

La sociedad penada: cómo, por qué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*

Punished corporations: how, why and for what?
About criminal liability of legal persons

*Carlo Enrico Paliero***

RESUMEN. La sociedad —entendida como microactor económico— puede ser objeto de punición a raíz de delitos económicos. El artículo aborda la cuestión de la responsabilidad de los delitos de “empresa”, considerando tres cuestiones de fondo, a saber: a) si la sociedad como ente debe responder por estos delitos; b) en caso afirmativo, a qué cosa debe responder, y c) a título de qué respondería. El desarrollo gira sobre estos tres ejes temáticos. La primera cuestión tiene en cuenta la existencia sieteñal en Italia de una disciplina positiva de la corresponsabilidad directa del ente por los delitos

* El presente texto contiene algunas modificaciones y enriquecimientos bibliográficos de mi ponencia en el Congreso *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro - XXV Convegno di studio Enrico de Nicola* (Milán, 14 y 15 marzo de 2008). Traducción (con algunas modificaciones y revisión del autor) de María Cecilia Dómine (profesora adscripta de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay, máster por la Università Cattolica del Sacro Cuore [Italia], LL.M. por la Georg-August-Universität Göttingen [Alemania], becaria del DAAD para estudios de Doctorado en la Universität Hamburg [Alemania]).

** Catedrático de Derecho Penal de la Università Statale di Milano (Italia). Agradezco muy especialmente al P. Dr. Eduardo Casarotti SJ, a la Dra. Marta Hanna y a la Sra. María Cristina Dutto por su lectura y contribución.

de sus representantes; es abordada desde el derecho italiano, aunque no exclusivamente. La segunda, nudo crucial de la dogmática sobre la imputación en sí misma —a qué cosa el ente responde— se centra en un análisis del modelo en el derecho comparado. La tercera se centra en la responsabilidad, la culpabilidad y la imputabilidad del ente jurídico y sus representantes.

PALABRAS CLAVE: Culpa (derecho). Delitos contravencionales. Delitos. Empresas. Delitos contra la propiedad. Responsabilidad penal.

ABSTRACT. Corporations – understood as economic microactors – can be object of punishment as a result of economic crimes. This article deals with the issue of joint liability of “corporate” crimes, taking into account three basic issues, to wit: a) whether corporations as entities must take responsibility for these crimes; b) if yes, for what things they must take responsibility, and c) in what capacity they would take responsibility. The body of the article revolves around these three thematic focuses. The first issue takes into account the septennial existence in Italy of a positive discipline of direct joint liability of entities for the crimes of their representatives; it is approached from the Italian law, though not exclusively. The second one, crucial crux of the dogma about imputation itself – for what things entities take responsibility – focuses on the analysis of the model in comparative law. The third one focuses on liability, guilt and imputability of legal entities and their representatives.

KEY WORDS: J Guilt (law). Misdemeanors. Crimes. Companies. Crimes against property. Criminal liability.

INTRODUCCIÓN

Luego de siete años (número simbólico tanto en la mitología como en la *fantasy*) de remoción del igualmente mítico dicho legislativo *societas delinquere nescit*, mi reflexión sobre la corresponsabilidad de los delitos de *empresa*¹ de la sociedad (no de la sociedad como macroactor social que en los años setenta se definía *punitiva* —*strafende Gesellschaft*—, sino de la sociedad como microactor económico, hoy *punida*) es orientada por tres diversas cuestiones de fondo: 1) la primera, *si* el ente debe responder; 2) la segunda, *a qué cosa* el ente debe responder, y 3) la tercera, *a qué título* el ente responde. En respuesta a estas tres diversas interrogantes he organizado mi exposición.

1

La primera cuestión debería sorprender frente a la existencia sieteñal en Italia de una disciplina positiva de la corresponsabilidad directa del ente por los delitos de sus representantes. Este aspecto fundamental y prodrómico de la cuestión carga históricamente con un prejuicio ideológico (*rectius*, un prejuicio que no es exagerado definir de naturaleza cuasiteológica) que excluye *por sí mismo* la posibilidad de imputar un delito directa o indirectamente (sobre todo directamente) a la persona jurídica. Tal exclusión derivaría necesariamente de la *Natur der Sache* o de la “incapacidad natural” ontológicamente radicada de la persona jurídica (en cuanto a que no es un hombre) que se extrae del *ethos* que impregna el reproche penal.

En este sentido se expresan decisivas por su intensidad y lealtad ideológica las páginas derivadas de los actos del Congreso de Atenas sobre *Criminal Liability of the Corporation*. Más precisamente, Joachim HIRSCH se dedicaba a la demostración —*more theologico*— de

¹ Utilizo aquí voluntariamente un término genérico y no técnico porque creo que es más evocativo y comprensivo.

la imposibilidad de que la persona jurídica pueda responder penalmente por la comisión de delitos.² Todo esto, claro está, con elevados argumentos dogmáticos, que nos son familiares a todos, pero marcado por una cifra lógica que nos recuerda a las famosas *cinco pruebas* de la existencia de Dios sistematizadas por santo Tomás de Aquino. En cambio, se observa un desencanto empírico, que evoca la tintineante cadena de argumentos invencibles desplegados por Don Ferrante, el célebre personaje de Alessandro MANZONI en su libro *I promessi sposi*, para refutar *more aristotélico* la existencia *in re* de los estragos de la peste durante la furia de la plaga.

Dado que me reconozco más en el *proceeding* de los juristas que en el de los teólogos, cierro rápidamente este argumento poniendo axiomáticamente en la base de mi discurso el escenario ordinamental-institucional, donde la persona jurídica *debe (soll) responder ex crimine*.

Como contrapartida, para compensar el apodíctico abordaje del tema, pretendo encontrar una o más *rationes* capaces de soportar este axioma de partida.

Esas *rationes*, laicas y no “teológicas” (que no están perdidas “por los senderos eternos del derecho natural”),³ conducen en la actualidad a imputar directamente a la persona jurídica consecuencias sancionatorias del hecho delictivo cometido por sus representantes.

Esas *rationes* pueden ser rastreadas como *económicas* (orientadas a un *approach* de *law and economics*) y de *política criminal*.

Sería demasiado extenso analizar puntualmente cada una de las *rationes*, dado que se declinan tanto en relación con la estructura peculiar del ente como en relación con la génesis y las dinámicas propias de la criminalidad empresarial. Esta díada debe colocarse en el centro del campo de análisis para el estudio de los procesos interactivos de los respectivos componentes.

En esta perspectiva se pueden identificar tres elementos fundamentales de fondo criminológico (condensados en sendas características de la criminalidad de empresa) que se presentan como una brújula de mi discurso.

1.1

El primer elemento coincide con la naturaleza necesariamente *plurisubjetiva o policéntrica* de la criminalidad de empresa (o de la delincuencia económica *tout court*), prescindiendo de la observación específica de los actores (individuales o tipológicos) de esta forma de

² HIRSCH, H. J., *La criminalisation du comportement collectif. Allemagne*, en DE DOELDER y TIEDEMANN (eds.), *La criminalisation du comportement collectif. Criminal Liability of Corporations*, La Haya-Londres-Boston, 1996, pp. 43 ss. En la lectura italiana, análogas propias de una “dogmática absoluta” son discernibles en ROMANO, M., “Societas delinquere non potest”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 1031 ss.

³ Me gustaría retomar la fascinante imagen de BRICOLA, F., *Teoria generale del reato* (1973), ahora en *Scritti di diritto penale*, Milán, 1997, vol. I, t. I, p. 544.

criminalidad. Así, *estructuralmente* cada vez con mayor frecuencia esta forma de comportamiento desviante, o criminal *tourt court*, nace de procesos decisionales complejos, que no son propios ni *exclusivos* de un sujeto individual o de un estricto núcleo de sujetos previamente inseridos en una estructura orgánica y organizada.

Colocándose en tal perspectiva se puede distinguir entre una plurisubjetividad criminológica *interna*, caracterizada por el hecho de que la decisión no es (casi nunca) individual, y una plurisubjetividad criminológica *externa*, caracterizada por el hecho de que la criminalidad económica (al menos la relevante) es cada vez más el fruto y/o la fuente de un ilegalismo que no es limitado, ni debido a una sola sociedad, sino a un *grupo* de sociedades. El problema de la *delincuencia de grupo* y de la responsabilidad dentro del grupo es hoy uno de los problemas cruciales de la temática que nos ocupa, dado que pone en cuestión cualquier modelo de responsabilidad *directa* de la persona jurídica introducido en diversos sistemas positivos.

1.2

El segundo elemento radica en la *génesis motivacional* de los delitos de empresa. La criminalidad económica es una desviación que se podría llamar *cultural* o *subcultural* en la visión de SUTHERLAND.⁴ Es decir, una forma de ilegalismo *propia* del ente más que de los individuos: no solo y no tanto con referencia a los *intereses* (que son sobre todo “corporativos” y no individuales), sino también con referencia a la estructura misma del autor desviante. En otros términos, aquella de las *companies* es típicamente una forma de ilegalismo estructuralmente relacionada con el ente como sujeto *establemente organizado*. Por lo tanto, en este sentido entran en juego tanto las dinámicas sociológicas de las organizaciones como su marcada *complejidad*: ya que normalmente disparan mecanismos de *despersonalización* y de *irresponsabilidad* individual. Con base en su dimensión diacrónica —frente al actuar sincrónico del *actor individual*— debe decirse que el ente de por sí está dotado de una vida diversa y más duradera que la de los sujetos individuales, y que su *historia* puede ser objeto de valoración de esta como criterio de imputación penal.

1.3

Finalmente, hay un tercer elemento que apunta a la construcción de un modelo autónomo de responsabilidad del ente: la criminalidad económica típicamente abraza una esfera de *Bereicherungsdelikte*, los ‘delitos de enriquecimiento’ o con fines de lucro, pero tal

⁴ Véase SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime (The uncut version, with an introduction by Gilbert Geis and Colin Goff)*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1983, pássim.

vez incluso los *Begierdelikte*, ‘crímenes de codicia’, todos ellos expresiones de una desviación patológica del correcto fin de lucro que *institucionalmente* una sociedad comercial o una empresa persigue. Esta característica, observada desde una perspectiva de análisis económico del derecho, puede orientar un modelo de acción del agente⁵ (del destinatario de la norma penal), que en otro artículo ya he definido con la expresión *de comportamiento elástico*, indicando su fuerte propensión a orientarse sobre valoraciones de costos/beneficios. Tanto es así que este modelo de autor parece particularmente válido porque, racionalmente fundado el paradigma de la prevención general (al menos desde FEUERBACH en adelante), la sanción *penal* racionalmente utilizada es el mecanismo más eficaz y al mismo tiempo la mejor fuente de legitimación del ejercicio coactivo del monopolio estatal de resolución de conflictos.

