

## 2. Recensión

### “EMPRESAS CRIMINALES.

UN ANÁLISIS DE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE  
LAS PERSONAS JURÍDICAS IMPLEMENTADOS POR CHILE Y ESPAÑA”

de Rafael Collado González, LegalPublishing, Santiago 2013

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

*Universidad Pompeu Fabra, Barcelona*

*SUMARIO: I. Chile 2009, España 2010: ¿la caída de un dogma?; II. Dos grandes conclusiones: para ser admisible la RPPJ ha de seguir el modelo de autorresponsabilidad; para ser comprensible, interpretarse como un supuesto de participación omisiva imprudente; III. “Zeitgeist” jurídico-penal y RPPJ: la expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo y el “compliance” como autorregulación; IV. La superioridad político-criminal del modelo de autorresponsabilidad; V. La propuesta de modificación del modelo chileno y la experiencia estadounidense. VI. Para concluir.*

*PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas - Compliance - Autoorganización - Sociedad del riesgo - Efecto Andersen*

### I. CHILE 2009, ESPAÑA 2010: ¿LA CAÍDA DE UN DOGMA?

En 2009 y 2010, Chile y España pasaron a engrosar el número de ordenamientos que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ)<sup>1</sup>. La caída del “dogma” sintetizado en el brocardo “societas delinquere non potest” fue y sigue siendo objeto de alborozado y profuso comentario académico a ambos lados del Atlántico, como veremos a años luz de su impacto práctico. Hasta donde llego, entre toda esta literatura la obra de Rafael Collado que aquí se comenta es la única que efectúa un estructurado y muy sugerente análisis comparativo de ambas regulaciones.

El libro, de cuya gestación tuve muy temprana noticia<sup>2</sup>, parte de la ubicación de la RPPJ dentro del fenómeno de expansión del Derecho penal (capítulo I),

---

<sup>1</sup> Los instrumentos legislativos fueron la Ley N° 20.393, publicada el 2 de diciembre de 2009, para Chile, y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para España.

<sup>2</sup> Con fines de “disclosure” o explicitación de posibles conflictos de interés, aclaro que en su día fui evaluador del documento que como Trabajo de Fin de Máster en Ciencias Jurídicas 2011-2012 presentó Rafael Collado bajo la dirección de Jesús Silva Sánchez (aclaración que seguramente

examina los principales modelos que ofrece el Derecho comparado (capítulo II), para a continuación, ofreciendo una reconstrucción de sus no suficientemente explicitadas premisas conceptuales, analizar las dos regulaciones indagando los efectos previsibles de su implementación (capítulos III y IV). La monografía concluye con un capítulo de conclusiones y propuestas concretas de mejora de los dos regímenes (capítulo V)<sup>3</sup>.

Como ocurre cuando uno forma parte del tribunal evaluador de una buena tesis doctoral, las observaciones que siguen serán eminentemente críticas. Urge apuntar que ello nada tiene que ver con la calidad de la monografía, que es excelente, sino con el poco interés que para el lector y la discusión académica tendría que quien la comenta se centrara en el amplio terreno de acuerdo con la misma: *praise is boring*, y cuando además se ensalza aquello que uno comparte, es difícil no caer en el autoelogio encubierto. En lo que sigue, los puntos en los que me centraré son los siguientes:

– Las dos grandes conclusiones del trabajo: para ser admisible la RPPJ ha de seguir el modelo de autorresponsabilidad; para ser comprensible, interpretarse como un supuesto de participación omisiva imprudente (apartado II).

– *Zeitgeist* jurídico-penal y RPPJ: la expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo y el “compliance” como manifestación del fenómeno autorregulatorio (apartado III).

– La superioridad político-criminal del modelo de autorresponsabilidad (apartado IV).

– La propuesta de modificación del modelo chileno y la experiencia estadounidense (apartado V).

---

sea innecesaria, por cuanto lo anterior ya lo cuenta el autor en la página VII de su texto). Dado que el texto que evalué es sólo el germen del que ahora se comenta, y dado así mismo que no fui director del mismo, sino su evaluador, no creo estar en posición de conflicto.

<sup>3</sup> Para el caso español, el autor propone que el legislador establezca con claridad la relevancia del debido control para los delitos cometidos por todo tipo de trabajadores de la empresa, con independencia de su rango, dado que la falta de claridad puede llevar a los intérpretes a decantarse por interpretar el sistema como uno de responsabilidad vicarial y no de autorresponsabilidad (COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, *Empresas Criminales* (Santiago de Chile, 2013), pp. 210-211. Exactamente en este sentido se mueve el Proyecto de Ley actualmente debatido en el Parlamento español. En el apartado III de la Exposición de Motivos de dicho Proyecto (se cita por el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013) se lee: “Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica N° 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”.

Antes de entrar en el análisis, sin embargo, es oportuno analizar el alcance real de la asunción de la RPPJ por Chile y España. Sin duda ambos ordenamientos han regulado la cuestión por vez primera. Pero no es evidente que haya caído el dogma, que por el contrario parece seguir gozando de buena salud y desplegando sus efectos: tanto en Chile como en España, la recepción de la RPPJ se ha hecho con muy importantes limitaciones.

De tipo cuantitativo son las limitaciones del modelo chileno, más labrado desde el punto de vista técnico-jurídico pero que se aplica apenas a cuatro delitos<sup>4</sup>. Cualitativas son las del español, aplicable a más infracciones<sup>5</sup> pero deficiente en su formulación. De modo más importante, no parece que ninguna de las dos regulaciones haya conseguido éxito práctico, y en el caso español puede sin duda hablarse de un amplio fracaso<sup>6</sup>.

Como suele ocurrir en España, ni el legislador ni ningún otro agente jurídico de aquellos a los que la cuestión debería interesar especialmente (como el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado) han previsto la recogida sistemática de información sobre la aplicación de esta reforma<sup>7</sup>. De este modo, la única información disponible es la referida a los muy escasos supuestos que aparecen en la prensa<sup>8</sup> y la que se puede obtener mediante trabajosas búsquedas en las bases de datos de sentencias. En este sentido, una búsqueda específica en la más completa base de datos disponible en España arroja resultados muy ma-

---

<sup>4</sup> Crítico, COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 77-78 y 151, quien califica el catálogo de “raqúitico”, p. 78.

<sup>5</sup> Unas treinta. El listado completo, en COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 76, N° 71. Repárese en que, a pesar de que en el referido listado correctamente se enumeran 22 disposiciones, algunas de éstas se refieren a una pluralidad de tipos delictivos.

<sup>6</sup> Si bien me falta conocimiento para pronunciarme sobre la aplicación de la RPPJ en Chile, el hecho de que ni la monografía de Rafael Collado ni ninguno de los artículos de la doctrina chilena sobre RPPJ que he consultado citen una sola resolución de aplicación me lleva a interpretar que éstas no existen o al menos no son habituales.

<sup>7</sup> Las instituciones encargadas de la política criminal española, desde el prelegislador hasta los aplicadores, cumplen con la descripción que de los penalistas teóricos hacía Peter Noll: “Nos comportamos más o menos como las tortugas de mar, que ponen sus huevos en la arena y no se preocupan de qué pasa con ellos”, NOLL, Peter: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, en *ZStW* N° 91 (1980), pp. 73 y ss., p. 76.

<sup>8</sup> En octubre de 2011 la prensa se hizo eco de la primera resolución imputando a personas jurídicas, el Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 6 (Audiencia Nacional) de 11 de octubre de 2011. En éste, además de a una pluralidad de personas físicas, se imputaba el delito en cuestión (tráfico de drogas) a cuatro personas jurídicas. La igualmente publicitada imputación de diversas entidades bancarias efectuada por el Juzgado Central de Instrucción N° 4 en su Auto 10 de junio de 2013 fue, sin embargo, anulada por el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2013, entendiendo que los hechos imputados eran en todo caso anteriores a la vigencia de la LO 5/2010.

gros<sup>9</sup>: apenas tres sentencias y un auto de audiencias provinciales se refieren a la cuestión. Por supuesto, con esta exigua muestra empírica no es posible efectuar ninguna inferencia distinta de la que apunta a la escasa aplicación de la normativa. Sin embargo, merece la pena indicar que todos los casos versaban sobre las infracciones penales más leves (faltas y no delitos), que la intervención de las audiencias fue en los cuatro supuestos para rectificar crasos errores de los juzgadores *a quo*<sup>10</sup> y, finalmente, que, tras la actuación de las audiencias provinciales revocando las resoluciones apeladas, no hay constancia de ningún caso de condena a una persona jurídica<sup>11</sup>. En el momento de la aprobación de la RPPJ, el sector privado expresó sus profundas reservas<sup>12</sup>. Pasados más de tres años después de su entrada en vigor

---

<sup>9</sup> La búsqueda se realizó a texto completo en la base de datos jurisprudenciales del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) el día 28 de enero de 2014. Como el objetivo era buscar supuestos de aplicación/inaplicación o siquiera menciones *obiter dicta* al artículo 31 bis, que es la disposición que regula la RPPJ en el Código Penal español (en adelante, CPE), la consulta se centró en resoluciones que contuvieran los términos “31” “bis” y “persona” y hubiesen recaído después del 1 de enero de 2012, esto es, un año después de la entrada en vigor de la reforma (ha de tenerse en cuenta que el CENDOJ sólo incluye en su base las sentencias según se las envían los órganos judiciales, y previsiblemente muchos de ellos todavía no habrían enviado todas las dictadas en 2013 en la fecha de la consulta). El resultado de la busca fueron 2 sentencias del Tribunal Supremo y 29 resoluciones (tanto sentencias como autos) de la Audiencia Nacional y las audiencias provinciales, pero la mayoría eran falsos positivos (no se referían realmente al artículo 31 bis CPE, que regula la RPPJ, sino a otros preceptos, mayormente al artículo 31 CPE).

