

ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ITALIANO

MAURO RONCO*

1. Las razones sobre la responsabilidad por los delitos de los entes

Con la ley-mandato 29.9.2000 y, sucesivamente, con el decreto legislativo de ejecución 8.6.2001, n. 231, Italia se dotó de un modelo general de responsabilidad penal de los entes colectivos; caracterizado por su finalidad de prevención general y de control jurídico de la criminalidad económica y de los negocios.

Entre las razones que inspiraron este modelo, tenemos; antes que nada, la evolución del cuadro criminológico que surge en la sociedad posmodernista, donde la actividad criminal ejercitada colectivamente tiende a incorporar las expresiones meramente individualistas del accionar penal. Por un lado la dimensión organizada del delito, controlando de un modo cada vez más intenso, los sectores ilegales en donde se generan recursos económicos ilícitos; y también sobrepasando las fronteras de los Estados, refuerza su poder a través del establecimiento y la infiltración de entes y sociedades que no evitan el recurrir al delito para substraerse a las reglas impuestas por los Estados y para superar a las empresas más dispuestas a respetar la ley. Por otro lado, la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por los grandes grupos empresariales y la enormidad e imprevisibilidad de las recaídas, unidas al uso de las tecnologías más modernas sobre bienes jurídicos colectivos (el ambiente, la salud, la calidad de desa-

* Profesor ordinario de Derecho Penal de la Universidad de Padua (Italia).

rollo económico), hacen de los entes jurídicos los destinatarios preferidos de intervenciones de tipo preventivo y represivo, en vista de la indispensable tutela de los intereses supraindividuales amenazados por las políticas empresariales que maximizan la ganancia particular y contingente de pocos a expensas del bien común a todos.

La verificación objetiva de semejante escenario contribuyó a debilitar la tradicional posición que no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se remitía a la cuestión legal de *societas delinquere non potest*, lo que casi ha producido ahora una inversión de la perspectiva; como si el núcleo resistente de la diversidad penal encontrase, hoy en día, su lugar en el universo de los sujetos anónimos y colectivos, y no ya en las decisiones libres y voluntarias de personas determinadas y en la conducta contraria a la ley penal de sujetos individuales.

Si la evolución del cuadro criminológico ha sido el soporte del cambio normativo en Italia, el lanzamiento hacia ese cambio fue impreso por razones de política criminal; enunciadas por el grupo de juristas que han desarrollado en el pasado reciente el rol de bisagra entre la doctrina académica, las instituciones comunitarias y las agencias gubernamentales competentes en la adecuación de la legislación interna a los requerimientos provenientes de los expertos de tecnología jurídica que se mueven alrededor de la Comisión de la Unión Europea.

Las susodichas razones de política criminal se unen al requerimiento de cierto control público de la economía de libre mercado: si a los Gobiernos les está prohibido, en el nuevo escenario liberalista mundial, el control directo sobre la esfera económica; el interés público de la comunidad tiene que ser, de todas maneras, garantizado por un control judicial en orden a la legalidad del proceder de los entes económicos colectivos.

Sin embargo, mientras prosigue sin obstáculos el pedido de control jurídico respecto a la actividad de los entes económicos, el fundamental problema político consiste en verificar qué tipo de responsabilidad es más adecuada para los entes; con relación al vertiginoso dinamismo de la economía de mercado, en la que los entes funcionan, y cuál es la agencia más idónea para balancear y acomodar las necesidades preventivas en virtud de un provechoso y correcto desarrollo de la actividad económica con aquellas punitivas por el apartamiento de la legalidad por las empresas.

Sorprendentemente el grupo de juristas, que plasmo la huella de la nueva disciplina acerca de la responsabilidad de las personas jurí-

dicas, prefirió subestimar la gravedad de tal problema, imputando a veces una especie de retraso cultural a los sostenedores de la tesis tradicional.

Siguiendo al grupo de juristas, el Gobierno ha elegido, tal vez sin una prudente reflexión política sobre los costos y beneficios de la reforma, un sistema de responsabilidad calibrado minuciosamente sobre el paradigma penal clásico, que está caracterizado, notoriamente, por la total predominancia del momento punitivo sobre el preventivo y es, consecuentemente, completado por un sistema de garantías formales, indispensable para la tutela de la persona física por el riesgo de una limitación arbitraria de la libertad, que impide las intervenciones preventivas. Sin contar con que la institución encargada de la averiguación del ilícito, de la aplicación de las sanciones y del control de su ejecución se identifica con esos mismos órganos competentes para el ejercicio de la acción penal y el desempeño de la jurisdicción penal, los cuales, en este momento histórico, aparecen estructuralmente inadecuados para enfrentar la enorme carga de trabajo ya proveniente de la tradicional criminalidad individual y asociada de tipo mafiosa y terrorista. La problemática político-institucional de la reforma conjunta emerge de la constatación de que ha sido hecha "a cero costo", mientras que las nuevas autoridades competentes respecto a la indagación, averiguación, decisión y ejecución atribuidas a los Fiscales de la República y a los órganos de jurisdicción penal habrían implicado presupuestos de gastos y de refuerzos de las oficinas que, en cambio, no fueron tomadas en consideración.

2. El contexto internacional y comunitario

Un fuerte impulso de la introducción de la nueva disciplina surgió del enfrentamiento entre la experiencia comparada y la exigencia de ejecutar en el ordenamiento interno algunas obligaciones de carácter internacional comprendidas en Convenciones internacionales o en Acuerdos a los cuales Italia se adhirió en el ámbito del derecho comunitario.

En lo que compete a las legislaciones extranjeras, el debate científico y político de la última década ha observado la exageración de las opciones de algunos países europeos, en particular Francia, que ha introducido la responsabilidad penal de las *personas morales* con el nuevo código penal de 1994. Lo cual se hizo sobre el modelo de legislaciones del tipo anglosajón, que a diferencia del sistema conti-

mental, han siempre atribuido también a los entes jurídicos, asimilados empíricamente a las personas físicas, una responsabilidad del tipo penal. No se ha tenido en cuenta, en cambio, que otros sistemas, entre ellos principalmente el alemán, a la vanguardia de la predisposición de una maquinaria punitiva del tipo publicista / administrativa (según el resaltante modelo de la *Ordnungswidrigkeit*), han preferido no lanzarse en impetuosas corridas hacia la creación de nuevos subsistemas del tipo penal.

En el ámbito de la consideración comparativa, algunos eminentes estudiosos han dado importancia, en una perspectiva que equilibrase entre ellos el perfil amenazador y aquel preventivo de la norma punitiva, a los c. d. *compliance programs*, que en la experiencia estadounidense ejercitan la importante (pero ciertamente problemática) función, de otorgar a la sociedad el deber de "*combatir en sí misma, desde su interior, la criminalidad*".

El sistema legislativo introducido por el decreto-ley n. 231/2001 se muestra intensamente influenciado, en la parte relativa a la delimitación de los modelos de imputación en el plano subjetivo, por dicho sistema *compliance programs*, al punto de que el legislador delegado, en la Exposición del esquema legislativo, expresamente justificó su alejamiento de la indicación contenida en el mandato (que se limitaba a proveer un deber general de vigilancia y control a cargo de los entes) con una elección a favor del modelo que funciona desde hace un tiempo en Estados Unidos.

Por lo que compete a las obligaciones de derecho internacional y comunitario, fue extremadamente significativo que la ley 29. 9.2000, n. 300, al regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, asuma en modo acumulativo la ratificación y ejecución de una serie de actos internacionales, elaborados sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, por cuanto delega al Gobierno la disciplina de la responsabilidad administrativa, como para resaltar la estrecha relación de dependencia entre esta última disciplina y las obligaciones emergentes de la ejecución de actos internacionales.

Es más, si se estudia con atención el conjunto de normas internacionales, nos damos cuenta de que las elecciones hechas primero por el Parlamento y después por el Gobierno con la actuación del mandato son líneas de políticas criminal autónomas del Estado italiano.

El objetivo del primer acto internacional ratificado (la Convención hecha en Bruselas el 26.7.1995, llamada comúnmente Convención P.I.F.) consiste en asegurar en los Estados miembros la represión, con sanciones penales, de los fraudes lesivos a los intereses

financieros de la Comunidad Europea, ya sea en materia de gastos como de ganancias. La Convención determina el castigo de los autores de los fraudes (Art. 2), como también de los dirigentes de las empresas, según los principios establecidos por el derecho interno, por los actos cometidos en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad, cometidos por cuenta de la empresa por cualquier persona subordinada a la autoridad de los poderes empresariales (Art. 3).