Me doy cuenta de que el factor *cultural* ya evocado, que refiere a un *momento vivido* histórico del ente y por razones estructurales *inmanente* al ente, resultaría difícilmente condicionable por elecciones racionalistas contingentes. Al contrario, una orientación exclusiva en busca del beneficio económico (hasta la exasperación, en una patológica *bulimia de fines de lucro*) o incluso ahora considerado como factor intrínsecamente *racionalista* con la característica anterior, puede ser considerada (al menos) como parcialmente contradictoria. Una contradicción objetiva, según lo ya demostrado hace ya varios años en la magistral lección de SUTHERLAND.⁶

Respecto a esta última cuestión, incluso en la política penal *nihil sub sole novi*. El problema radica en tratar de medir y de armonizar las señales y los indicadores contradictorios en la política de los fines perseguidos por los actores individuales (o, en este caso, colectivos) para adecuarse a la *política de los fines* (de contraste o de orientación) perseguidos institucionalmente por el Estado. Asimismo, la lección histórica de los sistemas penales positivos ya ha proporcionado una amplia evidencia de la deliberación tomada al respecto: mayoritariamente la incriminación autónoma del ente por el hecho de sus representantes es “pasada” como la solución más adecuada para el *proceso de síntesis* de los fines sociales que sobre este terreno se yuxtaponen.

2

2.1

Me referiré ahora a la segunda cuestión: a qué cosa el ente responde. Dado por descontado (sobre la base de las *rationes* económico-culturales) que el ente *iuspositivista* por lo

⁵ PALIERO, C. E., “L’economia della pena. Un work in progress”, en DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milán, 2006, p. 539 ss.

⁶ SUTHERLAND, o. cit., pássim.

general *responde* y criminal-políticamente *debe responder*, la pregunta se declina del modo más analítico en orden a la definición de *para qué cosa* responde realmente la sociedad en el ámbito de una directa responsabilidad por la comisión de delitos de sus representantes. Para desarrollar una respuesta a este punto, mi razonamiento debe ser necesariamente abierto a sintéticas observaciones comparadas, aunque por supuesto se centrará específicamente en algunas reflexiones críticas al modelo italiano.

Una consideración preliminar. Una vez determinada la *elección de campo* en la política de los fines,⁷ se da vida a nuevas instituciones jurídicas, convirtiendo de este modo en tarea ineludible de los juristas el fomento de una apertura dentro del *sitio de la dogmática* que conduzca a:

- la *traducción* del contenido semántico de las nuevas criaturas jurídicas en el léxico de la dogmática (de la especie penal), y
- su inclusión (con o sin una fricción mínima) en el sistema existente.

Lo cierto es que, en busca de un mayor desarrollo de la materia, no se puede dejar la cuestión de una responsabilidad *ex crimine* de los entes al laborioso pero fragmentario trabajo de la práctica (que en este tiempo en Italia ha estado formándose y creciendo), ni a las esparzas reflexiones teórico-prácticas.

Hay que empezar a *pensar alto* (un poco más alto) y ordenar el subsistema de responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas cimentándolo, sobre todo, en el terreno del *ordenamiento* jurídico vigente en su *conjunto*, para verificar la valoración preliminar y prejudicial.

Dicha verificación se sustancia en el siguiente dilema: ¿La “nueva” fórmula imputativa se armoniza integralmente (e *integradamente*) con el sistema penal vigente, o constituye en cambio el apéndice colateral exterior, destinado a perpetuarse como un *cuerpo extraño*?

He hablado del dilema, pero *tertium datur*: no es ni siquiera hipotetizable el ingreso de este hereje elemento (hereje del *derecho penal clásico*); incluso puede transmutar el sistema penal vigente. De esta manera, haciéndolo evolucionar, y transportando a la dogmática (de él generada) a nuevos terrenos.

En este punto de la investigación, en menester preguntarnos: ¿Generando a través del *quid novi*, un *totum novum*, un *nuevo* sistema global, u *otro* respecto al preexistente? En este

⁷ En el sentido ya expuesto. Asimismo, esta elección de campo viene (por así decirlo) *primeramente* realizada por la historia y *luego* ejecutada por el derecho.

caso las articulaciones sistémicas de los “nuevos” temas deben ser discutidas y desarrolladas con el rigor y la seriedad con los que al menos desde hace dos siglos se ha venido desarrollando la dogmática del derecho penal “clásico” y “moderno”.

Aquí repercute inevitablemente una cuestión circular de la hermenéutica del paradigma de imputación del ente por el delito de su representante: ¿La responsabilidad esculpida por el decreto legislativo n.º 231/2001 es “administrativa” o (al igual que las evaluaciones “materiales” y no meramente formales) “penal” *tout court*?

En una inspección más cercana, esta pregunta debería haber representado el *incipit* discriminatorio del tratamiento del tema: “*a qué cosa responde*” la persona jurídica.

Aquí, sin embargo, quiero sustraerme del camino conocido y de argumentos agitados *a favor o en contra* de la naturaleza penal de la responsabilidad.

En passant: la Suprema Corte (a su modo, es apodíctica y de imperio, teniendo los plenos poderes) ha disuelto recientemente (con corte gordiano) el dilema:

Ad onta del nomen juris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale.⁸

Quisiera ahora detenerme en una consideración de carácter sistemático, que hasta ahora sorprendentemente no he visto abordar en *ninguno* de los sostenedores de las tesis contrapuestas. Es una observación que resguarda las *consecuencias* de la cuestión relativa a la *naturaleza* de la responsabilidad que involucra un nudo (*rectius*, un perno) argumentativo ineludible para fundar en términos sistemáticamente correctos la solución (cualquiera que ella sea) de la temática.

En mi opinión, el extremo final del discurso debe pasar sobre la disolución previa de la siguiente alternativa: cuando se comete un delito —presupuesto y cometido en el interés o beneficio de la sociedad— por un sujeto que según los criterios predefinitivos *ex lege* la representa a los fines de la responsabilidad: ¿estamos en presencia de una pluralidad de ilícitos o de una unidad de ilícitos (*rectius*, un único y unificado ilícito)?

En primer lugar, me resulta evidente que la “teoría administrativa” debe necesariamente fundarse (salvo por la obligación de desarrollarla coherentemente según el perfil sistemático y hermenéutico) sobre la hipótesis de la pluralidad de ilícitos. De hecho, me niego a concebir (por dignidad intelectual) la hipótesis de un sistema que por el mismo único ilícito prevea el proteiforme cambio de naturaleza jurídica de la responsabilidad *ratione personae*.

⁸ Cassazione sezione II, 30 gennaio 2006, n. 3615, en *Cassazione Penale* 2007, p. 74.

Además, elegida la vía de la pluralidad, se deben desarrollar paralela y separadamente los *contenidos estructurales*, estableciendo *in primis* si estos *dos ilícitos* son entre ellos homogéneos u heterogéneos. Para los sostenedores de la “teoría administrativa”, que acreditan de oficio de *la opción pluralista*, esta requiere la obligación (dogmática) de rechazar analíticamente la estructura y el contenido del diverso ilícito (administrativo) que fue cometido por la persona jurídica, tarea que hasta ahora no solo no se hizo, sino que tampoco se intentó.

Sin embargo, se trata de una fase esencial en el trabajo de “las obras de la dogmática”, que requieren todo tipo de aproximación a la cuestión (funcional al desarrollo de la “teoría del derecho penal”); por lo tanto, voy a tratar de dar alguna respuesta en el curso de mis reflexiones.

2.2

Para lograr con éxito los resultados de esta investigación, considero fructífera una rapidísima panorámica de corte comparado y por “modelos”⁹ de aquella, que puede definirse como una situación normativo-estructural de los paradigmas imputativos de la *societas* (“a qué cosa responde la sociedad”) en el área jurídica de los países de nosotros culturalmente limítrofes.

Tomo aquí en consideración (de manera cursoria y a modo de muestra), el sistema francés del *civil law* y el sistema inglés del *common law*, añadiendo a estos “clásicos” (para la comparación en esta materia) el sistema suizo, a la luz de la reciente reforma que ha introducido el párrafo 102 del *Strafgesetzbuch*, una nueva forma de responsabilidad penal del ente.

2.2.1

Partiendo del modelo inglés,¹⁰ en apariencia el más simple y lineal, orientado a “criterios de identificación” —en especial para los delitos privados de *mens rea* (*strict-liability-crimes*)—, esquema imputativo aún más rígido, de la *vicarius liability*: el agente-persona física, en esencia personifica la *corporation* en la comisión del delito, por lo que los dos perfiles se funden completamente, creando un paradigma de responsabilidad “para la identificación”

⁹ En general, sobre el modelo en estas “nuevas” formas de imputación penal, véase una interesante reflexión de NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, especialmente pp. 110 ss.

¹⁰ Para la reconstrucción y la evolución del modelo inglés, véase DE MAGLIE, C., *Letica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milán, 2002, pp. 355 ss., asimismo, LOTTINI, R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milán, 2005; también la síntesis de PELLOSO, D., *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*; ídem, “La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa”, en www.rivista231.it. En la lectura anglosajona son aún actuales y significativas las contribuciones de FISSE-BRAITWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, pp. 49 ss., y WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, pp. 156 ss.

esencialmente dolosa o culposa, con traslación a la persona jurídica del elemento subjetivo propio de la persona física. En este modelo de adscripción, la elección a favor de la unidad del ilícito es clara: solo hay un ilícito penal realizado unitariamente desde las dos figuras.