<sup>10</sup> Hablar de “error craso” no es ninguna exageración: las resoluciones revocadas, bien condenan a la persona jurídica sin considerar responsable a ningún autor individual, bien condenan por tipos penales que no pueden en ningún caso conllevar RPPJ, requisitos ambos expresa y claramente exigidos por el artículo 31 bis CPE.

<sup>11</sup> SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 11 de septiembre de 2013, FD 3º (absuelve porque se había condenado a la empresa sin considerar responsable a ninguno de sus empleados y porque así mismo se entiende que en cualquier caso no concurrían en la conducta de las personas físicas en cuestión los elementos de la falta de estafa por la que se había condenado a la persona jurídica); SAP Murcia, Sección 5ª, de 30 de mayo de 2013, FD 3º (absuelve al representante legal de la empresa condenada –que nuevamente lo fue sin que se considerara responsable a ninguna persona física– por no darse los elementos del tipo de estafa); SAP Barcelona, Sección 7ª, de 23 de marzo de 2012, FD 3º (revoca sentencia condenatoria por falta de vejaciones a una persona jurídica por no tratarse de un delito sino de una falta, y por no estar en cualquier caso la infracción incluida en el listado de delitos que puede cometer una persona jurídica); AAP Madrid, Sección 29ª, de 26 de marzo de 2012 (acepta el sobreseimiento decretado por tratarse de una falta y por no encontrarse la infracción investigada, unas coacciones, entre las incluidas en el listado de delitos que puede cometer una persona jurídica).

<sup>12</sup> Escribiendo en tiempo real se llegó a decir que las empresas “tienen miedo” MAGRO SERVET, Vicente, Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas, en *Diario Jurídico La Ley*, 19 de mayo de 2011, p. 1. La situación, a la que contribuyó de forma importante la mercadotecnia jurídica realizada por algunos despachos de abogados (casi todas

el 23 de diciembre de 2010, los temores inicialmente manifestados están lejos, muy lejos, de haberse materializado.

Como bien explica Collado en su libro, Chile introdujo la RPPJ en su ordenamiento con el fin estratégico de satisfacer las recomendaciones de la OCDE<sup>13</sup>. Más difícil es saber por qué se hizo en España, dado que el proceso desde el primer anteproyecto hasta la aprobación definitiva se extendió a lo largo de cuatro años y tres ministros de justicia distintos<sup>14</sup>. A modo de explicación, el Apartado VII del Preámbulo de la LO 5/2010 alude a “numerosos” instrumentos jurídicos internacionales que exigirían “una respuesta penal clara para las personas jurídicas”. Sin embargo, ello no es cierto<sup>15</sup>. En realidad, el legislador español de 2010 pareció moverse más bien por el interés del Gobierno en no dar signos de debilidad renun-

---

las “grandes firmas” y algunos despachos de menor tamaño y singular habilidad emprendedora), generó una demanda y oferta de “planes de prevención penal”.

<sup>13</sup> De forma clarificadora, COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 134 a 139, quien titula el inciso “Exigencias para ingresar a la OCDE (asumidas, más que reales)”. Si bien es cierto que en puridad lo que exige la OCDE es que las personas jurídicas en ciertos supuestos respondan con sanciones por delitos cometidos por sus empleados, siendo posible que sean sanciones administrativas, de facto insiste en el carácter penal de la respuesta (algo que puedo atestiguar personalmente dado que he participado como “experto nacional” en procedimientos de evaluación del cumplimiento del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE).

<sup>14</sup> El texto finalmente aprobado inició su andadura como Anteproyecto de Ley en 2007. Tras su conversión en Proyecto fue enviado por el Gobierno a las Cortes, donde su tramitación fue interrumpida por la convocatoria de elecciones generales. Tras las elecciones y con un nuevo Ministro de Justicia, en 2008 se retomaron los trabajos en sede gubernamental, que se vieron posteriormente detenidos por otro cambio de Ministro de Justicia. Los trabajos se reanudaron con un nuevo Anteproyecto, basado en los anteriores y que fue objeto de sucesivos informes por el Consejo General del Poder Judicial (en materia penal su informe es obligatorio, aunque no vinculante), el Consejo Fiscal (un informe no obligatorio ni vinculante, pero que se estimó necesario dada la magnitud de la reforma) y el Consejo de Estado (órgano que excepcionalmente informaba un texto penal porque con el mismo se producía la transposición de normas de Derecho de la Unión Europea; su informe es en estos casos preceptivo pero no vinculante). Convertido en Proyecto de Ley, el texto fue presentado a las Cortes el 19 de noviembre de 2009, siendo finalmente aprobado por el Senado el 9 de junio de 2010.

<sup>15</sup> Al respecto, v. COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 65-67, quien con acierto concluye que “El preámbulo de la Ley N° 5/2010 asumió obligaciones de criminalizar que no existían”. En efecto: lo que afirman los textos internacionales firmados y ratificados por España es que los entes colectivos han de poder ser hechos responsables por la comisión de delitos por personas físicas, pero no se exige que tal responsabilidad sea penal. Un sistema de responsabilidad administrativo-sancionadora de los entes colectivos por los delitos cometidos por sus integrantes es conforme con los textos internacionales (y es, de hecho, el elegido por ordenamientos como el alemán; al respecto, v. KUHLEN, Lothar: *Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal*, en KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo, ORTIZ DE URBINA, Íñigo (editores). *Compliance y teoría del Derecho Penal*, (Madrid, 2013), pp. 51 y ss., 56-57.

ciando a una medida que había publicitado en la anterior legislatura y que había de hecho incluido en su programa electoral. El interés, sin embargo, se detuvo ahí, no extendiéndose a la calidad y aplicabilidad de la reforma propuesta, como demuestra el que de modo injustificable la regulación procesal de la materia se aprobara casi un año y medio después de la aprobación de la LO 5/2010 y más de diez meses después de la entrada en vigor del régimen sustantivo<sup>16</sup>.

Tanto en Chile como en España la introducción de la RPPJ es una medida político-criminal aprobada con una finalidad principal distinta de la prevención o adecuada respuesta a la delincuencia, y por tanto un ejemplo de libro de legislación simbólica. Como era de esperar, al menos en España, la RPPJ ha sido recibida con gelidez y desactivada en sus efectos prácticos por los agentes jurídicos encargados de su aplicación<sup>17</sup>. Dadas estas condiciones (muy limitado ámbito de aplicación del modelo en Chile, inexistencia práctica de aplicación en España), sólo un análisis por completo centrado en el “law in the books” podría concluir que en ambos países ha caído el dogma “societas delinquere non potest”.

## II. DOS GRANDES CONCLUSIONES: PARA SER ADMISIBLE LA RPPJ

HA DE SEGUIR EL MODELO DE AUTORRESPONSABILIDAD; PARA SER COMPRENSIBLE,  
INTERPRETARSE COMO UN SUPUESTO DE PARTICIPACIÓN OMISIVA IMPRUDENTE

Entre las conclusiones más relevantes del análisis de Collado se encuentra su cerrada y creo que muy convincente argumentación del carácter contrario a nuestros ordenamientos constitucionales del modelo de heterorresponsabilidad (la cautela del “creo” se debe sólo a que antes de leerle yo ya estaba convencido)<sup>18</sup>. Por el contrario, distanciándose de las posturas que niegan toda pertinencia a la RPPJ y/o sostienen que no se puede hablar de una institución propiamente penal<sup>19</sup>, el autor considera que el modelo de la autorresponsabilidad es constitucionalmente posible y que “el hecho de que el legislador haya tomado la decisión de incluir un

<sup>16</sup> La regulación procesal se introdujo apresuradamente como parte de la Ley N° 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en vigor desde el 1 de noviembre.

<sup>17</sup> Curiosamente, a pesar de que como recoge COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 37, las reformas se aprobaron “desoyendo los furibundos comentarios de la dogmática penal”, al menos en España la admisión de la RPPJ por el Derecho positivo parece haber acabado con las dudas de muchos teóricos: mientras que antes de la LO 5/2010 daba la impresión de que eran mayoría los penalistas opuestos a la institución, tras ésta parece haberse conformado una nueva mayoría que la acepta y un importante número de autores que no sólo parecen aceptarla, sino también inclinarse por uno de los dos grandes modelos disponibles (el vicarial o de transferencia) que es el más problemático desde el punto de vista de las estructuras de imputación tradicionalmente admitidas y los principios de garantía a ellas subyacentes.

