

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022)	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “societas delinquere non potest”

Luigi Foffani

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: Luigi Foffani

Adscripción institucional: Universidad de Módena y Reggio Emilia

Title: 25 years of *Revista Penal* and criminal policy: the decline of the “societas delinquere non potest” principle

Sumario: I. Introducción. II. El modelo europeo de responsabilidad de las personas jurídicas. III. El modelo “latino” (Italia y España). IV. El modelo “germánico” (Austria y Alemania). V. La influencia del modelo europeo en América Latina: ¿hacia una globalización del compliance y de la responsabilidad de las personas jurídicas?

Summary: Introduction. II. The European model of liability of legal persons. III. The “Latin” model (Italy and Spain). IV. The “Germanic” model (Austria and Germany). V. The influence of the European model in Latin America: towards a globalization of compliance and the responsibility of legal entities?

Resumen: Desde hace 25 años se ha ido estableciendo en Europa un modelo de responsabilidad ex crimine de las personas jurídicas a partir de conductas de sus directivos o subordinados en provecho de estas. En Italia y España, este modelo —que se va extendiendo también en América Latina— se ha visto enriquecido con el concepto de “culpabilidad de organización”, fundado sobre la inexistencia de adecuados modelos de organización y gestión para la prevención de los delitos. Más recientemente también en Alemania se ha puesto en marcha un proyecto de reforma para la introducción de una nueva forma de “responsabilidad de empresa” entre el penal y el administrativo.

Palabras clave: responsabilidad de las personas jurídicas, modelos de organización, Derecho comparado, política criminal europea

Abstract: For 25 years, a model of ex crimine liability of legal persons has been established in Europe, based on acts committed by their managers or employees for the benefit of the corporation. The Italian and Spanish model is spreading through Latin America and has been enriched by the concept of “corporate culpability”, has been enriched by the concept “organizational culpability”, based on the lack of adequate organizational and management models for crime prevention. More recently, a reform project has also been launched in Germany for the introduction of a new and intermediate form of “corporate responsibility”;

* Versión reelaborada de la contribución presentada para el Libro Homenaje a Ignacio Berdugo. between criminal and administrative.

Keywords: liability of legal persons, compliance programs, comparative law, European criminal policy

Rec.: 01/06/2022 **Fav.:** 07/06/2022

I. INTRODUCCIÓN

Para celebrar los 25 años de vida de la *Revista Penal*, una revista que ha establecido un canal de comunicación fundamental entre Europa y América Latina en todo lo que se refiere a la evolución de los sistemas penales entre las dos orillas del Océano Atlántico, creo que es especialmente adecuado tratar la cuestión de la génesis y extraordinaria difusión en el último cuarto de siglo de una nueva forma de responsabilidad de las personas jurídicas derivada del delito, fundada en la llamada “cultura del *compliance*”. Se trata de un movimiento de reforma que ha marcado de forma indeleble los últimos 25 años de la política criminal, generando una gran cantidad de reformas tanto en Europa como en América Latina, de las cuales se ha dado puntual referencia también en la rúbrica *Sistemas penales comparados* de la *Revista Penal*¹.

Con este concepto, estoy haciendo referencia al modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que, con independencia de lo que históricamente ha tenido lugar mucho antes en el mundo jurídico anglosajón de la *common law*, se ha forjado en Europa y en otras regiones del mundo (en primer lugar, el subcontinente latinoamericano) a través de las múltiples iniciativas político-criminales promovidas por la Unión Europea, el Consejo de Europa, la OCDE y la misma ONU; iniciativas político-criminales que —siguiendo un *leitmotiv* que ha devenido sistemático a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo XX— han pedido a los Estados nacionales que hagan responsables a las personas jurídicas (en especial a empresas y sociedades mercantiles) de un cada un abanico cada día mas amplio de fenómenos criminales (a partir de la corrupción internacional).