Esta, sin embargo, era la situación de origen: si analizamos el desarrollo de la experiencia inglesa, vemos que este modelo en su forma ideal-típica originaria ha comenzado a entrar en crisis rechinando sobre sus cimientos.¹¹ Esto ocurrió inicialmente con relación a la responsabilidad del ente en los *hybrid offences*, es decir, los delitos “híbridos” oscilantes entre los dos opuestos paradigmas de la responsabilidad culposa y de la responsabilidad objetiva, delitos que consienten la *defense* de la *due diligence* —es decir, la posibilidad del presunto delincuente de demostrar la debida diligencia y observancia como causa de exculpación de la conducta asumida—. Solo adaptando tal esquema (de inversión probatoria) a las personas jurídicas se fue forjando un concepto embrionario de culpa autónoma del ente, fundado en la falta de organización; en otras palabras, sobre la carencia de razonable previsibilidad o de adecuada prevención de los ilícitos. Tal tendencia autonomista se ha ido consolidando, especialmente respecto a los delitos ambientales y a los relacionados con la higiene y seguridad en el trabajo, atribuidos al ente según una estructura imputativa similar a aquella de la conducta omisiva por impedimento del evento. También a lo largo de esta directriz evolutiva, caracterizada por un aumento de la sensibilidad, aun doctrinal, hacia los perfiles de personalización y de autonomía de la responsabilidad del ente, se está tratando asimismo de introducir dentro del sistema nuevos elementos de culpabilidad, dirigidos a antropomorfizar un reproche trasladado a la sociedad, para garantizar la pena en los casos en que el delito no sea atribuible a una sola persona física. Estamos en el área de las denominadas *organization theories*, que van:

- desde la llamada “culpabilidad agregada”, con la identificación del delito de la *corporation* como suma de la culpabilidad de los sujetos individuales que contribuyen a la organización (es evidente aquí el eco de la *collective knowledge* estadounidense),
- hasta la “culpabilidad de empresa”, a la cual son reconducidos los modelos de *managment failure* y de la *corporate fault* que se refieren a la falta de control y a la falta de organización preventiva, en una cultura societaria desviada. Algo diverso a la “culpa de organización” que se está desarrollando en nuestra experiencia continental: un modelo, yo diría, más “tipo de autor”, es decir, de culpabilidad

¹¹ Para una mayor profundización y referencias bibliográficas, cf. LOTTINI, o. cit., pp. 94 ss. y 133 ss.

por el carácter de la sociedad, la cual —a través de una determinada política de empresa— expresaría un *modus vivendi* (societario) criminógeno y productivo de delitos.

En el contexto magmático del sistema inglés, una aproximación ulteriormente diversa después de la *reactive fault*, en la cual la culpabilidad —como momento de real reprochabilidad de un hecho al ente— sería evaluada en un momento sucesivo a la creación del daño o del peligro de un daño, se declinaría en una carente activación de la sociedad de las medidas para eliminar las consecuencias del acto ilícito de la persona física.

2.2.2

Un discurso muy similar —en cuanto a la evolución de los criterios de imputación de la responsabilidad— puede ser repropuesto según la solución francesa,¹² en la que el modelo base describe un paradigma adscrito *par ricochet*: el ente responde por reflejo, por la responsabilidad de la persona física autora del delito, y es el nexo de imputación y de tipo exclusivamente objetivo, siendo suficiente sobre el plano de la previsión normativa que el delito sea cometido *pour compte* de la persona jurídica (art. 121-2 c.p. francés). Por otra parte, la presencia de “modelos de organización” (o *similia*), en función de exclusión de la punibilidad y de indirecto fundamento de una culpabilidad del ente, no es ni siquiera evocada por la ley.

Para dar un ejemplo, aunque sea muy rudimentario (de la responsabilidad “de posición” clásica, una responsabilidad *old style*), recordemos el caso del director del periódico respecto a los delitos de prensa. Este modelo es muy sencillo y practicable, aunque nos pueda dejar más o menos satisfechos bajo el perfil de las garantías. La experiencia de la jurisprudencia (ya es muy significativa, aunque no siempre unívoca) describe la emersión, sobre todo en relación a los delitos culposos, de una responsabilidad sustancialmente autónoma y propia del ente, esto es, descolgada de la comprobación del hecho de la persona física sobre la cual teóricamente debería apoyarse y rebotar. Un estrecho anclaje del delito de la persona física, comprobado como hecho típico, antijurídico y culpable, es probablemente también punible si:

- por una parte representa un actuar garantista, en cuanto conectado al carácter funcional del delito en sí mismo, y

¹² Para profundizar el modelo, sobre todo en su interesante evolución jurisprudencial y rica bibliografía, véase el amplio trabajo de GIAVAZZI, S., “La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 2005, pp. 593 ss. y 857 ss.

- por otra parte excluye la posibilidad de reaccionar a la hipótesis de fenómenos criminales o de actividad delictuosa respecto a las cuales la secuencia triádica penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) no sea concentrada en un sujeto individual. Es el caso sobre todo de los delitos realizados dentro de las organizaciones complejas, *delitos de empresa* en sentido estricto (pensemos en la responsabilidad penal *en la y por la* producción industrial).¹³

Por lo tanto, un pragmatismo orientado a la eficacia de la sanción para el ente ha inspirado a gran parte de la doctrina a avalar, aunque con diferentes acentos, la reinterpretación innovadora de esta normativa, en favor de modelos que difieren significativamente de los rígidos dogmas de la teoría de la representación. Esto ocurrió especialmente a través de la elaboración de soluciones compromisorias (por ejemplo, la responsabilidad del ente por la *faute diffuse*),¹⁴ basándose su esquema hasta ahora en la mera presunción de la culpabilidad de las *persones morales*. No es de extrañar, en este punto que vacila incluso la reconstrucción sistemática del paradigma de la imputación, en términos de unicidad del ilícito consustancial de la teoría de la representación y absolutamente incuestionable hasta un pasado reciente, que está cediendo el paso a la tesis pluralista, más en línea con el reconocimiento de la autonomía, incluso estructural, de la responsabilidad del ente.

En esta lenta metamorfosis del modelo francés están los restos descubiertos del nudo de la culpabilidad: la “emancipación” del hecho propio de la persona jurídica respecto de aquel de la persona física no ha encontrado un justo contrapeso en el terreno del contenido de la culpabilidad del ente. Esta última quedó completamente carente de referencias legislativas y consignada a construcciones jurisprudenciales que han bosquejado un concepto de culpa organizativa de contornos aún demasiados inciertos y ricos en ambigüedades.

2.2.3

El legislador suizo, con la intervención legislativa en el año 2003, intentó obviar el problema definitorio, dado que introdujo, justo dentro del Código Penal (originalmente por el artículo 100 *quarter*, y luego, con la reforma del Código de 2007, con el artículo 102) un nuevo título sobre “responsabilidad de la empresa”.¹⁵ Este modelo de imputación de nuevas

¹³ Véase PIERGALLINI, C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milán, 2004, pássim; PERINI, C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milán, 2010, pássim.

¹⁴ Para un análisis de esta y otras soluciones doctrinales sobre el problema de la culpabilidad del ente en el sistema francés, véase nuevamente, GLAVAZZI, o. cit.

¹⁵ Sobre el modelo suizo, véase en doctrina, HEINE, G., “Das kommende Unternehmensstrafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2003, p. 34 ss.; ídem, “Praktische Probleme des Unternehmensstrafrecht”, en *Schweizerische*

creaciones, particularmente interesantes para nosotros, describe dos tipos diferentes de responsabilidad del ente, haciendo eco en algunos aspectos de nuestro sistema.

2.2.3.1

El primer modelo (de responsabilidad subsidiaria) establece la responsabilidad del ente por cualquier tipo de delito, sin distinción de hipótesis (y solo en la hipótesis) en que no ha estado individualizado el autor material del ilícito. El criterio de imputación viene atribuido “por carente organización interna”, esto es, “en el ejercicio de la actividad comercial”. Es decir, conforme al fin empresarial se ha cometido un crimen o un delito carente de organización interna, y al mismo tiempo este no puede ser atribuido a una persona física determinada. Es por eso que hablamos de subsidiariedad: porque aquí responde solo la sociedad, dado que no se localiza una persona física a la cual imputar específicamente el delito, a causa del *déficit* organizativo.

2.2.3.2

El segundo modelo (de responsabilidad primaria u originaria ergo concurrente) se refiere únicamente a ciertos delitos, las figuras madres de la criminalidad económica internacional, más claramente los delitos de asociación ilícita (artículo 260 *ter* del Código Penal suizo), financiación del terrorismo (artículo 260 *quinqüies* del Código Penal suizo), lavado de dinero (artículo 305 *bis* del Código Penal suizo), la corrupción de funcionarios públicos nacionales (artículo 322 *ter* del Código Penal suizo) y extranjeros (artículo 322 *septies* del Código Penal suizo), abuso de autoridad —*Vorteilsgewährung*— (artículo 322 *quinqüies* del Código Penal suizo), la corrupción privada (artículo 4.a UWG [Gesetz gegen den unlaute- ren Wettbewerb]), donde se prescinde en este caso de la punibilidad de las personas físicas (incluso en el caso de su detección y punición) pues el ente responde en el caso de que se le pueda reprochar no haber tomado todas las medidas organizativas *razonables e indispensables* para impedir el delito.¹⁶

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2005, n. 1, p. 17 ss., y también “Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftshaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen”, en NIGGLI y AMSTUTZ (eds.), *Verantwortlichkeit in Unternehmen*, Basilea, 2007, pp. 93 ss.; POSTIZZI, M., *Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts*, Basilea, 2006, p. 26 ss. Publicado en Italia, el *resumè* de BERNASCONI, P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 4043 ss.

¹⁶ Para un análisis detallado del modelo y con amplia bibliografía, véase, NIGGLI, M. A., y GFELLER, D., “Sub art. 102”, en *Basler Kommentar*, Basilea, 200, pp. 1649 ss.