<sup>18</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 59-62.

<sup>19</sup> V. COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 37-41 y 57-59.

modelo de responsabilidad y darle la categoría de penal, debe ser un dato a respetar” (p. 38). Con lo anterior el autor sienta adecuadamente los términos dentro de los cuales debe moverse la discusión académica *lege lata* tras la actuación del legislador: la adecuación material de la normativa de que se trate (que, por supuesto, puede concluir la falta de necesidad o utilidad de la RPPJ).

La otra gran conclusión de Collado tiene que ver con el encaje dogmático, en concreto en términos de la teoría jurídica del delito, de los modelos chileno y español. Para el autor, en ambos casos estaríamos ante supuestos de participación omisiva imprudente en el delito de otro (la persona física)<sup>20</sup>. Por razones que he desarrollado en otros lugares y que Collado describe en su texto, estoy plenamente de acuerdo en que no tiene sentido ni es político-criminalmente necesario entender que las personas jurídicas pueden cometer delitos dolosos. En mi opinión, la imputación a las personas jurídicas procede con base únicamente en la infracción de deberes de cuidado, como apunta el hecho de que los sistemas de RPPJ existentes en el ámbito comparado no prevean penas distintas para la comisión dolosa e imprudente (como hacen todos para el caso de las personas físicas). No estoy, sin embargo, de acuerdo en que nos encontremos ante supuestos de participación omisiva en el delito de otro, sino antes bien ante injustos propios de la persona jurídica<sup>21</sup>.

Collado arguye de la siguiente manera la reconstrucción de la imputación de la persona jurídica como una conducta de participación omisiva en injusto ajeno:

– En primer lugar, el reproche a la persona jurídica “se dirige a su organización y especialmente a la forma en que fue implementada” (p. 107).

– “Como consecuencia de esta opción”, prosigue, “la culpabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en su conducción de la vida empresarial” (p. 107).

– Finalmente, la participación omisiva imprudente “es la estructura interpretativa que mejor se aproxima a este concepto de culpabilidad” (p. 108).

La anterior argumentación está lastrada por dos “non sequitur”: el primero se comete al afirmar que, como consecuencia de la comprensión del injusto de la empresa como un injusto organizativo (equivalentemente: como un injusto por infracción de deberes de control), la culpabilidad de las personas jurídicas ha de fundamentarse en su conducción de la vida empresarial. En realidad, dicha estructura del injusto es compatible con otros modelos de culpabilidad, que van desde complejos modelos basados en la teoría de sistemas hasta modelos deflacionarios que entienden que, en el caso de las personas jurídicas, la culpabilidad se reduce a su posibilidad de alegar error de prohibición en aquellos casos en los que la prohi-

---

<sup>20</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 90-94, 105-113 y 168-170.

<sup>21</sup> No me pararé a analizar la cuestión de si estamos ante conductas necesariamente omisivas o no, dado que el propio autor afirma que entiende la omisión “en un sentido similar a incumplimiento”, COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 93, n. 82. Estando los dos de acuerdo en que se trata de conductas imprudentes, la cuestión de si son activas u omisivas pierde relevancia.

bición penal no fuese suficientemente clara (no para la persona jurídica, que nada puede percibir, sino objetivamente). La exclusión de estas otras posibilidades de configurar la culpabilidad no es sin embargo argumentada por Collado.

El segundo *non sequitur* se produce al afirmar que la participación omisiva imprudente es la interpretación más cercana a dicho concepto de culpabilidad. Incluso, si se acepta a efectos argumentativos que la culpabilidad por la conducción de la vida empresarial es el modo de culpabilidad más adecuado para las personas jurídicas, no se ve por qué ha de traducirse en un modelo de responsabilidad derivado de la participación en la conducta de otro y no en un modelo de responsabilidad por la propia autoría. De nuevo falta una explicitación de las premisas sustantivas que apoyan la conclusión, y sin ellas el paso argumentativo queda ayuno de justificación.

En el caso español, la exigencia de un delito cometido por una persona física ha llevado a algunos intérpretes a entender que el sistema español de RPPJ es de “heteroresponsabilidad” o responsabilidad por hecho ajeno. Sin embargo, dado que la persona jurídica sólo responde cuando en ella se dé un defecto de organización propio que haya favorecido o incentivado la comisión del delito ajeno, la situación no resulta diferente de la existente en otras figuras penales, como la comisión por omisión, en la que el sujeto garante responde personalmente por hechos o situaciones (ni siquiera conductas humanas) que le son ajenos (o más bien, que le serían ajenos si no fuera garante). Si no se habla de “heteroresponsabilidad” en el caso de la comisión por omisión, no se ve por qué ha de hacerse en este supuesto.

La razón por la que el legislador exige este hecho de referencia es similar a la razón por la que los delitos imprudentes sólo se persiguen cuando resultan consumados. En ambos casos, el legislador ofrece a las personas, físicas y jurídicas, una instrucción de conducta que resulta más vaga que la que se ofrece en el caso de los delitos dolosos. Mientras que en estos últimos el legislador indica que no se debe buscar o aceptar la producción de resultados lesivos cuyo probable acaecimiento se conoce, en la responsabilidad por imprudencia y por defecto de organización en las personas jurídicas lo que se pide es una configuración de la propia actividad que reduzca los riesgos de acaecimiento de resultados lesivos. De esto se sigue que, mientras que la conducta a observar en el caso de los delitos dolosos es bastante clara (“no actúes” o, en el caso de la comisión por omisión, “actúa de una concreta manera”), el margen de actuación que se le deja a la persona física o jurídica en los delitos imprudentes o por defecto organizativo es mucho más amplio: hay muchas maneras de ser prudente y de organizarse de forma adecuada, y algunas de ellas pueden parecer inadecuadas a un observador externo con menos información que el sujeto que las emprende. En estos casos, la intervención penal limitada a la efectiva producción del resultado o de un delito por una persona física es un criterio de selección de las conductas con relevancia penal que, sin negar que la base de



la responsabilidad sea la infracción del propio deber de cuidado o de adecuada organización, reconoce las mayores dificultades que en este ámbito comportaría una intervención más temprana y por ello establece que sólo se actuará cuando concurra un indicio claro de que la organización ha fracasado. Por tal motivo, la exigencia de un hecho antijurídico cometido por una persona física del entorno de la persona jurídica debe entenderse como una condición objetiva de punibilidad con la función de filtro de las numerosas conductas que, como ocurre en el caso de la imprudencia, en principio pudieran ofrecer indicios de responsabilidad.

### III. ZEITGEIST JURÍDICO-PENAL Y RPPJ: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL “COMPLIANCE” COMO AUTORREGULACIÓN

Collado dedica el primer capítulo de su obra a ubicar la RPPJ en el mundo de las ideas jurídico-penales, concluyendo que se trata de un desarrollo estrechamente vinculado con la expansión del Derecho penal y con los fenómenos de desconfianza en el Estado y privatización de la prevención penal que confluyen en el fenómeno autorregulatorio. Ninguna de estas conclusiones me parece convincente.

– En un primer paso se arguye la relación de la RPPJ con la expansión del Derecho penal en la sociedad del riesgo, lo que se hace con contundencia:

“Creo que sólo dentro de este marco es posible concebir la creación de normas que imputen responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que son estas organizaciones las mayores generadoras de riesgo en la actualidad y criterios de eficiencia en la prevención del riesgo obligan a los legisladores a imponer a estos entes el deber de prevenir la comisión de delitos en su interior” (p. 2).

Sin embargo, la anterior conclusión no puede ser cierta, dado que contradice el dato histórico de que la RPPJ se desarrolló fuera del marco histórico de la sociedad del riesgo, de hecho, casi un siglo antes. Siguiendo los pasos de otros tribunales inferiores y de la mano de un creciente apoyo doctrinal, en 1909 el Tribunal Supremo estadounidense afirmó en *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* que los delitos cometidos por cualquiera de los empleados podían ser imputados a la empresa, siempre y cuando estos actuaran en el ejercicio de sus funciones y con el ánimo de beneficiar a la propia empresa. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo comenzó por recordar que la doctrina *respondeat superior* se admite en Derecho privado “no porque el principal de hecho participe en el acto ilícito o fraudulento, sino porque la conducta se lleva a cabo en beneficio del principal”, tras lo cual decidió “dar un único paso adelante” y, “por razones de interés público”<sup>22</sup>, extender dicha doctrina a la responsabilidad penal. La admi-

---

<sup>22</sup> Las anteriores citas, en *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909), pp. 493-494.

sión de la RPPJ con estos requisitos y límites se generalizó en la jurisprudencia, llegando prácticamente sin modificar hasta nuestros días<sup>23</sup>.

