



Legalidad flexible y discrecionalidad judicial en el sistema italiano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Flexible Legality and Judicial Discretion in the Italian System of Corporate Criminal Liability

Vincenzo Mongillo*
Universidad de Roma "Unitelma Sapienza"

Resumen:

El ensayo analiza el papel de la discrecionalidad en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas previsto en Italia por el Decreto Legislativo N.º 231/2001, destacando la flexibilidad de los elementos constitutivos de la infracción “corporativa” por la comisión de delitos, las persistentes incertidumbres acerca de la evaluación del defecto de organización y la amplitud del poder judicial en la determinación de las sanciones corporativas. Se subraya cómo una correcta canalización de la discrecionalidad, orientada al *telos* normativo y, en particular, a los objetivos de la prevención *ex ante* y de la reparación *ex post*, puede contribuir a reforzar la eficacia y la racionalidad del sistema, reduciendo los riesgos de arbitrariedad y excesiva imprevisibilidad de las decisiones judiciales. El trabajo concluye señalando algunas posibles líneas de reforma, destinadas a consolidar la determinación normativa y el equilibrio entre exigencias de eficiencia y garantías.

Abstract:

The essay analyzes the role of discretion within the system of corporate liability established in Italy by Legislative Decree No. 231/2001, highlighting the flexibility of the constitutive elements of the “corporate” offense arising from the commission of crimes, the persistent uncertainties regarding the assessment of organizational defects, and the breadth of judicial power in determining corporate sanctions. It underscores how a proper channeling of discretion—guided by the normative *telos* and, in particular, by the aims of *ex ante* prevention and *ex post* reparation—can help strengthen the effectiveness and rationality of the system, reducing the risks of arbitrariness and excessive unpredictability in judicial decisions. The paper concludes by identifying possible avenues for reform aimed at consolidating normative determination and achieving a balance between efficiency requirements and safeguards.

Palabras clave:

Responsabilidad penal o punitiva de las personas jurídicas; Discrecionalidad judicial; Defecto de organización

Keywords:

Corporate Criminal Liability; Judicial Discretion; Organizational Fault

* Catedrático (Professore ordinario) de Derecho Penal en la Universidad de Roma “Unitelma Sapienza”.

1. Notas preliminares sobre discrecionalidad, interpretación y conceptos afines

Un rasgo distintivo del derecho penal contemporáneo es, sin duda, la responsabilidad penal o “derivada de delito” de las personas jurídicas¹, introducida en Italia por el Decreto Legislativo N.º 231/2001, que supuso la despedida de un dogma plurisecular: la imposibilidad de someter a sanción penal a sujetos supraindividuales (*societas delinquere et puniri non potest*)².

En este trabajo pretendo abordar la relación de este tema con la discrecionalidad penal.

Para desarrollar nuestra reflexión con plena conciencia, consideramos oportuno esbozar en la premisa algunos referentes conceptuales esenciales sobre la noción de discrecionalidad, que nos permitirán articular con mayor precisión las consideraciones sucesivas.

Partimos, pues, de una afirmación del gran jurista alemán Karl Engisch, que pone de inmediato de relieve la densidad del objeto de indagación: “[...] el concepto de libre apreciación [en el sentido de discrecionalidad, n. d. A.] se cuenta entre los más equívocos y difíciles de la teoría del derecho”, siendo desde siempre fuente de profundas divergencias de opiniones (Engisch, 1967, p. 144)³.

También numerosos e ilustres penalistas italianos se han confrontado con este *rebus*, y muchas voces reconocidas han renovado tal empeño a la luz de los nuevos escenarios de la discrecionalidad en el ámbito penal. El cuadro es sumamente heterogéneo y no puede agotarse aquí, máxime porque el análisis se ha desarrollado oscilando entre perspectivas unitarias y aproximaciones más sectoriales, a menudo definidas en relación con los distintos perfiles de la discrecionalidad: como poder, como actividad o como acto resultante de su ejercicio.

Con todo, es posible identificar algunas tendencias de fondo y líneas definitorias prevalentes.

Pietro Nuvolone nos enseñó la diferencia entre discrecionalidad limitada e ilimitada, entre margen vinculado y libre de discrecionalidad, subrayando el menoscabo que puede infiligr a los principios de cer-

teza del derecho y de igualdad un poder discrecional sin límites, a través del cual el órgano jurisdiccional resulta investido de “una especie de soberanía” delegada por el legislador, exponiéndose en los hechos al riesgo de arbitrariedad y dejando al ciudadano a merced del juez-soberano⁴.

Marcello Gallo sostuvo —al igual que Bricola (cuyo pensamiento retomaremos más adelante) y muchos otros juristas de lengua alemana⁵— la necesidad de mantener bien separadas las nociones de “interpretación” y de “discrecionalidad”. En esta línea, en uno de sus últimos escritos, el maestro turinés reprochó a Kelsen haberlas fundido “en un todo”, esto es, haber considerado del mismo modo “la lectura, la elección del supuesto de hecho condicionante y la lectura, la elección de las consecuencias condicionadas” (Gallo, 2020, p. 99).

Este planteamiento parte de la consideración según la cual, mientras la interpretación en derecho penal debe siempre arrancar de un texto legal —más o menos determinado o elástico— para llegar a la solución del caso concreto, con el corolario de la prohibición de la analogía (art. 14 de las disposiciones preliminares, art. 1 del Código Penal, art. 25.2 Const.), en la discrecionalidad está ausente un marco legal predefinido y vinculante: la norma (real) se impone desde el caso concreto. Como argumentó Franco Bricola, “discrecionalidad e interpretación son dos categorías lógicas distintas. El procedimiento hermenéutico está destinado a operar hasta donde exista una significación abstracta que deba hacerse explícita en el caso concreto, con independencia del grado de perfección de la técnica normativa de tipificación: es, en efecto, interpretación también la actividad de clarificación de los conceptos elásticos e indeterminados” (Bricola, 1965, pp. 203 y ss.). De ahí que “nuestra locución de “discrecionalidad” tenga [...] un significado más profundo; derivando de “discernere”, remite más inmediatamente a la idea de la individuación de la regla para el caso concreto, es decir, de un significado de valor idóneo para activar un determinado tratamiento penal”. En el caso de los “conceptos indeterminados, [...] la regla ya está fijada en abstracto, aunque no de forma explícita”⁶.

1 En Italia, según el Decreto Legislativo N.º 231/2001, pueden cometer las infracciones nominalmente “administrativas” dependientes de la comisión de delitos no sólo las personas jurídicas, sino también las sociedades y asociaciones carentes de personalidad jurídica. Únicamente quedan excluidos “el Estado, los entes públicos territoriales, los demás entes públicos no económicos, así como los entes que desempeñan funciones de relieve constitucional” (art. 1). En nuestro texto el término “persona jurídica” será utilizado en ocasiones en un sentido atencio, sin excluir a entidades colectivas carentes de personalidad jurídica.

2 Para una contextualización de la génesis del debate científico y de la elaboración normativa en la materia, véanse, entre otros, a nivel monográfico, De Maglie (2002); De Simoni (2012), y, si se quiere, Mongillo (2018).

3 En la traducción española se emplea también la expresión “estimación libre”. En la traducción italiana (Engisch, 1970, pp. 177, 185 y ss.), el término *Ermessen* se traduce allí como “discrecionalità”.

4 Nuvolone (1959, pp. 223 y ss.; 1982, pp. 61-63) (“[...] el juez no puede crear preceptos penales ni reducir discrecionalmente su alcance, ni tampoco puede crear los presupuestos de una aplicación desigual de la ley penal, según los sujetos juzgados o los sujetos juzgadores”, subrayando cómo el principio de discrecionalidad, particularmente amplio en materia de sanciones, “no se contrapone, sino que se coordina con el principio de legalidad”).

5 Cfr., para algunas referencias útiles, Engisch (1967, p. 150; 1970, p. 188).

6 Bricola (1965, pp. 160 y ss.); y aún en la p. XXXV de las *Considerazioni preliminari*: “[...] La discrecionalidad penal significa, en efecto, analizar un cierto tipo de normas penales sustantivas, las cuales se completan e integran en la fase de constatación a la luz de la

La posición de Bricola cristaliza con magistral nitidez la orientación tradicionalmente preeminente en la doctrina penal italiana, en la que prevalece la neta distinción —al menos desde la altura de los conceptos— entre actividad interpretativa y actividad discrecional.

A Bricola se deben también directrices fundamentales —que resultarán muy útiles para nuestros fines— para circunscribir el filtro de la discrecionalidad penal dentro de límites compatibles con el mandato constitucional. Más allá de la función de garantía desempeñada por la obligación de motivación⁷, destaca la *correcta identificación hermenéutica de la función o finalidad, predeterminada por la ley*, para orientar el ejercicio de la discrecionalidad como poder de elección entre varias soluciones abstractamente admisibles. Bajo este perfil, el maestro bolonés identificó el paradigma de la discrecionalidad penal en el art. 133 del Código penal italiano⁸, el único dato textual disponible, en el que encontramos la enumeración de todos los criterios objetivos y subjetivos, esto es, de “todos los posibles elementos de valoración para adecuar la pena al caso concreto”. Esta operación, sin embargo, precisó Bricola, debe siempre llevarse a cabo dentro de los confines trazados por las disposiciones constitucionales y en coherencia con las finalidades legítimamente perseguidas por la pena. Precisamente por su carácter omnicomprensivo, el listado contenido en el art. 133 del Código penal no representa un auténtico vínculo para el juez⁹. Incluso en ausencia de dicha disposición, “no podría sino remitirse a los mismos criterios” (Bricola, 1965, p. 98).

De este modo toman forma los contornos de la discrecionalidad penal como “forma de equidad” o “juicio del caso concreto” (Bricola, 1965, p. 102). La esencia de la discrecionalidad consiste en la renuncia del legislador a “fijar en forma abstracta los distintos significados de valor o disvalor del hecho, capaces de condicionar un determinado tratamiento jurídico-penal, así como los distintos tipos criminológicos” (Bricola, 1965, p. 99). Tal renuncia se traduce en un reenvío al caso concreto “en su multiforme variedad”¹⁰; más en detalle, “el signo distintivo de la discrecionalidad penal es el reenvío

expreso del legislador al caso concreto, que debe expresar la significatividad de valor más idónea y conforme a la finalidad” (Bricola, 1965, p. 102).

Siguiendo estas coordenadas, la finalidad deviene la brújula del juez llamado a hacer buen uso del poder discrecional¹¹. En tal sentido, “la reeducación como connotación teleológica de la pena no es un criterio que se añada a los indicados por el art. 133 Código Penal, sino un simple parámetro de valoración de estos; valoración que debe realizarse de modo que permita adecuar la pena, en especie y en cantidad, a la personalidad del reo” (Bricola, 1965, p. 92).

Hechas estas premisas, debe reconocerse que el empleo de términos de sesgo técnico-jurídico se basa, en gran medida, en definiciones estipulativas. No sorprende, pues, que las articulaciones de un concepto nominal puedan variar o, al menos, asumir matices semánticos diferentes en las prácticas argumentativas y discursivas.

Así, el propio Engisch, al distinguir conceptualmente entre “discrecionalidad sobre el supuesto de hecho” (para la que se ha generalizado en el léxico alemán la expresión *Tatbestandsermessen*) y “discrecionalidad sobre la consecuencia jurídica” (*Rechtsfolgenermessen*), consideraba que “tanto en uno como en otro caso se trata de una verdadera” discrecionalidad, habida cuenta también la “conexión interna” entre ambos tipos de discrecionalidad (Engisch, 1967, p. 150)¹². No obstante, consciente de la importancia de la seguridad jurídica como exigencia práctica que involucra también el papel del juez, el propio Engisch precisaba que “el ámbito de la discrecionalidad “es pequeño y está limitado principalmente a la administración. La llamada libre estimación judicial no es tal en una gran medida. Aquí se trata más bien, la mayoría de las veces, de conceptos normativos que en verdad exigen una valoración, pero no una valoración personal, sino una valoración objetivamente válida y unívoca. Pero aquellos conceptos que apuntan a una valoración auténticamente libre son, inevitablemente, al mismo tiempo (dentro de cierto campo de acción), conceptos

particular significatividad y de la serie de valores expresada por el caso concreto”. Véase también el ya mencionado Nuvolone (1982, p. 63), según el cual es solo aparente la discrecionalidad “que concierne a la elección entre un resultado y otro de la interpretación de la norma, siempre posible cuando la fórmula legislativa presenta cierta elasticidad”; en cambio, resulta efectiva “cuando la misma ley atribuye al juez el poder de optar por una u otra solución del caso concreto”.

7 Bricola (1965, pp. 5, 26 y *passim*). Véase también Stile (1971, p. 205), sobre la motivación como “límite extrínseco al ejercicio del poder discrecional del juez penal”.

8 El art. 133 del Código Penal italiano establece los criterios que el juez debe considerar al momento de determinar la pena dentro de los límites previstos por la ley.

9 Véase también la crítica tradicional según la cual el art. 133 del Código penal resultaría inadecuado para constituir un verdadero vínculo para el juez en el ejercicio del poder discrecional, en cuanto que la norma no explicita las finalidades de la pena: sobre este punto, para todos, véase Dolcini (1979, p. 34).

10 Este perfil, central en la especulación del A., también lo destaca Insolera (1965, p. XV).

11 Como es sabido, el fin en vista del cual se atribuye al juez el poder discrecional ex art. 133 del Código Penal y, al mismo tiempo, capaz de limitar su expansión, junto con otros principios constitucionales, es deducido por Bricola del art. 27, párr. 3, Const. resumiéndose por tanto en la finalidad reeducativa de la pena, si bien sin anular el principio retributivo como “momento lógico coesencial a la pena”. Bricola (1965, pp. 80 y ss., 85, 93 y ss.). De manera distinta, “el carácter omnicomprensivo del art. 133 demostraría la imposibilidad de asumir los criterios allí indicados como función de vínculo al ejercicio del poder discrecional del juez” (p. 99).