Me detengo en dos aspectos de este modelo, sin entrar en los problemas interpretativos más complejos y aún llenos de elaboraciones en ese sistema, ya que en este momento no son de nuestro interés:

1. El primer aspecto relevante es el hecho de que se configuran *dos contravenciones*, es decir, dos autónomos delitos contravencionales, lo que se recaba del hecho de que la pena prevista para la sociedad es la *Bußgeld* (formalmente, la multa), es decir, la sanción típica de la *Übertretung* (contravención). Por lo tanto: el ilícito es penal, pero la contravención, *ictu oculi* independiente *del delicto* o *del crimen* (en Suiza rige aún la tripartición del ochocientos) del cual responde o *no puede* responder la persona física, porque la sociedad ha actuado en modo de opacar la posibilidad de individualizar y “agredir” (a través del procedimiento penal) al responsable físico. Por lo tanto: la elección de un doble hecho típico por un mismo hecho material, sobre la base de una norma específica por hipótesis diversas y sobre todo, con una autónoma articulación de criterios de imputación con *diverso tipo de reproche* para el destinatario-persona jurídica, respecto al destinatario-persona física.
2. El segundo aspecto que quisiera evidenciar se refiere a la estructura típica de los dos modelos imputativos: no hay duda de que el modelo de la responsabilidad primaria (por usar nuestro léxico penal) es aquel de una clásica hipótesis italiana de *agevolazione colposa*¹⁷ de un *delito doloso*. El modelo de responsabilidad subsidiaria, a la inversa, instaura *ex novo* un autónomo hecho del ente, un delito de la *corporation* a ser verificado en la estructura típica, pero que evoca claramente un esquema de *culpa de organización* respecto a la cual el delito de la persona física constituye el evento del ilícito.

En particular, entrando en las *diversas* estructuras de los dos paradigmas de imputación, la doctrina concluye:

- por un lado, por la suficiencia, cuando la subsistencia del delito-presupuesto de la integración de un hecho típico y antijurídico prescinde de la *culpabilidad* de la persona física (notable sobre este perfil la analogía con la disciplina de nuestro artículo 8), y

¹⁷ Artículo 254 del Código Penal Italiano: “Agevolazione colposa. Quando l’esecuzione del delitto preveduto dall’articolo precedente è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso o aveva la custodia o la vigilanza delle cose ivi indicate, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni”.

- por otro lado, mientras la responsabilidad originaria considera la comisión del delito-presupuesto como una mera *condición objetiva de punibilidad* y califica el nexo imputativo como una forma peculiar de concurso del delito “*por*” *agevolazione colposa*,¹⁸ la responsabilidad subsidiaria propone la clasificación del delito-presupuesto como evento que directamente responde la sociedad bajo forma de *comisión directa por déficit de organización*.¹⁹

Como se ha observado con perspicacia:

L'azione che scaturisce da una struttura organizzata assume un carattere sovra-individuale. L'evento lesivo è l'espressione di una attività che può essere osservata solo nella sua globalità [...]. All'impresa si imputa “d'avoir participé par son organisation défailante à l'infraction”. Il difetto e le carenze organizzative diventano un elemento di responsabilità, se hanno contribuito alla realizzazione di un fatto di rilevanza penale. Si tratta di un rimprovero all'impresa per un suo comportamento e non per quello posto in essere dall'individuo. L'oggetto della negligenza non è pertanto il reato realizzato dall'uomo, bensì il comportamento organizzativo che lo ha favorito. Il rimprovero sta nel fatto di aver omesso di approntare un'organizzazione adeguata, che avrebbe prodotto un effetto preventivo rispetto a quanto si è concretamente verificato. Ne discende che il sistema organizzativo ha agevolato la condotta penalmente rilevante dell'individuo. Ha creato potenziali fattori criminogeni destinati ad aumentare il rischio e il pericolo di violazione della norma penale.²⁰

Conclusión intermedia de esta rápida panorámica comparativa: la cifra general y común (a mis ojos) representa la inestabilidad del modelo, que se mueve sobre un terreno en el cual la hipótesis formulada por Mireille DELMAS-MARTY, de *droit flou* parece particularmente acertada.

Incluso en los sistemas más profundamente radicales en la tradición, como el de la *company liability* angloamericana, o más arraigados a su pionera originalidad, como el sistema francés, en el momento de pasar de la *law in the book* a la *law in action*, es la misma aplicación práctica que desencadena bradisísmicos que hacen fluctuar el paradigma de partida en un *perpetuum mobile*, que tiende a atenuar progresivamente la diferencia respecto a otras soluciones y constantemente aleja el momento de un *ubi consistam* definitivo del paradigma imputativo. En otros términos, una perenne búsqueda: investigación de la culpabilidad (de

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Cf. HEINE, o. cit., pp. 103-105; NIGGLI y GFELLER, o. cit., p. 1666.

²⁰ POSTIZZI, M., “Sei volti del diritto penale d'impresa”, en AA. VV., *La revisione della Parte Generale del Codice Penale*, Lugano, 2005, p. 126; ídem, *Sechs Gesichter...*, o. cit., p. 30.

un principio de culpabilidad en su más completa y moderna acepción *entibus relata*) que no está perdida, pero se encuentra en un estado en el cual no es aún totalmente adquirida.

2.2.3.3

En este punto del discurso debo retornar al nudo crucial que había indicado inicialmente como piedra miliar dogmática sobre la vía que conduce a la reconstrucción del paradigma de la imputación en sí misma: a qué cosa el ente responde. Un problema (que, como decía, en la literatura hasta ahora no he visto tratar y ni siquiera evocar) que concibe la responsabilidad punitiva del ente como una peligrosa hibridación (a tener bien lejos) del derecho penal puro, es decir, exclusivamente humano (*homines, non pecudes delinquere possunt, societas delinquere non potest*), de regular, sobre todo en el terreno del derecho administrativo o de gueto infrasistemáticos de *tertia genera* de variada creación.²¹

En pocas palabras, el delito del ente, más precisamente el *ilícito del ente*, el *Unrecht* de la persona jurídica, sea *autónomamente* considerado a fines analíticos: refiere a la naturaleza jurídica, estructura, relaciones de homogeneidad (más que de heterogeneidad) con el *delito* de la persona física y con la estructura y la dogmática de esta.

1. Colocándome en esta perspectiva, el primer elemento a mover en el análisis puede ser representado por la conducta típica. ¿Cuál es la conducta típica de la persona jurídica a la que esta responde —o no responde— con sanciones *stricto sensu* punitivas, que incluso (en el impacto potencial de las medidas de prohibición) puede conducir de hecho a la muerte de la sociedad?

Y aquí se asienta el primer ganglio vital de la imputación de la *societas*: ya en términos generales el modelo de conducta reprochable al ente va formalizado en plena autonomía respecto al modelo de acción reprochable a la persona física, construyendo la tipicidad categórica: ilícito comisivo, ilícito omisivo, ilícito de obligación (*Pflichtdelikte*).

2. Procediendo del análisis del ilícito (pero aquí solo por inciso), el *step* sucesivo nos llevaría al terreno de la *ilicitud*: desde *Tatbestand* al *Unrecht*. En esta sede, no me resulta posible forzar el terreno de la antijuridicidad, aunque no considero para nada banal la problemática. También en este ámbito el enfoque es “dogmáticamente orientado”; muta de

²¹ Cf., para una calificación en términos administrativos, ROMANO, M., “La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni, profili generali”, en *Rivista delle Società*, 2002, p. 400; evocando en cambio un *tertium genus*, DE VERO, G., “Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, p. 1167 y E. AMODIO, “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell’ente”, en *Cassazione Penale*, 2005, p. 325.

un concepto unitario y omnisistémico del concepto de antijuridicidad, más que de un concepto diferenciado por tipo de ilícitos. Sin embargo, sea cual sea el *background* dogmático, no encuentro extravagante preguntarse: Una vez individuado el hecho típico común (de la persona física y de la persona jurídica), ¿la sociedad puede alegar exoneraciones que le sean propias y exclusivas?; exoneraciones no necesariamente compartidas con la persona física, tanto en abstracto (causales de exoneración personales, bien notorias a la teoría general de la antijuridicidad)²² como en concreto (porque integraría solo con relación al comportamiento del ente, y en este caso *quid juris*).

Son aspectos que no intento tematizar, pero que ameritan a mi juicio ser profundizados si se quiere progresar en el indispensable proceso de integración del *jus novum* del sistema positivo de control de la criminalidad económica mediante pena.

3. Pero volvamos al tipo de ilícito del ente, considerado ahora analíticamente por *species* de hecho típico.

Sobre la base de esta vertiente, separando por un lado los diversos paradigmas comportamentales típicos de la dinámica criminológica de referencia (de la criminología de *white collar [corporate] crimes*) y por el otro lado la misma criteriología de imputación declinada por el ente de nuestro legislador (2001), es posible individuar al menos tres modalidades estructuralmente diversas y típicas de realización de los delitos efectuados por el ente:

- a. Se puede individuar un núcleo de *delitos propios* de la sociedad como tal, es decir que expresan directamente la voluntad de la sociedad materializando un *programa de acción* propio y exclusivo de la sociedad, respecto a los cuales las personas físicas no son más que meras prolongaciones físicas por la realización de la conducta de la empresa colectiva, apéndices operativos del comportamiento societario. Pensemos sobre todo en los delitos societarios, que al tiempo que retratan la evolución patológica de la actividad no son separables en sentido estricto, pero se identifican con ella. Asimismo, pensemos en la construcción de un balance en la gestión de la información societaria del capital social, en las operaciones extraordinarias y en general en la actividad propia y exclusiva de la persona jurídica, etcétera. Los módulos de conducta típica sujetos a tal actividad se degeneran en la desviación y en el ilegalismo, encarnando el paradigma que FRANKE, en un viejo trabajo olvidado y poco notorio, definía a mitad de los años

²² Cf. MARINUCCI, G., "Antigiuridicità", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 1987, p. 227 ss.

ochenta como *Kollegialdelinquenz*.²³ Es decir, un actuar criminoso que se materializa siempre en decisiones, programas de acción y acciones colectivas y jamás individuales, de las cuales la entidad societaria representa el colector y el fulcro imputativo. Con relación a estos ilícitos, no tiene sentido, a mi juicio, ni parece posible separar y distinguir *sub-species* de tipicidad objetiva de estos dos modelos (de la persona física y del ente).

