

LUCA MARAFIOTTI*

DIMENSIONES PROCESALES ANTIGARANTISTAS
EN LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA
EN ITALIA**

ABSTRACT. Este artículo se ocupa de analizar – a veinte años de la aprobación de la Ley 231 del 2001 que establece la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas por los ilícitos administrativos que dependen del delito – el grado de efectividad de las garantías procesales reconocidas al ente imputado. El Autor, en particular, se centra sobre los aspectos críticos en cuanto a la formulación de la imputación, sobre el alcance de la carga de la prueba, sobre la vocación especial-preventiva del mecanismo procesal y, finalmente, sobre las principales distorsiones provocadas por el sistema cautelar.

SUMARIO. 1. El alcance del tema – 2. El hecho de la entidad y la carga de la prueba – 3. Vocación especial-preventiva del proceso 231 y estímulo a la colaboración de la ente-imputado – 4. Sistema cautelar y distorsiones de las garantías

* Full professor in Criminal Procedure, Department of Law, Roma Tre University.

** Ponencia brindada al Seminario Europeo sobre “Responsabilidad de la Persona Jurídica por Delito. Aspectos Penales y Procesales”, Huelva, 4/5 octubre 2019.

1. El alcance del tema

El tema de las dimensiones antigarantistas que tiende a asumir el proceso penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en Italia¹ puede ser vislumbrado según ángulos de perspectivas muy distintas.

Por un lado, es posible colocarse en una perspectiva que tome en cuenta no solo exclusivamente sino principalmente el plano normativo del tema, aunque, resulte imposible no considerar la concreta dinámica en que se ha encontrado durante los últimos casi veinte años la aplicación del mismo decreto ley n. 231 del 2001. Por otro lado, el análisis puede ocupar diferentes ámbitos en el proceso penal, en lo cual el trato de la persona jurídica imputada se desarrolla de una forma antigarantista.

De todos modos, hay que ser conscientes de una premisa: a pesar de los diferentes ángulos visuales según los cuales el tema puede ser abordado, dicho antigarantismo puede ser encontrado ya sea en el tejido de las normas ya sea en la realidad del proceso.

Aquí, sin embargo, parece posible fijar algunas coordenadas esenciales del tema, es decir, referirse a aquellas macro-áreas en las cuales dicha fenomenología se pone de manifiesto en una manera más significativa.

Los temas en particular se refieren: a las deficiencias de imputación del hecho a la entidad jurídica y en la articulación de las medidas de prueba, a la flexibilidad del principio general de no-colaboración en el proceso penal, a las distorsiones que dependen de las peculiaridades en el trato de la persona jurídica en materia de las medidas cautelares.

Dichos temas constituyen “medios de cultivos” para un enfoque procesal de tipo antigarantista sobre el tema de responsabilidad de las personas jurídicas.

¹ En general, a cargo de G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Lupária, *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2019; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2006; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012. Para una comparación Italia-España, a cargo de L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi, *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018.

2. El hecho de la entidad y la carga de la prueba

El art. 59 inc. 2 del decreto ley n. 231 del 2001 fija las coordenadas esenciales del hecho histórico-jurídico del reproche realizado a la entidad. Es necesario «la enunciación en forma clara y precisa del hecho que puede ser pasible de sanciones administrativas, con la indicación del delito del cual el ilícito depende, de los artículos correspondiente de las leyes y de las fuentes probatorias».

El hecho que genera la responsabilidad en cabeza de la entidad, tiene, por lo tanto, las raíces en el mismo hecho atribuible a la persona física, pero mientras que para esta última el “hecho”, en todos sus aspectos objetivos y subjetivos, resuelve y concluye la atribución de responsabilidad penal, para la entidad es sólo el punto de partida de una sucesiva calificación.²

Según la jurisprudencia dominante de la Corte de Casación,³ el hecho del delito realizado por los cargos jerárquicos de la entidad o sus subordinados es sólo uno de los elementos que constituye el ilícito atribuible a la persona jurídica.

A eso hay que agregarle otros que sirven para definir los criterios de imputación subjetiva y objetiva del “hecho de los otros” y necesarios a los fines de la aplicación de las sanciones administrativas a la entidad imputada.

De la exacta individualización de estos elementos pueden depender significativas consecuencias a nivel de tutela procesal y sustancial. Elementalmente, el fiscal tiene la carga de describir en modo claro y preciso, para evitar que el juicio contra la personas jurídica represente una fotocopia de aquello existente contra la persona física imputada.

La dificultad de evitar similar restricción en términos de garantías y de juicio se origina ya del tenor literal de las disposiciones contenidas en los art. 5, 6 e 7 del decreto ley 231 del 2001. Se trata, de hecho, de obtener de las normas un comportamiento que pueda depender explícitamente de la violación de un precepto de la disciplina en examen que sea y parezca diferente y autónomo respecto a la pura y simple descripción del tipo

² Así, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 48.

