injusto.

[1046] Así, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid, 2006, para quien "una cosa es afirmar que el partícipe debe responder por su propio injusto, distinto, por tanto, del injusto del autor, lo cual, insisto, es compartible, y otra distinta que la responsabilidad del partícipe sea autónoma de la del autor" (p. 414). Por su parte, el TC, en su sentencia 41/1998, de 24 de febrero (ponente, CRUZ VILLALÓN) inauguró toda una línea jurisprudencial al estimar que no hay ningún exceso o infracción del principio de legalidad en entender que el

partidarios de la impunidad se hallan aquejados de lo que propongo llamar «complejo de Euristeo», nombre del rey encargado de asignar los trabajos a Hércules.

> Pocos recuerdan, al evocar el conocido segundo trabajo del héroe, consistente en dar muerte a la Hidra de Lerna, que éste contó con la *inestimable ayuda* de su sobrino Yolao, quien le proporcionó una tela ardiendo para quemar el muñón de cada cuello del monstruo tras el oportuno tajo, cauterizando la herida y evitando con ello que de cada decapitación brotasen dos nuevas cabezas. Aunque la tradición popular ha olvidado la *aportación* de Yolao, Euristeo nunca terminó de reconocer a Hércules su autoría debido a aquéllo. Lo que pretendo poner de manifiesto es que, en el ejemplo anterior, nada impide considerar a Yolao cooperador necesario de Hércules. A pesar de que es evidente que éste no compartía con el semidiós una posición especial de deber, ya que los trabajos no le habían sido encargados. En otras palabras: Hércules y Yolao colaboran en el cumplimiento del trabajo, siendo uno Hércules y el otro no-Hércules[1047].

En definitiva, no encuentro razones para convenir con el argumento de impunidad de partícipes extraños en delitos especiales, igualmente defraudables, aun de manera mediata, que los delitos llamados comunes. A fin de cuentas, ¿qué impide a quien hace nacer en otro el deseo de cometer un delito de estafa que lo haga a cometer un delito de falsedad en la información social? Nada. Entonces, ¿por qué deberíamos considerarle inductor en el primer supuesto y declararle impune en el segundo? Es innegable que en ambos casos el partícipe *se suma* a la negación normativa llevada a cabo por el autor. Así, siguiendo a MIRÓ LLINARES[1048], entiendo que en el delito de falsedad en la información social *se castiga al inductor o al cooperador necesario no porque éstos falseen en los términos del precepto, sino porque a su conducta, unida a la del administrador (autor), le atribuimos el significado (típico) de falsear*[1049].

---

extraneus puede inducir al funcionario y cooperar con él en el quebrantamiento del deber de lealtad de éste.

[1047] Véase el apartado IV.3.6. de este estudio.

[1048] Véase, indispensable en la materia, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 95, nota 318. El autor entiende, con acierto, que "la única forma de cohonestar accesoriedad y autorresponsabilidad es bajo la premisa de que el partícipe ni realiza él solo un injusto diferente al del deudor, ni colabora en la realización por éste del injusto, sino que co-realiza, con y a través del autor, el *único injusto*, el definido por el tipo penal específico de que se trate, mediante su integración en el injusto del autor que, desde ese momento, ya no le pertenece sólo al autor sino a ambos" (p. 136, cursiva añadida).

[1049] Véase lo expuesto, en relación con la noción de «validación», en los apartados IV.3. § 1., IV.3.2. § 2. y IV.3.4. § 1. de este estudio.

En el ámbito jurisprudencial[1050], la atenuación de la pena a inductores y cooperadores necesarios *extranei* en delitos societarios ha sido aplicada sólo ocasionalmente por los tribunales[1051] y en un único supuesto a la falsedad en la información social del art. 290 CP[1052], en lo que alcanzo. Sin embargo, aun en estos casos dicha atenuación no se ha materializado en la rebaja de la pena tipo en un grado en aplicación del art. 65.3 CP, sino que ha consistido sencillamente en una pena inferior a la del autor dentro de los márgenes de la pena tipo, incluso tras la entrada en vigor del apartado tercero del art. 65 CP[1053]. Esta es, en mi opinión, la línea a seguir en relación con el delito societario del art. 290 CP, teniendo presente que en todo caso serán los tribunales quienes, en cada caso, estimen la procedencia e idoneidad de la atenuación.

§ 6. Una jurisprudencia casi unánime y la doctrina mayoritaria en la materia sostienen que el partícipe extraño puede ser castigado en delitos especiales porque es capaz de favorecer la lesión del bien jurídico llevada a cabo por el portador del deber especial (el autor)[1054]. Si bien de forma atenuada respecto a aquél[1055] precisamente porque no concurriendo en él los elementos exigidos por el tipo para ser autor del delito, no puede decirse que

---

[1050] Un repaso a la evolución jurisprudencial en la materia con anterioridad a la reforma del CP de 2003 puede verse en MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2010, pp. 87 y ss.

[1051] Véanse: SAP de Pontevedra 58/2001, de 26 de septiembre (ponente, PÉREZ QUINTELA), FD 3º. Por el contrario, en la SAP de Barcelona de 30 de abril de 2004 (ponente, GIMENO JUBERO) el Tribunal sanciona con la misma pena a todos los intervinientes (FD 5º). También en la SAP de Cantabria 3/2003, de 7 de abril (ponente, ARROYO GARCÍA), FD 6º; y en la SAP de Sevilla 95/2000, de 27 octubre (ponente, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ), FD 4º.

[1052] Véase la STS 413/2009, de 11 de marzo (ponente, GARCÍA PÉREZ), FD 10º.

[1053] Así la SAP de Pontevedra 58/2001, de 26 de septiembre (ponente, PÉREZ QUINTELA), condenaba al autor de un delito de administración desleal del art. 295 CP a una pena de un año y seis meses de prisión, y al cooperador necesario a una pena de un año de prisión. En idéntico sentido, tras la reforma del CP de 2003, la SAP de Asturias 237/2004, de 8 de julio (ponente, BARRIO BERNARDO-RUA), FD 2º. Recuérdese que también la AN, en su sentencia 8/2003, de 14 de febrero, aplicó una atenuación en la pena del cooperador necesario *extranus* (Enrique C.) en un delito de apropiación indebida dentro de los límites de la pena tipo del autor (Jesús G.), con aplicación del CP 1973 (FD 4º).

[1054] Véanse, por todos, recientemente, RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*, Comares, Granada, 2010, p. 91; CUELLO CONTRERAS, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *CPC*, 97, 2009, pp. 19-67; p. 40.

[1055] Véase, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)», *AP*, 2, 1995, pp. 19-23; pp. 21 y 22, citando la principal jurisprudencia inspiradora de la reforma de 2003 en la materia. Al respecto puede verse también, CHOCLÁN MONTALVO, «La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio», *AP*, 8, 1995, pp. 95-105; pp. 101 y ss.

infrinja personalmente el deber específico que da contenido al tipo, lo que se traduce en una reducción del contenido de la ilicitud[1056].

> En este sentido el TS, en su sentencia 1394/2009, de 25 de enero (ponente, MARCHENA GÓMEZ), recuerda que "el que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena (…) es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad (…) no siempre justifica un tratamiento diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material", de manera que "esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe" (FD 9º)[1057].

En el caso del art. 290 CP la afirmación anterior merece ser comentada. Y es que, pudiendo ser inductor o cooperador necesario en el delito de falsedad en la información social desde un familiar o amigo del administrador social hasta el contable o el auditor de la sociedad que éste

[1056] Así, el TS ha apuntado recientemente, en su sentencia 1080/2010, de 20 de octubre (ponente, VARELA CASTRO), que "cuando no concurra otra circunstancia compensadora, siendo evidente que el reproche al autor *intraneus* es mayor que el formulable para quien no quebranta deberes como los que a aquél le son atribuibles, el mantenimiento de identidad de pena exige una especial y aceptable motivación" (FD 48º). El su fallo el Tribunal aplicaba la atenuación del art. 65.3 CP a una abogada cooperadora necesaria en el delito de cohecho de un policía. En el mismo sentido, aplicando la atenuación a una persona jurídica en la que no concurría la condición de obligado tributario a efectos de una defraudación del art. 305.1 CP, véase la STS 606/2010, de 25 de junio (ponente, VARELA CASTRO), FD 6º. También la STS 350/2005, de 17 de marzo (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA), en la que rebaja la pena en un grado al inductor *extraneus* de un funcionario público en un delito de falsedad, a pesar de que también el inductor fuese funcionario. En la misma línea, entre otras, las SSTS 1300/2009, de 23 de diciembre (ponente, VARELA CASTRO), sobre un delito de insolvencia punible en el que se aplica el art. 65.3 CP al cooperador necesario *extraneus* (FD 4º); 661/2007, de 13 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), sobre un supuesto de apropiación indebida (FD 3º). En cambio, recientemente el TS en su sentencia 434/2010, de 4 de mayo (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA), inaplica la atenuación del art. 65.3 CP y sanciona con la misma pena al autor y al cooperador necesario en un delito de apropiación indebida (FD 23º).

[1057] En el caso citado, sobre un delito de malversación de caudales públicos, el TS rechaza la rebaja de pena a los partícipes argumentando que en ellos concurre una intensa reprochabilidad criminal, ya que su conducta se despliega y permanece en el tiempo influyendo en la cuantía de la distracción dineraria perpetrada. Idénticamente la SAN 4/2009, de 23 de enero (ponente, MARTEL RIVERO). En sentido similar, STS 1074/2004, de 18 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO), FD 4º. Asimismo la STS 759/2006, de 13 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), en la que el Tribunal excluye la atenuación extraordinaria que prevé el art. 65.3 CP para el cooperador necesario no cualificado en un delito de apropiación indebida del art. 252 CP (FD 3º). También inaplicando la rebaja del art. 65.3 CP, recientemente, las SSTS 222/2010, de 4 de marzo (ponente, VARELA CASTRO), en delitos de malversación y prevaricación (FD 3º); 554/2010, de 25 de mayo (ponente, VARELA CASTRO), en un supuesto de estafa piramidal (FD 3º).

administra, parece más que evidente que el segundo se halla en una situación más idónea para colaborar en la lesión del bien jurídico-penal objeto de protección en términos de aptitud y cercanía.

> Así, mientras la SAP de León 167/2010, de 27 de julio (ponente, SANTOS FERNÁNDEZ) absuelve a la esposa del acusado de cooperación en un delito de administración desleal del art. 295 CP (FD 6º), el TS en su sentencia 413/2009, de 11 de marzo (ponente, GARCÍA PÉREZ), rebaja en un grado la pena de la auxiliar administrativa encargada de la llevanza de la contabilidad que participa como cooperadora necesaria en un delito de falsedad en la información social del art. 290 CP (FD 10º). En cambio, la SAP de Burgos de 7 de febrero de 2003 (ponente, CARRERAS MARAÑA) aplica la misma pena al autor y a una cooperadora necesaria contable, socia e hija de aquél por un delito societrio del art. 290 CP (FD 3º).

En suma pienso que, mientras el art. 65.3 CP siga vigente, es recomendable que sus previsiones sean inobservadas por los tribunales, que vienen aplicándolo de forma aleatoria e insegura. Sin embargo, ello no implica que éstos no puedan y deban, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, suavizar la pena de inductores y cooperadores necesarios *extranei* respecto a la del autor y dentro de los límites de la pena tipo, de manera que la pena del autor tenga un efecto oclusivo.

§ 7. Parte de la doctrina[1058] ha afirmado críticamente que, desde un punto de vista literal, el art. 65.3 CP deja impune la conducta del cómplice que interviene en un delito especial. Abona esta tesis un argumento genético que surge de comparar el texto del actual apartado tercero del art. 65 con el que figuraba en el anteproyecto de reforma del CP de 1995. En aquél se decía que

> "cuando en el inductor, en el cooperador necesario *o en el cómplice* no concurran las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito exija *para poder ser responsable del mismo*, los Jueces o Tribunales *impondrán* la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada"[1059].

[1058] Por todos, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 241-246, quien estima que la cuestión podría resolverse creando una cláusula específica en la que se regule concretamente la actividad del cómplice estableciendo claramente cómo debería operar su diferenciada atenuación punitiva (pp. 243-244). Sobre el estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia véase, RIGGI, «El nuevo artículo 65.3 del código penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales», *RDP*, 15, 2005, pp. 11-54; pp. 17-26, con amplias referencias. En la misma línea se posicionó el Grupo Parlamentario Vasco del Congreso, mediante la enmienda núm. 6 –posteriormente respaldada por la enmienda núm. 23 del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos–.

[1059] Las cursivas son añadidas y constituyen los tres aspectos principales que fueron modificados posteriormente.

No falta quien se ha mostrado partidario de una doble atenuación de la pena aplicable al cómplice *extraneus* en un delito especial[1060]. Frente a esto, pienso que el precepto en cuestión no habla de los cómplices porque se refiere al art. 28, no habiendo motivos para dudar acerca de la procedencia de rebaja para cómplices en virtud del art. 29 CP[1061]. Así, el Pleno del CGPJ ofrece un contraargumento genético en su informe sobre el anteproyecto del CP, aparentemente acogido por el legislador, al entender que sería errónea la referencia del art. 65.3 CP a los cómplices debido a que éste recibe ya una responsabilidad atenuada.

Con todo, opino, en consonancia con lo sostenido al referirme a inductores y cooperadores necesarios, que una referencia a los cómplices en el art. 65.3 CP sería desaconsejable, ya que es más que suficiente la aplicación de la atenuación en un grado prevista en el art. 63 CP, pudiendo y debiendo los tribunales agravar y/o atenuar la pena de éstos según consideren dentro del margen que delimitan los límites mínimo y máximo.

> El Proyecto de reforma del CP de 2007 preveía la derogación del apartado tercero del art. 65, pero el informe en contra del 3 de marzo de 2009 del Pleno del CGPJ[1062] sirvió para que permaneciera incólume en la reforma del CP de 2010. También un sector doctrinal a tener en cuenta se ha mostrado especialmente crítico con el precepto, habiendo llegado a proponer su supresión o su inocuización

[1060] Véase, DE LA ROSA CORTINA, «El nuevo tratamiento penal de la participación del *extraneus* en delitos especiales», *LL*, 2005-4, pp. 1321-1330; p. 1325. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 273. En contra de la doble rebaja, ROBLES PLANAS y RIGGI, *InDret*, 2008-4, pp. 23-24.

[1061] En este sentido, también ROBLES PLANAS y RIGGI entienden que el art. 65.3 sólo estaría recordando que también en los delitos especiales el juez dispone desde el marco penal previsto para la complicidad en los términos del art. 63 CP hasta el tope máximo del marco previsto en la Parte Especial (véase, *InDret*, 2008-4, p. 23).

[1062] Véase ZUGALDÍA ESPINAR, «Contrarreforma penal. (El *annus horribilis* de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código penal de 2006», Guzmán Dálbora y Serrano Maíllo (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1347-1382. En su informe el Consejo consideraba irrazonada e inadecuada la decisión prelegislativa de supresión del precepto y recomendaba su mantenimiento (pp. 58-59), reiterando los argumentos que hizo valer en su anterior informe, de 20 de marzo de 2003, en el que concluía que si las características personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor no concurren en el partícipe, el castigo del extraño deberá atenuarse siempre (un comentario sobre el informe en cuestión puede verse en ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2003, pp. 109 y ss.). También a favor de atenuar siempre, RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*, 2010, p. 125.

mediante su inaplicación[1063], así como la articulación del castigo a los partícipes *extranei* a través de la creación de tipos específicos en la Parte Especial[1064].

> En este punto creo que sería suficiente con que los tribunales, cuando lo estimaran oportuno, aplicaran una atenuación de la pena para inductores y cooperadores necesarios dentro de los límites que ofrece la pena tipo para los autores en cada delito, siendo el actual art. 65.3 CP un foco de incertidumbre. Me sumo, pues, a la propuesta que formula ROBLES PLANAS en este punto, que pasa por pedir al legislador la introducción paulatina, delito por delito, de los preceptos que oportunamente establezcan el castigo que corresponde a los intervinientes no cualificados[1065].

Veamos a continuación cuál es el tratamiento que merecen otras cuestiones e instancias de la teoría jurídica del delito de las que doctrina y jurisprudencia se han ocupado en menor medida en relación con el delito de falsedad en la información social del art. 290 CP.

VI.2.4. Relevancia típica del riesgo, continuidad delictiva y grado de ejecución.-

§ 1. Antes de poner fin al presente capítulo quisiera aportar muy brevemente mi punto de vista acerca de otras instituciones de la teoría jurídica del delito a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dedicado menos pronunciamientos en su aplicación al delito cuyo estudio me ocupa. Me refiero en concreto a: (1) la determinación del riesgo típico; (2) la relevancia de omisiones de datos; (3) la evental concurrencia de situaciones de necesidad en los intervinientes (ya sea a través de casusas de justificación o de exculpación); (4) el esclarecimiento de los actos constitutivos de delito en grado de tentativa; o (5) la posibilidad de estimar la continuidad delictiva.

§ 2. (1) En relación con la primera cuestión, como apunté en los apartados III.4.2.2. §§ 6. y 7. de este estudio, no cualquier inveracidad plasmada por escrito constituye un falseamiento típico a efectos del art. 290 CP. La configuración de la tipicidad se hace depender del concepto de «idoneidad» (del falseamiento) para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios de ésta o a terceros, de modo que el precepto exige en

---

[1063] Así, ROBLES PLANAS y RIGGI, *InDret*, 2008-4, pp. 19 y ss., quienes apuntan que el precepto constitye "un macrotipo monstruoso que no contiene elemento indicativo alguno de la lesividad de las conductas en él incluidas, ni referencia a bienes protegidos, ni se conecta con principios axiológicos o interpretativos de los que derivar una mínima contención material" (p. 19).

[1064] Véase, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2003, p. 140. Convengo con el autor cuando concluye que debe ser el legislador quien se pronuncie sobre cada figura delictiva en relación con el art. 65.3 CP (p. 155).

[1065] Véase, *Garantes y cómplices*, 2003, p. 150.

última instancia que la conducta falsaria sea *capaz* de alterar la imagen social fiel, ya sea en su dimensión jurídica o en la económica. No es –al menos no única ni primordialmente– la funcionalidad de los documentos sociales el objeto de protección del precepto. La imagen fiel corporativa no se agota en la función instrumental de la documentación social que la integra. De ahí que deba entenderse que la lesión de la imagen social fiel a través de este delito requiere que se produzca un menoscabo de la confianza de los agentes económicos en la veracidad de la información recogida en la documentación corporativa en cuanto institución social misma que garantiza la *limpieza* del tráfico comercial. Precisamente porque, mientras que en las falsedades documentales ordinarias cometidas por un particular (art. 392 CP) se protege la función probatoria de los documentos en el sentido de que quien los firma confirma lo afirmado, pero no la veracidad del contenido del documento –recuérdese que no existe un deber de veracidad para los particulares en este sentido–, *en el delito de falsedad en la información social se busca en sí misma la adecuación entre una realidad determinada y lo que su garante legal afirma de ella*[1066]. De ahí que sea un error reducir la imagen fiel de una entidad que actúa con ánimo de permanencia en el mercado a lo que figura en sus cuentas anuales.

La idoneidad para causar un perjuicio que exige el art. 290 CP es un requisito cuantitativo indeterminado que se hace depender, por un lado, de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad y, por otro, de las dimensiones de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica. En definitiva, de cara a la determinación del riesgo típicamente relevante habrá que atender al concepto económico de «hecho balanceable»[1067], de manera que será típica a efectos del art. 290 CP toda inveracidad que configure o tenga por destino configurar el balance a modo de partida o asiento. Pero además, para que el delito pueda ser consumado, la inveracidad –que no la inexactitud derivada de documentos sociales que recojan opiniones o impresiones *descriptivas* del agente– contable balanceable que lesiona la imagen fiel corporativa deberá poder ser traducida por la sociedad, los socios o un tercero, configuradores del contexto intersubjetivo afectado, como capaz de producir un perjuicio económico a alguno de ellos.

§ 3. (2) Sobre la relevancia de la omisión de datos en las cuentas[1068], los pronunciamientos judiciales son escasos –los recojo y comento

[1066] En este sentido, muy acertadamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Estudios de Derecho Penal Económico*, 2009, pp. 50-51.

[1067] Obsérvese que el recurso a un término técnico de la Economía abona lo argumentado en el apartado IV.3.6. de este estudio acerca de la apertura del Derecho.

[1068] Nótese que me refiero a la omisión parcial de datos y no a la ausencia absoluta de contabilidad, ya que la no llevanza se halla extramuros del art. 290 CP.

seguidamente– y provienen de instancias inferiores[1069]. Así, la SAP de Ciudad Real 21/2007, de 16 de febrero[1070], apunta, con acierto, que "el delito puede cometerse tanto por acción como por omisión, pues tan falsa es la contabilidad que contiene asientos que no se corresponden con la realidad, como la que *omite asientos de relevancia; en ambos casos se produce la alteración de la contabilidad, que como tal, ha de dar la imagen fiel de conjunto*"[1071]. La sentencia se pronuncia acerca de una omisión de créditos en el balance que al término del ejercicio resultaban a favor de tres trabajadores, alterando la contabilidad. Un supuesto interesante, ya que la Juez de lo Penal había absuelto a los acusados al considerar que dicha omisión no era idónea para causar un perjuicio a los trabajadores, debido a que el crédito de éstos subsistía, habiéndoseles negado únicamente su ejecución o cobro[1072]; una argumentación que rebate la AP[1073] para condenar a los acusados.

Posteriormente también ha sancionado por un delito del art. 290 CP, esta vez en comisión por omisión, la SAP de Málaga 34/2009, de 31 de marzo[1074], a la interventora y a la tesorera encargadas de la llevanza de los libros de contabilidad de una cooperativa[1075]. El Tribunal aclaraba que "la falsedad definida en el artículo 290 del Código Penal, se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad", e insistía en que "ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos". Una determinación legal que "es fuente de la posición de garante que, conforme a lo previsto en el artículo 11 del Código Penal, permite la equiparación de la omisión con la conducta positiva"[1076], precisamente porque el requisito de la idoneidad para prerjudicar hace que la omisión

[1069] Sólo en una ocasión se ha pronunciado el TS al respecto, en su sentencia 552/2005, de 9 de mayo (ponente, RAMOS GANCEDO), FD 4º.

[1070] Ponente, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA.

[1071] FD 3º (cursiva añadida).

[1072] *Ibidem*, FD 1º.

[1073] *Ibidem*, FFDD 5º y 6º.

[1074] Ponente, SANTOS PEÑALVER.

[1075] El Tribunal resumió en la sentencia citada la conducta falsaria de las acusadas, en concreto, en: "la inexistencia de una contabilidad que informe el devenir de la cooperativa hasta 2011, con omisión de la llevanza de libros; la confección de la colección de los libros de contabilidad correspondientes (…) los cuales no reflejan la imagen fiel de la realidad contable y financiera de la cooperativa, la no legalización de dichos libros y la inexistencia de la Memoria que acompaña a las cuentas; la omisión de auditorías externas obligatorias; la no dotación del Fondo de Reserva Obligatorio y el de Educación y Promoción; la negativa de entrega al nuevo Consejo Rector de la documentación necesaria y la posterior entrega incompleta y fraccionaria de la misma" (FD 2º).

[1076] *Ibidem*, FD 4º.

pueda ser *identificada estructuralmente* con la conducta activa por la vía del art. 11 CP[1077]. Sin embargo, este argumento es rechazable. Y es que la cuestión que nos ocupa no es la relativa a la aplicabilidad del art. 11 CP –sólo aplicable a tipos de resultado[1078]– al delito de falsedad en la información social del art. 290, por la sencilla razón de que *la omisión de asientos en las cuentas o de datos parciales en la información social constituyen una conducta activa*, y no una omisión. A fin de cuentas, lo relevante para afirmar la autoría a efectos del art. 290 CP es que el omitente no se haya comportado de acuerdo con su rol, con el consiguiente fraude de expectativas en el que ello se traduce.

§ 4. (3) La tercera cuestión apuntada hace referencia a las situaciones de necesidad, ya sean éstas justificantes (art. 20.5º CP) o exculpantes (art. 20.6º CP: miedo insuperable). En el caso del art. 290 CP la consideración de un estado de necesidad presenta, hasta donde entiendo, un problema esencial. Y es que, aunque concurrieran el resto de requerimientos (la amenaza de un mal y la proporcionalidad del mal causado por el agente para superar la situación de crisis), no puede sostenerse que el administrador de hecho o de derecho de la sociedad en cuestión no haya provocado la situación de crisis, o –y sobre todo– que quepa liberar a éste de su obligación de sacrificarse. Por lo que, teóricamente –hasta la fecha no he encontrado un solo pronunciamiento judicial al respecto– resulta de difícil apreciación una situación de necesidad en el sujeto activo, ya sea ésta justificante o exculpante. Además, puede decirse que en estos casos no concurre el requisito de la subsidiariedad. Es decir, no puede hablarse de necesidad, ya que el administrador social tiene siempre otras vías tendentes a la resolución de situaciones de crisis en el ámbito del Derecho mercantil de sociedades[1079].

[1077] Así, RODRÍGUEZ MESA, *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 111 y 193. Sobre el art. 11 CP y la imposibilidad de aplicarlo a los delitos de mera actividad, SILVA SÁNCHEZ, «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», *EDJ*, 2, 1996, pp. 145-184; p. 169; ID., *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997; pp. 51-78.

[1078] En la materia, indispensable, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986; especialmente las pp. 340 y ss. Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 48, 1995, PP. 187-264; p. 221, aclarando que lo determinante "no es el cambio del mundo exterior (…) o el no-cambio del mundo exterior (…), sino si se han defraudado las expectativas que los roles sociales conllevan y que se encuentran jurídico-penalmente protegidas".

[1079] Puede el lector observar cómo, una vez más, los mecanismos normativos extra-penales *afectan* decisivamente a la imputación jurídico-penal, en la línea de lo que he venido argumentando en los apartados IV.3.1. (al referirme a que la información proveniente de otros sistemas no es «ruido» para el Derecho penal) y V.3.1.3. § 5. de este estudio.

§ 5. (4) Acerca de la tentativa, son conductas típicas no consumadas las falsedades y demás maniobras realizadas con anterioridad a la presentación oficial de la documentación social a los socios o ante la autoridad oportuna, ya que es en ese momento cuando la falsedad adquiere relevancia unívoca de sentido en los términos del art. 290 CP. Se deberán considerar inidóneos –y, por lo tanto, no serán típicos–, en cambio, los casos de falsedad cometidos por sujetos distintos a los administradores de hecho o de derecho, o los que hayan sido ejecutados sobre un soporte inadecuado (cualquier documento *incapaz* de reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad) o de manera burda[1080]. En suma, serán inidóneas las falsedades advertidas o percibidas como tales en el medio social en el que se producen.

§ 6. (5) El mismo criterio acerca del momento consumativo ha de servir para entender que la continuidad delictiva se hará depender de los deberes extra-penales (mercantiles) de publicidad y oficialidad de la información social que constituya el objeto material en cada caso. De esta manera, serán los tiempos y plazos que el Derecho de sociedades establezca para la efectiva presentación de la documentación social los que informen la posibilidad de aplicar el art. 71 CP. Así, por ejemplo, existirá un delito continuado de falsedad en la información social, en el caso de que el objeto material se trate de las cuentas anuales, cuando se pueda constatar que la conducta delictiva se prolongó durante dos ejercicios económicos consecutivos.

§ 7. En atención a lo expuesto hasta el momento, estoy convencido de que el art. 290 CP –y el resto de los delitos societarios– deberá ser reformado próximamente de manera que el precepto permita la comisión del delito a título de autor por parte del auditor de cuentas o, en sentido amplio, de todos aquellos agentes a quienes se encomienda normativamente la salvaguardia de la veracidad en las declaraciones sociales, ya que así lo exige la experiencia reciente. Por ello me propongo ofrecer al lector, en el capítulo que sigue, una redacción alternativa para un delito de falsedad en la información social que aborde las diversas cuestiones tratadas a lo largo de este estudio y solvente cuanto menos algunas de las deficiencias de la configuración actual.

[1080] STS 678/2006, de 7 de junio (ponente, GRANADOS PÉREZ), refiriéndose a un supuesto de alteración documental "tan burda o grosera que cualquiera podría fácilmente advertirla" (recubrimiento con tippex de datos contables), perdiendo por tanto su capacidad de alterar la fe y confianza y no siendo por tanto idónea para lesionar el bien jurídico (FD 5º).

VI.3. Recapitulación. El art. 290 CP: la protección bipartita de la **seguridad** *en la información social.-*

§ 1. El *nuevo* Derecho penal *expansivo*, relajado en un plano garantístico, se caracteriza por cuatro grandes rasgos: (1) la progresiva *espiritualización de su objeto de tutela*, expresado en bienes de carácter colectivo o difuso; (2) el *incremento de los delitos de peligro abstracto*, cuyo injusto se halla no pocas veces aquejado de deficiencias técnicas de tipificación; (3) el *recurso constante a conceptos normativos y disposiciones extra-penales*, en una aparente confrontación con el principio de legalidad; y (4) el *aumento de los tipos omisivos*. El paradigma de este modelo punitivo se halla reflejado a la perfección en los delitos societarios, en los que el CP español de 1995 no ha optado por un modelo de protección de «instituciones societarias», sino que castiga únicamente determinados delitos cometidos en el seno de una sociedad. No todos, no siempre los más graves o de mayor dañosidad social, y la mayoría de las veces no en su configuración más idónea. Tanto es así que, en puridad, sólo la falsedad en la información social del art. 290 y la administración social desleal del art. 295 merecen consideración delictiva –no así la imposición de acuerdos abusivos o lesivos (arts. 291 y 292), ni la obstaculización de los derechos del socio (art. 293) o de las labores de inspección (art. 294), que no debieron tipificarse–. En este sentido, puede decirse que los delitos societarios del CP actual no han de tenerse por una *constitución en negativo* de la vida corporativa.

§ 2. El actual Derecho punitivo –fruto de políticas criminales agresivas de prevención focalizadas exclusivamente en aspectos retributivos tendentes a reforzar el «miedo a la sanción»– se ocupa, no tanto de custodiar la inviolabilidad de bienes jurídicos en sentido genérico, como de proteger éstos frente a *determinadas formas de ataque*, en un contexto en el que la única existencia positiva de la lesión del bien jurídico tutelado en cuanto no colaboración en la realización de expectativas normativas se refiere a la acción de contradicción del Derecho por parte del autor del delito. En el esquema dado, la indemnidad y seguridad de los bienes se hace depender en buena parte de conductas positivas de control de riesgos por parte de terceros.

La pena no se interpreta ya como suceso exterior causal en cuanto segundo mal ocasionado por la acción delictiva, sino que ha de concebirse a modo de guía o pauta acerca de la organización del mundo socialmente instituida. Así, *el peligro objetivo tiene relevancia penal únicamente cuando puede ser calificado como riesgo en el sentido de desestabilización del orden y la vigencia normativa*, de acuerdo con el significado simbólico-comunicador que poseen delito y pena.

§ 3. El delito de falsedad en la información social del art. 290 CP –y el resto de los delitos societarios– fue pensado y concebido en el escenario político-criminal descrito, y sus cuatro lustros de vigencia han arrojado un saldo de incertidumbre acerca de la interpretación y aplicación de un precepto de gran repercusión en la actualidad. Así, la interpretación personal que practico en torno a los tipos recogidos en el art. 290 CP parte de las deficiencias en la configuración del precepto advertidas y expuestas en el apartado III.4. de este estudio. Teniendo muy presente que nos hallamos ante un precepto penal sobre cuyos elementos esenciales y cuya ubicación sistemática todavía hoy no existe una interpretación unánime. Ni siquiera acerca de su mera naturaleza jurídico-penal.

§ 4. La fórmula de lesividad es *bipartita* y configura el precepto en torno a (a) un tipo de peligro abstracto-concreto o hipotético (art. 290.1), y (b) un tipo de lesión (art. 290.2).

La configuración de un delito de peligro implica la conversión de la *seguridad* de otro bien en bien jurídico, de manera que el quebranto de la seguridad de dicho bien supone ya la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando ello no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. Precisamente porque la seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico-penal objeto de protección. De esta manera, en el art. 290 CP *se protege la veracidad de la información social, en cuanto presupuesto habilitante de la seguridad en el tráfico mercantil, a través de la protección inmediata del principio de imagen fiel corporativa, expresión de aquélla*.

§ 5. En cuanto a la *idoneidad para causar un perjuicio económico* que exige el tenor literal del precepto, se trata en realidad de un *requisito cuantitativo indeterminado que depende tanto del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica como del objeto material sobre el que recaiga la falsedad en cada caso*, ya que no todo documento es igualmente poseedor de la capacidad de perjudicar económicamente en los términos del art. 290 CP. Dicho requisito se diferencia de los tradicionales límites cuantitativos entre algunas faltas y delitos, o entre ilícitos administrativos y penales, en la ambigüedad que supone su huida del *quantum* defraudatorio específico, que en el caso del art. 290 se hace depender de las dos variables apuntadas. Una fórmula que propondré revisar en el capítulo que sigue, pero que por el momento deberá dejar de ser interpretada en términos economicistas, de estricta proporcionalidad directa entre la cuantía del perjuicio causado y su relación con el monto del capital social total. La jurisprudencia demuestra que ello favorece la comisión continuada del delito a menor escala –con las dificultades de persecución y probatorias en las que

se traduce para la Administración de Justicia– y la desestimación de la aplicación del precepto en supuestos de falsedades «de escasa entidad» cometidas en los documentos sociales de grandes compañías. A pesar de que en todos los casos anteriores el bien jurídico-penal objeto de protección por el precepto se ve igualmente lesionado. No es admisible que, ante dos conductas idénticamente atentatorias contra la veracidad en la información social en cuanto principio rector de la actividad mercantil, sólo la más cuantiosa infidelidad en que se traduce una de ellas merezca reproche jurídico-penal a través de un precepto que tiene por fin la denuncia de comportamientos de administración social inveraces.

§ 6. El art. 290 CP recoge una modalidad dolosa de falsedad en documento mercantil cualificada por el deber de configuración extra-penal que informa la situación especial de garantía de determinados sujetos. La alta concreción del riesgo típico objetivo que se alcanza a través de la configuración de delitos «de peligro» explica el rechazo a conceder relevancia al error en el caso de delitos socioeconómicos cometidos por profesionales. Aunque la doctrina mayoritaria habla de un dolo necesariamente directo, algunos autores han apuntado la posibilidad de considerar el dolo eventual cuando el sujeto actúa con dolo respecto a la falsedad cometida sobre el documento, pero desconoce la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico.

§ 7. La conducta constituía una laguna punitiva antes de la entrada del art. 290 en el CP, al ser atípica la falsedad ideológica cometida por particulares. De esta manera, cuando la falsedad documental se cometa faltando a la verdad en la narración de los hechos, no existirá concurso de normas, sino que será de exclusiva aplicación el art. 290 CP, siempre que concurran los demás elementos que exige el precepto –tanto sustantivos (sujeto activo, objeto material, etc.) como procesales (requisitos de procedibilidad del art. 296 CP)–. Sí existirá un concurso normativo cuando la conducta falsaria se refiera a alguna de las modalidades descritas en los tres primeros apartados del art. 390 y se den también los requisitos del art. 290, en cuyo caso la doctrina y jurisprudencia dominantes establecen que el concurso en cuestión se habrá de resolver en aplicación de la regla de especialidad del art. 8.1º CP a favor del art. 290. En mi opinión, y apelando a la coherencia jurisprudencial en la materia, debe ser abandonada la idea de una relación de especialidad entre el art. 290 y el 392 (en relación con los tres primeros supuestos del art. 390.1.) CP. El concurso normativo entre los arts. 290 y 392 CP debe ser resuelto en aplicación del art. 8.4º CP, en este caso a favor del art. 290, tal y como el TS viene haciéndolo para resolver la aparente concurrencia de tipos entre los que rige una diferencia material de especialidad semejante, pero a los que la jurisprudencia *ha considerado*

preceptos continentes de un mismo supuesto de hecho que prevé diferentes penas.

§ 8. En cuanto al carácter especial propio, la referencia particularizada a los administradores «de hecho» y «de derecho», presente en los arts. 290, 293, 294 y 295 CP, es innecesaria. Constituye una redundancia, ahora que las interpretaciones doctrinal y jurisprudencial de la noción de administrador de hecho se inclinan por un concepto funcional de administrador a efectos penales que inutiliza la diferenciación «de hecho» y «de derecho».

Además, la condición especial del sujeto activo requerida por el precepto impide perseguir la conducta falsaria de un auditor de cuentas por la vía del art. 290 CP en concepto de autor, debiendo tratársele en todo caso como cooperador necesario en las falsedades cometidas por los administradores. De esta manera, el precepto, concebido a modo de delito de infracción de deber por competencia institucional, excluye la posibilidad de comisión del delito a título de autor por parte de agentes que tienen legalmente encomendada la tutela del bien jurídico-penal protegido. A lo que hay que añadir las dificultades en la aplicación del art. 65.3 CP para *suavizar* la pena a inductores y cooperadores necesarios *extranei*. Ello obliga al legislador español a realizar importantes modificaciones legislativas en este punto, una posibilidad que ya consideró en el malogrado proyecto de reforma de 2007.

CAPÍTULO VII
PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*: EL DELITO DE FALSEDAD EN LA INFORMACIÓN SOCIAL

Ponte de rodillas en la mitad de la plaza, grita tu crimen en todas direcciones para que todo el mundo lo oiga, abraza la santa tierra que has manchado con sangre inocente y bésala.
DOSTOIEVSKI

§ 1. Llegados a este punto, procede elaborar una propuesta alternativa apta para acometer la persecución de un hecho típico de gravosa actualidad en el ámbito de las organizaciones empresariales de estructuras complejas o diversificadas[1081]. Como la doctrina ha advertido ya ampliamente al referirse a la «sociedad del riesgo» en sus diversas formas y nomenclaturas, el ciudadano medio se contempla a sí mismo más como víctima potencial que como autor potencial, precisamente porque valora más su seguridad que su libertad[1082]. Teniendo presente el corolario de que, en lo que atañe al objeto

[1081] Las cuáles es oportuno recordar que son también innegablemente destinatarias de expectativas respecto de su funcionamiento (véase, por ejemplo, PIÑA ROCHEFORT, *RChD*, 2004, p. 517).