- b. Por el contrario, hay delitos puramente *instrumentales* respecto a la política de empresa y consecuentemente respecto a los programas de acción que representan la realización: en cierto sentido representan el modo socialmente patológico de proseguir la política institucional de empresa con otros medios. Pensemos en los delitos de corrupción en los que la conducta de la persona física es un instrumento colateral respecto al común actuar social, una modalidad de expansión patológica de la política de empresa institucional para alcanzar los mismos fines (la ganancia, la conquista de mercados, etcétera) a través de medios diversos e ilegales. En este caso, bajo el perfil de la tipicidad objetiva, los modelos, también estructurales, de conducta de la persona física y respectivamente referidos e imputables a la persona jurídica son necesariamente distintos y diversos. Cuando menos, es claramente separable al *finalismo* de la conducta, unida solo al *genus* psicológico de referencia. Es decir, oportunista para los actores (ente y agente individual), dado que cada uno de estos actores está orientado a un interés propio y particular (el beneficio de la empresa por el ente y la gratificación personal en términos de carrera o de *benefits* para el individuo), y ambos solo *oportunistamente* de manera concurrente y sinérgica.
- c. Puede presentarse al observador un ulterior modelo de *conducta típica* adscrita al reproche de la empresa, pero que es más arduo derivar directamente de *la voluntad institucional* del ente, incluso en términos de desviación de los *medios respetando los fines*. Pensemos por ejemplo en el ilegalismo de la gestión de riesgos de producción.²⁴ Estos son delitos del ente —sin embargo, *ni propios ni instrumentales*— que definiré culturales, porque en definitiva son expresivos de cierta cultura de empresa (aquella cultura como connotado “antropológico”, antropomórficamente criminológico y criminógeno de la sociedad), por así decir, fruto de un género perverso enquistado en el cuerpo organizado del ente como tal.

²³ FRANKE, “Kriminologische und Strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz”, en *Festschrift für Günter Blau*, Berlín y Nueva York, 1985, pp. 227 ss.

²⁴ Cf. PIERGALLINI, o. cit., pássim.

Los recientes acontecimientos judiciales (pensemos en el caso *Thyssen*) cargaron la hipótesis (la historia del caso dirá si con razón o sin ella) de una constelación de delitos gravísimos relacionados con conductas de empresa, pero no como *instrumento* de su natural política de empresa (sería insensato pensarlo) sino *como expresión de su modelo organizativo del organismo* mismo de la sociedad, diacrónicamente considerado, en su genética y en su historia. Y la diferencia, respecto a los dos paradigmas de *conducta típica*, se aprecia no solo desde la perspectiva de la *génesis motivacional* (aquella que podemos definir como la *tipicidad criminológica* de las relativas conductas), sino también desde la perspectiva estructural de la tipicidad subjetiva: a diferencia de los modelos precedentes, constantemente encarnados de tipos dolosos, este tercer modelo, inversamente, privilegia la tipicidad culposa o al máximo la tipicidad de riesgo ilícito (*racklessness*).

3

De las reflexiones apenas desarrolladas se derivan los *essentialia* para afrontar la tercera cuestión: *a qué título* el ente responde.

Partamos directamente con *criteriología imputativa* del hecho-delito cometido por el representante al ente.

Mejor dicho: se abre así el capítulo fundamental de la culpabilidad de la persona jurídica.

Se trata de verificar: 1) si es posible reconocer y conceptualizar una categoría general de *imputación subjetiva* de la sociedad que responde por el delito cometido por su “intráneo” y, secundariamente, 2) si tal criterio *general* es también unitario, es decir, si la *culpabilidad* de la persona jurídica reconoce *un solo* modelo o *más* modelos/paradigmas.

Para desarrollar el discurso sobre este plano me resulta útil retomar el esquema relativo a los *paradigmas de conducta típica* directamente referibles al ente que ya he mencionado, reconsiderándolos, esta vez, a la luz de las “grandes dicotomías” características de la categorización penal del *Unrecht*: ilícito comisivo frente a ilícito omisivo, ilícito de evento frente a ilícito de peligro. Se pueden obtener significativas y esclarecedoras conexiones con los (eventualmente) diferentes títulos de responsabilidad, *scilicet criteri* de imputación, a ulterior confirmación del *valor típico del hecho* asumido de la forma de reproche “subjetivo” conectado al comportamiento “interior” del agente.

3.1

A lo largo de esta aproximación se identifican dos modelos tipológicos:

a. El primero está integrado por aquellos módulos de conducta definitivamente activa (es decir, la estructura comisiva), correspondientes a los procedimientos decisionales “institucionalmente” *proprios* de la sociedad, e integrantes de aquella hipótesis de delito como fruto de decisiones complejas, coordinadas y expresivas del finalismo de una estructura común, de delitos encarnados en la (ya mencionada) *Kollegialdelinquenz*, es decir la ilegalidad de los colegios del *Gremia* que necesariamente no deciden *uti singuli* sino como conjunto *universal* de sujetos.

b. Junto con este primer tipo de conducta es menester dar espacio a una responsabilización directa de la *societas*, un paradigma de atribución de la responsabilidad que definiré como asunción o de gestión de riesgo (del riesgo-delito, evidentemente) caracterizado por estructuras completamente diversas. Es un paradigma que reclama el modelo de conducta omisiva inevitablemente anclado a una *Garantenstellung*, que aquí necesariamente debería orientarse al *impedimento del delito* de parte *de otros* (los representantes-autores físicos).

El argumento aquí es delicado, ya que no es en absoluto seguro que, aun en el contexto que acabamos de esbozar, sea posible identificar una *posición de garantía* en términos jurídico-penales en las manos de una sociedad por (la falta de impedimento del) *hecho de otro*; por conductas *voluntarias* así como ilícitas de otros. En su reciente y desarrollado estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa, el coreano KIM, con especial atención a la experiencia helvética, excluye la posibilidad de configurar una *Garantenstellung* general, por así decir *omnibus*, capaz de gravar sobre la sociedad los delitos cometidos en el interior de la estructura societaria; tales conclusiones esencialmente sobre la base de una reflexión del todo endogámica (penal) de tipo “clásico”.²⁵ Quizás sobre este perfil, lo *jus novum* comienza a moverse en la misma dogmática (y hermenéutica) clásica con algunos *términos* jurídicos insuperables, y por lo tanto el perfil merece un profundo replanteamiento.

3.2

Prescindiendo de su calificación como penal o como administrativa, la estructura del ilícito del ente (el *Unrecht* propio de la sociedad), ¿refleja el tipo de *ilícito de evento* o el

²⁵ KIM, Y., *Individuelle und kollektive Zurechnung. Schwierigkeiten mit der bestrafung von Unternehmen und Unternehmen*, Basel, 2006, especialmente pp. 151 ss.

tipo de *ilícito de peligro*? En otras palabras: ¿la persona jurídica responde directamente por el evento-delito o responde por el riesgo producto de la comisión de un delito-presupuesto?

Esta pregunta en sí misma no es banal; implica un punto delicado, aquel relativo al tipo de conexión que existe entre el delito (de otros) y la responsabilidad (propia): en el léxico penal, lo que se indica como imputación objetiva del delito en sentido estricto.

Declinando la cuestión:

a. El nexo objetivo que subsiste entre la comisión del delito por parte de la persona física y la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica (en primer lugar de cualquier evaluación en términos de culpabilidad), ¿es un *nexo de causalidad* en sentido propio o es un mero *nexo de imputación*? Es decir, ¿es nexo de tipo naturalista o de tipo puramente normativo?

b. ¿El delito-presupuesto es un evento del ilícito o una mera condición objetiva de punibilidad?

La respuesta a estas dos subpreguntas, como es evidente, reviste primaria importancia en la definición de caracteres estructurales, y en el marco posterior dogmático del ilícito del ente.

El derecho suizo, al pasar de un modelo binario (como se ha visto *supra*), ha obligado a los penalistas a interrogarse sobre estos temas. La primera doctrina que se ha ocupado de estas argumentaciones no alcanzó una visión unitaria, por ejemplo, con relación a la distinción de paradigmas imputativos, entre el “primero” y el “segundo” modelo de responsabilidad. Aquí el punto crucial es identificado en el rol de asignar a título propio el reproche penal de la sociedad. Parecería que al menos el modelo de responsabilidad “subsidiaria” concluye en *punir directamente la desorganización societaria* que se concreta no solo y no tanto en facilitar la comisión del delito, sino en hacer imposible el establecimiento del autor persona física, sin que sea necesario demostrar (a los fines de juicio de tipicidad-el hecho del ente) un nexo causal que se vincule directamente con la carencia organizativa, con la realización del riesgo-delito.²⁶

La consecuencia es intuitiva, sobre la vertiente del tipo culposo (así construido el ilícito que se delinea), sobre todo ilícito de riesgo (ilícito orientado sobre el riesgo-delito “interno” de la actividad de la empresa),²⁷ que no es un “normal” ilícito de evento, con inevitables consiguientes derivaciones en cuanto al establecimiento del nexo concurrente entre los diversos *hechos* (el hecho-delito y el hecho-desorganización). Sobre la vertiente del

²⁶ Véase por ejemplo, HEINE, o. cit., pp. 108 ss.

²⁷ Cf. PIERGALLINI, o. cit., pp. 523 ss.

hecho típico culposo son los contenidos cautelares que a la regla de diligencia propia del ente (deber de “organización de la organización”, como he tenido ocasión de proponer en otra sede²⁸) son asignados, en la sustancia elaborándolos, *ex novo*.²⁹

Pero volvamos a nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente que sobre la colocación estructural del delito-presupuesto deriven consecuencias decisivas, propias del tipo de responsabilidad del ente, configuradas en nuestro subsistema, y en *efecto cascada* en mérito al criterio de imputación (o eventualmente a los *criterios* de imputación).

Según las respuestas dadas a los precedentes dilemas muta la estructura del sistema punitivo orientado sobre la persona jurídica. No es un misterio que la estructura del *Tatbestand* (del hecho típico objetivo) está en grado de condicionar en modo determinante (formalmente en sentido material) la misma criteriología asignada de la responsabilidad; pasando de un extremo al otro: *Schuldprinzip* frente a *objektive Zurechnung*.

3.3

Y aquí están los perfiles más estrictamente “subjetivos” de la responsabilidad del ente, en nuestro ordenamiento jurídico, al menos declaradamente³⁰ orientados al principio de *culpabilidad*.