II. EL MODELO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Si hay una fecha que marca el principio de este camino, esta es el 19 de junio de 1997: con la adopción del II Protocolo del Convenio para la protección de los intereses financieros europeos², la Unión Europea se compromete por primera vez a pedir a los Estados miembros que hagan responsables a las personas jurídicas de hechos criminales (básicamente actos de co-

rrupción y fraudes de subvenciones) realizados en su beneficio por parte de personas físicas que actúen el marco de la organización de la persona jurídica. Esta primera iniciativa europea tuvo tanta fuerza por encontrarse acompañada desde el principio por una serie de iniciativas paralelas de otras agencias internacionales —desde el Consejo de Europa a la OCDE hasta las Naciones Unidas (en especial con las numerosas iniciativas anticorrupción promocionadas en torno al cambio de siglo)³— y seguidas por una autentica oleada de iniciativas político-criminales por parte de la Unión Europea en los últimos 25 años.

Se ha tratado de iniciativas que han tenido orígenes y objetivos absolutamente heterogéneos, pero todas unidas por una idéntica petición a los Estados miembros para que hagan responsables a las personas jurídicas con relación a los distintos fenómenos criminales tratados en cada momento: desde la lucha contra el terrorismo hasta la lucha contra la criminalidad organizada, desde la corrupción pública o privada hasta la trata de seres humanos, desde el turismo sexual hasta las mutilaciones genitales femeninas, desde los abusos de mercado hasta los delitos contra el medio ambiente, todas las iniciativas político-criminales adoptadas por la Unión Europea a lo largo de los años se han caracterizado por el hilo conductor representado por la responsabilidad de las personas jurídicas, que se ha elevado a instrumento característico, irrenunciable y fundamental de la política criminal europea.

¿Es posible entonces hablar de un modelo europeo (en el sentido de modelo de la Unión Europea) para la responsabilidad de las personas jurídicas? En mi opinión sí, aunque se trate de un modelo extremadamente esencial y conscientemente carente de algunos atributos fundamentales de orientación de la política criminal, empezando por la *vexata quaestio* de la naturaleza de la responsabilidad⁴.

Buen conocedor de la extrema variedad de orientaciones y tradiciones culturales y constitucionales relacionadas con este problema en el continente europeo, el legislador europeo (si así podemos y queremos definirlo) se abstiene conscientemente de establecer líneas guías sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas que se requiere introducir a los Estados miembros. Mientras que siempre se preten-

1 Cfr. *Rev. Pen.*

2 Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Acto del Consejo de 19 de junio de 1997, DOCE, 19.7.97, N° C 221/11 y ss.

3 Véase, por todos, el Convenio ONU de Mérida de 2003 para la lucha contra la corrupción.

4 Parcialmente diferente fue el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas propuesto en los mismos tiempos por el Proyecto del Corpus Juris (Art. 13) y por el Libro verde para la protección de los intereses financieros comunitarios y para la creación de una Fiscalía europea (Bruxelles, 11.12.2001), donde se hablaba de una “*criminal liability of organisations*”. Cfr. M. DELMAS-MARTY/J. VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

de responsabilidad y sanciones “penales” en el sentido estricto de la palabra para las personas físicas responsables de los hechos criminales contra los que se pide a los Estados miembros que combatan, para las personas jurídicas el requerimiento europeo es mucho más flexible: se pide una “responsabilidad” sin adjetivos (Art. 3 del Segundo Protocolo de 1997) y sanciones y medidas que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (Art. 4).

