

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

IN PRÆSENTIA PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2024

54

Revista Penal

# Penal

Julio 2024



# Revista Penal

Número 54

## Sumario

---

### Doctrina:

- Somnolencia, sueño, conducción errática: reflexiones sobre ausencia de acción, imprudencia y *actio libera in causa*, por Mercedes Alonso Álamo ..... 5
- Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva, por María Laura Böhm..... 13
- El verdadero talón de Aquiles del decomiso ampliado, por Beatriz Escudero García-Calderón..... 33
- La nueva regulación de las infracciones (no solo) penales en materia de maltrato a los animales (LO 3/2023, de 28 de marzo), por Pastora García Álvarez ..... 60
- El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales, por Ralf Kölbel..... 84
- Delitos a los que se aplica la prisión permanente revisable: estado de la cuestión, críticas y una propuesta de reforma, por José León Alapont ..... 97
- Remisiones normativas vacías e ineficacia de los delitos de contrabando, por Ángela Matallín Evangelio..... 118
- Sobre la revisión del sistema de aplicación de medidas de seguridad contra pacientes psiquiátricos infractores en el sistema italiano. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 22 de 2022, por Mena Minafra ..... 138
- Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, por Francisco Muñoz Conde ..... 169
- El modelo germano de compliance cuasi-penal: análisis en clave de eficacia, por Marina Oliveira Teixeira dos Santos ..... 178
- El delito de enriquecimiento ilícito en Portugal. Desobediencia cualificada y ocultación intencional, por María Quintas Pérez ..... 197
- La regulación de la prisión permanente revisable a debate tras la última jurisprudencia del TEDH, por Margarita Roig Torres ..... 216
- La pena de ergastolo o cadena perpetua italiana tras la reforma legislativa de la modalidad agravada (*ostativa*), por Cristian Sánchez Benítez..... 238
- Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción: la lección del sector público, por Vico Valentini..... 270

### Sistemas Penales Comparados:

- Plutofilia y Derecho Penal (*Plutophilia and Criminal Law*) ..... 277

### Jurisprudencia:

- La pena de prisión permanente revisable como pena proporcionada, taxativa y no contraria a la resocialización: Comentario a la STC 169/2021, de 6 de octubre, por Wendy Pena González ..... 363

- Obituario:** Sergio García Ramírez, por Luis Arroyo Zapatero ..... 367

\* 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>

---



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**

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **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), 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**

Damien Nippen (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
María Soledad Gil Nobajas y Demelsa Benito Sánchez  
(España)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)  
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://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](mailto: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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)



## Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción: la lección del sector público

Vico Valentini

Revista Penal, n.º 54 - Julio 2024

### Ficha Técnica

**Autor:** Vico Valentini

**Adscripción institucional:** Università degli Studi di Perugia

**Title:** Autonomous Quasi-Criminal Liability of Legal Persons and Anti-Corruption Compliance: a Lesson from the Public Sector

**Sumario:** 1. Dos anotaciones perimetrales. 1.1. Ilícito (casi-)penal colectivo vs ilícito penal individual. 1.2. Responsabilidad ‘punitiva’ colectiva vs responsabilidad penal individual. 2.1. (Sigue) aparentes paradojas de la autonomía: la prevaricación victimizante y beneficiosa. 2. Desde la gestión del riesgo-*maladministration* al alejamiento del riesgo-corrupción penal: la virtuosa sinergia entre *compliance* pública y privada. 3. Bibliografía.

**Summary:** 1. Two perimeter notes. 1.1. Collective (quasi-)criminal offence vs. individual criminal offence. 1.2. Collective ‘punitive’ liability vs. individual criminal liability. 2.1. (Follows) apparent paradoxes of autonomy: victimising and beneficial prevarication. 2. From risk management-*maladministration* to risk distancing-criminal corruption: the virtuous synergy between public and private compliance. 3. Bibliography.

**Resumen:** Tras señalar la tendencia jurisprudencial —de conformidad con el principio de autonomía de la responsabilidad empresarial— a distinguir el ilícito ‘punitivo’ colectivo del ilícito penal individual, adoptando la lógica de la accesoriedad limitada, el artículo se enfoca en la gestión del riesgo-*maladministration* en el sector público, describiendo sus peculiaridades y destacando la expansión de este enfoque pre-preventivo (también) a las empresas privadas y (también) más allá de los delitos de corrupción.