[1082] Véanse, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011; NÚÑEZ CASTAÑO, *RP*, 2002, p. 71; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 270 y ss.; MENDOZA BUERGO, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, pp. 356 y ss.; DÍAZ PITA y FARALDO CABANA, *RdPP*, 2002, p. 123; ROIG TORRES, «Algunas reflexiones sobre la llamada *expansión* del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal», *RdPP*, 11, 2004, pp. 227-258; p. 233; TAYLOR, *Crime in Context. A critical criminology of market societies*, Polity Press, Cambridge, 1999, pp. 8 y ss.; GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Santillana, Madrid, 2002, pp. 34 y ss., y 38 y ss.; GARCÍA HOM, *Negociar el riesgo*, 2005, p. 208. También, fundamental en la materia, BECK, U., *La sociedad del riesgo*, 1998, haciendo referencia a una época especulativa propia de la sociedad «glocal» y a un «reino de las sombras» (pp. 81 y ss.). De gran interés, asimismo, PRAT WESTERLINDH, *LP*, 2008, quien declara que, en una sociedad caracterizada por la regulación estatal, "se considera que el riesgo es consustancial al desarrollo económico" (p. 48). También, TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 219-240, atribuyendo la expansión punitiva del Derecho penal en el ámbito económico a la desregulación normativa de un espacio económico cada vez más marcadamente internacional (pp. 222-224). Asimismo, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, quien

de estudio, nos hallamos ante un Derecho penal que no protege víctimas, sino funciones; o, en todo caso, como algunos autores han apuntado, «bienes-prestación»[1083]. Más aún en el ámbito de la delincuencia societaria, donde nuestro aparato sancionador, concebido con base en el arquetipo de la integración vertical de la empresa *fordista*, debe adaptarse ahora al modelo descentralizado y de división horizontal de la empresa multinacional[1084]. Una evolución que se halla en estrecha relación con la necesaria apertura del Derecho penal de la empresa a otros órdenes que lo informan y completan, tal y como dejé argumenté en el apartado IV.3. de este estudio. En este contexto, NIETO MARTÍN sostiene que el programa criminal en torno al gobierno corporativo, como respuesta a la mundialización de la economía, debe ser más que expansivo[1085].

§ 2. En este sentido, mi opinión es que, en dichos espacios, los parámetros técnicos en torno a los cuales se han de establecer los límites de lo *injusto penal* deben ser en todo caso *informados* por los organismos reguladores de la actividad en cuestión a través de un cuerpo normativo extra-penal. De manera que al Estado reste, mediante el Derecho penal, el juicio acerca de la necesidad efectiva de sanción penal[1086], a modo de argumento de legitimación adicional cercano al «doble juicio» al que SILVA

---

advierte acerca de la necesidad de abordar tareas de clarificación e información tendentes a objetivizar los riesgos y a fijar la realidad y las dimensiones de una inseguridad característica de la sociedad actual (pp. 30-34). Muy llamativas y significativas en este sentido las palabras que QUINTERO OLIVARES dedica a la reforma del CP de 2010, apuntando que, junto a reformas poco o nada justificadas, otras, como la recientemente aprobada, son consecuencia de la "continua emergencia de problemas sociales, económicos, sentidos como sucesos *injustos e impunes*, aunque por lo común esa supuesta impunidad no existiera" (en *La Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 17).

[1083] Así, MOCCIA, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 118 y 120.

[1084] Véase, MERCADO PACHECO, «El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorizada», *EDJ*, 16, 1999, pp. 123-158; p. 131. Más recientemente, GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 515-521; pp. 516-517. Hace ya más de veinte años RIVERO ROMERO apuntaba que "se ha superado (…) la etapa en que la información financiera se concretaba prácticamente en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias" (en *Contabilidad de sociedades*, 1998, pp. 285-286).

[1085] Véase, «El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)», *RdPP*, 11, 2004, pp. 259-284; p. 276.

[1086] La concesión del monopolio del *ius puniendi* a dichos organismos es, como ha apuntado con acierto GÓMEZ-JARA DÍEZ, "un salto cualitativo que el Estado no está dispuesto a realizar hoy por hoy", a pesar de que su soberanía se reduzca cada vez más a la de una última supervisión o un control último (en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*, 2009, p. 236).

SÁNCHEZ se ha referido muy acertadamente[1087]. Todo ello con el ánimo de encumbrar un Estado bien gobernado y con pocos castigos en el que no es que se concedan muchos indultos, sino que existen pocos criminales[1088].

VII.1. La protección de funciones sociales institucionalizadas a través del delito de falsedad en la información social.-

§ 1. El objetivo final de este estudio, el cual partió de una primera parte principalmente analítica-experimental que sirvió de base para la reflexión crítica que se recoge en la Parte Segunda, no es otro que el de poner de relieve las más graves deficiencias que aquejan a la redacción vigente del art. 290 CP. Y ello en un contexto de reforma penal al que algunos expertos ya se han referido como *permanente*[1089] y que evidencia cómo, en la sociedad del nuevo milenio, en la que la estandarización de comportamientos obliga a replantear la concepción clásica del Derecho penal como ordenamiento protector de bienes jurídicos, "el delito ha dejado de ser un subproducto de

[1087] En *LL*, 2009-2, pp. 1576 y ss. Una cuestión que, de alguna manera, ya viene observándose en ámbitos como el publicitario, el televisivo o el farmacéutico (véase, más extensamente sobre esta cuestión, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 192 y ss., y 225 y ss.).

[1088] Como expresara ROUSSEAU, *Apud* LANDROVE DÍAZ, «Prisión y sustitutivos penales», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 425-435; p. 435.

[1089] Véase, GONZÁLEZ CUSSAC, «La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento *impecable* y *derecho de mínimos*», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 39-44; pp. 39-40, donde el autor se refiere irónicamente al populismo punitivo propio de una sociedad del *pensamiento rápido* e *impecable*. No obstante, considera que el proyecto aprobado "mejora sustancialmente al anterior", el anteproyecto de 2008, desde una óptica técnico-jurídica (p. 43). Sobre el anteproyecto de 2008, véase, VIVES ANTÓN, «¿Estado democrático o Estado autoritario?: (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal)», *TyD*, 4, 2008, pp. 264-273. En la misma línea, MESTRE DELGADO, «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», *LP*, 1, 2004, pp. 7-17; p. 14, quien advierte que las reformas del CP hasta 2003 han incurrido en dos graves defectos: "por un lado, han puesto su acento en el simbolismo de la norma penal, por encima de su eficacia; y, por otro, han incurrido en un excesivo casuismo, alejándose de las exigencias de generalidad propias de una regulación penal", y concluye que "es preciso cuidar los aspectos técnicos de cada reforma, para impedir nuevos defectos que distorsionen la aplicabilidad o eficacia del Código". Asimismo, POLAINO NAVARRETE, «Reformas penales (desde 1995 a 2002)», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 645-691; pp. 645-646.

los negocios, para pasar a ser un negocio en sí mismo"[1090]. Hasta el punto de que, hoy por hoy, es menor el tiempo empleado en la modificación de un precepto que el que sirve para su tramitación en un proceso judicial. Que tardemos más en interpretar y aplicar un precepto que en reformarlo es sintomático de la concurrencia de intereses no exclusivamente jurídicos.

§ 2. *Los tipos penales se articulan en torno, no tanto a la concreta lesión de un bien jurídico-penal, cuanto a una no participación, en contra de un deber instituido, en la constitución de un bien jurídico*. En este sentido, es factible avanzar en la concepción de los delitos societarios como supuestos de inobservancia de un deber positivo de realización de expectativas normativas atribuidas socialmente[1091] a través del establecimiento –más o menos institucional– de roles funcionales corporativos[1092]. Lo cual lleva inevitablemente a aceptar, en los términos de la teoría de los sistemas sociales, que las expectativas normativas a las que ahora me refiero se dirigen a destinos construidos comunicativamente a los que nos referimos como

[1090] En estos términos, NÚÑEZ CASTAÑO, *RP*, 2002, p. 70, refiriéndose a la rentabilidad que el delito *económico* ha cobrado en cuanto forma de ejercicio del poder. En el mismo sentido se había expresado ya la autora en *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 16.

[1091] Lo que, por otro lado, no es nuevo ni exclusivo de nuestro orden social. Recordemos el afortunado ejemplo de la canoa de los salvajes de las islas Trobriand melanesias a través del cual MALINOWSKI desmiente el mal llamado «comunismo primitivo» para argumentar a favor de una suerte de corporativismo funcional como base del Derecho de la sociedad tribal (véase, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 30-34).

[1092] Véase, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, pp. 516 y ss. También JAKOBS, *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 46 y ss., asegurando que "quien no hace nada que contradiga su rol (legal), tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien" (p. 48). Y es que, como apunta el autor categóricamente, "existen delitos (…) cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal" (ID., *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 166). En esta línea también GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, Grijley, Lima, 2007, pp. 312 y ss.; BERRUEZO, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2007, pp. 126 y ss. Esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso de los delitos societarios y, concretamente, lo que afecta al art. 290 a efectos de este estudio, donde la determinación de la autoría no debiera solventarse en atención al dominio del hecho como criterio único, sino que debiera tenerse en cuenta además y previamente el criterio relativo al deber especial, tal y como he argumentado en el capítulo anterior de este estudio. Sobre esta cuestión en relación con los delitos de omisión, KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Crítico con este modelo de imputación, ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, pp. 31 y ss., 57, 92 y 121 y ss.; ID., *La participación en el delito*, 2003, pp. 226 y ss. Asimismo, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 181 y ss.

personas en sentido jurídico-penal[1093]. Hasta el punto de que un sector doctrinal, al que me adscribo, entiende que el mandato no puede ya rezar «no causes la lesión de un bien», sino «no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona»[1094], de suerte que la atribución de responsabilidad habrá de interrumpirse en el límite del rol propio de cada uno[1095], teniendo en cuenta que la pena ha de ser entendida, en este esquema, como "una modalidad cognitiva de procesamiento"[1096] que se articula con fines intimidatorios, y que la mera incriminación de una conducta se traduce en su marginalización comunicativa[1097].

De ahí que algún autor, recientemente, haya apuntado que, en casos como el de los delitos societarios, "se trata de supuestos en los que al legislador le importa subrayar que la ilicitud depende sobre todo de la vinculación personal del autor con la norma de deber, independientemente de la forma concreta que asuma exteriormente la acción"[1098]. Una norma en todo

[1093] Así, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003, p. 17, contraponiendo en su lectura sistémica la noción de persona a la de individuo. A esta cuestión me he referido ya en el apartado IV.3.3. del presente estudio.

[1094] Según ROBLES PLANAS –un autor no adscrito al funcionalismo–, "habría una única (y omnipresente) norma de conducta que rezaría: «no te comportes de manera tal que se te pueda imputar objetivamente un resultado» o «compórtate de forma tal que no se te pueda imputar objetivamente un resultado»" (en «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez a Frisch/Robles Planas. *Desvalorar e imputar* (2005)», *InDret*, 2006-3, pp. 1-13; p. 3).

[1095] Por todos, JAKOBS, *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 49, para quien las normas, en cuanto estructura de la sociedad, son "la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar" (p. 57). También en *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 54 y ss. En contra del funcionalismo jakobsiano, por todos, GÓMEZ MARTÍN, *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 74-75; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid, 2009, p. 255.

[1096] JAKOBS, *Sobre la normativización*, 2003, pp. 50 y 51, aclarando que el principio de culpabilidad impide concebir la pena a modo de amaestramiento por intimidación. De donde cabe extraer que es dable la existencia de una comunicación confirmadora de la vigencia de la estructura normativa de la sociedad sin el dolor propio de la imposición de una pena. O, en palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ, que "únicamente a la comunicación *sobre* el dolor penal puede atribuírsele relevancia comunicativa y orientar así la imposición de la pena hacia criterios más adecuados al entendimiento de la sociedad moderna" (en «Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal», Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, *I*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 977-1002; p. 989).

[1097] Véase ampliamente el apartado IV.3.4. de este trabajo.

[1098] Véase, BACIGALUPO SAGGESE, «Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas», Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 525-540; p. 533, También, ROXIN, refiriéndose a aquéllos supuestos en los

caso de naturaleza extra-penal a la que el tipo penal debe remitirse[1099] y que desempeña la función de integración del contenido material del precepto penal[1100].

VII.2. El recurso a instrumentos normativos de configuración extra-penal: la corregulación configuradora del contenido material del tipo.-

§ 1. La cuestión de fondo no es otra que: ¿sería factible plantear la posibilidad de que *las normas técnicas procedentes de la autorregulación dotaran de contenido material a la tipicidad objetiva del delito del art. 290 CP*?[1101]. Se trata, en última instancia y siguiendo lo ya apuntado por algún

---

que al legislador "no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del *papel social* que desempeña (en *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 43, cursiva añadida). Es decir, que el legislador se refiere a intereses "creados por los participantes en el ámbito extrapenal" (p. 44).

[1099] En este sentido FEIJOO SÁNCHEZ considera que "el umbral de la tipicidad o la permisión de las conductas no se puede determinar sin tener en cuenta el sustrato normativo sobre el que se está actuando, especialmente cuando existen deberes especiales" (véase «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, 2009-2, pp. 1-74; p. 9).

[1100] Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, *Homenaje*, 2005, pp. 330 y ss. También, ID., *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, pp. 297 y ss.

[1101] ESTEVE PARDO ha llegado a afirmar que "las soluciones del *soft law* pueden integrarse de lleno en el instrumentario propio de *hard law* o llenar de contenido unas determinaciones legales y normativas que de otro modo quedarían vacías", hasta el punto de que sostiene que "en los delitos de peligro puede (…) las referencias que se ofrecen desde el *soft law* –protocolos de actuación profesional, normas técnicas, códigos de conductas y buenas prácticas, instrumentos que describen estándares de conducta– pueden resultar determinantes para la configuración del tipo y sus elementos, especialmente en la determinación y concreción de los deberes exigibles a las personas que intervienen en la producción de un resultado, o de un peligro" (en su prólogo a SARMIENTO, *El soft law administrativo*, 2008, pp. 15 y 19). Cercana a esta propuesta es, de alguna manera, la de quienes entienden, como ha declarado recientemente QUINTERO OLIVARES, que determinadas materias, en las que el Derecho penal muestra una flagrante accesoriedad y subsidiariedad respecto a la legislación extra-penal, debieran haberse destinado, cuanto menos, a leyes especiales y no al CP (véase, *La Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 16). A este respecto recuerda GARRIDO que "la paradoja es la de que la competencia perfecta y la confianza de los individuos en la pureza del mecanismo del libre mercado son valores que necesitan de la protección estatal para evitar que sean violados por los propios sujetos participantes" (en «La regulación de los mercados financieros en Inglaterra», *RDByB*, 10, 1990, pp. 549-570; p. 551). Pero además cabe advertir que no son lejanas a estas consideraciones ciertas propuestas enmarcadas en el abolicionismo penal, como la de HULSMAN, quien no propone propiamente la abolición de la estructura de las sanciones penales y su reemplazo por estructuras menores o distintas, sino que se muestra favorable a la abolición del nivel estatal de regulación de

autor, de plantear la posibilidad de una «regulación (en este caso penal) del contexto de la autorregulación»[1102]. Sólo así puede superarse el *pensamiento político-criminal único* que aqueja a las formulaciones legislativas hasta la fecha, expansivas y considerablemente indeterminadas en su presupuesto (técnico), a favor de formas de regulación social que tengan por base y fundamento la delegación del consenso cognoscitivo en las *instituciones intermedias*[1103]. Precisamente porque, ante una conducta calificada como peligrosa en el ámbito del llamado Derecho penal *accesorio*, resultaría acertado que la verificación de la probabilidad de lesión en el caso concreto –es decir, la evaluación del riesgo– correspondiera en cierta medida a los garantes del medio o ámbito en el que la actividad en cuestión se desarrolla[1104]. Sobre todo, y antes que nada, porque no podemos perder de vista que *el peligro es un concepto extra-jurídico, cuya traducción política y jurídico-penal es la de riesgo*[1105] –relevante en cuanto no permitido–.

En términos de responsabilidad jurídico-penal, algunos autores admiten la posibilidad de que la regulación técnica en cada caso se alce, además de en configuradora de la diligencia intraempresarial, en contenido

---

conflictos a favor de un nivel directo o más autónomo (puede verse, a modo introductorio sobre el pensamiento del autor, my claro, DE FOLTER, «Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 57-86; pp. 60 y ss.; ID., en coautoría con BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984). En cambio, HASSEMER, refiriéndose concretamente al Derecho penal ecológico en Alemania, se ha mostrado crítico con el *principio de accesoriedad administrativa* que requiere primeramente que las autoridades administrativas establezcan dónde se inicia el injusto penal, por considerarlas medidas tendentes a la ampliación de los injustos (en *ADPCP*, 1992, p. 245). Una postura criticable si tenemos en cuenta que la técnica del recurso a órdenes jurídicos conexos no implica *per se* una ampliación de los tipos, sino que persigue únicamente una más certera delimitación de éstos.

[1102] Así, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 41 y ss. Más teniendo en cuenta que en muchos casos "la simple acción de fomento de la autorregulación puede venir acompañada de una cierta regulación de su contexto" (p. 410), teniendo en cuenta que los nuevos sistemas de control de la autorregulación "se articulan a través de la estructuración de sistemas en cascada en los que se combinan los autocontroles, los controles privados y el control público" (p. 413).

[1103] Esta idea ha sido también propuesta desde el frente abolicionista (véase, HULSMAN, «La criminología crítica y el concepto de delito», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 87-107; p. 95).

[1104] Sobre este punto, más extensamente, véase el apartado V.1.2. del presente estudio.

[1105] En el sentido de peligro basado en decisiones que mantienen en perspectiva ventajas y probabilidades de éxito. De ahí que la seguridad política tenga que ser *producida* mediante una elevación al máximo de superlativos técnicos (véase, BECK, U., «De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 19-40; p. 20).

del deber de cuidado objetivo exigible penalmente y, por ende, en un instrumento relevante a efectos de determinación de la norma de conducta[1106], sin que ello implique ubicarse, como viene haciéndose, en el marco de los delitos imprudentes[1107].

§ 2. Sin ir más lejos, y en lo que afecta en concreto al art. 290 CP, es incuestionable el valor interpretativo que revisten las Normas Técnicas de Auditoría elaboradas por el ICAC, las cuales concretan la diligencia debida del auditor de cuentas y persiguen la armonización internacional de la normativa contable española en relación con lo previsto en las normas contables adoptadas a nivel comunitario[1108]. Así, por ejemplo, la Resolución de 7 de octubre de 2010, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre el «valor razonable»[1109], cuyo objeto es definir la responsabilidad del auditor en relación con la verificación de los desgloses relacionados incluidos en la memoria de las cuentas anuales, y que deberá servir como criterio interpretativo de los distintos elementos integrantes de las cuentas anuales, así

[1106] Véase, ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005, p. 17. También PÉREZ VALERO ha interpretado que "construir la prohibición penal sobre la besa de la sanción de la normativa privada asegura un adecuado «tecnicismo» de la primera, de manera que se evita que una formulación abstracta de la norma pueda hacer de la misma más un mecanismo para imponer ciertas pautas morales en el comportamiento económico que una norma jurídica", y añade que "el delito societario ha de ser entendido como aquél que supone la violación de un «deber» o el abuso de un «poder», otorgados a un sujeto por las normas del ordenamiento aprobado de sociedades" (en «Los distintos conceptos de delito societario del Código Penal de 1995», *LL*, 2001-2, pp. 1653-1664; p. 1656). En contra de esta postura, PASTOR, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, 2006-4, pp. 1-17, cuando asegura, al referirse a la sanción derivada de la inobservancia de las normas de autorregulación, que ésta "debe consistir en el recurso a los mecanismos del Derecho civil y del laboral y no, en cambio, al Derecho penal"; es más, que "se debe evitar que las autoridades de persecución penal tengan noticia de la infracción" (p. 9). No obstante, la propia autora deja abierta la puerta a lo que a través de esta propuesta pretendo sugerir al admitir que, si bien el planteamiento de la autorregulación no es compatible con los delitos llamados públicos, sí lo es en cambio con los –mal llamados– delitos privados y con los semipúblicos, como es el caso de los delitos societarios (p. 10). A tal efecto, basta con que el lector acuda al tenor literal del art. 296 CP.

[1107] Así lo declara, y convengo enteramente con ella, MONTANER FERNÁNDEZ, en *LL*, 2010-4, p. 1309; y apunta que la cuestión es previa a la tipicidad subjetiva.

[1108] Véase, muy próximo a lo que sostengo, CHOCLÁN MONTALVO, *LL,* 2002-7, p. 1649.

[1109] Punto 6 de la Norma Técnica, publicada en el BOE el miércoles, 23 de octubre de 2010. Sobre el concepto de norma técnica, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 233, subrayando que ésta debe "tener un fundamento científico, ser técnicamente viable y contar con un mínimo de arraigo en la realidad económica e industrial", y concluyendo que "el consenso y no la imposición es la nota característica de la norma técnica".

como de los aspectos que configuran en concreto el deber corporativo normativo del auditor[1110].

> En relación con el contenido de dicho deber, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 332/2001, de 24 de abril (ponente, SANTILLÁN PEDROSA), declaraba que las omisiones del auditor en la elaboración del informe anual de auditoría de cuentas "pueden causar perjuicio económico tanto a la empresa auditada como a terceros, dado que como consecuencia de dicho incumplimiento (…) sobre el grado de fidelidad que sobre la documentación económica contable representa la situación económica patrimonial y financiera de la empresa (…) puede inducir a la propia empresa o a terceros (accionistas, inversores, y en este caso, además, a los cooperativistas) a adoptar determinadas decisiones que podrían no haber adoptado de haber emitido el auditor otra opinión más fundada, y que en todo caso se puede traducir en un concreto perjuicio económico para aquéllos" (FD 8º). En los mismos términos se pronunciaba la SAP de Barcelona de 31 de julio de 2000 (ponente, FONCILLAS SOPENA) al concluir que "la actividad auditora trasciende el estricto ámbito de los intereses de las sociedades auditadas y de sus socios y entra de lleno en los generales del mercado y de los terceros que en él se mueven"(FD 2º).

§ 3. Esta investigación culmina con una propuesta de tipificación de la falsedad societaria con base en la forma de autorregulación corporativa denominada *corregulación* o *autorregulación regulada*, expresión que hace referencia a las "manifestaciones de la autorregulación cuyo contexto y efectos vienen predeterminados por la legislación"[1111], y a través de la cual el Estado tiene la posibilidad de controlar y velar por que las instancias de regulación privada, desde la complejidad técnica de sus respectivas áreas, trabajen en la disminución de los riesgos que genera su actividad. Hasta el punto de que, como ha advertido MONTANER FERNÁNDEZ, la autorregulación regulada se convierte en una "auténtica estrategia *indirecta* de regulación pública"[1112]. Por lo tanto, la propuesta que me ocupa pretende elevar la posibilidad de configurar el contenido material del elemento normativo del tipo penal relativo a la falsedad en la información social (art. 290 CP) a partir de la referencia a fórmulas de autorregulación normativa[1113]. Las reglas y

---

[1110] Véase, sobre el contenido que informa el trabajo y los deberes del auditor, MOLINA SÁNCHEZ, *La planificación de la auditoría*, Registro de Economistas Auditores, Madrid, 1997, p. 152.

[1111] Véase, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 33 y 34, de manera que cabe concluir que la autorregulación regulada no es otra cosa que el resultado de la relación entre la llamada heterorregulación y la autorregulación. Véanse asimismo, extensamente, los apartados V.1. y V.2. de este estudio.

[1112] En *LL*, 2010-4, p. 1308.

[1113] En esta línea, FEIJOO SÁNCHEZ entiende que la estrategia de gestión pública denominada «autorregulación regulada» obliga a replantearse los términos de la clásica cuestión dogmática del papel de las reglas ténicas extra-jurídicas para la determinación del riesgo permitido en el ámbito del Derecho penal (véase, «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 200-257; pp. 200 y ss.).

normas técnicas de naturaleza corporativa organizativa han de instituirse en complemento necesario de la norma penal en blanco[1114], a pesar de que pudiera pensarse que la técnica de la remisión normativa[1115], a la cual lleva inevitablemente la configuración de leyes penales en blanco, afecta al principio de legalidad[1116].

[1114] Así, MOCCIA, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 124, si bien seguidamente el autor se muestra muy crítico con una tendencia excesiva en esta línea, poniendo como ejemplo la regulación del fraude de subvenciones del CP alemán (§ 264 StGB), a la cual tacha de norma excesiva y casuística, de la que critica su incapacidad de describir el hecho típico de modo claro e inmediato, en sus términos reales de dañosidad social (pp. 128 y 129). En este punto, MONTANER FERNÁNDEZ aclara que las normas y reglas técnicas, en cuanto normas extrajurídicas, no pueden servir *directamente* como complemento de la norma penal en blanco, sin que ello signifique que no puedan incidir indirectamente en la determinación del tipo (en *LL*, 2010-4, p. 1309). Así, la doctrina administrativista advierte la posibilidad de que algunas reglamentaciones técnicas desplieguen efectos públicos reconocidos por el propio ordenamiento jurídico (por todos, ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, 2002, pp. 130-157).

[1115] Véanse, por todos, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, pp. 253-276; ÁLVAREZ GARCÍA, *REDA*, 1998, pp. 349 y 350.

[1116] El TC se ha mostrado favorable a la admisión de la técnica del reenvío normativo, siempre que en la ley penal queden suficientemente concretados los elementos esenciales de la prohibición y la sanción penal. Así, en su sentencia 127/1990, de 5 de julio (ponente, GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL), el Tribunal exigía "que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o (…) se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite" (FD 3º). En la misma línea, las SSTC 42/1987, de 7 de abril (ponente, LATORRE SEGURA), FD 4º; 3/1988, de 21 de enero (ponente, LÓPEZ GUERRA), FFDD 8º, 9º y 10º; 111/1993, de 25 de marzo (ponente, RODRÍGUEZ BEREIJO), FD 6º; 62/1994, de 28 de febrero (ponente, GABALDÓN LÓPEZ), FD 4º; 24/1996, de 13 de febrero (ponente, RUIZ VADILLO), FD 3º; 120/1998, de 15 de junio (ponente, GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL), FD 5º; 132/2001, de 8 de junio (ponente, CACHÓN VILLAR), FD 5º; 161/2003, de 15 de septiembre (ponente, DELGADO BARRIO), FFDD 2º y 3º; 193/2003, de 27 de octubre (ponente, DELGADO BARRIO), FD 2º. Negando la constitucionalidad de la remisión por no concurrir en el caso concreto los requisitos mínimos, las SSTC 283/2006, de 9 de octubre (ponente, DELGADO BARRIO), FFDD 4º, 6º y 8º; 24/2004, de 24 de febrero (ponente, PÉREZ VERA), FFDD 3º y 4º; SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de octubre de 2001 (ponente, FERNÁNDEZ MONTALVO), FD 5º; de 16 de noviembre de 2001 (ponente, GONZÁLEZ RIVAS), FD 4º; de 6 de junio de 2003 (ponente, ENRÍQUEZ SANCHO), FD 2º; de 23 de junio de 2003 (ponente, MURILLO DE LA CUEVA), FD 5º. En la doctrina, véase, CUYÁS PALAZÓN, «Las sociedades de inversión», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 265-349; p. 347, quien argumenta que "la teoría de la remisión de la norma penal en blanco lo es de una norma jurídica a otra y no de una norma jurídica a una actuación privada". Por el contrario, a favor de la remisión, GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBOA, «Potestades administrativas en los mercados de valores: últimas novedades», *Derecho*

El problema de legitimidad que aqueja a la técnica del reenvío se salva, para algunos, mediante el recurso a la autorregulación regulada, precisamente porque los destinatarios de las normas técnicas y, por ende, de la norma jurídica de referencia, no son el común de los ciudadanos, sino un grupo reducido e incluso determinable que de algún modo puede (incluso, en algunos caso, debe) haber tenido alguna participación en la elaboración o valoración de la norma[1117]. De manera que, no sólo no es invocable la inseguridad jurídica de la técnica de la remisión en este punto, sino que su adopción encumbra las más altas cotas de seguridad. La razón es evidente. *La remisión no desemboca en un estado de desinformación del destinatario de la norma, sino que erige en informador del contenido normativo material de ésta a su destinatario, lo cual conviene con el espíritu del principio de legalidad*. Así, nadie pone en duda la naturaleza normativa ni tacha de inconstitucionales otros instrumentos de origen privado tales como los estatutos reglamentarios propios de los colegios profesionales, o los convenios colectivos en el ámbito del Derecho laboral –éstos últimos legitimados expresamente por el ordenamiento legal jurídico-laboral–. Además, y como han apuntado los defensores de este modelo de atribución de responsabilidad penal, la misma vaguedad o imprecisión que pueda aquejar a la institución de los delitos de infracción de deber en relación con la salvaguardia del principio de legalidad penal puede predicarse de la delimitación del riesgo permitido en los delitos de dominio[1118].

El reconocimiento legal de la remisión en cuestión llevaría entonces a aceptar que el contenido de las normas y reglas técnicas se percibe en parte

---

administrativo económico, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 153-219, quien emparenta las normas de conducta con la potestad sancionadora de la CNMV en cuanto que coadyuvan a la definición de los tipos determinantes de infracciones administrativas.

[1117] Así, GARCÍA LLOVET, «Conocimiento de la norma y seguridad jurídica», *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, *II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1731-1740; pp. 1734-1735. En la misma línea, NIETO MARTÍN, «Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 80-116, para quien dicha modalidad implica la intervención de la Administración Pública, bien "*ex ante* con el fin de fijar las líneas maestras que debe seguir el sistema autorregulador, o *ex post* para comprobar si la autorregulación tiene el grado de calidad necesario" (p. 89). En los mismos términos, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 51-52. También, ÁLVAREZ GARCÍA, *REDA*, 1998, pp. 359 y ss., quien concluye que "en principio a subdelegación de la potestad normativa a órganos distintos del Gobierno no es inadmisible" (p. 361), y que "no parece (…) que el poder de realizar fuentes del derecho tanto no escritas (…) como escritas (…) esté excluido para los sujetos privados" (p. 364).

[1118] En este sentido, entre otros, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, pp. 45 y 49; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 102; OSSANDÓN, «Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal», *PC*, 1, 2006, pp. 1-22; p. 10.

del ordenamiento jurídico[1119] y, por ende, puede ser considerado un constituyente indirecto del contenido de la ley penal en blanco a modo de elemento descriptivo, interpretativo y, en definitiva, delimitador del comportamiento típico[1120].

§ 4. En la sociedad compleja del *riesgo*[1121] y de la *especialización* descrita en los capítulos precedentes, el Derecho es cada vez menos una fuente de regulación social capaz de asimilar y traducir en tiempo real una información caracterizada por su diversificación[1122]. Conscientes de ello, algunos autores vienen planteando en los últimos tiempos la posibilidad de que, entre los elementos configuradores de determinados tipos penales, se observen normas técnicas de origen extra-penal, no ya a modo de meras cláusulas de riesgo permitido[1123], sino como verdaderos elementos

[1119] Así lo ha reconocido el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), por ejemplo, en su sentencia de 14 de junio de 2001 (ponente, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), FD 2º: "se trata de una vía más de reglamentar, por vía de remisión, en vez de reproducir o transcribir mimética y literalmente en el propio Reglamento de seguridad el contenido correspondiente de las prolijas normas técnicas". En la doctrina, por todos, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 2005, pp. 147-148.

[1120] Así, DARNACULLETA I GARDELLA, para quien "las normas técnicas alcanzan, mediante la remisión, naturaleza jurídica reglamentaria" (en *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 407-408). También, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 286-288.

[1121] Véase, además de las obras ya sugeridas con anterioridad en este estudio sobre el fenómeno, SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos», Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 699-710; p. 701 y 707, denunciando que "la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad". También, desde otra perspectiva, LUHMANN, *Confianza*, Anthropos, Barcelona, 1996, pp. 5 y ss.; ID., *Risk, a sociological theory*, Gruyter, Berlín, 1993. En opinión de ALBRECHT, la intervención de la justicia penal en el plano político actúa a modo de "*mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación* de las contradicciones del sistema", hasta el punto de que "gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política" (en *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, pp. 477-478).

[1122] En estos términos, ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, 2002, pp. 29 y 172; DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 51. En el ámbito del Derecho penal, PÉREZ VALERO advirtió, en relación con la entrada de los delitos societarios en el CP, que el problema fundamental no es el de la ubicación de los preceptos, sino el de la "estructura del tipo penalmente sancionado: la cuestión de las relaciones con los institutos extrapenales", ya que "los tipos penales se estructuran sancionando los deberes o derechos mercantiles concretos tal y como los mismos vienen formulados en el ordenamiento privado" (véase, *LL*, 2001-2, pp. 1654-1655).

[1123] Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Homenaje*, 2005, p. 336, en relación con los delitos de peligro.

definitorios de los tipos en su contenido material[1124]. Concretamente, normas cuyo origen radica en las distintas formas de la autorregulación, contenedoras de una concreta *lex artis* profesional[1125], concebidas a modo de *reglas técnicas*[1126] o métodos comúnmente reconocidos como idóneos y/o de buen hacer[1127] en el sector profesional de que se trate[1128], y a las que el

[1124] Como apunta ROXIN, "se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho" (en *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 354, citando como ejemplo a los funcionarios públicos y remitiendo al legislador la decisión valorativa acerca de la configuración de los deberes en cuestión (p. 386)).

[1125] Un ejemplo reciente y clarificador al respecto, si bien refiriéndose en concreto al delito ecológico, es el que muy oportunamente y con total acierto expone MONTANER FERNÁNDEZ en *LL*, 2010-4, pp. 1305 y ss. En la misma línea, más extensamente, se ha pronunciado antes la autora en *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008; concretamente, en las pp. 286 y ss., llegando a admitir que "aunque de entrada la norma técnica no forma parte del ordenamiento jurídico, es posible que su *contenido* incida en él" (p. 286). Recuérdese, en la línea de lo que aquí se pretende defender, que ya en el Derecho ambiental los administrativistas vienen clasificando las ecoauditorías como instrumentos de autorregulación, en la medida en que si bien "originariamente aparecieron como una técnica de mejora de la gestión interna empresarial, la búsqueda de la corresponsabilización empresarial en la tutela ambiental ha propiciado su adopción por los poderes públicos comunitarios dotándolas de unos efectos públicos que pretenden reforzar su atractivo para las empresas" (en nuestra literatura, además de los referentes ya citados en el Cap. V de este estudio, por ejemplo, NOGUEIRA LÓPEZ, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 75-76 y 101, con amplias referencias a la doctrina comparada).

[1126] Véase, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, pp. 246-250, quien recuerda el empleo indistinto de los términos «regla técnica» y «*lex artis*», para diferenciarlos de la norma técnica en función del grado de sistematización al que la regla en cuestión se halle sometida.

[1127] Véase el apartado III.3. de este estudio. En la jurisprudencia, expresiones como «buen hacer profesional» o «buen juicio profesional» son referidas indistintamente a la *lex artis*. Pueden verse entre otras las SSTS (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 1986 (ponente, MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE), FD 4º, refiriéndose al «buen juicio profesional» del arquitecto; de 7 de febrero de 1990 (ponente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), FFD 3º, 5º y 6º, refiriéndose al «buen actuar profesional» del médico; y de 20 de enero de 1992 (ponente, MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE), FD 3º, resolviendo sobre el accidente sufrido por un chófer (descarga eléctrica) con ocasión de verificar ciertas labores propias de su oficio.

[1128] Así, ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, 2002, pp. 5 y 114, para quien la función de la *lex artis* no es otra que "definir el nivel razonablemente exigible, el deber de cuidado o el estándar de diligencia en una concreta prestación" (ID., *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, pp. 156-157). En el mismo sentido, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 248. También SCHÜNEMANN apunta que las reglas técnicas en cuestión constituyen pautas que guían un determinado ejercicio profesional y que se hallan relacionadas con el juicio de previsibilidad basado en la experiencia (véase, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», *ADPCP*, 47, 1994, pp. 307-342). En la jurisprudencia, las sentencias son abundantes en la materia. Por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) 733/1999, de 18 de septiembre (ponente, SIERRA GIL DE LA CUESTA) establece que la "doctrina de la «lex artis ad hoc», –derivada de

ordenamiento jurídico-penal necesariamente habría de referirse, a pesar de que en tal caso tuviera que hacerlo con base en conceptos jurídicos indeterminados[1129].

Dicha remisión, en opinión de ESTEVE PARDO, habrá de ser practicable en todo caso en forma *objetiva recepticia*; esto es, desde una concreta norma de naturaleza jurídica, o bien desde una resolución administrativa que tenga por destinataria una norma o declaración procedente de la autorregulación privada[1130], de suerte que la norma técnica de remisión tenga un «carácter completivo»[1131] de la norma jurídica.

§ 5. Las consecuencias de lo anterior son evidentes. No implica una mera capacidad de tematización del Derecho en el plano de su apertura cognitiva –tal y como planteaba la cibernética de segundo orden en la teoría de sistemas–, sino que se traduce necesariamente en la apertura operativa del Derecho a otros sistemas o subsistemas. Es factible pensar en acoplamientos estructurales cuando de la observación de procesos puede deducirse la

---

la conocida como «mal practice» del derecho norteamericano– supone una norma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas ante casos similares y que debe ser aplicada a una correcta y determinada actuación médica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de sanación o curación médica total o parcial" (FD 2º). Pueden verse también, por ejemplo y entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Civil) de 10 de octubre de 2000, FD 6º; y, en especial y más recientemente, las sentencias 64/2010, de 23 de febrero, FD 6º; 328/2010, de 27 de mayo, FD 3º; 173/2010, de 31 de marzo, FD 4º (ponente, en todas ellas, XIOL RÍOS), sobre la *lex artis* del abogado.

[1129] Sobre esta cuestión, ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, 2002, pp. 89-93, y 136 y ss.; ID., *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, pp. 176 y 177, asegurando que "la función de la norma técnica será entonces la de constituir un elemento de concreción del ordenamiento allí donde éste recurre a los conceptos jurídicos indeterminados". Asimismo, sosteniendo que "los conceptos jurídicos indeterminados no son sinónimo de actividad discrecional", CUYÁS PALAZÓN, *Derecho de la regulación económica*, 2009, p. 344.