Durante años, esta diferente opción en materia de RPPJ fue considerada uno de los puntos de mayor divergencia entre los ordenamientos jurídico-penales occidentales<sup>24</sup>, y la actual convergencia se está produciendo en el terreno que desde hace décadas ocupan los países del *common law*<sup>25</sup>. Así, y prescindiendo de si la responsabilidad de los entes colectivos surgió primero en el *common law* o en los sistemas continentales<sup>26</sup>, lo cierto es que la RPPJ no puede tener como presupuesto la llamada “sociedad del riesgo”, toda vez que la precede.

El recurso al tópico de la sociedad del riesgo y otras herramientas explicativas de contornos imprecisos y gran generalidad para explicar fenómenos que admiten explicaciones con un menor nivel de abstracción está sin duda extendido entre la doctrina penal (piénsese en el “Derecho penal del enemigo”), pero no por ello es más justificable<sup>27</sup>. En este caso, además, se topa frontalmente con la historia.

– Tampoco resulta convincente Collado cuando afirma que “privatizar la gestión del delito es clave para comprender el surgimiento de un modelo de responsabilidad

---

<sup>23</sup> Sin que ello signifique que se considere una cuestión conceptualmente pacífica o bien resuelta. Por el contrario, como han puesto de manifiesto diversos autores, la supervivencia de este modelo de RPPJ tiene más que ver con su consideración como único modelo posible que con la satisfacción conceptual y práctica con el mismo. Es común citar al respecto la opinión de MUELLER, Gerhard, “Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability”, en *University of Pittsburgh Law Review* 19, (1957), pp. 21 y ss., para quien la RPPJ es “un hierbajo (...) que nadie plantó, nadie regó y nadie cuidó. Simplemente, creció”; LAUFER, William, “Corporate Bodies and Guilty Minds”, en *Emory Law Journal* 43, (1994), pp. 647 y ss., pp. 653-654.

<sup>24</sup> Así, COFFEE, John, “‘No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, en *Michigan Law Review* 79 (1981), pp. 386 y ss., p. 444.

<sup>25</sup> Lo explica COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 36-37.

<sup>26</sup> Al respecto, Giorgio MARINUCCI califica de “difundida ignorancia erudita” la idea de que la RPPJ es una creación anglosajona que sólo desde hace unos pocos años se ha difundido entre los ordenamientos de los países influidos por el Derecho continental, cuando lo cierto es que la responsabilidad de entes colectivos (*universitates*, y no necesariamente empresas) había sido conocida en el Derecho de la Europa continental durante los siete siglos precedentes al siglo XIX. V. MARINUCCI, Giorgio: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático*, en GARCÍA VALDÉS, Carlos, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (coordinadores) en *Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig* (Madrid, 2008), pp. 1.173 y ss., especialmente 1175-1183.

<sup>27</sup> No se trata de una cuestión de gustos: cuanto más abstracta y enrevesada sea una teoría, más difícil será su prueba (y su refutación). Las experiencias del pasado siglo XX con ciertas derivaciones del marxismo y el psicoanálisis deberían haber sido suficientemente aleccionadoras. Una insuperable crítica al recurso explicativo a la “sociedad del riesgo”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2005), pp. 01:1-01:37.

de las personas jurídicas como el que tenemos en España y Chile”, ni al vincular la RPPJ con lo que define como “un argumento ampliamente difundido: la desconfianza hacia el Estado” (ambas citas, p. 5), lo cual habría redundado en “el abandono a los privados de tareas públicas” (14) dado que “Como explica Braithwaite, el fenómeno del *enforced self regulation* se hace necesario cuando las regulaciones estatales no son capaces de controlar el aumento del poder corporativo” (17).

Según entiendo, en el caso de la RPPJ no puede con propiedad hablarse de privatización ni abandono a los particulares de tareas públicas. Por el contrario, se trata de un refuerzo de las estrategias preventivas estatales mediante la captación de la colaboración de los particulares (inducida mediante la amenaza de sanciones), que es casi exactamente lo contrario del abandono referido: el Estado sigue haciendo lo que hacía, ahora exigiendo a los particulares que rigen empresas que se impliquen en la labor de prevención. El equívoco tiene su origen en el excesivo rédito que en el ámbito de la RPPJ se ha otorgado a la noción de “autorregulación”.

La conexión del establecimiento de la RPPJ con la autorregulación es subrayada por importantes especialistas en la materia<sup>28</sup>, situándose habitualmente el origen de esta línea de argumentación en la obra de Braithwaite. Sin embargo, existen importantes diferencias entre el planteamiento de este fundamental autor, muy complejo y abarcador, y los bastante más inanes desarrollos actuales de la idea de autorregulación (regulada) en Derecho penal.

En ocasiones pareciera que cuando se habla de personas jurídicas por “autorregulación” se entiende simplemente la capacidad de auto-organizarse, esto es, de decidir sobre la propia conducta<sup>29</sup>. Es evidente que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno confieren amplias facultades de auto-organización a las personas jurídicas. Sin embargo, también lo es que no estamos ante un fenómeno reciente, de forma que, si el concepto de “autorregulación” quiere significar algo nuevo, no puede referirse a esta posibilidad sino que ha de ir más lejos. Conceptualmente ese

---

<sup>28</sup> En España, v. por todos NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (Madrid, 2008) pp. 81-84, y GÓMEZ-JARA, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa* (Barcelona-Madrid, 2005), pp. 248-274. Para Alemania v. SIEBER, Ulrich: *Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, en SIEBER, Ulrich (coordinador.) *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, (Köln/München, 2008), pp. 449 y ss., 459-461 y, con ulteriores referencias y de forma crítica, KUHLEN, Lothar: *Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal*, ob. cit., pp. 51 y ss., pp. 67-73. La situación parece ser la misma en Chile, v. COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 140, con ulteriores referencias.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: *La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad*, en MONTIEL, Juan Pablo (editor.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, (Madrid, 2012), pp. 289-313, p. 293: “la autorregulación constituye la regulación que los mismos sujetos y organizaciones privados desarrollan en su ámbito profesional sin intervención de los poderes públicos”.

“ir más lejos” podría vincularse con la existencia de efectos jurídicos especiales dimanantes de dicha facultad de auto-organización. Y, en efecto, a la autorregulación se le han concedido efectos diversos, que van desde aspectos relativamente menores, como la función meramente indiciaria del cumplimiento o la pre-constitución de una prueba pericial, hasta facetas decisivas, como la exclusión de la intervención del Estado en el ámbito autorregulado y su sustitución por la actividad de los particulares<sup>30</sup>, que en algunos casos puede llegar a la imposición de sanciones<sup>31</sup>.

Estas características, sin embargo, se pierden en gran medida cuando pasamos de la noción de “autorregulación” a la de “autorregulación regulada” o “co-regulación”. Con este concepto se hace referencia a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico otorga libertad de organización pero se reserva el derecho al control, bien *ex ante facto*, bien *ex post facto*, bien a través de ambos. El control *ex ante* puede tener lugar a través de la revisión directa del resultado del proceso organizativo, como ocurre cuando se establece un sistema de licencias o permisos que sólo se otorgan cuando se verifica la idoneidad de la estructura resultante de las decisiones organizativas libremente adoptadas. El control *ex post facto* puede y suele efectuarse mediante la creación de ilícitos (administrativos o penales) de peligro y/o de resultado.

En el caso de la responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas, los modelos al uso optan por la autorregulación regulada y el establecimiento de sistemas de licencia o autorización acompañados de la previsión de ilícitos administrativos de peligro y de resultado. En los casos en los que se exige, la concesión de una licencia o autorización cuando se ha cumplido con ciertos requisitos organizativos no suele suponer la posterior exclusión *ex lege* de la imposición de la sanción (lo que acercaría el modelo a la autorregulación en sentido estricto), pero es un indicio importante de la buena organización de la entidad colectiva. En el caso de la RPPJ, no puede dudarse de que, a lo sumo, estamos ante un supuesto de autorregulación regulada, y en concreto ante uno que, al menos en los modelos

---

<sup>30</sup> Para un sucinto y efectivo recuento de los efectos que se le han otorgado a la autorregulación, v. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, ob. cit., pp. 303-304, quien los divide en indiciarios (del grado de diligencia), presuntivos (del mismo dato: se presume el cumplimiento diligente), periciales (funcionando como dictamen pericial anticipado), integradores (supliendo parte del procedimiento público), transformadores (las normas técnicas elaboradas por los particulares son reconocidas por el ordenamiento, como ocurre cuando se apela a “el estado del arte”) y sustitutorios (la reacción privada excluye la pública).

<sup>31</sup> Un interesante estudio de caso de un sistema privado de auto-imposición de sanciones (el de la industria farmacéutica alemana), en KUHLEN, Lothar: *Strafrecht und freiwillige Selbstkontrolle der Wirtschaft: das Beispiel der Pharmaindustrie*, en HERZOG, Felix, NEUMANN, Ulfrid, (editores.) *Festschrift für Winfried Hassemer, Müller*, (Heidelberg 2010), pp. 875-889.

existentes hasta ahora<sup>32</sup>, no prevé la concesión de licencias o autorizaciones, sino que concentra su operación en la existencia de resultados lesivos que evidencien problemas con la auto-organización (aunque es conceptualmente concebible un sistema de RPPJ que no espere a la comisión de un delito por una persona física, por el momento todas las legislaciones lo exigen). Se ha llegado a decir (entiendo que acertadamente) que en el ámbito del Derecho público sólo es legítima la autorregulación regulada y no la autorregulación “pura”<sup>33</sup>. Y surge la pregunta: ¿qué añade esta noción de autorregulación regulada centrada en el control *ex post facto* al tradicional análisis jurídico-penal?