**Palabras clave:** responsabilidad penal empresarial; corrupción; mala-administración; gestión del riesgo.

**Abstract:** After having emphasised that Italian criminal courts, in accordance with the principle of the autonomy of the corporate liability, tend to distinguish the quasi-criminal offence of the company from the criminal offence of its members, the article focuses on the risk-*maladministration* management in the public sector, describing its peculiarities and highlighting the expansion of this precautionary approach to private legal entities and beyond corruption crimes.

**Key words:** corporate quasi-criminal liability; corruption; *maladministration*; risk management.

**Observaciones:** Texto de la ponencia presentada en el congreso internacional *Prevención de la corrupción en el sector público empresarial* (Barcelona 5 y 6 de febrero de 2024), en el marco del homónimo proyecto de investigación dirigido por la Profesora Miriam Cugat Mauri de la Universidad Autónoma del Barcelona (I+d+i La prevención de la corrupción en el sector público empresarial. PID2020-117526RB-I00).

**Rec.:** 11/03/2024 **Fav.:** 19/05/2024

## 1. DOS ANOTACIONES PERIMETRALES

Se pueden aislar algunos puntos fijos, o más fijos que otros, sobre el actual modo de entender la responsabilidad ‘criminal’ de las empresas colectivas en Italia<sup>1</sup>; en particular, una (compartible) tendencia interpretativa, que se va consolidando, va en el sentido de la *alteridad-divergencia* entre el modelo punitivo previsto para las personas jurídicas y el modelo penal individual diseñado para sus directivos-personas físicas: esta tendencia, en otra palabras, marca la transición de un modelo punitivo colectivo antropocéntrico<sup>2</sup> —basado en el «identification principle»<sup>3</sup>, la lógica vicarial<sup>4</sup> y el esquema de la coautoría<sup>5</sup>— a un modelo acentuadamente autónomo que margina (pero sin renunciar completamente a) los aspectos relacionados con el autor individual<sup>6</sup>.

### 1.1. Ilícito (casi-)penal colectivo vs ilícito penal individual

Según la jurisprudencia mayoritaria, el ilícito colectivo es una entidad distinta y heterogénea, *por índole y por estructura*, del ilícito penal individual realizado por el representante de la sociedad.

En primer lugar, el ilícito colectivo no muestra una índole auténticamente penal, como confirman múltiples aspectos de su regulación; entre otros, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción punitiva por parte de la acusación pública<sup>7</sup>; la regla de la ‘responsabilidad transitiva’ en el caso de extinción del ente originariamente

acusado<sup>8</sup>; la excepcional regulación de las causas de extinción<sup>9</sup>; y sobre todo, la inversión de la carga de la prueba en el caso de delito cometido por los que están en el vértice de la organización: aquí, de hecho, el ente acusado debe demostrar —y hacerlo plenamente<sup>10</sup>— haberse organizado virtuosamente contra el riesgo-delito. Una presunción de culpabilidad, por tanto, y por lo demás casi absoluta, en patente contradicción con los principios básicos del derecho penal constitucional<sup>11</sup>.

Se trata entonces de un ilícito que simula el penal, de un *ilícito punitivo*, ‘más penal que no’, cercano, pero no igual al penal, como confirma también la Corte di Cassazione en una célebre sentencia: «el sistema sobre el que se discute constituye [...] un *tertium genus*», en la cual predominan las trazas de «proximidad con el ordenamiento penal»<sup>12</sup>.

A pesar de las (vinculantes) indicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>, en resumen, el ordenamiento italiano sigue considerando lo ilícito del ente como una quimera.

En segundo lugar, este ilícito colectivo es estructuralmente diferente del delito individual.

La Corte Constitucional, con el apoyo (indirecto) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>14</sup>, fue muy clara: «el ilícito atribuible al ente constituye una figura jurídica compleja y no se identifica con el delito cometido por la persona física, el cual es sólo uno de los elementos que conforman el ilícito colectivo»<sup>15</sup>; lo que, de hecho, pone la relación entre el ilícito colectivo y el ilícito individual más allá de la lógica de la coautoría, rompiendo el esquema del concurso de ‘personas’ en el

1 Prevista por el decreto legislativo n. 231/2001.

2 O antropomórfico: R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita*, DPC web, 10.3.2016, 1 ss.; G. DE SIMONE, *Personae giuridiche, principi costituzionali e responsabilità penale*, Criminalia, 2010, 605 ss.