12 De manera distinta, Bricola (1965, p. 202), consideraba que la expresión *Tatbestandsermessen*, es decir, la discrecionalidad en la determinación del supuesto de hecho carece de razón de ser, entre otras cosas por su contradicción intrínseca, dado que discrecionalidad “significa renuncia a fijar significados abstractos”.

indeterminados y normativos. Desde luego en este caso también tenemos que contar entre los conceptos normativos los llamados “preceptos facultativos”, que implícitamente autorizan a quien aplica la ley para realizar una valoración personal”¹³.

Más recientemente, un filósofo del derecho del calibre de Luigi Ferrajoli (2024), al rechazar el concepto de “interpretación creativa”, considerado *ex se* un oxímoron, al igual que toda teoría creacionista del derecho por obra de los jueces¹⁴, ha reiterado, sin embargo, que la interpretación jurídica no puede agotarse en una mera aplicación mecánica de la ley. Bajo este perfil, habla expresamente de “discrecionalidad en la interpretación de la ley”¹⁵, además de en la “valoración de las pruebas”, remitiendo a la “dimensión equitativa” del juicio “la relación entre la universalidad de las normas aplicadas y la singularidad de los casos concretos que son objeto de decisión” (p. 31). Ferrajoli, por lo demás, no deja de reconocer las dificultades que se encuentran al trazar una rígida frontera entre interpretación legítima y creación ilegítima de nuevo derecho, en ausencia de criterios distintivos claros, así como el carácter fatalmente “relativo” de la taxatividad, “de modo que la verdad jurídica alcanzada mediante la interpretación es siempre más o menos opinable y requiere, por tanto, una decisión argumentada en torno a la elección interpretativa considerada más plausible” (p. 24).

No cabe duda, al respecto, de que la distinción entre interpretación y discrecionalidad tiende cada vez más a difuminarse en la actual coyuntura histórica, dominada por el ascenso imperioso del llamado “derecho viviente” y por la tendencia a la jurisdiccionalización de las fuentes. A lo largo de este cruce, la *iuris-dictio* tiende a sustraerse a los vínculos de la *legis-latio*, erosionando de manera preocupante el principio de división de poderes sobre el que se funda el Estado de derecho.

Conviene subrayar, para completar esta breve reseña conceptual, otra expresión del *ius dicere* que, en la experiencia italiana, fue captada con agudeza por Alfonso M. Stile en un afortunado escrito de los años setenta, al poner de relieve cómo el ejercicio de la discrecionalidad penal puede a veces desbordar hasta convertirse en una verdadera “política penal judicial”. Esta torsión se produce cuando la discrecionalidad no se ejerce para tener en cuenta la realidad del caso

concreto dentro del sistema y, en particular, “para proseguir la obra del legislador allí donde este no puede adentrarse”, “según la medida de los fines que aquel ha asignado al juez”. Por el contrario, se manifiesta como un fenómeno de “macroscópico distanciamiento del ejercicio del poder discrecional respecto de los cauces legislativos”, de “desvinculación de la praxis del derecho estricto”, hasta desembocar en una verdadera “ruptura del sistema”. En este último caso, el juez termina por sustituir “sus propias valoraciones, vinculadas a la concreción del episodio delictivo, a las normativas” (de la parte especial)¹⁶.

Si lo hasta aquí expuesto es cierto, es preciso también comprender que el riesgo de un dominio incontrolado de la decisión judicial sobre la fuente legislativa no se contiene lanzando estériles anatemas contra los jueces, sino retomando una ciencia de la legislación a la altura de su cometido¹⁷. *Ciencia de la legislación y ciencia de la jurisdicción* —dentro de la cual la definición del ámbito y de los límites de la discrecionalidad judicial constituye un elemento esencial— representan, en efecto, los dos pilares esenciales por igual sobre los que se sostiene un edificio jurídico sólido.

2. El carácter revolucionario del Decreto Legislativo N.º 231/2001

Nuestra tarea, afortunadamente, no es intentar dirimir todas las diatribas, antiguas y complejas, suscitadas por las nociones de interpretación y discrecionalidad.

Las coordenadas conceptuales trazadas hasta aquí resultan útiles, sin embargo, para adentrarse en el objeto específico de esta reflexión que —como se ha señalado— versa sobre el gran *novum* de la responsabilidad penal (o —en Italia— derivada de delito) de la persona jurídica (o entidad colectiva), considerada desde la perspectiva de la discrecionalidad penal.

Comencemos, pues, resumiendo con una fórmula de síntesis el impacto del Decreto Legislativo italiano N.º 231/2001 en el ordenamiento penal: este ha representado una auténtica *revolución* del sistema, no una excepción dentro del sistema. En otras palabras, no se trató de la enésima ley de emergencia de la Italia republicana, esta vez destinada al combate más intenso de la criminalidad empresarial.

13 En este orden de ideas, el A. reservaba el concepto de discrecionalidad a los casos de valoración personal del juez, ergo no vinculada al criterio objetivo de lo justo, excluyendo que, por ejemplo, pudiera calificarse como discrecional una característica normativa del supuesto de hecho, como la de “inmoral”: Engisch (1967, pp. 148, 149, 152). Ciertamente, a juicio de Engisch, constituye un acto de discrecionalidad “la aplicación judicial de la pena, dentro de ciertos límites”: p. 151.

14 Por último, en la vastísima producción del autor, v. Ferrajoli (2024, pp. 80 y ss.).

15 Cfr., por último, también Viganò (2025), según el cual “todo acto de interpretación de la ley [...] constituye el fruto de una decisión por parte del juez” y, como tal, “implica el ejercicio de importantes márgenes de discrecionalidad”. A diferencia de Ferrajoli, sin embargo, Viganò considera que “la interpretación [...] en cierta medida crea el derecho, y en todo caso lo conforma, interactuando con el formante legislativo”.

16 Stile (1976-1977, pp. 275 y ss., 278, 281 nt. 12, 282, 300). Del mismo autor, véase también la clara definición de discrecionalidad como “poder concedido al juez de captar un significado de valor, al que se vinculan consecuencias jurídicas, sin la mediación de un tipo para realizar la voluntad legislativa (contenida en la norma que confiere el poder) previamente identificada a través de los cánones normales de la interpretación”: Stile (1971, p. 191).

17 En la materia, véase, por último, el volumen colectivo editado por Paliero et al. (2024).

La causa de este giro histórico en los equilibrios internos del sistema penal italiano —al igual que en casi todos los demás sistemas jurídicos de *civil law* en las últimas décadas— es bien conocida: el incremento del *corporate crime* en la época en que vivimos, fruto también de las dinámicas económicas globales.

Ello ha generado profundos movimientos en el ordenamiento y en la dogmática penal, con el objetivo de fondo de evitar distorsiones del mercado a escala local y global y la acumulación de riquezas ilícitas.

Han emergido, así, las *tres grandes fronteras* del nuevo derecho penal de la economía o de la empresa: (i) la proliferación —y la progresiva centralidad práctica— de las diversas formas de decomiso o confiscación¹⁸; (ii) el crecimiento exponencial de múltiples técnicas de injerencia judicial en la empresa, que está dando lugar a una suerte de nuevo dirigismo público-judicial en la economía¹⁹; (iii) finalmente, por lo que aquí más nos interesa, la despedida del plurisecular axioma *societas delinquere non potest*, que —como se ha señalado— refleja asimismo una tendencia de alcance global.

Desde esta última perspectiva, el Decreto 231 introduce un cambio de paradigma no solo por la emergencia de un nuevo “sujeto criminal”, sino también —y este es el punto en el que debemos ahora detenernos— por la acentuada flexibilidad y discrecionalidad reconocidas al juez, que se extienden incluso a la constatación de la culpa (defecto de organización) de la persona jurídica, rasgos genéticos de dicho sistema, hasta el punto de evocar una verdadera “transmutación de los valores”, por recordar una categoría nietzscheana.

3. Legalidad flexible y discrecionalidad como fuerzas motrices del sistema 231: luces y sombras

Precisemos mejor nuestro pensamiento.

El Decreto Legislativo N.º 231/2001 no carece de un solemne reconocimiento del *principio de legalidad* de la infracción de la entidad colectiva y de las sanciones²⁰ correspondientes. Este canon de la epistemología penal moderna es, de hecho, proclamado estentóreamente ya en el art. 2 de este *corpus* normativo, que lo consagra en todos sus corolarios, hasta el punto de incluir el adverbio “expresamente”, en homenaje a la idea de taxatividad.

Sin embargo, si se lee toda la trama del Decreto, emerge en filigrana una notable elasticidad en la con-

formación del tipo de la infracción corporativa y de sus presupuestos, así como una explosión de discrecionalidad en la concreción de la respuesta sancionatoria.

En general, resalta el amplio recurso a *conceptos indeterminados*, en su mayoría conceptos cuantitativos no numéricos, que se sitúan en la línea de frontera entre mera interpretación y “verdadera” discrecionalidad: “ventaja mínima”, “daño patrimonial de particular levedad”, “interés propio o de terceros prevalente”, “beneficio de entidad relevante”, “graves defectos de organización”, “entidades de pequeñas dimensiones”²¹, etc.

Además, en el plano sancionatorio, se recurre a normas permisivas que facultan al juez, por ejemplo, a aplicar la prohibición definitiva a la entidad multirreincidente. Finalmente, se le exige la formulación de juicios de carácter prognóstico cuya base cognitiva no resulta clara: eficacia de la sanción pecuniaria; idoneidad para prevenir ulteriores delitos en el caso de las sanciones interdictivas, etc.

Los dos momentos de la dinámica punitiva —el supuesto de hecho y la reacción sancionatoria— están, como es obvio, estrechamente vinculados. En el caso objeto de estudio, la elasticidad del supuesto de hecho condicionante (el tipo de infracción corporativa y sus presupuestos) y la discrecionalidad relativa a la consecuencia condicionada no acompañan solo normas o institutos aislados, sino que impregnán todo el sistema.

Se estaría tentado de afirmar, por tanto, que la discrecionalidad, en el contexto aquí analizado, penetra hasta casi invadir el “tipo punitivo”: no se detiene en la elección de la sanción ni en su determinación dentro del marco penal abstracto fijado por la ley.

En cualquier caso, por lo que respecta a los *aparatos sancionadores*, la transformación ha sido, casi naturalmente, aún más radical y estructural. Esta no ha afectado únicamente a los *tipos de sanciones* diseñados para la entidad colectiva, lo cual resulta evidente: si se pretende sancionar a un sujeto carente de sustrato psico-físico y de autoconciencia, es necesario adecuar el catálogo sancionador. Así, en el Decreto 231 encontramos tipificadas la sanción pecuniaria, la sanción ablativa (confisca), las sanciones interdictivas y la publicación de la sentencia condenatoria.

La gran metamorfosis ha alcanzado, sin embargo, también a las *dinámicas sancionatorias*, muy distantes

18 Sobre la experiencia italiana, véase nuestra contribución en lengua española: Mongillo (2020, pp. 171 y ss.).

19 Sea permitido, al respecto, remitir a Mongillo (2023a, pp. 515 y ss.) (también para ulteriores referencias bibliográficas); así como Mongillo (2025, pp. 1 y ss.); sintéticamente, Mongillo (2023b, pp. 21-23). Cfr., por último, también Flick (2025, pp. 107 y ss., 115 y ss.), con acentos críticos acerca de la evolución de la lucha contra la “peligrosidad social” de la empresa y del recurso a los instrumentos de “saneamiento” de la empresa como “formas alternativas de persecución de delitos que sería difícil probar a través de los mecanismos ordinarios del proceso penal”.

20 Dado que las respuestas punitivas impuestas por el D. Lgs. N.º 231/2001 no son formalmente “penas” en sentido estricto, en el texto utilizaremos el término “sanciones”.

21 Cursiva nuestra.

del férreo legalismo del Codice Rocco originario, por más que este hubiera sido notablemente redimensionado a partir de la histórica reforma de 1974²². Emerge así una marcada movilidad incluso en la proyección *in action* del sistema de responsabilidad de la persona jurídica.

En la visión tradicional del *ius terrible*, la pena, como respuesta monística a los fenómenos criminales, es por su naturaleza rígida e indefectible²³. Al delito debe necesariamente corresponder —como negación del hecho punible y, por tanto, reafirmación del derecho— una pena o, en un sentido más amplio, una sanción penal, si en esta noción se incluyen también las medidas de seguridad. Es el paradigma tradicional, basado en el binomio de legalidad sustantiva y legalidad procesal: *nullum crimen sine lege* (formulación legislativa y taxativa del tipo penal) y *nullum crimen sine poena* (es decir, obligatoriedad de la acción penal). Este binomio ha representado, durante mucho tiempo, nuestra postura mental, en la que también han convivido nítidos rasgos retributivos.

Si estudiamos el variado arsenal sancionatorio forjado por el Decreto Legislativo N.º 231/2001, advertimos, en particular, dos directrices fundamentales²⁴. Junto al ya mencionado amplio recurso a elementos cuantitativos no numéricos, a cláusulas facultativas y a juicios de índole prospectiva, destaca un marcado *gradualismo* destinado a modular la respuesta sancionatoria en relación con la diversidad ideal-típica de las entidades destinatarias. Así, las sanciones patrimoniales obligatorias golpean a la empresa lícita, ocasionalmente incursa en un delito y, por lo tanto, “corregible” sin necesidad de tratamientos invasivos. Distintamente, las sanciones de inhabilitación se aplican —además de las patrimoniales— a la entidad que haya obtenido un beneficio de entidad relevante, cuando el delito haya sido cometido por individuos en posición apical, o bien en presencia de graves defectos de organización que hayan determinado o facilitado un delito cometido por un sujeto subordinado. Afectan, además, a la entidad reincidente (por “reiteración de las infracciones”), a la multirreincidente (una suerte de “delincuente corporativo habitual”), hasta llegar a la “empresa criminal”, para la cual se prevé, de manera imperativa, la prohibición definitiva de la actividad.