[1130] En *Autorregulación*, 2002, pp. 173 y ss., habida cuenta que esta es la única forma de que los resultados de la autorregulación sean asumidos como propios por el ordenamiento jurídico (pp. 145-147). En la misma línea, ARBÓS MARÍN, «La crisis de la regulación estatal», *REP*, 71, 1991, pp. 259-280, para quien sólo la norma jurídica estatal "mantiene fuerza suficiente como para determinar si son aceptables otras formas de regulación" (p. 260). Al respecto es oportuno recordar, siguiendo a MONTANER FERNÁNDEZ, que son tres las formas que las manifestaciones de la autorregulación en cuanto fenómeno pueden revestir, a saber: la (1) *autorregulación normativa*; la (2) *autorregulación declarativa*; y la (3) *autorregulación resolutiva* (véase, *LL*, 2010-4, p. 1307, explicando fugazmente en qué consiste cada una de ellas).

[1131] Así, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 262.

presencia de recurrencias operativas en el comportamiento mutuo de una pluralidad de sistemas que coevolucionan[1132].

§ 6. En este sentido, como ya dejé apuntado con anterioridad[1133], la doctrina administrativista hace referencia a tres clases de remisiones, a saber: (1) la remisión «dinámica», en la cual la norma remitente señala a una norma técnica admitiendo las modificaciones y adaptaciones que aquélla pudiera sufrir; (2) la remisión «estática», en la que la norma remitente hace referencia a una norma técnica en cuanto al contenido y alcance que ésta tenga en el momento de la remisión; y la remisión que tiene lugar (3) «a través de la cláusula técnica».

> La primera modalidad tiene como ventaja el superar las rigideces del sistema de normas jurídicas "al quedar abierta la posibilidad de aceptar la modificación de las normas técnicas remitidas sin necesidad de proceder a la actualización de la norma legal remitente"[1134]. Sin embargo, ha sido criticada por un sector doctrinal que la considera una delegación ilegítima de funciones públicas y una sustitución de la potestad reglamentaria no admisible constitucionalmente[1135].
>
> Con la segunda modalidad, de «remisión estática», la doctrina se ha mostrado muy crítica por considerarla inoperante, ya que "comporta la pérdida de una de las principales virtualidades de la autorregulación: su constante adaptación y mutabilidad a los avances científicos y técnicos" [1136].
>
> Por último, la remisión «a través de la cláusula técnica» es una modalidad que, como ha apuntado ESTEVE PARDO, "se presenta con diferentes enunciados:

[1132] Véase, en este estudio, lo dispuesto en los apartados IV.3. § 3. (acerca del concepto luhmanniano de «interpenetración de las estructuras») y IV.3.2. § 2. (acerca de la noción «*cloture ouvrante*»), así como las conclusiones expuestas en IV.4. § 5.

[1133] Véase el apartado V.1.1. § 3. de este estudio.

[1134] Véase, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 270.

[1135] Así, ESTEVE PARDO apunta que mediante la remisión dinámica "el legislador realiza una delegación fáctica de su competencia normativa en un organismo privado al permitirle alterar el contenido normativo de un precepto legal", lo cual implica que el ordenamiento pierde el dominio sobre la norma que a él se incorpora, de suerte que la norma remitente se convierte en una «ley en blanco» o «ley de contenido movible» (en *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, p. 174). Una postura con la que no está de acuerdo IZQUIERDO CARRASCO, para quien "no existe tal pérdida absoluta de dominio y conocimiento" pues se comunica a la Administración el inicio de los trabajos de revisión o anulación de las normas técnicas, lo que le permite a ésta decidir una intervención activa en tales trabajos; además, también se le comunica el resultado final, con lo que "la Administración puede decidir el mantener o no la remisión" (en *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 257-258).

[1136] Así, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, p. 407. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1994, p. 333; ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, p. 168; ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, 1999, p. 182; TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 264, añadiendo otra objeción, a saber, la relativa a la ausencia de publicación oficial del contenido de la norma técnica.

> «estado de la técnica», «mejor tecnología disponible», «mejores técnicas conocidas», y otros semejantes, reconducibles a lo que genéricamente se ha dado en llamar cláusula técnica"[1137].

Con todo, se acepta comúnmente en la doctrina administrativista que las remisiones dinámicas o abiertas a normas técnicas no son aptas para generar deberes jurídicos, de suerte que solamente las remisiones estáticas a una norma técnica que completa el contenido material de una norma jurídica (administrativa) podrá servir además de complemento indirecto a la norma penal en blanco, a pesar de que se ha puesto de manifiesto la inoperancia de esta modalidad de remisión[1138].

§ 7. Se acepta ampliamente que la mayoría de las formas de autorregulación son objeto de algún género de configuración o condicionamiento, directo o indirecto, por parte de los poderes públicos[1139]. Parto de la consideración fundamental de que toda autorregulación es autorregulación regulada en algún grado, incluso en el caso de la *lex artis*, la cual es observada directamente por la jurisprudencia, por ejemplo, en cuanto a la atribución de responsabilidad penal en delitos de infracción de deber (de cuidado o vigilancia)[1140]. De ahí que algunos autores hayan llegado a afirmar

---

[1137] En *Derecho del medio ambiente*, 2005, p. 149; ID., «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP*, 149, 1999, pp. 37-62; pp. 46 y 47. En el mismo sentido, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 272. Todas estas expresiones han sido criticadas duramente por BECK, U., quien considera que mediante técnicas de esta naturaleza "el gobierno, el parlamento y la jurisprudencia se privan a sí mismos del poder y se convierten (…) en sucursales, órganos ejecutores, meros ayudantes para la legitimación de los peritos y las asociaciones de ingenieros, verdaderos gobernantes provistos con el cetro del *conocimiento en la materia* y el mandato de la *necesidad técnica*" (en *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, El Roure, Barcelona, 1998, pp. 210 y 211).

[1138] Por todos, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, 2005, pp. 147-151, matizando que, no obstante lo anterior, cabe la posibilidad que dichas remisiones constituyan "un indicio o una presunción a favor de la instalación frente a posibles responsabilidades" que pudieran plantearse. En la misma línea, el ámbito del Derecho penal (medioambiental), MONTANER FERNÁNDEZ, *LL*, 2010-4, p. 1311, para quien "solo las formas de «autorregulación regulada» o «corregulación» van a poder operar como complemento de las leyes penales en blanco".

[1139] Véase, ARROYO JIMÉNEZ, *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 24, nota 10.

[1140] Por ejemplo, a propósito de la determinación de la responsabilidad en la comisión imprudente de un delito, recientemente, las SSTS 181/2009, de 23 de febrero (ponente, PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR), FD 5º; 537/2005, de 25 de abril (ponente, GRANADOS PÉREZ), FD 1º; 80/2007, de 9 de febrero (ponente, MAZA MARTÍN), FD 2º. En lo que se refiere a la responsabilidad de los auditores de cuentas en materia de falsedades en la información social, BACIGALUPO ZAPATER ha recordado que, a propósito de la causalidad e imputación objetiva, "en la STS 869/2008 (Civil) se estableció que la declarada infracción de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no hubiera sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus

que las reglas y normas técnicas son verdaderos *equivalentes funcionales* a las normas jurídicas[1141], hasta el punto de que su uso y reconocimiento en un sector concreto puede tenerse en cuenta a efectos de delimitar el deber de cuidado exigible desde el punto de vista jurídico-penal[1142]. Tienen función motivadora y de baremo de medición de conductas que se desarrollan en ámbitos especializados altamente complejos. De ahí precisamente la necesaria intervención pública en algún grado, que evita la adjudicación de *ius puniendi* a instancias no investidas de soberanía.

§ 8. La consecuencia inmediata de la incorporación del fenómeno autorregulador a los tipos penales es la cada vez más evidente ampliación de las actividades y conductas sujetas a regulación en un contexto en el que el sistema legal regula y persigue, hasta sus más ínfimos detalles, riesgos menores técnicamente manejables al tiempo que legaliza los grandes peligros por no poder reducirlos a un mínimo técnico[1143]. Un hecho que algunos autores han relacionado con "el valor, en auge en nuestra sociedad, que se otorga a la seguridad"[1144], ya que una característica intrínseca al fenómeno de

---

compromisos frente a los actores, contribuyó a ese resultado, pues privó a éstos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla", de suerte que, en la sentencia en cuestión, el TS llega a la conclusión de que *el informe de auditoría contrario a la lex artis constituye un peligro jurídicamente desaprobado* (en *LL*, 2009-2, p. 1288). En este punto, TERRADILLOS BASOCO ha advertido acerca del peligro de incurrir en imputaciones fundamentadas en valoraciones estadísticas que no siempre pueden afirmar la responsabilidad criminal individual, de suerte que lo que se estaría retribuyendo en estos casos sería el comportamiento típico que tiene constatada una relación estadística con determinados resultados o efectos lesivos (véase, «Peligro abstracto y garantías penales», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 787-816; p. 793). Sobre los delitos de infracción ha dicho GÜNTER que suponen un verdadero cambio de paradigma dogmático (véase, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el Derecho penal?», *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granda, 2000, pp. 489-505; p. 500).

[1141] Por todos, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación de resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 124; FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *LP*, 40, 2007, pp. 5-25.

[1142] Otros, en cambio, se han mostrado más escépticos al respecto y han puesto de manifiesto que el efecto preventivo de un precepto construido sobre la base de la infracción de un deber de vigilancia en la empresa es menor y no puede desplegar suficientemente una fuerza de motivación, debido a que "la sanción de una infracción del deber de vigilancia no se puede graduar (…) según el peso del concreto deber de garantía y de la lesión de bienes jurídicos así posibilitada" (véase, SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1988, p. 547).

[1143] Véase, BECK, U., *RevOcc*, 1993, pp. 28-29, asegurando que "los riesgos aceptables son, en última instancia, aquellos riesgos ya aceptados" (p. 29).

[1144] MONTANER FERNÁNDEZ, *LL*, 2010-4, p. 1306. De hecho, la propia autora afirma que "el desarrollo y la proliferación de las formas de autorregulación (…) es algo estrechamente relacionado con la denominada sociedad del riesgo" (p. 3). Una idea que está

la autorregulación es precisamente su compromiso con la función de gestión y control de riesgos. De ahí que cada vez más se venga aceptando en la doctrina que el deber de evitar daños alcanza el ámbito de los deberes éticos –cercanos de alguna manera a los que en terminología funcionalista jakobsiana se han llamado «deberes en virtud de competencia por institución»[1145]–, ya que se deriva no sólo de la existencia de una acción precedente o interferencia, sino también de la posición que ocupa el autor en la comunidad[1146].

> Ejemplo paradigmático de lo anterior es el que representan los llamados sistemas de gobierno corporativo y los correspondientes códigos éticos de buen gobierno, a los que ya me he referido ampliamente con anterioridad y a cuyo contenido propongo referir el contenido material del tipo relativo a la falsedad en la información social[1147].

---

asimismo en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011. También en BECK, U., *La sociedad del riesgo*, 1998, quien diagnostica que, como consecuencia de una ampliación del Estado social que se ha traducido en una deceleración del impulso político utópico, y "al darse estabilidad y equilibrio institucionales, el poder de transformación se desplaza del campo de la política al de la subpolítica" tecnológica, (p. 278) en el marco de una *ofuscación* de los riesgos, los cuales no existen mientras no sean reconocidos científicamente (p. 80). Un hecho que revierte en la reducción de los espacios de libertad personal. Por su parte, GIDDENS bautiza el fenómeno como «sociedad post-tradicional», a la que caracteriza como aquélla en la que tiene lugar "una extraordinaria y cada vez más fuerte conexión entre decisiones cotidianas y consecuencias planetarias, junto con lo contrario, la influencia de lo general en las vidas de las personas", hasta el punto de que puede decirse que hoy por hoy a escala global "la modernidad se ha hecho experimental", de suerte que "los aspectos íntimos de la vida personal y del yo, se enmarañan con relaciones de amplitud especio-temporal indefinida" atrapando a cada uno de nosotros en «experimentos cotidianos» (en «La vida en una sociedad post-tradicional», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 61-90; pp. 64, 65 y 66; también publicado con el título «Vivir en una sociedad postradicional» en *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 2001, pp. 75-136).

[1145] Véase, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1995, § 29/58, donde los deberes positivos que obligan a una cierta solidaridad son definidos a través de los roles que tienen asignados los miembros de una *relación especial*.

[1146] Véase, con amplias referencias en este punto, PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, UEC, Bogotá, 2008, pp. 58-59.

[1147] Entre otros, ALBRECHT apunta que "una considerable importancia en la prevención de la criminalidad económica corresponde (…) a las auditorías económicas internas y externas", y que "los códigos de conducta así como los estándares éticos en la economía deben reforzar igualmente el sistema interno de control del comportamiento" (en «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 259-281; p. 280). Puede verse, sobre la naturaleza de estos códigos y a título informativo, además de la bibliografía ya citada en el apartado III.2. de este estudio, LAUFER y ROBERSTON, «Corporate Ethics Initiatives As Social Control», *JBusEth*, 16, 1997, pp. 1029-1048, abandonando el planteamiento del control social en términos de una "extensión normativa de las relaciones sociales" a favor de la concepción de éste a modo de

§ 9. Es cada vez más densa la red de deberes que demarcan los roles del ciudadano[1148] y, en lo que atañe a este estudio, de todos los agentes del mercado implicados en el aseguramiento y control de la veracidad en la información social. Concretamente, en lo referente a la actuación del agente en el seno de una sociedad organizada, existen mecanismos de neutralización del significado de la conducta cuando ésta alcanza parámetros delictivos[1149].

La conveniencia de una propuesta de esta naturaleza es defendible incluso desde una óptica estrictamente funcionalista[1150], por cuanto las normas provenientes de la autorregulación son mecanismos tendentes a motivar un aumento del estándar de diligencia exigible a los sujetos[1151] que

---

reacción o respuesta ante la acción antinormativa planteada desde los márgenes de los sistemas complejos (p. 1034). También puede verse, CASSELL, JOHNSON y SMITH, «Opening the Black Box: Corporate Codes of Ethics in their Organizational Context», *JBusEth*, 16, 1997, pp. 1077-1093, para quienes un código ético puede ser visto como "un intento de influenciar finalmente, o controlar, las dimensiones éticas del comportamiento organizacional de los miembros" de una corporación (p. 1080).

[1148] Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, p. 162.

[1149] En esta línea, SCHÜNEMANN sentencia que "la inserción de un individuo en la organización jerárquica de la empresa disuelve (…) la mayor parte de los frenos inhibitorios que el mismo individuo posee en su esfera privada individual" (en «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», *Deutsche Wiedervereinigung*, *III*, *Unternernehmenskriminalität*, Colonia – Berlín – Bonn – Múnich, 1996, p. 129; *apud* SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, 2009, pp. 166-167, nota 13). Posturas que encuentran respaldo en las tesis psicológicas extraídas a partir de proyectos de investigación experimental relativamente recientes, como el que MILGRAM llevara a cabo en 1974 en la Universidad de Yale (puede verse, a título meramente informativo, ZIMBARDO, «Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, Transformations, Consequences», Blass (ed.), *Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm*, Lawrence Erlbaum Associates, Nueva Jersey, 2000, pp. 193-237, pp. 201 y ss.).

[1150] JAKOBS caracteriza el funcionalismo jurídico-penal como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, de suerte que con el Derecho en definitiva se resuelve siempre un problema del sistema social (véase, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 9 y ss.). Sobre la teoría funcional del Derecho penal y su incorporación de elementos de la teoría de sistemas luhmanniana, muy pedagógico y claro, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal», *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, *II*, UEC, Bogotá, 2003, pp. 15-38. Asimismo, crítico con el esquema jakobsiano, GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, 23, 2000, pp. 233-264; pp. 234 y ss.

[1151] En este sentido, entre otros, en el ámbito del Derecho mercantil, CUENCA MIRANDA, «Autorregulación y mercados financieros», *ICE*, 801, 2002, pp. 123-144, quien asegura que la autorregulación "resulta un método más eficaz para ordenar una determinada actividad que la regulación pública directa de la misma", (1) por el mayor y mejor conocimiento que poseen los agentes que operan en un determinado mercado; (2) por la mayor flexibilidad operativa que los procesos autorreguladores poseen respecto a la supuesta

participan, en este caso, en la actividad empresarial a modo de garantes de la veracidad en la información social[1152]. Más, en todo caso, de lo que puede hacerlo un tipo penal en blanco, teniendo en cuenta que éste difícilmente puede por sí mismo adaptarse a los cambios técnicos que operan en *su* ámbito de protección. Cabría decir, en suma, que son más amplios los márgenes del riesgo *jurídicamente* permitido que los del riesgo *técnicamente* permitido[1153], si bien es oportuno matizar a su vez que el imperativo técnico no es válido sin ciertas restricciones normativas.

§ 10. El programa normativo del gobierno corporativo está llamado a afectar, como se ha expuesto a lo largo de este estudio, a tres grandes áreas, a saber: (1) la tutela penal de la transparencia empresarial[1154]; (2) la mejora de los sistemas de control sobre la gestión; y (3) el abuso de poder[1155].

Dicho esto, es preciso observar cómo la línea político-criminal a la que apuntan las últimas normas de gobierno corporativo relativas a las obligaciones de transparencia empresarial ha dejado de centrar sus mandatos exclusivamente en la transparencia *patrimonial* para incrementar cuantitativa y cualitativamente los deberes de comunicación al mercado. De suerte que, de igual manera que la administración desleal del art. 295 CP se estructura sobre la base de una infracción de los deberes de lealtad, cabe decir que la falsedad social lo hace sobre la base de una infracción de los deberes de veracidad[1156],

---

rigidez legislativa; y (3) por la reducción en los costes que implica la adopción de mecanismos de autorregulación (pp. 125-126). En el mismo sentido, CASTILLA, *Regulación y competencia en los Mercados de Valores*, Civitas, Madrid, 2001, p. 106; SALINAS ADELANTADO, *RDM*, 1997, p. 711; DOWD, «The Case for Financial Laissez-Faire», *EcJ*, 106, 1996, pp. 679-687.

[1152] De ahí que autores como FOFFANI y NIETO MARTÍN hayan considerado que, a pesar de que el carácter de última ratio del Derecho penal ocasiona el que los movimiento normativos y reguladores que zarpan de otros sectores del ordenamiento tarden más en arribar a sus dominios, "su llegada es inevitable en aquellos lugares, como el Derecho penal societario, que son claramente accesorios, normativa o valorativamente, de otras ramas del ordenamiento" (en *RP*, 2006, p. 111).

[1153] Así, MONTANER FERNÁNDEZ, *LL*, 2010-4, p. 1310, sentenciando que "el riesgo tolerado por la Técnica es menor que el tolerado por el Derecho".

[1154] Sobre la llamada «filosofía de la transparencia en los Mercados de Valores», a modo introductorio, PÉREZ VALERO, *Temas de Derecho Penal Económico*, 2004. En la doctrina mercantil, por ejemplo, ALONSO ESPINOSA, *Mercado primario de valores negociables. Un estudio en torno al RD 291/1992, de 27 de marzo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 34 y ss.; CASTILLA, *Regulación y competencia en los Mercados de Valores*, 2001, pp. 41 y ss.

[1155] En este sentido, más extensamente, NIETO MARTÍN, *RdPP*, 2004, pp. 265-273. Asimismo, clarificador, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, 2008, pp. 150 y ss.

[1156] Véase, TIEDEMANN, *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, p. 40. En España, DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1414, para

a pesar de la errada y reduccionista interpretación estrictamente patrimonialista que un sector doctrinal ha practicado del precepto. Así, cabría decir que la normativa del gobierno corporativo apunta en sentido inverso al que lo hacen las figuras delictivas que hoy por hoy contemplan las falsedades en la información social (art. 290 CP)[1157]. Todo ello en un contexto expansivo que exige el tratamiento de determinados *conflictos* de relevancia penal en la línea de su solución sin el recurso automático a la técnica de la exclusión social[1158].

§ 11. Es en este punto donde la propuesta de la teoría de sistemas, a la que me refiriera largamente en el capítulo precedente, arroja, de acuerdo con mi personal lectura[1159], importantes luces que apuntan hacia la comprensión de las tendencias político-criminales actuales no ya en los manidos términos expansivos –en el sentido de *más* intervención del Derecho penal–, ni por el contrario en un sentido abolicionista o regresista que puede pecar de localista[1160], sino más que nunca en un sentido integrador que colme las insolvencias de ambos posicionamientos. Así, en un sistema social como el descrito, informado por una técnica de constante validación de peligros en riesgos que favorece una política organizativa de catalogación y predicción de

---

quien "el art. 290 se configura como un delito de lesión". Contrario a esta postura, entre otros, FERRÉ OLIVÉ, *AP*, 1998, p. 879, para quien el precepto en cuestión describe actos cuya "simple realización no debería trascender las fronteras de la responsabilidad civil".

[1157] FOFFANI y NIETO MARTÍN entienden que "se trata de «despatrimonializar» el injusto de estos delitos y centrarlo en la tutela de la transparencia societaria como bien jurídico autónomo" (en *RP*, 2006, p. 111).

[1158] Así lo han percibido tanto el Consejo de Europa en su *Report on Decriminalization* (Estrasburgo, 1980) y, genéricamente, algún autor adscrito al mal llamado abolicionismo penal (véase, STEINERT, *Abolicionismo penal*, 1989, p. 49), como autores de la talla y el signo de SILVA SÁNCHEZ (véase, *La expansión*, 2011, pp. 159 y ss.), no sin una dosis de intuición cierta si se observan las dificultades y deficiencias penológicas que aquejan a la regulación de muchos de los tipos del Derecho penal expansivo al que tan largamente me he referido ya en este estudio, entre los que se encuentran los delitos societarios, y, concretamente, la falsedad en los documentos sociales del art. 290 CP.

[1159] Me refiero al cuestionamiento de la clausura operativa de los sistemas sociales, y, más concretamente, a la del subsistema Derecho penal, que practico en los apartados IV.3.5. y IV.4. de este estudio.

[1160] Véase, por todos, DE FOLTER, *Abolicionismo penal*, 1989, p. 84. De ahí que HULSMAN, en este sentido, haya advertido que "no hay una «realidad ontológica» del delito", precisamente porque éste no es objeto sino producto de la política penal (en *Abolicionismo penal*, 1989, pp. 91 y 97). Otros autores abolicionistas –los denominados «nuevos realistas»– se muestran más precavidos en lo relativo al cuestionamiento del concepto de delito y admiten que dos tipos de delitos deben ser reprimidos en todo caso, a saber, los *delitos callejeros* y los *delitos de las corporaciones* (véase, LEA y YOUNG, *What is to be Done About Law and Order?*, Penguin, Harmondwoth, 1984, pp. 75 y 77). Sobre la evolución y el estado de corrientes a las que algunos autores se han referido ampliamente como «Big Crunch», MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 92 y ss.

aquéllos en aras de la seguridad sistémica, debe aceptarse la imbricación estructural operativa de los subsistemas. La validación de cada riesgo se traduce en la asunción de un bien sistémico susceptible de asiento en más de un subsistema, de suerte que sólo considerando los subsistemas como interpenetrados estructuralmente cabe proponer que los instrumentos de autorregulación integren el contenido material de la norma penal, y que bienes como la veracidad en la información social –materializado en el principio de «imagen fiel»– puedan ser objeto de protección en subsistemas diferentes, como el Derecho mercantil o el Derecho penal, de manera armónica. La información económica-financiera y contable no es *ruido* para el Derecho penal (económico), sino que puede decirse que el Derecho penal forma parte, de alguna manera, del nivel estructural de control de los distintos subsistemas sociales, y que, por tanto, su relación con éstos no se agota en el plano cognitivo[1161].

> Una prueba a favor de la imbricación estructural de los subsistemas es la reciente reforma operada en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, donde el nuevo art. 305.5 CP[1162] atribuye a la Administración Tributaria potestad para la ejecución material de la pena de multa y la responsabilidad civil[1163].

[1161] Apunta QUINTERO OLIVARES que "lo que los penalistas denominamos delitos económicos no es (…) más que una *contribución sancionadora* a lo que persiguen leyes administrativas y mercantiles cuya función es reflejo tal vez de una manera de concebir el mercado, el mundo financiero y las relaciones de contenido económico entre individuos y Estado" (en «Sobre los delitos económicos como subsistema penal», Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, Cólex, Madrid, 2010, pp. 113-128; p. 120, cursiva añadida). Por su parte FEIJOO SÁNCHEZ sostiene, con acierto, que "existen en nuestro Derecho positivo tipos penales que protegen bienes jurídicos (…) mediante la legítima estrategia de garantizar el cumplimiento de deberes especiales que tienen su origen en el desempeño de determinados roles jurídico-económicos" (en *InDret*, 2009-2, p. 18).

[1162] "En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley".

[1163] Véanse, por todos, sobre la reforma del CP en este punto, CORTÉS BECHIARELLI, «Delitos contra la Hacienda Pública para épocas de crisis (o sobre el Derecho penal recaudador) (arts. 305, 306, 307, 308, 309 y 310 bis)», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 347-354; BAÑERES SANTOS, «Delito fiscal (art. 305, 306 y 307)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 259-262.

VII.3. Propuesta de tipificación alternativa.-

§ 1. Además de proponer una interpretación actualizada del art. 290 CP actualmente vigente (Cap. VI), pretendo sugerir, a modo de conclusión que traiga a colación las principales posturas y líneas argumentales sostenidas a lo largo de los capítulos anteriores, una propuesta típica alternativa a la que recoge el delito de falsedad en la información social, a partir del estudio multidisciplinar y comparado practicado, y con el fin de mejorar la configuración actual del precepto.

§ 2. La redacción del art. 290 CP que propongo es la que reproduzco a continuación. Seguidamente explicaré los aspectos más relevantes y novedosos que introduce mi propuesta.

1. Los que, hallándose sometidos a cláusula de buen hacer profesional por código de gobierno corporativo o programa de cumplimiento efectivo, falsearen documentos que reflejen la situación jurídica o económica de una sociedad, serán castigados con la pena de multa de seis meses a cuatro años y la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de cinco a diez años.

2. Quedará exento de responsabilidad penal el que corrija las falsedades a las que se refiere el apartado anterior de este artículo y verifique públicamente el estado documental de la entidad, antes de que se le haya notificado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores la iniciación de actuaciones de inspección o supervisión tendentes a la comprobación del estado de los documentos contables, o antes de la ejecución del control técnico por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

VII.3.1. Sujeto activo.-

«Los que, hallándose sometidos a cláusula de buen hacer profesional por código de buen gobierno corporativo o programa de cumplimiento efectivo…».

§ 1. El corolario al que este estudio ha pretendido llegar en relación con la subjetividad activa en el delito societario de falsedad en los documentos sociales está directamente relacionado con el ya estudiado fenómeno de la autorregulación y se sustenta dogmáticamente en la «teoría de los delitos de infracción de deber (extra-penal)» que en su momento –hace ya casi medio siglo, en 1963– formulara ROXIN, y continuaran JAKOBS y sus

respectivos discípulos, el cual hoy por hoy disfruta de una aceptación doctrinal cuanto menos relevante[1164] –si bien no unánime–.

§ 2. Uno de los primeros y principales escollos interpretativos y aplicativos del art. 290 CP lo constituye su configuración a modo de delito especial propio reservado en exclusiva a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación». Una fórmula que, como he procurado poner de manifiesto, ha reflejado al menos dos debilidades. En primer lugar, ha excluido de la posible comisión del delito a título de autor a agentes del ámbito tutelado capaces de describir la acción típica y que tienen asignada normativamente en dicho ámbito la función de tutela del bien jurídico que se pretende proteger; que no es otro que la veracidad en la información social, articulada a través del principio mercantil de «imagen fiel». En segundo lugar, la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia han arrojado de la expresión «administrador de hecho» a efectos penales ha sido y es amplia y dispersa, hasta el punto de que, hoy por hoy, la falta de unanimidad acerca del contenido material de la noción deviene en un auténtico caballo de Troya que, con los constantes avances de la complejidad técnica en el ámbito de la *morfología* societaria, amenaza con permitir la entrada de cada vez más figuras (mercantiles) a las que considerar funcionalmente administradores «de hecho».

§ 3. Este escollo resultaría fácilmente salvable si, en consonancia con la sistemática de la autorregulación normativa, la dicotomía *intraneus vs. extraneus* quedara superada por una propuesta típica que *real y expresamente* remitiera la configuración material del tipo, en este caso en lo que se refiere a la subjetividad activa, a instancias extra-penales, ahora que se acepta comúnmente que algunos delitos, como es el caso de la falsedad en los documentos sociales, no precisan *per se* de ningún dominio del hecho para su realización, sino que su núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes de configuración extra-penal[1165]. De donde cabe extraer definitivamente que el art. 290 CP que aquí propongo se configuraría entonces como un «delito especial de deber»[1166]. Por lo cual he prescindido

[1164] Sobre el origen y la evolución de la noción desde la formulación inicial de ROXIN hasta el desarrollo que practica JAKOBS, puede verse, BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53 y ss.

[1165] Véase, por ejemplo, CARO JOHN, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *ADPAPDP*, 2003, pp. 49-71; p. 54. También, OSSANDÓN, *PC*, 2006, p. 5.

[1166] Caracterizado porque el injusto en él no consiste en la lesión del bien a través de una posición determinada, sino en el incumplimiento del haz de deberes que definen ésta. La expresión es original de GARCÍA CAVERO (véase, *La responsabilidad penal del administrador*

en él del tipo de lesión actualmente recogido en el art. 290.2 CP, que no añade un contenido de injusto al acto falsario y plantea problemas concursales con el delito de estafa, como puse de manifiesto en el capítulo anterior[1167]. Asimismo, aprovecho para recordar que, como adelanté en el apartado III.4.1. § 7. de este estudio, pienso que las condiciones de perseguibilidad recogidas en el actual art. 296 CP no deberían aplicarse de *lege ferenda* al delito de falsedad en la información social, que en ningún caso debiera considerarse un delito semipúblico –o semiprivado–. Me remito ahora a lo allí expuesto.

§ 4. La remisión que propongo puede concretarse en la «cláusula de buen hacer profesional» recogida en los respectivos códigos de buen gobierno corporativo y/o programas de cumplimiento efectivo, la cual halla su antecedente en la llamada «cláusula de honorabilidad para el ejercicio de profesiones financieras»[1168]. Obsérvese cómo, de acuerdo con lo expuesto en el apartado III.4.3.2. de este estudio, no habría razón para excluir a las sociedades del deber de someterse a dicha cláusula y, por extensión, a códigos de buen gobierno y/o programas de cumplimiento efectivo –más bien todo lo contrario–, por lo cual podría ser oportuno estimar la aplicabilidad del art. 31 bis a este delito.

Si bien el *fruto* de la autorregulación normativa no posee *per se* naturaleza jurídica[1169], la remisión a normas técnicas es integración de normas técnicas y, por ende, juridificación[1170]. De ahí que me haya permitido

---

de hecho, 1999, p. 39), adoptada después por ROBLES PLANAS en *La participación en el delito*, 2003, pp. 238 y ss.

[1167] Véase el apartado VI.2.1. § 3.

[1168] Véase ampliamente el apartado III.3. de este estudio.

[1169] IZQUIERDO CARRASCO, en cambio, reconoce la existencia de dos ordenamientos, el jurídico y el de la técnica, pero paradójicamente atribuye al segundo carácter jurídico (véase, *La seguridad de los productos industriales*, 2000, p. 258). Una opción doctrinal hoy por hoy minoritaria.

[1170] Véase, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público*, 2005, pp. 431 y ss., para quien "la autorregulación normativa constituye, en cierto modo, el ordenamiento propio de un subsistema" (p. 431). En el mismo sentido, GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1987, apuntando que Estado y sociedad "ya no pueden definirse como dos sistemas, cada uno de ellos autorregulado, sino como dos sistemas, o más bien subsistemas completamente interdependientes, vinculados y condicionados por un número creciente de interrelaciones, de flujos y reflujos" (p. 127). También, TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, 2003, p. 239, para quien las normas técnicas "contienen auténticos deberes de conducta, es decir regulaciones normativas", de manera que "son, pues, reglas de conducta (…), son normas pero no normas jurídicas, sino normas de otro ordenamiento dotado de sustantividad propia". Asimismo, RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental*, 2003, quien afirma que "la autorregulación adquiere relevancia para el Derecho, cuando los poderes públicos,

sostener anteriormente, y ahora concluir, que el llamado «fenómeno de la autorregulación» es en verdad *el empeño regulador «más aparente que real» de unos poderes públicos desbordados, que improvisan novísimas fórmulas de intervención en asuntos que siguen estimando de interés general*[1171].

VII.3.2. Conducta típica.-

«…falsearen documentos que reflejen la situación jurídica o económica de una sociedad…».

§ 1. No hay razón para entender que esta expresión deba revestir una naturaleza distinta a la que en términos similares se recoge en el art. 290 actualmente vigente, ni que el criterio interpretativo deba sufrir variaciones. No obstante, nótese que he preferido referirme en mi propuesta a los documentos que de hecho y en cada caso realmente «reflejen» la situación económica o jurídica de la entidad, y no ya a los que «deban reflejar» ésta. La razón es de utilidad, ya que la interpretación de a qué documentos confiere el ordenamiento mercantil la función de reflejar la situación económica o jurídica de una sociedad no es pacífica ni procedente desde una perspectiva jurídico-penal. Interesa únicamente que el acto falsario recaiga sobre un documento que refleje dicha situación, en el sentido de que pueda tenerse por portador de una «imagen social fiel».

§ 2. En suma, y aunque me remito en este punto a lo ya expresado al respecto con ocasión del estudio del art. 290 CP tanto en el apartado III.4. de la Parte Primera de este trabajo como en la propuesta interpretativa contenida

---

conscientes de sus limitaciones, recurren a ella para la satisfacción de los intereses generales" (p. 132). También ÁLVAREZ GARCÍA, *REDA*, 1998, p. 351, apuntando que "en el momento de realizar un reenvío abierto (que es como el autor llama a la remisión dinámica) a una concreta norma técnica (…) el poder reglamentario conoce el contenido de la norma a la que se remite o de las normas que conforman el estado de la técnica existente al aprobar el reglamento". No así ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, p. 174. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR entiende que estas realidades forman parte de un «bloque de normación difusa» (véase, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CERA, Madrid, 1991, p. 334). En un sentido similar, MONTORO CHINER recuerda que algunas remisiones "se encuentran en la denominada 'zona límite del Derecho', puesto que su conocimiento es desvelable sólo a través de reglas de experiencia, de informes de científicos o de expertos. Casi no puede dárseles el nombre de Derecho y están más cercanas a la Administración que al propio legislador" (en *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 56).

[1171] El fondo de esta observación no es cosecha propia, sino que es comúnmente compartido por una amplísima doctrina en la materia. Así, por ejemplo y entre otros, GONZÁLEZ-VARAS, *Tratado de Derecho Administrativo*, *IV*, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 103 y ss.

en el apartado VI.2. § 3. de la Parte Tercera, cabría concluir, en relación con el tipo que propongo, que estamos ante un supuesto de falsedad ideológica en documento mercantil cometida por particular.

VII.3.3. Resultado.-

§ 1. Como ya he apuntado en el apartado III.4.2.2. § 7. de este estudio, la actual fórmula «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», es portadora de un germen intencional cuyo origen se remonta a los proyectos del *prelegislador* de 1980, 1992 y 1994, que finalmente desembocó en la actual exigencia de «idoneidad» a modo de requisito cuantitativo indeterminado dependiente tanto de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad como del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica. Dicho germen, incorporado explícitamente al injusto a modo de elemento típico normativo «de aptitud» o valoración de la potencialidad lesiva, debe ser, en mi opinión, evitado, ya que la propia configuración del precepto a modo de delito de infracción de deber especial de configuración extra-penal hace innecesaria por tautológica la constatación de una idoneidad lesiva que ya reviste la conducta típica, precisamente porque *ya ha sido constatada en instancias pre-penales*. Si se acepta que el precepto protege la imagen fiel corporativa y el documento «afectado» refleja la situación económica o jurídica de la sociedad, su falseamiento implicará una infracción de los deberes de garantía institucional asignados al autor y será idóneo para perjudicar el bien objeto de protección[1172].

§ 2. En este sentido, ya he puesto de manifiesto en el capítulo anterior que es la seguridad –en términos de veracidad– en la información social el bien jurídico-penal a proteger por el precepto. Así, estimo innecesaria, confusa y rechazable la modalidad típica recogida en el actual art. 290.2 CP, que no añade un contenido de injusto y trae consigo conflictos normativos entre este precepto y el de estafa del art. 248 CP. El supuesto agravado que

[1172] En esta misma línea se ha posicionado un sector doctrinal que considera excusable la presencia explícita en el tipo de elementos normativos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta (véase, por ejemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 79 y ss.). Cercano a esta postura, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, Cólex, Madrid, 2010, pp. 87-111; pp. 91-92, advirtiendo que el requisito denotativo de la «aptitud» para la producción de un daño "ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter *relativo*, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico" (p. 92).

recoge la efectiva causación de un perjuicio económico debería ser suprimido en una futura reforma del CP, ya que su objeto de protección, netamente patrimonial, está ya sobradamente protegido por los preceptos contenidos en el Capítulo VI del Título XIII, relativo a las defraudaciones.

VII.3.4. Penalidad: multa, inhabilitación y cláusula de exención.-

§ 1. Convengo con SILVA SÁNCHEZ cuando advierte que el Derecho penal "no puede dejar de considerar e integrar en su sistema el que podría caracterizarse como su mayor «éxito», que viene dado por la estabilización de las expectativas sin penas, en virtud de la mera manifestación del derecho/deber"[1173]. Pienso que a la infracción de una directiva de conducta sólo debe seguir una sanción cuando dicha infracción desestabiliza, además, las expectativas que tiene adjudicadas institucionalmente, de suerte que la sanción que va más allá de la mera reestabilización de la norma no se traduce en una comunicación nítida acerca de la vigencia de ésta, perdiendo parte de su fuerza simbólica.

§ 2. Finalmente, la configuración penológica con la que culmina la propuesta típica expuesta se suma al debate doctrinal acerca de la necesidad de plantear alternativas serias y factibles a la pena privativa de libertad en el ámbito del Derecho penal ilimitado y *sin confines*[1174] al que he venido refiriéndome y al que se circunscribe el delito de falsedad en la información social. Se ha dicho que la sobrepenalización conduce inevitablemente a la difuminación de los contornos del Derecho penal en relación con otros sectores del ordenamiento, de igual manera que vienen confundiéndose los ámbitos competenciales de instituciones de inspiración privada. Pues bien, como he ido adelantando en distintos puntos de este estudio, la confusión trae

[1173] Véase, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2001, p. 570. En la misma línea, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, p. 156. Contraria a mi propuesta, CORCOY BIDASOLO, *La política criminal en Europa*, 2004, para quien, en los casos relativos a aquéllos tipos considerados Derecho penal accesorio tales como los delitos fiscales, societarios o medioambientales, la única sanción que tiene eficacia preventiva es la penal privativa de libertad (p. 29).