3 A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, 203 ss.

4 A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, 86 ss., 177 ss.

5 Sobre la incierta definición de la estructura analítica del ilícito colectivo en la doctrina penal italiana, G. DE SIMONE, sub Artt. 5-6-7, VV.AA., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 134 ss.

6 Acercándose al *originäre Verbandshaftung*: sobre este modelo G. HEINE, *Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Cizur Menor, Univ. Externado, 2006, 25 ss.

7 G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, Giappichelli, 2005, 150 ss.

8 Art. 42 d.lgs. 231/2001 – «Nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione [...]»; al respecto vid. G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, RIDPP, 2006, 151 ss.

9 Cass., VI, 10.11.2015, n. 28299, B.; Cass., II, 9.2.2016, n. 52316, R.; Cass., VI, 18.4.2023, n. 25764, P.G. Riccardi.

10 En este caso, entonces, la regla es *in dubio contra reum*: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, CP, 2005, 320 ss.; A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in G. GARUTI (ed.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002, 349 ss.

11 F. VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Libro dell'anno del Diritto 2012, *www.treccani.it*, § 3; por una lectura (más) coherente con la presunción de inocencia vid. Cass., VI, 18.2.2010, n. 27735, S.

12 Cass., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343, E., § 62.

13 El ilícito colectivo, sobre la base de ‘criterios Engel’, debería ser incluido en el concepto de *matière pénale*: V. VALENTINI, *Colpa di organizzazione e misure di compliance*, C. FIORIO (ed.), *La prova nel processo agli enti*, Torino, Giappichelli, 2016, 81 ss.

14 T.JUE, II, 12.7.2012, G., C-79/11

15 Junto con la calificación subjetiva de la persona física y la subsistencia de un provecho por el ente: Corte cost., n. 208/2014, § 2.2.

mismo hecho: puesto que el ilícito punitivo colectivo no coincide con el delito individual —es un *quid* distinto— el autor del uno (ente) y del otro (persona física de la organización) «no pueden calificarse de coimputados».

Y a propósito, es sobre todo tal alteridad la que lleva a la jurisprudencia a negar la posibilidad de constituirse como parte civil —es decir, de ejercitar la acción de resarcimiento del daño en el proceso penal— contra el ente acusado: porque esta acción, en el sistema italiano, es textualmente admitida sólo para reclamar los daños generados por un verdadero delito (arts. 185 c.p., 74 c.p.p.), y no por un casi-delito<sup>16</sup>.

Tal tesis permite además resolver (esta vez en sentido positivo) también la adyacente —e igualmente debatida— cuestión concerniente a la posibilidad del ente ‘acusado’ de constituirse como parte civil contra el autor del delito presupuesto<sup>17</sup>: si ilícito punitivo colectivo e ilícito penal individual son dimensiones diversas y heterogéneas, entonces podrá darse que un ente pueda reclamar los daños por el delito realizado por el individuo de su organización, y al mismo tiempo, ser llamado a responder del (distinto y más complejo) ilícito punitivo colectivo<sup>18</sup>.

Queda pendiente la necesidad de sopesar, cuantificar y ‘compensar’ beneficios (apropiados) y daños (sufridos) del delito al final del juego.

### 1.2. Responsabilidad ‘punitiva’ colectiva vs responsabilidad penal individual

La segunda anotación perimetral no concierne propiamente el ilícito, sino con la responsabilidad.

La responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual están sin dudas interconectadas —sin un delito cometido por un individuo del ente, de hecho, ‘el arsenal punitivo 231’ no puede entrar en juego<sup>19</sup>— pero son también responsabilidades (directas y) recíprocamente autónomas: en el sentido de que el ente puede (y debe) ser sancionado *incluso en ciertos casos* en los que el autor-persona física deba ser absuelto.

La regla que conduce a este escenario lo encontramos en el Artículo 8 del ‘decreto 231’, según el cual la responsabilidad del ente «subsiste incluso cuando [...] el autor del delito no ha sido identificado o no es imputable»; es decir, incluso cuando el autor es por definición incapaz de culpabilidad penal (no imputable) o es imposible verificar procesalmente su comportamiento psicológico y motivacional en el momento de la acción (falta de identificación).