³ Cfr. *ex pluribus*, Cass., Sez. VI, 5 octubre 2010, n. 2251, en *Cass. pen.*, 2011, 2539, con nota de G. VARRASO, para el cual «el ilícito administrativo atribuible al ente no coincide con el delito, pero constituye alguna cosa diferente, que lo comprende».

penal del delito cometido.

Es necesario considerar, en particular, la previsión que, a los fines de la responsabilidad, exige que el hecho del delito ha sido cometido en interés o para beneficio de la entidad, es decir el art. 5 del decreto ley 231 del 2011. Se refiere, de hecho, a un parámetro en virtud del cual es difícil describir las circunstancias históricas-fácticas del hecho ilícito de la persona jurídica. En efecto, hablar de interés o ventaja puede significar exclusivamente considerar una proyección finalística de la conducta delictiva de la persona física, proyección difícil de traducir en descripción histórica.

La incertidumbre sobre la real extensión del contenido del hecho atribuible a la entidad puede convertirse aún mayor, aún así, cuando se refiere al “defecto de organización” del cual habla el art. 6 del decreto ley 231 del 2001 para los ilícitos administrativos dependientes de los delitos cometidos por las personas físicas que conforman el directorio de la *societas*.

El legislador individualizó una pluralidad de cumplimientos que la entidad debe seguir a fin de no incurrir en una responsabilidad administrativa del delito.

En particular, el órgano directivo debe haber adoptado y eficazmente actuado, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos del tipo que se haya verificado.

Después, la tarea de vigilar sobre el funcionamiento y la observancia de los modelos, de llevar a cabo su actualización que debe haber sido confiado a un organismo de la entidad dotado de poderes autónomos de iniciativa y control.

A esto debe agregarse, entonces, la demostración de una elusión fraudulenta de los modelos de organización o de gestión por parte de las personas que han cometido el delito o de la omisión o de la insuficiencia de vigilancia por parte del organismo al cual se refiere el inciso b).

Se trata de comportamientos sintomáticos de una «diligencia organizativa» de la entidad colectiva, que han constituido la base jurídica para construir negativamente el paradigma de la responsabilidad penal de la entidad, en términos de reproche, por la falta de adopción (o actuación) de los mencionados *standard* adecuados.

De tal manera, el tipo penal descrito en el art. 6 es considerado así de un hecho que impide la responsabilidad y reconduce a la órbita de las excusas absolutorias o de las causas de no punibilidad, con obvias repercusiones en términos de la carga

probatoria: la colocación de la adopción o de la eficacia de predisposiciones de los modelos de organización entre los hechos que impiden (y no ya los hechos constitutivos) la responsabilidad de la entidad concluye por determinar su ajenidad respecto de la estructura del ilícito.

No se puede, en este punto, descartar que la cuestión procesal relativa a la imputación se articula a lo largo de itinerarios escasamente garantistas.

De hecho, la ajenidad al hecho vinculado a la estructura del ilícito facilita la acusación fiscal, que está exonerada del deber de enunciar en forma clara y precisa el hecho atribuido y, en particular, el déficit de organización permite la realización de la conducta criminal.

Y la jurisprudencia a veces considera como «*ultroneo* o en cualquier caso no es necesario la referencia en la cabeza de la imputación de la culpa concretamente atribuible a la entidad, al modelo de gestión y de organización adoptado, a la idoneidad (o no) del mismo para prevenir delitos del tipo de los cuales (se cree que existieron) establecidos, ni tanto menos al comportamiento alternativo lícito exigible sobre la vigencia de una regla cautelar precisamente identificada y disputada».⁴

Corre el riesgo de ser, en tal modo, legítimo atribuir en la imputación únicamente un solo hecho constitutivo: es decir, la comisión del delito “en interés o a beneficio” de la entidad. Se crea, así, el efecto perjudicial de anclar la responsabilidad exclusivamente a la subsistencia de una relación de intermediación orgánica.

El resultado, en buena sustancia, es la imputación “implícita” en cuanto “muta” bajo el punto de vista de las lagunas organizativas concretamente atribuibles a la entidad y simplificada sobre únicamente a la referencia de la imputación penal.⁵

La intromisión del *déficit de organización* del hecho ilícito representa una respuesta a nivel legislativo a estrategias procesales seguidas por el fiscal en los proceso de delitos económicos y a la lógica probatoria consolidada en la práctica, es decir la necesidad de simplificar, sobre el terreno de la prueba, la valoración procesal.

⁴ Así, Trib. Milano, G.u.p., 3 gennaio 2011 (ud. 3 novembre 2010), en *Soc.*, 2012, 65.