Por lo demás, las líneas guías del modelo europeo son muy sintéticas y esenciales:

- a) Se pide, en primer lugar, a los Estados miembros que adopten todas “las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas [“con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”: Art. 1, letra d] puedan ser consideradas responsables” por determinados delitos (en el caso del Segundo Protocolo del Convenio PIF se trataba exclusivamente del “fraude”, de la “corrupción activa” y del “blanqueo de capitales”) (Art. 3.1).
- b) Ni la responsabilidad ni las sanciones a las personas jurídicas encuentran una definición de su naturaleza jurídica: se remite a los Estados miembros la opción entre sanciones penales, administrativas o eventuales sanciones de otro tipo.
- c) La responsabilidad de las personas jurídicas presupone en este modelo solo que los delitos hayan sido “cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica” (basado en un poder de representación, de asunción de decisiones o de ejercicio de control en el marco de la persona jurídica), o también por parte de un simple subordinado, cuando la comisión del delito haya sido posible por una “falta de vigilancia o control” por parte de las personas físicas investidas de cargos directivos (Arts. 3.1 y 2).
- d) No obstante su indefinida naturaleza jurídica, las sanciones a las personas jurídicas son bien descritas en su identidad específica: en primer lugar “multas de carácter penal o administrativo”, pero también “otras sanciones”, tales como la “exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas”, la “prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales”, la “vigilan-

cia judicial” y “medida judicial de disolución”, además del embargo y la confiscación de los medios y productos del delito (Arts. 4 y 5).

- e) Y, finalmente, “la responsabilidad de las personas jurídicas [...] se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas” responsables de los delitos cometidos (Art. 3.3)⁵.

Como se puede ver, se trata de un modelo especialmente “ligero” y flexible, que puede ser orientado en diferentes direcciones y que deja un amplísimo margen de maniobra a los Estados miembros de la UE. El único criterio general de imputación es la actuación “en provecho” de la persona jurídica, mientras que la “falta de vigilancia o control” solo es relevante cuando la persona física responsable del delito sea un subordinado en el marco de la estructura organizativa de la persona jurídica.

Este modelo se ha afirmado y consolidado rápidamente y desde el principio ha sido replicado en términos casi literalmente idénticos en una serie de iniciativas político-criminales cada día más numerosas en los sectores más variopintos y con los objetivos más heterogéneos: en una primera fase, convenios y acciones comunes, después del Tratado de Ámsterdam, decisiones marco, y después del Tratado de Lisboa, directivas.

La responsabilidad de las personas jurídicas es el auténtico y único *leitmotiv* de la política criminal europea y representa al mismo tiempo el éxito más significativo de esta política criminal, si solo se piensa en la rápida y sorprendente difusión de nuevas e inéditas formas de responsabilidad de las personas jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea.

Desde 1997 hasta hoy este modelo de responsabilidad de las personas jurídicas se ha mantenido prácticamente idéntico en su expresión literal, como una fórmula estándar. Si comparamos por ejemplo la formulación del Segundo Protocolo del Convenio PIF de 1997 (Arts. 3 y 4) con la más reciente Directiva —de 20 años posterior— sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión⁶ (Arts. 6 y 9), nos damos fácilmente cuenta de cómo las modificaciones realizadas han sido muy reducidas y de naturaleza casi exclusivamente estilística.

Las sanciones que se trata de aplicar siguen siendo definidas como “efectivas, proporcionadas y disuasorias”; y junto con las “multas de carácter penal o administrativo” aparece en el abanico de las “otras sanciones” indicadas, como ejemplos, también la “ex-

⁵ Todos los artículos citados se refieren al Segundo Protocolo del Convenio PIF de 1997 (*supra*, nota 1).

⁶ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, en DOUE, 28.7.2017, L 198/29 y ss.

⁷ Una leve modificación estilística aparece solo en la versión alemana de la directiva, donde ya no se habla de sanciones “adecuadas” (“angemessen”), sino “proporcionadas” (“*verhältnismäßig*”).

clusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública” y el “cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal” (Art. 9, letras b y f). La “prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales” se define ahora como “inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales” y la “vigilancia judicial” asume ahora el nuevo nombre de “intervención judicial”. En lugar del “embargo” y “confiscación” de los medios y productos del delito se habla ahora de “embargo preventivo y decomiso” (Art. 10).