Evidentemente el sentido es responsabilizar a las personas físicas por *agevolazione colposa* (facilitación culposa), por el crimen cometido por los dependientes, y no el de proveer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en cuanto tales.

El primer Protocolo de la Convención P.I.F. emitido en Dublín el 27 de septiembre de 1996 y la Convención llevada a cabo en Bruselas el 26 de mayo de 1997 contra la corrupción están estrechamente ligados entre ellos y exigen la penalización de las conductas corruptas en las que están implicados funcionarios comunitarios o de los Estados miembros. También aquí no hay indicación alguna en orden al castigo de las personas jurídicas.

La Convención OCSE, sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, de París del 17 de diciembre de 1997, introduce, en los países signatarios, normas penales con relación a la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o conservar un negocio u otra ganancia ilícita en la esfera del comercio internacional. La Convención contiene dos importantes presupuestos innovadores: por un lado, la obligatoriedad de la confiscación de lo proveniente como fruto de la corrupción, incluso en la forma de "por equivalente" (Art. 3, co. 3); por el otro, la recepción de medidas necesarias, conforme a los principios de cada Estado, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción de un funcionario público extranjero (Art. 2).

Esta última disposición justifica la coincidencia en la ley 29.9.2000, n. 300, entre la ratificación y la ejecución de los actos internacionales, por un lado, y por el otro, el mandato al Gobierno para la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, como se puede verificar, ninguna forma especial de responsabilidad está específicamente indicada como necesaria por la Convención OCSE. De hecho el Art. 2 reconoce expresamente la posibilidad de diversas elecciones en función de los principios jurídicos vigentes en los Estados signatarios.

La ley 29.9.2000, n. 300, implica pues una elección autónoma de política criminal, al ir más allá de la actuación de la obligación internacional prevista en el Art. 2 de la Convención OCSE. Por una parte, el abanico de delitos implica, en los criterios del Art. 11, Incs. a, b, c, d, una penalización ampliada de las personas jurídicas, según una *ratio* de carácter general que traspasa el límite de actuación de la obligación internacional (tanto que el legislador delegado renunció a ejecutar el mandato por considerar todavía inmaduras las condiciones histórico-sociales para el pleno funcionamiento de las innovaciones reformistas, en relación a los delitos previstos en el mandato). Por otra parte el catálogo de sanciones, definidas "administrativas", presenta un carácter intensamente punitivo y estigmatizante, distante de los caracteres tradicionales de las sanciones administrativas. También, al atribuir al juez competente de conocer el delito la facultad de aplicar las sanciones, y la remisión a las disposiciones del código de procedimiento penal (art. 11, inc. g), confirman la intención del legislador de asimilar lo más posible el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas al sistema penal vigente en comparación al de las personas físicas.

3. La influencia ejercida por un reciente proyecto de reforma del código penal sobre la legislación

Más que por una razón de orden internacional, la existencia de esta nueva doctrina se debe a una presión de tipo interno, y a la preeminencia, en los ámbitos científicos y políticos que han ejercido influencia en la última década, en las propuestas de reforma de la legislación penal, de la tendencia a extender la responsabilidad del tipo penal a las personas jurídicas, por la fuerte valencia criminológica inherente al accionar de las estructuras organizativas y por la enorme incidencia ofensiva sobre los bienes colectivos de las políticas ilegales de empresa.

Es revelador que la aprobación de la ley 29. 9. 2000, n. 300, haya acaecido en una estrecha conexión temporal con la fechada el 16. 9. 2000, del articulado y de la Exposición del " Proyecto preliminar de reforma del código penal. Parte general ", en cuyo Título VII está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la Exposición del Proyecto se declara expresamente la relación entre la dirección de la ley de ratificación (que estaba en camino de aprobarse en el Parlamento en el momento de la difusión del Pro-

yecto) y la orientación de la Comisión Ministerial para la reforma de la Parte general del código penal. La conexión substancial de la doctrina implica tanto el arsenal de sanciones y los principios que presidían su aplicación, como la unión de la responsabilidad a la comisión del delito, como, por último, la incorporación del nuevo sistema dentro del proceso y de la jurisdicción penal. Por otra parte la influencia que el Proyecto de reforma de la Parte general ha tenido en este tema de responsabilidad de los entes, no se detuvo en el momento del mandato, sino que prosiguió incluso en la fase de redacción del decreto legislativo delegado. Tanto es así que el Gobierno ha optado por no prestar atención a las directivas del mandato en los puntos t, u, v, z (concernientes a la introducción de algunas facultades en defensa de los accionistas o socios que no hayan tenido responsabilidad respecto del delito cometido en interés o provecho del ente), las cuales por ser el fruto de rectificaciones y correcciones desordenadas, fundamentalmente del tipo civilistas, incluidas por el Parlamento al texto original, contradecían el modelo publicista de funcionalidad preventiva delineado en el Proyecto de reforma del código, que el Gobierno intentó llevar a cabo sin tener en cuenta la especial sugerencia parlamentaria.

Se puede decir que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, existente gracias al diligenciamiento del mandato por obra del decreto-ley 8. 6. 2001, n. 231, constituye la realización de la parte más innovadora del Proyecto de reforma elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Grosso, cuya Exposición resulta el mejor instrumento de interpretación del decreto-ley 231/2001.

En la Exposición al Proyecto encontramos la confirmación de que la nueva tipología de responsabilidad, si bien no fue calificada como penal debido a la fuerte oposición que tal elección habría causado en los estratos del universo científico y político nacional, fue de todos modos asimilada al derecho y al proceso penal porque tal forma de responsabilidad sigue el enfoque propio del terreno penalista, y lo hace con los medios sancionadores típicos del derecho penal. También la adjudicación de la competencia al juez penal y la colocación del sistema dentro del proceso penal tratan de conceder una efectividad penalista a la responsabilidad del ente, con toda la estigmatización derivada de la intervención del P. M. en la fase procesal y proveniente de sanciones del tipo penal. El ente es, en otros términos, entendido como un "gran" imputado o un "gran" condenado, cuyo castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad tanto mayor cuanto menor

se sienta la eficacia de la pena respecto a las personas físicas. Estos aspectos deben ser decisivos para explicar o justificar la elección del proceso y juez penal. Posiblemente el más importante de los aspectos mencionados en la Exposición del Proyecto de reforma, se refiera a la exigencia de reservar un amplio arsenal de garantías a favor de los entes bajo proceso con relación a las aplicaciones de las sanciones penales.

4. El ámbito de aplicación de la legislación

Las disposiciones previstas en el nuevo *corpus* normativo acerca de la responsabilidad de los entes se aplican, no solo a los entes con personalidad jurídica, sino también a las asociaciones sin personalidad (Art. 1, co. 2, decreto-ley n. 231/2001, que ejecuta el punto previsto en el mandato en su Art. 11, co. 1º, apartado 1º).

Están, en cambio, librados de responsabilidad el Estado, los entes públicos nacionales y los entes públicos no económicos, así como los entes que gestionan funciones de importancia constitucional (Art. 1, co. 3, decreto-ley 231/2001, que precisa y clarifica el dictado de la poco sagaz estructura del mandato, que excluía la responsabilidad de “los entes que no desarrollaban funciones de valor constitucional” en su Art. 11, co. 1º, apartado 1º, como también los entes del Estado y de los otros “entes públicos que ejercen poderes públicos” en el Art. 11, co. 2º).

La decisión de responsabilizar también a los entes carentes de personalidad jurídica, ya presente en el Proyecto Grosso, nos revela la intención de política/legislativa de extender al máximo la función general preventiva de la norma, incluso donde la pretensión punitiva choca con las dificultades inducidas por la ausencia de autonomía patrimonial en el ente. Es en estas situaciones que se delinea con mayor evidencia el riesgo de que la sanción constituya una duplicación pura y simple de la pena aplicada con relación a las personas físicas, que han actuado por cuenta y en nombre del ente. Para evitar esta aberrante consecuencia, el decreto delimita la obligación para el pago de la sanción pecuniaria dentro de los límites del patrimonio o del fondo común del ente (Art. 27, co. 1, decreto-ley 231/2001). Al limitar la responsabilidad del pago de la sanción pecuniaria al patrimonio o al fondo común del ente se produce la inaplicabilidad del régimen legal de responsabilidad ilimitada o solidaria de los socios o asociados por las obligaciones del ente, incluso en el caso de infruc-

tuosa excusión del patrimonio de este último (prevista, en cambio, en la esfera civil: Arts. 38, 41, 2267, 2304, 2313, 2362, 2642, 2513, 2615, c.c.). La excusión del patrimonio de los socios y asociados para el pago de la sanción pecuniaria permanece también en caso de la declaración en quiebra del ente mismo. El Estado puede satisfacerse, en concurso con los otros acreedores, pero asistido por el privilegio del Art. 27, co. 2, referido solamente al patrimonio de la sociedad o del ente, y no incluye al del socio o asociados declarados en quiebra en los términos del Art. 147, co. 1, r.d. 16.3.1942, n. 267.