Para contestar a esta pregunta conviene dar un paso atrás y retornar al sentido que a la noción de autorregulación regulada dio Braithwaite en su seminal artículo. En concreto, Braithwaite proponía el siguiente proceso<sup>34</sup>:

– En primer lugar, el Estado incitaría a cada empresa a escribir un conjunto de normas expresamente adaptadas a sus contingencias específicas.

– En segundo lugar, una agencia reguladora aprobaría tales normas o las mandaría de vuelta a la empresa para su revisión. La aprobación de las normas exigiría en cualquier caso el cumplimiento de los estándares mínimos sentados por el legislador. En esta fase se animaría a las organizaciones no gubernamentales y otros grupos interesados a comentar la regulación propuesta por la empresa<sup>35</sup>.

– En tercer lugar, la mayor parte de los deberes y costes de cumplimiento se harían recaer en la propia empresa, a la que se exigiría establecer su propio equipo inspector. La principal función de los inspectores públicos sería el aseguramiento

---

<sup>32</sup> Podría entenderse que contienen elementos de intervención *ex ante facto* el sistema introducido en el ordenamiento jurídico italiano en 2001, con su previsión de participación de la administración en los procedimientos sectoriales de diseño de los planes de cumplimiento, y el chileno, que prevé que las empresas puedan obtener un certificado de haber adoptado e implementado el modelo, con efectos, se supone, presuntivos del cumplimiento (artículo 4.4.b.). Sobre este aspecto de la ley chilena, véanse COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 171-179 y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, en *Política criminal*, Vol. V, N° 9 (2010) pp. 207-236, 226-227.

<sup>33</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè: *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada* (Madrid 2005), p. 75.

<sup>34</sup> BRAITHWAITE, John, “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Crime Control”, en *Michigan Law Review* 80 (1981-1982), pp. 1466-1507, 1470-1472, 1483, 1486, 1503.

<sup>35</sup> BRAITHWAITE era consciente del incremento de los costes y especialmente de los plazos de aprobación de las normas que esto supondría, haciendo referencia a la experiencia de la Comisión de la Energía Atómica estadounidense en 1973, que incrementó la duración de la tramitación de la concesión de la licencia para la construcción de centrales nucleares de 6 a 29 meses cuando permitió la participación de ciudadanos (BRAITHWAITE, John, ob. cit., p. 1471, nota 22).

de la independencia de este equipo interno<sup>36</sup>, así como la verificación de su eficiencia y dureza en el desempeño de su función, teniendo especialmente en cuenta el número de infractores que hayan sido sancionados por la empresa.

– Finalmente, la infracción de estas obligaciones sería objeto de persecución penal por el Estado<sup>37</sup>.

Sin duda, un modelo como el recién descrito supone un tipo de intervención sobre las personas jurídicas muy distinto de aquel tradicional en el Derecho penal de las personas físicas. Pero resulta que este modelo no ha sido el escogido por los ordenamientos jurídicos que admiten la RPPJ, en los que el tipo de control al que se ven sometidas las empresas no parece diferir de aquél al que se somete a las personas físicas<sup>38</sup>. También a las personas físicas se nos conceden amplios espacios de libertad que incluyen amplias facultades de auto-organización y se nos hace responder por los resultados penalmente relevantes que sean imputables a nuestra mala organización. Así, al conductor se le conceden importantes facultades de organización tanto sobre el cuidado de su auto como para su conducción.

También en este caso el Estado quiere aprovechar las facultades de auto-organización ajenas para que no se produzcan delitos (o, más honestamente, no puede intervenir de otro modo sin incurrir en elevados costes). Sin duda, hay ámbitos más y menos reglados (mi libertad a la hora de organizar el balcón de mi casa para evitar la caída de objetos a la calle es muy superior a mi libertad a la hora de conducir). Pero lo importante es que la existencia de ámbitos de libertad y la posibilidad de control posterior por el Estado lleva siglos siendo la regla en el Derecho penal de las personas físicas sin que por el momento a nadie le haya dado por hablar de “autorregulación regulada”.

---

<sup>36</sup> Entre otros mecanismos para lograrlo, BRAITHWAITE propone el siguiente BRAITHWAITE, John, ob. cit., p. 1488, en caso de que una infracción sea descubierta por el equipo inspector interno y la empresa siga su propuesta de sanción (de existir), las infracciones no serán objeto de divulgación (ni persecución) pública. Reconociendo el carácter polémico de esta propuesta, BRAITHWAITE la defiende afirmando que el buen desempeño del equipo inspector interno es fundamental y que sin el mismo en cualquier caso la mayor parte de tales infracciones no serán detectadas.

<sup>37</sup> Con el objetivo de asegurar el seguimiento por las empresas de las indicaciones del servicio de inspección interno, BRAITHWAITE propone tipificar como delito la conducta del director del servicio interno de inspección consistente en la falta de comunicación a las autoridades de las infracciones que han quedado sin respuesta por la empresa, así como la obligatoriedad por parte de la empresa de notificar el eventual despido de dicho director y las razones del mismo, BRAITHWAITE, John, ob. cit., p. 1499.

<sup>38</sup> Tampoco ha sido realmente acogido por la doctrina, incluso por parte de la que habla de “autorregulación regulada”, que suele contentarse con un esquema mucho más simple de “tú decides-yo controlo”.

En realidad, por tanto, a diferencia del modelo de intervención propuesto por Braithwaite, el fenómeno que se ha acabado denominando “autorregulación regulada” es poco relevante en el ámbito del Derecho penal, puesto que éste siempre ha funcionado conforme a los principios que caracterizan este “nuevo” fenómeno cuando el mismo se limita, como desde luego hace en los ordenamientos jurídicos actuales, a la intervención *ex post facto* en los términos vistos.

#### IV. LA SUPERIORIDAD POLÍTICO-CRIMINAL DEL MODELO DE AUTORRESPONSABILIDAD

Como es bien sabido, el panorama comparado de la RPPJ está dominado por dos modelos diferenciados: el vicarial o de heterorresponsabilidad y el de responsabilidad por defecto de organización o de autorresponsabilidad. Collado arguye que el primero no es asumible en nuestros ordenamientos jurídicos porque por sus características no puede excluir la imputación a la empresa en régimen de responsabilidad objetiva<sup>39</sup>. Estoy de acuerdo con esta conclusión, que me parece ineludible por las razones que con brillantez expone Collado. Sin embargo, a estos argumentos de principio el autor añade unas consideraciones político-criminales que no me parecen justificadas. En concreto, se afirma que el modelo vicarial<sup>40</sup>:

a) “no incentiva la generación de programas de cumplimiento, por cuanto de nada le servirá a la empresa tener un programa de cumplimiento, si un empleado comete un delito en su interior, ya que no tiene la posibilidad de eximirse por contar con un programa eficiente” y

b) “no le entrega al juez criterios claros para condenar a una persona jurídica”.

Creo que ninguna de las anteriores afirmaciones es cierta en sus términos literales.

El modelo vicarial también ofrece incentivos para que las empresas tengan programas de cumplimiento bien diseñados e implementados, porque, si funcionan, dichos programas previenen delitos, y un delito prevenido es uno del que la empresa no deberá responder. Ocurre, sin embargo, que los incentivos son menos adecuados que los que ofrece el sistema de autorresponsabilidad.

Las empresas pueden evitar los delitos mediante la toma de medidas *ex ante* que reduzcan el beneficio esperado del delito para los empleados (en sentido amplio: incluyendo a sus directores), dado que estos en general se benefician de estos delitos de manera indirecta, especialmente mediante la promoción interna y la retribución, variables, ambas, que pueden ser manipuladas por la empresa. Además de estas medidas preventivas, que tienen que ver con aspectos (políticas de

<sup>39</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 44-48, 63.

<sup>40</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 45.

promoción y salarios) que de modo prácticamente necesario tienen que adoptarse por todas las empresas y que por tanto podemos denominar “estructurales”, las empresas pueden adoptar medidas de prevención que supongan un incremento de la probabilidad de que la comisión de actos ilícitos sea objeto de detección y sanción por el Estado. Estas medidas pueden ser tanto *ex ante* (establecimiento de procedimientos que faciliten la prueba de quién-hizo-qué) como *ex post* (investigaciones internas y cooperación con las autoridades). De hecho, las empresas no sólo pueden tomar las medidas preventivas que se acaba de exponer, sino que también son los sujetos que más eficientemente pueden tomar dichas medidas preventivas (en ocasiones, los únicos que pueden hacerlo con costes razonables<sup>41</sup>).