Según mi parecer (y no solo el mío), al establecer tal regla, el decreto deja entrever que el ‘sistema 231’ se satisface de un ilícito sin autor culpable, es decir, de un hecho objetivo depurado de ‘su dimensión subjetiva’<sup>20</sup>.

En otras palabras, la responsabilidad punitiva colectiva *parece desinteresarse* del comportamiento psicológico-motivacional del autor en el momento del hecho: para activar el ‘arsenal 231’, entonces, sería suficiente un ilícito objetivo-impersonal ‘beneficioso’ para el ente realizado por personas físicas funcionalmente unidas al mismo, y facilitado por un déficit organizativo<sup>21</sup>.

Esta lectura autonomista, emancipando la culpabilidad individual de la responsabilidad colectiva, genera importantes consecuencias sistémicas<sup>22</sup>, amplía signifi-

16 *Ex multis* Cass., VI, 5.10.2010, n. 1437, V.; Cass., Sez. Un., 30.1.2014, n. 10561, G.; Cass., IV, 17.10.2014, n. 3786, L.C.; Cass., IV, 6.6.2023, n. 30175, P.

17 Así como —entre otras— la cuestión del decomiso de bienes del ente, respecto de los cuales el directivo-autor es un tercero: Cass., VI, 17.7.2018, n. 33044, L.

18 Para un *resumen* de la jurisprudencia de primera instancia sobre esto aspecto L. VARANELLI, *La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti. Disamina aggiornata della giurisprudenza*, RASE, 3, 2009, 159 ss.; L. DE MARTINO, *L'ente poliedrico: le multiformi vesti processuali, tra natura della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 e aporie interpretative*, ivi, 4, 2017, 241 ss.

19 Ligadas por una relación de sustancial prejudicialidad: G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, G. GARUTI (ed.), *Responsabilità degli enti*, cit., 269 ss.

20 Cass., VI, 10.11.2015, n. 28299, B., § 9.3.: «quando si parla di autonomia ciò che deve precedere, in via pregiudiziale, l'accertamento della responsabilità dell'ente è sì il reato, ma inteso come tipicità del fatto, accompagnato dalla sua antigiusditticità oggettiva, con esclusione della sua dimensione psicologica [...]. Questo attiene alla configurabilità del reato presupposto, ma non alla fattispecie complessa che determina la responsabilità dell'ente, nel senso che deve comunque essere individuabile a quale categoria appartenga l'autore del reato non identificato, se cioè si tratti di un soggetto c.d. apicale ovvero di un dipendente [...]».

21 F. CONSULICH, *Il principio dell'autonomia della responsabilità degli enti. Prospettive di riforma dell'articolo 8*, RASE, 4, 2018, 197 ss.; ID., *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, RIDPP, 2022, 1105 ss.

22 Conduciendo a entender en sentido objetivo el concepto de ‘interés de la empresa’; esencialmente neutralizando el requisito de la ‘elusión fraudulenta’ de los *compliance programs*; y ampliando el ámbito aplicativo de la responsabilidad punitiva empresarial en sectores estratégicos (entre otros: propiedad industrial, acuerdos corruptivos y siniestralidad laboral): V. VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, Criminalia, 2020, 651 ss.; sobre el concepto objetivo de ‘interés del ente’ —con inevitable superposición con el concepto de ‘ventaje’ (económico)— vid. Cass., II, 5.10.2017, n. 295, T.

cativamente el espectro aplicativo del ‘decreto 231’ e impacta sobre el plano procesal, separando los destinos del ente y de su directivo: que podrá ser absuelto porque el hecho no constituye delito<sup>23</sup>, *sin que eso* implique necesariamente la exención de la pena del ente, si resulta que ha facilitado la realización del ilícito objetivo ventajoso (aunque individualmente no punible)<sup>24</sup> por parte de la persona de dentro de la organización.

En un ejemplo extremo y verdaderamente contra-intuitivo: el ente colectivo podría ser sancionado incluso cuando su directivo es —no solo no punible, sino— la víctima de delito.