Esta porosidad se manifiesta también en forma de una presión implícita, aunque bien tangible, sobre el destinatario, para que emprenda acciones positivas *post factum*. El impulso a “reparar” evidentemente funciona, pues las estadísticas revelan la extrema rareza de las sanciones interdictivas aplicadas al término del proceso en esta materia²⁵.

A nuestro juicio, dentro de estos límites funcionales, la discrecionalidad permanece en los confines de un pragmatismo utilitarista tolerable.

Resulta, en cambio, insostenible la ruptura de la legalidad que se ha consumado en el ámbito de la sanción del decomiso, la única no susceptible de graduación proporcional en sentido clásico (es decir, en clave retrospectiva) dentro de una horquilla legal, y sin duda la más temida por las empresas por los importes que puede alcanzar en la práctica. Bajo este perfil, nos parece que las incertidumbres que aún rodean la noción y los criterios de cálculo de las ganancias (*profitto*) confiscables —una laguna, en verdad, extendida en los distintos ordenamientos nacionales y que también aqueja a las análogas medidas confiscatorias previstas en el derecho penal de las personas físicas— ya no son aceptables desde la óptica del Estado de derecho. Constituyen una patente violación del principio de legalidad de la sanción, *sub specie* de determinación, en un núcleo hoy fundamental de la potestad estatal de injerencia en los derechos fundamentales. Pues bien, aunque el decomiso de las ganancias ilícitas, en el plano lógico-finalístico, sirve para “compensar” o “reequilibrar” y no para castigar, puede fácilmente desbordar, en la práctica, en una sanción “excesiva” e incluso asumir un alcance interdictivo *de facto* ya desde la fase cautelar (secuestro). Nos parece, por tanto, inaplazable una precisión legislativa de la noción de “*profitto*” ilícito, también en sus distintas configuraciones casuísticas, por ejemplo, respecto al reparto de la ablación patrimonial en las situaciones de *joint liability*²⁶. En cualquier caso, la asunción de un papel impropiamente afflictivo por parte del decomiso (así como de los embargos) ha sido fomentada en la práctica también por la falta de contundencia de la sanción pecuniaria, especialmente frente a la gran empresa²⁷.

22 Sobre la “extraordinaria ampliación del poder discrecional del juez” inducida por esta reforma codicística, véase Stile (1976-1977, p. 284); Palazzo (1985, pp. 23 y ss., 29 y ss.).

23 Para todos, Di Martino (1998, *passim*); más recientemente, Paliero (2018, p. 453).

24 Para consideraciones más amplias, véase Mongillo (2022, pp. 559 y ss.). Sobre la fisonomía y las funciones o finalidades del sistema sancionador del Decreto 231, véanse también Paliero (2021, pp. 1199 y ss.); Maugeri (2022, *passim*); Torre (2023, pp. 79 y ss.).

25 Véanse los datos recogidos en el marco de una investigación coordinada por el CNPDS y publicados en el volumen editado por Manacorda y Centonze (2023, pp. 163 y ss.).

26 Sobre el particular, véase, por último, la intervención nomofiláctica de la Cass., Secciones Unidas, 8 de abril de 2025, N.º 13783, en *Giur. it.*, 2025, con comentario de M. Pierdonati, *La confisca del profitto al vaglio delle Sezioni Unite: verso nuovi equilibri applicativi*.

27 Observaciones críticas también en OECD (2022, pp. 74 y ss.). En general, sobre la sanción pecuniaria aplicable a la entidad colectiva, véase, por último, Pellegrini (2025, pp. 9, 503), donde se observa cómo los límites legales resultan excesivos para las empresas pequeñas y medianas o en profunda crisis, mientras que, por el contrario, “la suma total de 1.549.370 euros, resultado de la multiplicación entre el máximo del número (1.000) y el máximo del importe (1.549,37 euros) de las cuotas, no parece capaz de reflejar correctamente ni la gravedad de los fenómenos criminales ni la fuerza económico-patrimonial de las grandes empresas en suelo italiano”.

4. De la represión al compliance: las razones económicas

¿Por qué esta acentuada flexibilidad del “supuesto de hecho” y la marcada discrecionalidad en la respuesta sancionatoria?

No parecería responder a una opción dictada por razones de eficiencia procesal, puesto que los procedimientos instaurados en virtud de la normativa en cuestión no inciden de manera significativa en el sistema; por el contrario, desde muchos sectores se lamenta su carácter aún esporádico.

En un mundo dominado por el mercado, la razón es, a nuestro juicio, de índole eminentemente pragmático-económica.

Por un lado, se percibe la urgencia de poner límites a dinámicas económicas arrolladoras que, de otro modo, correrían el riesgo de sustraerse a toda forma de control institucional (el denominado “turbocapitalismo” o “supercapitalismo”) (Reich, 2007). En tal contexto, el nuevo paradigma de la responsabilidad *ex crimine* de la persona jurídica representa, a nivel tanto local como global, un recurso punitivo de primordial importancia, puesto a disposición de los aparatos de *enforcement* para la lucha eficaz contra la criminalidad empresarial.

Por otro lado, la economía —entendida como fenómeno social de elevada complejidad y caracterizada por un extremo dinamismo y variedad de actores, actividades y outputs— reclama respuestas dúctiles, que eviten el riesgo de un colapso sistémico portador de consecuencias aún más ruinosas. Desde este punto de vista, aplicada a la empresa societaria, el “castigo” en sí puede hacer muy poco, incluso menos de lo que logra con los individuos de carne y hueso. Es más, puede generar perjuicios superiores a los beneficios esperados: puede destruir valor económico y social, salvo en el caso extremo de la empresa estructuralmente criminal, cuya expulsión del mercado se impone sin vacilaciones.

En cambio, el cumplimiento penal que funcione puede servir para regenerar la empresa, “sanear” la situación organizativa criminógena y salvaguardar la riqueza y el empleo. Este constituye, en efecto, un *Leitmotiv* que en la actualidad recorre amplios sectores del ordenamiento jurídico italiano y que ha favorecido la aparición de una densa trama normativa inspirada en una lógica conservadora: administración de empresas sometidas a secuestro, crisis empresarial, medidas “curativas” previstas por el “Código antimafia” (Decreto Legislativo N.º 159/2011) en alternativa a las meramente confiscatorias, etc. En este escenario, el Decreto N.º 231/2001

se ha consolidado progresivamente también como un *asset* organizativo crucial para una gestión sana y equilibrada de la empresa, respetuosa de las exigencias de sostenibilidad económica y social, en consonancia con las finalidades constitucionales consagradas en el art. 41 Const. ital.²⁸, entendidas como contrapesos de la libertad de iniciativa económica: tutela de la salud, del medio ambiente, de la seguridad, así como de la libertad y dignidad de la persona.

Además, al poner el acento en las virtualidades preventivas del *compliance*, el legislador supo captar precozmente el viento que soplabía desde las transformaciones de la economía, de los métodos de *corporate governance* y de las técnicas regulatorias internacionales. El modelo de organización y gestión del riesgo-delito se inserta, en efecto, en la más amplia renovación de las estrategias empresariales, basadas en la centralidad de los sistemas de *risk management* y de control interno.

Resulta emblemático, a este respecto, el proliferar en los últimos años de funciones y estructuras empresariales específicas: función de *compliance, internal audit, risk management*, comités de auditoría en las sociedades cotizadas, etc. Otros indicios de esta tendencia se encuentran en la reforma societaria de 2003, que atribuyó al consejo de vigilancia la tarea de supervisar la adecuación y el funcionamiento de los *assets* organizativos (art. 2403 del Código civil), así como en las obligaciones impuestas a los administradores (art. 2381 Código civil) y, más recientemente, en el nuevo “Código de la crisis empresarial y de la insolvencia” (Decreto Legislativo N.º 14/2019), el cual —a través del art. 375 (que determinó la sustitución del art. 2086 del Código Civil italiano)— introdujo el deber para el empresario que opere en forma societaria de dotarse de estructuras organizativas, administrativas y contables idóneas para detectar oportunamente el estado de crisis.

5. La discrecionalidad penal no es en sí misma un mal

Podemos formular, a este punto, una primera convicción, aunque sin poder desarrollar aquí exhaustivamente todas sus implicaciones.

En líneas generales, un repudio tajante e indiscriminado de la flexibilidad en la conformación de tipo penal o punitivo y de la discrecionalidad en la respuesta sancionatoria, incluso cuando esté animado por el compromiso con la afirmación del Estado de derecho, termina reflejando una forma simplista de iuspositivismo lógico-deductivo²⁹.

28 Art. 41 de la Constitución italiana: “1. La iniciativa económica privada es libre. 2. Sin embargo, no puede ejercerse en oposición al interés social ni de modo que cause perjuicio a la salud, al medio ambiente, a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. 3. La ley determina los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada se encamine y coordine con fines sociales y ambientales”.

29 Para una visión de conjunto, en la literatura angloamericana, en relación con los malentendidos o interpretaciones erróneas del positivismo jurídico, Gardner (2001, p. 199); Sebok (1995, pp. 2054 y ss.).

La discrecionalidad, en efecto, no es un bien ni un mal en sí misma: su verdadera dimensión es una cuestión de medida y de fines³⁰.

Se vuelve patológica cuando acentúa desmesuradamente la dimensión potestativa de las decisiones del fiscal y cuando equivale a la libertad ilimitada de decisión del juez, *ergo* al puro arbitrio judicial de cuño premoderno, inaceptable desde la perspectiva constitucional.

Y es precisamente esta —cabría observar— la impronta distintiva no tanto del sistema punitivo de la entidad colectiva regulado por el Decreto Legislativo N.º 231/2001, cuanto más bien de esa verdadera “tierra de nadie” en la que hoy gravitan las medidas de prevención patrimoniales (Decreto Legislativo n.º 159/2011): desde el decomiso sin condena hasta las económico-empresariales (administración o control judicial de la empresa) de más reciente creación, adoptadas con frecuencia al margen del circuito procesal penal.

Por el contrario, el Decreto 231 representa un loable intento de equilibrar, de manera razonable, eficiencia y garantías. En este contexto, la regla de juicio existe: es una regla que valoriza el papel de autoridades judiciales y fiscales desde la fase de las investigaciones preliminares, mediante una flexibilidad y una discrecionalidad orientadas —en la lógica del sistema— no a las perspectivas personales del fiscal o del juez, sino a la consecución de los objetivos positivos subyacentes al sistema normativo.

Si acaso, la mayor amenaza parece derivar hoy en Italia del confuso entrecruzamiento de segmentos normativos heterogéneos, sin reglas de conexión. El fiscal dispone en muchos casos de múltiples vías paralelas y no comunicantes: la acción punitiva ex Decreto Legislativo N.º 231/2001, la activación de la prevención patrimonial, el empleo de medidas de control procesales, penales o extrapenales, cautelares o aplicables al dictarse la sentencia definitiva.

En este escenario, la discrecionalidad corre el riesgo de transformarse en arbitrariedad sistemática, alimentada por un déficit de normación primaria y por una débil cultura de los contrapesos.

6. El laborioso despegue del nuevo entramado normativo

Ha llegado el momento de profundizar en la proyección teleológica del sistema delineado por el Decreto Legislativo N.º 231/2001. Antes, sin embargo, conviene detenerse en un dato difícilmente discutible: el nuevo *ordo* de la responsabilidad de la entidad se está afirmando muy lentamente en la praxis judicial italiana. Distinta es la experiencia empresarial,

puesto que —¡vale la pena recordarlo!— la relativa a la responsabilidad por la comisión de delitos de las personas jurídicas constituye hoy la única disciplina “penal” que vive y opera también fuera del proceso.

En la dimensión estrictamente procesal, no obstante, la normativa en cuestión todavía se resiste a despegar y a obtener una aceptación espontánea y generalizada por parte de los operadores jurídicos. Las razones de esta inercia son múltiples.

Pesan ciertamente, por un lado, la persistente escasa familiaridad con el decreto en sus aspectos más complejos y un déficit de cultura empresarial-organizativa que aflora en áreas nada desdeñables del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal; por otro lado, las resistencias dogmático-jurídicas vinculadas a la tradición antropocéntrica plurisecular de nuestros sistemas penales; sin olvidar, en fin, el impacto erosivo en Italia de microsistemas concurrentes, también de vocación declaradamente “preventiva”, incluso más allá de la criminalidad mafiosa u organizada (piénsese, por ejemplo, en la lucha contra la explotación laboral o contra el blanqueo de capitales).

Pero lo que pesa aún más, a nuestro juicio, es el vértigo que experimenta el operador frente a una nueva mecánica jurídica, capaz de disolver módulos clásicos antaño consolidados y de la cual tiende a percibirse únicamente la carga procesal. De ello resulta una deformación del planteamiento: la flexibilidad y la discrecionalidad sustantivas, rasgos estructurales del sistema 231, se trasladan a una discrecionalidad procesal que no pertenece al modelo diseñado por el legislador italiano y que termina traduciéndose en una gestión arbitraria incluso de la anotación de la infracción de la persona jurídica, antes aún de su formal imputación. El desenlace está en gran parte trazado: inercia y apatía aplicativa.

El riesgo, pues, consiste en encontrarse no ante una verdadera discrecionalidad estructurada, sino más bien frente a una “política penal judicial” o, con mayor propiedad, a una política personal de los titulares de la acción punitiva (los fiscales), que termina por esterilizar, en lugar de realizar, los objetivos positivos fijados por la ley.

7. Los objetivos fundamentales del Decreto 231 como instrumentos de “canalización” de la discrecionalidad

Si este es el cuadro, resulta crucial, como en cualquier otra manifestación de la discrecionalidad penal, una fiel reconstrucción —llevada a cabo mediante una correcta hermenéutica— de la finalidad que vincula y “canaliza” su ejercicio. Solo la identificación clara del telos de referencia puede impedir que una discrecio-

30 Por lo demás, también la pena reeductiva es *ex definitione* flexible, al menos en la fase de ejecución. En particular, tras la reforma Cartabia (Decreto Legislativo N.º 150/2022), lo es de hecho incluso en la fase cognitiva para muchos delitos.

nalidad de alcance cuantitativamente significativo degenera en arbitrariedad.