En síntesis: se trata solo de modificaciones mínimas. La estructura “ligera” del modelo europeo es siempre la misma; y esta estructura ligera, flexible y constante es también verosímelmente el secreto del éxito histórico de este modelo, que ha revelado un alto nivel de compatibilidad con las diferentes culturas jurídicas y orientaciones político-criminales de los Estados miembros.

III. EL MODELO “LATINO” (ITALIA Y ESPAÑA)

Lo que ha ocurrido a principio del nuevo milenio en Italia (con el Decreto legislativo 231/2001) y en España (con la LO 5/2010 y la LO 1/2015) —lo que podemos definir como la “vía latina” (de los países del cono sur de Mediterráneo) hacia la superación del tradicional dogma del *societas delinquere non potest*— representa una fiel implementación y evolución del modelo europeo que hemos descrito en las líneas anteriores; quizás uno de los modelos de implementación más significativos y expresivos de la letra y del espíritu del modelo europeo.

En primer lugar, porque a principios de este siglo una regulación normativa de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito representaba todavía una excepción en el panorama continental europeo de los países de *civil law* —si se excluyen los Países Bajos y el Código penal francés de 1994— y porque ambas reformas (la italiana y la española) han sido declaradamente inspiradas e impulsadas por el modelo europeo, del cual desarrollan las líneas guías con un original enriquecimiento en la vertiente de los criterios de imputación.

La matriz europea de ambas reformas es evidente, en primer lugar, en la selección de las dos categorías de personas físicas (los directivos —o sujetos en posición “apical”, según la expresión empleada por el legislador italiano— y los subordinados) cuyas conductas penalmente relevantes pueden provocar una responsabilidad de las personas jurídicas. En segundo lugar, el origen europeo de ambas reformas es más que evidente en la

selección del abanico de sanciones a las personas jurídicas: prácticamente idénticas en Italia y España y que reproducen las sanciones previstas en las iniciativas europeas. Y de la misma matriz europea deriva también la opción de los legisladores italiano y español por un sistema de *numerus clausus* de delitos que puedan provocar dicha responsabilidad, conforme con la aproximación *problem solving* del legislador europeo.

Nunca la Unión Europea ha pretendido impulsar a los legisladores nacionales a adoptar un sistema generalizado de responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas que acompañe a la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas. De manera mucho más banal, la UE ha pretendido solucionar determinados problemas de política criminal (impulsar y coordinar la lucha contra determinados fenómenos criminales) a través de nuevas formas de responsabilidad que afecten a las personas jurídicas en cuyo marco organizativo y en provecho de las cuales hayan sido cometidos determinados hechos criminales. Y la proliferación de los tipos delictivos que pueden ocasionar una responsabilidad de la persona jurídica —tanto en Italia como en España— no es otro que un fiel reflejo de la creciente atención de las instituciones europeas frente a nuevos fenómenos criminales que se pide a los Estados miembros que combatan con los recursos sancionatorios nacionales; recursos entre los cuales hoy en día no puede faltar —en la visión propia de la UE (así como de otras agencias supranacionales)— la responsabilidad (con independencia de su naturaleza jurídica) de las personas jurídicas.

La aportación más original del “modelo latino” (italo-español) a la construcción europea de una responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito es, sin duda, la elaboración de un ulterior criterio de imputación, más allá del simple “beneficio” o “provecho” relacionado con la comisión del delito. Se alude a la normativización de los “modelos de organización y gestión” en función de la prevención de delitos que puedan dar origen a una responsabilidad de la persona jurídica. El origen histórico está en los *compliance programs* del derecho norteamericano; pero, a diferencia de en los Estados Unidos —donde la adopción de un programa de cumplimiento solo puede comportar una reducción de la sanción a la empresa—, en el “sistema latino” del siglo XXI el modelo de organización y gestión —o mejor dicho la falta de una tempestiva adopción de un modelo de organización adecuado a la prevención del delito que se ha realizado concretamente por parte de un directivo o de un empleado de la persona jurídica— es la pieza fundamental del reproche a la persona jurídica: una “*culpabilidad de organización*”⁸,

8 El concepto de “culpabilidad de organización” es de origen alemán —deriva de la “*Organisationsverschuldung*” acuñada por el máximo maestro del Derecho penal de la economía (K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2011)—, pero hoy en día es muy habitual

en cuanto que la persona jurídica no ha hecho todo lo que le era concretamente exigible para prevenir la comisión de delitos en el marco de su actividad.