Entre las sociedades y asociaciones sin personalidad, encontramos las sociedades de hecho, las sociedades colectivas, las en comandita simple y las sociedades irregulares, las cuales se remiten al régimen de las sociedades de hecho (Art. 2297 y 2317 c.c.).

Parecería acertado afirmar también que los principios sobre la responsabilidad de los entes no se aplicarían a las juntas o comités, de los Arts. 39-42 c.c., constituidas por un grupo de personas con una duración transitoria y con fines asistenciales y promocionales. De hecho, la legislación debe ser interpretada de manera taxativa, dado que repercute en la esfera sancionadora/punitiva. Al respecto se puede resaltar que el decreto legislativo, a diferencia del mandato que mencionaba de forma genérica a los " entes " sin personalidad jurídica, se refirió expresamente a las " sociedades " y " asociaciones ", restringiendo así el régimen de responsabilidad a aquellas asociaciones que poseen los caracteres de estabilidad objetiva y permanencia en el tiempo, no reconocidos en los comités.

Las exclusiones del régimen de responsabilidad conciernen a cuatro categorías de sujetos. Primero de todo, al Estado, por la obvia razón de que al ser el titular de la pretensión sancionadora, se le impide al mismo tiempo de ser su destinatario.

En segundo lugar, a los entes públicos territoriales (las Regiones, Provincias y Comunas), por desarrollar funciones públicas y por poseer rango constitucional, como además por razones sistemáticas (referencia al Art. 1197 c. p. que excluye la responsabilidad civil del Estado, Regiones, Provincias y Comunas por el pago de una multa o de la " ammenda ") y por exigencias de razonabilidad y auto limitación legislativa.

En tercer lugar, a los entes públicos no económicos. Con esta elección el legislador delegado ha interpretado la formula de la ley-mandato, según la cual los exentos de la categoría deberían haber sido, además del Estado, solo los otros entes públicos que " ejercen poderes públicos " (Art. 11, co. 2).

No parece que el ámbito del mandato haya sido respetado rigurosamente. De hecho tampoco “ejercen poderes públicos”, además de los entes públicos económicos, los entes públicos que distribuyen un servicio público, como las Instituciones de asistencia, los Establecimientos hospitalarios, las escuelas y Universidades públicas, como tampoco una serie de entes públicos asociativos (como el ACI, la CRI), que por más que funcionen en un régimen negocial, son públicos por decisiones legislativas específicas.

Las razones expuestas en la Exposición del esquema del decreto legislativo para justificar el apartamiento del mandato se retrotraen a decisiones de carácter netamente político, no clarificadas en el mandato, sino más bien emanadas de la reflexión del legislador delegado. Por un lado, sería inoportuna la aplicación de interdicciones a tales sujetos, porque el costo de la interdicción recaería sobre la comunidad, respecto a lo pecuniario; debido a que el efecto general y especial-preventivo de una sanción pecuniaria en comparación a la de un ente público serían menores respecto de aquella obtenible de un ente privado, más sensible económicamente. Por otro lado, se afirmó que, de todas maneras, el “legislador delegado habría tenido en miras la represión de comportamientos ilícitos durante el desarrollo de actividades de naturaleza exclusivamente económica, es decir asistidas por fines gananciales”.

El legislador delegado dio un fuerte acento a un perfil, el económico, con relación a otros, concernientes a la exigencia de la correcta y transparente gestión de los entes, que parecía poder deducirse desde la más amplia noción contenida en el mandato, ajustándose de una manera bastante libre respecto de él.

Todavía tenemos que decir que la decisión del Gobierno resalta lo dispuesto en los artículos del Proyecto Grosso (Art. 121, co.2), que individualizaba durante la evolución de la actividad económica el nudo central idóneo para provocar el surgimiento de la exigencia de la disciplina sancionadora.

En cuarto lugar, están eximidos de responsabilidad los “entes que desarrollan funciones de valor constitucional”, entre los cuales están los partidos políticos y las asociaciones gremiales, debido a los riesgos de rotura de los frágiles equilibrios sobre los cuales se rige el Estado democrático. De hecho, hacer posible la penalización judicial de estos organismos, y no solamente de las personas físicas que los representan, habría significado un control de legalidad, mayor que el utilizado con relación a las personas físicas, por un lado no tan necesario a los fines de prevención general, y por otro, sospechoso, en cuanto tal, de un uso arbitrariamente creado con fines políticos.

5. Ámbito de aplicación temporal y espacial

El nuevo sistema de responsabilidad sancionadora está formalmente definido, en su titulación y en varios puntos del texto, como de tipo "administrativo". El legislador, en cambio, es conciente de que las definiciones normativas son irrelevantes y que solamente la concreta disciplina de un instituto tiene valor para individualizar la naturaleza. No es fácil escapar a la impresión de que, para introducir una responsabilidad substancialmente penal, se haya querido seguir el desvío de definirla "administrativa", con en el fin de superar la crítica proveniente de parte de los opositores a la penalización, pero remarcando los rasgos penalistas del conjunto normativo, en una especie de juego de etiquetas, sutilmente utilizado con el fin de aceptar las reformas del mismo modo que tuvo terminación aquellas relativas a las medidas de seguridad, definidas "administrativas" en el título VII del código penal, pero consideradas por parte de la doctrina y jurisprudencia como dotadas de carácter penal, ya sea por su incidencia sancionadora sobre las personas físicas, ya sea sobre todo por ser aplicadas por el juez penal según las modalidades y las garantías propias de la jurisdicción penal.

Con la intención de remarcar la naturaleza penal del ilícito adjudicado a la persona jurídica y de diferenciarlo del ilícito administrativo regulado por la ley 24.11.1981, n. 689, el legislador delegado construyó un subsistema, destinado a reglar la materia inclusive para el futuro, como si se tratase de la parte general de una futura parte especial, de los cuales los claros casos en cuestión de ilícitos previstos en el decreto constituirían una tímida anticipación.

En este cuadro no podía faltar la enunciación del principio de legalidad (Art. 2) , en los tres perfiles de reserva de la ley, tipicidad e irretroactividad, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad del ente, que presupone un doble momento de positivización de la elección penal; una primera vez respecto a la tipificación del hecho típico, y una segunda vez respecto a la imputación de tal hecho al ente.

El principio de legalidad abraza expresamente el tema de las sanciones. En coherencia con tal afirmación las normas de la Sección II (del Art. 9 al 23) describen no solamente de forma analítica su catálogo, sino que enuncian específicamente los presupuestos de aplicación de cada tipo de sanción y los criterios de conmensuración de las sanciones pecuniarias y de las interdicciones. También la escasa par-

te especial (Sección III Art. 24-26) está informada del principio de la diferente respuesta sancionadora en función de la específica gravedad del hecho típico.

En el mencionado intento de construir una parte general relativa a la responsabilidad de los entes (no sin el convencimiento de delinear un modelo válido de reforma de todo el derecho penal), el legislador delegado interpretó en forma amplia la delegación legislativa, reglando expresamente el ámbito de aplicación en el tiempo y en el espacio de la nueva legislación, según criterios homogéneos con los principios penalistas. Lo cual es evidente sobre todo para el caso de la sucesión de leyes en el tiempo (Art. 3), donde, según el modelo penalista, está previsto el principio de retroactividad de la ley más benigna, ya sea en el caso de la *abolitio criminis* (como también de *abolitio* de la responsabilidad del ente), (Art. 3, co.2), con efectos extintivos que superan incluso la sentencia, ya sea en el caso de la sucesión meramente modificatoria de leyes incidentes en la misma materia, con efectos que, como en el derecho penal, no inciden en la sentencia. Ninguna previsión, en cambio, para los decretos de urgencia y para las problemáticas relacionadas a la declaración de inconstitucionalidad, que pueden tranquilamente ser resueltos según los principios generales y los abundantes pronunciamientos de la Corte constitucional.