En las primeras fases de la experiencia aplicativa del Decreto 231, las dificultades encontradas por la magistratura para asimilar plenamente su extensión teleológica condicionaron negativamente su empleo, aunque precisamente la *nouvelle vague* de la responsabilidad sancionatoria de la entidad, fundada en un sustrato de defecto de organización, haya acabado con el tiempo erigiéndose en modelo de exportación global³¹.

Con todo, en la elaboración doctrinal, un punto firme al que parece haber llegado ya el estudio de la responsabilidad de las entidades colectivas según el ya reiteradamente mencionado Decreto Legislativo N.º 231/2001 concierne precisamente a su función o misión sustancial. Progresivamente, se ha comprendido que el derecho punitivo de la entidad colectiva encuentra su justificación y racionalidad en bases eminentemente preventivas³², en cuanto que las sanciones previstas por el Decreto 231 se dirigen a involucrar a la fuente misma del riesgo-delito, la organización compleja, en la acción de prevención de delitos que, en el caso de las sociedades mercantiles, están motivados por la búsqueda de un lucro.

Teniendo en cuenta también la estrategia de intervención *post delictum*, el derecho sancionador de las entidades descansa, más precisamente, sobre dos pilares o, si se prefiere, dos estrategias convergentes de lucha contra la criminalidad empresarial: prevención *ex ante* y reparación *ex post*; profilaxis organizativa y —una vez cometido el delito y surgido procesalmente (aunque solo en forma hipotética)— reorganización y otras contra-conductas de naturaleza reintegradora. Prevención y reparación constituyen, así, el alfa y el omega del nuevo derecho penal económico, cuyo centro de imputación se sitúa en la empresa como organización.

Lo más interesante está constituido por las modalidades de funcionamiento de la arquitectura bivalente querida por el legislador. Tanto el cumplimiento *ex ante* como la reparación/reorganización *ex post* son objetivos apuntalados por sólidos *incentivos*³³. No obstante, para no sacrificar la aspiración al esfuerzo preventivo antes del delito, la intensidad del beneficio reconocido por la ley se modula razonablemente en

función del momento en que se realice la *actividad de prevención organizativa*: la plena exención de responsabilidad se ofrece únicamente en caso de adopción y plena aplicación previas de un modelo organizativo eficaz³⁴.

Si fracasa el impulso preventivo, el objetivo se convierte en la *reparación*, que se desglosa en varias *contra-conductas positivas*, materialmente distintas entre sí³⁵: 1) la indemnización íntegra del daño y la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito (o el haberse eficazmente empeñado en ello); 2) la remoción de las carencias organizativas, mediante la adopción y aplicación de sistemas empresariales de cumplimiento idóneos para prevenir delitos de la especie de aquel cometido; 3) la restitución de las ganancias ilícitas obtenidas, a efectos del decomiso.

El mecanismo premial opera mediante múltiples ofertas de beneficios sancionatorios que se repiten en las principales fases del procedimiento al que se somete la entidad. De ello resulta un sistema que tiene la reacción del ordenamiento frente a la infracción de la persona jurídica —comprobada o incluso solo hipotetizada en la fase de investigación— de una acentuada elasticidad y discrecionalidad: 1) en sede de incidente cautelar: no aplicación (art. 45) o bien suspensión y posterior revocación de eventuales medidas cautelares interdictivas (arts. 49-50); 2) en sede de determinación judicial de la sanción, la reducción de hasta dos tercios de la sanción pecuniaria ex art. 12 (*goodbye* proporción clásica) y la no aplicación de las sanciones interdictivas (art. 17); 3) incluso en sede de ejecución de la sanción, el art. 78 prevé que “la entidad que haya llevado a cabo tardíamente las conductas a que se refiere el artículo 17, dentro de los veinte días siguientes a la notificación del extracto de la sentencia, podrá solicitar la conversión de la sanción administrativa interdictiva en sanción pecuniaria”; 4) y previsiones análogas, finalmente, se establecen en materia de fusión y escisión de la persona jurídica (art. 31, párr. 2).

Por todas estas razones, el sistema 231 se configura, a nuestro juicio, más como un modelo *regulatorio* que propiamente punitivo, o en todo caso como una forma híbrida, a medio camino entre el paradigma regulatorio (o co-regulatorio, habida cuenta de los

31 Algunos Estados han prácticamente clonado la disciplina italiana (sobre todo España, a partir de una ley de reforma de 2015), mientras que otros se han verosímilmente inspirado en ella (varios países europeos —entre ellos Polonia, Austria, Suiza, República Checa, etc.— y latinoamericanos: Chile, Perú, Argentina, etc.).

32 Concepto distinto de la clásica prevención general de carácter intimidatorio.

33 Sobre el “eje premial” del sistema 231, su alcance operativo generalizado, así como las perspectivas de reforma, véase Severino (2018, pp. 1116 y ss.). Específicamente, sobre la lógica premial del decreto 231, que tiene en la fase postdelictual como “estrella polar la adopción sucesiva del modelo”, cfr. Gullo (2020, p. 242).

34 Sobre la necesidad de no “eclipsar” el polo de la prevención *ex ante*, sobrestimando en clave premial las conductas reparadoras *ex post*, cfr. también la investigación monográfica de Sabía (2022, pp. 164, 295 y ss., 302 y ss.).

35 Sobre las funciones del *compliance* en el entramado normativo del Decreto Legislativo N.º 231/2001, con particular atención a las dinámicas reparadoras, cfr. Colacurci (2022). En una perspectiva dogmática más elaborada, acerca del concepto de “culpa reactiva”, tomando como referencia la *reactive fault* de matriz anglosajona o australiana, aunque con desarrollos más amplios, vid. el volumen de Orsina (2024, esp. 145 y ss., 620 y ss.).

márgenes de maniobra dejados a las empresas en la concreción del precepto normativo) y el estrictamente sancionador. En particular, el paradigma de la responsabilidad de la persona jurídica, según la visión italiana, se orienta más hacia la conformación organizativa que hacia el castigo. El *trait d'union* está representado, por tanto, por la filosofía del *compliance*³⁶, que se conecta con el fenómeno de la difusión generalizada de la autorregulación o autonormación en los ordenamientos penales contemporáneos, *alentada* y no impuesta en el diseño normativo de la responsabilidad de la *societas*³⁷.

Estamos, pues, a años luz de la secuencia moralizante e inflexible delito-pena evocada al principio. En muchos sectores del derecho penal económico de destinatario individual se observa, todavía hoy, un movimiento inverso, ya que, aunque hiperregulados y “funcionalizados” al objetivo del cumplimiento organizativo, transpiran aun fuertemente censura (*blame*) hacia el autor del hecho penalmente relevante. Basta considerar los cúmulos punitivos en materia de abuso de mercado (manipulación de mercado, uso de información privilegiada): la lógica inspiradora parece ser, exactamente, la de una retribución vindicativa y de un sufrimiento infligido como contrapartida de aquel padecido por las víctimas difusas. De proporción hay bien poco; abunda, en cambio, una disuasión exacerbada que a veces roza el verdadero y propio terrorismo punitivo.

8. Las repercusiones del telos en la estructura de la infracción de la entidad colectiva

El objetivo fundamental de la prevención organizativa termina, de manera coherente, por moldear la

estructura de la infracción de la persona jurídica, la cual —más allá de ciertas tortuosidades del texto normativo (piénsese, por ejemplo, en el doble régimen de imputación de responsabilidad, según que el delito sea cometido por directivos o por subordinados: arts. 6 y 7³⁸)— es adyacente, con todos los necesarios “ajustes”, al tipo (*omisivo*) *imprudente de resultado*³⁹.

La *societas* responde, en otros términos, por la omisión de cautelas organizativas debidas, tal que haya hecho posible —en términos condicionalistas— o al menos facilitado sensiblemente la realización del delito por parte de una persona física cualificada, en interés o en provecho de la entidad (arts. 5, párr. 1, letras a) y b), 6 y 7 del Decreto Legislativo N.º 231/2001).

Diversas sentencias autorizadas han adherido a esta visión, aunque con algunos matices expositivos distintos⁴⁰: las Secciones Unidas de la *Corte di Cassazione* en el procedimiento *ThyssenKrupp*; la IV Sección de la Casación en el caso relativo al desastre ferroviario de *Viareggio*; la VI Sección de la misma Corte en el acto final de la saga *Impregilo*⁴¹.

El defecto de organización —así se ha puesto de relieve en estas decisiones y en otras dictadas en la misma línea— constituye el *fundamento justificativo* de la responsabilidad *ex crimine* de la persona jurídica.

Esta fórmula sintética, “defecto de organización” (en italiano se ha difundido la expresión “*colpa di organizzazione*”), expresa la amalgama de múltiples disfunciones diacrónicas y sincrónicas que reflejan, en negativo, la dimensión pluripersonal del control eficaz. Conviene subrayarlo: a diferencia de una participación omisiva⁴² ordinaria, la carencia organizativo-gestional que funda el hecho imprudente (“de desorganización”)

36 Cfr., de manera exhaustiva, el volumen colectivo de Manacorda y Centonze (2022); véase también, si se quiere, nuestro Mongillo (2022); así como Gullo (2022, pp. 1289 y ss.).

37 Sobre la reciente emergencia del fenómeno de la *autonormación* en el derecho penal, especialmente en el ámbito de la responsabilidad de la *societas* en lo que concierne al contenido de los modelos de organización, cfr. Piergallini (2015, pp. 161 y ss.). Sobre el concepto y las diversas declinaciones/interacciones de la *self-regulation* en relación con la esfera penal, véanse las instructivas reflexiones de Taveritti (2020, pp. 1931 y ss.), y ahora el estudio monográfico Taveritti (2025); Bianchi (2022); De Francesco (2023).

38 En una perspectiva de reforma, se trata de complicaciones (en particular, la diferenciación de los criterios de imputación según la posición en la organización del autor del delito) que podrían ser repensadas.

39 Para mayores detalles, remito a Mongillo (2018, pp. 134 y ss., 425 y ss.); Mongillo (2021, pp. 431 y ss.); Mongillo (2023b, pp. 8-18) (sobre el debate relativo a la naturaleza jurídica de la responsabilidad: *ibid.*, pp. 4 y ss.). Sobre la estructura de la responsabilidad de la entidad, en una literatura inabordable e imposible de resumir en esta sede, véanse también, con planteamientos diversos, Fiorella (2006, pp. 5101 y ss.); Paliero y Piergallini (2006, pp. 167 y ss.); Paliero (2008, pp. 1516 y ss.); Alessandri (2010, pp. 131 y ss.); así como, en la manualística, Bartoli (2020, pp. 171 y ss.); Di Giovine (2020, pp. 203 y ss.). Sobre la “*colpa di organizzazione*”, también en clave comparada, Villani (2016); y más recientemente, con ulteriores desarrollos, Greco (2024). En la doctrina española, Galán Muñoz (2023, pp. 39 y ss.); Galán Muñoz (2017, pp. 159 y ss.).

40 Cfr. Mongillo (2023c, pp. 1-46), con acentos críticos hacia ciertas tendencias orientadas a desvincular la “culpa de organización” del instituto del “modelo de organización, gestión y control”; de igual modo, fuertes reservas respecto al planteamiento dogmático seguido por la IV Sección de la Corte de Casación —que debilita el papel del modelo de organización, degradándolo de elemento constitutivo de la *colpa organizzativa* a mero indicio de su eventual existencia— son formuladas por Paliero (2023, pp. 3346 y ss.); Piergallini (2023, pp. 3356 y ss.).

41 Cass., Secciones Unidas, 18 septiembre 2014, N.º 38343; Cass., Secc. IV, 6 septiembre 2021, N.º 32899, en *Giur. it.*, 4/2022, p. 953 y ss., con comentario de Mongillo (2022); Cass., Secc. VI, 15 junio 2022, N.º 23401, *Impregilo s.p.a.*, en *Sist. pen.*, 20.06.2022, sobre lo cual v. los comentarios de Piergallini (2022b); Fusco y Paliero (2022); De Simone (2022, pp. 2758 y ss.); Centonze (2022, pp. 4372 y ss.). En sentido adhesivo a la sentencia *Impregilo, v. Cass., secc. V*, 19 mayo 2023, N.º 21640, rv. 284675, anotada favorablemente por Sabia (2024, pp. 413 y ss.).

42 Bajo este perfil, coincidimos con Feijoo Sánchez (2024, p. 56), cuando señala que “cualquier intento de utilizar estructuras dogmáticas pensadas para acciones individuales con el fin de legitimar la imposición de sanciones penales a personas jurídicas está condenada al fracaso”. Como ya hemos sostenido en varias ocasiones, podemos intentar aprovechar “economías de escala conceptuales”, pero sin pretender trasposiciones estériles y en ocasiones incluso bizarras de categorías de la teoría general del delito al ámbito de la

propio de la entidad colectiva es normalmente el producto de la interacción disfuncional —sincrónica y diacrónica— de una multiplicidad de conductas inadecuadas, activas u omisivas, en los distintos niveles de la organización. Se trata de una carencia que refleja el entorno colectivo y los procesos decisionales en los que se inserta, configurándose, en definitiva, como síntesis sistémica y multifactorial de tales “anomalías”⁴³.

No puede negarse que este resultado haya sido favorecido en Italia por cierta dosis de creatividad hermenéutica-jurisprudencial⁴⁴ al reconocer en la “culpa por mala organización” el eje de la responsabilidad de la *societas*. Dicho en términos probatorios: al afirmar que la deficiencia organizativa no es un mero hecho impeditivo, sino el *hecho constitutivo* de la infracción imputable a la persona colectiva, cuya demostración incumbe a la acusación, con independencia de la posición jerárquica del autor material del delito matriz dentro de la empresa. Sin embargo, tal lectura nos parece inducida por una apreciable interpretación constitucionalmente orientada, necesaria para reordenar el sistema y ponerlo en sintonía con los principios fundamentales en torno a los cuales gira también la disciplina en cuestión, en primer lugar, el *principio de personalidad de la responsabilidad punitiva*.