⁵ Sobre el tema, G. FIORELLI, *La incomprensible atribución de responsabilidad del delito “administrativo”, entre instancias de simplificación probatoria y formas de responsabilidad “sin acción”*, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, 2019-11, 2131.

Se empobrece el tipo penal “de la mano” del legislador,⁶ siendo justamente esto último, en el ámbito de la redacción de la norma, para empobrecer la estructura del ilícito con el fin de compensar la dificultad probatoria derivada del proceso.

Similar empobrecimiento encuentra ulterior confirmación en las acusaciones y en los procesos y genera así que la defensa del ente-imputado sea ardua.

El ente-imputado, para evitar una condena, es obligado a proporcionar una prueba de descargo y demostrar la falta de un específico “*déficit de organización*”. La consecuencia de esto es que la carga probatoria sobre el plano probatorio se interviene: no es la parte acusadora la que debe proporcionar la prueba positiva del “*déficit de organización*” de la entidad, pero espera que esta última demuestre lo contrario eso es la ausencia de responsabilidad de gestión y la adopción de un modelo preventivo eficaz.

De modo tal, la entidad parece convocada a afrontar un «desafío probatorio»⁷ demasiado exigente.

Al mismo tiempo, se admite al fiscal de sustraerse por completo del cumplimiento de la carga probatoria del tipo penal. De modo tal que se termina por vehicular comprobaciones judiciales meramente presuntivas.

Sobre un terreno más amplio, facilitar al fiscal sobre el terreno de las pruebas se arriesga de negar la idea-cardinal de los sistemas acusatorios más evolucionados según los cuales el titular de la acción penal estatal debería resultar mayormente responsable respecto del imputado.

⁶ V.N. D’ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008. Se trata del fenómeno de la “procesalización de las categorías sustanciales”, en el sentido de interacción entre la lógica probatoria y las definiciones conceptuales de los requisitos del hecho punible. Sobre el tema, A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, en *Legisl. pen.*, 2013, 839; E. MARAZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, en: a cargo de F. Danovi, *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015, 173; L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, en: a cargo de G. De Francesco-E. Marzaduri, *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 213.

⁷ P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, en *Dir. pen. proc.* 2001, 1482.

3. Vocación especial-preventiva del proceso 231 y estímulo a la colaboración del ente-imputado

Así como sobre el terreno de la acusación y de la prueba, la impronta antigarantista que evidencia la comprobación de la responsabilidad administrativa de los entes es captado, más en general, en la vocación especial preventiva del mecanismo procesal.

En el sistema del decreto ley 231, de hecho, el propósito de la comprobación de la responsabilidad no es solo y no tanto la verificación de los presupuestos para una eventual condena del ente inculpado, sino más bien la prevención del riesgo de comisión de delitos así como la necesaria, previa, eliminación de las consecuencias dañosas del ilícito.⁸

Se trata de finalidades que parecen inevitablemente destinadas a orientar los institutos procesales hacia la función especial-preventiva, rehabilitación y enmiendas contra la persona jurídica contra la cual se procede.

Al prescindir de la bondad de los objetivos que se intentan perseguir, es decir el retorno de la empresa a una política comercial en línea con los cánones de la legalidad,⁹ queda la sensación que se termina por utilizar el proceso para objetivos de intimidación y prevención propios de la pena.

Así resulta en evidente fricción con el canon de la presunción de inocencia entendida como una regla fundamental de tratamiento. Es decir, que tal canon prohíbe de asimilar al imputado a culpable y tratarlo como tal previo a una comprobación oficial e irrevocable de responsabilidad.

En esta perspectiva, pueden ser leídas críticamente las numerosas oportunidades concedidas a la entidad bajo proceso de proponer acciones reparadoras y colaborativas al resarcimiento del daño ocasionado o, así también, a eliminar la carencia organizativa que determinó el delito (art. 17 decreto legislativo 231/2001).

Tales instituciones parecen estar destinadas a promover y realizar una verdadera y propia colaboración activa del imputado en el proceso a su propia carga. El que induce a dudar sobre la vigencia de las garantías fundamentales que deberían regir aún también para la entidad, según está establecido por el art. 35 decreto ley 231. Tales disposiciones explícitamente equipara, de hecho, al imputado-persona jurídica al imputado-persona

⁸ Para todo, PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 242.

⁹ Así, L. LUPÁRIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale*, en *Proc. pen. giust.*, 5/2015, 5 s.

física respecto a los derechos y a las facultades que puede ejercer.

La atención, en efecto, está puesta sobre todo en las repercusiones negativas que se perfilan para la entidad la cual decide de no utilizar los institutos de colaboración procesal que el sistema 231 le ofrece.

Se trata de una verdadera y propia pérdida de *chances* que consiste en la imposibilidad de utilizar la reducción de las sanciones administrativas, para la entidad misma pueden constituir una forma de pena capital como es, por ejemplo, en el caso de la inhabilitación para funcionar.