El decreto-ley n. 231/2001, regulariza el caso de los delitos cometidos en el exterior, estableciendo la penalidad del ente, que tenga sede principal en el territorio del Estado, también con relación a los delitos cometidos en el exterior, siempre y cuando el delito pertenezca a las categorías para las cuales está prevista la jurisdicción del Estado italiano en los términos de los Arts. 7, 8, 9 y 10 del código penal y siempre y cuando respecto al ente “ no intervenga el Estado del lugar en donde se cometió el hecho” (Art. 4, co.1). Si es evidente la finalidad anti-evasiva de la norma, no se puede pasar por alto el trato privilegiado de que gozan los entes que no tengan en el territorio del Estado la sede principal, cuyos agentes podrán delinquir en el exterior, sin correr el riesgo de caer en las severas sanciones de nuestra legislación.

En cuanto a la previsión de la renuncia a la penalidad en el caso de procedimiento instaurado en el Estado del lugar de la comisión del hecho, es evidente el debido respeto al principio de la cooperación internacional en materia penal.

6. Los criterios de atribución de la responsabilidad: el principio de autonomía

La regla más importante de toda la normativa es el principio de autonomía del ilícito del ente con relación al delito atribuido a la persona física, previsto en el Art. 8 del decreto legislativo.

Tal principio, presentado por la Exposición no del modo más conveniente respecto a su importancia, constituye el mecanismo jurídico apto para transformar, en su esencia, la responsabilidad concurrente para el delito cometido por la persona física en responsabilidad directa del ente por un hecho correspondiente solo objetivamente al perfil exterior de un hecho delictuoso.

La Exposición admite, y no habría podido no hacerlo, que la disposición del Art. 8 posee “una particular relevancia”. De hecho, “ella aclara de una manera inconfundible cómo el ente es un sujeto autónomo de responsabilidad” y “presupone de todos modos la comisión de un delito”. El texto que acompaña va más allá del análisis del dato procesal, como si el problema fuese principalmente de este género y no sobre todo del tipo substancial, sosteniendo que: “Si de hecho el mecanismo penal fue armado a fin de hacer efectivas las sucesiones (procesales) de las personas físicas y aquellas de los entes estrechamente conectadas con ellas (...), lo cual no excluye que en algunas hipótesis limitadas, la inseparabilidad entre las dos pueda faltar”. Tales hipótesis se verifican ya sea cuando las estrategias procesales de las personas físicas y jurídicas son distintas, ya sea cuando “el autor del delito no haya sido identificado o sea inimputable”.

No se comprende, en cambio, cómo esta última previsión pueda conciliarse con el principio de la responsabilidad de la persona jurídica como si fuese un delito de la persona física. De verdad, el principio de autonomía de la responsabilidad del ente, establecido en el Art. 8, no tiene carácter procesal sino substancial. Lo que lleva al significado complejo del sistema, basado no en la responsabilidad dependiente de un delito, completo en todos sus elementos cometidos por la persona física, sino más bien en la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por un hecho correspondiente solamente al perfil exterior de un delito.

La Exposición sostiene que tal decisión no encontraría “obstáculo alguno desde el punto de vista del sistema”, debido a que en ambos casos, sea que el autor haya sido identificado, sea que no haya sido identificado, nos encontraríamos “frente a un delito completo en to-

dos sus elementos (subjetivos y objetivos) y judicialmente acreditado, si bien el reo, por una u otra razón, no resulte punible”.

Sin embargo, no es jurídicamente exacto decir que se encuentra “frente a un delito completo en todos sus elementos (subjetivos y objetivos)”, si el reo no fue identificado. De prescindir de los mismos perfiles objetivos del hecho, que frecuentemente están influenciados por elementos subjetivos de antijuricidad, es evidente que la imputación del dolo o de la culpa con relación al hecho puede ser cumplido solamente con referencia a una persona determinada, previa su identificación. Postular el dolo (o la culpa) de una persona que procesalmente no existe, porque no ha sido identificada, significa erigir una ficción de dolo o culpa a cargo de una persona inexistente en función del juicio objetivo de presunta responsabilidad del ente (en el caso de sujetos aplicables) o del juicio de culpa del ente (en el caso de los dependientes).

Con lo cual entró con pleno título en nuestro ordenamiento penal una forma verdadera y propia de responsabilidad objetiva, con el fin de atribuir la máxima expansión a las finalidades de prevención general, en desprecio del Art. 27.

Que la *ratio* de la herida en el sistema (negada evidentemente y contradictoriamente en el pasaje de la Exposición expuesto *supra*) sea imputable por razones de prevención general está expuesto en la continuación de la Exposición: “Si, de hecho, el caso del autor no imputable tiene un sabor más teórico que práctico (para abarcar todos los campos), aquel de la falta de identificación de la persona física que ha cometido el delito es, al contrario, un fenómeno *típico* en el ámbito de la responsabilidad de la empresa: es más, entra en el cálculo de hipótesis con relación a los cuales se advertía más fuertemente la exigencia de sancionar la responsabilidad de los entes”. El texto que acompañaba al decreto legislativo incluye el caso de la imputación alternativa a cargo de dos administradores, cuando falte o se carezca de la prueba de la responsabilidad individual con relación a cada uno de ellos. El ejemplo puede inducir a inclinarse hacia el juicio de racionalidad de la elección; pero de hecho el ejemplo aclara, por un lado, el alejamiento de los principios relativos a la responsabilidad personal y, por otro lado, revela el fin práctico perseguido, de encontrar un responsable y penalizar de todas maneras a un sujeto incluso con falta de prueba acerca de la existencia de una responsabilidad individual, completada en todos sus elementos constitutivos, objetivos y subjetivos.

Pero aún hay más. El distanciamiento de los principios podría ser anunciador de consecuencias aberrantes en la práctica, donde la dificultad probatoria de adjudicar las responsabilidades individuales corre el peligro de convertirse en el pretexto para perseguir ya no a las personas físicas, sino exclusivamente a los entes, cuya responsabilidad puede ser afirmada basándose en la simple delineación objetiva de un hecho correspondiente al caso en cuestión del delito, donde la simplificación probatoria sostiene la objetivización del título real de responsabilidad.

Igualmente grave, aunque menos frecuente, es la otra hipótesis reconstruida bajo el principio de autonomía. La responsabilidad del ente permanece también, si el delito es afectado por una alternación extintiva por una causa diferente a la de amnistía (Art. 8, co. 1, inc. b). Incluso aquí el distanciamiento de los principios es patente, dado que, para remitirnos a un ejemplo, es obvio que la muerte del imputado antes de la condena impide la verificación de un delito completo en todos sus elementos constitutivos, objetivos y subjetivos.

Concluyendo sobre el punto: el principio de autonomía de la responsabilidad del ente, como punto cardinal esencial de la nueva normativa, introduce una hipótesis, tendencialmente generalizable, de responsabilidad objetiva, capaz de alterar el ordenamiento de inspiración subjetiva basada en la noción de culpabilidad general. Además, constituye el *humus* normativo idóneo para favorecer la exoneración de responsabilidad de las personas físicas, en una perspectiva donde el delito no es, antes que nada, el hecho culpable del hombre, sino más bien el perjuicio económico ocasionado por un evento contrario a la legalidad objetiva.

7. La imputación en el plano objetivo

La definición de criterios objetivos y subjetivos, sobre la base de los cuales se puede prevenir la aplicación de sanciones al ente, constituye el objeto fundamental de las disposiciones de los Arts. 5,6 y 7.

El Art. 5 se centraliza en la circunstancia de que el delito haya sido cometido en el interés o en provecho del ente, por parte de sujetos calificados por su relación con aquel, con la expresión normativa de la relación de intermediación orgánica entre la persona física y jurídica; relación necesaria y suficiente, según el legislador, para respetar

el dictado constitucional del Art. 27, y para superar las críticas contra la responsabilidad de los entes alrededor de la carencia de solidez personal de un ilícito cometido por una persona física e imputado también (o solamente) a la persona jurídica. Es más, lo relativo al hecho de que el sujeto en cuyo interés o en cuyo provecho se realizó el delito integraría completamente, según el legislador, la exigencia de personalidad, ya que el principio constitucional postula la correspondencia entre quien comete el ilícito y quien paga las consecuencias jurídicas.

No se niega que el argumento tenga un fundamento *in re*, sobre todo en la realidad económica de las empresas operantes en el mercado global, donde más que a los singulares y contingentes administradores hace falta prestar atención, bajo el perfil jurídico, a las líneas permanentes de políticas empresariales y a las decisiones estratégicas de la empresa. *Nulla quaestio*, por lo tanto, sobre la indispensabilidad de una responsabilización de los entes por los delitos cometidos en sus intereses o provechos.