En el plano de la verificación judicial, ello implica al menos la necesidad de comprobar un *nexo de riesgo* entre la omisión de la cautela preventiva y el delito verificado, conforme a las pautas de la llamada imputación objetiva. Esto exige también la reconstrucción de la finalidad de las normas cautelares o preventivas vulneradas. Desde esta perspectiva, el juez no debe evaluar el modelo en su globalidad, como si fuera un consultor de la empresa, ni puede deslizarse hacia una suerte de culpabilidad por la personalidad desviada⁴⁵. Más bien, debe concentrarse en la eficacia —o ineeficacia— de las reglas generales y específicas de prevención respecto al delito *sub iudice*⁴⁶. Este método de constatación permite, además, el pleno despliegue

del principio acusatorio⁴⁷, delimitando el objeto de la acusación y, en consecuencia, el *thema probandum* dentro de límites de practicabilidad.

A nivel jurisprudencial, más que ninguna otra, ha sido la sentencia *Impregilo bis* de la VI Sección de la Corte Suprema de Casación italiana de 2022 la que ha desarrollado de manera sistemática el paralelismo entre la infracción de la entidad y el tipo omisivo imprudente.

Conviene, sin embargo, evitar malentendidos del dictum o interpretaciones que extremen su alcance con resultados irrazonables: no puede exigirse, a efectos de la afirmación de la responsabilidad de la organización, la prueba de la evitabilidad del delito con una probabilidad lindante con la certeza mediante la adopción y eficaz aplicación del modelo de cumplimiento penal. Debe más bien bastar la constatación de una reducción significativa del riesgo, dentro del umbral de tolerabilidad normativamente requerido. En términos inversos, ello equivale a la prueba de una sensible facilitación de la comisión del delito a causa de la carencia o de las carencias organizativas constatadas. En efecto, casi ninguna medida preventiva posee un potencial de anulación absoluta del riesgo-delito: la entidad debe contenerlo dentro del límite permitido, a fijar según parámetros de proporcionalidad y razonabilidad ni siquiera cuando opere en combinación con otras⁴⁸.

Puede afirmarse de modo aún más franco y tajante: carece de todo sentido celebrar procesos contra sociedades que se prolonguen durante más de una, o incluso dos décadas, para debatir sobre la evitabilidad más allá de toda duda razonable. La economía se mueve a una velocidad incomparablemente superior, y con la misma celeridad debería poder reconducirse la organización dentro de un perímetro legal razonablemente sostenible.

Además, en el plano sustantivo, el déficit objetivo de autoorganización atribuible a la empresa (el ya

responsabilidad del ente: *cfr.*, p. ej., Mongillo (2018, p. XVI). Por lo demás, Feijoo Sánchez (al igual que Nieto Martín: *v. infra* nt. 58) critica duramente también el modelo de imputación culposa del delito a la persona jurídica seguido por la sentencia *Impregilo* italiana. Nuestra propuesta, en cambio, aspira a construir categorías “corporativas” autónomas, pero al mismo tiempo procesalmente verificables y demostrables, en coherencia con el canon liberal clásico según el cual no se puede —ni se debe— incriminar aquello que no es susceptible de ser objeto de contradicción entre las partes ni de ser probado de manera fiable.

43 Más ampliamente, remito a Mongillo (2023c, p. 27). Con especial claridad sobre el punto, véase también, más recientemente, el ensayo de Romano (2025, esp. pp. 30 y ss.).

44 Hace hincapié en este aspecto G. De Simone, *Si chiude finalmente*, cit., en el comentario a la sentencia *Impregilo bis* mencionado en la nota 51. Valoran este ejercicio de creatividad, en cuanto “de impronta garantista” y racionalizadora, Fusco y Paliero (2022, p. 144).

45 Véase también Fiorella y Selvaggi (2018, p. 177).

46 Ya nos habíamos expresado en este sentido en Mongillo (2011, p. 72).

47 Como ha aclarado la jurisprudencia de mérito más reciente, el escrito de acusación contra la entidad colectiva debe indicar de manera clara y precisa las deficiencias organizativas específicas que se le imputan, sin limitarse a referencias genéricas a los delitos precedentes o a protocolos indeterminados, de modo que se garantice el efectivo ejercicio del derecho de defensa: Trib. Milano, Secc. II, ord. 15 julio 2025, Pres. Cernuto, en *Giurisprudenzapenale.com*, 20 julio 2025; en el mismo sentido, Trib. Biella, ord. 16 octubre 2024, *ibid.*, junio 2025; Trib. Firenze, ord. 30 mayo 2025, Giud. Mancuso, *ibid.*, 27 junio 2025.

48 Para un encuadre más amplio de la perspectiva aquí sostenida, véase Mongillo (2023c, pp. 24 y ss.). Resulta incontestable la observación de Nieto Martín (2023b, p. 21), según la cual la prevención de conductas delictivas en el seno de una organización constituye una operación más compleja que, por ejemplo, la relación entre la imprudencia de conductor y la muerte ocasionada en un accidente de tráfico. Por esta razón, el intento de la *Cassazione* italiana, en el caso *Impregilo*, de utilizar la teoría del delito culposo para explicar la responsabilidad penal de la persona jurídica conduciría —según el autor— “a resultados inconsistentes teóricamente y además políticamente indeseables”: Nieto Martín (2023a, pp. 931 y ss.). Sin embargo, como aclararemos en el texto, la asimilación tendencial entre la infracción de la persona jurídica y el delito imprudente (o teoría de la imputación objetiva) no implica de manera ineluctable la rendición a semejantes simplificaciones incongruentes.

mentionado “hecho de desorganización”) podrá referirse, normalmente en interacción sinérgica, tanto a medidas específicamente orientadas a la prevención de un cierto tipo de delito, como a mecanismos organizativos de alcance más transversal, pero igualmente cruciales para crear un contexto operativo capaz de obstaculizar de manera incisiva la perpetración de delitos⁴⁹. Baste considerar, desde esta última perspectiva, la importancia de un órgano de vigilancia (en el lenguaje legislativo italiano, “*organismo di vigilanza*”) con autoridad, plenamente independiente y constantemente operativo; de una buena formación y sensibilización sistemática del personal; de un claro *commitment* de la alta dirección y de los directivos de sector (*process owners*, en el lenguaje empresarial); de canales de denuncia o *whistleblowing* que funcionen eficazmente y sean fácilmente accesibles; de un sistema disciplinario coherente y realmente aplicado; de la constante actualización del modelo a la luz de las evoluciones normativas y empresariales, etc. Todos estos componentes constituyen elementos esenciales de un *compliance program* efectivo y eficaz, que no se agota en la simple regla cautelar incorporada en un protocolo decisional, por más que —en última instancia— sean precisamente los protocolos relativos a la formación y ejecución de las decisiones empresariales los que representen el núcleo de la prevención adecuada. Desde esta perspectiva, la sentencia *Impregilo* presenta algunas ambigüedades y puntos críticos, pero ello —lo reiteramos— no impone en absoluto el repudio del esquema de la imputación objetiva como parámetro reconstructivo de la infracción de la entidad. Más bien, este debe adaptarse a la fisonomía propia de una responsabilidad referida a contextos pluripersonales y a una acción colectiva organizada.

Con todo, y pese a los límites señalados, es preciso reconocer que los progresos alcanzados en este punto por la jurisprudencia han sido notables, especialmente si se los compara con el falaz automatismo del *post hoc, propter hoc* (delito *ergo inidoneidad del modelo*) que imperaba en las primeras aplicaciones jurisprudenciales.

9. El problema de la escasa determinación legal de las cautelas preventivas y la consecuente imprevisibilidad del control de idoneidad del modelo organizativo

Un mérito adicional debe reconocerse al legislador italiano: el de haber intentado llenar de contenido

la, por lo demás, evanescente fórmula de la “culpa de organización”, acuñando el instituto del modelo de organización, gestión y control. De este modo incentivó la inversión en *compliance* y fijó, al mismo tiempo, con mayor precisión el *thema probandum* en los procesos a cargo de la persona jurídica: no una inasible, impersonal cultura organizativa (o un inexpresable “carácter corporativo”) desviada, sino la falta de adopción o la ineficaz aplicación de un instrumento organizativo realmente susceptible de verificación judicial en el contradictorio entre las partes.

A pesar de este esfuerzo, sin duda loable en comparación con otros ordenamientos⁵⁰, debe reconocerse que el principal punto de fragilidad del entramado normativo está representado precisamente por la escasa precisión de los parámetros de idoneidad del modelo organizativo. Este no es *uno de los* problemas, sino *el problema par excellence* en los ya veinticuatro años de vigencia del decreto, en el origen de la insuficiente previsibilidad de las decisiones judiciales acerca de la adecuación de los programas de cumplimiento penal eventualmente elaborados por las empresas sometidas a procedimiento⁵¹.

Evidentemente, no se trata de un dilema únicamente italiano, sino que involucra a todos los ordenamientos que basan la responsabilidad de la persona jurídica en un requisito de “defecto de organización” o, en todo caso, que valoran la adopción de sistemas de gestión del riesgo-delito.

La culpa es, de por sí, un concepto sumamente poroso. Cuando se refiere a la entidad colectiva, el problema se amplifica por la extrema variedad de las organizaciones, de los sectores productivos y de los ámbitos de riesgo en los que puede incubar el delito, de modo que no resulta en absoluto sencillo fijar, solo por vía legislativa, el umbral del *riesgo permitido* para cualquier tipología colectiva y para cada figura delictiva. Pero tampoco sería razonable dejar esta delimitación enteramente al “hágalo usted mismo” de las empresas o al intuicionismo fluctuante del juez.

Los parámetros de idoneidad del modelo organizativo delineados en el art. 6, párr. 2, resultan muy elásticos y carecen de un concreto contenido preventivo. La culpa de la persona jurídica, que *primo visu* parecería “específica” por inobservancia de reglas escritas, en realidad lo es solo “tendencialmente”⁵², ya que revela,

49 En la terminología de Nieto Martín (2023b, p. 23), la “infraestructura ética” o, según el léxico consolidado entre los estudiosos y los profesionales del control interno empresarial, el “entorno de control”.

50 Basta comparar el tenor interno con el, del todo indeterminado, del art. 102, apartado 2, del Código Penal suizo, en el que se recurre a la fórmula vacía de las “medidas organizativas razonables e indispensables para impedir un delito semejante”.

51 Que este represente el dilema de fondo lo atestiguan asimismo la magnitud y la difusión de los estudios dedicados a la cuestión: en una literatura italiana no resumible en esta sede, véanse al menos, en orden cronológico-alfabético, De Vero (2008, pp. 172 y ss.); Piergallini (2010, pp. 153 y ss.); Piergallini (2011, pp. 46 y ss.); Fidelbo (2011, pp. 55 y ss.); Fiorella (2013, pp. 359 y ss.); Mongillo (2011, pp. 69 y ss.); Gullo (2020, pp. 254 y ss., 267 y ss., 272 y ss.); Mucciarelli (2024, pp. 479 y ss.). En la producción monográfica, con un análisis comparatista en profundidad, Sabia (2022, pp. 127 y ss., 273 y ss.).

52 Hemos optado, en el marco de una taxonomía con trasfondo comparatista, por este predicado más matizado en Mongillo (2018, pp. 285 y ss.).

en sus mecanismos reconstructivos, muchos rasgos de la llamada culpa “genérica”⁵³.

No debe olvidarse, además, que un elemento distintivo de la experiencia italiana está constituido por la previsión legislativa del órgano de *vigilancia*, que ha permanecido —esta sí— como una especificidad prácticamente exclusiva en el panorama internacional. De hecho, incluso España y los países de América Latina que han adoptado este componente del sistema precautorio lo han declinado como *encargado de prevención de delitos*, en términos más afines al *compliance officer* de origen anglosajón⁵⁴.

¿Cómo se ha intentado, entonces, conjugar la objetividad del parámetro de cumplimiento con las exigencias de elasticidad y adaptabilidad a la organización concreta? Desde este punto de vista, el sistema delineado por el Decreto Legislativo 231/2001 ha evolucionado en el signo de una *flexibilidad estructurada*, fundada en un aparato de reglas “multinivel”, que podríamos representar gráficamente como un *sistema de círculos concéntricos*.

Con un margen de inevitable estilización, podemos distinguir, en el plano de los contenidos:

(i) un *núcleo central* de *hard law*, constituido por reglas imperativas aunque (como se ha dicho) muy elásticas, que fijan los requisitos mínimos generales y los objetivos esenciales del modelo de prevención del riesgo de comisión de los delitos mencionados en la “parte especial” del Decreto (arts. 6 y 7 del Decreto Legislativo N.º 231/2001), los cuales hoy se encuentran legalmente especificados únicamente en materia de salud y seguridad en el trabajo (art. 30 del Decreto Legislativo N.º 81/2008);

(ii) un *círculo intermedio* de *soft law*, que consta de indicaciones, reglas y directrices más puntuales, pero no vinculantes y por ello más maleables y fácilmente actualizables, además de —en su caso— mejorables por cada empresa con medidas consideradas más adecuadas a la situación concreta. En nuestro sistema se trata de las directrices emanadas las asociaciones representativas de las empresas (“códigos de conducta”) y comunicados al Ministerio de Justicia “que, de

concierto con los Ministerios competentes, podrá formular, en el plazo de treinta días, observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir los delitos” (art. 6, párr. 3, Decreto Legislativo N.º 231/2001);

(iii) un círculo externo ocupado por la denominada *best practice*, es decir, por las mejores prácticas, fundadas en un saber científico-experiencial estabilizado y, por tanto, elevado, sobre bases consuetudinarias, a la categoría de parámetro exigible (aunque no positivizado), que el juez debería luego reconocer como “vigente” al tiempo de la conducta, sin “crear” *a posteriori* las reglas de cuidado, valorizando conocimientos sobrevenidos de manera sustancialmente retroactiva.

