

## ANTICIPAZIONI

---

**ANNA SALVINA VALENZANO  
DIVA SERRA CRUZ**

**“Difetto di organizzazione” e illecito dell’ente  
da reato  
Cile, Perù e Argentina a confronto**

Il saggio conferisce evidenza al ruolo centrale del ‘difetto di organizzazione’ nella struttura dell’imputazione della responsabilità all’ente da reato, preoccupandosi delle garanzie per l’ente medesimo dal punto di vista della ‘prova’ della propria estraneità all’illecito, anche attraverso l’analisi dei possibili strumenti di ‘validazione’ della idoneità preventiva dei modelli organizzativi.

Propone, al riguardo, un’analisi comparatistica che ha ad oggetto gli innovativi sistemi cileno, peruviano e argentino, puntando a stabilirne i tratti comuni, per l’individuazione dei principi ispiratori di un modello di disciplina che possa ritenersi ‘virtuoso’ nella prevenzione e nel contrasto dei reati, e che, al contempo, non dimentichi i diritti difensivi dell’ente.

*The essay highlights the central role that the ‘organizational failure’ assumes in the structure of ‘ex crimine’ liability of legal persons, dealing with the issue of the guarantees for the legal entity itself from the point of view of the ‘proof’ of its extraneousness to the criminal offense, even through the analysis of the possible instruments of ‘validation’ of the preventive adequacy of the organizational models.*

*It proposes, in this regard, a comparative analysis concerning the innovative Chilean, Peruvian and Argentine systems, aiming to find their common features, in order to identify the main principles of a model of discipline that could be considered ‘virtuous’ in preventing and fighting crimes, also not forgetting, at the same time, the defensive rights of the legal entity.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa per la delimitazione del perimetro dell’indagine: sintetico excursus sui tratti caratterizzanti la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche da reato nei sistemi sudamericani. - 2. L’individuazione della ‘natura’ della responsabilità dell’ente da reato quale premessa per la ricostruzione di un modello ascrittivo compiutamente ‘personale’. - 3. Sul rilievo del ‘difetto di organizzazione’ nella struttura dell’imputazione della responsabilità da reato all’ente nei sistemi cileno, peruviano e argentino: posizione del problema. - 4. L’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza quale criterio di collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica nel sistema cileno. Il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura ascrittiva. - 5. Il ‘programma di integrità’ nella struttura dell’imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica nel sistema argentino e il significato dello ‘sforzo’ richiesto all’autore del reato nel violarne le regole. Il perimetro del giudizio di ‘adeguatezza preventiva’ in rapporto agli elementi minimi ‘necessari’ e ‘facoltativi’ del programma. - 6. Il rilievo del ‘modello di prevenzione’ nel sistema peruviano di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, anche in rapporto alla sua ‘fraudolenta elusione’ da parte dell’agente. - 7. La ‘validazione preventiva’ della idoneità dei modelli organizzativi: alla ricerca del perimetro dell’oggetto della certificazione nel sistema cileno. - 7.1. La controversa efficacia della certificazione del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno, anche in relazione alla corretta distribuzione dell’onere della

prova tra accusa e difesa. - 8. La 'validazione post factum' dell'adeguatezza preventiva delle cautele organizzative attraverso la perizia sul modello nell'ordinamento peruviano. Il rilievo sistematico della 'esimente incompleta' nei sistemi cileno e peruviano. - 9. Il vuoto normativo, nonostante una proposta di certificazione nel sistema argentino. - 10. Rilievi conclusivi.

### **1. Premessa per la delimitazione del perimetro dell'indagine: sintetico excursus sui tratti caratterizzanti la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche da reato nei sistemi sudamericani**

Negli ordinamenti sudamericani si sta di recente assistendo ad un movimento riformatore trasversale, simile a quello che ha scosso nell'ultimo ventennio il continente europeo, diretto all'introduzione di sistemi di responsabilità degli enti, pur a diverso titolo (penale o extrapenale), per fatti di reato commessi dai suoi esponenti nell'esercizio delle attività collettive.