Como es sabido, en nuestro sistema, creado por el decreto legislativo n.º 231/2001, al menos son formalmente tipificados tres diferentes títulos o paradigmas de responsabilidad, esencialmente orientados sobre el tipo de autor-persona física. Cuando hablo de *tipo* de autor no me refero obviamente a los perfiles *lato sensu* criminológicos, sino a calificaciones formales del autor material del supuesto delito. Se trata de calificaciones de naturaleza funcional o procesal, declinándose los diversos modelos de culpabilidad del ente en razones del autor persona física: a) *apical*, b) *subordinado*, c) *ignoto o no punible* (y, sin embargo, ausente de proceso). Le corresponden los paradigmas de la responsabilidad del ente: aa) por “el hecho de los vértices” *ex* artículo 6 del decreto legislativo n.º 231/2001; bb) por el “hecho supuesto” *ex* artículo 7 del decreto legislativo n.º 231/2001; cc) “autónomo” *ex* artículo 8 del decreto legislativo n.º 231/2001.

Este no es ciertamente el lugar para analizar los diferentes modelos: en concreto solo quiero focalizar dos cuestiones conjuntamente.

3.3.1

La primera cuestión es aquella de partida.

²⁸ Véase *infra*, nota 30.

²⁹ Cf. KIM, o. cit., pp. 184 ss.; NIGGLI y GFELLER, o. cit., pp. 1682 ss.

³⁰ Cf. “Relazione ministeriale al decreto legislativo 231/2001”, en *Guida al Diritto*, 2001, n. 26, p. 31 ss.

Se trata de si estamos frente a un *corpus* no solo nuevo sino también *autónomo*, e incluso *extraño* respecto al sistema de la justicia penal, que debe por lo tanto restar colateral, casi abandonándolo al “brazo secular” del puro “derecho” de policía.

Esto puntualmente se verificaría en definitiva en el momento en que se pregona *tout court* y definitivamente el subsistema de la responsabilidad *ex crimine* de la persona jurídica del sistema penal, aplicándose *in toto* la etiqueta de “administrativo”: sustraído a cualquier presidio *constitucional* propio de la “penalidad” (artículos 25-27 de la Constitución) e incluso recogido del paraguas protector representado por los “principios generales” concebidos en el ilícito *stricto sensu* administrativo del decreto legislativo n.º 689/1981, por evidente incompatibilidad normativa. Pensemos solamente en la insanable antinomia representada del paradigma de responsabilidad, por el contrario indirecta y solidaria, concebida por los entes de este último cuerpo normativo: “nuestro” ilícito terminaría inevitablemente en el cono de sombra de un laxo *Interventionsrecht*, efímero y moderno del “derecho” de policía.

Estamos frente a un núcleo normativo reciente e innovador, pero diseñado para integrarse con los principios, las instituciones y la misma dogmática del sistema penal y del derecho penal, tanto clásico como moderno.

En esta segunda perspectiva, viene inmediatamente en cuestión el tema de la integración o integrabilidad de esta nueva forma de *extensión de la punibilidad* (*rectius*, de *extensión del hecho típico penal* en razón de nuevos destinatarios del precepto penal) con otros más consolidados “paradigmas extensivos”; aludo a la disciplina del concurso de personas en el delito (*ex* artículo 110 y siguientes del Código Penal) y a la responsabilidad por omisión del impedimento de un evento (*ex* artículo 40, apartado 2, del Código Penal).

Y es por tal directriz que mi primera hipótesis, de imaginar la responsabilidad de la persona jurídica como *hecho típico plurisubjetivo de parte general*,³¹ tipificante de una nueva hipótesis de *concurso (necesario) de personas físicas y jurídicas en el mismo delito*, resolvería el problema de la unidad y de la pluralidad, en el sentido de individualizar un solo delito en que conjuntamente concurren, según la lógica de la accesoriadad y con los diversos criterios de imputación, la *societas* y la persona física.

Me explico mejor:

Con respecto al observatorio italiano, mi interpretación del modelo imputativo pensado para la *societas* ha sido en un primer momento el siguiente: el esquema de responsabi-

³¹ Para profundizar, véase PALIERO, C. E., “La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici”, en AA. VV., *Societas puniri ipotesi. La responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del Convegno di Firenze 15-16 marzo 2002*, F. Palazzo, Padua, 2003, p. 17 ss.

lidad adoptado por el legislador en el 2001 introdujo en el sistema penal italiano un hecho típico a concurso necesario de parte general.

Desde la perspectiva sistemática, se debería individuar dentro de un fundado código penal la ambientación ideal de este modelo de imputación que por el momento tiene conexión *extra codicem*, la cual debería encontrarse en el capítulo relativo al concurso de personas en el delito. Solución *ictu oculi*, quizás desconcertante, pero que a mi modo de ver indica la interpretación sistemáticamente más coherente para descifrar el modelo de responsabilidad del ente.

Se trata de un paradigma que desde un punto de vista funcional es ciertamente orientado sobre la prevención (general y especial) de un punto de vista *estructural*, pero en cambio en su interior está animado de una tipicidad de naturaleza *colectiva*: similar estructuralmente al modelo de hecho típico pluriobjetivo y *necesariamente* plurisubjetivo; hecho típico plurisubjetivo necesario que por ahora encuentra aplicación en un número reducido de hechos típicos, pero que ha potenciado la expansión casi ilimitada de parte general. Luego serán únicamente los límites estructurales de los tipos delictuosos a condicionar la posibilidad de concebir a la persona jurídica como una posible autora de delitos (límite de naturaleza puramente naturalista no normativa: por ejemplo, algunos delitos de mano propia no serán atribuibles a la persona jurídica, etcétera).

Se trata de un hecho típico a *concurso necesario*, y por otra parte demostrado por el criterio imputativo *principal*: para atribuir la responsabilidad a la persona jurídica debe esta ser partícipe a través de su “personal” culpabilidad (culpa de organización) al delito materialmente cometido por una persona física y que vale por el criterio de adscripción más cubriente —me refiero al *subjetivo*—. Por otro lado, ocurre que la entera conducta es animada del finalismo colectivo integrado de criterios de adscripción del *interés y/o de la ventaja* de la sociedad como tal, que asume por lo tanto el rol de *autor agregado “impersonal”*, junto con la ya formada colectividad de los autores “*personas*” y que vale por el criterio *objetivo* de adscripción de la responsabilidad.

En otros términos: al menos según el perfil de la tipicidad objetiva, la responsabilidad *ex crimine* de la sociedad comercial se emperna sobre un *hecho típico complejo y necesariamente plurisubjetivo*. En el ámbito de esta, uno u otro de los dos concurrentes necesarios pueden resultar en concreto no punibles por razones procesales o por acontecimientos extintivos. Asimismo, el concurrente físico por carencia de culpabilidad, *rectius* en presencia de las causas de exclusión típicas, y el concurrente jurídico, porque el hecho típico está integrado *solo en presencia del concurso*, cristalizado por el doble nexo funcional-finalista (posición

interés-ventaja), *de ambos sujetos destinatarios de la norma (compleja)*. En ausencia de tales conexiones entre las conductas, se escapa del sistema y puede sobrevivir solamente el *diverso* hecho típico punitivo individual (monosubjetivo o plurisubjetiva eventual *ex* artículo 110 y siguientes del Código Penal).

Por el contrario, no es un misterio que la reflexión de *lege ferenda* en todo el espacio jurídico europeo serpentea sobre el tema, delicado y siempre interminable, de la responsabilidad plurisubjetiva. El problema del concurso de personas es cada vez más frecuentemente considerado un problema de *parte especial*, es decir, de construcción de particulares hechos típicos que individualizan los modelos (otros y nuevos) de participación. Por estos motivos, cada vez son menos asignados a aquella paradigmática clásica y que sobre todo en otros ordenamientos (también en el nuestro) es subrepticamente estructurada sobre la figura *hipostasiada y obsoleta* del autor, del cómplice y del instigador.³²

Dentro de las organizaciones complejas, que producen tipos de conducta y tipos de criminalidad *estructuralmente plurisubjetivos*, los modelos de incriminación a título de participación *solo formalmente* continúan calcando los viejos modelos genéticamente *monosubjetivos*. Si vamos a analizar en el espejo de la jurisprudencia las motivaciones por las cuales un sujeto persona-física ha sido incriminado por un hecho colectivo, en todas partes aflora el recurso de diferentes criterios de imputación —por ejemplo, porque tal sujeto “tenía una cierta posición de garantía” o “porque no ha impedido un cierto evento”, o incluso “porque no ha determinado culposamente una condición” o “no ha minimizado el riesgo de la comisión del delito de parte de otros partícipes”—, todos exorbitantes a los confines ontológicos y estructurales de la figuras “clásicas” de participación del delito.³³

La solución jurídica que cada vez emerge de la jurisprudencia (pensemos en aquella en materia de delitos societarios o de quiebra) no encuentra una exacta correspondencia en los viejos esquemas de los códigos de la participación voluntaria o de la cooperación culposa, pero sí en los *nuevos modelos* de cooperación de la realización del delito. En esta nueva constelación de figuras, aún todas por fundar en términos de elaboración teórica, aunque ya la jurisprudencia las ha refinado en la praxis, se insiere (esta vez por formalización legislativa) una ulterior figura de coparticipación: aquella de la persona jurídica que coopera en la reali-

³² En este sentido es interesante K. VOLK, “Reità e partecipazione nel Corpus Juris”, en MOCCIA, *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Nápoles, 2004, p. 202.

³³ Sobre la problemática de los modelos de atribución de la responsabilidad individual en los órganos colegiados, véase en sentido fuertemente crítico, CRESPI, A., “La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, p. 1150 ss.; recientemente ALESSANDRI, A., “Attività d’impresa e responsabilità penali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 534 ss.

zación del delito cometido, en su interés, dentro de su organización, que puede considerarse expresión de su *específico* operar organizativo.

En esta “nueva” perspectiva, el único elemento relevante a la paradigmática clásica del concurso de personas, que puede e incluso debe continuar desarrollando un rol-guía en la construcción de un modelo de participación que tipifique la contribución penalmente relevante de la persona jurídica, está constituido (siguiendo fielmente la lección del maestro PEDRAZZI³⁴) por el canon de la *accesoriedad*.