El problema político-jurídico crucial concierne al tipo de responsabilidad imputable al ente como también las modalidades procesales y jurisprudenciales necesarias para su verificación. También se tiene que prestar atención al hecho de que las sanciones pueden oscilar entre un polo preventivo-general, y uno retributivo-represivo. Incluso las modalidades de verificación y de aplicación deben ser diversas dependiendo del tipo de sanciones aplicables. Si la sanción se acerca mayoritariamente al polo preventivo, la modalidad más idónea a aplicar será la administrativa; si, en cambio, lo es al polo represivo, la modalidad más idónea a aplicar será la penal.

En la economía contemporánea aflora una exigencia fuerte de prevención general en contra de la peligrosidad y nocividad social de políticas empresariales que afectan los intereses de la comunidad. Contra este tipo de ilegalidad solamente una especie de sanciones inmediatas e interdictivas, completamente moldeable con relación a la particularidad del caso individual y atento al mismo tiempo a los intereses de la comunidad, es idónea para equilibrar el interés público entre la sanción con el interés igualmente público de la comunidad al libre desarrollo de la actividad económica.

Por este motivo, es distinto el tipo de responsabilidad individualizado por el decreto-ley 231/2001, a las legislaciones que atribuyen a determinadas autoridades administrativas la facultad de infligir sanciones a las personas jurídicas. Tal la ley 10.10.1990, n. 287 (*“Normas para la tutela de la concurrencia y del mercado”*), que individualizó un

modelo sancionador gestionado por una Autoridad garante e independiente que puede infligir sanciones administrativas-pecuniarias a la sociedad; las formas de responsabilidad de la legislación sobre el *insider-trading* (ley 17.5.1991,n.157), que atribuyen a la CONSOB el poder de tutelar las propias regulaciones en temas de publicidad en el mercado mobiliario con dos tipos de sanciones, el “reclamo” y las sanciones administrativas; la “ley Mammi”(del 6.8.1990,n.223), acerca de las telecomunicaciones y emisión televisiva, que prevén la represión directa de las conductas antijurídicas de la sociedad de gestión a través de sanciones pecuniarias e interdictivas. Por otro lado, un sistema que reconozca poderes efectivos a Autoridades independientes constituye el contrario exacto, en el plano actual, del sistema ideado por el legislador delegado de los años 2000/2001: mientras, de hecho, las sanciones infringidas por la Autoridad administrativa son preventivas, las sanciones parapenales del decreto-ley 231/2001 son esencialmente represivas.

También el sistema del cual se avale la Autoridad administrativa independiente postula una responsabilidad de tipo penal, destinada específicamente a las personas físicas, para las directores de la *Authority* titulares de poderes de verificación y de interdicción, en la medida en que ellas dejen de cumplir, o cumplan de un modo arbitrario o fraudulento, los deberes inherentes a los deberes de garantía asignados por el ordenamiento, en vista a la tutela de los intereses colectivos.

El sistema introducido por la 231/2001, en cambio, pretende adjudicar a una sanción penal una función no solamente que ella no posee (por que la sanción penal tiene una naturaleza de rotura de un argumento existencial y sólo opera indirectamente y a largo término en función de una prevención general), pero sobre todo que no puede poseer, atendiendo los modos y tiempos concretamente necesarios para la verificación por vía procesal/penalista del hecho debido. Las frecuentemente mencionadas “garantías”, propias del proceso penal, son obstáculos concretos a la rápida intervención con estilo prevencionista-general en contra de políticas empresariales que comprometen o están perjudicando los bienes de orden colectivo.

Pero aún hay más. La penalización de las personas jurídicas peligran con despenalizar a las personas físicas, según los repetitivos ritmos de esquemas del mundo natural, que casi describen una “física” del derecho penal; en cuya medida, cuanto más se busca in-

crementar la eficacia prevencionista-general del sistema, tanto más se invalida la razonabilidad y aceptabilidad social de las sanciones penales.

Como se dijo anteriormente, la responsabilidad del ente aparece cuando el delito haya sido cometido "en su interés o en su provecho". En el último inciso del Art. 5 se afirma, refiriéndose a los sujetos debido a los cuales la identificación orgánica es *in re ipsa*, que la responsabilidad está excluida "si las personas han actuado en su propio y exclusivo interés o de terceros". El importante elemento de precisión lo encontramos en el adjetivo "exclusivo", con la obvia consecuencia de que la responsabilidad falta cuando el sujeto haya actuado, excediéndose de sus funciones, en vista de un interés personal concurrente, al menos en parte, con el interés del ente. Extremadamente problemática, a la luz de lo escrito, es la aparición del caso en el cual el sujeto haya actuado en contra del interés del ente o, de todas maneras, en "su propio exclusivo interés o de terceros", siempre y cuando el hecho sea excesivo, según una verificación *ex post*, también en provecho del ente. Si se accede a una interpretación marcadamente subjetiva de la frase "en su interés o en su provecho", la eventual verificación *ex post* de un provecho para el ente no debería ser relevante. Lo cual entabla, en cambio, que el término "provecho" constituye una mera reiteración en la frase, y no individualiza un requisito autónomo de algún caso en cuestión. La interpretación objetiva estaría en grado, en cambio, de otorgar una importancia autónoma al requisito del "provecho". Hacia esta última posición parecería inclinarse la Exposición del proyecto, conforme a la orientación objetiva de la especie de responsabilidad preelegida. Por cuanto quien escriba esté propenso, para contener lo más posible la derivación objetiva, a reconocer mayor racionalidad a la primer tesis, que admite que *de iure conditio* pueda mostrarse más fundada la segunda interpretación.

8. El modelo de la responsabilidad para el delito cometidos por el sujeto apical

Los sujetos que vinculan al ente se distinguen en dos grandes categorías, cada una de las cuales va a focalizar un modelo de responsabilidad específicamente caracterizado, a medida que los autores del delito ocupen una posición apical (Art. 5, co. 1, inc. a), o una posición subordinada (Art. 5, co. 1, inc. b).

Los sujetos apicales están indicados con una fórmula elástica que confiere relevancia, además de a las funciones de las cuales los sujetos están formalmente investidos, también a la dimensión sustancial relativa los poderes ejercidos en concreto. De hecho, al lado de las personas que tienen a cargo funciones de representación, de administración, o de dirección, vinculan al ente con los caracteres redundantes de la identificación orgánica. De todas maneras deben juntarse en el mismo sujeto las funciones de gestión y de control, de modo de identificar a una persona que ejerce sobre el ente una verdadera y propia dominación de hecho, independiente del rol formalmente investido: por ejemplo se puede individualizar a tal sujeto, siguiendo a la Exposición, en el socio tenedor de la casi totalidad de las acciones, el cual dicte desde el exterior las líneas de política empresarial y ordene el cumplimiento de las operaciones constituyentes en delito.

El cúmulo necesario de poderes de gestión y de control excluye que el ente responda por los delitos cometidos por personas que cumplen funciones de hecho asimilables a aquellas propias de los Síndicos. Como nos hace notar la Exposición del modelo, los Síndicos no están individualizados entre los sujetos apicales bajo el perfil formal; sería, por lo tanto, contradictorio que se quisiese insertarlos en esta categoría basándose en la función ejercida concretamente.

Con una mirada extensiva al texto del mandato, el legislador delegado ha incluido entre los sujetos apicales también a aquellos que representan, administran o dirigen una unidad organizativa del ente "dotada de autonomía financiera y funcional" (Art. 5, co. 1, inc. a). Las razones expuestas en la Exposición que justifican la disposición extensiva pueden parecer convincentes, pero traspasan la decisión política del mandato y postulan una relación de identificación orgánica que no es razonable considerar, entre el ente y el director de una unidad organizativa de una sociedad, aunque tenga autonomía financiera y funcional. La extensión, debido a la precisión, está motivada ya sea por la atención hacia un fenómeno económico en progresiva expansión, ligado al afloramiento, en las realidades empresariales medianas-grandes, de reparticiones horizontales de competencia que substraen determinados centros productivos al control jerárquico de las sedes centrales; ya sea por razones de carácter sistémico o para instituir un paralelismo con tareas asignadas a figuras subordinadas, pero dotadas de poderes efectivos de gestión con autonomía financiera, en materia de seguridad con relación al trabajo.

El Art. 6 forma integralmente el modelo de responsabilidad del ente con relación al delito cometido por el sujeto apical.

El ente puede substraerse a la aplicación de las sanciones, dependiendo del reintegro del provecho obtenido gracias al delito, también en la forma equivalente (Art. 6, co. 5), o si prueba: a) que el órgano actuó eficazmente actuó y adoptó antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la misma especie de la que se verificó; b) que encargó a un organismo interno, dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control, la tarea de vigilar el funcionamiento y la observancia de los sistemas; c) que el delito haya sido cometido eludiendo fraudulentamente a los modelos de organización y de gestión; d) que el organismo de control interno no haya omitido un nivel de vigilancia adecuado.