Si tiene sentido hablar de un nuevo “sistema latino” de responsabilidad de las personas jurídicas es porque el esquema normativo del modelo de organización en Italia (Art. 6 d.lgs. 231/2001) y en España (Art. 31 *bis* CP) es casi literalmente idéntico. La única, aunque llamativa, diferencia está en la repartición de la carga de la prueba de la idoneidad del modelo cuando el delito haya sido cometido por parte de un alto cargo de la persona jurídica: en este caso, el legislador italiano prevé que es la persona jurídica la que carga con el *onus probandi*, mientras que el legislador español mantiene la aplicabilidad de las reglas procesales generales.

Donde los sistemas italiano y español se separan radicalmente, en apariencia, es en la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica⁹: mientras que el legislador italiano de 2001 ha optado “prudentemente” por una responsabilidad formalmente “administrativa”¹⁰, el legislador español de 2010 y 2015 ha elegido claramente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero se trata de una diferencia más aparente que real, ya que en la evolución natural del “sistema 231” en los últimos 20 años, tanto la jurisprudencia como la doctrina italianas, opinan que —más allá de las etiquetas formales— la responsabilidad de las personas jurídicas es en su sustancia penal o más bien un “*tertium genus*” (una forma intermedia y autónoma de responsabilidad) entre lo penal y lo administrativo¹¹.

En realidad, la identidad estructural y funcional del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en Italia y en España, a pesar de la diferencia formal en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, reafirma con fuerza la tendencia europea hacia la formación de un nuevo Derecho sancionador en el cual se difumi-

nan paulatinamente las tradicionales fronteras entre lo penal y lo administrativo; una tendencia evidente ya en otros sectores (p.ej., en materia de protección de la competencia y de antitrust) y que, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, muestra hoy su frente más avanzado de evolución.

IV. EL MODELO “GERMÁNICO” (AUSTRIA Y ALEMANIA)

Esta imagen de un nuevo Derecho sancionador europeo de las personas jurídicas que funde y confunde las diferencias tradicionales entre lo penal y lo administrativo se confirma también por la evolución en curso en estos últimos años en el mundo germánico: en primer lugar, en Austria, con la *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* de 2006, que describe un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas autosuficiente y sin adjetivos (ni penal ni administrativo, por lo menos en apariencia); y sucesivamente, en Alemania, con un importante proyecto del año 2020, que tendría que volver en la agenda del legislador en la nueva legislatura recientemente iniciada después de las elecciones de 26 de septiembre de 2021.

Después de que Alemania haya representado por muchos años el último bastión de Europa, junto con la Grecia, del principio *societas delinquere non potest*, ha llegado quizás el tiempo para un histórico y decisivo paso hacia una responsabilidad derivada de delito, penal o parapenal, de las personas jurídicas: “*Unternehmensstrafrecht ante portas?*”¹².

Con el proyecto del Gobierno federal para una “Ley sobre el refuerzo de la integridad en la economía” (*Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*) que, en su art. 1, contiene una “Ley sobre las sanciones contra los delitos relacionados con las personas jurídicas”

en la doctrina y jurisprudencia italiana y española: cfr., p.ej., en la literatura más reciente C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, en *Enc. Dir. – I Tematici, Il reato colposo*, coord. por M. Donini, Milano, Giuffrè, 2021.