Muovendo da questa premessa, l'idea di fondo che anima la presente indagine è quella di analizzare alcuni ordinamenti giuridici sudamericani, allo scopo di verificare la relativa struttura del sistema di imputazione della responsabilità all'ente, non dimenticando, accanto all'analisi dogmatica, anche la valutazione degli esiti giurisprudenziali, allo scopo di eventualmente individuare i principi ispiratori di un modello di disciplina che possa ritenersi 'virtuoso' nel contrasto ai reati commessi attraverso gli enti giuridici, nel pieno rispetto delle garanzie, sostanziali e processuali, per l'ente accusato di un illecito da reato. Anche nella più generale prospettiva di un'eventuale riforma del sistema italiano di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che, in una più ampia ottica 'globalizzata'<sup>1</sup>, tenga altresì conto delle esperienze maturate in ordinamenti giuridici extra-europei, nella specie sudamericani.

Il criterio seguito per selezionare gli ordinamenti sudamericani di interesse è stato quello di individuare, nella molteplicità dei sistemi giuridici, quegli ordinamenti che, muovendosi nell'alveo di una tradizione giuridica continentale, attribuiscono un valore essenziale ai principi di 'personalità' e 'colpevolezza' della responsabilità penale e che, dunque, abbiano esercitato opzioni di politica criminale nel tentativo di garantire una scelta sintonica con il rispetto di

---

\* Il presente contributo verrà pubblicato in un volume, frutto di una ricerca finanziata dall'Ateneo Sapienza di Roma, dal titolo: *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito e A.S. Valenzano.

<sup>1</sup> Per un approfondimento del ruolo dei sistemi di responsabilità dell'ente da reato nel diritto penale 'globalizzato', cfr. *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, a cura di Fiorella, Valenzano, Napoli, 2015; *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di Fiorella, Borgogno, Valenzano, Napoli, 2015.

detti principi nella specifica materia della responsabilità dell'ente da reato. Da questo punto di vista, l'obiettivo dell'indagine si concentrerà sugli ordinamenti che, a valle di un sintetico *excursus* comparatistico, possano essere individuati quali sistemi di imputazione della responsabilità all'ente edificati sul concetto di 'difetto di organizzazione', pur con articolazioni ed esiti differenti. Questo perché, non paghi di quei sistemi che attribuiscono rilievo ai soli criteri di identificazione organica per i fatti di reato commessi dai vertici dell'ente, ovvero di responsabilità vicaria per gli illeciti penali commessi dai sottoposti, si è cercato di individuare modelli di disciplina da ritenersi, sotto questo profilo, più maturi, per aver comunque tentato di individuare un criterio 'autonomo' di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che consenta di garantire l'attribuzione di una responsabilità 'propria', cioè 'personale' all'ente, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, nel rispetto dei fondamentali principi di 'personalità' e 'colpevolezza', pur con gli inevitabili accenti diversi collegati alle peculiarità di ciascun ordinamento giuridico. Muoviamo chiedendoci, pur a grandi linee, quale sia il quadro normativo attuale in Sud America nella specifica materia della responsabilità dell'ente da reato, per selezionare, tra i diversi ordinamenti, quelli maggiormente fecondi per il raggiungimento degli obiettivi dell'indagine. Tra gli ordinamenti nei quali è storicamente emersa l'esigenza di introdurre un sistema di responsabilità dell'ente da reato, si colloca innanzi tutto il Brasile, la cui Costituzione, sin dal 1988, già contemplava la responsabilità penale delle persone giuridiche<sup>2</sup>. Di conseguenza, dieci anni dopo è stata pubblicata la prima legge sulla responsabilità penale delle persone giuridiche<sup>3</sup>, con la quale si è stabilito che le persone giuridiche possano essere responsabili in sede amministrativa, civile e penale, secondo le disposizioni della stessa legge, nel caso in cui il reato sia commesso per decisione del suo rappresentante legale o contrattuale, o del suo organo collegiale, nell'interesse o a vantaggio dell'ente giuridico<sup>4</sup>. Detta legge, sotto certi profili ancora grossolana nella ricostruzione del telaio dell'imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, sembra non riconoscere alcun valore all'adozione ed attuazione di modelli di prevenzione dei reati da parte dell'ente nel quale il reato è stato

<sup>2</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 225 n. 3) della Costituzione brasiliana, nel quale si stabilisce che le condotte e le attività considerate dannose per l'ambiente, riferibili alle persone fisiche o giuridiche, vengono punite attraverso sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare il danno causato.

<sup>3</sup> Si tratta della legge n. 9605 del 12 febbraio 1998, che prevede sanzioni penali e amministrative per le condotte e le attività dannose per l'ambiente (*«sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente»*).