[1174] Véase, crítico con el fenómeno expansivo, MAZZACUVA, «El futuro del Derecho penal», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 231-237; p. 233. Asimismo, HERZOG, «Límites Al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal del peligro)», *ADPCP*, 1993, pp. 317-327. Crítico con el sentido de las penas privativas de libertad para los delitos económicos, así como con la falta de desarrollo de opciones punitivas alternativas, en España, QUINTERO OLIVARES, *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, 2010, p. 127.

causa del hecho mismo de insistir en preguntarse por tales límites, hoy por hoy en la mayoría de los casos carentes de significación. Las propuestas despenalizadora o incriminadora no guardan relación alguna con las llamadas fronteras entre el Derecho público y el privado, y menos aún con las fronteras entre los distintos órdenes que engrosan uno y otro. Hoy, la capacidad de la sanción penal de comunicar la estabilización y vigencia de la norma no tiene que remitirse necesariamente a la lesión de bienes jurídicos del autor del delito[1175], precisamente porque la (re)estabilización normativa no requiere una reacción retributiva en términos conductistas, sino la consecución de la –auto y hetero– conciencia acerca del momento retributivo[1176].

> En la jurisprudencia, el TS ha llegado a atribuir eficacia atenuatoria –conforme al art. 21.5 CP– no sólo al resarcimiento efectivo, sino también a la llamada «reparación simbólica» o actitud positiva del autor que implique el reconocimiento de la norma infringida[1177], lo cual se interpreta por el sistema jurídico como un acto de reestabilización comunicativa del orden normativo. Con otras palabras, como una declaración realizada por el autor a favor de la vigencia de la norma, actualizada seguidamente a su infracción[1178].

A tal fin he observado en mi propuesta típica una pena de inhabilitación especial cuyo límite mínimo no supera los cinco años de duración, lo que mantiene el actual carácter «menos grave» de la pena (de acuerdo con lo establecido en el art. 33.2. c) CP). Además, como ya apunté en el apartado III.4.1. § 3 de este estudio, la pena de inhabilitación no es una novedad, ya que fue introducida por el PCP 1992 (art. 299), aunque finalmente desapareció en el PCP 1994 (art. 292).

§ 3. Como dejé apuntado en en apartado III.4.1. § 2. de este estudio, llama poderosamente la atención que en la doctrina todavía nadie haya propuesto una fórmula de exención para los delitos societarios. Las condiciones de procedibilidad a las que se refiere el art. 296 CP[1179], el cual

---

[1175] Así, NEUMANN, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, p. 213. En este sentido recuerda PIÑA ROCHEFORT que "la función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone una pena (…), sino también cuando no se aplica ninguna de ellas" (en *RChD*, 2004, p. 522).

[1176] Véase, CARBONELL MATEU, «Alternativas al Derecho penal», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 215-221; p. 219.

[1177] Véanse las SSTS 5639/1998, de 6 de octubre (ponente, BACIGALUPO ZAPATER), FD único; y 2789/1999, de 26 de abril (ponente, GIMÉNEZ GARCÍA), FD 1º.

[1178] Próxima a estas tesis de corte funcionalista o preventivo general positivo, de las que JAKOBS es el máximo exponente, ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 441 y ss.

[1179] La condición de perseguibilidad del art. 296 CP todavía recientemente ha imposibilitado la persecución de conductas típicas a efectos del art. 290 CP (así, por ejemplo,

concibe los societarios como delitos semipúblicos –o, si se quiere, semiprivados–, invita a plantear la posibilidad de introducir para éstos una fórmula de exención o excusa absolutoria homóloga a la que contemplan los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4 y 308.4 CP)[1180]. El fundamento de la «excusa» es, como ha apuntado el Alto Tribunal en reiteradas ocasiones, «la autodenuncia y la reparación»[1181], y fue introducida en nuestro CP con la doble finalidad de (1) promover el pago voluntario de los contribuyentes, y de (2) integrar la normativa extra-penal (tributaria, en este caso; concretamente, lo dispuesto en el art. 61.2 LGT)[1182]. Motivos perfectamente extrapolables a la discusión que me ocupa, ya que la doble finalidad de la introducción de una cláusula de exención para el delito de falsedad en la información social puede consistir en (1) la promoción de la transparencia y veracidad por parte de los agentes financieros, así como (2) la integración de la normativa mercantil y económica-financiera.

En cuanto al criterio en el que se sustenta la referida impunidad, asumo en este punto la clasificación elaborada a tal efecto por SÁNCHEZ-

---

la STS 621/2010, de 25 de junio; ponente, MARTÍN PALLÍN, FD 10º), o del art. 295 CP (así, la STS 655/2010, de 13 de julio; ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, FD 3º), cuya aplicación se ha hecho imposible por vedarlo el principio acusatorio.

[1180] Sobre esta cuestión, en la jurisprudencia, pueden verse entre otras las SSTS 1371/2000, de 29 de septiembre (ponente, GARCÍA ANCOS), FD 2º; 941/2009, de 29 de septiembre (ponente, PUERTA LUIS), FD 5º; 539/2003, de 30 de abril (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO), en la cual se establece que "regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir" (FD 11º); 611/2009, de 29 de mayo (ponente, GRANADOS PÉREZ), FFDD 1º y 4º; 1/1997, de 28 de octubre (ponente, DE VEGA RUIZ), FD 41º; 44/2003, de 3 de abril (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN), FFDD 11º y 12º. En la doctrina son referencias obligadas, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La Exención de Responsabilidad Penal por Regularización Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2002; BRANDARIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2005; ambas con amplias referencias bibliográficas tanto de la doctrina tributarista como de la penalista. Más brevemente puede consultarse, por todos y a modo introductorio, IGLESIAS RÍO, «Aproximación crítica a la cláusula legal de exención de la pena por regularización en el delito de defraudación tributaria», *RDP*, 13, 2004, pp. 65-86.

[1181] En su sentencia 636/2003, de 30 de mayo (ponente, CALVO-RUBIO), FD 8º. En el mismo sentido se ha pronunciado en la STS 751/2003, de 28 de noviembre (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN), FFDD 13º, 14º y, sobre todo, 28º. También en el ATS de 19 de julio de 1997 (ponente, DE VEGA RUIZ), al declarar que las cláusulas en cuestión "responden a la necesidad de soslayar cualquier clase de inseguridad jurídica aunando las fórmulas de equilibrio judicial con las exigencias recaudatorias de la Administración tributaria, pero evitando en cualquier caso que el Derecho penal se convierta en un instrumento de recaudación fiscal" (FD 12º).

[1182] Así lo establece el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del CP relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

OSTIZ GUTIÉRREZ[1183]. Según ésta, en el caso del art. 290 CP nos hallamos en presencia de un factor formal-objetivo de no punibilidad. Formal en cuanto que será exigible una conducta post-ejecutiva determinada por parte del sujeto (la corrección de las falsedades y la verificación pública del estado documental de la entidad), y objetivo en el sentido de que dicha conducta afectará no sólo al sujeto en cuestión, sino a la relevancia penal del hecho (que dejará de *necesitar* una sanción penal)[1184]. En suma, la regularización social del art. 290 CP propuesto recoge una situación que afecta a la punibilidad –ya sea como escusa o como condición–, pero que se extiende a la relevancia penal del hecho mismo.

§ 4. Por otro lado, ya el actualmente vigente art. 305.4 CP, en su párrafo segundo, hace extensibles los efectos liberadores de pena a las falsedades e irregularidades contables conexas con la deuda tributaria objeto de regularización[1185], razón por la cual no parece descabellado argumentar a favor de su extensión, *mutatis mutandi*, a la modalidad de falsedad en la información social del art. 290 CP, de alguna manera ya afectado por la cláusula cuando hace la vez de «delito medio» para la comisión de una defraudación a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social.

Además, es oportuno recordar que en alguna ocasión ha sido estimada por los tribunales la atenuante muy cualificada de reparación del daño causado en relación con el art. 290 CP[1186]. Además, el sujeto que regulariza

[1183] Véase, «Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal», *RDP*, 28, 2009, pp. 11-30; pp. 25 y ss.; concretamente, puede verse el cuadro explicativo de la p. 28.

[1184] *Ibidem*, pp. 27-28.

[1185] A este respecto puede verse en la jurisprudencia, por ejemplo, la STS 1245/1999, de 11 de julio (ponente, PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR), en la que se afirma que la exención "también alcanza al sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con anterioridad" (FD 2º). En la doctrina, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La Exención de Responsabilidad Penal por Regularización Tributaria*, 2002, pp. 129-135, para quien "lo propio de la regularización (…) es el restablecimiento de la situación material que haga posible satisfacer la pretensión tributaria" (recogiendo ampliamente referencias a la doctrina favorable y contraria a la extensión). Por último, cabe recordar también que autores como RODRÍGUEZ RAMOS se han posicionado prudentemente a favor del carácter secundario que las nuevas formas del Derecho penal económico expansivo al que asistimos deben revestir respecto a los sectores de actividad sobre los que se cierne en su configuración (véase, *Secundariedad del Derecho penal Económico. Reflexiones sustantivas y procesales*, Cólex, Madrid, 2001, pp. 55-56, refiriéndose en concreto a la «excusa absolutoria» en el delito fiscal).

[1186] Véase, por ejemplo, en relación con el art. 290 CP, la SAP de A Coruña 126/2002, de 8 de octubre (ponente, BUSTO LAGO), en la que se admite la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación en tanto en cuanto "la consignación de una cantidad destinada a la reparación de los daños causados por la conducta objeto de sanción penal fue

está dando muestras de ser un *buen ciudadano corporativo* ya que, consciente de los riesgos económicos y personales que lleva consigo su conducta falsaria, se adelanta a evitar males mayores. No olvidemos que, en definitiva, el control del riesgo procedente del desarrollo tecnológico –del que la ingente normativa financiera y mercantil no es una excepción, a pesar de que venga recibiendo más atención la acuñada en el ámbito de la salud o el medio ambiente–, "sólo es posible si se produce un pacto entre quienes lo producen y el Estado"[1187].

En cualquier caso, habría razones suficientes para entender que la excusa propuesta puede extenderse al resto de los delitos societarios, a modo de disposición común aplicable a los arts. 290 a 295 CP, y no solamente para el art. 290.

VII.4. Recapitulación. El delito de falsedad en la información social: configuración del injusto material a partir de la remisión a fórmulas de autorregulación.-

§ 1. Nos hallamos ante un Derecho penal que no protege víctimas, sino funciones o «bienes-prestación». Un Derecho penal en el que *los tipos se articulan en torno no tanto a la concreta lesión de un bien jurídico-penal cuanto a una no participación, en contra de un deber instituido, en la constitución o el mantenimiento de un bien jurídico*.

En este contexto, tiene sentido pensar que en la configuración de la responsabilidad penal tienen un papel activo y determinante los agentes garantes de los espacios *cedidos*, cada vez en mayor medida por ellos regulados. Hasta el punto de que los parámetros técnicos en torno a los cuales se han de establecer los límites de lo *injusto penal* deben ser en *informados* por los organismos reguladores de la actividad en cuestión a través un cuerpo normativo extra-penal. A pesar de que pudiera pensarse que la técnica de la remisión normativa, a la cual lleva inevitablemente la configuración de leyes

realizada en un momento anterior al de celebración del acto del juicio oral, aun cuando ya había sido citado para el mismo" (FD 4º). En el supuesto citado, no obstante, la circunstancia no se apreció como muy cualificada por no haber sido reparado el daño en su totalidad y por haberse llevado a cabo la reparación parcial en un tiempo procesal inoportuno. La atenuante de reparación ha sido aplicada en materia de delitos societarios en otra ocasión, en la SAP de A Coruña 126/2002, de 8 de octubre (ponente, BUSTO LAGO), FD 4º, a un caso de administración desleal del art. 295 CP. En la SAP de Valencia 62/2006, de 16 de febrero (ponente, FERRER GUTIÉRREZ), FD 2º el tribunal aplicó la atenuante analógica de dilaciones indebidas a un supuesto de imposición de acuerdos abusivos del art. 291 CP.

[1187] Véase, NIETO MARTÍN, *RdPP*, 2004, p. 278.

penales en blanco, afecta al principio de legalidad, cuestión rechazada por el TC.

§ 2. Sólo planteando la posibilidad de que *las normas técnicas procedentes de la autorregulación doten de contenido material a la tipicidad objetiva del delito del art. 290 CP* pueden superarse las formulaciones legislativas hasta la fecha, expansivas y confusas en su presupuesto, a favor de formas de regulación que se fundamenten en la delegación del consenso cognoscitivo acerca de los conceptos indeterminados en las *instituciones intermedias.*

Concretamente, en lo que respecta al art. 290 CP, resultaría acertado que la verificación de la probabilidad de lesión en el caso concreto –es decir, la evaluación del riesgo– correspondiera a los garantes del medio o ámbito en el que la actividad en cuestión se desarrolla. De esta manera, la regulación técnica informa el contenido del deber de cuidado objetivo exigible penalmente y colabora en la determinación de la norma de conducta.

El problema de legitimidad que aqueja a la técnica del reenvío normativo se salva mediante el recurso a la autorregulación regulada, precisamente porque los destinatarios de las normas técnicas y, por ende, de la norma jurídica de referencia, es un grupo determinable que de algún modo participa en la elaboración o valoración de la norma. No es, pues, invocable la inseguridad jurídica de la técnica de la remisión en este punto, ya que *la remisión no desemboca en un estado de desinformación del destinatario de la norma, sino que erige en informador del contenido normativo material de ésta a su destinatario, lo cual conviene con el espíritu del principio de legalidad*.

Por otro lado, la misma imprecisión que pueda aquejar a los delitos de infracción de deber en relación con la salvaguardia del principio de legalidad penal puede predicarse de la delimitación del riesgo permitido en los delitos de dominio.

§ 3. Parto de que toda autorregulación es autorregulación regulada en algún grado, y de que las reglas y normas técnicas constituyen verdaderos *equivalentes funcionales* a las normas jurídicas, hasta el punto de que su uso y reconocimiento en un sector puede tenerse en cuenta a efectos de delimitar el deber de cuidado exigible desde el punto de vista jurídico-penal.

§ 4. Mi propuesta de tipificación consiste en la configuración del contenido material del injusto en el delito de falsedad en la información social (art. 290 CP) a partir de la remisión a fórmulas de autorregulación normativa. La redacción del art. 290 CP que propongo es la que sigue.

1. Los que, hallándose sometidos a cláusula de buen hacer profesional por código de gobierno corporativo o programa de cumplimiento efectivo, falsearen documentos que reflejen la situación jurídica o económica de una sociedad, serán castigados con la pena de multa de seis meses a cuatro años y la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de cinco a diez años.

2. Quedará exento de responsabilidad penal el que corrija las falsedades a las que se refiere el apartado anterior de este artículo y verifique públicamente el estado documental de la entidad, antes de que se le haya notificado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores la iniciación de actuaciones de inspección o supervisión tendentes a la comprobación del estado de los documentos contables, o antes de la ejecución del control técnico por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

§ 5. ***Sujeto activo.*** La fórmula de especialidad propia reservada a los «administradores de hecho o de derecho» que recoge el art. 290 CP ha reflejado al menos dos debilidades. En primer lugar, ha excluido de la posible comisión del delito a título de autor a agentes del ámbito tutelado capaces de describir la acción típica y que tienen asignada normativamente en dicho ámbito la función de tutela del bien jurídico que se pretende proteger. En segundo lugar, la falta de unanimidad acerca del contenido material de la noción –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia–, en un contexto de aumento de la complejidad técnica en el ámbito de la *morfología* societaria, amenaza con permitir la entrada de cada vez más figuras a las que considerar potenciales administradores «de hecho» (administradores funcionales). Este escollo resulta salvable si la dicotomía *intraneus vs*. *extraneus* se combate a través de una propuesta típica que *real y expresamente* remita la configuración material del tipo a instancias extra-penales del ámbito de la autorregulación. Como adelanté en el Cap. V. de este estudio, considero que la remisión a normas técnicas es integración de normas técnicas y, por ende, juridificación; y que el llamado «fenómeno de la autorregulación» es en realidad *el impulso regulador de unos poderes públicos desbordados, que improvisan novísimas fórmulas de intervención en asuntos que siguen estimando de interés general.*

Dicha remisión se concreta, en mi propuesta, en la «cláusula de buen hacer profesional», recogida en los respectivos códigos de buen gobierno corporativo y/o programas de cumplimiento efectivo. A ésta puede someterse también la sociedad en cuanto persona jurídica, por lo que no habría razones para negar la aplicabilidad del art. 31 bis al art. 290 ppropuesto.

§ 6. ***Conducta típica.*** Seguimos estando ante un supuesto de falsedad ideológica en documento mercantil cometida por particular, y en este sentido me remito a lo dicho en los apartados III.4. de la Parte Primera y VI.2. § 3. de la Parte Tercera de este estudio. En cambio, en mi propuesta me refiero a los documentos que de hecho y en cada caso realmente «reflejen» la situación económica o jurídica de la entidad, y no a los que «deban reflejar» ésta. La interpretación de a qué documentos confiere el ordenamiento mercantil la función de reflejar la situación económica o jurídica de una sociedad no es pacífica y lleva a confusión desde una perspectiva jurídico-penal, a la que interesa que el acto falsario recaiga sobre un documento que refleje dicha situación, en el sentido de que pueda tenerse por portador de una «imagen social fiel».

§ 7. ***Resultado.*** La actual fórmula «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero», es portadora de un germen intencional cuyo origen se remonta a los proyectos del *prelegislador* de 1980, 1992 y 1994. Dicho germen, incorporado explícitamente al injusto a modo de elemento típico normativo «de aptitud» o valoración de la potencialidad lesiva, debe ser, en mi opinión, evitado, ya que la propia configuración del precepto a modo de delito de infracción de deber especial de configuración extra-penal hace innecesaria por tautológica la constatación de una idoneidad lesiva que ya reviste la conducta típica *porque ya ha sido constatada en instancias pre-penales*. Así, si se acepta que el precepto protege la imagen fiel corporativa y el documento «afectado» refleja la situación económica o jurídica de la sociedad, su falseamiento implicará una infracción de los deberes de garantía institucional asignados al autor y será idóneo para perjudicar el bien objeto de protección.

Es, por tanto, la seguridad –en términos de veracidad– en la información social el bien jurídico-penal protegido por el precepto. En consecuencia, el supuesto agravado que recoge la efectiva causación de un perjuicio económico del actual art. 290.2 CP debería ser suprimido en una futura reforma del CP, ya que no añade un contenido de injusto y trae consigo conflictos normativos entre este precepto y el de estafa del art. 248 CP. Su objeto de protección, netamente patrimonial, está ya sobradamente protegido por los preceptos contenidos en el Capítulo VI del Título XIII, relativo a las defraudaciones.

§ 8. ***Penalidad.*** Las condiciones de procedibilidad a las que se refiere el art. 296 CP, el cual concibe los societarios como delitos semipúblicos, invitan a plantear la posibilidad de introducir para los delitos societarios una fórmula de exención o excusa absolutoria homóloga a la que contemplan los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4 y 308.4

CP). Una propuesta que todavía no ha sido sugerido en la doctrina. Fue introducida en nuestro CP con la doble finalidad de (1) promover el pago voluntario de los contribuyentes, y de (2) integrar la normativa extra-penal (tributaria, en este caso; concretamente, lo dispuesto en el art. 61.2 LGT). Motivos perfectamente extrapolables a la discusión que me ocupa, ya que la doble finalidad de la introducción de una cláusula de exención para el delito de falsedad en la información social puede consistir en (1) la promoción de la transparencia y veracidad por parte de los agentes financieros, así como (2) la integración de la normativa mercantil y económica-financiera.

Además, ya el actualmente vigente art. 305.4 CP, en su párrafo segundo, hace extensibles los efectos liberadores de pena a las falsedades e irregularidades contables conexas con la deuda tributaria objeto de regularización, lo cual afecta de alguna manera al art. 290 CP cuando hace la vez de «delito medio» para la comisión de una defraudación a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social. Asimismo, en alguna ocasión ha sido estimada por los tribunales la atenuante muy cualificada de reparación del daño causado en relación con el art. 290 CP. Precisamente por entender el Tribunal que el sujeto que regulariza está dando muestras de ser un *buen ciudadano corporativo*.

Finalmente, he observado en mi propuesta típica una pena de inhabilitación especial cuyo límite mínimo no supera los cinco años de duración, lo que mantiene el actual carácter «menos grave» de la pena (de acuerdo con lo establecido en el art. 33.2. c) CP). La pena de inhabilitación no es una novedad, ya que fue introducida por el PCP 1992 (art. 299), aunque finalmente desapareció en el PCP 1994 (art. 292).

CONCLUSIONES

§ 1. El análisis de los hechos del «Caso Enron» revela que las causas del desastre financiero que llevó a la quiebra a la compañía estadounidense en diciembre de 2001 fueron: (a) la *liberalización del mercado energético*, que facilitó la inmersión de Enron en mercados alternativos mediante el establecimiento de contratos de suministro de larga duración que permitían a la compañía especular con el precio futuro de la materia prima; (b) el *diseño y la fundación de las Entidades de Uso Específico* (SPEs), que ayudaron a despejar la deuda relativa de Enron a través de una serie de transacciones entre la matriz y sus filiales que no fueron reflejadas debidamente en los libros contables; (c) la *falta de independencia de los auditores*, motivada por una (d) *inadecuada concepción del gobierno corporativo*, a la que contribuyó cada uno de los eslabones integrantes del sistema de control (Cap I).

§ 2. La Sarbanes-Oxley Act de julio de 2002 (SOx) fue la respuesta legislativa del Gobierno de los EEUU a la debacle financiera de Enron, revelada unos meses antes. La ley fue adoptada para atajar la actividad fraudulenta que en los últimos años había protagonizado la dirección de las sociedades estadounidenses que cotizan en bolsa. El estudio de la ley comienza ofreciendo una panorámica de los aspectos de índole extra-penal relacionados con el gobierno corporativo y las medidas de aseguramiento de la transparencia y la veracidad en la información social que acoge el texto legal, con especial referencia a la creación de la *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB). El análisis de dicha ley permite criticar algunos de los preceptos penales, los cuales castigan conductas en la mayoría de los casos ya existentes bajo penas más elevadas, que duplican y, en ocasiones, triplican la pena originaria. Cabe concluir que la SOx fue aprobada con prisas, en medio de un debate con escasas enmiendas y oposiciones, cuya urgencia delata una flagrante precariedad jurídica y ética en un texto de corte marcadamente punitivista (Cap. II).

§ 3. Las debacles financieras que se han hecho públicas en los últimos años en relación con algunas de las mayores compañías de los EEUU –entre las que se encuentra Enron– han llevado a la reflexión, a ambos lados del Atlántico, acerca de la articulación de mecanismos de prevención suficientes frente al fraude. Los instrumentos de gobierno corporativo de adhesión voluntaria, que prevén horizontes normativos de proceder óptimo para las sociedades, constituyen un primer paso positivo en esta dirección, pero resultan insuficientes al carecer de un aparato coactivo que los haga *visiblemente* vinculantes.

Descendiendo al ámbito del Derecho penal español, cabe observar cómo los delitos societarios recogidos en los arts. 290 y ss. CP, en cuanto herramientas legales de reacción frente al fraude corporativo con las que cuenta nuestro sistema jurídico-penal, se hallan aquejados de una batería de defectos de configuración que dificultan su aplicación a supuestos de gran envergadura o alta complejidad técnica. Lo cual evidencia la necesidad de su revisión y reforma. Ésta fue sugerida y debatida en el proyecto de reforma del CP de 2007, pero finalmente no se ha acometido en la reciente reforma del CP de 2010.

Desastres financieros como el de Enron se debieron a un error en la concepción de los sistemas de gobierno corporativo. En concreto, a un déficit de garantismo en relación con la veracidad en la información social. Por ello estimo oportuno el recurso a las teorías sistémicas que informan el fenómeno de la autorregulación, con el fin de que éstas sirvan para elaborar una propuesta interpretativa y de revisión del art. 290 CP. Precisamente porque una solución puede hallarse en la incorporación de instrumentos normativos extra-penales del ámbito de la autorregulación a nuestro Derecho penal societario, a través de la técnica de la remisión normativa (Cap. III).

§ 4. De acuerdo con los planteamientos de la teoría de sistemas, el Derecho penal, como sistema social, debe afrontar dos cuestiones radicales: (1) por un lado, la relación que tiene que establecer con el *entorno sistémico* al que se refiere directamente y por aparente necesidad política, tal y como apunta su ya no reciente expansión hacia realidades sistémicas adyacentes, tales como el Derecho mercantil, el administrativo (sancionador), o incluso aquéllos relacionados con el medio ambiente; y, por otro, (2) la creciente normativización de los conceptos que informan el sistema de imputación con el que ha de operar.

El Derecho penal es un sistema de sistemas, un sistema (social) abierto porque es un sistema *final* que no se agota en el automantenimiento de sus variables –es decir, en su funcionalidad– y que es capaz de *intercambiar* «*energía*» con otros sistemas y subsistemas. Ello no se traduce en la imposibilidad de que en él existan *mecanismos de retroalimentación*, ya que en el sistema se combinan distintos niveles de organización estructural. Dichos mecanismos cumplen en el Derecho (penal) funciones de control, y se articulan a modo de validación –o no– de la información proveniente de sistemas conexos, en un proceso de *normativización* o codificación que tiene como resultado la producción de *roles* o constructos sistémicos mínimos.

Los límites estructurales del sistema Derecho penal no son una simple frontera estática, sino un *lugar para la traducción de los discursos sociales*. Dichos límites se hallan *acoplados* a los de otros sistemas a diferentes niveles

y en distinto grado, de manera que puede decirse que el Derecho penal forma parte de una red de sistemas *interpenetrados* estructuralmente. La consecuencia inmediata es evidente: el Derecho penal comparte elementos de su estructura con otros sistemas. Y es bajo estos presupuestos como deben entenderse los fenómenos de la autoorganización y la autorregulación (Cap. IV).

§ 5. La autoorganización se debe a un impulso ascendente y no implica *per se* autorregulación. Por otro lado, la autorregulación es un fenómeno de sub-centralización, ya que en último término es la voluntad reguladora de las instancias públicas la que conduce a un incremento de la autorregulación *privada*. Ello se debe a que la legitimidad técnica de la autorregulación requiere de la referencia objetiva que proporciona la legitimidad política de la norma jurídica de cara a desplegar eficazmente sus efectos preventivos. De esta manera, no es la autoorganización técnica lo que hace la autorregulación, sino la actividad pública de descodificación de la autoorganización técnica que posibilita la protección de los intereses públicos (auto)regulados. Ello tiene consecuencias directas evidentes en el ámbito de las corporaciones y en relación con los fundamentos teórico-sistémicos que informan el fenómeno autorregulador, ya que puede decirse que todo sistema social es un subsistema o *entorno interno* de referencias inagotables, existiendo márgenes que permiten una imbricación de las estructuras sistémicas. Así, *un rol adscrito a un sistema social puede ser validado y reconocido en la operación de otro sistema*.

Un Derecho penal de *lo* económico, globalista, favorable a la autorregulación y la autoorganización, ha de ser un *Derecho penal operacionalmente abierto que comparta roles y niveles estructurales con sistemas de su entorno interno, interpenetrados con él*. Un «Derecho penal en blanco» en el que la normativización de la *lex artis* se alza en institución de aplicación general bajo las formas de la autorregulación. La especificidad técnica y el dinamismo característico de la normativa derivada de la autorregulación pueden definir, mejor que ningún otro instrumento jurídico-penal, los márgenes típicos de determinados injustos penales (Cap. V).

§ 6. El *nuevo* Derecho penal *expansivo*, relajado en un plano garantístico, se caracteriza por cuatro grandes rasgos: (1) la progresiva *espiritualización de su objeto de tutela*, expresado en bienes de carácter colectivo o difuso; (2) el *incremento de los delitos de peligro abstracto*, cuyo injusto se halla no pocas veces aquejado de deficiencias técnicas de tipificación; (3) el *recurso constante a conceptos normativos y disposiciones extra-penales*, en una aparente confrontación con el principio de legalidad; y (4) el *aumento de los tipos omisivos*. El paradigma de este modelo punitivo se

halla reflejado a la perfección en los delitos societarios del CP español de 1995, los cuales no han de tenerse por una *constitución en negativo* de la vida corporativa.

En lo que se refiere al art. 290 CP, éste recoge una fórmula de lesividad *bipartita* que configura el precepto en torno a (a) un tipo de peligro abstracto-concreto o hipotético (art. 290.1), y (b) un tipo de lesión (art. 290.2).

La configuración de un delito de peligro implica la conversión de la *seguridad* de otro bien en bien jurídico. En el art. 290 CP *se protege la veracidad de la información social, en cuanto presupuesto habilitante de la seguridad en el tráfico mercantil, a través de la protección inmediata del principio de imagen fiel corporativa, expresión de aquélla*.

La condición especial del sujeto activo requerida por el precepto impide perseguir la conducta falsaria de un auditor de cuentas por la vía del art. 290 en concepto de autor, debiendo tratársele si acaso como cooperador necesario en las falsedades cometidas por los administradores. De esta manera, el precepto, concebido a modo de delito de infracción de deber por competencia institucional, excluye la posibilidad de comisión del delito a título de autor por parte de agentes que tienen legalmente encomendada la tutela del bien jurídico-penal protegido. Ello obliga al legislador español a realizar importantes modificaciones legislativas en este punto.

El art. 290 CP recoge una modalidad dolosa de falsedad en documento mercantil cualificada por el deber de configuración extra-penal que informa la situación especial de garantía de determinados sujetos. Aunque la doctrina mayoritaria habla de un dolo necesariamente directo, cabe considerar que existe dolo eventual cuando el sujeto actúa con dolo respecto a la falsedad cometida sobre el documento, pero desconoce –en términos de no actualización– la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico. La conducta constituía una laguna punitiva antes de la previsión del art. 290 (CP 1995), al ser atípica en los términos del art. 392 la falsedad ideológica cometida por particulares.

En cuanto a la *idoneidad para causar un perjuicio económico* que exige el tenor literal del precepto, se trata en realidad de un *requisito cuantitativo indeterminado que depende tanto del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica como del objeto material sobre el que recaiga la falsedad en cada caso*, ya que no todo documento es igualmente poseedor de la capacidad de perjudicar económicamente en los términos del art. 290 CP. Una fórmula que debe dejar de ser interpretada en términos economicistas, de estricta proporcionalidad directa entre la cuantía del

perjuicio causado y su relación con el monto del capital social total. La jurisprudencia demuestra que ello favorece la comisión continuada del delito a menor escala –con las dificultades de persecución y prueba en las que se traduce para la Administración de Justicia–, así como la inaplicación del precepto en supuestos de falsedades «de escasa entidad» cometidas en los documentos sociales de grandes compañías (Cap. VI).

§ 7. Mi propuesta final parte de que nos hallamos ante un Derecho penal que no protege víctimas, sino funciones o «bienes-prestación», frente a determinadas formas de ataque. Un Derecho penal en el que *los tipos se articulan en torno, no tanto a la concreta lesión de un bien jurídico-penal, cuanto a una no participación, en contra de un deber instituido, en la constitución o el mantenimiento de un bien jurídico*. En consecuencia, en la configuración de la responsabilidad penal tienen un papel activo y determinante los agentes garantes de los espacios *cedidos*. Los parámetros técnicos en torno a los cuales se han de establecer los límites de lo *injusto penal* deben ser *informados* por los agentes reguladores de la actividad en cuestión. En este sentido, el TC ha rechazado reiteradamente que la técnica de la remisión normativa, a la cual lleva inevitablemente la configuración de leyes penales en blanco, afecte al principio de legalidad.

El problema de legitimidad que aqueja a la técnica del reenvío normativo se salva mediante el recurso a la autorregulación regulada, ya que los destinatarios de las normas técnicas y, por ende, de la norma jurídica de referencia, son un grupo determinable que participa en la elaboración o valoración de la norma. *La remisión no desemboca en un estado de desinformación del destinatario de la norma, sino que erige en informador del contenido normativo material de ésta a su destinatario, lo cual conviene con el espíritu del principio de legalidad*.

Por otro lado, la misma imprecisión que pueda afectar a los delitos de infracción de deber en relación con la salvaguardia del principio de legalidad penal puede predicarse de la delimitación del riesgo permitido en los delitos de dominio.

Sólo planteando la posibilidad de que *las normas técnicas procedentes de la autorregulación doten de contenido material a la tipicidad objetiva del delito del art. 290 CP* pueden superarse las formulaciones legislativas hasta la fecha –expansivas y confusas en su presupuesto–, a favor de formas de regulación que se fundamenten en la delegación del consenso cognoscitivo acerca de los conceptos indeterminados en las *instituciones intermedias.* La verificación de la probabilidad de lesión en el caso concreto –es decir, la evaluación del riesgo– debe corresponder a los garantes del ámbito en el que la actividad en cuestión se desarrolla. De esta manera, la

regulación técnica informa el contenido del deber de cuidado objetivo exigible penalmente y colabora en la determinación de la norma de conducta.

Todo ello me lleva a considerar la necesidad de reforma del art. 290 CP, ya que una correcta aplicación del precepto no puede ser acometida por la vía interpretativa. La redacción del delito de falsedad en la información social que propongo es la que sigue:

> *1. Los que, hallándose sometidos a cláusulas de buen hacer profesional por código de gobierno corporativo o programa de cumplimiento efectivo, falsearen documentos que reflejen la situación jurídica o económica de una sociedad, serán castigados con la pena de multa de seis meses a cuatro años y la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de cinco a diez años.*
>
> *2. Quedará exento de responsabilidad penal el que corrija las falsedades a las que se refiere el apartado anterior de este artículo y verifique públicamente el estado documental de la entidad, antes de que se le haya notificado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores la iniciación de actuaciones de inspección o supervisión tendentes a la comprobación del estado de los documentos contables, o antes de la ejecución del control técnico por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.*

Sujeto activo. La especialidad propia reservada a los «administradores de hecho o de derecho» que recoge el art. 290 CP ha reflejado al menos dos debilidades. En primer lugar, ha excluido de la comisión del delito a título de autor a agentes del ámbito tutelado capaces de describir la acción típica y que tienen asignada normativamente en dicho ámbito la función de tutela del bien jurídico que se pretende proteger. De hecho, la imposibilidad de aplicar a los delitos societarios el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) supone un problema de difícil solución en aquéllos supuestos en los que el administrador social es a su vez una sociedad. En segundo lugar, la falta de unanimidad acerca del contenido material de la noción de administrador, en un contexto de progresivo aumento de la complejidad de la *morfología* societaria, amenaza con permitir la entrada de cada vez más figuras a las que considerar administradores «de hecho» (administradores funcionales). Estos escollos resultan salvables si la dicotomía *intraneus vs*. *extraneus* se combate a través de una propuesta de tipificación que *real y expresamente* remita la configuración material del tipo a instancias extra-penales del ámbito de la autorregulación. La remisión a normas técnicas es integración de normas técnicas y, por ende, juridificación. Dicha remisión se concreta, en mi propuesta, en la «cláusula de buen hacer

profesional» recogida en los respectivos códigos de buen gobierno corporativo y/o programas de cumplimiento efectivo, a los que también podrán estar obligadas a someterse las sociedades.

Conducta típica. Estamos ante un supuesto de falsedad en documento mercantil cometida por particular. En mi propuesta me refiero a los documentos que de hecho y en cada caso realmente «reflejen» la situación económica o jurídica de la entidad, y no a los que «deban reflejar» ésta. La interpretación de a qué documentos confiere el ordenamiento mercantil la función de reflejar la situación económica o jurídica de una sociedad no es pacífica y lleva a confusión desde una óptica jurídico-penal. Interesa que el acto falsario recaiga sobre un documento que refleje dicha situación, en el sentido de que pueda tenerse por portador de una «imagen social fiel».

Resultado. La actual fórmula de idoneidad encierra un germen intencional cuyo origen se remonta a los proyectos del prelegislador de 1980, 1992 y 1994 y que debe ser superado. La configuración del precepto a modo de delito de infracción de deber especial de configuración extra-penal hace innecesaria por tautológica la constatación de una idoneidad lesiva. Si se acepta que el precepto protege la imagen fiel corporativa, y el documento «afectado» refleja la situación económica o jurídica de la sociedad, su falseamiento supondrá una infracción de los deberes de garantía institucional asignados al autor y será idóneo para perjudicar el bien objeto de protección. El bien jurídico-penal protegido por el precepto es la *seguridad* –en términos de veracidad– en la información social. De acuerdo con esto, la modalidad agravada que recoge la efectiva causación de un perjuicio económico del actual art. 290.2 CP debe ser suprimida en una futura reforma del CP, ya que no añade un contenido de injusto y trae consigo conflictos normativos entre este precepto y el de estafa del art. 248 CP. Su objeto de protección, netamente patrimonial, está ya sobradamente protegido a través de las defraudaciones del Capítulo VI del Título XIII CP.

Penalidad. Las condiciones de procedibilidad a las que se refiere el art. 296 CP permiten introducir para los delitos societarios una fórmula de exención o excusa absolutoria homóloga a la que contemplan los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4 y 308.4 CP). La doble finalidad de su introducción es equiparable a la que informó su adopción para aquéllos. Consiste en: (1) la promoción de la transparencia y veracidad por parte de los agentes financieros, así como (2) la integración de la normativa mercantil y económica-financiera. Ya el actualmente vigente art. 305.4 CP, en su párrafo segundo, extiende los efectos liberadores de pena a las falsedades contables conexas con la deuda tributaria objeto de regularización, incluyendo al art. 290 CP. Además, los tribunales han

estimado en más de una ocasión la atenuante muy cualificada de reparación en relación con el art. 290 CP. El sujeto que regulariza está dando muestras de ser un *buen ciudadano corporativo*, al colaborar en el reestablecimiento de la vigencia de la norma. Esta fórmula, no obstante, podría también preverse para el resto de los delitos societarios (a modo de disposición común a los arts. 290 a 295 CP), y no únicamente para el de falsedad en la información social.