Si relacionamos ahora, según mi original propuesta, la responsabilidad del ente con el capítulo de la participación en el delito (también teniendo en cuenta su concreta modificación jurisprudencial) respecto a esta figura completamente nueva que he definido como *hecho típico plurisubjetivo a concurso necesario de parte general*, el criterio de la accesoriedad debe continuar siendo un punto firme. La idea es confrontada por un dato textual, la norma *interna* al *corpus* dedicada a la responsabilidad de los entes —el artículo 8—, que sanciona la *autonomía* de la responsabilidad de la persona jurídica: la persona jurídica responde también si la persona física no es imputable o no es punible.

La presencia de un paradigma *adscriptivo* como el del artículo 8 (que sanciona la *autonomía* de la responsabilidad del ente), además de constituir un desmentido, ofrece una ulterior y clara confirmación sistemática de la impostación prospectada; prueba de hecho de que la conducta (de carente organización preventiva) de la persona jurídica tiene una posición *accesoria* de necesaria (*ratione naturae*) participación respecto a un hecho material típico (según el esquema de la *accesoriedad mínima*) de la persona física. Asimismo, incluso si no es individuada materialmente o en concreto no es punible. Si queremos agregar una ulterior aclaración podemos decir que se trata de una “necesidad” del nexo participativo *monolateral* o a “vector unidireccional”: en el sentido de un idéntico delito-presupuesto. El hecho típico, según los paradigmas clásicos del derecho penal “común”, *puede* integrarse *también en ausencia* de la contribución de la persona *jurídica*, mientras según los paradigmas “modernos” del *nuevo* derecho penal de la empresa *debe* integrarse *solo en presencia* de una contribución de la persona *física*.

Esta norma de contrastada recepción asigna a la persona jurídica el rol de partícipe *adjunto* del hecho típico plurisubjetivo, que ve como partícipe a la persona física (necesariamente *ratione naturae*) agente y a la persona jurídica *interesada aventajada*. Por otro lado es menester destacar que testifica la extensión de la responsabilidad y consecuentemente de la punibilidad, la cual sucede sobre la base del *principio de accesoriedad*: porque un *hecho*

³⁴ PEDRAZZI, C., *Il concorso di persone nel reato*, Milán, 1952, pp. 22 ss.

material típico cometido por una persona física, aunque no sea individuada materialmente, debe haber sido realizado, y esta realización material es la que *accede* a la responsabilidad de la persona jurídica, que de otra manera no sería posible adjudicarla.

Esta reconstrucción, que mantiene los saldos y nexos con la dogmática y la sistemática penal, se revela luego particularmente proficua en la lógica de los grupos de sociedades: en este contexto germinan las decisiones³⁵ que “desnaturalizan” el núcleo sancionatorio frente a la *corporation* del cuerpo penal clásico, incriminando a la sociedad principal *sobre la base del solo interés* que ella puede sacar del hecho ilícito realizado por el sujeto, apical o subordinado funcionalmente ligado a la conducta. La dilatación, fácilmente actuada por vía pretoria del concepto de interés previsto por el artículo 5 del decreto legislativo n.º 231/2001, hace tal nexo adscripto de tipo exclusivamente objetivo, común a todos los sujetos físicos y jurídicos en cualquier modo envueltos (también indirectamente) en la realización del hecho ilícito.³⁶ Este sería por lo tanto el único elemento *débil* de la imputación de la responsabilidad al ente en la dimensión de los grupos de empresa, donde una lógica que salve los principios penales (es decir, en este caso, orientada la responsabilidad en el cuadro complejo de una responsabilidad plurisubjetiva por “conjunción”, la cual se realiza con el decreto 231, y según la regla y la disciplina del artículo 110 del código penal y siguientes)³⁷ hace posible la adscripción de responsabilidad a la *societas* solamente a costa de pasar a través de una rigurosa demostración de concurso de la persona física encarnada por un miembro de la *holding*; es decir, de un sujeto dotado de *capacidad* “responsabilizante” de la sociedad matriz del grupo en el delito realizado por la filial.

Soy consciente de que la tesis hermenéutico-dogmática que aquí sigo propugnando no ha gozado de consenso de la imperante doctrina penal.³⁸ Pero, en cambio, ha recibido recientemente mayor autoridad y la confortación de la praxis. Las *Sezione Unite della Cassazione* en el importante caso *Impreglio* han afirmado textualmente:

La responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio di imputazione del fatto all'ente è

³⁵ Cf. GUP Milano, ord. 20 settembre 2004, en *Il Merito*, n. 1, 2005, p. 85; Trib. Milano (sez. riesame), ord. 20 dicembre 2004, en *Il Merito*, n. 2, 2005, p. 67.

³⁶ Véase en sentido crítico de tal orientación jurisprudencial, C. BENUSSI, *La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche nei gruppi di società*, de próxima publicación, pp. 16 ss. del manuscrito.

³⁷ En este sentido, véase las interesantes observaciones en el “Parere del Consiglio di Stato, Sezione III, 11 gennaio 2005”, ya citado, y justamente valorizado por BENUSSI, o. cit., pp. 26 s. del manuscrito.

³⁸ En particular, contra mi tesis, véase primeramente, MELCHIONDA, A., “Brevi appunti sul fondamento “dogmatico” della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi”, en AA. VV., *Societas puniri potest...*, o. cit., pp. 227 ss. Para una reconstrucción de las diversas opiniones y de los ulteriores desacuerdos madurados sobre el tema, cf. ASTROLOGO, A., “Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica”, en *Indice Penale*, 2005, p. 1016 ss.

la comisión del reato “a vantaggio” o “nell’interesse” del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V’è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona física, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giurídica, deve essere considerato “fatto” di entrambe, per entrambe antigiurídico e colpevole, con l’effetto che l’assoggettamento a sanzione sia della persona física che di quella giurídica si inquadra nel paradigma penalístico della responsabilità concorsuale.

Pur se la responsabilità dell’ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 d. lgs. n. 231), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore da parte di un soggetto físico qualificado.³⁹

3.3.2

La segunda cuestión radica en considerar directamente la criteriología imputativa de nuestro legislador, *formalmente diferenciada*.

En este contexto, el nudo a desatar se traduce en la siguiente pregunta: La criteriología de adscripción de la responsabilidad del ente ¿expone un paradigma unitario y *monista* o un paradigma diferenciado y pluralista?

En particular, nos preguntamos si los artículos 6, 7 y 8 del decreto legislativo 231/01 han introducido tres *diversos* modelos de imputación, analógicamente al esquema seguido por el legislador suizo, o se ha configurado un *único* modelo adscrito articulado en singulares formas distintas pero estructuralmente del todo analógicas y homogéneas.

La alternativa conceptual aquí deviene drástica, propia a los fines de una correcta elaboración dogmática de la categoría “culpabilidad del ente”. En efecto, se trata de decidir si es menester caracterizar separadamente cada particular paradigma imputativo sobre la base de sus “autónomas” peculiaridades estructurales, o bien si es mejor investigar una *unidad categórica*, un *genus* común del cual cada particular (sub)criterio adscrito represente la *species*, individuando al mismo tiempo el elemento caracterizante común, la *estructura-base* del nexo imputativo individual y constante en cada singular variante del paradigma.

Intentaré abordar las consecuencias sistemáticas respectivamente derivantes de la adhesión a cada una de las opciones.

Opción pluralista

En este contexto, la regla es: a diversidad de *tipos de autores* (persona física, en el sentido *supra* mencionado), diversidad de *títulos de responsabilidad* y correlativamente de *estructura del paradigma*.

³⁹ Cf. Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7.

En síntesis extrema, habrá:

a. para los llamados sujetos apicales (artículo 6), un *título de responsabilidad* conjunta estructurado de la siguiente manera:

- La persona física-ápice es contradistinta de un *doble dolo acumulativo*:
 - “el dolo del hecho” típico del delito cometido, y
 - el “dolo elusivo”, que a través del uso de términos subjetivamente cargados “fraudentemente”, el legislador requiere como *elemento subjetivo del tipo* indispensable para la integración de la eximente del artículo 6.
- La persona jurídica es contradistinta de un *doble dolo alternativo*:
 - el dolo del hecho típico del delito cometido, adquirido “por identificación” del autor-persona física, en el caso de directa connivencia con la elección criminal (expresiva de la “política de empresa” o en total deliberada ausencia de *compliance programs*), o bien, en alternativa,
 - el “dolo culpabilidad”, representado por un *déficit* de autocontrol interno, que relajando o desarrollando insuficientemente los frenos inhibitorios endosocietarios ha hecho posible el delito por parte del “vértice” impregnando, haciendo reprochable el comportamiento del ente —a la inversa, era exigible (“dolo-culpabilidad”) un opuesto comportamiento de eficaz represión del “empuje criminal” de los representantes apicales—.

b. En el caso de delitos de sujetos subordinados (artículo 7) la responsabilidad del ente, por el contrario, encuadra en el *esquema concursal de tipo culposo (de falta de impedimento culposo)* respecto al hecho cometido por la persona física dependiente en el interior de la organización societaria y correctamente definible en términos de *agevolazione colposa*⁴⁰ típica. Tal forma de responsabilidad se funda en:

- La individuación de un *deber de diligencia* de carácter general, representado por la “observancia de las obligaciones de dirección y vigilancia”.
- La conexión de la responsabilidad a la integración de un *riesgo típico*, constituido por la realización de delitos-presupuestos, riesgo en el cual la *concreción* es representada por el hecho-delito perpetrado por el subordinado.
- La especificación de *reglas cautelares* orientadas al impedimento de delitos-presupuestos en el interior del “modelo de organización”, con fundamento eminente-

⁴⁰ Véase la nota al pie n.º 16.

mente preventivo que la norma evoca solamente, pero sin embargo insiere en los requisitos típicos de este hecho típico culposo.

c. El último modelo refiere a la responsabilidad autónoma del ente (artículo 8), históricamente pensada *para los delitos culposos de evento* realizados en el interior de la empresa y privados de una tipificación expresa y analítica. Se recava en el sistema integralmente a través del artículo 8 del decreto que sanciona la autonomía de la responsabilidad del ente:

La responsabilidad del ente subiste *también cuando* (a) el autor del delito *no* ha estado *identificado o no es imputable*, (b) [el autor del delito *no es punible*], porque el delito en sí mismo *se extingue* por una causa diversa de la amnistía.