<sup>4</sup> Il riferimento è, in particolare, all'articolo 3 della citata legge brasiliana del 1998.

commesso, né per escludere la sanzione penale, né per attenuarla.

Tuttavia, nell'ordinamento brasiliano è possibile individuare un'evoluzione del quadro giuridico di riferimento, dal momento che sono state successivamente adottate due leggi, nel 2012 e 2013<sup>5</sup>, che hanno introdotto a carico della persona giuridica degli obblighi di adozione e attuazione di misure per prevenire la commissione di taluni illeciti, anche penali. Ciò nonostante, il legislatore brasiliano non sembra aver ricollegato all'attuazione di dette misure preventive un'efficacia di esenzione dalla responsabilità 'amministrativa' da reato per la persona giuridica, dovendosi invece giungere a conclusioni parzialmente differenti con riferimento al ruolo delle misure, quali circostanze attenuanti, nel giudizio di commisurazione della sanzione da irrogare all'ente. Più in dettaglio, la prima di tali leggi, finalizzata alla prevenzione dei reati di riciclaggio, impone una serie di obblighi alle persone giuridiche, tra cui rileva in particolare l'adozione di politiche, procedure e controlli interni compatibili con la dimensione e il volume di operazioni del soggetto collettivo<sup>6</sup>. L'inosservanza di detto obbligo organizzativo di autoregolamentazione è punita attraverso una sanzione amministrativa pecuniaria che può essere irrogata a carico dell'ente inadempiente<sup>7</sup>; pur tuttavia, non sembra che il legislatore abbia ricollegato alcuna efficacia all'adempimento dell'obbligo organizzativo da parte dell'ente nel giudizio di attribuzione della responsabilità da reato al medesimo soggetto collettivo.

Quanto alla seconda legge, diretta alla prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, invece, nello stabilire una serie di criteri per la determinazione della sanzione amministrativa da irrogare a carico dell'ente, il legislatore brasiliano ha attribuito rilievo all'adozione, da parte della persona giuridica, di meccanismi e procedure interne di integrità, monitoraggio ed incentivo alla denuncia di irregolarità, nonché all'effettiva applicazione di co-

---

<sup>5</sup> Si tratta, in particolare, dei seguenti atti normativi:

- legge n. 12.683 del 9 luglio 2012, che modifica la legge n. 9.613 del 3 marzo 1998, finalizzata alla prevenzione dei reati di riciclaggio di denaro ovvero di occultamento di beni, diritti e valori, al fine di rendere più efficace il contrasto penale di tali reati;

- legge n. 12.846 del 1° agosto 2013, che prevede la responsabilità amministrativa e civile oggettiva delle persone giuridiche per illeciti commessi a danno della pubblica amministrazione, sia essa nazionale o estera, e dello Stato, per prevenire la commissione di fatti di corruzione nel contesto della pubblica amministrazione.

- decreto n. 8420 del 18 marzo 2015, che detta norme di dettaglio della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche prevista dalla legge n. 12.846 del 2013.

<sup>6</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 10, comma 3, della legge n. 12.683 del 2012, mentre il novero degli enti collettivi cui si applica la disciplina è stabilito dall'art. 9 della stessa legge.

<sup>7</sup> Le sanzioni e i criteri di irrogazione della sanzione amministrativa a carico dell'ente sono stabiliti dall'art. 12 della medesima legge.

dici etici e di condotta<sup>8</sup>. Da quanto precede può desumersi che l'attuazione di un programma di integrità può operare quale circostanza di attenuazione della sanzione amministrativa prevista per la persona giuridica, pur non avendovi il legislatore ricollegato un'efficacia di esenzione dalla responsabilità per l'ente, là dove venga commesso un illecito di corruzione a danno della pubblica amministrazione, sia essa nazionale o estera, ovvero dello Stato.