Finalmente, he señalado en mi propuesta una pena de inhabilitación especial, al considerar comunicativamente ineficaz y dañosa para el sistema penal una pena privativa de libertad en este punto. No es una novedad, ya que fue introducida por el PCP 1992 (art. 299), aunque finalmente desapareció en el PCP 1994 (art. 292) (Cap. VII).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES, ACUERDOS, DICTÁMENES Y CONSULTAS

Abogacía del Estado:
Dictamen de 20 de julio de 2005.

Audiencia Nacional:
16/2000, de 31 de marzo (ponente, CHOCLÁN MONTALVO).
23 de mayo de 2000 (ponente, TRENZADO RUIZ).
8/2003, de 14 de febrero.
30 de abril de 2004 (ponente, PEDRAZA CALVO).
13 de julio de 2004 (ponente, SOLDEVILA FRAGOSO).
4/2009, de 23 de enero (ponente, MARTEL RIVERO).

Audiencias Provinciales:
Badajoz 71/1997, de 2 de julio (ponente, MARTÍNEZ DE LA CONCHA ÁLVAREZ DEL VAYO).
Cantabria 37/1999, de 15 de abril (ponente, HELGUERA MARTÍNEZ).
Auto AP Barcelona de 27 de julio de 1999 (ponente, ASSALIT VIVES).
Alicante 92/2000, de 24 de febrero (ponente, DE URQUÍA GÓMEZ).
Barcelona de 31 de julio de 2000 (ponente, FONCILLAS SOPENA).
Sevilla 506/2000, de 18 de septiembre (ponente, CARMONA RUANO).
Sevilla 95/2000, de 27 octubre (ponente, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ).
Badajoz 20/2001, de 21 de junio (ponente, MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA).
Madrid 370/2001, de 6 de junio (ponente, GUTIÉRREZ GÓMEZ),
Madrid 323/2001, de 3 de septiembre (ponente, POLO GARCÍA).
Pontevedra 58/2001, de 26 de septiembre (ponente, PÉREZ QUINTELA).
Granada 63/2002, de 2 de febrero (ponente, RODRÍGUEZ CANO).
Málaga 47/2002, de 22 de julio (ponente, BENÍTEZ YÉBENES).
Madrid 421/2002, de 18 de noviembre (ponente, GARCÍA LLAMAS).
A Coruña 126/2002, de 8 de octubre (ponente, BUSTO LAGO).
Burgos de 7 de febrero de 2003 (ponente, CARRERAS MARAÑA).
Cantabria 3/2003, de 7 de abril (ponente, ARROYO GARCÍA).
Almería 96/2003, de 5 de mayo (ponente, MARTÍNEZ ABAD).
Ourense 44/2003, de 4 de junio (ponente, CARBAJALES SANTA EUFEMIA).
Barcelona de 30 de abril de 2004 (ponente, GIMENO JUBERO).
Asturias 237/2004, de 8 de julio (ponente, BARRIO BERNARDO-RUA).
Valencia 62/2006, de 16 de febrero (ponente, FERRER GUTIÉRREZ).
Ciudad Real 21/2007, de 16 de febrero (ponente, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA).
Auto AP Madrid 116/2007, de 21 de febrero (ponente, GUTIÉRREZ GÓMEZ).
Auto AP Girona 381/2007, de 23 de julio (ponente, ESCOBAR MARULANDA).
Girona 486/2007, de 23 de julio (ponente, RODRÍGUEZ OCAÑA).
Cantabria 304/2007, de 4 de octubre (ponente, SAGUILLO TEJERINA).
Las Palmas 24/2008, de 29 de febrero (ponente, ACOSTA GONZÁLEZ).
Madrid 50/2008, de 8 de mayo (ponente, FERNÁNDEZ SOTO).

Málaga 34/2009, de 31 de marzo (ponente, SANTOS PEÑALVER).
León 167/2010, de 27 de julio (ponente, SANTOS FERNÁNDEZ).

Banco de España:
Circular 4/1991, de 27 de junio.

Consejo General del Poder Judicial:
Informe del Pleno al anteproyecto de reforma del CP, de 20 de marzo de 2003.
Informe del Pleno al anteproyecto de reforma del CP, de 27 de octubre de 2006.
Informe del Pleno al anteproyecto de reforma del CP, de 3 de marzo de 2009.

Comisión Nacional del Mercado de Valores:
Circular 1/2004, de 17 de marzo.

Fiscalía General del Estado:
Circular 1/2011, de 1 de junio.
Consulta 15/1997, de 16 de diciembre.

Tribunal Constitucional:
76/1983, de 5 de agosto (ponente, BEGUÉ CANTÓN).
42/1987, de 7 de abril (ponente, LATORRE SEGURA).
114/1987, de 6 de julio (ponente, LEGUINA VILLA).
123/1987, de 15 de julio (ponente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN).
3/1988, de 21 de enero (ponente, LÓPEZ GUERRA).
20/1988, de 18 de febrero (ponente, LEGUINA AVILLA).
127/1990, de 5 de julio (ponente, GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL).
111/1993, de 25 de marzo (ponente, RODRÍGUEZ BEREIJO).
62/1994, de 28 de febrero (ponente, GABALDÓN LÓPEZ).
113/1994, de 14 de abril (ponente, CRUZ VILLALÓN).
104/1995, de 3 de julio (ponente, DE MENDIZÁBAL ALLENDE).
5/1996, de 16 de enero (ponente, CRUZ VILLALÓN).
24/1996, de 13 de febrero (ponente, RUIZ VADILLO).
174/1996, de 11 de noviembre (ponente, DE MENDIZÁBAL ALLENDE).
206/1996, de 16 de diciembre (ponente, DE MENDIZÁBAL ALLENDE).
41/1998, de 24 de febrero (ponente, CRUZ VILLALÓN).
120/1998, de 15 de junio (ponente, GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL).
132/2001, de 8 de junio (ponente, CACHÓN VILLAR).
161/2003, de 15 de septiembre (ponente, DELGADO BARRIO).
193/2003, de 27 de octubre (ponente, DELGADO BARRIO).
24/2004, de 24 de febrero (ponente, PÉREZ VERA).
283/2006, de 9 de octubre (ponente, DELGADO BARRIO).

Tribunal de Defensa de la Competencia:
Resolución de 25 de octubre de 2000 (ponente, FRANCH MENEV).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:
29 de noviembre de 1978 (caso Delkvist).
2002/52, de 19 de febrero (ponente, WATHELET).

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas:
Auto de 12 de diciembre de 1995 (caso Bernard Connolly contra la Comisión de las Comunidades).

Tribunales Superiores de Justicia:
Madrid: 332/2001, de 24 de abril (ponente, SANTILLÁN PEDROSA).
País Vasco: 996/2001, de 10 de diciembre (ponente, GARCÍA JORRÍN).

Tribunal Supremo:
9 de mayo de 1956.
4 de noviembre de 1965.
30 de junio de 1972.
23 de junio de 1973.
17 de marzo de 1981 (ponente, CASTRO PÉREZ).
27 de junio de 1986 (ponente, MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE).
25 de enero de 1988 (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).
15 de marzo de 1988 (ponente, VIVAS MARZAL).
24 de enero de 1989 (ponente, MOYNA MÉNGUEZ).
21 de marzo de 1989 (ponente, VIVAS MARZAL).
19 de abril de 1989 (ponente, DÍAZ PALOS).
5221/1989, de 9 de octubre (ponente, MARTÍN MARTÍN).
7 de febrero de 1990 (ponente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ).
16 de mayo de 1990 (ponente, VIVAS MARZAL).
11 de octubre de 1990 (ponente, MANZANARES SAMANIEGO).
25 de octubre de 1990 (ponente, MANZANARES SAMANIEGO).
29 de enero de 1991 (ponente, MÓNER MUÑOZ).
31 de enero de 1991 (ponente, MÓNER MUÑOZ).
7 de febrero de 1991 (ponente, PUERTA LUIS).
16 de octubre de 1991 (ponente, DE VEGA RUIZ).
246/1991, de 19 de diciembre (ponente, TOMÁS Y VALIENTE).
20 de enero de 1992 (ponente, MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE).
480/1992, de 5 de marzo (ponente, DE VEGA RUIZ).
7 de mayo de 1992 (ponente, HUET GARCÍA).
1105/1992, de 19 de mayo (ponente, MONTERO FERNÁNDEZ-CID).
2245/1992, de 26 de octubre (ponente, GARCÍA ANCOS).
335/1993, de 22 de febrero (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
721/1993, de 30 de marzo (ponente, COTTA MÁRQUEZ DE PRADO).
733/1993, de 2 de abril (ponente, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ).
2371/1993, de 25 de octubre (ponente, DE VEGA RUIZ).
457/1994, de 7 de marzo (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
537/1994, de 14 de marzo (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).

653/1994, de 26 de marzo (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
1452/1994, de 15 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
388/1995, de 18 de marzo (ponente, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ).
22 de marzo de 1995 (ponente, HERNANDO SANTIAGO).
237/1995, de 31 de mayo (ponente, MOYNA MÉNGUEZ).
1238/1995, de 12 de diciembre (ponente, MARTÍN CANIVELL).
Auto de 22 de diciembre de 1995.
992/1996, de 11 de febrero (ponente, GARCÍA-CALVO Y MONTIEL).
437/1996, de 17 de mayo (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN).
522/1996, de 19 de septiembre (ponente, SOTO NIETO).
912/1997, de 24 de junio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
Auto de 19 de julio de 1997 (ponente, DE VEGA RUIZ).
1/1997, de 28 de octubre (ponente, DE VEGA RUIZ).
224/1998, de 26 de febrero (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).
530/1998, de 3 de abril (ponente, MONTERO FERNÁNDEZ-CID).
5639/1998, de 6 de octubre (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
592/1998, de 4 de diciembre (ponente, GARCÍA ANCOS).
Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.ª de 26 de febrero de 1999.
2789/1999, de 26 de abril (ponente, GIMÉNEZ GARCÍA).
1245/1999, de 11 de julio (ponente, PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR).
733/1999, de 18 de septiembre (ponente, SIERRA GIL DE LA CUESTA).
1397/1999, de 4 de octubre (ponente, GRANADOS PÉREZ).
1648/1999, de 22 de noviembre (ponente, GRANADOS PÉREZ).
313/2000, de 3 de marzo (ponente, MARTÍN PALLÍN).
840/2000, de 12 de mayo (ponente, APARICIO CALVO-RUBIO).
1099/2000, de 16 de junio (ponente, RAMOS GANCEDO).
1248/2000, de 12 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
1318/2000, de 14 de julio (ponente, PUERTA LUIS).
1371/2000, de 29 de septiembre (ponente, GARCÍA ANCOS).
10 de octubre de 2000, (ponente, XIOL RÍOS).
18/2001, de 20 de enero (ponente, MARTÍN CANIVELL).
14 de junio de 2001 (ponente, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA).
1179/2001, de 20 de julio (ponente, GIMÉNEZ GARCÍA).
8 de octubre de 2001 (ponente, FERNÁNDEZ MONTALVO).
24 de octubre de 2001 (ponente, FUENTES LÓPEZ).
16 de noviembre de 2001 (ponente, GONZÁLEZ RIVAS).
996/2001, de 10 de diciembre (ponente, GARCÍA JORRÍN).
125/2002, de 31 de enero (ponente, SORIANO SORIANO).
4 de febrero de 2002 (ponente, GULLÓN RODRÍGUEZ).
10 de abril de 2002 (ponente, FERNÁNDEZ LÓPEZ).
11 de abril de 2002 (ponente, MARTÍN VALVERDE).
1018/2002, de 31 de mayo (ponente, MÓNER MUÑOZ).
1299/2002, de 12 de julio (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).
1339/2002, de 12 de julio (ponente, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA).
867/2002, de 29 de julio (ponente, MARTÍN PALLÍN).
1 de octubre de 2002 (ponente, DESDENTADO BONETE).

1828/2002, de 25 de octubre (ponente, SÁNCHEZ MELGAR).
388/2003, de 1 de abril (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN).
44/2003, de 3 de abril (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN).
554/2003, de 14 de abril (ponente, MAZA MARTÍN).
539/2003, de 30 de abril (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).
636/2003, de 30 de mayo (ponente, CALVO-RUBIO).
6 de junio de 2003 (ponente, ENRÍQUEZ SANCHO).
9 de junio de 2003 (ponente, MARTÍN PALLÍN).
23 de junio de 2003 (ponente, MURILLO DE LA CUEVA).
1191/2003, de 19 de septiembre (ponente, GRANADOS PÉREZ).
1263/2003, de 7 de octubre (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN).
1212/2003, de 9 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO).
677/2003, de 2 de noviembre (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE).
1458/2003, de 7 de noviembre (ponente, JIMÉNEZ VILLAREJO).
751/2003, de 28 de noviembre (ponente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN).
620/2004, de 4 de junio (ponente, GÓMEZ GARCÍA).
734/2004, de 12 de junio (ponente, MARTÍN PALLÍN).
1074/2004, de 18 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO).
1148/2004, de 18 de octubre (ponente, MAZA MARTÍN).
1177/2004, de 25 de octubre (ponente, GARCÍA PÉREZ).
1217/2004, de 2 de noviembre (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE).
1256/2004, de 10 de diciembre (ponente, MARTÍN PALLÍN).
350/2005, de 17 de marzo (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA).
537/2005, de 25 de abril (ponente, GRANADOS PÉREZ).
552/2005, de 9 de mayo (ponente, RAMOS GANCEDO).
605/2005, de 11 de mayo (ponente, SAAVEDRA RUIZ).
865/2005, de 24 de junio (ponente, SÁNCHEZ MELGAR).
1297/2005, de 27 de octubre (ponente, SORIANO SORIANO).
1665/2006, de 21 de marzo (ponente, TRUJILLO MAMELY).
2534/2006, de 2 de mayo (ponente, MARTÍ GARCÍA).
678/2006, de 7 de junio (ponente, GRANADOS PÉREZ).
796/2006, de 14 de junio (ponente, RAMOS GANCEDO).
759/2006, de 13 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
932/2006, de 5 de octubre (ponente, RAMOS GANCEDO).
1111/2006, de 15 de noviembre (ponente, SORIANO SORIANO).
59/2007, de 26 de enero (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA).
80/2007, de 9 de febrero (ponente, MAZA MARTÍN).
5 de junio de 2007 (ponente, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT).
372/2008, de 13 de junio (ponente, MONTERDE FERRER).
661/2007, de 13 de julio (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
798/2008, de 9 de octubre (ponente, FERRÁNDIZ GABRIEL).
869/2008, de 14 de octubre (ponente, FERRÁNDIZ GABRIEL).
791/2008, de 20 de noviembre (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
1394/2009, de 25 de enero (ponente, MARCHENA GÓMEZ).
9/2009, de 26 de enero (ponente, MARTÍN PALLÍN).
181/2009, de 23 de febrero (ponente, PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR).

413/2009, de 11 de marzo (ponente, GARCÍA PÉREZ).
462/2009, de 12 de mayo (ponente, MARCHENA GÓMEZ).
611/2009, de 29 de mayo (ponente, GRANADOS PÉREZ).
625/2009, de 17 de junio (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE).
863/2009, de 16 de julio (ponente, GRANADOS PÉREZ).
941/2009, de 29 de septiembre (ponente, PUERTA LUIS).
1300/2009, de 23 de diciembre (ponente, VARELA CASTRO).
119/2010, de 1 de febrero (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).
64/2010, de 23 de febrero (ponente, XIOL RÍOS).
222/2010, de 4 de marzo (ponente, VARELA CASTRO).
173/2010, de 31 de marzo (ponente, XIOL RÍOS).
434/2010, de 4 de mayo (ponente, MARTÍNEZ ARRIETA).
328/2010, de 27 de mayo (ponente, XIOL RÍOS).
606/2010, de 25 de junio (ponente, VARELA CASTRO).
621/2010, de 25 de junio (ponente, MARTÍN PALLÍN).
655/2010, de 13 de julio (ponente, BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE).
5325/2010, de 19 de octubre (ponente, MARTÍ GARCÍA).
1080/2010, de 20 de octubre (ponente, VARELA CASTRO).
996/2010, de 12 de noviembre (ponente, BACIGALUPO ZAPATER).

BIBLIOGRAFÍA*

ABEL, R. L., «Delegalization: A Critical Review of its Ideology, Manifestations, and Social Consequences», Blankenburg, Rottleuthner y Klauska (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, pp. 27-47.

ACKOFF, R. L., «Systems, Organizations, and Interdisciplinary Research», *GS*, 5, 1960, pp. 1-8.

ADAMS, E. S., «Corporate Governance After Enron and Global Crossing: Comparative Lessons for Cross-National Improvement», *IndLJ*, 78, 2003, pp. 762-763.

ADLER, M. D., «Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview», *UPennLRev*, 148, 2000, pp. 1363-1502.

AGLIETTA, M., «Crisis bancaria: la quiebra de la desregulación financiera», Badie y Tolotti (dirs.), *El estado del mundo: Anuario económico geopolítico mundial 2009*, Akal, Madrid, 2008, pp. 92-96.

AKERLOF, G. A., «The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism», *QJE*, 84, 1970, pp. 488-500.

ALBRECHT, H. J., «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 259-281.

ALBRECHT, P. A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granda, 2000, pp. 471-487.

ALCÁCER GUIRAO, R., «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa*, 25, 2002, pp. 139-175.

ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 447-496.

ALESSI, R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, II, Bosch, Barcelona, 1970.

ALLEN, P. M./ STRATHERN, M., «Evolution, Emergence, and Learning in Complex Systems», *Emergence*, 5, 2003, pp. 8-33.

- «Dynamic Models of Evolving Systems» *System Dynamics Review*, 4, 1988, pp. 109-130.

- y MCGIADE, J. M., «Modeling Complex Human Systems: A Fisheries Example» *EJOR*, 24, 1987, pp. 147-167.

ALONSO AYALA, M., «Auditoría: Situación Actual y Perspectivas», *E&F*, 4, 2007, pp. 24-27.

ALONSO ESPINOSA, F. J., *Mercado primario de valores negociables. Un estudio en torno al RD 291/1992, de 27 de marzo*, Bosch, Barcelona, 1994.

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho Común Europeo*, Civitas, Madrid, 1989.

ALONSO GONZÁLEZ, P., «Titulización: mucho más que emitir bonos», *CEE*, 11, 2001, pp. 31-50.

ALTMAN, D., «How to Tie Pay to Goals, Instead of the Stock Price», THE NEW YORK TIMES, 8 de septiembre de 2002.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Código penal y política criminal», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 17-38.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La capacidad normativa de los sujetos privados», *REDA*, 99, 1998, pp. 343-367.

* A continuación se recoge, de la bibliografía trabajada, únicamente la que se halla directamente relacionada con el objeto del presente estudio.

- *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
ALWART, H., «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens — vo Unternehmenstäter zum Täterunternehmen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993, pp. 752-773.
ALZAGA RUIZ, I., *Las Stock Options: un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
ANDERSON, E./ PILDES, R., «Expressive Theories of Law: A General Restatement», *UPennLRev*, 148, 2000, pp. 1503-1576.
ANDRÉ, T. J., «Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards», *TulLRev*, 70, 1996, pp. 1819-1879.
ANGYAL, A., «The Structure of Wholes», *Philosophy of Science*, 6, 1939, pp. 25-37.
ANTLE, R., «Auditor Independence», *JAccRes*, 22, 1984, pp. 1-20.
ARANDA GRONDA, J., *Ley de Auditoría de Cuentas*, EDERSA, Madrid, 1995.
ARBIB, M. A./ HESSE, M. B., *The construction of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
ARBÓS MARÍN, X., «La crisis de la regulación estatal», *REP*, 71, 1991, pp. 259-280.
AREÁN LALÍN, M., «Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 13-32.
ARGANDOÑA, A., *The Ethical Dimension of Financial Institutions and Markets*, Springer Verlag, Berlín, 1995.
- «¿Puede la responsabilidad social corporativa ayudar a entender la crisis financiera?», *IESE*, 790, 2009, pp. 1-26.
ARIÑO ORTIZ, G./ SALA ARQUER, J. M., *La Bolsa española: marco institucional*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1988.
ARNOLD, M., «Teoría de Sistemas, Nuevos Paradigmas: Enfoque de Niklas Luhmann», *Revista Paraguaya de Sociología*, 26, 1989, pp. 51-72.
- y OSORIO, F., «Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría General de Sistemas», *Cinta de Moebio*, 3, 1998.
ARONSON, N. H., «Preventing Future Enrons: Implementing the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 127-154.
ARROYO JIMÉNEZ, L., «Introducción a la autorregulación», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 19-35.
ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho Penal económico y Constitución», *RP*, 1, 1998, pp. 1-16.
ASHBAUGH-SKAIFE, H./ COLLINS, D. W./ KINNEY, W. R., «The Discovery and reporting of internal control deficiencies prior to SOX-mandated audits», *JA&E*, 44, 2007, pp. 166-192.
ASHBAUGH-SKAIFE, H./ LAFOND, R./ MAYHEW, B. W., «Do non-audit services compromise auditor independence? Further evidence», *AccRev*, 78, 2003, pp. 611-639.
ASHBY, W. R., *Introduction to Cybernetics*, Chapman & Hall, Londres, 1956.
- «General Systems Theory as a New Discipline», *GS*, 3, 1958, pp. 1-6.
- «Principles of the Self-Organizing Systems», Foerster y Zopf (eds.), *Principles of Self-Organizaion: Transactions of the University of Illinois Symposium*, Pergamon Press, Londres, 1962, pp. 255-278.
- «Sistemas y sus medidas de información», Bertalanffy (ed.), *Tendencias en la Teoría General de sistemas*, Alianza, Madrid, 1984, pp. 95-117.
ATLAN, H., «Intentional Self-Organization. Emergence and Reduction: Towards a Physical Theory of Intentionality», *TE*, 52, 1998, pp. 5-34.
AUBERT, V., *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Martin Robertson, Oxford, 1983.

AUGÉ, M., *Los no lugares. Espacios del anonimato. Hacia una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Buenos Aires, 1992.

- *Por una antropología de la movilidad*, Gedisa, Barcelona, 2007,

AYERS, I./ BRAITHWAITE, J., *Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

AZZALI, G., «Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 4, 1991, pp. 365-402.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», *PJ*, 53, 1999, pp. 49-106.

- «La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto en el Derecho penal», *CPC*, 67, 1999, pp. 11-36.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

- «La necesidad de armonización del derecho sancionador penal y administrativo: Principio de legalidad y remisión normativa en las leyes penales en blanco», Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas Redondas Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2007, pp. 345-348.

- *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- «Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas», Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 525-540.

BACIGALUPO ZAPATER, E., «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», Bacigalupo Zapater (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 61-78.

- «La reforma de las falsedades documentales», *LL*, 1996-1, pp. 1668-1672.

- «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», *AAMN*, 37, 1998, pp. 11-29.

- «La tutela penal de la información societaria dirigida al público en el ámbito del mercado financiero», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1041-1058.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- «El nuevo derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP)», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 161-172.

- «Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva», *LL*, 2009-2, pp. 1287-1291.

- «Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal», *EP–DP*, 61, 2010, pp. 30-31.

- «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de 'compliance'», *LL*, 9 de julio de 2010, pp. 1-5.

BACKER, L. C., «The Sarbanes-Oxley Act: Federalizing Norms for Officer, Lawyer and Accountant Behavior», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 897-951.

BAECKER, D., «Why Systems», *TC&S*, 18, 2001, pp. 59-74 (traducción al castellano de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Por qué una teoría de sistemas?», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 3-19).

BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, EDERSA, Madrid, 1983.

BAGGOTT, R., «Regulatory Reform in Britain, The Changing Face of Self-Regulation», *PA*, 67, 1989, pp. 435-454.

BAIGÚN, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Madrid, 2000.

BAILEY, D. K., *Sociology and the New Systems Theory*. *Toward a Theoretical Synthesis*, State University of New York Press, Nueva York, 1994.

BAINBRIDGE, S. M., «Why a Board? Group Decision-making in Corporate Governance», *VandLRev*, 55, 2002, pp. 1-55.

- «Sarbanes-Oxley: Legislating in Haste, Repenting in Leisure», *CorpGovLRev*, 2, 2006, pp. 69-96.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.

- «Ética empresarial y Derecho penal», *BCE,* 50,1990, pp. 29-35.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 101-119.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español», Mir Puig y Luzón Peña (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 17-34.

- «Culpabilidad y persona jurídica», Martínez-Buján Pérez (dir.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, pp. 13-27.

- y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, CERA, Madrid, 2001.

- y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La responsabilidad penal de los auditores», *RCyE*, 2, 1990, pp. 28-34.

BALDWIN, J. R./ JOHNSON, J., «Entry, Innovation and firm growth», Ackermann (ed.), *Are Small Firms Important? Their role and impact in the US*, Springer, Norwell, 1991, pp. 51-78.

BALDWIN, R., «Health and Safety at Work: Consensus and Self-Regulation», Baldwin, R. y McCrudden (eds.), *Regulation and Public Law*, Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1987.

- «Why Rules Don't Work», *ModLRev*, 53, 1990, pp. 321-337.

- y CAVE, M., *Understanding regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

BALKIN, M., «Deconstructive Practice and Legal Theory», *YaleLJ*, 96, 1987, pp. 743-786.

- «Nested Oppositions», *YaleLJ*, 99, 1990, pp. 1669-1705.

BALOCCHI, E., *La Buona Condotta*, Giuffrè, Milán, 1960.

BANERJEE, N., «Who will needle regulators now that Enron´s muzzled?», THE NEW YORK TIMES, 20 de enero de 2002.

BAÑERES SANTOS, F., «Delito fiscal (art. 305, 306 y 307)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 259-262.

BAUMOL, W. J., *Business Behaviour, Value And Growth*, MacMillan, Nueva York, 1959.

BARATTA, A., «Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, 24, 1984, pp. 533-551.

BARBER, B./ LOBEL, L. S., «'Fashion' in women´s clothes and the American Social system», *Social Forces*, 31, 1952, pp. 124-131.

BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de las empresas?», Arroyo y Tiedemann (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 25-42.

BÁRCENA, I./ SCHÜTTE, P., «El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos», *RDAm*, 19, 1997, pp. 13-42.

BARDACH, E., *The Implementation Game*, MIT Press, Cambridge – Massachussets, 1977.

BAREL, Y., *Le paradoxe et le système*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1979.

BARNARD, C. I., *The Functions of the Executive*, Cambridge University Press, Cambridge, 1938.

BARNARD, J. W., «Historical Quirks, Political Opportunism, and the Anti-Loan Provision of the Sarbanes-Oxley Act», *Ohio Northern University Law Review*, 31, 2005, pp. 325-358.

BARRIS, L. J., «The Overcompensation Problem: A Collective Approach to Controlling Executive Pay», *IndLJ*, 68, 1992, pp. 59-100.

BARTLE, I./ VASS, P., «Self-Regulation within the Regulatory State», *PA*, 85, 2007, pp. 885-905.

BARTLETT, C. A./ GLINSKA, M., *Enron´s Transformation: From Gas Pipeline to New Economy Powerhouse*, Harvard Business School Press, Boston, 2001.

BARWISE, J./ ETCHEMENDY. J., *The Liar: An Essay in Truth and Circularity*, Oxford University Press, Nueva York, 1987.

BASINGER, B. D., «Organizational Theory and the Criminal Liability of Organizations», *BULRev*, 71, 1991, pp. 341-376.

BASSOLS COMA, M., «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *RAP*, 82, 1977, pp. 61-111.

BATESON, G., *Mind and Nature: A Necessary Unity*, Dutton, Nueva York, 1979.

BAUDRILLARD, J., *La génesis ideológica de las necesidades* Anagrama, Barcelona, 1976.

- *El intercambio simbólico y la muerte*, Monte Ávila Latinoamericana, Caracas, 1993.

- *Cultura y Simulacro*, Kairós, Barcelona, 1984.

- *El otro por sí mismo*, Anagrama, Barcelona, 1994.

- *The Consumer Society. Myths and structures*, Sage, Londres, 1998.

BAUMOL, W. J., *Behaviour, Value and Grouth*, MacMillan, Nueva York, 1959.

BAYNES, L. M., «Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 875-896.

BAZERMAN, M. H./ LOEWENSTEIN, G./ MOORE, D. A., «Why Good Accountants Do Bad Audits», *HarvBusRev*, 80, 2002, pp. 96-104.

BEASLEY, M. S./ CARCELLO, J. V./ HERMANSON, D. R., «Lessons from Fraud Related SEC Cases: Top 10 Audit Deficiencies», *JAcy*, 191, 2001, pp. 63-66.

BEAVER, W. H., «What Have We Learned From The Recent Corporate Scandals That We Did Not Already Know?», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 155-168.

BEBCHUCK, L. A./ FRIED, J. M., «Executive Compensation as Agency Problem», *JEP*, 17, 2003, pp. 71-92.

BECHMANN, G., «Reflexive Law: A New Theory-Paradigm for Legal Science?», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 417 y ss.

- «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», *Cuadernos de Sección*, 2, 1995, pp. 59-98.

BECK, A., «Is Law an Autopoietic System?», *OxJLS*, 14, 1994, pp. 401-418.

BECK, U., «De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 19-40.

- «La modernidad 'reflexiva'», Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, Barcelona, 1996, pp. 199-265.
- *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, Paidós, Madrid, 1998.
- *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, El Roure, Barcelona, 1998.
- *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

BECKER, G., *Teoría económica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

BELANDO GARÍN, B., *La protección pública del inversor en el mercado de valores*, Civitas, Madrid, 2004.

BELL, D., *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*, Basic Books, Nueva York, 1973.

BELLVEHÍ MUÑOZ, J., *Las* stock options *en España. Estudio jurídico de los aspectos mercantiles, fiscales, retributivos y laborales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

BENN, E., *Britain´s Industrial Future: Being the Report of the Liberal Industrial Inquiry*, E. Benn, Ltd, Londres, 1928.

BEN-AMI, D., *Cowardly Capitalism: The Myth of the Global Financial Casino*, Wiley & Sons, Indianápolis, 2001.

BENEISH, M., «Detecting GAAP Violation: Implications for Assessing Earnings Management among Firms with Extreme Financial Performance», *JAcc&PubPol'y*, 16, 1997, pp. 271-309.

BENJAMIN W., «Critique of Violence», *Selected Writings*, I, Belknap, Cambridge, 2000 [1996], pp. 236-252.

BERGER, P./ LUCKMANN, T., *The Social Construction of Reality*, Anchor Press, Nueva York, 1966.

BERKOVITZ, A., «La Auditoría en la Legislación mercantil española hasta 1982», *RDM*, 165-166, 1982, pp. 443-495.

BERLE A./ MEANS, G., *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace & World, Nueva York, 1932.

BERLINSKI, D., «Philosophical Aspects of Molecular Biology», *JPhil*, 69, 1972, pp. 319-335.

BERNILE, G./ JARREL, G. A./ MULCAHEY, H., «The Effect of the Options Backdating Scandal on the Stock-Price Performance of 110 Accused Companies», *Simon School Working Paper No. FR 06-10*, 2006, pp. 1-18.

BERRIEN, F. K., *General and Social Systems*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1968.

BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2007.
- *Delitos de dominio y de infracción de deber*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2009.

BERTALANFFY, L. V., «The Theory of Open Systems in Physics and Biology», *Science*, 111, 1950, pp. 23-29.
- «An Out-line of General Systems Theory», *BritJPhilSci*, 1, 1950, pp.134-165.
- *Problems of Life. An Evaluation of Modern Biological Thought*, Harper, Nueva York, 1952.
- «General System Theory: A Critical Review», *GS*, 7, 1962, pp. 1-20.
- «The history and status of general Systems theory», Klir (ed.), *Trends in General Ssytems Theory*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1972, pp. 21-41.
- *General system theory: foundations, development, applications*, George Braziller, Nueva York, 1969 (traducción al castellano a cargo de ALMELA, J., *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976).

- *Perspectivas en la Teoría General de Sistemas. Estudios científicos-filosóficos,* Alianza, Madrid, 1986.
- «Das Problem der juristischen Persönlichkeit», *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Abhandlungen der Rechts- und taatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig, 1927.

BETANCOR, A., «La Comisión Nacional del Mercado de Valores como Administración independiente», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 171-190.

BISBAL I MENÉNDEZ, J., «Las cuentas anuales», *RDSM*, 1994, pp. 591-613.

BLACK, B. B./ METZGER, B. O'BRIEN, T./ MOO SHIN, Y., «Corporate Governance in Korea at the Millennium: Enhancing International Competitiveness (Financial Report and Legal Reform Recommendations to the Ministry of Justice of the Republic of Korea)», *JCorpL*, 26, 2001, pp. 537-608.

BLACK, J., «Constitutionalising Self-Regulation», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 24-55.
- «Descentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post-regulatory World», *CLP*, 54, 2001, pp. 103-147.
- «'Which Arrow? Rule Type and Regulatory Policy», *PL*, 1995, pp. 94-117.

BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», *LL*, 23 de diciembre de 2010, pp. 23-27.

BLAUBERG, I. V./ SADOVSKY, V. N./ YUDIN, E. G., «Some Problems of General Systems Development», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, I, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 245-270.

BOGLE, J., «The depth and breadth of the financial scandals», *Challenge*, 49, 2006, pp. 23-32.

BOIX PALOP, A., «De McDonald's a Google: la ley ante la tercera revolución productiva», *PyD*, 1, 2007, pp. 124-147.

BOJE, D. M./ GARDNER, C. L./ SMITH, W. L., «(Mis)Using Numbers in the Enron Story», *ORMJ*, 9, 2006, pp. 456-474.

BOJE, D. M./ ROSILE, G. A., «Enron whodunit?», *Ephemera*, 2, 2002, pp. 315-327.

BOOT, W. A./ MACEY, J. R., «Monitoring Corporate Performance: The Role of Objectivity, Proximity, and Adaptability in Corporate Governance», *CornLRev*, 89, 2004, pp. 357-360.

BORDIEU, P., «La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique», *ARSS*, 64, 1986, pp. 3-19.

BOTOSAN, C., «Disclosure Level and the Cost of Equity Capital», *AccRev*, 72, 1997, pp. 323-350.

BOULDING, K., «The Individual Social and Economic Organism», *A Reconstruction of Economics*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1950, pp. 26-38.
- «General Systems Theory: The Skeleton of Science», *GS*, 1, 1956, pp. 197-208.

BOYLE, J., «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», *UPennLRev*, 133, 1985, pp. 685-780.

BRAITHWAIT, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2005.

BRANSON, D. M., «Intracorporate Process and the Avoidance of Director Liability», *WkFtLRev*, 24, 1989, pp. 97-102.

BRANSON, D. M., «Enron-When All Systems Fail: Creative Destruction or Roadmap to Corporate Governance Reform?», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 989-1022.

BRATEN, S., «Systems Research and Social Science», Klir (ed.), *Applied Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1978, pp. 655-685.
BRATTON, W. W., «Enron and the Dark Side of Shareholder Value», *TulLRev*, 76, 2002, pp. 1275-1360.
- «Enron, Sarbanes-Oxley and Accounting: Rules Versus Principles Versus Rents», *VillLRev*, 48, 2003, 1023-1053.
- y MCCAHERY, J. A., «Comparative Corporate Governance and the Theory of the Firm: The Case Against Global Cross Reference», *ColJTransL*, 38, 1999, pp. 213-297.
BRICKEY, K. F., «Enron's Legacy», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 263-275.
- «Andersen's Fall from Grace», *WashLRevQ*, 81, 2003, pp. 917-960.
- «From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley», *WashULQ*, 81, 2003, pp. 370-375.
- «In Enron's Wake: Corporate Executives on Trial», *JCrimL&Crim'y*, 96, 2006, pp. 397-434.
BRINKINSHAW, P./ LEWIS N./ HARDEN, I., *Government by Moonlight: The Hybrid Parts of the State,* Routledge, Londres, 1990.
BROWN, J. R., «Criticizing the Critics: Sarbanes-Oxley as Quack Corporate Governance», *MarqLRev*, 90, 2006, pp. 309-335.
BRUDNEY, V., «The Independent Director - Heavenly City or Potemkin Village?», *HarvLRev*, 95, 1981, pp. 597-659.
BRYCE, R., *Pipe Dreams: Greed, Ego, and the Death of Enron*, Public Affairs, Nueva York, 2002.
BRTF, *Self-Regulation, Interim Report*, BRTF, Londres, 1999.
- *Alternatives to State Regulation*, BRTF, Londres, 2000.
- *Imaginative Thinking for Better Regulation*, BRTF, Londres, 2003.
BUCK, R. C., «On the logic of General Behaviour Systems Theory», Feigl y Scriven (eds.), *The Foundations of Science and The Concepts of Psychology and Psychoanalysis*, Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Minneápolis, 1956, pp. 223-238.
BUCY, P. H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», *MinnLRev*, 75, 1991, pp. 1095-1184.
BUMILLER, E., «Corporate Conduct: The President Bush Signs Bill Aimed at Fraud in Corporations», THE NEW YORK TIMES, 31 de julio de 2002.
BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho penal económico», *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 213-224.
BUTLER, M./ LEONE, A./ WILLENBORG, M., «An empirical analysis of auditor reporting and its associations with abnormal accruals», *JA&E*, 37, 2002, pp. 139-165.
BUENO ARÚS, F., *La cancelación de antecedentes penales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
CADBURY, A., *Corporate Governance and Chairmanship. A personal View*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
CALAMANTI, A., «La responsabilità penale degli amministratori di società controllate per falsità 'indiretta' del bilancio consolidato», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 13, 2000, pp. 553-590.
CALFEE, J. E./ CRASWELL, R., «Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards», *VaLRev*, 70, 1984, pp. 965-1003.
CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Unión Profesional, Madrid, 1998.
CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección, certificación*, Comares, Granada, 2003.

- «La jurisprudencia ante el ejercicio privado de la función pública de control técnico por razones de seguridad», *PJ*, 56, 1999, pp. 459-479.

CANCIO MELIÁ, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?: algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», Corcoy Bidasolo y Mir Puig (eds.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Reus, Madrid, 2006, pp. 3-16.

- y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos de organización*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

CANTARINEU, E./ PÉREZ, D., «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *EF*, 14, 2008, pp. 87-121.

CANUT, J. M., «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el CP de 1995», Del Rosal Blasco (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 171-180.

CAPPELLETTI, M., «Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility», *AmJCompL*, 31, 1983, pp. 1-62.

CARBAJALES, M., «Hacia un buen gobierno corporativo», *AF*, 90, 2003, pp. 89-98.

CARBONELL MATEU, J. C., «Alternativas al Derecho penal», *Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 215-221.

- y MORALES PRATS, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55-86.