De este entramado normativo multinivel se nutre el modelo organizativo *in action* que la organización empresarial deberá confeccionar —como un traje a medida— en función de sus características peculiares: dimensión⁵⁵, tipo de actividad, área geográfica, evolución diacrónica, naturaleza pública o privada, etc.

¿Se trata de un diseño ideal o perfecto en términos de certeza jurídica? Tal vez no. Sin embargo, en el estado actual, aparece como el único practicable —aunque perfeccionable de *lege ferenda*— dentro de un sistema que aspira a ser, al mismo tiempo, normativamente fundado y funcionalmente eficaz, también en términos de adaptabilidad y de responsabilización.

10. ¿Existen alternativas más satisfactorias? Las insidias del paradigma “subjetivista” de valoración judicial de la responsabilidad de la persona jurídica

¿Cuál sería la única alternativa real para suplir la (parcial) indeterminación legislativa del concepto de defecto de organización? Renunciar a una *culpa objetivo-normativa* de la entidad para replegarse en una *culpabilidad organizativa marcadamente subjetiva*, que toma forma y debe constatarse caso por caso en el proceso por obra del juez⁵⁶. Una perspectiva semejante comportaría un radical desplazamiento axiológico: El ideal de la autorregulación empresarial acabaría por absolutizarse en perjuicio del principio de legalidad y de la necesaria predeterminación de las medidas preventivas debidas⁵⁷. En tal juicio ex

53 En el léxico jurídico-penal italiano se indica con la expresión “*colpa generica*” la violación de un deber general de diligencia, que se distingue de la llamada “*colpa specifica*”, referida a la infracción de reglas expresamente previstas por normas jurídicas, reglamentos o disposiciones técnicas (*cfr.* art. 43 del Código Penal). Según Fiorella (2010), la extrema elasticidad de los criterios de juicio enumerados por la ley hace que “la constatación de su violación no difiere[a] sustancialmente de la de la violación de una norma de mera y genérica diligencia característica de la llamada culpa genérica”.

54 Detalladamente, véase Mongillo (2018, pp. 148 y ss.); Valenzano (2020, pp. 446 y ss.).

55 Sobre los problemas y las perspectivas de la *compliance* en las empresas menores, permitaseme remitir al siguiente estudio: Mongillo (2023d, pp. 1 y ss.).

56 En general, sobre la distinción entre conceptos objetivo-normativos y subjetivo-normativos, *cfr.* Engisch (1967, pp. 162 y ss.).

57 Aun apreciando la sensibilidad y la amplitud de horizontes que animan la posición de Nieto Martín (2023b, pp. 24 y ss.), y compartiendo la exigencia de un análisis profundo y personalizado de los riesgos por parte de cada organización, así como de una evaluación judicial de la eficacia de los programas de cumplimiento que tenga en cuenta también el principio de proporcionalidad y los conocimientos transmitidos por la llamada *behavioral compliance*, consideramos, sin embargo, que su postura insiste en exceso en la senda de la *autonomación*, sacrificando la necesidad de una razonable predeterminación de los parámetros de diligencia organizativa. Al recorrer la pendiente de un “deber subjetivo de cuidado” forjado por cada destinatario, el control judicial corre el riesgo de volverse completamente aleatorio e incompatible con un concepto de “responsabilidad” penal o punitiva que debe ser constatada conforme a las reglas propias de un Estado de derecho.

post sobre la actuación preventiva de la entidad colectiva se agotaría la afirmación o la exclusión de su responsabilidad derivada de delito.

Según esta lógica, ni la empresa ni la autoridad judicial dispondrían de auténticos parámetros legales “pre-constituidos” para orientar —respectivamente— las elecciones organizativas *ex ante* y las valoraciones judiciales *ex post*.

Se perfilaría, así, una *doble delegación estatal*: una a la entidad, y de hecho a sus consultores expertos encargados de identificar y estimar los riesgos (*risk assessment*) y de trazar autónomamente el modelo de *compliance* para contenerlos dentro de un umbral considerado, caso por caso, aceptable (*risk management*); y otra al juez, a quien correspondería la valoración en concreto, mediante una decisión subjetivo-personal; un juez que acabaría, de hecho, eligiendo de manera ampliamente autorreferencial un cierto modelo de cumplimiento, tal vez activando mecanismos de negociación junto al Ministerio Fiscal.

Este esquema de “co-construcción” del modelo de diligencia preventiva, descentralizada *ex ante* y judicialmente consolidada *ex post*, puede resultar sugestivo desde el punto de vista teórico, pero se revela —a decir verdad— insostenible en el plano sistemático, porque en la práctica deja fuera al poder legislativo o reglamentario. Concede, en cambio, un papel soberano, por un lado, a la “comunidad de expertos”, cuyo *know-how* tiende a veces a adquirir tintes casi esotéricos por la forma en que se custodia celosamente, y por otro, a “su majestad el juez”, investido de una discrecionalidad absoluta y disruptiva, aunque no necesariamente arbitraria o irracional, en todo caso capaz de incidir incluso en el fundamento justificativo de la responsabilidad y, por ende, en la punibilidad de la persona jurídica.

Tal planteamiento no difiere, en lo sustancial, de una disciplina legal que otorgara al juez la facultad de aplicar o no la consecuencia jurídica (“norma permisiva”). En la práctica, además, el juzgador se vería llamado no solo a responder de su propia concepción personal, sino también a asumir un papel de gestión del riesgo (definiendo *ex post* el modelo que la entidad está llamada a adoptar) o, al menos, de las reglas de gestión de este. A lo largo de esta pendiente, el parámetro de cumplimiento a observar corre el riesgo de transformarse en una figura evanescente, en una “nube” que cambia de forma con cada soplo de viento (o de procedimiento penal).

Verosímilmente, se abriría un escenario sembrado de decisiones contradictorias, renunciando a toda aspiración a la certeza jurídica. Pero ello representaría la negación más flagrante del punto de equilibrio entre eficiencia y garantías que con el Decreto 231 se ha intentado establecer.

Por otro lado, son las mismas empresas las que reclaman con creciente fuerza un marco normativo estable y una mayor rentabilidad jurídica de las inversiones en *compliance*, en sintonía con la tendencia internacional hacia la estandarización de las reglas de control interno (baste pensar en la creciente difusión de las normas ISO en una pluralidad de sectores de riesgo).

Diffícilmente, pues, una ampliación de la discrecionalidad en el juicio de culpabilidad de la entidad se traduciría —o sería percibida por los destinatarios— como expresión de un benévolo poder de indulgencia (*benignitas*). Al contrario, estallaría la impaciencia ante la incertidumbre del marco normativo de referencia, con resultados desincentivadores.

Algo distinto de la orientación marcadamente subjetivista hasta aquí criticada es la oportunidad —ya propuesta en otra sede⁵⁸— de tomar en consideración, dentro de una reconstrucción “bipartita” de la infracción *ex crimine* de la entidad colectiva, también un coeficiente de *exigibilidad subjetiva* del cumplimiento debido por parte de la empresa, en su dimensión concreta (la llamada “medida subjetiva” de la culpa de la persona jurídica).

Sin embargo, estas importantes exigencias de perfeccionamiento dogmático y político-criminal de la responsabilidad de la *societas* no eliminan la necesidad de un momento preliminar de valoración objetiva del defecto de organización, que debe realizarse conforme a reglas de diligencia reconocibles y cristalizadas *ex ante*, así como de comprobar el nexo de favorecimiento culposo entre el delito y la deficiencia organizativa. En realidad, lo más apremiante sigue siendo —por las razones antes expuestas— precisamente la de contener la discrecionalidad del juez dentro de límites compatibles con los principios del Estado de derecho y con las exigencias de razonable previsibilidad y calculabilidad de las consecuencias de las decisiones empresariales en la economía contemporánea. Es preciso asegurar, en la mayor medida posible, parámetros claros, cognoscibles *ex ante*, estables y coherentes.

A este respecto, también la ya mencionada sentencia *Impregilo bis* de la VI Sección de la Corte di Cassazione italiana imprimió un saludable revulsivo a un panorama aplicativo que se estaba enredando en un rigor asfixiante. En un caso de manipulación del mercado (*aggiotaggio*, art. 2637 Código civil) imputado como delito-presupuesto, el “juez de legitimidad” rehusó acertadamente las interpretaciones jurisprudenciales poco realistas, por ultra-cautelativas, de los deberes preventivos de la entidad. Censuró con firmeza la engañosa tesis según la cual la inidoneidad del modelo podría deducirse de la mera consumación del delito. Procuró revitalizar, como parámetro jurídico de referencia, aquello que estaba convirtiéndose paulatinamente

58 Mongillo (2018, pp. 429 y ss.; 2023c, pp. 25 y ss.; 2021, pp. 445 y ss.).

en un fantasma exangüe: las directrices emanadas por las asociaciones representativas de las empresas.

Al respecto, aclaró que, cuando la empresa se haya conformado a códigos de conducta positivamente verificados por el Ministerio de Justicia, "el juez estará obligado a exponer de manera singularizada las razones por las que, a pesar de ello, puede ser afirmada la "culpa de organización de la entidad, identificando la normativa sectorial específica, incluso de rango secundario, que considere vulnerada o, en su defecto, las prescripciones de la mejor ciencia y experiencia del ámbito productivo concreto de que se trate, de las cuales los códigos de conducta y el modelo conforme a ellos se hayan apartado, posibilitando de este modo la comisión del delito". *Breviter*: en caso de desconocimiento del valor normativo de las directrices examinadas positivamente por el Ministerio, recae sobre el juez una obligación de motivación reforzada, y a esta compresión de la discrecionalidad judicial corresponde una mejor posición procesal de la entidad cumplidora.

11. ¿Qué podemos realmente hacer?

A veinticuatro años de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 231/2001, la tarea central sigue siendo la de objetivar y hacer lo más previsible posible el contenido de la llamada "culpa de organización".

En esta perspectiva, dos líneas de intervención resultan prioritarias.

Por un lado, sería conveniente dotar a las directrices de mayor precisión y diferenciación en relación con los distintos sectores productivos, las dimensiones organizativas y los tipos de empresa. Piénsese, en particular, en la necesidad de desarrollar orientaciones específicas para las pequeñas y medianas empresas, para las empresas de participación pública, para los grupos societarios integrados, para las cadenas de suministro y para la gestión de las relaciones con los proveedores, etc. También sería deseable una participación más "democrática" en la elaboración de las recomendaciones, directrices, guías y otras normas no imperativas⁵⁹: conviene recordar, a este respecto, que en el extranjero la *soft law* es generalmente de fuente pública, emanada de instituciones gubernamentales o de autoridades independientes, por lo general la autoridad de supervisión del mercado financiero u

organismos asimilables a nuestra Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC). En el caso italiano, en cambio, las directrices son de matriz privada, mientras que el control ministerial ha asumido rasgos esencialmente burocráticos y poco incisivos⁶⁰. Solo en tiempos recientes se ha registrado una significativa inversión de tendencia, con la difusión de criterios-guía ministeriales dirigidos a las asociaciones de categoría para apoyar de manera más estructurada la redacción de los modelos organizativos⁶¹. Sin embargo, la prevalente dimensión privatística de la *soft law* italiana ha terminado por minar, de un lado, su autoridad en sede de evaluación judicial y, de otro, por desalentar la formulación —o mejor, la cristalización— y la actualización por parte de los entes asociativos de reglas más penetrantes y diferenciadas para áreas específicas de riesgo-delito, de modo que el cumplimiento penal quede al resguardo del ruido de innumerables y a menudo contradictorias voces.

Por otro lado, sería necesario hacer emerger las *buenas prácticas*, para favorecer la consolidación praxeológica de una plataforma compartida de medidas preventivas efectivas. Precisamente la ausencia de un patrimonio cognitivo ampliamente compartido y transparente ha alimentado las actitudes excesivamente rigurosas de la jurisprudencia y, por ende, la tendencia a forjar *ex post* la medida de diligencia debida, en lugar de derivarla de una plataforma nomológico-experiencial (eventualmente) preexistente. Al fin y al cabo, una vez cometido el delito, siempre resulta cómodo sostener —en la sala de un tribunal— que algo "más" o "distinto" se hubiera podido hacer en clave preventiva (el conocido sesgo del "lunes por la mañana"). Pero razonando así, la regla de diligencia se establece en realidad *ex post*, aunque el juez argumente como si hubiese sido conocida o cognoscible anticipadamente por una entidad-modelo prudente y diligente.

No parece, en cambio, que la solución a los problemas aquí analizados pueda provenir de mecanismos de certificación o validación preprocesal de los modelos, destinados a preconstituir una prueba legal vinculante⁶². De ello se habla en Italia desde hace unos quince años, pero esta opción ha sido recientemente descartada incluso por el único ordenamiento que la había experimentado hasta ahora, es decir, el chileno⁶³. Ello no quita que la certificación, cuando sea

59 Sobre la importancia de elevar el grado de democraticidad en la elaboración de las reglas de conducta de origen privado, a fin de superar la desconfianza que rodea su carácter parcial, cfr. Piergallini (2015, p. 266); así como Taveritti (2020, p. 1953).

60 Ya lo advirtió, hace más de una década, Fidelbo (2013, p. 177).

61 Ministero della Giustizia, *Criteri guida per la redazione di codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti*, 10 de febrero de 2025, que dedican particular atención al tema de la lucha contra la corrupción internacional.