Proseguendo nell'*excursus*, nel sistema giuridico boliviano si rinviene un recentissimo tentativo di introduzione della responsabilità penale della persona giuridica, che è tuttavia abortito. Il legislatore boliviano aveva infatti adottato il codice del sistema penale<sup>9</sup>, nel quale aveva inserito un capitolo IV dedicato al sistema di imputazione della responsabilità penale alle persone giuridiche per un ampio catalogo di reati<sup>10</sup>. È assai interessante rilevare che l'articolato normativo prevedeva una causa di esonero dalla responsabilità penale per la persona giuridica, a fronte della commissione di un reato da parte di un suo esponente nel suo interesse, là dove fosse stato adottato ed effettivamente attuato, prima della commissione del reato, un modello di organizzazione e gestione contenente idonee misure di prevenzione, supervisione e controllo debitamente certificate, da parte di un competente organismo, come adeguate a prevenire reati della stessa natura ovvero a ridurre significativamente il rischio di commissione<sup>11</sup>. Tuttavia, nel gennaio del 2018, cioè dopo circa un mese dall'adozione, il codice è stato abrogato e, con esso, è venuta meno la previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche, pur residuando nel sistema boliviano talune leggi speciali che, nel disciplinare specifici settori, contemplano sanzioni amministrative a carico dei soggetti collettivi per illeciti anche penali<sup>12</sup>.

Venendo al sistema colombiano, pur in assenza di una disciplina organica che

---

<sup>8</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 7 della legge n. 12.846 del 2013. Volendo approfondire, il decreto n. 8420 del 2015 stabilisce che nel caso in cui la persona giuridica a sua difesa fornisca informazioni e documenti relativi all'esistenza e al funzionamento del programma di integrità, la Commissione procedente («*procesadora*») è tenuta ad esaminarli secondo i parametri indicati nel capitolo IV del medesimo decreto, al fine di determinare la sanzione da irrogare all'ente [si v. l'art. 5, n. 4) del decreto]. Il capitolo IV fa espresso riferimento ai programmi di integrità, stabilendo che, per gli scopi indicati nell'articolo 5 paragrafo 4, l'esistenza e l'applicazione di un programma di integrità debbono essere valutate secondo i parametri stabiliti nei numeri da I a XVI dell'art. 42 del medesimo decreto.

<sup>9</sup> Si tratta del codice contenuto nella legge n. 1005 del 17 dicembre 2017, che è stata abrogata dalla legge n. 1027 del 25 gennaio 2018.

<sup>10</sup> Il catalogo dei reati è contenuto nell'articolo 66 del citato codice.

<sup>11</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 68, I.1 del citato codice.

<sup>12</sup> Tra le leggi speciali che prevedono sanzioni amministrative a carico delle persone giuridiche, si v., a titolo di esempio, l'art. 28 della legge n. 004 del 31 marzo 2010, nonché l'art. 41 della legge n. 393 del 21 agosto 2013 in materia di servizi finanziari.

sanzioni penalmente una persona giuridica per un fatto di reato, il legislatore ha introdotto ‘misure accessorie’ nei confronti delle persone giuridiche allo scopo di «contrastare le condotte che violino l’ordinamento giuridico penale»<sup>13</sup>, con l’intento di porre rimedio ad un ritenuto «deficit di punibilità»<sup>14</sup>. Si tratta in particolare della misura della sospensione e cancellazione della personalità giuridica, prevista dal codice di procedura penale, quale strumento giuridico che può essere utilizzato dalla pubblica accusa, in qualsiasi momento e anche prima della formale incriminazione, purché vi siano seri motivi di ritenere che la persona giuridica abbia partecipato, in tutto o in parte, ad attività criminali<sup>15</sup>.

Andando oltre, in Ecuador il codice penale<sup>16</sup> prevede espressamente la responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto privato, nazionali o estere, per i reati commessi a vantaggio loro, o dei propri associati, da chi è titolare del patrimonio sociale oppure esercita la gestione o il controllo societario, ovvero dai loro organi sociali o amministrativi, oppure dagli agenti, rappresentanti e altri soggetti che agiscono per conto della persona giuridica<sup>17</sup>. La responsabilità dell’ente non si configura quando l’individuo agisca per conto di un terzo diverso dalla persona giuridica. In linea di principio, la responsabilità del soggetto collettivo si affianca a quella della persona fisica autrice del reato, senza ad essa sostituirsi<sup>18</sup>.

Quanto al Venezuela, pur non essendo stato stabilito dal legislatore un sistema generale di attribuzione della responsabilità da reato alle persone giuridiche, sono state previste alcune sanzioni contro gli enti collettivi da talune leggi speciali che regolano specifici settori in materia penale, ma solo in relazione a determinati fatti di reato. Si può, a titolo di esempio, trattare di reati informa-

<sup>13</sup> In questo senso, cfr. PETRO, MOSQUERA, TORRES, *La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia*, in *Revista Criminalidad*, 2014, 56 (3), 92.