9 Otra diferencia que llama la atención entre el sistema italiano y el español es de naturaleza “topográfica”: por un lado, la opción española por una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal; por otro lado, el legislador italiano ha optado por una ley especial y autónoma, que representa un “microcódigo” de la responsabilidad de las personas jurídicas, tanto en su vertiente sustancial como procesal. Se trata de una diferencia llamativa, que deriva de una tradición muy consolidada en los dos sistemas: una orientación fuertemente “codigocéntrica” en España frente al “policentrismo” característico de la legislación penal económica en Italia: cfr., sobre este aspecto de los dos sistemas, L. FOFFANI/M.J. PIFARRÉ DE MONER, *La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di “universalità”)*, en M. DONINI (coord.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, p. 189 ss.

10 En aquella época (2001), era todavía muy fuerte en Italia la tradición dogmática del *societas delinquere non potest* y el miedo a una “crisis de rechazo” de la reforma tanto por parte del mundo empresarial, como por parte del Tribunal constitucional, por violación del principio de la personalidad de la responsabilidad penal (Art. 27.1 de la Constitución italiana.) entendido en términos “antropocéntricos”.

11 Véase, en este sentido, en la jurisprudencia más reciente, la clara y bien argumentada toma de posición del Tribunal Supremo italiano (*Corte di Cassazione*) en el asunto Thyssenkrupp: Cass. pen. SU, 24.4.2014 n. 38343, en *Diritto penale contemporaneo*, 19.9.2014, donde también se reconoce la plena conformidad de este sistema de responsabilidad (penal o “parapenal”) de las personas jurídicas con los principios constitucionales.

12 Cfr. G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI/P. SEVERINO (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 41.

[*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)*], tendría que nacer un nuevo y auténtico “código”, sustancial y procesal, sobre la responsabilidad de las entidades colectivas (*Verbände*).

El proyecto alemán no prevé ninguna reforma de los códigos penal y procesal penal; más bien introduce nuevos conceptos y nuevos institutos jurídicos como la “responsabilidad de las personas jurídicas” (*Verbandsverantwortlichkeit*), el “hecho propio de la persona jurídica” (*Verbandstat*), las “sanciones a las personas jurídicas” (*Verbandssanktionen*), que consisten en la “sanción pecuniaria a la persona jurídica” (*Verbandsgeldsanktion*) y en la “amonestación con reserva de sanción pecuniaria a la persona jurídica” (*Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt*), con posible imposición de prescripciones por todo el periodo de prueba.

Sin pretensión de dar cuenta del riquísimo debate alemán sobre esta histórica reforma¹³, parece evidente cómo también el legislador alemán se ha inspirado al impulso europeo anteriormente descrito y que siga la línea directriz de buscar una nueva original solución entre los tradicionales clásicos sistemas del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador (*Ordnungswidrigkeitenrecht*).

La entera arquitectura del proyecto de la ley y el mismo léxico jurídico del prelegislador alemán —una “Ley para el refuerzo de la integridad en la economía”— aparece muy innovador y muy lejos de la inspiración puramente penal y represiva de las leyes para la lucha contra la criminalidad económica del siglo XX¹⁴: la estrategia y la filosofía del actual legislador alemán, orientado por el Derecho europeo, no es ni la pura represión penal ni la simple prevención administrativa; más bien, una nueva forma de control social y de orientación de la economía, con un innovador instrumental jurídico, que señala a la efectiva cooperación y colaboración de los actores económicos: medidas de *compliance*, investigaciones internas, regulación del *whist-*

blowing, prescripciones en el caso de amonestación con reserva de sanción pecuniaria a la persona jurídica.

Una línea análoga, como ya se ha dicho, había sido perseguida pocos años antes por parte del legislador austriaco con la “Ley sobre la responsabilidad de las personas jurídicas” (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*) de 2006¹⁵, en la cual no aparece ninguna clásica definición de la naturaleza jurídica de las sanciones. Esta nueva línea germánica de política del Derecho refleja muy coherentemente el *Zeitgeist* europeo del nuevo milenio, junto con el “modelo latino” descrito anteriormente. Y se trata de una línea política que contradice la muy difundida pero falsa idea de una Europa que pediría siempre y solo más Derecho penal por parte de los Estados miembros y que podría contribuir efectivamente a la difusión de la cultura de la legalidad en el mundo empresarial, así como a la confianza en el Estado de Derecho¹⁶.