### 1.2.1. (Sigue) aparentes paradojas de la autonomía: la prevaricación victimizante y beneficiosa

Constituye ya opinión común que la figura delictiva de la «*concussione*» —una especie de extorsión por parte de funcionario público<sup>25</sup>— se consuma cuando el funcionario amenaza con males antijurídicos, o sea, amenaza con realizar un acto propio de su cargo (en concreto, dañoso para su destinatario) formal y sustancialmente ilegítimo; en ese caso —según la jurisprudencia— el amenazado que da/ promete dinero u otra utilidad es una víctima de prevaricación, porque cede a la presión con el fin de evitar *mala contra ius*<sup>26</sup>.

Es la finalidad interior, entonces, lo que es decisivo sobre el plano de la responsabilidad penal individual<sup>27</sup>. Pero, como he dicho, estos aspectos subjetivos-psicológicos parecen irrelevantes para el ‘sistema 231’ (*retro* § 1.2.).

Por esto, es imaginable una prevaricación que victimiza el exponente de la organización (que no será castigado), pero al mismo tiempo, que sea beneficiosa para el ente del cual forma parte la víctima (que por tanto podrá ser sancionada).

Pongamos que un ente privado o un ente participado/controlado por el Estado compita en un concurso

público; pongamos que el presidente de la comisión adjudicataria plantea al dirigente de la empresa esta alternativa: ‘si no me pagas serás ilícitamente excluido del concurso’ (*mal antijuridico*); ‘si en cambio, me pagas, ganarás de pleno la competición pública, aunque no presentes la mejor oferta’ (*vantaja indebida*)<sup>28</sup>.

Pues bien, si el exponente cediese a la presión con la *finalidad subjetiva* de evitar una ilegítima exclusión del concurso, habría sido víctima de la coerción; pero al mismo tiempo, el ente del que forma parte, habiendo sido ilegítimamente y *objetivamente puesta en ventaja* en perjuicio del resto de concurrentes, podría ser sancionado en el caso de que no estuviese organizado contra el riesgo de tales daciones indebidas<sup>29</sup>.

En este cuadro, en suma, la verdadera partida de la persona jurídica acusada se juega en el plano del contenido objetivo —ventajoso, ‘neutro’, desfavorable— del acto/actividad amenazada por el decisor público.

## 2. DESDE LA GESTIÓN DEL RIESGO-MALADMINISTRATION A LO ALEJAMIENTO DEL RIESGO-CORRUPCIÓN PENAL: LA VIRTUOSA SINERGIAS ENTRE COMPLIANCE PÚBLICA Y PRIVADA

En este marco general se pone la *compliance* anti-corrupción; y sobre esto tema, la experiencia italiana ha ofrecido una lección generalizable más allá de los acuerdos corruptivos y para-corrupitivos: un enfoque de *risk management*, es decir, válido y competente para contener además los otros riesgos-delito.

Me refiero a los Planes Anticorrupción, estructurados sobre el esquema del Plan Nacional: modelos de organización que los entes públicos —incluidos aquellos económicos, las sociedades mercantiles sometidas a control público y las sociedades *in house*— están obligadas a adoptar<sup>30</sup>, y que apuntan a minimizar el ries-

23 Por defecto del elemento subjetivo típico —hay culpa y el hecho es castigado sólo a título de dolo, o porque el hecho es del todo inculpable: V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, PUP, 2018, 147 ss.

24 En este marco conceptual, también la presencia de causas de exclusión de la pena (o excusas absolutorias) no impedirá la punición del ente colectivo: Cass., III, 17.11.2017, n. 9072, F.

25 Art. 317 c.p. — «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

26 Es decir, con la finalidad de defenderse (*certat de damno vitando*): Cass., Sez. Un., 24.10.2013, n. 12228, M.; V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, AP, 3, 2014, 895 ss.

27 Si el privado-destinatario da/promete con el objetivo de obtener ventajas/beneficios (*certat de lucro captando*), hay en cambio una (co-)responsabilidad a título de inducción indebida (Art. 319-*quater* c.p.) o corrupción (Artt. 318, 319, 321 c.p.): M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, CP, 2014, 1482 ss.

28 El llamado *throtter* (amenaza-oferta): V. MONGILLO, *Alla ricerca del confine tra concussione e induzione indebita*, Libro dell'anno del Diritto 2014, *www.treccani.it*, § 2.2.

29 V. VALENTINI, sub Art. 25, VV.AA., *Compliance*, cit., 519 ss.

30 Determinazione ANAC 17.6.2015, n. 8, § 2.1.1; Determinazione ANAC 8.11.2017, n. 1134, § 3.1.1.

go-*maladministration*, o sea, el riesgo-corrupción en sentido administrativo<sup>31</sup>.