<sup>14</sup> Il rilievo è riferibile a PETRO, MOSQUERA, TORRES, *op. cit.*, 2014, 95.

<sup>15</sup> Tale misura è prevista dall’art. 91 della legge n. 906 del 2004 (codice di procedura penale colombiano) e può anche essere applicata in via definitiva con la sentenza di condanna nel caso in cui sia risultata, al di là di ogni ragionevole dubbio, la prova sulle circostanze che l’hanno determinata. Inoltre, l’art. 34 della legge n. 1474 del 2011, che prevede norme volte a rafforzare i meccanismi di prevenzione, indagine e sanzione degli atti di corruzione, stabilisce che le misure di cui all’art. 91 della legge n. 906 si applicano alle persone giuridiche che hanno inteso trarre profitto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione, o da qualsiasi comportamento punibile in materia di beni pubblici, da parte del loro rappresentante legale o dei loro amministratori.

<sup>16</sup> Il riferimento è al «*código orgánico integral penal*» che è stato pubblicato il 3 febbraio 2014.

<sup>17</sup> L’ampio novero dei soggetti attivi che, sulla base di determinati presupposti, possono trasmettere la responsabilità alla persona giuridica è indicato dall’art. 49 del codice penale.

<sup>18</sup> Le sanzioni applicabili alle persone giuridiche ritenute penalmente responsabili sono stabilite dall’art. 71 dello stesso codice penale e possono essere di carattere pecuniario oltre che interdittivo, essendo altresì previsto lo scioglimento della persona giuridica («*disolución*»).

tici<sup>19</sup>, ovvero di criminalità organizzata e finanziamento del terrorismo<sup>20</sup>, nonché di illeciti penali in materia ambientale<sup>21</sup>.

Sinteticamente, pur non volendo escludere altri ordinamenti sudamericani che prevedano sanzioni, anche di natura penale, per le persone giuridiche a fronte della commissione di fatti di reato - muovendo generalmente dai fenomeni corruttivi - da parte dei propri esponenti, attraverso schemi di generalizzata applicazione di una sanzione accessoria, ovvero con la previsione di sanzioni per l'ente solo per specifici reati, occorre ribadire che la preoccupazione dei legislatori nazionali di estendere la responsabilità da reato alle persone giuridiche sta diventando sempre più sentita, anche se la risposta legislativa talora tarda ad affermarsi a causa di resistenze dottrinali o politiche.

Senza poter anticipare troppo, può ritenersi che, a valle del sintetico *excursus* comparatistico, l'obiettivo dell'indagine si concentrerà sugli ordinamenti cileno, peruviano e argentino che, nel complesso degli ordinamenti sudamericani, e tenendo conto delle peculiarità di ciascuno di essi, possono essere individuati quali sistemi di imputazione della responsabilità all'ente radicati sul perno del 'difetto di organizzazione', nel suo ruolo di criterio di collegamento - munito di rilievo non soltanto oggettivo ma anche soggettivo - tra il fatto di reato dell'individuo e la persona giuridica. Con il dichiarato obiettivo di tracciare 'autonomi' criteri di imputazione della responsabilità da reato all'ente, che consentano di garantire l'attribuzione di una responsabilità 'propria', cioè 'personale' al soggetto collettivo, nel rispetto dei principi di 'personalità' e

---

<sup>19</sup> Sotto questo profilo, si v. la legge n. 37.313 del 30 ottobre 2001 sui reati informatici, il cui art. 5 stabilisce la responsabilità delle persone giuridiche per i reati previsti dalla medesima legge, commessi sia da dirigenti, amministratori o direttori dell'ente, sia da suoi dipendenti. Le sanzioni principali che possono essere applicate alle persone giuridiche sono di natura pecuniaria, a differenza delle sanzioni accessorie stabilite dall'art. 29, che possono avere natura interdittiva.

<sup>20</sup> Il riferimento è alla legge organica in materia di criminalità organizzata e finanziamento del terrorismo, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 39.912 del 30 aprile 2012, che, sulla base di diversi presupposti, stabilisce la responsabilità civile, amministrativa e penale delle persone giuridiche, con esclusione dello Stato, per fatti di reato in materia di criminalità organizzata e di finanziamento del terrorismo, commessi per conto della persona giuridica, dai suoi organi di governo ovvero dai suoi rappresentanti. L'art. 32 della medesima legge prevede, accanto alla sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive consistenti nella chiusura definitiva della persona giuridica e nel divieto di svolgere attività commerciali, industriali, tecniche o scientifiche; oltre che la confisca degli strumenti, beni e proventi del reato e la pubblicazione della sentenza di condanna, nonché la comunicazione dei presupposti per la revoca delle concessioni e autorizzazioni amministrative rilasciate dallo Stato.