CARMICHAEL, D. R., «Behavioural Hypothesis of Internal Control», *AccRev*, 45, 1970, pp. 235-245.

CARNEY, W. J., «The costs of being public after Sarbanes-Oxley: The irony of "going to private"», *EmLJ*, 55, 2006, pp. 141-160.

CARO JOHN, J. A., «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *ADPAPDP*, 2003, pp. 49-71.

CARRASCO, I., «Ethics and Banking», *IAER*, 12, 2006, pp. 43-50.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *Polémica y reforma universitaria en Alemania (Libertad científica, cogestión y numerus clausus)*, Civitas, Madrid, 1976.

CASSELL, C./ JOHNSON, P./ SMITH, K., «Opening the Black Box: Corporate Codes of Ethics in their Organizational Context», *JBusEth*, 16, 1997, pp. 1077-1093.

CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Comares, Granda, 2000.

CASTILLA, M., *Regulación y competencia en los Mercados de Valores*, Civitas, Madrid, 2001.

CASTILLO BLANCO, F. A., «El régimen jurídico de los emisores de valores», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 351-408.

CASTORIADIS, C., «La logique des magmas et la question de l'autonomie», Dumouchel y Dupuy (eds.), *L'auto-organisation. De la physique au politique*, Seuil, París, 1983, pp. 412-451.

CATANACH, A. H./ RHOADES-CATANACH, S., «Enron: A Financial Reporting Failure?», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 1057-1076.

CATARINEU, E./ PÉREZ, D., «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *EF*, 14, 2008, pp. 87-121.

CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos jurídico-laborales de las "stock options". Comentario a las SSTS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2001», *AS*, 5, 2002, pp. 31-48.

CAVICO, F. J., «Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis», *STexLRev*, 45, 2004, pp. 543-645.

CEREZO MIR, J., «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo», *RDPC*, 10, 2002, pp. 47-72.

CERUTI, M., «La hybris dell'omniscienza e la sfida della complessitá», Bocchi *et al*. (eds.), *La sfida della complessita*, Feltrinelli, Milán, 1985, pp. 25-48.

CHANEY, P. K./ PHILIPICH, K. L., «Shredded Reputation: The Cost of Audit Failure», *JAccRes*, 40, 2002, pp. 1221-1245.

CHASE, C. B., «To shred or not to shred: Document retention policies and federal obstruction of justice statutes», *FordJCorp&FinL*, 8, 2003, pp. 721-763.

CHATTERJEE, P., «Enron: Pulling the Plug on the Global Power Broker», *CorpWatch*, 13 de diciembre de 2001.

CHERRY, M., «Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law», *WashLRevAss*, 79, 2004, pp. 1029-1123.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio», *AP*, 8, 1995, pp. 95-105.

- «Información societaria y protección penal del inversor», *LL,* 2002-7, pp. 1642-1654.
- *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Bosch, Barcelona, 2003.
- «Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 291-302.

CHOI, S., «Market Lessons for gatekeepers», *NwULRev*, 92, 1998, pp. 916-966.

CHOO, C. W., «The Knowing Organization: How Organizations Use Information to Construct Meaning, Create Knowledge and Make Decisions», *IJIM*, 16, 1996, pp. 329-340.

CHRISTIE, N., «Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 127-141.

CIDONCHA MARTÍN, A., «Los mercados de valores: mercados primarios y secundarios. Las Bolsas de Valores», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 103-170.

CLEMENTE CASAS, I./ ÁLVAREZ FEIJOO, M., «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal?¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *AJUM*, 2011-28, pp. 26-47.

COASE, R. H., «The Problem of Social Cost», *JL&E*, 3, 1960, pp. 1-69.

- «The Nature of the Firm», *Economica*, 4, 1937, pp. 386-405.

COATES, J. C., «The goals and promise of the Sarbanes-Oxley Act», *JEP*, 21, 2007, pp. 91-116.

COFFEE, J. C., «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *AmCrimLRev*, 17, 1980, pp. 419-478.

- «No Soul to Damn; No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *MichLRev*, 79, 1981, pp. 386–459.
- «Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web», *MichLRev*, 85, 1986, pp. 1-109.
- «The Uncertain Case for Take Over Reform: An Essay on Stockholders, Stakeholders and Bust-Ups», *WnLRev*, 1988, pp. 435-466.

- «Liquidity Versus Control: The Institutional Investor as a Corporate Monitor», *ColLRev*, 91, 1991, pp. 1277-1368.
- «The SEC and the Institutional Investor: A Half-Time Report», *CarLRev*, 15, 1994, pp. 837-908.
- «The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence, and the Governance of Accounting», *ColLSch*, 191, 2001, pp. 1-62.
- «Understanding Enron: It´s About the Gatekeepers, Stupid», *BusLRev*, 57, 2002, 1-29.
- «The Attorney as gatekeeper: An Agenda for the SEC», *ColLRev*, 103, 2003, pp. 1293-1316.
- «What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 269-309.
- «Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms», *BtULRev*, 84, 2004, pp. 301-364.
- «A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ», *OxRevEcPol'y*, 21, 2005; pp. 198-211.
- *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

COHEN, F. S., «Trascendental Nonsense and the Functional Approach», *ColLRev*, 35, 1935, pp. 809-849.

COHN, M. J., «Asset Securitization: How Remote Is Bankruptcy Remote?», *HofLRev*, 26, 1998, pp. 929-980.

COING, H., *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (History and Meaning of the Idea of Systems in Jurisprudence), Klostermann, Fráncfort, 1956.

COLVIN, E., «Corporate Personality and Criminal Liability», *CrimLFu*, 6, 1995, pp. 1-44.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1997.

CONTI, L., «La revisione del Diritto penale societario», *Le società*, 2, 2000, pp. 185-188.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 25-40.

CORNELL, D., «The Relevance of Time to the Relationship Between the Philosophy of the Limit and Systems Theory», *CarLRev*, 13, 1992, pp. 1579-1603.

CORTÉS BECHIARELLI, E., «Delitos contra la Hacienda Pública para épocas de crisis (o sobre el Derecho penal recaudador) (arts. 305, 306, 307, 308, 309 y 310 bis)», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 347-354.

CORTIJO GALLEGO, V., «Impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en la regulación del sistema financiero español», *BEICE*, 2907, 2007, pp. 43-51.

COTTERRELL, R., «Law and Sociology: Notes on the Constitution and Confrontation of Disciplines», *JL&S*, 13, 1986, pp. 9-34.

COWTON, C. J., «Integrity, responsibility and affinity: Three aspects of ethics in banking», *BusEthEurRev*, 11, 2002, pp. 393-400.

CRAMTON, R. C., «Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues», *BusLRev*, 58, 2003, pp. 143-187.

CRESPI, A., «Le comunicazioni sociali con unico destinatario», *Rivista della Società*, 1988, pp. 1121-1133.

CROTTY, J./ EPSTEIN, G., «Proposals for Effectively Regulating the U.S. Financial System to Avoid Yet Another Meltdown», *Working Paper of the Department of Economics and Political Economy Research Institute of the University of Massachusets*, 181, 2008, pp. 1-16.

CROZIER, M., *The Crisis of Democracy*, New York University Press, Nueva York, 1975.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, I, Bosch, Barcelona, 1951.

CUELLO CONTRERAS, J., «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *CPC*, 97, 2009, pp. 19-67.

CUENCA GARCÍA, A., *Régimen jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Comares, Granada, 1999.

CUENCA GARCÍA, A., *Régimen jurídico de las opciones sobre las acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Comares, Granada, 1999.

CUENCA MIRANDA, J. M., «Autorregulación y mercados financieros», *ICE – Sistema financiero: novedades y tendencias*, 801, 2002, pp. 123-144.

CULLER, J., *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Cornell University Press, Cornell, 1982.

CUNNINGHAM, L. A., «Sharing Accounting´s Burden: Business Lawyers in Enron´s Dark Shadow», *BusLRev*, 57, 2002, pp. 1421-1430.

- «The Sarbanes-Oxley Yawn: Heavy Rhetoric, Light Reform (And it Might Just Work)», *UConnLRev*, 36, 2003, pp. 915-957.

CUTLER, M. G., «Sarbanes-Oxley: Section 404 and the death of the small public company», *Berkeley Electronic Press*, 1254, 2006.

CUYÁS PALAZÓN, M. M., «Las sociedades de inversión», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 265-349.

CYERT, R. M./ MARCH, J. G., *Behavioral Theory of the Firm*, Blackwell, Oxford, 1992.

DAHRENDORF, R., *Hommo sociologicus: un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

DALTON, C., «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrines», *YaleLJ*, 94, 1985, pp. 997-1116.

DARBY, M. R./ KARNI, E., «Free Competition and the Optimal Amount of Fraud», *JL&E*, 16, 1973, pp. 67-88.

DARLEY, J. M., «The Cognitive and Social Psychology of Contagious Organizational Corruption», *BrookLRev*, 70, 2005, pp. 1177-1194.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Universitat de Girona, Girona, 2003.

- *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- «Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental», Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, pp. 325-344.

- «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 349-386.

- «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 631-668.

DAVIS, M., «How mutch Punishment does a Bad Samaritan deserve?», *L&Phil*, 15, 1996, pp. 93-116.

- CROAL, H. y TYRER, J., *Criminal Justice. An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, Londres/Nueva York, 1995.

DAVIS, K., «A conceptual analysis of stratification», *AmSocRev*, 7, 1942, pp. 309-321.

DE DOELDER, H., «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda», *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 497-499.

DE FOND, M. L./ FRANCIS, J. R., «Audit Research after Sarbanes-Oxley», *AJP&T*, 24, 2005, pp. 5-30.

DE FOND, M. L./ JIAMBALVO, J., «Incidence and circumstances of accounting errors», *AccRev*, 66, 1991, pp. 643-655.

DE FOLTER, R. S., «Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 57-86.

DEGGAU, H. G., «The Communicative Autonomy of the Legal System», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 128-151.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 151-182.

DE LA PEÑA SÁNCHEZ, J., «Del COSO al Informe Aldama», *SiC*, 54, 2003, p. 52.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Algunas reflexiones sobre la naturaleza salarial de las stock-options (en torno a la sentencia de 5 de junio de 2000 del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid)», *PS*, 56, 2000.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., «El nuevo tratamiento penal de la participación del *extraneus* en delitos especiales», *LL*, 2005-4, pp. 1321-1330.

DELAUME, G. R., «Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of Lex Mercatoria», *TulLRev*, 63, 1989, pp. 575-611.

DELEUZE, G./ GUATTARI, F., *Rizoma (Introducción)*, Pre-Textos, Valencia, 1977.

- *El Anti-Edipo: capitalismo y esquizofrenia*, Paidós, Barcelona, 1995.

- *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*, Pre-Textos, Valencia, 1994.

DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ-ÁLVAREZ, M., «Requisitos de forma y publicidad: Las Sociedades irregulares en Derecho español», *RDSM*, 3, 1994, pp. 267-280;

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «La regulación económica como alternativa», *RDA*, 130, 2006, pp. 227-254.

DEL REY GUANTER, S./ BONILLA BLASCO, J., «La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001», *AL*, 3, 2001, pp. 637-658.

DEL ROSAL BLASCO, B., «El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código penal de 1995», Del Rosal Blasco (dir.), *Empresa y Derecho penal, I*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 61-149.

- *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1404-1446.

DEMB, A./ NEUBAUER, F., *The Corporate Board: Confronting the Paradoxes*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

DENHARDT, K. G., «Unearthing the Moral Foundations of Public Administration: Honor, Benevolence, and Justice», Bowman (ed.), *Ethical Frontiers in Public Management*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1991, pp. 91-114.

DE ORDUÑA, C./ VIÑOLAS, P., «Gobierno corporativo y valoración de empresas», *AF*, 90, 2003, pp. 81-87.

DERRIDA, J., «Le puits et la pyramide. Introdution à la sémiologie de Hegel», *Marges de la philosophie*, De Minuit, París, 1972, pp. 79-127.

- *Glas*, Galilée, París, 1974.

- *Writing and Difference*, University of Chicago Press, Chicago, 1978.

- *The Truth in Painting*, University of Chicago Press, Chicago, 1987.

- *Of Grammatology*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1998.

- «Force of Law: The Mystical Foundation of Authority», *CarLRev*, 11, 1989-1990, pp. 920-1046.

- *Given time*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

- *Spectres de Marx: l'état de la dette, le travail du deuil et la nouvelle internationale*, Gailée, París, 1993, pp. 73-75.

DE SOTO CARNIAGO, J. J., «El falseamiento en la información social en las sociedades mercantiles», *AFD(UE)*, 14-15, 1996-1997, pp. 443-456.

DE TOLEDO Y UBIETO, O., «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», *ADPCP*, 62, 2009, pp. 93-155.

DEUTSCH, K. W., «On the Interaction of Ecological and Political Systems: Some Potential Contributions of the Social Sciences to the Study of Man and His Environment», *Social Science Information*, 13, 1974, pp. 5-15.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DE VILLIERS, E., «Who will bear moral responsibility?», *Comm*, 28, 2002, pp. 16-21.

DEZALAY, Y./ GARTH, B., «Merchants of Law as Moral Entrepreneurs», *L&SRev*, 29, 1995, pp. 12-27.

DIAS, R. W. M., «Autopoiesis and the Judicial Process», *Rechtstheorie*, 11, 1980, pp. 257-282.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Los delitos societarios en la reforma penal», *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 151-165.

- «Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el artículo 296», *LL*, 2000-7, pp. 1310-1315.

- «Prólogo a la Trigésima Sexta Edición», *Código Penal y Legislación Complementaria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 19-22.

DÍAZ MÉNDEZ, N., «Responsabilidad de los auditores de cuentas: cuestiones procesales», *LL*, 1994-2, pp. 940-943.

DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., «La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del código penal de 1995», *RdPP*, 7, 2002, pp. 119-149.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 107-130.

DI NICOLA, P., «La falsificazione dei bilanci como instrumento di criminalità económica», *Il diritto penale europeo dell'economia. Incontro di studio e documentazione per i magistrati*, Roma, 1983, pp. 120 y ss.

DOBSON, J., «The Role of Ethics in Global Corporate Culture», *JBusEth*, 9, 1990, pp. 441-448.

DONSALDSON, T./ PRESTON, L. E., «The Stakeholder theory of the corporation: Concepts, evidence, and implications», *AcManRev*, 20, 1995, pp. 65-91.

DOUGLAS, M., *How Institutions Think*, Syracuse University Press, Siracusa, 1986.

DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DOWD, K., «The Case for Financial Laissez-Faire», *EcJ*, 106, 1996, pp. 679-687.

DOYLE, J./ GE, W./ MCVAY, S., «Determinants of Weaknesses in internal control over financial reporting», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 193-223.

DRANE, R. W./ NEAL, D. J., «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *CalLRev*, 68, 1980, pp. 398-421.

DRAZIN, R./ SUNDERLANDS, L., «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», *Organization Science*, 3, 1992, pp. 230-249.

DÜNKELSBÜLER, U., «Rahmen-Gesetze und Parergon-Paradox: Eine Übersetzungsaufgabe», Gumbrecht y Pfeiffer (eds.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Suhrkamp, Fráncfort, 1991, pp. 207-223.

DUPUY, J. P., «Deconstructing Deconstruction: Supplement and Hierarchy», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 101-112.

- «On the Supposed Closure of Normative Systems», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 51-69.

DURAND BAQUERIZO, E., «El diseño de un modelo integrado de información sobre control interno», *UBusRev*, 4, 2004, pp. 88-101.

DURBIN, E. F. M., «Economic Calculus in a Planned Economy», *EcJ*, 46, 1036, pp. 676-690.

DURKHEIM, E., *Division of Labor in Society*, The Free Press, Glencoe, 1947.

EASTERBROOK, F. H./ FISCHEL, D. R., «Mandatory Disclosure and the Protection of Investors», *VaLRev*, 70, 1984, pp. 669-715.

EATWELL, J./ TAYLOR, L., *Finanzas globales en riesgo: un análisis a favor de la regulación internacional*, Siglo XXI, Buenos Aires/Madrid, 2006.

ECKHOFF, T., «Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems», *Scandinavian Studies in Law*, 22, 1978, pp. 41-51.

- y SUNDBY, N. K., «The Notion of Basic Norms of Jurisprudence», *Scandinavian Studies in Law*, 19, 1975, pp. 123-151.

EDER, K., «Learning and the Evolution of Social Systems. An Epigenetic Perspective», Schmid (ed.), *Evolutionary Theory in Social Science*, Kluwer, Dordrecht, pp. 101-125.

EIGEN, M./ WINKLER, R., *Das Spiel der Natur. Naturgesetze steuern den Zufall*, Piper, Múnich, 1983.

EISENBERG, M. A., «Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors and Accountants», *CalLRev*, 63, 1975, pp. 375-439.

ELSON, C. M., «Enron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 496-502.

- y GIVES, C. J., «The Enron Failure and Corporate Governance Reform», *WkFtLRev*, 38, 2003, pp. 855-884.

ELSTER, J., *Explaining Technical Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985

- *The Multiple Self*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003.

EMERY, F. E./ TRIST, E. L., *Towards a Social Ecology: Contextual Appreciation of the Future in the Present*, Springer, Londres/Nueva York, 1975.

ENGEL, E./HAYES, R. M./ WANG, X., «The Sarbanes-Oxley Act and firms' going-private decisions», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 116-145.

ENRIQUES, L./ VOLPIN, P., «Corporate Governance Reforms in Continental Europe», *JEP*, 21, 2007, pp. 117-140.

ENTRENA RUIZ, D. B., «El régimen de supervisión, inspección y sanción del mercado de valores, en particular del abuso de mercado», Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (dir.), *Derecho de la regulación económica II. Mercado de Valores*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 519-582.

ESCOBAR, P., «The Rovin Eye, Part I: Pipelineistan», THE ASIA TIMES, 26 de enero de 2002.

ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.

ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.

- «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP*, 149, 1999, pp. 37-62.
- *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- «La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos», *RAP*, 161, 2003, pp. 53-82.
- *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 39-50.
- *El desconcierto del Leviatán. Política t derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ETTREDGE, M./ LI, CH./ SUN, L., «The Impact of Internal Control Quality on Audit Delay in the SOx Era», *AJP&T*, 25, 2006.

ETZIONI, A., «Mixed-Scanning: A Third Approach to Decision-Making», *PAR*, 27, 1967, pp. 385-392.

EWALD, F., «The Law of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 36-50.

FAIRFAX, L. M., «The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 953-977.

- «Form Over Substance?: Officer Certification an the Promise of Enhanced Personal Accountability under the Sarbanes-Oxley Act», *RutLRev*, 55, 2002, pp. 1-64.

FALCÓN Y TELLA, M. J./ FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de las sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FANG, K. C./ JACOBS, B., «Clarifying and Protecting Materiality Standards in Financial Statements: A Review of SEC Staff Accounting Bulletin 99», *BusLRev*, 55, 2000, pp. 1039-1064.

FANLO LORAS, A., *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales. La administración corporativa en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1992.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- «Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los arts. 296 y 297 del Código Penal de 1995», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 49-69.

- *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *EPC*, 23, 2002, pp. 59-98.
- *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FARRANDO MIGUEL, I., «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el Mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 17 de julio de 2006)», *RDS*, 27, 2006, pp. 355-435.
- «Una aproximación al 'Buen Gobierno' de las sociedades anónimas abiertas», *RDS*, 26, 2006, pp. 157-202.

FARRAR, J., *Corporate Governance in Australia and New Zealand*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

FEBBRAJO, A., «The Rules of the Game in the Welfare State», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 128-150.
- «The Autopoietic Approach and its Form», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 19-32.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Un medio eficaz de protección del medio ambiente?» *RPCP*, 9, 1998, pp. 235-293.
- *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del 'fin de protección de la norma de cuidado'*, Bosch, Barcelona, 2001.
- *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2003.
- «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 307-342.
- «Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad del riesgo'. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI.* Liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Cólex, Madrid, 2006, pp. 137-176.
- *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2007.
- «Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas», *LP*, 40, 2007, pp. 5-25.
- «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 200-257.
- *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2009.
- «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, 2009-2, pp. 1-74.

FELDMAN, M. S./ MARCH, J. G., «Information in organizations as signal and symbol», *AdmSciQ'y*, 26, 1981, pp. 171-186.

FERGUSON, M. J./ SEOW, G. S./ YOUNG, D., «Nonaudit Services and Earnings Management: U.K. Evidence», *ContAccRes*, 21, 2004, pp. 813-841.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ-ACEBO, A., *Las normas de conducta en el derecho del mercado de valores*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000.
- «Reflexiones acerca del papel de los controles externos sobre el gobierno corporativo de la sociedad cotizada y el derecho preventivo de las crisis empresariales», *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 61-156.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El Derecho mercantil en el siglo XX», *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- «Códigos de conducta y administración de sociedades», *Responsabilidad de Consejos y Altos Cargos de Sociedades de Capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 319-339.
FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.
FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.
FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009.
FERRANDO MIGUEL, I., «Una aproximación al 'Buen Gobierno' de las sociedades anónimas abiertas», *RDS*, 26, 2007, pp. 157-202.
FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código penal*, Praxis, Barcelona, 1988.
- «Las falsedades en la información social: artículo 290 del Código Penal», *AP*, 44, 1998, pp. 877-887.
- «Sujetos responsables en los delitos societarios», *RP*, 1, 1998, pp. 21-29.
FETTER, F. A., *The Masquerade of Monopoly*, A. M. Kelley, Nueva York, 1971.
FILANGIERI, G., *Scienza della legislazione*, *III*, G. Silvestri, Milán, 1817.
FINZI, M., *I reati di falso*, *II*, Bocca, Turín, 1908.
FISCH, J. E./ ROSEN, K. M., «Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 1097-1138.
FISCHEL, D. R./ SYKES, A. O., «Corporate Crime», *JLS*, 25, 1996, pp. 319-349.
FISCHER, J. M., «Recent work on moral responsibility», *Ethics*, 110, 1999, pp. 93-139.
FLETCHER, G. P., «Paradoxes in Legal Thought», *ColLRev*, 85, 1985, pp. 1263-1292.
FOERSTER, H. V., *Observing Systems*, CA: Intersystems Publications, Seaside, 1981.
- *Las semillas de la cibernética. Obras escogidas*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Fráncfort, 1993.
- «What is Memory that it may have Hindsight and Foresight as Well?», *Understanding Understanding. Essays on Cybernetics and Cognition*, Springer, Nueva York, 2003, pp. 101-131.
- «Cybernetics of Cybernetics», *Understanding Understanding. Essays on Cybernetics and Cognition*, Springer, Nueva York, 2003, pp. 283-286.
FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *RP*, 12, 2003, pp. 61-71.
- y NIETO MARTÍN, A., «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *RP*, 17, 2006, pp. 110-141.
FOGLIA MANZILLO, F., «Le false comunicazione sociali: nuovi problemi interpretativi», *GP,* 2, 1990, pp. 379-383.
FOUCAULT, M., *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI, México, 1974.
FOX, M. L., «To Tell or Not To Tell: Legal Ethics and Disclosure After Enron», *ColBusLRev*, 2002, pp. 867-913.
FRANKEL, R. M./ JOHNSON, M. F./ NELSON, K. K., «The Relation Between Auditors' Fees for Nonaudit Services and Earnings Management», *AccRev*, 77, 2002, pp. 1-49.
FRANKFORD, D. M., «The Critical Potential of the Common Law Tradition», *ColLRev*, 94, 1994, pp. 1076-1124.
FRENCH, P. A., «Integrity, Intentions and Corporations», *AmBusLJ*, 34, 1996, pp. 141-155.
FRIED, J. M., «Option Backdating and Its Implications», *Wash&LeeLRev*, 65, 2008, pp. 853-886.
FRIEDLAND, R./ ALFORD, R. R., «Bringing Society Back in Symbols, Practices, and Institutional Contradictions», Powell y Di Maggio (eds.), *The New Institutionalism*

in Organizational Analysis, University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 232-263.

FRIEDMAN, L. M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Sage, Nueva York, 1975.

- «In Defense of Corporate Criminal Liability», *HarvJL&PubPol'y*, 23, 2000, pp. 833-858.

FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación de resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FROST, C. W., «Asset Securitization and Corporate Risk Allocation», *TulLRev*, 72, 1997, pp. 101-157.

FUENZALIDA RIVEROS, E. R., «La auditoría interna y el Gobierno Corporativo», *IAN*, 14, 2004, pp. 4-7.

FUERTES LÓPEZ, M., «La supervisión 'objetiva' de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», *RDByB*, 13, 1993, pp. 7-42.

FULLER, L. L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

FUSARO, P. C./ MILLER, R. M., *What Went Wrong at Enron: Everyone's Guide to the Largest Bankruptcy in U. S. History*, John Wiley & Sons, Indianápolis, 2002.

GABER, N., «Creative analysis puts a new spin on Enron», THE NEW YORK TIMES, 16 de marzo de 2002.

GAHRINGER, R. E., «Punishment as Language», *Ethics*, 76, 1960, pp. 46-48.

GAINES, S. E., «Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development», *BuffEnvtlLJ*, 10, 2002, pp. 1-24.

GALAIN PALERMO, P., «¿La reparación del daño como "tercera vía" punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxín», *Redur*, 3, 2005, pp. 183-220.

GALANTER, M., «Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law», *JLP*, 19, 1981, pp. 1-48.

GALE, C. E. V./ ALLEN, F., *Financial Crises*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

GALINDO MARTÍN, M. A., «La crisis económica estadounidense», *BEICE*, 2946, 2008, pp. 13-22.

GALLEGO DÍAZ, M., «Los delitos societarios y las fundaciones», *RDP*, 14, 2005, pp. 11-54.

GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- «Política criminal en materia de delitos societarios», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 209-294.

GALTUNG, J., «Expectations and Interaction Processes», *Inquiry*, 2, 1959, pp. 213-234.

GANUZA, J. J./ GÓMEZ, J., «Should We Trust the Gatekeepers. Auditors' and Lawyers' Liability for Clients' Misconduct», *InDret*, 2005-310, pp. 1-25.

GARCÍA ALBERO, R., *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA AMADO, J. A., «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, 23, 2000, pp. 233-264.

GARCÍA ARÁN, M., «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 191-200.

GARCÍA CANTIZANO, M. C., «De la relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (Nuevas soluciones a un viejo problema)», *CDJ*, 11, 1995, pp. 233-281.

- *Falsedades documentales: (en el Código penal de 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.

- *Derecho penal económico. Parte General*, Grijley, Lima, 2007.

- «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular», *InDret*, 2006-3, pp. 1-12.
GARCÍA COTARELO, R., *Crítica a la teoría de sistemas*, CIS, Madrid, 1979, pp. 19-48.
GARCÍA COTO, D. J./ BLANCO DIEGO, R., «Códigos de Buen Gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España», *AF*, 90, 2003, pp. 49-62.
GARCÍA CUADRADO, A., «Notas sobre la teoría general de sistemas», *RGIyD*, 5, 1995, pp. 197-213.
GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996.
GARCÍA DE LA RASILLA Y PINEDA, A., «La administración de las grandes sociedades cotizadas en bolsa», *AF*, 90, 2003, pp. 31-40.
GARCÍA FERNÁNDEZ, R./ SUÁREZ ÁLVAREZ, E., «Informe Aldama: el gobierno corporativo en la web», *Partida Doble*, 167, 2005, pp. 68-75.
GARCÍA HOM, A., *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005.
GARCÍA LLOVET, E., «Conocimiento de la norma y seguridad jurídica», *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, *II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1731-1740.
GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.
GARCÍA PELAYO, M., «La teoría general de sistemas», *RevOcc*, 2, 1975, pp. 52-59.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987.
GARRETA SUCH, J. M., *Introducción al Derecho contable*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 218-228.
- *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
GARRIDO, J. M., «La regulación de los mercados financieros en Inglaterra», *RDByB*, 10, 1990, pp. 549-570.
GE, W./ MCVAY, S., «On the Disclosure of material weaknesses in internal control after Sarbanes-Oxley Act», *AcHz*, 19, 2005, pp. 137-158.
GEUS, A., «Planning as learning», *HarvBusRev*, 66, 1988, pp. 71-74.
GIDDENS, A., «Structuralism and the Theory of the Subject», *Central Problems in Social Theory: Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*, University of California Press, Berkeley, 1979, pp. 9-48.
- *Social Theory and Modern Sociology*, Stanford University Press, Stanford, 1987.
- «La vida en una sociedad post-tradicional», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 61-90.
- *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Santillana, Madrid, 2002.
GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)», *RDPC*, 19, 2007, pp. 245-288.
GILMORE, G., «Circular Priority Systems», *YaleLJ*, 71, 1961, pp. 53-74.
GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.
- «La contrarreforma penal de 1995», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 417-423.
GIMÉNEZ ALCOVER, P., *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Bosch, Barcelona, 1993.

GIMÉNEZ ZURIAGA, I., «El gobierno corporativo, el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios», *AF*, 90, 2003, pp. 99-111.

GIULIANI, G., *Instituzioni di dritto criminale*, II, Macerata, Milán, 1856.

GLANVILLE, R., «The Form of Cybernetics: Whitening the Black Box», *General Systems Research: A Science, a Methodology, a Technology*, Society for General Systems Research, Louisville, 1979, pp. 35-42.

- «Inside Every White Box There Are Two Black Boxes Trying To Get Out», *BehSci*, 27, 1982, pp. 1-11.

- «The self and the other: the purpose of distinction», Trappl (ed.), *Cybernetics and Systems '90: the Proceedings of the European Meeting on Cybernetics and Systems Research*, World Scientific, Singapúr, 1990, pp. 1-8 (paper).

- «The purpose of second-order cybernetics», *Kybernetes*, 33, 2004, pp. 1379-1386.

GOLDSMITH, M./ KING, C. W., «Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs», *VandLRev*, 50, 1997, pp. 1-48.

GOLDSTEIN, L., «Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning», *CambLJ*, 38, 1979, pp. 373-391.

GOMARD, B., «Board Members' Liability for Damages», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 209-260.

GÓMEZ ANSÓN, S./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E., «La experiencia del Código Olivencia», *AF*, 90, 2003, pp. 63-71.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal», *ADPCP*, 33, 1980, pp. 467-502.

- *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Cólex, Madrid, 2001.

- «Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores: reflexión con motivo del caso BSCH», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 229-254.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 203-219.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «*Corporate Criminal Liability*: algunas cuestiones sobre responsabilidad penal corporativa en los EEUU», García Cavero (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 279-328.

- «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal», *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, *II*, UEC, Bogotá, 2003, pp. 15-38.

- *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, 08-05, 2006, 1-27.

- «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 93-161.

- «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero Derecho penal empresarial», *DPC*, 15, 2006, pp. 5-34.

- *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, CERA, Madrid, 2006.

- «Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal», Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, *I*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 977-1002.
- «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *CPC*, 88, 2006, pp. 119-153.
- «El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones *de lege data* y *de lege ferenda*», *LL*, 2006-4, pp. 1593-1614.
- «Cuestionable administración desleal societaria por motivos concursales: De los conflictos de interés en sociedades cotizadas participadas mayoritariamente por una concursada», *RDCP*, 8, 2008, pp. 321-332.
- «Aproximación a la influencia del 'gobierno corporativo' sobre el derecho penal económico», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, EURA, Madrid, 2008, pp. 149-157.
- «Corporations as Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholders vs. Managers Debate», *PacLRev*, 28, 2008, pp. 795-813.
- «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 253-313.
- «¿Límites a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre *Business Judgment Rule, Pay for Performance* y administración desleal», *Gobierno Corporativo y Derecho Penal. Mesas Redondas. Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2008, pp. 273-292.
- «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret*, 2008-2, pp. 1-31.
- «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade*, 74, 2008, pp. 225-243.
- «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?», Gómez-Jara Díez (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 151-201.
- «Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?», *InDret*, 2009-2, pp. 1-40.
- «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 221-289.
- «Lecciones del caso Skilling. Primera Parte», *E&J*, 136, 2009, pp. 74-75.
- «La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español», *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 473-518.
- «Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay between self-regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship», *NCrimLRev*, 2010, pp. 1-17.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LL*, 23 de diciembre de 2010, pp. 7-13.
- «Caso Argentia Trust», Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 633-646.

GÓMEZ MARTÍN, V., «Libertad, seguridad y 'sociedad del riesgo'», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 59-90.

- «La "actuación por otro" y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», Carbonell Mateu *et al* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 965-972.

- *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid, 2006.

GONDRA ROMERO, J. M., «Significado y función del principio de 'imagen fiel' ('True and fair view') en el sistema del nuevo Derecho de balances», *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 555-602.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Falsedad documental e imprudencia», *PJ*, 22, 1991, pp. 235-244.

- «La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento *impecable* y *derecho de mínimos*», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 39-44.

- «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 515-521.

GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBOA, L., «Potestades administrativas en los mercados de valores: últimas novedades», *Derecho administrativo económico*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 153-219.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., «Consecuencias jurídico-penales aplicables a la persona jurídica en una futura reforma penal», Bacigalupo Zapater (dir.), *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejeros de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 205-292.

GONZÁLEZ GUERRA, C. M., «El nuevo "falso in bilancio" y su relación con el delito de falsedad en los documentos societarios del CP español. Reflexiones en torno al proceso de reforma del emblemático delito de falsedad en los documentos societarios del art. 2621 núm. 1 del Codice Civile italiano», *AP*, 5, 2002, pp. 83-103.

- «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 163-205.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico», *PyD*, 21, 1989, pp. 23-172.

GONZÁLEZ OQUENDO, J. L., «La presencia de Talcott Parsons en el trabajo teórico de Niklas Luhmann», *Reflexión Política*, 10, 2003, pp. 48-57.

GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *EPC*, 17, 1994, pp. 127-190.

- «Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el proyecto de ley LO 121/000119, de modificación del código penal», *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 137-160.

GONZÁLEZ-VARAS, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, *IV*, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ VIZCAYA, E., «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», *AP*, 10, 1997, pp. 229-241.

GORDON, R., «Critical Legal Histories», *StanLRev*, 36, 1984, pp. 57-126.

GORDON, T. «Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote Trade Sales», *UChiLRev*, 67, 2000, pp. 1317-1345.

GÓRRIZ NÚÑEZ, E., «Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 339-346.

GRACIA MARTÍN, L., «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, 16, 1993, pp. 213-233.

GRANTHAM, R., «Corporate Knowledge: Identification or Attribution?», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 732-737.

GREENWOOD, D. J. H., «Enronitis: Why Good Corporations go Bad», *ColBusLRev*, 2004, pp. 773-848.

GREY, C., «The Real World of Enron´s Auditors», *Organization*, 10, 2003, pp. 572-576.

GRIMM, J./ GRIMM, W., *Deutsches Wörterbuch*, IV, 10, Hirsel, Leipzig, 1942.

GRIMSON, A./ SEMAN, P., «Los no-lugares: una criatura etnocéntrica», *CFCD*, 15, 2007, pp. 74-76.

GRINSTEIN, Y., «Complementary Perspectives on Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 503-510.

GROCHLA, E., «The Impact of General Systems Theory on Organization Theory», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, II, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 999-1028.

GROSSO GALVÁN, M., *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Bosch, Barcelona, 1983.

GRUNER, R. S., «Just Punishment and Adequate Deterrence for Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties under the New Corporate Sentencing Guidelines», *SCalLRev*, 66, 1992, pp. 225-288.

- «Compliance Programs and Corporate Liability: A Look into the Future», Basri (ed.), *Corporate Compliance: Caremark and the Globalizaion of Good Corporate Conduct*, Practising Law Institute, Nueva York, 1998, pp. 199 y ss.

- y BROWN, L. M., «Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation», *JCorpL*, 21, 1996, pp. 731-766.

GRZEGORCZYK, C., «Systéme juridique et réalité: Discussion de la théorie autopoiétique du droit», *ArchPhilDroit*, 33, 1988.

GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GUDYKUNST, W. B./ MATSUMOTO, Y./ TING-TOOMEY, S./ NISHIDA, T./ KIM, K./ HEYMAN, S., «The Influence of Cultural Individualism-Collectivism, Self Construals, and Individual Values on Communication Styles Across Cultures», *HumCommRes*, 22, 2006, pp. 510-543

GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*. *Su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GUISINGUER, S./ BLATT, S. J., «Individuality and relatedness: Evolution of a fundamental dialectic», *AmPsy*, 49, 1994, 104-111.

GUNNINGHAM, N./ REES, J., «Industry Self-Regulation, An Institutional Perspective», *L&P'y*, 19, 1997, pp. 363-413.

GÜNTER, G., «Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations», Yovits, Jacobi y Goldstein (eds.), *Self-Organizing Systems*, Spartan Books, Washington, D. C. 1962, pp. 313-392.

- «Life as Poly-Contextuality», *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, I, Meiner, Hamburgo, 1976, pp. 315-352.

GÜNTER, K., «Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis», *CarLRev*, 17, 1996, pp. 1035-1058.
- «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el Derecho penal?», *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granda, 2000, pp. 489-505.
HABERMAS, J., *Communication and the evolution of society*, Beacon, Boston, 1979.
- *The Theory of Communicative Action. I, Reason and the Rationalization of Society*, Beacon, Boston, 1984.
- *The Theory of Comunicative Action. II. Lifeworld and System. A Critique of Functional Reason*, Beacon, Boston, 1987.
- *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
HAKED, A./ SUTTON, J., «The Self-Regulating Profession», *RES*, 48, 1981, pp. 217-234.
HALL, B. J., «Six Challenges in Designing Equity-Based Pay», *AJACF*, 15, 2003, pp. 21-33.
HALL, M., *Banking regulation and supervision. A comparative study of the United Kingdom, United States of America and Japan*, Edward Elgar Publishing, Aldershot, 1993.
HAMDANI, A., «Gatekeeper Liability», *SCalLRev*, 77, 2003, pp. 53-118.
HART , H., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961.
- «Self-Referring Laws», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 170-178.
HART GRAVES, A. L./ BENSTON, G. J., «The Evolving Accounting Standards for Special Purpose Entities and Consolidations», *AcHz*, 16, 2002, pp. 245-258.
HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *ADPCP*, 45, 1992, pp. 235-250.
- «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», *ADPCP*, 46, 1993, pp. 37-80.
- «Crisis y características del moderno Derecho penal», *AP*, 43, 1993, pp. 635-646
- «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36.
- *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», Hefendehl (ed.), *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95-104.
- y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
HAYEK, F. V., «The Use of Knowledge in Society», *AmEcRev*, 35, 1945, pp. 519-530.
- *Individualism and Economic Order*, Routledge, Londres, 1948.
- «The Theory of Complex Phenomena», *Studies in Philosophy, Politics & Economics*, 1967, pp. 22-42.
- *Law, Legislation, Liberty. Vol. 1: Rules and Order*, Routledge, Londres, 1973.
- *Law, Legislation, Liberty. Vol. 2: The Mirage of Social Justice*, Routledge, Londres, 1976.
- *Law, Legislation, Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People*, Routledge, Londres, 1979.
- «The Trend of Economic Thinking», Bartley III y Kresge (eds.), *The Trend of Economic Thinking. Essays on Political Economists and Economic History*, Liberty Fund, Indianápolis, 2009, pp. 17-34.
HEALY, P. M./ WAHLEN, J. M., «A Review of the Earnings Management Literature and Its Implications for Standard Setting», *AcHz*, 13, 1999, pp. 365-383.
HEFENDEHL, R., «Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 51-88.

HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987.

HEINE, G., «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience - or Vice Versa», *StL–WTLJ*, 173, 1998, pp. 173-194.

- «Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability», Eser, Heine y Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Iuscrim, Friburgo, 1999.

HEJL, P., «Towards a Theory of Social Systems: Self-Organization and Self-Maintenance, Self-Reference and Syn-Reference», Ulrich y Probst (eds.), *Self Organization and Management of Social Systems*. *Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer, Berlín, 1984, pp. 60-78.

HELLER, T. C., «Accounting for Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 283-311.

- «Legal Discourse in the Positive State: A Post-Structuralist Account», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 173-199.

HEMPHILL, T. A., «Monitorng Global Corporate Citizenship, Industry Self-regulation at a Crossroads», *JCC*, 14, 2004, pp. 81-95.

HENING, P. J., «Sarbanes-Oxley Act § 307 and Corporate Counsel: Who Better to Prevent Corporate Crime?», *BuffCrimLRev*, 8, 2004, pp. 323-383.

HERBST, G., *Alternatives to Hierarchies*, Martinus Nijhoff Social Sciences Division, Humanities Press, Leiden, 1976.

HERRERO HERRERO, C., *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

HERTIG, G., «Corporate Governance in the United States as Seen From Europe», *ColBusLRev*, 28, 1998, pp. 27-49.

HERZOG, F., «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)», *ADPCP*, 46, 1992, pp. 13-23.

HICKS, J. C., «The Liar Paradox in Legal Reasoning», *CambLJ*, 29, 1971, pp. 275-291.

HIGHET, K., «The Enigma of the Lex Mercatoria», *TulLRev*, 63, 1989, pp. 613-628.

HILL, J./ YABLON, C. M., «Corporate Governance and Executive Remuneration: Rediscovering Managerial Positional Conflict», *UNwSthWsLJ*, 25, 2002, pp. 294-319.

HIRSCH, A. V., *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Hill & Wang, Nueva York, 1976.

- «Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory», *MarLRev*, 42, 1983, pp. 6-36.

HIRSCH, H. J., «Peligro y peligrosidad», *ADPCP*, 49, 1996, pp. 509-529.

HOFSTADTER, R., *Social Darwinism in American Thought*, Beacon, Nueva York, 1992.

- *Gödel, Escher, Basch: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, Nueva York, 1979.

HOLMSTRÖM, B. R./ KAPLAN, S., «The State of U.S. Corporate Governance: What's Right and What's Wrong?», *JACF*, 15, 2003, pp. 8-20.

HOPT, K. J., «Common Principles of Corporate Governance in Europe?», McCahery *et al* (eds.), *Corporate Governance Regimes. Convergence and Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 175-204.

HORKHEIMER, M., *Crítica de la razón instrumental*, Dykinson, Madrid, 2002.

-y ADORNO, T., *La sociedad. Lecciones de Sociología*, Proteo, Buenos Aires, 1960.

HUANG, P. H., «How do Securities Laws Influence Affect, Happiness & Trust», *JB&TL*, 3, 2008, pp. 257-308.

HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», *RP*, 11, 2003, pp. 41-52.

HULSMAN, L., «La criminología crítica y el concepto de delito», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 87-107.

- y BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

IGLESIAS RÍO, M. A., «Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad», *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Universidad de Burgos, Burgos, 1999, pp. 95-126.

- *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la "autodenuncia" Art. 305-4 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «Aproximación crítica a la cláusula legal de exención de la pena por regularización en el delito de defraudación tributaria», *RDP*, 13, 2004, pp. 65-86.

IMHOFF, E. A., «Accounting Quality, Auditing and Corporate Governance», *AcHz*, 17, 2003, pp. 117-128.

INNERARITY, D., «La ilustración sociológica de Niklas Luhmann», *PyD*, 17, 1987, pp. 11-29.

ÍÑIGO CORROZA, E./ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007.

IRURZUN MONTORO, F., *Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ISKANDER, M. R./ CHAMLOU, N., *Corporate Governance: A Framework for Implementation*, The World Bank, Washington D. C. 2000.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 258.

IZUZQUIZA OTERO, I., *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Anthropos, Barcelona, 1990.

JABBARI, D., «Critical Theory in Administrative Law», *OxJLS*, 14, 1994, pp. 189-215.

JACOBIDES, M. G., «New thinking about how to do business», FINANCIAL TIMES MASTERING MANAGEMENT, 13 de febrero de 2009.

JAÉN VALLEJO, M., *Cuestiones básicas del Derecho penal*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

- «Sobre la 'falsedad ideológica' (A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002)», *CPC*, 79, 2003, pp. 71-77.
- «Las falsedades documentales», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1007-1020.
- «Las reformas del Código penal (2002/2003)», *RECPC*, 6, 2004, pp. 1-13.

JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1991.

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, UEC, Bogotá, 1999.
- «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», *EDJ*, 20, 1999, pp. 119-146.
- «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de septiembre del 2000)*, Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60.

- «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de septiembre del 2000)*, Grijley, Lima, 2000, pp. 165-194.
- *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, órganos y representantes*, ARA Editores, Lima, 2002.
- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003.
- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004.
- *La pena estatal: Significado y Finalidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- «Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal», Gómez-Jara Díez (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 99-120.

JAKOBSON, R., «Parts and Wholes in Language», Lerner (ed.), *Parts and Wholes*, Free Press of Glencoe, Nueva York, 1963, pp. 157-162.

JALIL, J. P., «Proposals for Insider Trading Regulation After the Fall of the House of Enron», *FordJCorp&FinL*, 8, 2003, pp. 689-719.

JAMES, A. L., «An Open or Shut Case, Law as an Autopoietic System», *JL&S*, 19, 1992, pp. 271-283.

JANOSIK, S. M., «Common Issues in Professional Behavior», *NASPA*, 44, 2007, pp. 285-306.

JENKINS, W. I., *Policy Analysis: A Political and Organisational Perspective*, St. Mary's Press, Nueva York, 1978.

JENSEN, M., «Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory», *JACF*, 7, 1994, pp. 40-45.

- y MECKLING, W., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure», *JFE*, 3, 1976, pp. 305-360.

JHERING, R. V., *Das Schulmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, Giessen, 1867.

JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derecho público del mercado de valores*, CERA, Madrid, 1989.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «De los delitos societarios y contra los consumidores», *RJG*, 1, 1996, pp. 21 y ss.

JOHNSON, K. J., «Rebuilding Corporate Boards and Refocusing Shareholders for the Post-Enron Era», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 787-799.

JOHNSON, S./ LA PORTA, R./ LÓPEZ DE SILANES, F./ SHLEIFER, A., «Tunneling», *AmEcRev*, 90, 2000, pp. 22-27.

JONA, H., *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

JONES, R. M., «Sarbanes-Oxley's Insight: The Role of Distrust», *JB&TL*, 3, 2008, pp. 437-442.

- «Law, Norms, and the Breakdown of the Board: Promoting Accountability in Corporate Governance», *IwLRev*, 92, 2006, pp. 105-158.

KAHN, R. L., *Organizational Stress: Studies in Rule Conflict and Ambiguity*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1964.

KAHNNA, V. S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?», *HarvLRev*, 109, 1996, pp. 1477-1534.

KAHNEMAN, D., «Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual», *Revista Asturiana de Economía*, 28, 2003, pp. 181-225

- y MILLER, D. T., «Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives», *Psychological Review*, 93, 1986, pp. 136-153.

- y TVERSKY, A., «On the Psychology of Prediction», *Psychological Review*, 80, 1973, pp. 237-251.

- «Teoría prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo», *Infancia y Aprendizaje*, 30, 1987, pp. 95-124;
KAIRYS, D., *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon, Nueva York, 1982.
KAMINSKI, V./ MARTÍN, J., «Transforming Enron Corporation: The value of active management», *JACF*, 13, 2001, pp.17-49.
KAPLOW, L., «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *DkLJ*, 42, 1992, pp. 557-629.
KATZ, F. E., «Indeterminacy and General Systems Theory», Gray y Rizzo (eds.), *Unity Through Diversity. A Festschrift for Ludwig von Bertalanffy*, II, Gordon & Breach Science Publishers, Nueva York, pp. 969-982.
KAUFMANN, S. A., «Metabolic stability and epigenesis in randomly constructed genetics nets», *JThBio*, 22, 1969, pp. 437-467.
- «Self-Reference and Recursive Forms», *JS&BS*, 10, 1987, pp. 53-72.
- «Antichaos and Adaptation», *Scientific American*, 265, 1991, pp. 78-84.
- *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
KAY, J., «Greenspan could have found a cure at the pharmacy», FINANCIAL TIMES, 25 de febrero de 2009.
- y VICKERS, J., «Regulatory Reform: An Appraisal», Majone (ed.), *Deregulation or Re-regulation: Regulatory Reform in Europe and the United States*, Pinter, Londres, 1990, pp. 239-241.
KEASEY, K./ THOMPSON, S./ WRIGHT, M., *Corporate Governance, Economic, Management, and Financial Issues*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
KEAY, J., *The Honourable Company: History of the English East India Company*, Harper Collins, Londres, 1993.
KELMAN, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
KENNEALY, P., «Talking About Autopoiesis – Order From Noise», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 349-368.
KENNEDY, David, «Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship», *NwEngLRev*, 21, 1985, pp. 209- 290.
KENNEDY, Duncan, «Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology», *JLE*, 36, 1986, pp. 518-562
KEPHART, W. M., «A Quantitative Analysis of Intragroup Relationships», *AJS*, 55, 1950, pp. 544-549.
KERCHOVE, M. V./ OST, F., *Le système juridique entre ordre et desordre*, Presses Universitaires de France, París, 1988.
- *Le droit ou les pradotes du jeu*, Presses Universitaires de France, París, 1992.
- «Towards an Interdisciplinary Theory of Law», Peczenick (ed.), *Theory of Legal Science*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1984, pp. 497-508.
- «Le 'jeu' de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique», *ArchPhilDroit*, 27, 1982, pp. 395-409.
KERSHAW, D., «Waiting for Enron: The Unstable Equilibrium of Auditor Independence Regulation», *JL&S*, 33, 2006, pp. 388-420.
KEVELSON, R., *Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law*, de Gruyter, Berlín, 1990.
KHANNA, V. S., «Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea», *BtULRev*, 79, 1999, pp. 355-414.
KHULEN, L., «Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la*

Escuela de Fránkfurt, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 225-229.

KIDD STEWART, J./ COUNTRYMAN, A., «Local audit. Conflicts Add Up: Consulting Delas, Hiring Pratices in Question», CHICAGO TRIBUNE, 24 de febrero de 2002.

KINDHAÜSER, U., «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», *Hacia un Derecho penal económico europeo*. *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 441-452.

- «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», Luzón Peña y Mir Puig (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1999, pp. 185-217.

KINDLEBERGER, C., *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crises*, Basic Books, Nueva York, 1989.

KING, R. D., «Functional load and sound change», *Language*, 40, 1967, pp. 831-852.

KLEIN, A., «Likely effects of stock Exchange governance proposals and Sarbanes-Oxley on corporate boards», *AcHz*, 17, 2003, pp. 343-355.

KLEIN, M., «Guilty Verdict Draws Mixed Reactions: Profession Mulls Post-Andersen Future», ACCOUNTING TODAY, 8 de julio de 2002.

KLUCKHOHN, C., «Bronislaw Malinowski, 1884-1942», *JAF*, 56, 1943, pp. 208-219.

KOSCHORKE, A., «Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie», Koschorke y Vismann (eds.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Akademie, Berlín, 1999, pp. 49-60.

KRAAKMAN, R., «The Economic Functions of Corporate Liabilities», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 178-206.

- «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», *JLE&O*, 2, 1986, pp. 53-104.

KRAWIETZ, W., «Sistemas modernos jurídicos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción», *Doxa*, 21, 1998, pp. 123-143.

KRIESBERG, S. M., «Decisionmaking Models and the Control of Corporate Crime», *YaleLJ*, 85, 1976, pp. 1091-1129.

KRIPPENDORFF, K., «Paradox and Information», Devin y Voight (eds.), *Progress in Communication Sciences*, Ablex, Norwood, 1984, pp. 46-71.

- «Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Realität», *Delfin*, 13, 1990, pp. 52-67.

KRISHNAN, J., «Audit committee quality and internal control: an empirical analysis», *AccRev*, 80, 2005, pp. 649-675.

KRUGMAN, P., *La era de las expectativas limitadas*, Ariel, Barcelona, 1991.

- *La organización espontánea de la economía*, Bosch, Barcelona, 1996.

- *El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual*, Crítica, Barcelona, 2009.

KUHN, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

KURY, H., «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 283-324.

KYDLAND, F. E., *Business cycle theory*, Edward Elgar, Aldershot, 1995.

LADEUR, K., «Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, 'The Unity of the Legal System'», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A*

New Approach to Law and Society, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 242-282.
- «Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Netwrok Concept», *ELJ*, 3, 1997, pp. 33-54.
LAFFONT, J. J./ TIROLE, J., «Cost-Padding, Auditing and Collusion», *AES*, 25-26, 1992, pp. 205-226.
LAMMERS, C. J., «Power and Participation in Decision-Making in Formal Organizations», *AJS*, 73, 1967, pp. 201-216.
LAMMOGLIA, L./ BERMEO, J./ ZARAMA, R., «Una Estrategia para Observar a los Sistemas Sociales y su Estrategia», *RISCI*, 5, 2008, pp. 1-6.
- y VILLAMIL, J., «A Latino American Requiem for Stafford Beer», *Kybernetes*, 33, 2004, pp. 701-706.
LAMPE, E. J., «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», Weigend y Küpper (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, de Gruyter, Berlín, 1999, pp. 86-96.
LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión y sustitutivos penales», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 425-435.
LANGEVOORT, D. C., «Enron and the Organizational Psichology of Hyper-competition: An Essay for Larry Mitchell», *GWashLRev*, 70, 2002, pp. 968-975.
- «Managing the Expectations Gap in Investor Protection: The SEC and the Post-Enron Reform Agenda», *VillLRev*, 48, 2003, pp. 1139-1166.
- «The Social Construction of Sarbanes-Oxley», *MichLRev*, 105, 2007, pp. 1817-1855.
LARA GONZÁLEZ, R., «El falseamiento de la información social a través del informe de gestión», Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 61-106.
LARGAY III, J. A., «Lessons from Enron», *AcHz*, 16, 2002, pp. 153-156.
LAUFER, W. S., *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- «Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance», *VandLRev*, 52, 1999, pp. 1347-1420.
- y ROBERSTON, D. C., «Corporate Ethics Initiatives As Social Control», *JBusEth*, 16, 1997, pp. 1029-1048.
LEA, J./ YOUNG, J., *What is to be Done About Law and Order?*, Penguin, Harmondwoth, 1984.
LE MOIGNE, J. L., «Autoorganisation des systèmes de décisions», Roy (ed.), *La Décision: ses disciplines, ses acteurs*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1983, pp. 47-68.
LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, UEC, Bogotá, 1995.
- *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Colonia, 1999.
LEUZ, C., «Was the Sarbanes-Oxley Act of 2002 really this costly? A discussion of evidence from event returns and going-private decisions», *JAcc&E*, 44, 2007, pp. 146-165.
LÉVI-STRAUSS, C., *Le Cru et le cuit*, Plon, París, 1964.
- *Tristes Tropiques*, Atheneum, Nueva York, 1967.
LEVITT, A., «The Importance of High Quality Accounting Standards», *AcHz*, 12, 1998, pp. 79-82.
- «Op-Ed», THE NEW YORK TIMES, 18 de enero de 2002.
LEWIS, N., «Corporatism and Accountability: The Democratic Dilemma», Crouch y Dore (eds.), *Corporatism and Accountability: Organized Interests in British Public Life*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 63-102.

LEWONTIN, R., «The organism as the subject and object of evolution», *Scientia*, 118, 1983, pp. 63-82.
LEYDESDORFF, L., «The Possibility of a Mathematical Sociology of Scientific Communication», *JGPS*, 27, 1996, pp. 243-265.
LIPTON, M., «The Millenium Bubble and its Aftermath: Reforming Corporate America and Getting Back to Business», COMMERCIAL CLUB OF CHICAGO*,* 15 de junio de 2003.
LISZT, F. V., *Lehrbuch de Deutschen Strafrechts*, *II*, Guttenberg, Berlín, 1932.
LOMBARDO, D./ PAGANO, M., «Legal Determinants of the Return on Equity», *CSEF*, 24, 2000, pp. 1-52.
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos», *PJ*, 48, 1997, pp. 289-322.
LÓPEZ CEREZO, J. A./ LUJÁN J. L., *Ciencia y política del riesgo*, Alianza, Madrid, 2000.
LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.
LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., «Reflexiones sobre la problemática constitucional de los colegios profesionales», *RGD*, 640-641, 1998, pp. 103-120.
LÓPEZ TOBAJAS, A., *Manifiesto contra el progreso*, El Barquero, Palma de Mallorca, 2005.
LÓPEZ Y LÓPEZ, E. «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», *LL*, 23 de diciembre de 2010, pp. 36-39.
LUBLIN, J. S., «Firms Forfeit Tax Break to Pay Top Brass $1 Million-Plus», THE WALL STREET JOURNAL, 21 de abril de 1994.
LUCAS, R. E., «Comprendiendo los ciclos económicos», *BEICE*, 30, 1985, pp. 45-64.
- «Un modelo de equilibrio del ciclo económico», *BEICE*, 30, 1985, pp. 65-96.
- *Modelos de ciclos económicos*, Alianza, Madrid, 1988.
LUHMANN, N., *Reschtssoziologie*, Westdentscher, Opladen, 1972.
- «Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung», *Zeitschrift für Soziologie*, 11, 1982, pp. 366-379.
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- «Das sind Preise», *Soziale Welt*, 34, 1983, pp. 153-170.
- *Soziale Systeme. Grundiss einer allgemeinen Theorie*, Suhramp, Fráncfort, 1984.
- «El enfoque sociológico en la teoría y la práctica del Derecho», *ACFS*, 25, 1985, pp. 87-103.
- «The Individuality of the Individual: Historical Meaning and Contemporary Problems», Heller, Sosna y Wellbery, (eds.), *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Philosophy*, Stanford University Press, Stanford, 1986, pp. 113-325.
- «The Self-Reproduction of Law and its Limits», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 111-127.
- «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», *JL&S*, 15, 1988, pp. 153-165.
- «The Unity of the Legal System», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 12-35.
- «Closure and Opennes: On Reality in the World of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 335-348.
- «Organisation», *Mikropolitik*: *Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1988, pp. 165 y ss.
- *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, Barcelona, 1990.
- «Sthenography», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 133-137.
- *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, Nueva York, 1990.

- «¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?», Watzlawick y Krieg (eds.), *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo. Homenaje a Heinz von Foerster*, Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 60-72.
- «Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System», *CarLRev*, 13, 1992, pp. 1419, 1442.
- «Some Problems with 'Reflexive Law'», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 389-415.
- «The Concept of Society», *TE*, 31, 1992, pp. 67-80.
- «Autoorganización e información en el sistema político», *RevOcc*, 150, 1993, pp. 41-60.
- «Deconstruction as Second-Order Observing», *NwLitHis*, 24, 1993, pp. 763-782
- *Risk, a sociological theory*, Gruyter, Berlín, 1993.
- «Antwort auf Heinz von Foerster», *Teoría Sociológica*, 2, 1993, pp. 85-88.
- *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Westdentscher, Opladen, 1995.
- «Why Does Society Describe Itself as Postmodern?», *Cultural Critique*, 30, 1995, pp. 171-186.
- «The Paradoxy of Observing Systems», *Cultural Critique*, 31, 1995, pp. 37-55.
- *Introducción a la teoría de Sistemas*, Anthropos, México, 1996.
- *Confianza*, Anthropos, Barcelona, 1996.
- «La modernidad 'contingente'», Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, Barcelona, 1996, pp. 121-197.
- *Organisation und Entscheidung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 2000.
- *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, 2007.
- *La religión de la sociedad*, Madrid, Trotta, 2007.
- y DE GIORGI, R., *Teoría de la sociedad*, Iteso-Universidad Iberoamericana, México, 1993.

LUZÓN PEÑA, D. M., «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdiel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 545-552.

LYDESDORFF, L., «Is Society a Self-Organizing System?», *JS&ES*, 16, 1993, pp. 331-349.

LYOTARD, F., *La diferencia*, Gedisa, Barcelona, 1991.

- *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, University of Minnesota Press, Mineápolis, 1984.

MACCANNELL, D., *Lugares de encuentro vacíos*, Melusina, Barcelona, 2007.

- y MACCANNELL J. F., *The Tome of the Sign: A Semiotic Approach to Modern Culture*, Indiana University Press, Bloomington, 1982.

MACEY, J. R., «Italian Corporate Governance: One American´s Perspective», *ColBusLRev*, 1998, pp. 121-144.

- «Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 394-422.

MADRICK, J., «Financial Reporting: Lessons of the Enron Collapse», *IJPP*, 8, 2003, pp. 3-7.

MAGATTI, M., «Tangentopoli, una questione sociale», *Il Mulino*, 6, 1996, pp. 1058-1069.

MAGRO SERVET, V., *Delitos en el ámbito empresarial*, La Ley, Madrid, 2005.

MAJONE, G., «Process and Outcome in Regulatory Decision-Making», *AmBehSci*, 22, 1979, pp. 561-583.

- *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, Yale University Press, New Haven, 1989.

MALIK, F., «Systems Approach to Management: Hopes, Promises, Doubts – A Lot of Questions and Some Afterthoughts», Ulrich, H. y Probst, G. J. B. (eds.), *Self-Organization and Management of Social Systems. Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer, Berlín, 1984, pp. 121-126.

MALLIN, C., «Los Códigos de Buen Gobierno: la experiencia británica», *AF*, 90, 2003, pp. 73-80.

MANGAN, K. S., «The Ethics of Business Schools», *CHE*, 20 de septiembre de 2002.

MANN, F. A., «England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration», *I&CLQ*, 33, 1984, pp. 193-198.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal», *AP*, 13, 1997, pp. 277-297.

MAQUEDA ABREU, M. L., «La idea de peligro en el moderno Derecho penal (Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992)», *AP*, 26, 1994, pp. 481-498.

MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid, 2009.

MARCH, J. G./ SIMON, H. A., *Organizations*, Blackwell, Oxford, 1993.

MARCUS, S., «Linguistic Structures and Generative Devices in Molecular Genetics», *CLTA*, 11, 1974, pp. 77-104.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)», *AP*, 2, 1995, pp. 19-23.

MARRINER, R., «Derrida and the Parergon», Smith y Wilde (eds.), *A Companion to Art Theory*, Blackwell, Oxford, 2002, pp. 349-359.

MARRIS, R., *The Economic Theory Of 'Managerial' Capitalism*, MacMillan, Londres, 1967.

MARTÍ DE EIXALA, R., *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, Librería de Joaquín Verdaguer, Barcelona, 1859.

MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones financieras», *RAP*, 130, 1993, pp. 23-96.

- «Colegios profesionales: la relación colegial como relación corporativa», Cassagne (coord.), *Derecho administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Madrid, 1998, pp. 801-808.
- «El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional», Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 289-350.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Delitos societarios», Vives Antón y Manzanares Samaniego (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 469-510.

- «Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pp. 203-227.
- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- «Administración fraudulenta en sociedades de inversión», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 35-65.
- «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 91-106.
- «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, Cólex, Madrid, 2010, pp. 87-111.

MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R., «Comentarios a la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas», *AF*, 90, 2003, pp. 41-47.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», *PJ*, 28, 1992, pp. 172-205.

MARUYAMA, M., «The second cybernetics: deviation-amplifying mutual causal processes», *American Scientist*, 51, 1963, pp. 164-179.

MASTERS, R. D., «Genes, Language, and Evolution», *Semióttica*, 2, 1970, pp. 295-320.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *La ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley del mercado de valores y de la Ley de sociedades anónimas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

- *El Código Unificado de Gobierno Corporativo: estudio del informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MATSUNAGA, S. R./ PARK, C. W., «The Effect of Missing a Quarterly Earning Benchmark on the CEO's Annual Bonus», *AcRev*, 76, 2001, pp. 313-332.

MATURANA, H., «Autopoiesis», Zeleny (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, Nueva York, 1981, pp. 21-33.

- *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Vieweg, Braunschweig, 1982.
- y VARELA, F., *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Springer-Verlag, Nueva York, 1991.
- *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1986.
- y URIBE, R., «Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterisation and a Model», *Bio Systems*, 5, 1974, pp. 187-196.

MAUSS, M., *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies*, W. W. Norton & Company, Reissue Edition, 2000.

MAYNTZ, R., «Nuevos desafíos de la teoría de la *Governance*», *Instituciones y Desarrollo*, 7, 2000, pp. 35-52.

MAYPER, A., «Consensus of auditors' materiality judgements of internal accounting control weaknesses», *JAccRes*, 20, 1982, pp. 773-783.

MAYURAMA, M., «The Second Cybernetics: Desviation-Amplyfiling Mutual Causal Processes», *American Scientist*, 51, 1963, pp. 164-179.

MAZZACUVA, N., *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, CEDAM, Padova, 1996.

- «El futuro del Derecho penal», *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 231-237.

MCBARNET, D., «After Enron will 'Whiter than White Collar Crime' Still Wash?», *BritJCrim*, 46, 2006, pp. 1091-1109.

MCLEAN, B., «Is Enron Overpriced?», FORTUNE, 5 de marzo de 2001.

- y ELKIND, P., *The smartest guys in the room: The amazing rise and scandalous fall of Enron*, Portfolio, Nueva York, 2004.
MCNICHOLS, M. F., «Research Design Issues in Earnings Management Studies», *JAcc&PubPol'y*, 19, 2000, pp. 313-345.
MEAD, G. H., «The psychology of punitive justice», *AJS*, 23, 1918, pp. 577-602.
MELANCON, B. C., «A New Accounting Culture», *JAcy*, 194, 2002, pp. 27-30.
MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Delitos societarios», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1107-1123.
MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC*, 9, 2002, pp. 39-82.
- «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI.* Liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Cólex, Madrid, 2006, pp. 351-372.
MERCADO PACHECO, P., «El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorizada», *EDJ*, 16, 1999, pp. 123-158.
MERTON, R. K., «The role-set, problems in sociological theory», *BritJSoc*, 8, 1957, pp. 106-120.
- *Social Theory and Social Structure*, McGraw-Hill, Glencoe, 1961.
- «Insiders and Outsiders: A Chapter in the Sociology of Knowledge», *AJS*, 78, 1972, pp. 9-47.
MESAROVICH, M. D., «Foundations for a General Systems Theory», *Views on General Systems Theory. Proceedings of the Second Systems Symposium at Case Institute of Technology*, John Wiley & Sons, Nueva York/Londres/Sídney, 1964, pp. 1-24.
MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», *LP*, 1, 2004, pp. 7-17.
MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, *I*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955.
MICHAILAKIS, D., «Law as an Autopoietic System», *Acta Sociológica*, 38, 1995, pp. 323-337.
MICHELMAN, F. I., «The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government», *HarvLRev*, 100, 1986, pp. 4-77.
MILLER, G. P., «Catastrophic Financial Failures: Enron and More», *CornLRev*, 89, 2003-2004, pp. 423-455.
MILLER, R./ PASHKOFF, P. H., «Regulations Under the Sarbanes-Oxley Act», *JAcy*, 194, 2002, pp. 33-36.
MILGRAM, M./ ATLAN, H., «Probabilistic Automata as a Model for Epigenesis of Cellular Networks», *JThBio*, 103, 1983, pp. 523-547.
MILSUM, J. H., «The Hierarchical Basis for Living Systems», Klir (ed.), *Trends in General Systems Theory*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1972, pp. 145-187.
MINSKY, H. P., *Can 'it' happen again?: essays on instability and finance*, Sharpe, Nueva York, 1984.
- «The Financial Instability Hypothesis: Capitalist Process and the Behavior of the Eonomy», Kindleberger y Laffogue (eds.), *Financial Crises: Theory, History and Policy*, Cambridge University Press, Nueva York, 1982, pp. 13-39.
- *Stabilizing an unstable economy*, McGraw-Hill, Nueva York, 2008.
MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2010.
MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.

- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Madrid, 1994.
- *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2002.
- «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdiel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 741-764.

MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.

MIRTO, P., *Il diritto penale della società*, Giuffrè, Milán, 1954.

MISES, L. V., *Socialism*, Liberty Classics, Indianápolis, 1981.

MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000.

- «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», Silva Sánchez (dir.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 113-142.

MOCKUS, A., «Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura», *Revista de Análisis Político*, 21, 1994, pp. 37-48.

- «Convivencia como armonización de ley, moral y cultura», *Perspectivas*, 32, 2002, pp. 19-37.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., «Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992», *AP*, 13, 1994, pp. 249-264.

MOLINA SÁNCHEZ, H., *La planificación de la auditoría*, Registro de Economistas Auditores, Madrid, 1997.

MONKS, R. A. G./ MINOW, N., *Corporate Governance*, John Wiley & Sons, West Sussex, 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

- «¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?», *LL*, 2010-4, pp. 1305-1317.

MONTORO CHINER, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.

MOOHR, G. S., «An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», *FlaLRev*, 55, 2003, pp. 937-975.

MOORE, J., «Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines», *ArizLRev*, 34, 1992, pp. 743-798.

MORALES GARCÍA, O., «Fraude de inversores (art. 282 bis)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 231-240.

MORALES PRATS, F. «Funciones del Derecho penal y sociedad civil», *RdPP*, 1, 1999, pp. 13-40.

- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», Álvarez García (dir.), *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-59.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis. 31.2 supresión, 33.7, 66 bis. 129, 130.2 CP)», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 45-69.

MORAN, M., *The British Regulatory State, High Modernism and Hyper-innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, EDIJUS, Zaragoza, 1996.

MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, CERA, Madrid, 2005.

MORIARTY, G./ LIVINGSTON, P., «Quantitative Measures of the Quality of Financial Reporting», *FE*, 17, 2001, pp. 53-56.

MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro», *RECPC*, 04-06, 2002, pp. 1-23.

MORIN, E., *La méthode, I. La nature de la nature*, Seuil, París, 1977.

MUELLER, O. W., «Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability», *UPittLRev*, 19, 1957, pp. 21-46.

MUIJSENBERGH, W. V., «Corporate Governance: The Dutch Experience», *TransLy*, 16, 2003, pp. 63-74.

MUIR, D. M./ SCHIPANI, C. A., «New Standards of Director Loyalty and Care in the Post-Enron Era: Are Some Shareholders More Equal than Others?», *Leg&PubPol'y*, 8, 2005, pp. 279-358.

MULFORD, C./ COMINSKEY, E., *The Financial Numbers Game: Detecting Creative Accounting Practices*, John Wiley & Sons, Indianápolis, 2002.

MUÑOZ CONDE, F. J., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal», *CPC*, 16, 1982, pp. 107-132.

- «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 265-283.

- «El "moderno" derecho penal en el nuevo código penal. Pincipios y tendencias», *LL*, 1996-3, pp. 1339-1341.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ MERINO, A., *El delito de contrabando,* Aranzadi, Cizur Menor, 1992.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MURPHY, D. E., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Pormoting Compliance and Ethics», *IwLRev*, 87, 2002, pp. 697-720.

MURPHY, K. J., «CEO incentives – It's Not How Much You Pay, But How», *AJACF*, 3, 1990, pp. 36-49.

- «Explaining Executive Compensation: Managerial Power Versus the Perceived Cost of Stock Options», *UChiLRev*, 69, 2002, pp. 847-869.

- «Round table on Corporate Governance and Executive Pay: Problems and Solutions», *AJACF*, 16, 2004, pp. 51-69.

MUSCO, E., «La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas», *RP*, 5, 2000, pp. 52-64.

- *Diritto Penale Societario*, Giuffrè, Milán, 1999.

MÜSSIG, B., «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 197-221.

NAGEL, I. H./ SVENSON, W. M., «The Federal Sentencing Guidelines for Coporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future», *WashULQ*, 71, 1993, pp. 205-260.

NAGY, D. M., «Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and Its Public/Private Status», *NtrDmLRev*, 80, 2005, pp. 975-1071.

NAVAS, A., *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, EUNSA, Pamplona, 1989.

NEILA NEILA, J. M., *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital*, EDERSA, Madrid, 2002.
NELKEN, D., «The Truth bout Law's Truth», Febbrajo y Nelken (eds.), *European Yearbook of Sociology of Law*, Giuffré, Milán, 1993, pp. 87-163.
- «Getting at Law's Boundaries», *S&LS*, 15, 2006, pp. 598-604.
NELSON, A., «Some Issues Surrounding the Reduction of Macroeconomics to Microeconomics», *Philosophy of Science*, 51, 1984, pp. 573- 594
NERHOT, P., «The Facto f Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 312-334.
NEUMANN, U., «Alternativas al Derecho penal», *Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Fránkfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 201-213.
NEVES, M., «From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law», *JL&S*, 28, 2001, pp. 242-264.
NEWBERG, J. A., «Corporate Codes of Ethics, Mandatory Disclosure, and the Market for Ethical Conduct», *VtLRev*, 29, 2005, pp. 253-295.
NICHOLSON, L. H., «Sarbanes-Oxley's Purported over-Criminalization of Corporate Offenders», *JB&TL*, 2, 2007, pp. 43-58.
NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996.
- «El régimen penal de los auditores de cuentas», Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam, II*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 407-431.
- «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *RP*, 10, 2002, pp. 55-69.
- «El programa político-criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)», *RdPP*, 11, 2004, pp. 259-284.
- «Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa», *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 80-116.
- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
NOBLES, R./ SCHIFFZ, D., «Miscarriages of Justice: A Systems Approach», *ModLRev*, 58, 1995, pp. 299-320.
NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
NONAKA, I./ TAKEUCHI, H., *The Knowledge-Creating Company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
NONET, P./ SELZNICK, P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, Nueva York, 1978.
NORGAARD, R. B., «The Coevolution of Economic and Environmental Systems and the Emergence of Unsustainability», *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, University of Michigan Press, Míchigan, 1994, pp. 213-225.
NORRIS, C., «Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory», *JL&S*, 15, 1988, pp. 166-187.
NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La estafa de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- «La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas», *RP*, 10, 2002, pp. 70-93.
OGUS, A., *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, The Clarendon Press, Oxford, 1994.
- «Rethinking Self-Regulation», *OxJLS*, 15, 1995, pp. 97-108.

OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries, From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, París, 2002.

OLCESE SANTOJA, A., *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

OLIVENCIA, M., «Informe Olivencia», *Economía 3*, 93, 1999.

- «Los Códigos de Buen Gobierno: valoración», *El Cronista*, 0, 2008, pp. 26-31.

OLLERO, A., «La paradoja del funcionalismo jurídico: ¿Derecho función del 'sistema' social o función del derecho en la vida social?», *AFD*, 17, 1973-1974, pp. 97-106.

O'RIORDAN, L./ FAIRBRASS, J., «Corporate Social Responsibility (CSR): Models and theories in stakeholder dialogue», *JBusEth*, 83, 2008, pp. 745-758.

ORLAND, L., «Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship», *AmCrimLRev*, 17, 1980, pp. 501-520.

ORLIKOWSKI, W. J./ YATES, J., «Genre Repertoire: The Structuring of Communicative Practices in Organizations», *AdmSciQ'y*, 39, 1994, pp. 541-574.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Antecedentes penales y acceso a la nacionalidad española. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 8 de junio de 2010», *AJA*, 812, 2011, p. 13.

OSHANA, M., «Ascriptions of responsibility», *AmPhilQ'y*, 34, 1997, pp. 71-83.

OSSANDÓN, M. M., «Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal», *PC*, 1, 2006, pp. 1-22.

OST, F., «Between Order and Disorder: The Game of Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1988, pp. 70-96.

- «A Game Without Rules? The Ecological Self-Organization of Firms», Teubner, Farmer y Murphy (eds.), *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*, Wiley, Chichester, 1994, pp. 337-362.

OYSERMAN, D./ COON, H. M./ KEMMELMEIER, M., «Rethinking individualism and collectivism: Evaluation of theoretical assumptions and meta-analyses», *Psychologicl Bulletin*, 128, 2002, pp. 3-72

PAGANO, M./ VOLPIN, P., «The Political Economy of Finance», *OxRevEcPol'y*, 17, 2001, pp. 502-519.

PAGE, A. C., «Self-Regulation: The Constitutional Dimension», *ModLRev*, 49, 1986, pp. 141-167.

PAILLARD, J., «Les sciences du systeme nerveux et le formalisme du Hazard organisationel», Dumouchel y Dupuy (eds.), *L'auto-organisation de la Physique au Politique*, Seuil, París, 1983, pp. 219-237.

PALEPU, K./ HEALY, P. M., «The Fall of Enron», *JEP*, 17, 2003, pp. 3-26.

PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.

PARDI, F., «Soggettività e sistema sociale: Problemi di metodo», *Rassegna Italiana di Sociologia*, 24, 1983, pp. 533-574.

PARIJS, P. V., *Evolutionary Explanation in the Social Sciences. An Emerging Paradigm*, Rowman & Littlefield, Nueva Jersey, 1981.

PARKER, J. S., «Doctrine for Destruction: The Case of Corporate Criminal Liability», *M&DE*, 17, 1996, pp. 381-398.

PARSONS, T., *The Structure of Social Action*, McGraw Hill, Nueva York, 1937.

- «The Superego and the Theory of Social Systems», *PJSIP*, l, 1952, pp. 15-25.

- «An Outline of the Social System», *Theories of society: foundations of modern sociological theory*, I, Free Press of Glencoe, Nueva York, 1961, pp. 30-79.