El punto es interesante y merece atención.

El concepto de *maladministration* incluye y supera los delitos de corrupción y también los delitos contra la administración pública, acogiendo cualquier decisión-acto-actividad «que se desvía del interés general»<sup>32</sup>, de modo que comprometa la percepción de imparcialidad de los decisores públicos<sup>33</sup>. Brevemente: cualquier acto tomado, aunque el decisor estuviese en una situación de conflicto de intereses, actual o solo potencial<sup>34</sup>.

La ecuación, entonces, es ‘mala-administración = administración partidista’ (o sospechosa de ello).

Pues bien, esta noción amplia de corrupción ha impactado sobre la actividad de gestión del riesgo, *determinando su atraso*: no se mira propiamente al riesgo-corrupción, sino que se interviene antes, ‘desde el principio’, sobre el riesgo-conflicto de intereses. Los Planes Anticorrupción y las *guidelines* de la Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC) que aclaran los contenidos de estos planes, de hecho, se enfocan sobre todo en el momento de la *selección de los decisores públicos*: se preocupan de reclutar funcionarios más allá de cualquier sospecha, de pasado imaculado y de futuro prometedor, respecto a los cuales sea pronosticable una conducta honorable y atenta sólo al interés general<sup>35</sup>.

Son por tanto medidas de gestión del riesgo-conflicto de interés<sup>36</sup>, no ya tanto del riesgo-corrupción en sentido penal: medidas, en suma, que miran a una fase precedente a aquella de auténtica gestión del riesgo-corrupción. En otras palabras, son *medidas de alejamiento* del riesgo-corrupción penal: que, minimizando o neutralizando —efectivos o posibles— conflictos de interés, alejan el riesgo-transacciones ilícitas<sup>37</sup>.

Para entendernos, son medidas de gestión del riesgo-corrupción, por ejemplo, los procedimientos de control-fraccionamiento de los flujos de caja, la previsión (y la verificación del respeto) de los límites cuantitativos y cualitativos a donaciones, patrocinios, etc. Son

en cambio medidas de alejamiento del riesgo-corrupción la predisposición (y la verificación del respeto) a criterios de selección de personal y de colaboradores externos; la prohibición de *revolving doors*, es decir, la prohibición de reclutar personal que antes realizaba actividades en entidades que se entrelazan con la sociedad; el mapa y la rotación del personal que tienen relación con los entes públicos; la desactivación inmediata de relaciones en presencia de anomalías significativas (como la genericidad/incompletitud de la convocatoria, el retraso injustificado de los contratistas, la exclusión masiva de competidores y la presencia de contencioso), etc<sup>38</sup>. Es evidente que las medidas de *compliance* incluidas en esta segunda categoría se comportan, respecto a la corrupción penal, como destinadas a alejar el riesgo-delito, desde una óptica pre-preventiva y claramente precaucional<sup>39</sup>.

Tal enfoque pre-preventivo de la *compliance* en los entes públicos —producido, como ya se ha dicho, por la noción omnívora de corrupción administrativa— ha influido también en la morfología de las medidas organizativas contra la corrupción penal predisuestas por los entes privados: que tienden a predisponer contramedidas ‘atrasadas’ homólogas y simétricas a aquellas previstas en los Planes Anticorrupción.

Y no sólo: tal filosofía precaucional es hoy abrazada por los entes privados también para afrontar otros riesgos-delito; el fenómeno es especialmente visible en el ámbito de los entes mercantiles con alta tasa de riesgo de violación de los derechos de propiedad industrial: aquí, de hecho, la atención se polariza en la fase del reclutamiento y de la selección de empleados y proveedores<sup>40</sup>.

Una valiosa lección pública, por tanto, que el mundo privado ha oportunamente acogido.

Podría incluso afirmar que tal enfoque, en Italia, es hoy esencial para poder aspirar a una evaluación judicial de general idoneidad del *compliance program*.

31 R. CANTONE, *Le società pubbliche nel perimetro dell'«anticorruzione amministrativa»*, SP, 6, 2020, 4 ss.

32 Determinazione ANAC 28.10.2015, n. 12, § 2.1.

33 D. BOLOGNINO, *Per una risposta corale dell'Amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (l. n. 190/12)*, LPAm, 2013, 811 ss.