<sup>21</sup> Ci si riferisce alla legge penale a tutela dell'ambiente, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 39.913 del 2 maggio 2012, che stabilisce la responsabilità penale delle persone giuridiche in materia ambientale, là dove venga commesso un reato in occasione della violazione di una norma obbligatoria. Tuttavia, stabilisce come pena principale, accanto alla pena pecuniaria, lo scioglimento della persona giuridica, nonché lo smantellamento dell'impianto o dello stabilimento (articolo 5), oltre alle sanzioni accessorie (articolo 6).

‘colpevolezza’.

## 2. L’individuazione della ‘natura’ della responsabilità dell’ente da reato quale premessa per la ricostruzione di un modello ascrittivo compiutamente ‘personale’

L’introduzione della responsabilità dell’ente da reato nei tre ordinamenti selezionati, pur essendo frutto dell’adempimento di preesistenti obblighi internazionali di incriminazione<sup>22</sup>, è piuttosto recente, soprattutto in riferimento ai sistemi peruviano e argentino.

Il primo paese a regolare la materia è stato il Cile, con la pubblicazione della legge n. 20.393 (del 2 dicembre 2009), che ha stabilito la responsabilità ‘penale’ delle persone giuridiche per i reati di riciclaggio<sup>23</sup>, finanziamento del terrorismo<sup>24</sup>, corruzione di un pubblico ufficiale nazionale ovvero internazionale<sup>25</sup>; con un successivo inserimento nel catalogo normativo del delitto di ricettazione<sup>26</sup>, e, più di recente<sup>27</sup>, tra gli altri, dei reati di appropriazione indebita<sup>28</sup> e

---

<sup>22</sup> Tra le fonti degli obblighi internazionali di incriminazione, si segnala, in primo luogo, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, che obbliga gli Stati a stabilire sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive anche nei confronti delle persone giuridiche coinvolte nel reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

Pur avendo il Cile ricevuto un invito formale ad essere membro dell’OCSE nel 2007, ha dovuto adeguare il proprio ordinamento agli standard di tutela stabiliti dalle fonti internazionali prima del suo effettivo ingresso nella medesima organizzazione.

Il Perù, a sua volta, ha manifestato all’OCSE la sua volontà di divenirne membro nel 2009, dando la sua disponibilità a partecipare al gruppo di lavoro sulla lotta contro la corruzione nelle operazioni economiche internazionali. Tuttavia detto gruppo di lavoro ha invitato il Perù a prendere parte ai lavori solo nel dicembre 2013, dichiarando che per diventare membro dell’organizzazione a pieno titolo avrebbe dovuto migliorare la sua legislazione dando adempimento agli obblighi di incriminazione contenuti nella Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con specifico riferimento alla necessità di attuare un sistema che consentisse di ritenere le persone giuridiche autonomamente responsabili per fatti di corruzione.

Quanto all’Argentina, uno dei riconosciuti obiettivi della legge che ha introdotto la responsabilità penale della persona giuridica è stato quello di adattare il sistema penale «agli standard internazionali ai quali la Repubblica argentina si è obbligata aderendo alla Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali».

<sup>23</sup> Nel sistema cileno, il «*lavado de activos*» è previsto e punito dall’art. 27 della legge n. 19.913.

<sup>24</sup> Si tratta di reato previsto dall’art. 8 della legge n. 18.314 nel sistema cileno.

<sup>25</sup> Nell’ordinamento cileno, tali delitti di «*cohecho*» sono previsti dagli artt. 250 e 251-*bis* del codice penale.

<sup>26</sup> Si fa riferimento al reato di «*receptación*» che, nel sistema cileno, è punito dall’articolo 456-*bis* A del codice penale, trattandosi di fattispecie di reato introdotta nel catalogo con la legge n. 20.931 del 5 luglio 2016.