- *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- *El sistema de las sociedades modernas*, Trillas, México, 1974.
- *El sistema social*, Revista de Occidente, Madrid, 1976.
- y SMELSER, N. J., *Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory*, Routledge, Londres, 1956.

PASK, G., «Developments in Conversation Theory: Actual and Potential Applications», Lasker (ed.), *Applied Systems and Cybernetics III*, Elsevier, Nueva York, 1981, pp. 1326-1338.

PASTOR, N., «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005» *InDret*, 2006-2, pp. 1-16.
- «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret*, 2006-4, pp. 1-17.
- «Algunos problemas interpretativos del art. 290 del Código penal a la luz de los casos de la jurisprudencia», *LL*, 2006-4, pp. 1584-1592.

PATTEE, H., «Dynamic and Linguistic Models of Complex Systems», *IJGS*, 3, 1977, pp. 259-266.

PAWLIK, M., *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Colonia, 1999.

PAZ-ARES, C., *La Ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996.
- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, 2003-162, pp. 1-61.
- «El Enigma de la Retribución de los Consejeros Ejecutivos», *InDret*, 2008-1, pp. 1-74.

PEDRAZ PENALVA, E./ PÉREZ GIL, J./ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Aspectos procesales de la reforma del código penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-30.

PELLER, G., «The Metaphysics of American Law», *CalLRev*, 73, 1985, pp. 1151-1290.

PENCAK, W., «Sacred Violence. Roberta Kevelson», *IJSL*, 12, 1999, pp. 241-146.

PENMAN, S. H., «The Quality of Financial Statements: Perspectives from the Recent Stock Market Bubble», *AcHz*, 2003, pp. 77-96.

PENNER, J./SCHIFF, D./ NOBLES, R./ TEUBNER, G., *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials Book Description*, Butterworth, Londres, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991.
- «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa*, 23, 2000, pp. 289-321.
- «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *RPDJP*, 2, 2001, pp. 401-442.
- «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, *II*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1419-1452.

PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los 'administradores de hecho': los que administran el hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS, 24 de septiembre 2001», *RDS*, 18, 2002, pp. 277-288.

PERDIGUERO, T. G., *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Anagrama, Barcelona, 2003.

PERDOMO TORRES, J. F., *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, UEC, Bogotá, 2008.

PÉREZ DEL VALLE, C., «Sociedad de riesgos y reforma penal», *PJ*, 43-44, 1996, pp. 61-84.
PÉREZ CEPEDA, A. I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: Criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.
PÉREZ LÓPEZ, J. A., *Fundamentos de la dirección de empresas*, Rialp, Madrid, 1993.
PÉREZ MANZANO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *AP*, 2, 1995, pp. 15-27.
PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- «Los distintos conceptos de delito societario del Código Penal de 1995», *LL*, 2001-2, pp. 1653-1664.
- «Delitos societarios e Información en las Instituciones de Inversión Colectiva», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 299-306.
PERINI, A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, CEDAM, Padova, 1999.
PERINO, M. A., «Enron's Legislative Aftermath: Some Reflexions on the Deterrence Aspects of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 671-698.
PERROW, C., *Complex Organizations: A Critical Essay*, McGraw-Hill, Nueva York, 1986.
PERRY, T./ ZENNER, M., «CEO Compensation in the 1990s: Shareholder Alignment or Shareholder Expropiation», *WkFtLRev*, 35, 2000, pp. 123-152.
PESSINA, E., *Elementi di diritto penale*, *III*, Riccardo Marghieri di gius, Nápoles, 1885.
PETRICK, J. A./ SCHERER, R. F., «The Enron Scandal and the Neglect of Management Integrity Capacity», *MidAmJBus*, 18, 2003, pp. 37-49.
PIÑA ROCHEFORT, J. I., «Causalidades e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho penal», *RChD*, 30, 2003, pp. 515-533.
- «Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde la perspectiva sistémico-constructivista?», *RChD*, 31, 2004, pp. 515-546.
- *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2005.
- «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal», *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, *II*, UEC, Bogotá, 2003, pp. 39-60.
PITARCH, J. L., *El honor y el honor militar*, Grijalbo, Madrid, 1984.
POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004.
- «Reformas penales (desde 1995 a 2002)», López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 645-691.
POLO VEREDA, J. «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», *LL*, 1998-2, pp. 2044-2056.
POPPER, K., *The Poverty of Historicism*, Routledge, Londres, 1953.
POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 1998.
PRATS CANUT, J. M., «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el CP de 1995», Del Rosal Blasco (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 171-180.
PRAT WESTERLINDH, C., «Responsabilidad penal de los auditores. El informe de auditoría falso», *LP*, 54, 2008, pp. 46-59.

PRIETO NAVARRO, E., «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho», García Amado (coord.), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 325-356.

PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, Taurus, Madrid, 1997.

- y STENGERS, I., *Order out of Chaos: Man's New Dialogue with Nature*, Bantam Books, Nueva York, 1984.

QUAID, J. A., «The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis», *McGillLJ*, 43, 1998, pp. 67-114.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos*, Bosch, Barcelona, 1996.

- «La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal», Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas Redondas Derecho y Economía*, CERA, Madrid, 2007, pp. 29-58.

- «Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de código penal», *Iuris*, 147, 2010, pp. 15-19.

QUINE, W. V., *The Ways of Paradox*, Harvard University Press, Cambridge, 1976.

QUINTANAR DÍEZ, M., «En torno a las reformas del código penal de 1995 hasta nuestros días», *CPC*, 78, 2002, pp. 603-653.

QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, CYMYS, Madrid, 1974.

- «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal (Cuestiones generales)», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 165-184.

- «El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios», *El nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a José Manuel Valle*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 1697-1720.

- «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», Campo Moreno y González Cussac (dirs.), *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 193-226.

- «La resistencia a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Benítez Ortúzar (coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 33-44.

- «Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Código penal», Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 15-26.

- «Sobre los delitos económicos como subsistema penal», Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*, Cólex, Madrid, 2010, pp. 113-128.

RADCLIFFE-BROWN, R. A., *Structure and Function in Primitive Society*, Routledge & Kegan, Londres, 1952.

RADZICKY, M. J., «Institutional Dynamics, Deterministic Chaos, and Self-Organizing Systems», *JEI*, 24, 1990, pp. 57-102.

RAGUÉS I VALLÈS, R., «Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva», *RDP*, 1, 2002, pp. 201-232.

- «¿Héroes o traidores? La protección de informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal», *InDret*, 2006-364, pp. 1-19.

- «El 'Derecho penal del enemigo' en *La Expansión del Derecho penal*», Robles Planas y Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 87-103.

RAMÓN RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*, Comares, Granada, 2009.
REGAN, M. C., «Teaching Enron», *FordLRev*, 74, 2005, pp. 1139-1250.
REICH, N., «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica», Corcuera y García (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 95-119.
REIS MOURAO, P., «La economía y 'las uvas de la ira'», *CEc*, 24, 2005, pp. 65-81.
REVUELTA, J., «Los afectados por la nueva normativa», *DyP*, 146, 1996, pp. 76-85.
REYES ALVARADO, Y., *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.
RIBSTEIN, L. E., «Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *JCorpL*, 28, 2002, pp. 1-68.
RIEDL, R., *Die Spaltung des Weltbildes. Biologische Grundlagen des Erklärens und Verstehens*, Parey, Berín, 1985.
RIGGI, E. J., «El nuevo artículo 65.3 del código penal: entre el debae dogmático y las consecuencias político-criminales», *RDP*, 15, 2005, pp. 11-54.
RIGHI, E., *Derecho penal económico comparado*, EDERSA, Madrid, 1991.
RINALDI, F., «Dilemmas and Circles in the Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 51, 1965, pp. 319-335.
RÍOS CORBACHO, J. M., «Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)», *RdPP*, 13, 2005, pp. 63-82.
RITZER, G., *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Ariel, Barcelona, 1996.
RIVERO ROMERO, J., *Contabilidad de Sociedades. Problemática económico-contable*, Trivium, Madrid, 1998.
ROBERT, F., «Aspects sociaux du changement Dans une grammaire générative», *Langages*, 32, 1973, pp. 88-97.
ROBERTS, J., «From Organization to Hypermodern Organization – On the Accelerated Appearance and Disappearance of Enron», *JOChM*, 19, 2006, pp. 558-577.
ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», *InDret*, 2006-2, pp. 1-25
- «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez a Frisch/Robles Planas. *Desvalorar e imputar* (2005)», *InDret*, 2006-3, pp. 1-13.
- *Garantes y Cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- «El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret*, 2009-2, pp. 1-12.
- y RIGGI, E. J., «El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret*, 2008-4, pp. 1-29.
ROCKNESS, H./ ROCKNESS, J., «Legislated Ethics: From Enron to Sarbanes-Oxley, the Impact on Corporate America», *JBusEth*, 57, 2005, pp. 31-54.
RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Las nuevas normas norteamericanas sobre la transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», *DN*, 13, 2002, pp. 1-18.
RODRÍGUEZ FONT, M., *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.
RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C./ÁLVAREZ PÉREZ, M. «La reforma de la Ley de Auditoría de Cuentas: Algunos aspectos claves», *Entremu*, 14, 2002, pp. 143-152.

RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J. E., «Habermas y Parsons: la búsqueda del reencantamiento del mundo», *REIS*, 16, 1981, pp. 91-120.

RODRÍGUEZ MANSILVA, D., *Gestión organizacional. Elementos para su estudio*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001.

- y ARNOLD, M., *Sociedad y Teoría de Sistemas*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1991.

- y TORRES, J., «Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana», *Sociologías*, 5, 2003, pp. 106-140.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

- «Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, 'Caso Banesto')», *RDPC*, 9, 2002, pp. 255-295.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966.

- «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADPCP*, 37, 1984, pp. 677-692.

- *Estudios de Derecho Penal Económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

RODRÍGUEZ PELLITERO, J., «La comisión nacional del mercado de valores», Uría Fernández (coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 89-152.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J./ MORÓN LERMA, E., «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 311-318.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *LL*, 1996-5, pp. 1490-1495.

- «Un buen código para reformar», *LL*, 1996-3, pp. 1341-1342.

- «¿Hacia un Derecho Penal privado o secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)», *AJA*, 251, 1996, pp. 1-6.

- «Aspectos generales de los delitos societarios», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 185-193.

- «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», Bacigalupo Zapater (dir.), *La administración desleal*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 33-46.

- *Secundariedad del Derecho penal Económico. Reflexiones sustantivas y procesales*, Cólex, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «La protección de los whistleblowers por parte del ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales», Arroyo Zapatero y Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 447-484.

ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- «Algunas reflexiones sobre la llamada *expansión* del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal», *RdPP*, 11, 2004, pp. 227-258.

ROMANO, R., «The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance», *YaleLJ,* 114, 2005, pp. 1521-1611.

ROMEO CASABONA, C. M., «Aportaciones del principio de precaución al derecho penal», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 77-105.

RONEN, J., «Post Enron Reform: Financial Statement Insurance and GAAP Re-Visited», *StanJLBus&Fin*, 8, 2002, pp. 39-68.

ROSANAS, J. M./ VELILLA, M., «Loyalty and trust as the ethical bases of organizations», *JBusEth*, 44, 2003, pp. 49-59.

ROSE, S., *The Chemistry of Life*, Penguin Science, Nueva York, 1991.

ROSS, A., «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, pp. 1-24.

ROSSANT, J., «Why a Few Enrons Would Do Europe Good», BUSINESS WEEK, 31 de diciembre de 2001.

ROTH, G., «Conditions of Evolution and Adaptation in Organisms as Autopoietic Systems», Mossakowski y Roth (eds.), *Environmental Adaptation and Evolution*, Fischer, Stuttgart, 1982, pp. 37-48.

ROTTLEUTHNER, H., «Biological Metaphors in Legal Thought», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 97-127.

- «A Purified Theory of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System», *L&SRev*, 23, 1989, pp. 779-797.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

- «El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo», *Dogmática penal y política criminal*, IDEMSA, Lima, 1998, pp. 437-463.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- «Dirección de la organización como autoría mediata», *ADPCP*, 62, 2009, pp. 51-65.

RUEDA MARTÍN, M. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del código penal*, Comares, Granada, 2010.

RUGGIE, G., «Complexity, Planning and Public Order», La Porte (ed.), *Organized Social Complexity: Challenge to Politics and Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1975, pp. 119-151.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección penal del Mercado de Valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SAHAL, D., «Elements of an Emerging Theory of Complexity per se», *Cybernetica*, 19, 1976, pp. 5-38.

SAINZ MORENO, F., «Sobre la ejecución 'en línea directa de continuación del acto' y otros principios de la coacción administrativa: Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1977», *REDA*, 13, 1977, pp. 329-333.

SALAS FUMÁS, V., «Los Deberes de los Administradores en el Buen Gobierno», *AF*, 90, 2003, pp. 11-20.

SALEM, C. R., «The New Mandate of the Corporate Lawyer After the Fall of Enron and the Enactment of the Sarbanes-Oxley Act», *FordJCorp&FinL*, 8, 2003, pp. 765-787.

SALINAS ADELANTADO, C., «Desregulación y Neorregulación en el Mercado de Valores», *RDM*, 224, 1997, pp. 709-773.

SALTER, A., *Allied Shipping Control: an experiment in International administration*, Clarendon Press, Oxford, 1921.

SALTZBURG, S. A., «The Control of Criminal Conduct in Organizations», *BtULRev*, 71, 1991, pp. 421-438.

SALVADOR CORDECH, P., «Sarbanes-Oxley Act of 2002», *InDret*, 2002-106, pp. 1-3.

- y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Simulación y deberes de veracidad: Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

- y GÓMEZ LIGÜERRE, C. I., «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por el hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, 2002-3, pp. 1-22.
SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX», Sánchez Calero (coord.), *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995, pp. 15-38.
- «Informe anual de gobierno corporativo», *RDByB*, 23, 2004, pp. 7-42.
- «Informe Anual de gobierno corporativo», Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*: *Estructura de gobierno y mercado,* II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1445-1476.
SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J. L., «Contabilidad, transparencia y gobierno corporativo», *AF*, 90, 2003, pp. 21-30.
SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.
- «Injusto y participación. Recensión a Ricardo Robles Planas, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, 155 págs.», *InDret*, 2008-1, pp. 1-11.
SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La Exención de Responsabilidad Penal por Regularización Tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- «Principios y reglas de las decisiones de la política criminal», *PyD*, 56, 2007, pp. 59-102.
- *Imputación y Teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.
- «Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal», *RDP*, 28, 2009, pp. 11-30.
SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 48, 1995, PP. 187-264.
- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CERA, Madrid, 1991.
SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*, Universidad, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986.
- «Concurso de delitos. Criterios y problemas», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 79-86.
SARMIENTO, D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
SARRA, J., «Corporate Governance in Global Capital Markets, Canadian and Internacional Developments», *TulLRev*, 76, 2002, pp. 1691-1722.
SCALON, T. M., *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.
SCIULLI, D., *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- «An interview with Niklas Luhmann», *TC&S*, 11, 1994, pp. 37-68.
SCHALL, M. S., «A Communication-Rules Approach to Organizational Culture», *AdmSciQ'y*, 28, 1983, pp. 557-581.
SCHEERER, S., «Hacia el abolicionismo», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 15-34.
SCHMIDT, J., *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985.
SCHMITTER, P. C., «Neo-Corporatism and the State», Grant (ed.), *The Political Economy of Corporatism*, St. Mary's Press, Nueva York, 1985, pp. 32-62.

SCHROEDER, M./ HITT, G., «Big Accounting Firms Break Ties UIT Andersen to Resist Changes», THE WALL STREET JOURNAL, 4 de marzo de 2002.
SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADPCP*, 41, 1988, pp. 529-558.
- *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «Las reglas de la técnica en Derecho penal», *ADPCP*, 47, 1994, pp. 307-342.
- «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, 49, 1996, pp. 187-218.
- «Art. 4. Maßnahmen gegen Unternehmen», Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, de Gruyter, Berlín, 1996, pp. 168-170.
- «Criticizing the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», Eser, Heine y Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Iuscrim, Friburgo, 1999, pp. 230 y ss.
- «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, 55, 2002, pp. 9-38.
- *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- «The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A German Perspective», *BuffCrimLRev*, 8, 2005, pp. 35-50.
- «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, 08-05, 2006, pp. 1-27.
- «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», Gómez-Jara Díez (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 19-96.
- «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal», Gómez-Jara Díez (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 123-148.
SCOTT, C., «Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance», *JL&S*, 29, 2002, pp. 56-76.
SCOTT, H. S., «Sarbanes-Oxley 404: Will the SEC´s and PCAOB´s New Standards Lower Compliance Costs for Small Companies?», *U.S. House of Representatives, Small Business Committee*, 5 de junio de 2007.
SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997.
SELZNICK, P., «Law: The Sociology of Law», *IESS*, 9, 1968, pp. 50-59.
- *Law, Society and Industrial Justice*, Sage, Nueva York, 1969.
- *Social Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley, 1994.
SEMINARA, S., «La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 271-297.
SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El alumbramiento de los delitos societarios: juicio sobre la necesidad y oportunidad de su regulación», *PCEJMJ*, 2004, pp. 1038-1122.
- *Delitos Societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, La Ley, Madrid, 2006.
SERCU, P./ VANDER BAUWHEDE, H./ WILLEKENS, M., «Post-Enron Implicit Audit Reporting Standards: Sifting Through the Evidence», *E–N*, 154, 2006, pp. 389-403.
SERRANO GÓMEZ, A., «Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas», *AP*, 28, 1993, pp. 387-401.

SESSANO GOENAGA, J. C., «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación», *RECPC*, 08-03, 2006, pp. 1-25.

SHANE, S. A., «The Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction», *TulLRev*, 61, 1987, pp. 563-610

SHANNON, C./ WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana, Illinois, 1963.

SHAPIRO, A., «Who Pays the Auditor Calls the Tune?: Auditing Regulation and Clients´ Incentives», *SetHallLRev*, 35, 2005, pp. 1030-1095.

SHAVELL, S., «Criminal Law and the Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», *ColLRev*, 85, 1985, pp. 1232-1262.

SHLEIFER, A./ VISHNY, R. W., «A Survey of Corporate Governance», *JF*, 52, 1997, pp. 737-783.

- «Large Shareholders and Corporate Control», *JPE*, 94, 1986, pp. 461-488.

SHOEMAKER, S. S., «Self-Reference and Self-Awareness», *JPhil*, 65, 1968, pp. 555-567.

SIEGEL, S., «The Coming Revolution in Accounting: The Emergence of Fair Value as the Fundamental Principle of GAAP», *WayLRev*, 42, 1996, pp. 1839-1862.

SIGNES DE MESA, J. I., «La Ley Sarbanes-Oxley y las sociedades cotizadas de menor tamaño: ¿Sirve un mismo modelo para todos los tipos de sociedades?», *DTUC,* 14, 2007, pp. 1-31.

SILBEY, S. S., «Mutual Engagement: Criminology and the sociology of law», *CL&SC*, 37, 2002, pp. 163-175.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- «El Derecho Penal bancario en España», *AP*, 48, 1994, pp. 901-917.
- «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», *EDJ*, 2, 1996, pp. 145-184.
- *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», Bacigalupo Zapater (dir.), *Empresa y Delito en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 9-58.
- «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», *Simulación y deberes de veracidad: Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 75-145.
- «Ingeniería financiera y Derecho penal», *CDJ*, 9, 1999, pp. 163-194.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal», *MFC*, 14, 2001, pp. 308-364.
- «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos», Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 699-710.
- «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575.
- *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- «Del Derecho abstracto al Derecho "real" (recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006)», *InDret*, 2006-4, pp. 1-6.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2011.

- *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, UEC, Bogotá, 2007.
- «Prevención del delito y reducción de la violencia», *LL*, 2009-2, pp. 1575-1581.
- *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2009.
- «Los delitos patrimoniales y económico-financieros», *LL*, 23 de diciembre de 2010, pp. 4-7.
- «Caso Filesa», Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 555-569.
- y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, 2006-2, pp. 1-46.

SIMON, H. A., *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, The Free Press, Nueva York, 1957.
- *Models of Man: Social and Rational*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1957.
- «Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science», *AmEcRev*, 49, 1959, pp. 253-283.
- «The Architecture of Complexity», *Proceedings of the American Philosophical Society*, 106, 1962, pp. 467-482.
- «Administrative Decision Making», *PAR*, 25, 1965, pp. 31-37.
- «The Organization of Complex Systems», Patte (ed.), *Hierarchy Theory. The Challenge of Complex Systems*, George Braziller, Nueva York, 1973, pp. 1-27.
- *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, Cambridge, 1983.
- «Making Management Decisions: the Role of Intuition and Emotion», *AME*, 1, 1987, pp. 57-64.
- *The Sciences of the Artificial*, MIT Press, Cambridge, 1992.
- y NEWELL, A., «Models: Their Uses and Limitations», White (ed.), *The State of the Social Sciences*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, pp. 66-83.

SIMON, W. H., «Ethics in Corporate Representation. Introduction: The Post-Enron Identity Crisis of the Business Lawyer», *FordLRev*, 74, 2006, pp. 947-954.

SIMS, R. R./ BRINKMANN, J., «Enron Ethics (Or: Culture Matters More than Codes)», *JBusEth*, 45, 2003, pp. 243-256.

SINGER, J. W., «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *YaleLJ*, 94, 1984, pp. 1-70.

SKINNER, Q., *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

SLOAN, R. G., «Do Stock Pricees Fully Reflect Information in Accruals and Cash Flows About Future Earnings?», *AccRev*, 71, 1996, pp. 289-315.

SLOVIC, P., *The Perception of Risk*, Earthscan Publications, Londres, 2000.

SMITH, A., *The Wealth of Nations*, Cosimo, Nueva York, 2007.

SMITH, B./ HAGUE, D., *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, St. Martin's Press, Nueva York, 1971.

SMITH, R. C./ WALTER, I., «Four Years After Enron – Assessing the Financial-Market Regulatory Cleanup», *IR*, 11, 2006, pp. 53-66.

SNYDER, F. G., «More Pieces of the CEO Compensation Puzzle», *DelJCorpL*, 28, 2003, pp. 129-183.

SOLOMON, R., «Corporate Roles, Personal Virtues: An Aristotelean Approach to Business Ethics», *BusEthQ'y*, 2, 1992, pp. 317-339.

SONG SHIN, H., «Securitisation and Financial Stability», *EcJ*, 119, 2009, pp. 309-339.

SORENSEN, P. C., «Discretion and Its Limits. An Analytical Framework for Understanding and Applying the Duty of Care to Corporate Directors (and Others)», *WashULRev*, 66, 1988, pp. 553-594.

SORIANO, J. E., «La *Securities and Exchange Comission*. Un ejemplo de entidad instrumental de carácter expansivo», *RDM*, 201, 1991, pp. 399-422.

SPENCER-BROWN, G., *Laws of Form*, George Allen & Unwin, Londres, 1969.

SPENCER JOHNSON, M. D., *Who Moved My Cheese? An Amazing Way to Deal With Change in Your Work and in Your Life*, Vermilion, Londres, 2007.

SPIVACK, P./ RAMAN, S., «Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», *AmCrimLRev*, 45, 2008, pp. 159-194.

STAMPA BRAUN, J. M./ BACIGALUPO, E., *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

STEHR, N., *Knowledge societies*, Sage, Londres, 1994.

STEINERT, H., «On the functions of criminal law», *Contemporary Crises*, 2, 1978, pp. 167-193.

- «Más allá del delito y de la pena», *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989, pp. 35-56.

STENE, O., «An Approach to a Science of Administration», *AmPolSciRev*, 34, 1940, pp. 1124-1137.

STESSENS, G., «Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective», *I&CLQ*, 43, 1994, pp. 493-520.

STOBER, R., *Derecho Administrativo Económico*, INAP, Madrid, 1992.

STONE, C. D., *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper, Nueva York, 1975.

- «The Place of Eterprise Liability in the Control of Corporate Conduct», *YaleLJ*, 90, 1980, pp. 1-77.

- «Public Interest Representation: Economic and Social Policy Inside the Enterprise», Hopt y Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 122-146.

STRATENWERTH, G., *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1995.

STRAWSON, P. F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, Londres, 1974.

STREECK, W./ SCHMITTER, P. C., «Community, Market, State –and Associations? The prospective contribution of interest governance to social order», Streeck y Schmitter (eds.), *Private Interest Government: Beyond Market and State*, Sage, Londres, 1985, pp. 1-29.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Aspectos político-criminales e interpretativos de los delitos socioeconómicos en el CP español de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Grijley, Lima, 2001, pp. 167-178.

SUÁREZ SUÁREZ, A. S., «De la *Corporate Governance* o el Gobierno de la Gran Empresa Moderna», *AF*, 90, 2003, pp. 113-120.

SUBER, P., *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, Peter Lang Publishing, Nueva York, 1990.

SUMMERS, R. S., «Professor Fuller on Morality and Law», *JLE*, 18, 1965-1966, pp. 1-27.

SUNSTEIN, C. R., *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

- «Paradoxes of the Regulatory State», *UChiLRev*, 57, 1990, pp. 407-441.

SUTHERLAND, E., *White Collar Crime: The Uncut Version*, Yale University Press, Londres, 1983.

SWAANINGEN, R. V., *Critical Criminology. Visions from Europe*, Sage, Londres, 1997.

SWEENEY, P., «Fraud, What Starts Small Can Snowball», FINANCIAL EXECUTIVE, 1 de diciembre de 2003.

SZOTT MOOHR, G., «Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», *FlaLRev*, 55, 2003, pp. 937-976.

TAPIA HERMIDA, A. J., «Las Normas de Actuación en los Mercados de Valores», *RDByB*, 13, 1993, pp. 315-360.

- «Normas de conducta en el mercado de valores y gobierno corporativo de las sociedades cotizadas», Rodríguez Artigas (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados), II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1381-1404.

TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

TASCHDIJAN, E., «Time Horizon: The Moving Boundary», *BehSci*, 22, 1977, pp. 41-48.

TAYLOR, F. W., *The Principles of Scientific Management*, Harper, Nueva York, 1911.

TAYLOR, I., *Crime in Context. A critical criminology of market societies*, Polity Press, Cambridge, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

- «Los delitos societarios», Del Rosal Blasco (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 259-287.
- «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1998, pp. 195-206.
- «Peligro abstracto y garantías penales», Morales Prats y Quintero Olivares (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 787-816.
- «Globalización, Administrativización y Expansión del Derecho Penal Económico», Terradillos Basoco y Acale Sánchez (coords.), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 219-240.

TEUBNER, G., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *L&SRev*, 17, 1983, pp. 239-285.

- «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *L&SRev*, 18, 1984, pp. 291-301.
- «Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 149-177.
- «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 299-325.
- «The Autopoiesis of Social Systems», *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, Londres, 1986, pp. 172-192.
- «The Theory of Social Systems and Its Epistemology: Reply to Danilo Zolo's Critical Comments», *Philosophy of Social Sciences*, 16, 1986, pp. 112-131.
- «Enterprise Corporativism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person», *AmJCompL*, 36, 1988, pp. 130-155.
- «Introduction to Autopoietic Law», *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 1-11.
- «Evolution of Autopoietic Law», Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 217-241.

- «Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis», *EYSL*, 43, 1988, pp. 43-80.
- «Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, Giuffré, Milán, 1990, pp. 609-649.
- «'And God Laughed'…: Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law», *StanLitRev*, 7, 1990, pp. 15-51.
- «Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises», Sugarman y Teubner (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 67-104.
- «De collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics», *CarLRev*, 17, 1996, pp. 901-918.
- «Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses», Rawlings, R. (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 149-176.
- «Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes», *S&LS*, 9, 2000, pp. 399-417.
- «Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jaques Derrida and Niklas Luhmann», *TC&S*, 18, 2001, pp. 29-47.
- «How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law», *L&SRev*, 23, 1989, pp. 729-757 (traducción al castellano de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», *Doxa*, 25, 2002, pp. 533-571).
- «Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria*», *EJST*, 5, 2002, pp. 199-217.
- «Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks», *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Rowman, Berkeley, 2002, pp. 311-331.
- «Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhamnn, Wiethölter», Perez y Teubner (eds.), *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 49-65.
- y FEBBRAJO, A., «Autonomy and Regulation in the Autopoietic Perspective: an Introduction», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 3-16.

THORBURN, K. S., «Corporate Governance Practices in Europe: 'Enron' Antidote?», *VtLRev*, 27, 2003, pp. 887-907.

TIEDEMANN, K., «Consideración crítica de la Propuesta del Anteproyecto de Nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el Derecho comparado», *RICASV*, 21, 1984, pp. 47-59.
- *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- «Presente y futuro del Derecho Penal Económico», *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 29-42.

TIERNEY, T./ BAVEJA, S. S., «Foundations of success in services», *EIU*, 4 de abril de 2002.

TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, 34, 1981, pp. 825-847.

TORRENT, A., «Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos (Apuntes críticos al proyecto de código Conthe)», *RDS*, 26, 2006, pp. 219-256.

TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998.

TRUBEK, D., «Where the Legal Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism», *StanLRev*, 36, 1984, pp. 575-622.

TURNBULL, S., *A New Way to Govern: Organisations and society after Enron*, New Economics Foundation Pocketbook, Londres, 2002.
TURNER, L. E./ GODWIN, J. H., «Auditing, Earnings Management, and International Accounting Issues at the Securities and Exchange Commission», *AcHz*, 13, 1999, pp. 281-297.
TURNER, V., *On the Edge of the Bush: Anthropology as Experience*, University of Arizona Press, Túcson, 1985.
TUSHNET, M. V., «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *HarvLRev*, 96, 1983, pp. 781-827.
TUSQUETS TRIAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998.
TYLER, T. R., *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2006.
ULRICH, H., «Management – A Missunderstood Societal Function», Ulrich y Probst (eds.), *Self-Organization and Management Social System. Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer-Verlag, Berlín, 1984, pp. 80-93.
UNGER, R. M., *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*, Free Press, Nueva York, 1976.
- «Legal Analysis as Institutional Imagination», *ModLRev*, 59, 1996, pp. 1-23.
VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *CPC*, 62, 1997, pp. 435-498.
VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F., Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 881-898.
VALVERDE, M., *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton University Press, Princeton, 2003.
VANDERSTRAETEN, R., «Parsons, Luhmann and the Theorem of Double Contingency», *JCS*, 2, 2002, pp. 77-92.
VARDARO, G., «Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations», Sugarman y Teubner (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
VARELA, F., *Principles of Biological Autonomy*, North Holland Series, Nueva York, 1979.
- «On Being Autonomous: The Lessons of Natural History for Systems Theory», Klir (ed.), *Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1979, pp. 77-84.
- «Describing the Logic of the Living: The Adequacy and Limitations of the Idea of Autopoiesis», Zeleny (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, Nueva York, 1981, pp. 36-48.
- «Autonomy and Autopoiesis», Roth y Schwegler (eds.), *Self-organizing Systems. An Interdisciplinary Approach*, Campus, Fráncfort, 1981, pp. 14-23.
- «Autopoiesis and a Biology of intentionality», *Autopoiesis & Perception*, McMullin & Murphy, Dublín, 1992, pp. 1-16.
- y COUTINHO, A., «Second generation immune networks», *Immunology Today*, 12, 1991, pp. 159-167.
- y DUPIRE, B., «Cognitive networks: Immune, neural and otherwise», Perelson (ed.), *Theoretical Immunology, II*, SFI Series on Complexity-Addison Wesley, Nueva Jersey, pp. 359-375.
VÁSQUEZ ROCCA, A., «Baudrillard: Cultura, simulacro y régimen de mortandad en el sistema de los objetos», *Nómadas*, 16, 2007.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «Los planes de opciones sobre acciones (stock options): perfiles jurídico-privados», *DN*, 120, 2000, pp. 1-19.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)», *RDS*, 27, 2006, pp. 137-147.

VERGARA ANDERSON, L., «La Teoría de Sistemas y las Ciencias Sociales», Martínez (ed.), *Ciencia, tecnología y desarrollo: interrelaciones teóricas y metodológicas*, Nueva Sociedad, Caracas, 1994, pp. 132 y ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007», Álvarez García (dir.), *La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La Política Criminal Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 427-467.

VIVES ANTÓN, T. S., «Prólogo», *La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 11-14.

- «¿Estado democrático o Estado autoritario?: (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal)», *TyD*, 4, 2008, pp. 264-273.

VOGEL, J., «Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas», Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 129-140.

WADE, C. L., «Corporate Governance Failures and the Managerial Duty of Care», *StJohn'sLRev*, 76, 2002, pp. 707-785.

WALDRON, J., «Transcendental Nonsense and System in the Law», *ColLRev*, 100, 2000, pp. 16-55.

WALSH, C. J./ PYRICH, A., «Corporate Compliace Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?», *RutLRev*, 47, 1995, pp. 605-692.

WALSH, J. P./ RIVERA UNGSON, G., «Organizational Memory», *AcManRev*, 16, 1991, pp. 57-91.

WATERS, J. A./ BIRD, F., «The Moral Dimensions of Organizational Culture», *JBusEth*, 6, 1987, pp. 15-22.

WATSON, G., «Two faces of responsibility», *Philosophical Topics*, 24, 1996, pp. 227-248.

WATZLAWICK, P., *Pragmatics of Human Communication: A Study of International Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, WW Norton Books, Nueva York, 1967.

WAYNE, L., «Enron, Preaching Deregulation, Worked the Statehouse Circuit», THE NEW YORK TIMES, 9 de febrero de 2002.

WEAVER, W., «Science and Complexity», *American Scientist*, 36, 1948, pp. 536-544.

WEBER, M., *The Protestant Ethic and the Spritir of Capitalism*, Scribners, Nueva York, 1904-1905.

- *General Economic History*, Transaction Books, Nueva Yersey, 1927.

WEDDERBURN OF CHARLTON, LORD, «The Legal Development of Corporate Responsibility. For Whom Will Corporate Managers Be Trustees?», *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, de Gruyter, Berlín, 1985, pp. 3-54.

WEICK, K. E., *The Social Psychology of Organizing*, Random House, Nueva York, 1979.

- *Sensemaking in Organizations*, Sage, Londres, 1995.

- y DAFT, R. L., «The effectiveness of interpretation systems», Cameron y Whetten (eds.), *Organizational Effectiveness: A Comparison of Multiple Models*, Academic Press, Nueva York, 1983, pp. 71-93.

WEINBERG, A. M., «Science and Trans-science», *Minerva*, 10, 1972, pp. 209-222.

WEINERT, F., «Contra Res Sempiternas», *The Monist*, 67, 1984, pp. 376-394.

WEINTRAUB, E. R., *Microfoundations: The Compatibility of Microeconomics and Macroeconomics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

WEISSMANN, A./ NEWMAN, D., «Rethinking Criminal Corporate Liability», *IndLJ*, 88, 2007, pp. 411-451.

WELLNER, P. A., «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», *CarLRev*, 27, 2005, pp. 497-528.

WIDEN, W. H., «Enron at the Margin», *BusLy*, 58, 2003, pp. 961-1002.

WIENER, N., *Cibernética y sociedad*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958.

- *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*, The MIT Press, Cambridge, 1965.

WIETHÖLTER, R., «Begriffs-oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm», *Festschrift für Gerhard Kegel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, pp. 213-263.

- «Materialization and Proceduralization in Modern Law», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 221-248.

- «Social Science Models in Economic Law», Daintith y Teubner (eds.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 52-67.

- «Proceduralization of the Category of Law», Joerges y Trubeck (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501-510.

- «Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?», *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 89-120.

- «Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts», Joerges y Teubner (eds.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 13-21.

WILLKE, H. B., «Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program», Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 280-298.

- «Societal Guidance through Law?», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 353-387.

- *Ironie des Staats*, Suhrkamp, Fráncfort, 1996.

- *Systemtheorie III. Steuerungstheorie*, UTB, Stuttgart, 1998.

WILSON, D., «Forms of Hierarchy: A Selected Bibliography», *GS*, 14, 1969, pp. 3-15.

WINOGRAD, I., «What Does it Mean to Understand Language?», *Cognitive Science*, 4, 1980, pp. 209-241.

WITT, A./ BEHR, P., «Losses, conflicts threaten survival: CFO Fastow ousted in probe of profits», THE WASHINGTON POST, 31 de Julio de 2002.

WORMELL, C. P., «On the Paradoxes of Self-Reference», *Mind*, 67, 1985, pp. 267-271

XIE, H., «The Mispricing of Abnormal Accruals», *AccRev*, 76, 2001, pp. 357-373.

YACOBUCCI, G. J., *La deslegitimación de la potestad penal. La crítica al poder sancionador del Estado*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.

ZAMAGNI, S., «The ethical anchoring of corporate social responsibility and the critique of CSR», comunicación presentada a la *6th International Conference on Catholic Social Thought and Management Education*, celebrada en Roma los días 5 a 7 de octubre de 2006, pp. 1-12.

ZELENY, M., *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland Series, Nueva York, 1981.

ZHANG, I. X., «Economic consequences of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *JAcc&Ec*, 44, 2007, pp. 74-115.

ZIMBARDO, P., «Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, Transformations, Consequences», Blass (ed.), *Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm*, Lawrence Erlbaum Associates, Nueva Jersey, 2000, pp. 193-237.

ZINGALES, L., «Corporate Governance», Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Stockton Press, Nueva York, 1998, pp. 497-503.

ZIZEK, S., «The empty wheelbarrow», THE GUARDIAN, 19 de febrero de 2005.

- «La sociedad del riesgo y sus enemigos», *En defensa de la intolerancia*, Sequitur, Madrid, 2008, pp. 71-80.

ZOLO, D., «The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis and Its Applications to the Social Sciences», Teubner y Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 67-124.

ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC*, 53, 1994, pp. 613-627.

- «Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», *PJ*, 46, 1997, pp. 327-342.
- «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español: requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 CP», Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, Pamplona, 2001, pp. 885-908.
- «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», *CPC*, 81, 2003, pp. 537-554.
- «¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'?», *CPC*, 79, 2003, pp. 109-123.
- «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (análisis del art. 65, 3 del código penal)», Carbonell Mateu *et al* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 965-972.
- «Contrarreforma penal. (El *annus horribilis* de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código penal de 2006», Guzmán Dálbora y Serrano Maíllo (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1347-1382.
- *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ZUNZUNEGUI, F., *El Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones», *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón – Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 303-326.

ZWICK, M., «Some Analogies of Hierarchical Order in Biology and Linguistics», Klir (ed.), *Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends*, Plenum, Nueva York, 1978, pp. 521-529.