El decreto legislativo se detiene, después, difusamente sobre el modo descriptivo y prescriptivo de los modelos de organización y de gestión.

El co. 2 del Art. 6 establece que los modelos deben formalizar de una manera más completa la actividad del ente en la perspectiva de la prevención del riesgo del "delito". Se necesitaría, de hecho, que los modelos: a) individualicen las actividades en cuyo campo pueden ser cometidos delitos; b) prevean protocolos directos para programar la formación y la actuación de las decisiones del ente con relación a los delitos a prevenir; c) individualicen modalidades de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los delitos; d) prevean obligaciones de información con relación al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia de los modelos; e) introduzcan un sistema disciplinar idóneo para sancionar la falta de respeto hacia las medidas indicadas en los modelos.

Para completar la descripción del sistema deberíamos decir que los modelos de organización y de gestión pueden ser adoptados sobre la base de códigos de comportamiento redactados por las asociaciones representativas de los entes, con tal de que estas hayan sido comunicadas al Ministerio de Justicia que, en sintonía con los Ministerios competentes, puede formular, a partir de un breve término desde la comunicación, observaciones sobre su idoneidad para prevenir los delitos (Art. 6, co. 3).

El sistema, por los caracteres novedosos que presenta y por su complejidad, merece alguna observación crítica.

La referencia, explicitada en la Exposición del proyecto, es a la estructura constituida por *compliance programas*, acogidos en Esta-

dos Unidos, o sea a esos protocolos de autoreglamentación con los cuales el ente aspira a prevenir, o al menos a reducir, el peligro de la comisión de los delitos en el ámbito y de parte de sujetos operantes en su interior.

La eficacia de tales protocolos está discutida. Se puede decir que ellos acrecientan el nivel de burocratización y de formalización de la vida del ente proveyendo, posiblemente, alguna perspectiva de beneficios en términos de prevención al peligro del delito. No es improbable, de todos modos, que sobre todo en contextos donde domina un acentuado formalismo, los modelos sean interpretados, antes que como protocolos de comportamiento real, como instrumentos de exoneración de la responsabilidad individual en la ascensión de las decisiones relativas a los *hard cases*.

La previsión alrededor de la necesaria institución (menos en los entes de pequeñas dimensiones- Art. 6,co. 4), entre las condiciones que pueden dispensarlo de su responsabilidad, de un organismo dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control (Art. 6, co. 1, inc. b) comporta algunas perplejidades.

Es difícil comprender de qué modo, si el órgano es la expresión del grupo dirigente (solución sugerida por la disposición del Art. 6, co. 4, que prevé la posibilidad, para los entes de pequeñas dimensiones, de que las tareas en cuestión sean desarrolladas por el órgano dirigente), aquél pueda cumplir realmente un control pleno sobre los sujetos que tienen el poder de designación y de revocación sobre el mismo órgano. Si, en cambio, el órgano fuese la expresión del grupo dirigente, sin que adquiriese un cargo independiente, sería difícil no imaginar la introducción de una diarquía en el interior de la estructura de la empresa, escasamente compatible con el actual aspecto normativo del derecho societario.

Además, los poderes y deberes del organismo no están adecuadamente precisados. Por ejemplo, no está de más preguntarse si subsiste o no a cargo de este órgano la obligación de denunciar a la autoridad judicial en el caso de que descubra que se han cometido delitos durante la actividad empresarial. Lo cual implica preguntarse cuáles son los límites precisos de su posición, en particular si es o no garante de la legalidad acerca del desarrollo de la actividad empresarial. Además: ¿Qué informaciones le deben ser comunicadas? Si la obligación de informar fuese considerada amplia y detallada, ¿cómo se conciliaría, entonces, un deber generalizado de información con la reserva que circunda necesariamente las noticias relevantes para la consecución

ción de los objetivos de la empresa? Más radicalmente: ¿Cuáles son las relaciones efectivas de poder intercorrientes entre el órgano de administración y gestión de la sociedad y el órgano de control?

Las interrogantes se multiplican también en referencia a la relevancia normativa de los códigos de comportamiento redactados por las asociaciones representativas de categoría y al significado del silencio del Ministerio de Justicia, una vez que tales códigos le hayan sido comunicados. ¿Se trata de un silencio/consenso, o de un silencio privado de significado jurídico? ¿Y por cuáles razones el Ministerio de Justicia sería competente para expresar juicios en orden a la adecuación de los códigos dispuestos a prevenir la comisión del delito? ¿No es el Ministerio, en el vigente esquema constitucional, un mero organismo de suministro de servicios para la actuación de la función jurisdiccional, sin ninguna competencia en materia de prevención y represión de delitos?

Más allá, de todos modos, de los problemas interpretativos, conviene en esta etapa reflexionar sobre los aspectos de la disciplina que constituyen su corazón.

La evidente referencia es a la intención, declarada por el legislador delegado en la Exposición, de volver a dar actuación, incluso en el caso de delito cometido por los máximos responsables, a un sistema de responsabilidad del tipo subjetiva. El reclamo preciso es a una “renovada concepción de la culpabilidad en el, sentido normativo”, que consistiría “hoy en día en adaptar cómodamente” el juicio de reprochabilidad “a la realidad general”.

La adaptación cumplida, con pericia, por el legislador delegado, de la mencionada “culpabilidad normativa” a las realidades generales descubre la cara efectiva de una responsabilidad del tipo funcional/objetiva, del todo extraña a los cánones de la responsabilidad subjetiva por culpa, donde los protocolos, densos hasta el colmo de prescripciones impuestas, no funcionaban como un esquema racional de indicaciones cautelares, sino más bien como una imposición positiva de obligaciones cuyo inexacto respeto constituye por sí solo el sujeto con culpa.

La previsión, del todo inaudita en el sistema procesal/penalista, de la obligación de la prueba a cargo del ente, por lo cual debe aportar la demostración positiva del fraude cumplido por el autor del delito, confirma que no se trata de responsabilidad debido a la culpa, sino de una responsabilidad-funcional objetiva del ente en razón de que la comisión del ilícito no fue impedida.

Lo que preocupa no es tanto la afirmación de una responsabilidad del tipo funcional de la persona jurídica, que, es más, podría bien ser predicada en el campo de un derecho de la prevención gestionada por una Agencia administrativa independiente, sino más bien la introducción, dentro del derecho penal, con potencialidad generalizada sobre todo el sistema, de un modelo de culpa reducido al perfil normativo/objetivo, sin alguna consideración de la dimensión subjetiva, cuya valoración solamente consiente en calificar a la culpa como un requisito subjetivo del caso en cuestión y a la responsabilidad consecuente como del tipo personal.

La derivación del concepto subjetivo de la culpa y la previsión de una carga probatoria, casi imposible de superar, sugieren la idea de que la proclamada *intentio* de prever, también por los delitos cometidos por las figuras apicales, un criterio de imputación (solo aparentemente) subjetivo haya sido en realidad el camino para introducir en el sistema, con evidente finalidad preventiva, el *novum* jurídico que imita el esquema central de los *compliance programs* estadounidense.

El Gobierno, planeando el esquema de responsabilidad por el delito cometido por los ápices, fue más allá de la previsión contenida en el mandato, dado que, este último se limitaba a focalizar los fundamentos de la punibilidad en la violación de un genérico deber de vigilancia y control, según la orientación normal relativa al juicio de la culpa.

La exoneración de responsabilidad, incluso en el caso en el cual se haya demostrado la falta de culpa por escasa organización y la fraudulencia de la persona física apical, no es total, porque queda la sanción de la confiscación, también en la forma por equivalente, del provecho del delito (Art. 6, co.5).

9. El modelo de la responsabilidad por el delito cometido por el subordinado: la culpa por omisión de control

Más simple es la regla que encontramos en el Art. 7 para el caso en el cual el autor del delito es un sujeto subordinado. El esquema conceptual adoptado, adhiriendo en esta parte al mandato, es aquel de la facilitación culposa, dado que el ente responde por el delito cuando la comisión del mismo haya sido posible por las inobservancias de las obligaciones de dirección y vigilancia (Art. 11, co. 1, inc. 1, y ley n. 300/2000).