La facultad de elección aparentemente reconocida a la persona jurídica de disponer en ser colaborativa *post factum* no debe, por eso, engañar.

Se termina, de hecho, por invertir el sentido más auténtico de la garantía fundamental que rige para el imputado en el proceso en su contra, es decir aquella que prohíbe cualquier interferencia negativa sobre el plano sea procesal o sancionatorio por un eventual comportamiento de no colaboración asumido por la persona bajo proceso.¹⁰ Lo impone el respeto al sacrosanto derecho a guardar silencio que debería regir, por definición, así también para la persona jurídica.¹¹

Por otra parte, resulta claro que, si la finalidad última a lo que apunta el proceso 231 es, como se mencionó, el de una re-educación de la entidad para el respeto de la legalidad, una garantía procesal como aquella del derecho a guardar silencio está destinada a sufrir una evitable distorsión funcional hasta casi traducirse en su negación.

Esto no es paradójico si se observa que, en el proceso contra las personas jurídicas, parece, si no es necesario, al menos útil y oportuno mantener un comportamiento de colaboración activa. Aunque el sistema prevé el ejercicio de actividades similares reparatorias y colaborativas en términos de libre elección relativo a la voluntad de la persona jurídica, parece innegable que la decisión de realizar un acto con el fin de evitar un perjuicio mayor, como aquel que representa la imposición de sanciones de tipo cautelar, resulta sustancialmente privar a aquel del carácter de libertad y voluntad que deberían distinguir el ejercicio de las opciones defensivas del imputado.

¹⁰ Cfr., L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000.

¹¹ En tema, H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018.

Parece ilógico, de hecho, que alguien realice un acto completamente deliberado perjudicial sino sobre la base de una más o menos presión explícita vinculada a la amenaza de un perjuicio o en vista de una posible ventaja.

Y el ambiente procesal en el cual madura una “elección” similar parece caracterizado por una impronta fuertemente antigarantista.

4. Sistema cautelar y distorsiones de las garantías

Así también respecto de las cautelares se registran profundas huellas del orientación del sistema en sentido de un verdadero y propio estatuto procesal antigarantista contra el ente-imputado. En tal ámbito, por otra parte, la distorsión de las garantías se manifiesta en un modo más implícito y por lo tanto en formas más sutiles.

Aquí, de hecho, se registra en apariencia un excedente de garantías sobre el nivel del contradictorio cautelar que oculta la trampa de una verdadera y propia instrumentalización de la entidad misma en contraste con la presunción de inocencia.

Contrariamente las medidas cautelares para las persona físicas, el proceso italiano 231 prevé una audiencia ad hoc, previo a las decisiones para la aplicación de las medidas cautelares, en la que está asegurado una confrontación dialéctica con la entidad acusada.

El punto, sin embargo, es que aún en tal sede, el contradictorio anticipado actúa de antecámara para el acceso, por una parte de la entidad, a las ya mencionadas actividades de colaboración y reparatorias utilizadas en óptica premiada, con el fin de suspender y, luego, revocar la medida cautelar en curso de ejecución.¹²

La intervención cautelar en la entidad se convierte, así, en un instrumento de presión para inducir a la entidad hacia un camino reeducativo mucho antes que se determine el mérito mediante una sentencia condenatoria.

Una vez más, en resumen, y aún así, más marcado termina por prevalecer la vocación especial-preventiva del proceso 231, que, distorsionando la función propia de la cautela y la pena, desnaturaliza el sentido más auténtico de las garantías fundamentales del imputado cuando viste la ropa de persona jurídica.¹³

¹² En tema, S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017, 160 s.

¹³ Cfr. L. MARAFIOTI, *Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli Enti*, en: a cargo de Luparia-Marafioti-Paolozzi, *Diritti fondamentali e processo all'Ente*, cit., 299.

A tener en cuenta, después de todo, que en la experiencia italiana la fase cautelar representa un significativo un primer puesto y un punto de observación ideal para percibir completamente las dinámicas antigarantistas según la cual se articula el proceso en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

De hecho, en esa etapa, desafortunadamente, se consume, siempre anticipadamente y a veces definitivamente, el destino de las personas jurídicas bajo proceso.

Y, sobre todo: eventuales elecciones colaborativas de la entidad resultan el fruto de instrumentalizaciones de las posiciones jurídicas para fines de política criminal,¹⁴ en lugar de que – como, en cambio, debería ser – expresiones de la inaplicabilidad del derecho de defensa de la entidad.

¹⁴ R. DEL COCO, *Misure cautelari interdittive e diritti fondamentali dell'ente*, en: a cargo de L. Luparia-L. Marafioti-G. Paolozzi, *Diritti fondamentali e processo all'Ente*, cit., 186.