62 En la historia de los sistemas procesales es bien conocida —y de larga data— la idea de contener el arbitrio judicial mediante la introducción de pruebas legales, es decir, medios de prueba dotados *ex lege* de un determinado valor vinculante, de modo que constituyan un contrapeso al poder discrecional del juez. En este modelo, el papel del juzgador resulta en parte reducido, al quedar constreñido por reglas preestablecidas que disciplinan no solo las modalidades de adquisición de la prueba, sino también su valor demostrativo. Llevada a sus últimas consecuencias, tal concepción conduce —en algunas épocas históricas— a una visión de la sentencia como un acto casi mecánico. Véanse, por ejemplo, las *preuves légales* previstas por la *Ordonnance* francesa de 1670, sobre la cual, Aimo (s. f., p. 20); de hecho, también en este caso, el arbitrio del juez distó mucho de ser eliminado.

63 La Ley de Delitos Económicos 21.595, promulgada el 7 de agosto de 2023 y publicada el 17 de agosto siguiente (vid. art. 50), al reformar —entre otros aspectos— el régimen chileno de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha suprimido del texto

seria y cualificada, pueda representar un apoyo útil a la acción preventiva de la empresa, utilizable —en su caso— también en sede judicial como instrumento que refuerza la credibilidad de las inversiones y de los esfuerzos realizados.

A nuestro juicio, sería más funcional —también en el plano de la claridad sistémica y de la previsibilidad aplicativa— recurrir legislativamente a *presunciones de conformidad iuris tantum* (es decir, refutables, pero con motivación “reforzada” por parte del juez) de los modelos desarrollados conforme a las normas técnicas (como las normas ISO y afines) o a las directrices más acreditadas en los distintos sectores. Estos mecanismos presuntivos forman parte de la tendencia al endurecimiento de la *soft law*, en el sentido de su progresiva integración funcional en el sistema de las fuentes vinculantes (*hard law*). A esta visión se inspira, en nuestro ordenamiento, el art. 30, inciso 5, del Decreto Legislativo N.º 81/2008, que ha introducido una presunción de “conformidad”, “para las partes correspondientes”, del modelo ajustado a determinadas reglas técnicas/estándares nacionales o internacionales: las *Directrices UNI-INAIL* para un sistema de gestión de la salud y seguridad en el trabajo del 28 de septiembre de 2001 o la norma *British Standard OHSAS 18001:2007* (a la que corresponde hoy la ISO 45001:2018⁶⁴). En cualquier caso, debe tenerse presente, por un lado, que la verificación de la efectiva implementación del modelo permanecería en plena disponibilidad del juez y, por otro, que incluso estos estándares internacionales no prescriben reglas preventivas y procedimientos puntuales, sino que se limitan a trazar la armazón de un posible modelo de *criminal compliance*, ofreciendo un esquema de *risk management* y una plataforma técnico-organizativa de la cual extraer, para cada área de riesgo tratada, los protocolos operativos adecuados.

Otra opción —igualmente digna de consideración— podría consistir en la elaboración, por parte de un organismo público o privado a designar, de “modelos” y “protocolos piloto”, válidos como referencia orientadora para las empresas y accesibles también mediante instrumentos de apoyo operativo. Dicho organismo podría desempeñar un papel de *cooperative compliance*, ofreciendo actividades de asesoría, orientación e

incluso consultas preventivas, con especial atención a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas, que a menudo encuentran mayores dificultades para afrontar de manera autónoma el diseño de los modelos⁶⁵.

Ninguna solución es, obviamente, una panacea. Sin embargo, creemos que existen amplios márgenes para una evolución más prudente y racional del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, *in primis* respecto de lo que constituye su elemento neurálgico: la estrategia de la prevención mediante una organización adecuada.

12. Algunas consideraciones de orden procesal

Nuestras últimas reflexiones conciernen al derecho procesal de la persona jurídica.

Hoy se reclama desde varios sectores una mayor discrecionalidad también en el ejercicio de la acción punitiva frente a la persona meta-individual o en la conclusión de acuerdos extrajudiciales entre Fiscalías y empresas.

En la praxis operativa del Decreto Legislativo N.º 231/2001, a decir verdad, ya ha aflorado una tendencia subrepticia hacia una discrecionalidad que no vacilamos en calificar como *contra legem*, puesto que llega a involucrar incluso la mera anotación de la infracción, antes aún de su formal imputación a la entidad colectiva.

Piénsese, además, en el “trueque” opaco que en ocasiones se practica en el despacho del fiscal con el abogado de la entidad, por ejemplo, prometiendo la inacción a cambio de conductas reparadoras.

Todavía más problemática resulta la práctica —registrada en algunos casos— de utilizar de manera instrumental el art. 8 del Decreto Legislativo N.º 231/2001⁶⁶ para alcanzar un acuerdo de conformidad con la organización, evitando al mismo tiempo cualquier exposición de las personas físicas, a través de una *fictio* de imposibilidad de identificación que, en realidad, había sido descartada desde el inicio por decisión investigativa⁶⁷. Esto, evidentemente,

legislativo el instituto de la certificación, previendo su sustitución por la obligación, para las empresas que hayan adoptado un sistema de prevención de delitos, de someterse a “evaluaciones periódicas por parte de terceros independientes y mecanismos de mejora o actualización sobre la base de dichas evaluaciones”: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1195119&idParte=10449671>. Sobre este punto, Hernández Basualto (2023, pp. 17 y ss.), según el cual la supresión de la regulación original sobre certificación de modelos obedece al propósito de evitar un formalismo estéril y la transformación de la prevención en una mera *check-list* ritual. Ello no implica, sin embargo, desconocer la importancia de contar con evaluaciones periódicas serias y creíbles, que en la visión de la ley se aseguran cuando están a cargo de terceros independientes. En este nuevo marco, las antiguas entidades certificadoras pueden seguir desempeñando esa labor, pero sin un *status* especial, dependiendo únicamente del peso que otorguen la seriedad y el rigor de sus evaluaciones (p. 55).

64 Para Italia, UNI EN ISO 45001:2023.

65 Sobre esta propuesta —formulada originalmente por Piergallini (2013, esp. pp. 866 y ss.; 2022a, pp. 867 y ss.)— véanse, para desarrollos recientes, no sin señalar algunas problemáticas de aplicación, Sabia (2022, pp. 159 y ss., 315 y ss.).

66 Art. 8: “1. La responsabilidad de la entidad colectiva subsiste también cuando: a) el autor del delito no ha sido identificado [...]”.

67 Observaciones críticas a esta discrecionalidad oblicua de la acción penal o punitiva, que, mediante un uso instrumental del art. 8 del d.lgs. N.º 231/2001, conduce a acuerdos de conformidad “anticipados” para la persona jurídica con el fin de ingresar sumas en beneficio del Erario, dejando “silenciosamente” indemnes a las personas físicas, Donini (2018, p. 603); de modo similar, Mongillo (2018,

no constituye discrecionalidad judicial, sino una aplicación *extra ordinem*, por ahora esporádica y accidental, pero que, si llegara a consolidarse como praxis generalizada, podría configurar una verdadera “política penal judicial”, en la definición de Alfonso M. Stile: “El ejercicio del poder discrecional no conforme a la ley, en general por el prevalecer de fines distintos de aquellos para los cuales el poder fue conferido” (Stile, 1976-1977, p. 279), o, podríamos añadir, por atribuir un peso selectivo y absorbente a ciertos fines en detrimento de otros.

Una deriva semejante —aunque animada por finalidades a veces comprensibles en el plano práctico— debe ser contrastada. No necesitamos una política penal judicial que supla la ausencia de una política penal legislativa racional. Lo que se requiere es llevar a cabo en su integridad el diseño trazado por el legislador, por más que —como se ha dicho— resulte ciertamente susceptible de perfeccionamiento de *iure condendo*.

Con los artificios arriba mencionados, se han importado de manera subrepticia y sin expresa trasposición legal los *deferred prosecution agreement* estadounidenses, a través de los cuales los fiscales se convierten en árbitros absolutos de la imputación contra la entidad.

Es preciso guardarse de formas de americanización espuria de los sistemas continentales de justicia penal, muy distintos —por historia, principios y garantías— del estadounidense: el riesgo de rechazo del injerto sería altísimo. Las alternativas *made in USA* al proceso reflejan una justicia opaca y “monetizada”, que por razones de supuesta eficiencia malvende la legalidad procesal. Estas deberían estudiarse a fondo en todas sus patologías, entre las cuales no debe pasarse por alto la conocida permeabilidad entre las carreras de los *prosecutors* y las de los grandes *law firms*.

No obstante, las técnicas de *diversion* norteamericanas se han difundido a nivel global en los países de *common law* e incluso en un país de *civil law* como Francia (véase la *convention judiciaire d'intérêt public* introducida por la ley de 2016, la cual, no obstante, ha tenido al menos el mérito de reforzar el papel del juez, que en la justicia federal estadounidense sigue siendo meramente notarial). Ello es expresión tanto

de un reflejo imitativo como de la competencia entre Estados por conquistar un papel de primer orden en el lucrativo mercado del *enforcement* transnacional contra la corrupción. Así, se han visto incluso acuerdos extrajudiciales multilaterales destinados a resolver conflictos de jurisdicción; uno de ellos, relativo al gigante aeroespacial Airbus, involucró a Francia, Reino Unido y EE. UU. en 2020 en un pacto compartido sobre sanciones y obligaciones de *compliance*.

Estas formas de *diversión procesal* parecen distorsionadoras y de escasa utilidad. Los mismos resultados de descongestión procesal pueden obtenerse ya de *lege lata* mediante institutos como el procedimiento de conformidad (en Italia, *patteggiamento* o “aplicación de la pena a petición de las partes”; en el ámbito anglosajón, *plea bargaining*) y podrían incrementarse ulteriormente de *lege ferenda* a través de una revisión dirigida de su marco normativo⁶⁸. Podría objetarse que el modelo de la “negociación de la pena” acarrea un mayor estigma que los acuerdos preprocesales de matriz estadounidense, porque vehicula implícitamente la idea de una admisión de responsabilidad. Pero en el sistema 231, como se ha dicho, no hay *blaming*: hay función, el *pragma*, realizado con el apoyo de la amenaza sancionatoria⁶⁹.

Podría asimismo regularse la extensión a la empresa de formas de no punibilidad en presencia de conductas reparadoras *ex post*, siempre que se haya adoptado *ex ante* un modelo de *compliance* expresivo de un esfuerzo preventivo no ficticio ni meramente cosmético, aunque no del todo idóneo o eficazmente implementado.

La colaboración procesal de la entidad podría incentivarse también mediante la introducción de una atenuante *ad hoc* (como ocurre hoy en España), aunque sin albergar expectativas excesivas, tanto más en un sistema empresarial como el nuestro, y procurando evitar derivas premiales desmesuradas o intercambios impropios —al estilo norteamericano— entre informaciones aportadas y una salida facilitada del procedimiento. Un embrión de premialidad por la colaboración *post delictum* de la entidad ha aflorado, hasta ahora, en el ordenamiento italiano únicamente en el ámbito de la lucha contra la corrupción, con la reforma de 2019 (Ley N.º 3), pero en el marco de un aumento draconiano y manifiestamente irrazonable

p. 364, nt. 165), también aquí con consideraciones al margen del caso milanés *Credit Suisse*.

68 Por ejemplo, podría procederse a una plena emancipación del acuerdo de conformidad de la persona jurídica respecto de los límites de conformidad previstos para las personas físicas, extendiendo al mismo tiempo los márgenes de negociación también a las conductas reparadoras realizadas *post factum*. En general, en la doctrina española, sobre la figura de la conformidad, Cugat Mauri (2021, pp. 313 y ss.); Tomás-Valiente Lanuza (2025, pp. 183 y ss.).

69 Por otro lado, algunas regulaciones legislativas de los *deferred prosecution agreements*, en particular la contenida en el *UK Crime and Courts Act 2013, Schedule 17*, para 5, prevén que “En la declaración de los hechos del caso, que debe formar parte del *deferred prosecution agreement*, pueden incluirse admisiones por parte de la sociedad” (*in the statement of facts of the case that must form part of the deferred prosecution agreement, admissions on the company's part may be included*). Cfr., al respecto, Horder (2022, p. 13). Por el contrario, la *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP) prevista en el art. 41-1-2 del *Code de procédure pénale* francés, introducida por la *Loi Sapin II* (2016), permite a la persona jurídica evitar el proceso penal por determinados delitos (corrupción, blanqueo, etc.), mediante el pago de sanciones y la asunción de compromisos de *compliance*, resarcitorios y de otra índole, sin siquiera admitir formalmente su culpabilidad (*l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation*).

de los niveles de las sanciones interdictivas o inhabilitantes (art. 25, apartado 5-bis, del Decreto Legislativo N.º 231/2001)⁷⁰.

Finalmente, valdría la pena considerar también una articulación más sofisticada del aparato sancionatorio, con el fin de contrarrestar eficazmente la competencia de microsistemas alternativos como las medidas de prevención patrimonial previstas en el Código Antimafia. Podrían concebirse medidas centradas en la supervisión judicial, obligaciones de adopción o actualización del modelo organizativo, así como diversas técnicas de índole injuntiva, en sintonía con la lógica de una responsabilidad funcional y correccional.

13. El sistema de la responsabilidad *ex crimine* de la entidad como desafío cultural abierto

Hemos intentado poner de relieve cómo la discrecionalidad que impregna el Decreto Legislativo N.º 231/2001 —si se entiende correctamente— resulta funcional a los fines propios del sistema, mientras que la pseudo-discrecionalidad, que tiende a insinuarse como un río subterráneo en la praxis, corre el riesgo de aniquilar tales fines y comprometer la solidez del conjunto.

El equilibrio es frágil y, también en una perspectiva de reforma, exige vigilar con extrema cautela para no ceder a innovaciones que, aunque se presenten bajo la apariencia de normas favorables, acaben abriendo las puertas a una discrecionalidad sin límites. El riesgo concreto es que el arco de la legalidad se transforme en una cuerda demasiado tensa, destinada —tarde o temprano— a romperse. Baste pensar, en este sentido, en las propuestas de introducir causas de no punibilidad vinculadas a criterios absolutamente vagos e indeterminados y, por ello, sustraídos a toda posibilidad de control racional y verificable.