El problema de afirmar la RPPJ siempre que se produzca un delito en el entorno de la empresa (esto es: con responsabilidad objetiva), como hace el modelo de heterorresponsabilidad, es que, si bien con este régimen la persona jurídica tiene incentivos para que no se cometan delitos en su seno (puesto que sabe que habrá de responder por ellos), al mismo tiempo tiene incentivos para que, si se cometen, no sean descubiertos, para evitar ser sancionada (sanción que, en un régimen de responsabilidad objetiva, ocurrirá siempre que se demuestre la comisión del delito). Desde un punto de vista auto-interesado, a la empresa no le interesa tanto que no se cometan delitos en su seno como que éstos no se descubran, pues si se descubren siempre responde, con independencia de la diligencia que haya empleado *ex ante*. Esto implica que, si bien en un sistema de responsabilidad objetiva el ente colectivo tiene interés en la adopción de medidas *ex ante* que reduzcan la probabilidad de que se cometan delitos, no tiene incentivos para tomar medidas que faciliten su detección<sup>42</sup>, e incluso puede considerar la posibilidad de ocultar los que se han cometido: en un modelo de responsabilidad objetiva la ocultación, salvo que constituya un delito independiente, no supone riesgos adicionales. Lo anterior no ocurre, o lo hace en mucho menor medida, en los modelos de autorresponsabilidad. En ellos, la empresa sabe que la ocultación tiene su coste: si sale bien, el delito no será detectado y se evitará el procedimiento; pero, si sale mal, será tenida por una prueba contundente de la mala organización de la empresa a efectos del cumplimiento, lo que supondrá su responsabilidad.

De esta manera, los sistemas de autorresponsabilidad son superiores porque ofrecen los mejores incentivos *ex ante* y *ex post facto* (tomando como *factum* la comisión del delito por la persona física). Sin embargo, como se ha visto, ello no significa que el sistema vicarial no ofrezca incentivos para la prevención *ex ante*.

---

<sup>41</sup> Lo anterior es un muy apretado resumen de la “segunda ola” de análisis económico de la RPPJ. Al respecto, v. ARLEN, Jennifer: *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, en HAREL, Alon, HYLTON, Keith (editores), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (New York, 2012), pp. 144 y ss. 145.

<sup>42</sup> *Ibid.*



b) La acusación de falta de claridad que se efectúa al modelo de heterorresponsabilidad equivoca el tipo de crítica que puede hacerse al mismo. El modelo de heterorresponsabilidad puede resultar injusto, pero es muy claro en sus prescripciones para los operadores jurídicos, y de hecho es más sencillo de implementar que su rival, el de autorresponsabilidad.

Las razones por las que ello es así son las mismas por las que los sistemas de responsabilidad objetiva son más sencillos y fáciles de gestionar que los de responsabilidad subjetiva: los primeros se quitan de en medio los costes (en sentido amplio) de la determinación de la negligencia<sup>43</sup>. Ciertamente, los modelos de heterorresponsabilidad consiguen esta mayor facilidad de aplicación de una manera burda y que Collado y yo consideramos contraria a nuestros ordenamientos constitucionales. Pero eso son consideraciones axiológicas y/o jurídico-positivas que no objetan a que, desde el punto de vista de su implementación, un sistema de responsabilidad objetiva como el previsto en el modelo de heterorresponsabilidad sea más claro y fácil de manejar que un sistema de responsabilidad subjetiva como el previsto en el modelo de autorresponsabilidad. Este hecho es, por otro lado, lo que explica la supervivencia de este modelo en los EE.UU., a pesar de la ya referida falta de apoyo teórico<sup>44</sup>.

## V. LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL MODELO CHILENO Y LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

En opinión de Collado, el legislador chileno haría bien en ampliar el hoy por hoy exiguo catálogo de delitos para los que es aplicable la RPPJ. La razón principal para tal recomendación es de carácter político-criminal: restringida a unos pocos delitos, la RPPJ ofrece una imagen de excepcionalidad que perjudica sus posibilidades de desarrollo<sup>45</sup>, mientras que “el recurso continuo a este tipo de instrumento transmitirá la necesidad de implementar programas de cumplimiento, así como incorporará este riesgo como uno habitual y no exorbitante, evitando de alguna manera los devastadores efectos que ha tenido en Estados Unidos la poca tasa de condenas, en particular, luego del caso *Andersen*” (p. 78). En el caso concreto

---

<sup>43</sup> Lo anterior es una observación básica del análisis económico de los sistemas de responsabilidad. El análisis seminal, en CALABRESI, Guido: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis* (Chicago, 1970) pp. 225-226, 250-253, 286-287.

<sup>44</sup> En dicho país, como explica una ex fiscal: “Si un solo empleado, da igual lo abajo que se encuentre en la jerarquía empresarial, comete un delito en el curso de su trabajo, incluso aunque la empresa se beneficie sólo parcialmente, ésta es penalmente responsable de ese delito. Es básicamente un sistema de responsabilidad absoluta”, WHITE, Mary Jo, “Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?”, en *237<sup>th</sup> Annual Institute On Securities Regulation* (2005), pp. 815 y ss., p. 817.

<sup>45</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 77-78, 151-152 y 213.

referido, el problema habría venido dado por el hecho de que, como la tasa de acusaciones por parte de la fiscalía estadounidense es bajísima, “para Andersen la mera imputación de cargos fue suficiente para provocar su quiebra” (p. 78, n. 72).

Estoy plenamente de acuerdo con la idea de que una RPPJ con visos de excepcionalidad está condenada al fracaso y no presenta ninguna ventaja comparativa con una regulación puramente administrativa con funcionamiento paralelo al eventual procedimiento penal contra la persona física. Sin embargo, no lo puedo estar con la referencia que se efectúa a los problemas del modelo estadounidense, que muestra un aspecto algo llamativo de la monografía que se comenta, dadas su profundidad y rigor: el escaso vuelo que se otorga a la centenaria experiencia del ordenamiento estadounidense con la RPPJ. Por supuesto, tal experiencia no forma parte del objeto de su trabajo, ceñido al análisis de las regulaciones chilena y española. Sin embargo, si de los efectos previsibles de la regulación quiere hablarse (y ese sí es parte del objeto de su trabajo), no existe en el Derecho comparado un mejor campo de pruebas de los problemas y posibilidades de la RPPJ que la implementación del modelo estadounidense, siendo posible argüir que la existencia efectiva y sostenida de persecuciones y condenas desde hace décadas le hacen el único referente empírico mundial en la materia.

Siguiendo a una de las mayores especialistas, en la actualidad los rasgos principales de la RPPJ en los EE.UU. son los siguientes<sup>46</sup>:

- La RPPJ permite la imposición de elevadas sanciones.
- La responsabilidad de las empresas, tanto penal como civil, es, *de iure*, objetiva respecto de las infracciones cometidas por sus empleados en el ejercicio de sus funciones.
- La RPPJ se acumula (no desplaza) a la responsabilidad del infractor individual.
- La RPPJ incluye, *de facto*, importantes elementos de responsabilidad subjetiva: si cumplen con ciertos deberes de diligencia y colaboran con las autoridades, las empresas pueden evitar la persecución penal o la condena o, en el caso de resultar condenadas, pueden ver importantemente disminuida la medida de su responsabilidad.
- En los últimos años se ha producido un importante uso por parte del ministerio fiscal de acuerdos de aplazamiento de la persecución (*Deferred Prosecution Agreements*, conocidos como “DPA”) o directamente de acuerdos de no persecución (*Non Prosecution Agreements*, NPA), normalmente condicionados al pago de multas y el acometimiento de medidas de reforma estructural por parte de las empresas.

Si bien más de un siglo después de *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* en EE.UU. la RPPJ sigue estando basada en el sistema vicarial, las numerosas críticas al excesivo alcance de esta responsabilidad han llevado a tomar

---

<sup>46</sup> ARLEN, Jennifer, ob. cit., p. 146.

en consideración la conducta, diligente o no, de la persona jurídica, acercando el sistema al modelo de autorresponsabilidad. Ello es evidente de forma especial a partir de la entrada en vigor en 1991 de las “Directrices para la determinación individual de las penas aplicables a las personas jurídicas” (*Organizational Guidelines*), que, si bien no modificaron el tradicional modelo vicarial incorporaron importantes aspectos del modelo basado en la infracción del control (“autorresponsabilidad”) en la fase procesal de determinación de la pena concreta (*sentencing phase*)<sup>47</sup>.

Como es sabido, en los Estados Unidos los juicios penales suelen estructurarse en dos fases: una primera de determinación de la existencia de responsabilidad (*liability phase*) y otra posterior de concreción de la sanción a imponer (*sentencing phase*). Las directrices no se refieren al primer momento, sino al segundo<sup>48</sup>, motivo por el cual se ha propuesto entender que ofrecen un modelo mixto, a caballo entre el vicarial y el de heterorresponsabilidad<sup>49</sup>.

Collado acepta esta caracterización, pero insiste en que el sistema sigue siendo objetivo<sup>50</sup>. Aunque ello es así desde un punto de vista formal, los importantes efectos que primero las “guidelines” y después las instrucciones de la fiscalía estadounidense han atribuido a la diligencia hacen que los incentivos del sistema globalmente considerado sean prácticamente los mismos que los que se siguen de un modelo de autorresponsabilidad.