34 R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, DPub, 3, 2017, 903 ss., 911.

35 V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, AP web, 3, 2018, 1 ss.

36 O riesgo-fracaso de la ética pública: E. BIVONA, M. SCINICARIELLO, *La corruzione. Analisi e gestione del rischio fallimento etico*, Roma, Gangemi, 2013; M. FLORES, *I piani triennali anticorruzione e l'analisi del rischio corruttivo*, *Azienditalia*, 12, 2017, 951 ss.

37 R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, RSoc, 2018, 233 ss.

38 P. IELO, *Prime note sulla riforma dei reati contro la PA*, RASE, 1, 2013, 9 ss.

39 V. VALENTINI, sub Art. 25, *Compliance*, cit., 524 ss.

40 V. VALENTINI, *231 e moda*, Pisa, PUP, 2020, 103 ss.

## 3. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010
- AMARELLI, G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, RIDPP, 2006
- AMODIO, E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, CP, 2005,
- BARTOLI, R. *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita*, DPC web, 10.3.2016, 1 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche, principi costituzionali e responsabilità penale*, Criminalia, 2010
- BIVONA, E., SCINICARIELLO, M., *La corruzione. Analisi e gestione del rischio fallimento etico*, Roma, Gangemi, 2013;
- BOLOGNINO, D., *Per una risposta corale dell'Amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (l. n. 190/12)*, LPAm, 2013
- CANTONE, R., CARLONI, E., *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, DPub, 3, 2017
- CANTONE, R., *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, RSoc, 2018.
- CANTONE, R., *Le società pubbliche nel perimetro dell'«anticorruzione amministrativa»*, SP, 6, 2020
- CONSULICH, F., *Il principio dell'autonomia della responsabilità degli enti. Prospettive di riforma dell'articolo 8*, RASE, 4, 2018
- DE MARTINO, L., *L'ente poliedrico: le multiformi vesti processuali, tra natura della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 e aporie interpretative*, ivi, 4, 2017
- DE SIMONE, G., sub Artt. 5-6-7, VV.AA., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, Wolters Kluwer, 2019.
- DONINI, M., *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012*, CP, 2014.
- FLORES, M., *I piani triennali anticorruzione e l'analisi del rischio corruttivo*, Azienditalia, 12, 2017
- GARUTI, G., *I profili soggettivi del procedimento*, G. GARUTI (ed.), *Responsabilità degli enti*, cit
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Cizur Menor, Univ. Externado, 2006

- ID., *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, RIDPP, 2022
- IELO, P., *Prime note sulla riforma dei reati contro la P4*, RASE, 1, 2013.
- MONGILLO, V., *Alla ricerca del confine tra concussione e induzione indebita*, Libro dell'anno del Diritto 2014
- NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008
- PAOLOZZI, G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, Giappichelli, 2005
- SCALFATI, A., *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in G. GARUTI (ed.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002
- VALENTINI, V., *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, AP web, 3, 2018
- VALENTINI, V., *Colpa di organizzazione e misure di compliance*, C. FIORIO (ed.), *La prova nel processo agli enti*, Torino, Giappichelli, 2016
- VALENTINI, V., *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, PUP, 2018
- VALENTINI, V., *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, Criminalia, 2020
- VALENTINI, V., *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, AP, 3, 2014
- VARANELLI, L., *La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti. Disamina aggiornata della giurisprudenza*, RASE, 3, 2009
- VIGANÒ, F., *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Libro dell'anno del Diritto 2012

## 4. JURISPRUDENCIA

*Tribunal de Casación Italiano*

- Cass., VI, 5.10.2010, n. 1437,
- Cass., Sez. Un., 24.10.2013, n. 12228
- Cass., Sez. Un., 30.1.2014, n. 10561,
- Cass., IV, 17.10.2014, n. 3786,
- Cass., VI, 10.11.2015, n. 28299
- Cass., II, 5.10.2017, n. 295
- Cass., III, 17.11.2017, n. 9072
- Cass., VI, 17.7.2018, n. 33044
- Cass., IV, 6.6.2023, n. 30175

*Tribunal Constitucional Italiano*

Corte cost., n. 208/2014

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

TJUE, II, 12.7.2012, G., C-79/

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](mailto: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.



## Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)