<sup>27</sup> Si tratta della legge n. 21.121, pubblicata il 20.11.2018, che ha modificato l’art. 1 della legge cilena (n. 20.393) introducendo ulteriori fattispecie penali, tra le quali possono altresì annoverarsi i reati di «*administración desleal*» (art. 470 n. 11 c.p. cileno) e «*negociación incompatible*» (art. 240 c.p. cileno).

<sup>28</sup> Il riferimento è, in particolare, al reato di «*apropiación indebida*», punito dall’art. 470 n. 1 c.p. cileno.

corruzione tra privati<sup>29</sup>.

Sette anni dopo, è stata pubblicata in Perù la legge n. 30.424/2016 che regola la responsabilità ‘amministrativa’ delle persone giuridiche per il reato di corruzione attiva internazionale, entrata in vigore solo nel gennaio del 2018, per il susseguirsi di interventi normativi nella specifica materia, in particolare del Decreto Legislativo n. 1.352/2017 che ha posticipato l’entrata in vigore della prima legge<sup>30</sup>. Tra i diversi profili di riforma, il nuovo decreto legislativo peruviano ha esteso la responsabilità amministrativa della persona giuridica ai reati di corruzione attiva nazionale<sup>31</sup> e transnazionale<sup>32</sup>, alla corruzione attiva specifica<sup>33</sup> (che grossomodo corrisponde alla corruzione in atti giudiziari nel sistema italiano), ai reati in materia di riciclaggio<sup>34</sup> e in materia di finanziamento del terrorismo<sup>35</sup>. Più di recente, il legislatore peruviano ha ulteriormente esteso la disciplina, tra gli altri, al traffico di influenze illecite<sup>36</sup>.

Il legislatore argentino ha seguito la strada già percorsa dai legislatori cileno, brasiliano e spagnolo<sup>37</sup>, nell’introdurre la responsabilità da reato delle persone giuridiche, con l’adozione della legge n. 27.401/2017<sup>38</sup>, che ha previsto la responsabilità ‘penale’ delle persone giuridiche per alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (corruzione del pubblico ufficiale nazionale ovvero internazionale<sup>39</sup>, traffico nazionale o internazionale di in-

<sup>29</sup> Nell’ordinamento cileno, il delitto di corruzione tra privati è stato di recente introdotto dalla legge n. 21.121, pubblicata il 20.11.2018, agli artt. 287 *bis* e *ter* del codice penale.

<sup>30</sup> La prima disposizione (aggiuntiva) finale della legge n. 30.424, pubblicata il 21 aprile 2016, stabiliva che la medesima legge sarebbe entrata in vigore il 1° luglio 2017, tuttavia il 7 gennaio dello stesso anno (2017) è stato pubblicato il decreto legislativo n. 1.352 che ha sancito la posticipazione dell’entrata in vigore della legge al 1° gennaio 2018.

<sup>31</sup> Il riferimento è al reato di «*cohecho activo genérico*» che è punito dall’art. 397 del codice penale peruviano.

<sup>32</sup> Nel sistema peruviano, si tratta del reato di «*cohecho activo transnacional*», previsto dall’art. 397-A del codice penale.

<sup>33</sup> Ci si riferisce al reato di «*cohecho activo específico*», punito dall’art. 398 del codice penale peruviano.

<sup>34</sup> Si tratta, in particolare, dei reati previsti nel sistema peruviano dagli artt. 1, 2, 3, e 4 del d. lgs. n. 1106/2012, di contrasto al riciclaggio, alla criminalità organizzata e ad altri reati collegati alla estrazione illecita (*minería ilegal*).

<sup>35</sup> Il riferimento è, nel sistema peruviano, al reato previsto dall’art. 4-A del d. lgs. n. 25475/1992, il quale prevede i reati di terrorismo e le regole per il relativo accertamento processuale.

<sup>36</sup> Il riferimento è alla recente legge peruviana n. 30.835/2018, che ha esteso la disciplina al reato di «*tráfico de influencias*», punito dall’art. 400 c.p. peruviano e al reato di «*colusión*», punito dall’art. 384 del medesimo c.p.

<sup>37</sup> Il progetto di legge argentino, n. 127 del 2016, fa espresso riferimento alla già citata legge brasiliana (n. 12.846) e a quella cilena (n. 20.393) che regolano la specifica materia, oltre che alla legge spagnola di riforma del codice penale, n. 1/2015.

<sup>38</sup> Si tratta della legge n. 27.401, che è stata pubblicata in Argentina il 1° dicembre 2017.