Las “Organizational Guidelines” regulan la imposición de la pena concreta partiendo de dos variables: la magnitud del daño causado y la de la culpabilidad de la empresa.

La culpabilidad de la empresa se calcula sobre una escala de cero a diez, asignando a la empresa una calificación inicial de cinco que se corrige hacia arriba o hacia abajo conforme a seis factores<sup>51</sup>, cuatro de ellos agravantes (“la participación

---

<sup>47</sup> Sobre las “organizational guidelines”, v. ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. (Madrid, 2013), pp. 113-136.

<sup>48</sup> La regulación coincide con la propuesta de COFFEE, John, ob. cit., pp. 445-446, quien arguyó como ventaja de otorgar relevancia a la conducta diligente de la empresa en la fase de determinación individual de la pena que ello permite tener en cuenta su conducta posterior a la comisión del delito por la persona física (y, sobre todo, su colaboración). Otras propuestas sostienen, sin embargo, que esto también puede hacerse en la fase de determinación de la responsabilidad mediante un concepto adecuado de la diligencia exigible a la empresa que rompa en cierto modo con la perspectiva *ex ante* y permita abarcar el momento de la reacción del ente colectivo ante el delito de la persona física. Esta noción de “culpa en la reacción” (*reactive fault*) ha sido defendida con particular brillantez por John Braithwaite y Brent Fisse en su importante obra conjunta. V. p. ej. FISSE, Brent, BRAITHWAITE, John, *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge, 1993), pp. 210-213.

<sup>49</sup> NIETO MARTÍN, Adán, ob. cit., pp. 178-194.

<sup>50</sup> COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 47-48.

<sup>51</sup> U.S. Sentencing Commission: Guidelines Manual, Chapter 8 (nov. 2012), §8C2.5, pp. 507-511.

o tolerancia de actividad delictiva”, “el historial de la organización”, “la infracción de un mandato judicial” y “la obstrucción de la justicia”), dos de ellos atenuantes (la existencia de un programa de cumplimiento efectivo y la “auto-denuncia, la cooperación y la aceptación de responsabilidad”). Cada escalón en la escala de culpabilidad lleva asociado un multiplicador mínimo y otro máximo. Así, por ejemplo, a la culpabilidad de grado cero se le asigna un multiplicador mínimo de 0,05 y uno máximo de 0,2, mientras que a la culpabilidad de grado diez se le asigna un multiplicador mínimo de 2 y uno máximo de 4<sup>52</sup>. A continuación las magnitudes que correspondan se multiplican por la multa base y se obtienen los rangos de entre los cuales el juez deberá decidir la pena concreta a imponer<sup>53</sup>.

La relevancia práctica de la culpabilidad asignada a la empresa es evidente. A efectos ilustrativos, piénsese en una multa base de 1 millón de dólares; una asignación de culpabilidad de grado cero supone que la multa finalmente imponible tiene que estar entre los 50.000 y los 200.000 dólares, mientras que una culpabilidad de grado diez permitiría la imposición de una multa entre dos y cuatro millones. Es decir: en el caso extremo, las diferencias en la culpabilidad se traducen en una multa que puede ser hasta ochenta veces superior para la mayor culpabilidad frente a la menor culpabilidad. A esto ha de añadirse que, haciéndose eco del amplio acuerdo sobre cómo las multas penales que se venían imponiendo eran insignificantes, claramente inferiores a las impuestas en procedimientos administrativos e incluso en acciones por responsabilidad civil<sup>54</sup>, las *Guidelines* incrementaron sensiblemente la cuantía de las multas aplicables. En estas circunstancias, la combinación del sistema vicarial para la decisión sobre la responsabilidad y de la culpabilidad para la concreción de su medida ofrecía incentivos apenas distinguibles del sistema basado en la culpabilidad.

Las *Guidelines* trajeron consigo el incremento de los procesamientos y condenas de personas jurídicas, pasándose de menos de 30 condenas en 1991, hasta aproximadamente 300 en el año 2000 en la jurisdicción federal<sup>55</sup>. El incremento en el número de procesamientos y en la gravedad de las condenas impuestas, así como la posibilidad de que ambos impacten negativamente en la actividad económica legal llevaron al siguiente desarrollo de importancia: desde hace algo más de una década, el *Department of Justice* (en adelante, DOJ) ha venido publicando sucesivos *memoranda* en los que se especifican las instrucciones a los miembros

<sup>52</sup> U.S. Sentencing Commission: *Guidelines Manual*, Chapter 8 (nov. 2012), § 8C2.6, p. 514.

<sup>53</sup> U.S. Sentencing Commission: *Guidelines Manual*, Chapter 8 (nov. 2012), § 8C2.7, p. 515.

<sup>54</sup> COFFEE, John, ob. cit., pp. 388, 405-406, refiriéndose al consenso al respecto describiendo con detalle el caso de las multas por delitos contra la libre competencia.

<sup>55</sup> Ver la tabla (elaborada con información de la *Sentencing Commission*) en GARRET, Brandon, “Structural Reform Prosecution”, en *Virginia Law Review* 93 (2007), pp. 853 y ss., p. 870.

del ministerio fiscal relativas a cuándo procesar penalmente a las empresas (y, de forma más relevante, cuándo renunciar a hacerlo)<sup>56</sup>. Los más importantes son los conocidos como “Holder Memo” (1999), “Thompson Memo” (2003) y “McNulty Memo” (2006), denominaciones que hacen en cada caso referencia al nombre del fiscal general adjunto que firmó el documento<sup>57</sup>.

Los memorandos tienen como objetivo buscar medidas de finalización del procedimiento penal contra las empresas sin necesidad de llegar a juicio, con el fin de evitar las consecuencias colaterales y los eventuales daños a terceros<sup>58</sup>. El más significativo de ellos, el “Thompson Memo”, responde principalmente a las duras críticas que el DOJ había sufrido tras el desenlace del “Caso Andersen”<sup>59</sup>.

Como es sabido, a finales de 2001 el socio de Andersen que dirigía la labor de auditoría en la empresa Enron, David Duncan, ordenó destruir numerosos documentos de esta empresa, lo que se continuó haciendo hasta noviembre de 2001, cuando Andersen fue formalmente conminada (*subpoena*) por la *Securities and Exchange Commission* (SEC). En enero de 2002, Andersen admitió la destrucción de dichos documentos y muchos de sus clientes dejaron de requerir sus servicios. Al mismo tiempo, comenzó una negociación con el DOJ, insistiendo la empresa en la necesidad de alcanzar un acuerdo del tipo “*nolo contendere*”, esto es, sin admisión de culpabilidad. Además del menor daño para su reputación, esta exigencia se debía a que Andersen ya había llegado antes a acuerdos con diversos organismos estadounidenses, entre los cuales se incluía uno con la SEC mediante el cual se había comprometido a no volver a infringir la regulación federal sobre

---

<sup>56</sup> Conforme a COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., p. 23, “Las guías son, nuevamente, *Soft law* y, por tanto, el juez norteamericano puede desviarse de sus recomendaciones”. La anterior afirmación es sólo parcialmente cierta: desde 1991 hasta la sentencia de la *Supreme Court* en el caso “Booker” en 2005 las “Guidelines” eran plenamente vinculantes, y aun después de dicha sentencia se discute su grado de vinculatoriedad. Sobre la cuestión v. ZYSMAN, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las ‘U.S. Sentencing Guidelines’* (Madrid 2013), pp. 176-178 y 194-203.

<sup>57</sup> Una buena descripción y análisis de los mismos, en UHLMANN, David, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, en *Maryland Law Review* 72, (2013), pp. 1295 y ss., 1307-1315.

<sup>58</sup> A cambio de ello, las empresas son conminadas al pago de cantidades pecuniarias y a la implementación de programas de cumplimiento, en ocasiones incluyendo la contratación de “compliance officers” elegidos o aprobados por la fiscalía. No es por tanto por completo preciso afirmar, COLLADO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 26, que ante la presencia de un programa de *compliance* bien diseñado los fiscales pueden dirigir la acción sólo contra las personas físicas: en primer lugar, esto también lo pueden hacer incluso si el programa no estaba bien diseñado o implementado; en segundo lugar, en cualquier caso (existencia previa de programa o no, efectivo o no) a la empresa se le imponen consecuencias.

<sup>59</sup> GARRET, Brandon, ob. cit., p. 880.

títulos valores: de reconocer su culpa, la SEC de modo muy probable le habría prohibido auditar sociedades cotizadas (lo cual finalmente hizo tras su condena).