También en esta hipótesis el legislador, no ha renunciado a valerse de modelos de organización, gestión y control (los *compliance programs*) donde especificar normativamente los extremos en términos de facilitación culposa por parte del ente. Se toma también aquí la intención preventiva, inspiradora de la norma, que encontró en los protocolos su fijación normativa. No se puede dejar de lado al respecto una contradicción irresuelta en el Art. 7, co. 2, concerniente al significado y a la importancia de los modelos. De hecho, el Art. 7, co. 2, con la frase que parece prometer más de lo que efectivamente quiere, dice que la inobservancia de las obligaciones de dirección o de vigilancia está excluida “en todo caso”, si el ente, antes de la comisión del delito, adoptó y utilizó eficazmente un modelo de organización, gestión y control idóneo para prevenir delitos de la especie de aquel verificado.

De todos modos, la afirmación según la cual la responsabilidad está excluida “en todo caso” tiene un valor solamente simbólico y parece expresar principalmente el objetivo de estimular a los entes a la adopción de los modelos. La norma postula, de hecho, que para que sea excluida la facilitación culposa, el modelo adoptado y eficazmente utilizado debe ser “idóneo para prevenir delitos de la especie de aquel verificado”. Pero la concreta verificación del delito hace imposible considerar que el modelo adoptado sea “idóneo” para prevenirlo. Requerir, de hecho, la demostración de que el modelo sea verdaderamente idóneo para prevenir delitos de la misma especie del verificado significa practicar, en esencia, incluso para el hecho de los subordinados, la misma inversión de la carga de la prueba a cargo del ente, o mejor, hacer recaer sobre el ente el riesgo de la falta de prueba acerca de la adopción de un adecuado y eficiente sistema de autoreglamentación interna.

10. El instrumento sancionador en líneas generales

El arsenal de sanciones y de criterios de comparación individualizados en la Sección II del decreto en los Arts. 9-23 introducen en el ordenamiento una serie de novedades de particular interés.

El mandato ha enviado al Gobierno una pluralidad de mensajes: en primer lugar, que las sanciones con relación a los entes fuesen “efectivas, proporcionales y disuasivas” (Art. 11, co. 1, inc. f); en segundo lugar, que a las tradicionales medidas pecuniarias les fuesen adjuntadas, en casos de particular gravedad, sanciones de tipo inter-

dictivo (Art. 11, co. 1, inc. l); en tercer lugar, que las sanciones pudiesen ser disminuidas (las pecuniarias) o excluidas (las interdictivas) debido a la adopción por parte de los entes de comportamientos del tipo reparador o reintegrador respecto al delito realizado (Art. 11, co. 1, inc. n); en cuarto lugar, que las sanciones interdictivas pudiesen encontrar aplicación incluso en campo cautelar (Art. 11, co. 1, inc. o).

El sistema es binario, basado en las sanciones pecuniarias e interdictivas. A las cuales se les agrega la confiscación y la publicación de la sentencia condenatoria (Art. 9, co. 1, inc. a, b, c, d). La sanción pecuniaria es indefectible (Art. 10, co. 1). Las sanciones interdictivas se aplican conjuntamente con las pecuniarias: cuando el ente haya recabado del delito un provecho relevante y el delito haya sido cometido por sujetos en posición apical, o sino, cometido por subordinados, cuando la culpa organizativa del ente sea grave (Art. 13, co.1, inc. a), como también en caso de reiteración de delitos (Art. 13, co.1, inc. b).

La ley les atribuye una notable relevancia a las conductas reparadoras de los ilícitos, como también a la adopción operativa de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos del tipo del verificado. El comportamiento de arrepentimiento funcional es útil para reducir la pena pecuniaria (Art. 12, co. 1, inc. a y b), y para excluir las sanciones interdictivas (Art. 17, co. 1, inc. a, b, c).

La confiscación del provecho del delito es obligatoria, menos para la parte que puede serle restituida al damnificado (Art. 19, co. 1). Cuando no sea posible ejecutarla, el juez puede aplicarla en la forma por equivalente (Art. 19, co. 2).

La publicación de la sentencia condenatoria, a discreción del juez, se produce solamente si se le aplica al ente una sanción interdictiva (Art. 18, co. 1).

Para la tutela de la ejecución de la sanción interdictiva como también de las sanciones cautelares interdictivas la ley contempla el delito de inobservancia de las sanciones interdictivas con relación a quien en el desarrollo de la actividad del ente, haya trasgredido las obligaciones o prohibiciones inherentes a las sanciones o medidas. En tal caso, a la responsabilidad de la persona física por ese delito se le agrega la responsabilidad de ente en el interés o en el provecho del cual el delito haya sido cometido.

La reiteración, que sucede en el caso de que el ente cometa un ilícito en los cinco años siguientes a la condena definitiva por otro ilícito, adquiere un "valor estratégico" en la compleja economía del decreto legislativo, ya sea por que es de aplicación obligatoria, por ser

completamente desvinculada del poder discrecional del juez, ya sea por que constituye el presupuesto para la aplicación de sanciones interdictivas, temporales o definitivas (Art. 16, co. 1, que prevé la facultad del juez de disponer la interdicción definitiva del ejercicio de la actividad si el ente ha obtenido del delito un provecho relevante y si ya ha sido condenado, al menos tres veces en los últimos siete años, a la interdicción temporal).

El instituto de la punibilidad del ente marca una importante novedad respecto al código penal vigente y al sistema de pluralidad de las violaciones a disposiciones que proveen sanciones administrativas. Se dispone en el cúmulo jurídico, con aplicación de la sanción pecuniaria prevista para el ilícito más grave aumentada al triple, para los casos de concurso formal y de pluralidad de ilícitos cometidos en el desarrollo de una idéntica actividad, siempre y cuando se hayan verificado antes de que por uno de ellos ya haya habido pronunciamiento de sentencia sin condena definitiva. El contradictorio y ambiguo instituto penal del delito continuado fue abandonado y substituido con la previsión más racional del cúmulo jurídico que se extiende hasta el momento en el cual, debido al pronunciamiento de una sentencia aún sin condena definitiva, la absorción parecería solamente como un injustificado premio al ente por su demostrada insensibilidad con relación al efecto preceptivo de la norma y disuasivo de la condena.

El instituto de la prescripción repite la ley civil ya contenida por el ilícito administrativo de las personas físicas contenido en el Art. 28 de la ley 24. 11.1989, n. 689. El legislador delegado, que habría querido influenciar a la disciplina por principios penales, respetó la directiva del legislador delegante, regulando en el Art. 22 el instituto sobre el modelo civil.

11. Algunas consideraciones finales

La normativa acerca de la responsabilidad del ente, definida "administrativa", pero en realidad elaborada sobre la base del modelo penal, saca a la luz importantes problemas en el plano práctico, así como, en el plano conceptual, en orden al significado de la responsabilidad y de la sanción en el cuadro relativo al desarrollo de las tendencias penalistas.

En el plano práctico el legislador delegado prefirió, por un momento, ejercer de manera reducida los poderes conferidos por la ley-mandato, limitando de manera extremadamente rigurosa la clase de

delitos cuya realización por parte de la persona física provoca el surrimiento de la responsabilidad del ente.

La razón de la elección está en el reconocimiento del fuerte carácter innovador de la reforma y en la exigencia de un período de adaptación referido a la “progresiva radicación de una cultura empresarial de la legalidad” que, si es impuesta *ex abrupto* respecto a una amplia clase de delitos, podría fatalmente provocar problemas de adaptación. Sin duda, por otra parte, que la tarea más ardua se encontraba en la construcción de un modelo general de responsabilidad del ente; una vez insertado esto en el ordenamiento, no le pareció irracional al Gobierno reenviar a futuras intervenciones la recomprensión bajo la disciplina punitiva de un amplio abanico de delitos.

El decreto legislativo en los Arts. 24 y 25 circunscribió el catálogo a solo dos grupos de delitos. Por un lado están mencionados los fraudes en perjuicio del Estado y de los entes públicos: indebida percepción de suministros públicos; estafa en contra del Estado o en contra de un ente público y estafa agravada por la consecución de erogaciones públicas; fraude informático en perjuicio del Estado o de un ente público. Por otro lado están mencionadas la concusión y las variadas formas de corrupción.

Después debemos recordar que en el cuerpo del decreto está inserto en una ulterior hipótesis en cuanto a la responsabilidad del ente, para el caso de inobservancia, cumplida por la persona física en provecho o ganancia de ente, de las obligaciones o de las prohibiciones inherentes a las sanciones o medidas interdictivas aplicadas al ente mismo.