V. LA INFLUENCIA DEL MODELO EUROPEO EN AMÉRICA LATINA: ¿HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DEL COMPLIANCE Y DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Esta rápida reseña de Derecho comparado no estaría completa sin una referencia a las líneas de tendencia emergentes en el subcontinente latinoamericano, que revelan la significativa influencia ejercida en esta última década por parte del modelo europeo y, sobre todo, por parte del “modelo latino” (italo-español) anteriormente descrito. En el modelo latino se ha inspirado, en primer lugar, Chile, pionero en América Latina en la adopción de una moderna regulación normativa de la responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas¹⁷; y luego, en los años siguientes, otros países como Perú¹⁸, Colombia, Ecuador y México se han puesto en el mismo camino.

El modelo latino, y el modelo europeo que está en su origen, quizás han sorprendido por su éxito y se ha revelado como un buen producto de exportación, en

13 En la página web del Ministerio federal de Justicia y para la Protección de los Consumidores aparece (22.6.2020), junto al texto del Proyecto de Ley, una “monumental” serie de informes y tomas de posiciones de diferentes fuentes e instituciones, que dan la idea de la extraordinaria riqueza del debate sobre una reforma tan importante para el ordenamiento jurídico alemán.

14 Véase la primera y la segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica (1. und 2. *WiKG*) del 29.7.1976 (BGBl I 1976, 2034) y del 23.5.1986 (BGBl I 1986, 721), que han caracterizado el rostro moderno del Derecho penal de la economía en Alemania.

15 Cfr. la reseña de Derecho comparado del *Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung* sobre la “*Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich)*”: Fournier/Langhorst/van den Bosch/Viennet, Strafbarkeit von Unternehmen, Stand 30.04.2019, E-Avis ISDC 2019-09, en www.isdc.ch, p. 71 y ss.

16 Cfr., en este sentido, la exposición de motivos del Proyecto de Ley, en la cual la protección de la lealtad de la competencia aparece como la finalidad principal perseguida por el legislador.

17 Cfr. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, en *Política criminal*, 2010, p. 207 y ss.

18 Cfr. D.C. CARO CORIA, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica*, en *Gaceta penal & procesal penal*, 123 (2019), p. 117 y ss.

una perspectiva histórica de superación del tradicional dogma del *societas delinquere non potest* y de globalización de la llamada “cultura del *compliance*”. Ahora, sobre todo si la misma Alemania da el paso histórico hacia una nueva ley reguladora de la responsabilidad de las personas jurídicas según el modelo europeo, quizás sería el momento abrir una nueva fase e impulsar, a partir de las próximas iniciativas de la Unión Europea, una evolución del modelo inaugurado a finales del del siglo pasado e introducir en las directivas una referencia al criterio de imputación de la “culpabilidad de organi-

zación”, esbozando un modelo europeo de *compliance* que pueda orientar a los legisladores nacionales, europeos y también extraeuropeos, y al mundo empresarial, sobre todo a las grandes empresas multinacionales que operan en diferentes escenarios jurídicos nacionales. Una Europa —y, en primer lugar, una Europa latina— que podría ser pionera en esta perspectiva de globalización de la cultura del *compliance* y de una equilibrada regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, que valore sobre todo la idea guía del respeto de los derechos humanos en la actividad económica¹⁹.

19 Cfr. en este sentido L. FOFFANI/A. NIETO MARTÍN, *Auf dem Weg zu einem europäischen Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte?*, en *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, ed. por M. Engelhart, H. Kudlich y B. Vogel, vol. I, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, p. 411 y ss.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com