El modelo adscrito en examen encontraría su razón de ser en relación con los hechos culposos (sobre todo con los delitos culposos de evento), respecto a los cuales los particulares fragmentos de conducta son materialmente puestos en análisis de sujetos diversos. E incluso puede ser más que sorprendente adquirir la prueba de una compleja “culpa de organización” también en la material ausencia de prueba sobre los singulares fragmentos de responsabilidad individual, representados por las conductas de los particulares.

Con ulterior diferenciación respecto a los dos paradigmas imputativos precedentes, este “tercer modelo” identifica una forma de responsabilidad de la persona jurídica *principal* (no “accesoria”) y es *estructuralmente culposo*: marcadamente consistente en una *culpa de organización* específicamente orientada sobre el *riesgo-delito*.

Opción monista

Por el contrario, en este diverso contexto la regla es: a diversos tipos de autor corresponde una homogeneidad del título de responsabilidad del ente y (cuando menos parcialmente) de la estructura del paradigma adscriptivo de la culpabilidad. Elemento unificante del sistema, en tal perspectiva, no será individuado en la “culpa de la organización” sintéticamente definible como ineficacia y carencia organizativa —*rectius*: déficit de organización de la organización en la actividad de prevención y gestión del riesgo-delito—. ⁴¹ En efecto, es esto el elemento estructural que podría emerger de un atento análisis como fondo común a los tres diferentes paradigmas adscriptivos, en el interior de los cuales la culpa de organización encontraría colocación en los siguientes términos.

⁴¹ Para una profundización, también en mérito a los perfiles “de contenido” de tal categoría en el sistema de responsabilidad de los entes, véase, PALIERO, C. E., PIERGALLINI, C., “La colpa di organizzazione”, en *Rivista* 231, 2006, pp. 167 ss.

x. Y sobre todo, al referirse a la culpa de la organización, sustancialmente evocada como una suerte de *forma especial* de culpa, con respecto al criterio de imputación de la responsabilidad del subordinado del artículo 7, cuando entonces el delito viene cometido por un *sujeto subordinado*. En este caso, el ente sería reprochable por haber facilitado la consumación del delito, en una diversa lectura, por una suerte de concurso mediante *omisión* (falta de impedimento) en el delito expuesto. En ambos casos la culpabilidad se traduciría en una *culpa de la organización*, integrada por el *déficit de control*, que puede retenerse excluso solo si el ente ha adoptado un modelo idóneo para prevenir los delitos de la especie de aquellos verificados. Desde esta perspectiva no sería incorrecto designar la correspondiente posición de garantía asumida por el ente como posición de control en sentido propio y técnico. Entonces se puede hablar de una *culpa* en un sentido no demasiado disímil de aquella con la cual se define la adscripción involuntaria de un evento a la persona física, en enteros sectores de la responsabilidad culposa.

y. Más complejo y controvertido es el coeficiente de culpa organizativa dentro del paradigma imputativo “conexo” a la conducta de los sujetos en posición apical: el artículo 6 prevé la posibilidad por el ente de prestar modelos de prevención del delito, cuando la *societas* se articula en una pluralidad de centros decisoriales. Gran parte de la doctrina duda de la posibilidad de hablar de una culpa de organización.⁴² El asunto agita la incontrovertible consideración de que el delito cometido por un sujeto vértice es el delito del ente, en el sentido de que replicaría sobre la vertiente de la imputación subjetiva en plena conformidad con sus postulados de la *teoría de la identificación*. Así, el dolo del administrador como *supra* reconstruido coincidiría con el dolo del ente, visto que el delito resultaría expresivo de su política de empresa. Asimismo, en sentido crítico respecto a la subsistencia de un reproche por culpa organizativa, tomando en cuenta que en la actual realidad societaria no siempre la voluntad del sujeto apical expresa la voluntad del ente. En este sentido, se concluye que la adopción y la eficaz actuación de un modelo de prevención no constituye el fulcro, el sustrato material del paradigma de la culpa organizativa, como un mecanismo capaz de *disociar el ente del propio vértice* y de excluir (sea por un mecanismo de inversión de la carga de la prueba) *la culpabilidad* del primero.

Efectivamente, la teoría de la identificación desarrolla un rol apremiante en presencia de un delito referible a un sujeto vértice. La especial disposición del artículo 6 abre la

⁴² En sentido fuertemente crítico en mérito a la posible conductibilidad del criterio adscriptivo del artículo 6 a un paradigma realmente culposo, véase, entre otros, PADOVANI, T., “Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”, en DE FRANCESCO, G., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Turín, 2004, p. 18; DE VERO, o. cit., pp. 1138 s., y AMODIO, o. cit., pp. 324 s.

posibilidad de individuar un *diafragma entre el ente y las personas que lo encarnan*. También la pluralidad de centros decisionales (pensemos en un ente organizado según el modelo “divisional”) integra un fenómeno de descentralización horizontal de la responsabilidad. La circunstancia de que sea un organismo subordinado (el Consiglio di Amministrazione) que entienda ejercer un rol de control y de conformación de los procesos decisionales a través de la adopción del modelo de prevención evoca un fenómeno no distante de aquel que califica la relación con los sujetos subordinados. La distinción respecto a la mayor dificultad estimula la posibilidad de (adecuadamente) contrastar el riesgo-delito en presencia de conductas referibles y sujetos apicales. El hecho de que el ente en condiciones cada vez más apretadas pueda reclamar su externalidad respecto al ilícito del vértice no perfila la imposibilidad de mover un reproche por culpa, porque el delito ha sido cometido fuera de cualquier posibilidad de control. Una vez autor del delito, la prueba de una culpabilidad del ente es distinta de aquella que afecta a la persona física autor del delito.

Mientras que en el artículo 7 el cumplimiento del deber organizativo funge como el *elemento constitutivo*, sea en negativo (*como carencia*) del *hecho típico culposo*, en el artículo 6 de la teoría de la identificación incardina una *presunción de culpabilidad* del ente, mutando del coeficiente psicológico al sujeto vértice que ha cometido el delito. La adopción del modelo consiente al ente de remover la presunción demostrando así de *no tener, en ningún modo, facilitada la consumación del delito*. En esta eventualidad *la culpa de la organización* se explica sobre la vertiente adscriptiva de la responsabilidad, un rol “eventual”, “de segundo grado”: viene retenida por ley, extraña al cielo de la culpabilidad (de sus elementos constitutivos) hasta alcanzar la prueba contraria, a confluir en el proceso.

z. Por último, en el modelo de responsabilidad autónoma en virtud del artículo 8, como ya se ha anticipado, la culpa de organización se eleva incluso a un criterio “puro” de atribución de responsabilidad del ente: depurado a cualquier nexo con la demostración de un ulterior coeficiente de culpabilidad de la persona física y en el cual el perfil de desorganización asume un relieve central y absorbente. La *autonomía* de la responsabilidad de la persona jurídica recorta en este caso un “centro de imputación” al cual son reconducibles delitos consumados de personas físicas que en la hipótesis límite no resultan ni siquiera individualizadas. Es la presencia de *Werkzeugen*, que una “mente superior” y dominante ha dirigido y orientado a la actividad típica, esto es, a *la actividad de riesgo* (típico), aquella actividad que ha provocado el riesgo-delito, sin que el ente haya prevenido ni predispuesto en su “deber organizativo” los mecanismos de minimización que pertenecían a su posición de control.

Permanece abierta la perspectiva en mérito a privilegiar una u otra de las opciones: monista frente a pluralista. En todo caso, y marcadamente si se optase por una reconstrucción en sentido unitario del vigente modelo de imputación “subjetiva” de la persona jurídica, un problema de fondo me parecería sin embargo ineludible, y como tal lo pongo conclusivamente sobre el tapete de reflexiones futuras.

El modelo comportamental “alternativo” al ilegalismo (la conducta debida impeditiva no del evento pero sí del concreto *riesgo* del evento del delito), que la ley impone a la sociedad como carga para escapar a la responsabilidad (creación de un modelo organizativo idóneo + constitución de un organismo de vigilancia independiente) se presta a una doble y divergente lectura interpretativa desde el punto de vista dogmático.

Por un lado, este subsistema puede integrar un *tipo culposo* en sentido estricto, no un genérico *crimen culpae*, sino un “normal” *crimen culposum* tipificado “en la parte general” a través de una (compleja) cláusula de extensión de la responsabilidad por el mismo delito de la persona física (autor material) a la persona jurídica (o, en el caso del artículo 8, sin mediación “humana”, directamente a la persona jurídica), con la sola peculiar diferencia relativa a las *fuentes* del modelo cautelar: en este caso completamente *autonormado* y *autotutelado*.

Por otro lado, el mismo paradigma puede ser interpretado como una *obligación de conducta* meramente *preventiva*, no tanto cautelar cuanto *cautelativa*, orientada a la prevención abstracta del riesgo-delito.

Este es el tema que la dogmática penal debe intentar profundizar, el nudo dogmático a derribar *in primis*.

El éxito de esta profundización pretende señalar el destino de la responsabilidad del ente en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva tanto conceptual como práctica (de la praxis judicial y de su impacto sobre el *target* social); es decir, en la medida en que sea verdad (y ¡es verdad!) que tal éxito tiene impacto decisivo sobre el *fundamento de la responsabilidad*.

En la primera hipótesis, el ilícito por el cual la sociedad debería ser llamada a responder sería un ilícito de *evento*, que debe ser provocado —salvo las discusiones y debatible derogación establecida en el artículo 6 relacionándola a través de un doble nexo de causalidad (uno “naturalista” y el otro “normativo”)—. Más claramente: un nexo intercurrente entre la conducta de la persona jurídica y el evento delito realizado por la persona física, y un nexo intercurrente entre la violación *concreta* de la *específica* regla cautelar (o *déficit* de la regla cautelar) y el riesgo típico del delito *hic et nunc* perpetrado por la persona física que representa la concreción.

En otra hipótesis, en cambio, cuando se delinea un modelo de *ilícito de peligro*, la concreción resultaría en la praxis extremadamente ardua. En definitiva, el “modelo viviente” reflejaría sobre todo el paradigma *del ilícito de riesgo*, en el cual la nomológica reconstrucción del nexo causal es suplantada por la estocástica valoración de las tasas de aumento/disminución del riesgo, transfigurando así, fuera de los datos formales, una criteriología *ab origine* orientada al principio de culpabilidad en un modelo puro de imputación objetiva del evento.