La responsabilidad subsiste incluso en el caso de tentativa (Art. 26, que contempla la reducción de las sanciones pecuniarias e interdictivas de un tercio a la mitad). El desistimiento no fue previsto. El abandono activo, en cambio, sí fue regulado de un modo diferente al código, retomando también la indicación (excluyendo la punibilidad) contenida en el Art. 42, co. 2 de la reglamentación redactada por la Comisión para la reforma del código penal precedida por el Prof. Grosso. En lugar de la reducción de la pena prevista en el Art. 56, el decreto dispone que el ente no responda por el delito cuando voluntariamente impide el cumplimiento de la acción o la realización del evento. La decisión legislativa está motivada en la Exposición por la circunstancia de que, en esta hipótesis, el ente demostró cumplir una “correcta elección a favor de la legalidad, desconectando la fuente del peligro o de todas maneras impidiendo que la misma emita sus efectos dañosos”.

En el breve arco de tiempo de aprobación del decreto legislativo ya intervinieron tres ampliaciones del ámbito aplicativo del sistema.

Primero, en adecuación a las indicaciones provenientes de la Unión Europea, el decreto-ley 24.9.2001, n. 350, que contiene “disposiciones urgentes debido a la introducción del euro”, insertó en el decreto-ley n. 231/2001 el nuevo Art. 25bis, que responsabiliza a los entes con relación al Título VII, Cáp. I, del Código Penal, sobre la falsificación de monedas, de tarjetas de créditos públicas y de valores en bonos, previendo para cada caso una sanción específica con relación al ente.

Sucesivamente, el decreto-ley 11.4.2002, n.61, que ejecutó el mandato conferido al Gobierno por el Art. 11 de la ley 3.10.2001, n. 366, respecto de los ilícitos penales y administrativos concernientes a las sociedades comerciales, introdujo el nuevo Art. 25-ter, que regulariza la responsabilidad del ente por los delitos societarios cometidos en el interés de la sociedad por administradores, directores generales o liquidadores o por personas subordinadas a su vigilancia. Se debe decir, también, que el decreto-ley n. 61/2002 modificó la originaria rúbrica del decreto-ley n.231/2001 con el más amplio título “ Responsabilidad administrativa del delito”, en vez de “Responsabilidad administrativa de los delitos previstos por el Código Penal”.

Por último el Art. 3 de la ley 14.1.2003, n. 7, que rectifica y dispone la ejecución de la “Convención Internacional para la Represión del financiamiento del terrorismo”, hecha en Nueva York el 9.12.1989, establece la responsabilidad del ente por los delitos cometidos por representantes o dependientes, distinguidos por una finalidad terrorista o de la supresión de un régimen democrático.

Está claro, de todos modos, que la regulación, una vez en funcionamiento, está destinada a ejercer relevantes influencias sobre la funcionalidad del sistema. Sobre todo por la inserción en el proceso penal de nuevos sujetos y de ulteriores perspectivas de valoración, “con un posible prejuicio de simplificación procesal y de la favorable duración racional de los tiempos procesales”. En segundo lugar, no obstante la determinación legislativa y la relevancia penalista de los institutos, el ilícito es siempre del tipo administrativo y envuelve la verificación de cuestiones vastas y complejas, del todo extrañas a las temáticas penalistas. Tenemos los problemas, no tan escasos en la práctica, concernientes a las sucesivas modificaciones del ente. En estos casos, reveladores en la sustancia del hecho de que, no obstante todos los esfuerzos del legislador delegado, el ilícito del ente no puede

ser, en todo o por todo, asimilado al delito. La verificación judicial estará destinada a asumir en sede penal inflexiones y modalidades similares a las de los juicios civiles, con las consecuencias, perjudiciales por la duración del proceso, de la persistencia en el mismo juicio de exigencias verificadoras diferentes entre ellas. Nos preocupan después, los posibles fraccionamientos del único proceso en una pluralidad de procesos, con eventuales soluciones contradictorias entre ellos. La regla del *simultaneus processus*, que parece formarse por el co.1 del Art. 38, está destinada, de hecho, a sufrir tantas excepciones, debido a la elección independiente de procedimientos por parte de varios sujetos y de las suspensiones requeridas por la especificación de las disposiciones procesales (según una hipótesis genérica del Art. 38) en el cual la regla será la del preseco separado). De este modo el sistema procesal se arriesga a explotar desde el interior, por el fraccionamiento de la sentencia unitaria en distintas y divergentes sentencias. Con este argumento no es arriesgado imaginar que la revisión, del Art. 73 con reenvío parcial al Código de Procedimientos, será para pasar de un medio extraordinario de carga a un instrumento ordinario para superar el conflicto de sentencias.

Todavía más problemáticos son los aspectos relativos a las cuestiones de principios, con relación al significado y al fundamento de la sanción penal, implicados por la aprobación de la nueva norma.

Es verdad, antes que nada, que la responsabilidad fue definida como del tipo "administrativa". Pero es verdad también, que la intención de la ley es la de atraer a la esfera penal la responsabilidad del ente. Las dudas acerca de tal decisión, en el plano de la política criminal, ya han sido expuestas en la primera parte de este escrito, sobre todo con relación, por un lado, a las frustraciones de las exigencias de rapidez de la intervención preventiva, que el proceso penal no está en grado de satisfacer, y, por otro lado, a la atribución a un grupo de ministerios públicos instructores de una vasta tarea de control sobre las actividades económicas y financieras de las empresas, con el riesgo de que se debilite el principio constitucional de la separación de los poderes.

En el plano de la dogmática penal, las líneas de tendencia surgidas de la regulación son dos, estrictamente interconectadas entre ellas.

Por un lado, la atribución de una responsabilidad penal a un ente tiende en modo generalizado a sustraer a la sanción penal de su esencial fundamento retributivo, para abrir el camino a la consideración de la misma en una forma exclusivamente preventiva/general. El

modelo funcionalista de la responsabilidad del ente, una vez que funcione a pleno régimen, no podrá no ejercer una influencia atractiva, en un sentido nocivamente anti-retributivo, incluso respecto de la sanción penal directa con relación a la persona física.

Por otro lado, en una rigurosa coherencia con la elección preventiva, la nueva disciplina revela la tendencia a prescindir, por la imposición de la sanción, de la subsistencia de un perfil subjetivo concreto de culpa a cargo de los sujetos que representan el ente jurídico o que por él actúan. Por lo cual no se puede negar que el decreto legislativo 8.6.2001, n.231, introdujo una verdadera y propia tipología calificable como objetiva o de posición, sin ninguna atención a la exigencia de que la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad subjetiva. Los gérmenes del tipo funcional y objetivo introducidos de este modo en el derecho penal contradicen la aspiración contemporánea, que encuentra correspondencia incluso en los principios de orden constitucional, a una siempre mayor subjetivización de la responsabilidad penal, en un modelo en el cual la penalización de los comportamientos y la imposición de sanciones debería constituir *extrema ratio*, según el principio del mínimo derecho penal.

* * *

Para una mayor comprensión de la temática parece oportuno indicar expresamente las fuentes normativas que han introducido en el ordenamiento italiano la responsabilidad por el delito de la persona jurídica: ley del 1.9.2000, n. 300 (*rectificación y ejecución de los siguientes actos internacionales elaborados sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea: Convención sobre la tutela de intereses financieros de los Estados Europeos, firmada en Bruselas el 26 de julio de 1995, del Primer Protocolo de Dublín del 27 de septiembre de 1996, del Protocolo concerniente a la interpretación en vía prejudicial, por parte de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de dicha Convención, con declaración anexa, de Bruselas del 29 de noviembre de 1996, como también de la Convención relativa a la lucha contra la corrupción, en la cual están implicados funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, firmada en Bruselas el 26 de mayo de 1997 y de la Convención OCSE sobre la lucha contra la corrupción de oficiales públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, con anexo, firmada en París el 17 de diciembre de 1997. delega al Gobierno por la disciplina de la responsabilidad ad-*

ministrativa de las personas jurídicas y de los entes privados de personalidad jurídica); decreto-ley 8.6.2001, n.231, (regulación sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones privadas de personalidad jurídica); decreto-ley 25.9.2001, n.350, (disposiciones urgentes en vista a la introducción del euro), ley 23.11.2001, n. 409, (disposiciones urgentes en vista a la del euro, en materia de tasación de rentas de naturaleza financiera, de la verificación de actividades desarrolladas en el exterior, de reagrupamiento de empresas y de otras operaciones financieras); decreto-ley 11 de abril del 2002, n. 61 (regulación de los ilícitos penales y administrativos respecto a las sociedades comerciales, sobre la base del Art. 11 de la ley del 3 de octubre del 2001, n. 366).