El DOJ no aceptó la exigencia y en marzo de 2002 Andersen fue formalmente acusada (*indicted*) de varios delitos, entre ellos, el de obstrucción a la justicia. Inmediatamente después de la acusación formal Andersen perdió (o siguió perdiendo) una parte muy importante de su negocio, y pronto hubo de dejar de operar en el mercado, lo que supuso la pérdida de unos 28.000 empleos, así como una considerable reducción de la competencia en el mercado de servicios contables (Andersen era una empresa puntera, una de las “Big Five” de la auditoría y contabilidad). En junio de 2002 Andersen fue condenada por el tribunal de primera instancia, si bien la sentencia sería posteriormente anulada por el Tribunal Supremo en 2005, basándose en la existencia de un error en las instrucciones dadas al jurado<sup>60</sup>. A pesar de que las pruebas en su contra eran abrumadoras, dado que para entonces Andersen no estaba activa, el DOJ decidió no procesarla de nuevo<sup>61</sup>.

Como parte de su estrategia defensiva, Andersen había puesto en práctica una impresionante campaña de relaciones públicas que, entre otras, incluyó una intensa actividad de lobby en el Congreso, la organización de protestas de sus empleados y un sitio web con distintos informes y documentos afirmando la falta de base jurídica del procesamiento<sup>62</sup>. Una vez caída en desgracia, las críticas aseverando que la decisión del DOJ de acusar formalmente a Andersen precipitó su derrumbe no se hicieron esperar, y de hecho han perdurado, hasta el punto de que actualmente se habla del “Efecto Andersen” para referirse al supuesto hecho de que la mera acusación formal (*indictment*) de una empresa puede suponer su condena a muerte, incluso sin necesidad de condena<sup>63</sup>.

A la evitación de este efecto alude Collado cuando aconseja la expansión y consecuente normalización de la RPPJ en el modelo chileno. Sin embargo, un reciente estudio empírico del profesor Gabriel Markoff presenta un colosal desafío para el “Efecto Andersen” y en general para todas las tesis que sostienen que la condena

---

<sup>60</sup> *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 US 696, 708 (2005).

<sup>61</sup> Para mayor información sobre el “Caso Andersen” v. BRICKEY, Kathleen, “Andersen’s Fall from Grace”, en *Washington University Law Quarterly* 81 (2004), pp. 917 y ss., de forma más resumida, MARKOFF, Gabriel: “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, en *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 15, (2013), pp. 797 y ss., 804-807.

<sup>62</sup> Los detalles de la misma, en BRICKEY, Kathleen, ob. cit., pp. 942-945.

<sup>63</sup> V. HENNING, Peter: “Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation”, en *American Criminal Law Review* 46 (2009) pp. 1417 y ss., 1434, “la evitación de el ‘efecto Arthur Andersen’ de la persecución penal con importantes consecuencias colaterales es una importante razón para preferir persecuciones que permitan a la empresa continuar existiendo siempre y cuando tome medidas para reparar cualquier daño causado y medidas para prevenir la repetición del problema”.

(e incluso la mera acusación formal) de las personas jurídicas puede equivaler a su sentencia a muerte<sup>64</sup>.

Partiendo de la base de datos del profesor Brandon Garrett, Markoff ha hecho una exhaustiva investigación de las 54 condenas a empresas cotizadas en los principales mercados bursátiles (Bolsa de Nueva York y NASDAQ) entre 2001 y 2010, todas ellas mediante acuerdo procesal, y la evolución de dichas empresas en los años posteriores a la condena. El resultado de su estudio: ninguna de las empresas sancionadas ha desaparecido por causas atribuibles a la condena.

Ciertamente, un número relevante de las empresas condenadas (17 de las 54, en torno al 30%) no existían ya en el momento del estudio, o al menos no cotizaban en bolsa. Sin embargo, después de investigar lo ocurrido en cada uno de esos casos, Markoff concluye que en todos ellos la desaparición tiene que ver con otras causas. En primer lugar, Markoff muestra que 12 de las 17 empresas fueron adquiridas o se fusionaron con otra entidad por razones mercantiles y en condiciones que no implicaban mala salud empresarial<sup>65</sup>. En segundo lugar, las 5 restantes pidieron el concurso; sin embargo, en todos los supuestos y tras indagar las condiciones que rodearon el mismo, Markoff concluye que tampoco en estos casos puede decirse que la desaparición sea atribuible a la condena. Tres de las declaraciones de concurso se pidieron más de 3 años después de ser condenadas (en dos de los casos, seis años después), un dato que en sí mismo apunta una falta de relación directa con la condena; además, Markoff analiza de forma individual las circunstancias de cada una de estas 5 bancarrotas, mostrando que se debieron, bien a cambios en el sector de negocio en el que actuaban que las hicieron poco rentables, bien a problemas financieros que arrastraban desde antes de su condena<sup>66</sup>.

El propio Markoff apunta una diferencia entre el caso de Andersen y los que se incluyen en su estudio: Andersen fue condenada tras un juicio, mientras que las empresas por él analizadas fueron condenadas mediante un acuerdo procesal. Sin embargo, incluso si es este dato el que marca la diferencia, sigue siendo cierto que la condena tras un juicio (en lugar de mediante acuerdo procesal) es un evento poco frecuente en el sistema estadounidense de RPPJ (con una incidencia menor del 10%), y absolutamente inusual en el caso de las empresas que cotizan en bolsa (ninguna de las 54 empresas que configuran el objeto de su estudio)<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> MARKOFF, Gabriel, ob. cit., pp. 823-825.

<sup>65</sup> MARKOFF, Gabriel, ob. cit., pp. 821-822.

<sup>66</sup> MARKOFF, Gabriel, ob. cit., pp. 823-825.

<sup>67</sup> MARKOFF, Gabriel, ob. cit., p. 828. No se cuenta a la propia Andersen, dado que su condena fue posteriormente anulada. Su inclusión, sin embargo, no variaría apenas la conclusión (1 de 55 empresas condenadas supondría menos del 2%).

El anterior análisis nos lleva a una última pregunta: ¿por qué Andersen sí y otras empresas no? Markoff de nuevo ofrece una explicación convincente<sup>68</sup>: Andersen tuvo que dejar su actividad no porque la condena penal fuera en su caso o sea en general por sí misma decisiva para la reputación del condenado, sino porque en el caso concreto Andersen dependía de forma crucial de su reputación de empresa confiable, no sólo por sus clientes sino también por terceros. Su actuación en el caso Enron mostró que quizás lo primero fuera cierto, pero desde luego no lo era lo segundo. Lo anterior, unido a la previsible mayor atención que Andersen recibiría en el futuro por parte de las autoridades, hizo que la empresa no resultara competitiva en comparación con otras del sector. Siguiendo la misma lógica, y en sentido inverso, otras compañías condenadas han sobrevivido, incluso cuando los hechos por los que fueron sancionadas son objetivamente muy graves<sup>69</sup>.

La investigación empírica sobre el “Efecto Andersen” contiene una importante advertencia acerca de un fenómeno usual en el ámbito de la política-criminal de la RPPJ: situaciones que se aceptan como normales en el ámbito de las personas físicas se consideran problemáticas cuando de entes colectivos se trata<sup>70</sup>, al tiempo que se elevan a la condición de dato irrefutable alegaciones no demostradas como los supuestamente insuperables efectos reputacionales de la mera persecución penal. Estamos, una vez más, ante el privilegiado rasero utilizado a la hora de afrontar la criminalidad de cuello blanco.

---

<sup>68</sup> Para lo que sigue, MARKOFF, Gabriel, ob. cit., pp. 831-834.

<sup>69</sup> En marzo de 2007, tras ofrecer su plena colaboración con la investigación y acceder a la instauración de un nuevo plan de cumplimiento, la empresa del sector alimentario *Chiquita Brands International* fue condenada al pago de una suma de 25 millones de dólares por llevar a cabo transacciones con grupos terroristas colombianos. *Chiquita* alegó en su defensa que efectuaba los pagos para proteger a sus trabajadores, pero el DOJ replicó que se había autopuesto en peligro yendo a trabajar a una zona de conocida influencia del grupo en cuestión, terrorista conforme a la clasificación de los EE.UU. A pesar de que la condena fue por colaborar con terroristas, una conducta de cuyo poder deshonorable no se puede dudar, años después *Chiquita* sigue funcionando, sin problemas aparentes.

<sup>70</sup> Así, es sorprendente la importancia que se otorga al principio de personalidad de las penas en este ámbito, sobre todo si se compara con la absoluta falta de preocupación por los efectos a terceros en otros. Lo expresa con claridad STEWART, James G. “A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory: Atrocity, Commerce and Accountability”, en *New Criminal Law Review* (en prensa) p. 20, “La súbita preocupación por las víctimas indirectas de la responsabilidad de la empresa no se compadece bien con la prácticamente absoluta falta de empatía frente a los ruegos de la familia, los hijos y los miembros de la comunidad cuando se invita a una persona a entrar en prisión”.



## VI. PARA FINALIZAR

En los apartados anteriores se han puesto de manifiesto unos pocos puntos de discrepancia con el análisis de la RPPJ en los ordenamientos chileno y español efectuado en la monografía de Collado, y también se han propuesto algunas extensiones del mismo. Ninguna de estas circunstancias puede (ni quiere) desmerecer la calidad del texto, en el que el lector encontrará interesantes reflexiones sobre los fundamentos filosóficos y penales del fenómeno y un excelente aliado en la sistematización, interpretación y aplicación de ambas normativas.