El Decreto Legislativo N.º 231/2001 ha representado, desde su origen, un verdadero *desafío* cultural. Ha exigido —y sigue exigiendo— un bagaje técnico más amplio por parte del jurista, pero también un profundo cambio de mentalidad en los operadores del derecho. A juzgar por la praxis, tal mutación de *habitus* mental no parece aún plenamente consolidada. Una parte significativa de jueces y fiscales continúa percibiendo esta nueva responsabilidad como un lastre procesal o, en todo caso, como un apéndice subalterno del modelo individualista de imputación penal, desprovisto de identidad autónoma y de función sistémica propia. Debería, en cambio, ser comprendida por lo que realmente es: un instrumento pragmático y racional, concebido para inducir a las empresas a la autoorganización preventiva y, en los

supuestos de falta de *compliance*, para activar una palanca sancionatoria fundada en criterios de efectiva responsabilidad organizativa y de incisivo estímulo a la reparación.

Si este experimento fracasara, ¿qué quedaría?

Quedaría, verosímilmente, por un lado, los excesos de la imputación penal individual —como lamentablemente dejan entrever también recientes orientaciones jurisprudenciales— y, por otro, las “tierras salvajes” de la prevención *praeter delictum*. Esta última constituye, como es sabido, un derecho desligado del delito y de sus reglas de imputación y comprobación, que se traduce en una suerte de *pseudo-tipo* puramente preventivo, capaz de burlarse, en la práctica, de la legalidad sustantiva y procesal, generando caos dogmático e incertidumbre sistemática. Las medidas en cuestión son, de hecho, la máxima expresión contemporánea del derecho preventivo aplicado a la “persona-empresa”: un derecho, podríamos decir —con licencia de la *boutade*— “a la Enrico Ferri⁷¹ convertido en jurista del derecho societario”. Un entramado normativo destinado no a juzgar, sino a *eliminar* la empresa incorregible vaciándola patrimonialmente (decomiso), a *inabilitar* aquella gravemente comprometida, a *sanear* y *reorganizar* la corregible o no excesivamente contaminada, a someter a *supervisión* la que haya sido ocasionalmente “perforada” por la infiltración criminal. Todo ello, sin embargo, fundado sobre el terreno incierto del indicio o, en la práctica, incluso de la mera sospecha.

Si se abraza por completo el dogma de la eficiencia —cuán real sea, está aún por demostrarse—, la desformalización acaba por hacer que las medidas de prevención sin condena resulten inevitablemente más atractivas y competitivas que el sistema delineado por el Decreto Legislativo N.º 231/2001. De este modo, la elección de la vía de intervención por parte de los órganos de *enforcement* se canaliza procesalmente según lógicas de mera oportunidad, dando origen a una discrecionalidad intra- e intersistémica que se difunde sin criterios orientadores ni límites selectivos o funcionales.

Cabe entonces preguntarse: ¿la escurrídiza “turboeconomía” contemporánea impone realmente módulos de *enforcement* tan desestructurados? ¿No sería más razonable interrogarse antes de entregarse por completo a una *pseudo-jurisdicción* que recuerda peligrosamente la gestión premoderna del crimen?

La respuesta no puede ser otra que un llamamiento a la medida: encauzar el impulso libertario de la discrecionalidad dentro de cánones normativos claros, para que no degenera en un arbitrio inquietante. Quizás

70 Detalles y severas críticas en Piergallini (2019, p. 537).

71 Enrico Ferri (1856-1929) fue uno de los grandes exponentes de la escuela positiva del derecho penal italiano, que sosténía la necesidad de fundamentar la responsabilidad penal en criterios científicos y sociológicos, desplazando el acento desde el hecho hacia la personalidad del autor y sus condiciones sociales.

se trate de una aspiración ingenua, quizás incluso romántica en los tiempos que corren. Pero seguimos prefiriendo la justicia del mercado al mercado de la justicia.

Lista de referencias

- Alessandri, A. (2010). *Diritto penale e attività economiche*. Il Mulino.
- Aimo, M. A. (1971). *Introduzione* [trad. de J.-P. Marat, *Disegno di legislazione criminale*]. Istituto Editoriale Cisalpino.
- Bartoli, R. (2020). Il criterio di imputazione oggettiva. En G. Lattanzi y P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti, vol. I: Diritto sostanziale* (pp. 171-190). Giappichelli.
- Bianchi, D. (2022). *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*. Giappichelli.
- Bricola, F. (1965). *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. 1. Giuffrè.
- Centonze, F. (2022). Il crimine dell'“attore decisivo”, i limiti della compliance e la prova “certa” della colpa di organizzazione. *Cassazione Penale*, 62(12), 4372-4383.
- Colacurci, M. (2022). *L'illecito “riparato” dell’ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*. Giappichelli.
- Cugat Mauri, M. (2021). La conformidad en los delitos socioeconómicos. En M. García Arán (ed.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica* (pp. 313-335). Tirant lo Blanch.
- De Francesco, G. (2023, 17 de abril). Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione. *La Legislazione Penale*. <https://www.lalegislazionepenale.eu/uno-sguardo-fugace-sulla-c-d-autonormazione-giovannangelo-de-francesco/>
- De Maglie, C. (2002). *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*. Giuffrè.
- De Simone, G. (2012). *Personae giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*. Edizioni ETS.
- De Simone, G. (2022). Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l’annosa vicenda Impregilo. *Giurisprudenza Italiana*, 74(12), 2758-2764.
- Di Giovine, O. (2020). Il criterio di imputazione soggettiva. En G. Lattanzi y P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti, vol. I: Diritto sostanziale* (pp. 203-214). Giappichelli.
- Di Martino, A. (1998). *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*. Giuffrè.
- Dolcini, E. (1979). *La commisurazione della pena. La pena detentiva*. CEDAM.
- Donini, M. (2018). Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. En C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile y G. L. Gatta (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II (pp. 603-620). Giuffrè.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico* (E. Garzón Valdés, trad.). Ediciones Guadarrama. (Obra original publicada en 1956).
- Engisch, K. (1970). *Introduzione al pensiero giuridico* (trad. Baratta, 4^a ed. alemana). Giuffrè.
- Feijoo Sánchez, B. (2024). Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión española y latinoamericana. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (4), 56-70.
- Ferrajoli, L. (2024). *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*. Laterza.
- Fiorella, A. (2006). Responsabilità da reato degli enti collettivi. En S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 5 (pp. 5101-5115). Giuffrè.
- Fiorella, A. (2010). La responsabilità amministrativa degli enti. En R. Pinza (ed.), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.Lgs. 231/2001* (pp. 31-48). Arel-PwC.
- Fiorella, A. y Selvaggi, N. (2018). *Dall’utile al giusto. Il futuro dell’illecito dell’ente da reato nello “spazio globale”*. Giappichelli.
- Fidelbo, G. (2011). La valutazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo. *Società*, 12(S), 55-64.
- Fidelbo, G. (2013). L’accertamento dell’idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale. En A. M. Stile, V. Mongillo y G. Stile (eds.), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma* (pp. 177-190). Jovene.
- Flick, G. M. (2025). *Il giudice e l’impresa. Economia e diritto: un rapporto difficile*. Il Sole 24 ORE.
- Fusco, E. y Paliero, C. E. (2022, 27 septiembre). L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo. *Sistema Penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/paliero-fusco-happy-end-saga-giudiziaria-caso-impregilo>
- Galán Muñoz, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch.

| Derecho penal económico y compliance |

- Galán Muñoz, A. (2023). Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 39-58.
- Gardner, J. (2001). Legal positivism: 5½ myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46(1), 199-227.
- Gullo, A. (2020). I modelli organizzativi. En G. Lattanzi y P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I: *Diritto sostanziale* (pp. 242-260). Giappichelli.
- Gullo, A. (2022). Compliance. En C. Piergallini y otros (eds.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 3 (pp. 1289-1305). Giuffrè.
- Hernández Basualto, H. (2023). Responsabilidad penal de las personas jurídicas luego de la Ley N° 21.595: cambios para la continuidad. En H. Hernández Basualto, G. Vargas Almonacid, O. Artaza Varela, R. Reyes Duarte y L. Rojas Morán (eds.), *La guía del compliance. Responsabilidad penal de las empresas. Modelos de prevención* (pp. 17-35). Thomson Reuters.
- Horder, J. (2022). *Ashworth's Principles of Criminal Law* (10^a ed.). Oxford University Press.
- Manacorda, S. y Centonze, F. (eds.). (2022). *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*. Springer.
- Manacorda, S. y Centonze, F. (eds.). (2023). *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti: dato empirico e dimensione applicativa*. Il Mulino.
- Maugeri, A. M. (2022). *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*. Giappichelli.
- Mongillo, V. (2018). *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*. Giappichelli.
- Mongillo, V. (2020). El decomiso de las ganancias de la corrupción en Italia: en busca de las garantías perdidas. En F. Noversa Loureiro y F. Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), *Corrupção: atas das Conferências Internacionais Corrupção Pública y Reforma Penal e Corrupção, Democracia e Direitos Humanos* (pp. 171-189). Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar.
- Mongillo, V. (2021). Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas. En *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un derecho penal humanista*, vol. 1 (pp. 431-448). Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.
- Mongillo, V. (2022). Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione: prospettive de iure condendo. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, (3-4), 559-585.
- Mongillo, V. (2023a). Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, (3-4), 515-539.
- Mongillo, V. (2023b). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia: puntos fuertes, problemas de aplicación y perspectivas de reforma. *Estudios Penales y Criminológicos*, 43, 21-54.
- Mongillo, V. (2023c). El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana. *La Ley Compliance Penal*, (14), 1-46.
- Mongillo, V. (2023d, 5 de julio). Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001: la sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni. *La Legislazione Penale*.
- Mongillo, V. (2025). Struttura, scopi e prospettive della prevenzione economico-aziendale antimafia. En A. Gullo y V. Mongillo (eds.), *Manuale della prevenzione economico-aziendale antimafia* (pp. 1-32). Giappichelli.
- Nieto Martín, A. (2023a). La eficacia de los programas de cumplimiento: apuntes a la luz de la última jurisprudencia italiana. En *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés* (pp. 931-950). Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2023b). La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración. *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 1-42.
- Nuvolone, P. (1959). Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 75, 223-245.
- Nuvolone, P. (1982). *Il sistema del diritto penale* (2^a ed.). CEDAM.
- OECD Working Group on Bribery. (2022, 13 octubre). *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention: Phase 4 Report, Italy*. OECD Publishing. https://www.oecd.org/en/publications/reports/2022/10/implementing-the-oecd-anti-bribery-convention-phase-4-report-italy_78b653a3.html
- Paliero, C. E. (2008). La società punita: del come, del perché, e del per cosa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 51(4), 1516-1538.
- Paliero, C. E. (2018). Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 61(3), 453-472.
- Paliero, C. E. (2021). Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 64(4), 1199-1221.

- Paliero, C. E. (2023). Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze. *Cassazione Penale*, 63(10), 3346-3355.
- Paliero, C. E. y Piergallini, C. (2006). La colpa di organizzazione. *Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, (3), 167-180.
- Paliero, C. E., Viganò, F., Basile, F. y Gatta, G. L. (eds.). (2018). *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II. Giuffrè.
- Pellegrini, L. (2025). *Sanzione pecuniaria e responsabilità degli enti. Modelli strutturali, tecnica premiale, funzionalismo ed effettività riscossiva*. Giappichelli.
- Piergallini, C. (2010). La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato. En G. Lattanzi (ed.), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed. (pp. 153-174). Giuffrè.
- Piergallini, C. (2011). Il modello organizzativo alla verifica della prassi. *Società*, 12(S), 46-54.
- Piergallini, C. (2013). Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001), parte II. *Cassazione Penale*, 53(5), 866-875.
- Piergallini, C. (2015). Autonormazione e controllo penale. *Diritto Penale e Processo*, 21(2), 161-174.
- Piergallini, C. (2019). Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti. *Diritto Penale e Processo*, 25(5), 537-552.
- Piergallini, C. (2022a). Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti. *Diritto Penale e Processo*, 28(7), 867-879.
- Piergallini, C. (2022b, 27 junio). Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo". *Sistema Penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/piergallini-nota-cass-23401-2022-caso-impregilo>
- Piergallini, C. (2023). L'uso obliquo della colpa di organizzazione: ripensamenti e regressioni. *Cassazione Penale*, 63(10), 3356-3364.
- Reich, R. B. (2007). *Supercapitalism: The transformation of business, democracy, and everyday life*. Alfred A. Knopf.
- Sabia, R. (2022). *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi: esperienze comparate e scenari di riforma*. Giappichelli.
- Sabia, R. (2024). Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione): la Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento delineata nel caso "Impregilo bis". *Giurisprudenza Italiana*, 76(2), 413-420.
- Sebok, A. J. (1995). Misunderstanding positivism. *Michigan Law Review*, 93(8), 2054-2074.
- Severino, P. (2018). La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali. En C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile y G. L. Gatta (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II (pp. 1116-1130). Giuffrè.
- Stile, A. M. (1971). *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*. Jovene.
- Stile, A. M. (1976-1977). Discrezionalità e politica penale giudiziaria. *Studi Urbinate*, 50(3), 275-300.
- Taveritti, S. B. (2020). Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 63(4), 1931-1954.
- Taveritti, S. B. (2025). *L'autocontrollo penale. Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*. Giuffrè.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2024). Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 183-241. <https://indret.com/justicia-negociada-a-cualquier-precio/>
- Torre, V. (2023). *La "capacità di pena" della persona giuridica*. Pacini Giuridica.
- Valenzano, A. S. (2020). *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*. Jovene.
- Viganò, F. (2025, 1 julio). Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti. *Sistema Penale*. <https://www.sistemapenale.it/>
- Villani, E. (2016). *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*. Jovene.