<sup>39</sup> Nel sistema argentino, i delitti di «*cohecho*» sono previsti e puniti dall’articolo 258 del codice penale, in combinato disposto con gli artt. 256, 256 *bis* e 257 dello stesso codice.

fluenze illecite<sup>40</sup>, interesse privato in atti di ufficio<sup>41</sup>, concussione<sup>42</sup>, illecito arricchimento del pubblico agente<sup>43</sup>), oltre che per le false comunicazioni sociali<sup>44</sup>.

Quale premessa per la ricostruzione di un modello di imputazione della responsabilità da reato all'ente compiutamente 'personale', occorre, pur con criteri di sintesi, interrogarsi sull'effettiva 'natura' della responsabilità, dato che si pone quale ineludibile baluardo delle garanzie fondamentali il rispetto dei principi di 'personalità' e 'colpevolezza', proprio nella misura in cui si giunga a riconoscere una responsabilità 'penale' o, quanto meno, 'para-penale' in capo alla persona giuridica per il fatto di reato che venga commesso da un suo esponente nell'esercizio delle attività dell'ente.

In via di prima approssimazione, può innanzi tutto evidenziarsi come, tra i tre ordinamenti giuridici selezionati, Cile e Argentina abbiano espressamente regolato la responsabilità 'penale' delle persone giuridiche<sup>45</sup>, mentre il legislatore peruviano abbia, almeno formalmente, etichettato la responsabilità della persona giuridica come 'amministrativa'. Occorre perciò chiedersi quale sia l'effettiva 'natura' della responsabilità del soggetto collettivo nel sistema peruviano, dovendosi stabilire se l'espressa qualifica della responsabilità possa celare una 'truffa delle etichette', là dove dovesse giungersi alla conclusione che si tratti di responsabilità penale, o quanto meno 'para-penale', come è accaduto in alcuni sistemi europei, tra cui, ad esempio, quello italiano<sup>46</sup> o polacco<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Il riferimento è al reato di «*tráfico de influencias*» che, nel sistema argentino, è regolato dall'art. 258 *bis* del codice penale.

<sup>41</sup> Si tratta, più in particolare, del reato di «*negociación incompatible*», che nel sistema argentino è previsto dall'art. 265 del codice penale.

<sup>42</sup> Ci si riferisce al reato di «*concusión*», punito dall'art. 268 del codice penale argentino.

<sup>43</sup> Nel sistema argentino, il reato di «*enriquecimiento ilícito de funcionario y empleador*» è previsto dall'art. 268 (1) e 268 (2) del codice penale.

<sup>44</sup> Più specificamente, il riferimento è al reato di «*balances e informes falsos agravados*» punito dall'art. 300 *bis* del codice penale argentino.

<sup>45</sup> Anche se il codice di procedura penale cileno (pubblicato il 12 ottobre 2000), all'art. 58, stabilisce il principio per il quale «*societas delinquere non potest*»: «La responsabilità penale può essere accertata solo nei confronti delle persone fisiche. Per le persone giuridiche sono responsabili coloro che abbiano contribuito alla commissione del fatto di reato, ferma restando l'eventuale responsabilità civile dell'ente. In questa prospettiva, la previsione della responsabilità penale dell'ente per fatti di reato rappresenterebbe una eccezione al principio posto dal codice di procedura penale cileno. In senso conforme si è espresso anche il Messaggio Presidenziale con il quale il progetto della legge che ha introdotto la responsabilità 'penale' della persona giuridica fu inviato al Congresso, nell'affermare che lo stesso progetto «non pretendeva di instaurare un sistema generale di sanzioni (a carico dell'ente?), ma solo di prevedere quei reati che a livello internazionale sono valutati come particolarmente insidiosi. Questo perché c'è piena consapevolezza che si vuole rispettare la tradizione prevalente nel paese».

<sup>46</sup> Sull'ampio dibattito che si è sviluppato nella dottrina italiana, e sulle ragioni ad esso sottese, cfr. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in *La respon-*

Per rispondere al quesito posto, i principali criteri possono essere rinvenuti nei seguenti due, senza tuttavia escluderne astrattamente altri: il primo guarda al contenuto delle sanzioni previste per la persona giuridica e il secondo alle norme processuali applicabili per l'accertamento della sua responsabilità.

Quanto alle sanzioni, la legge peruviana<sup>48</sup> stabilisce che il giudice penale possa irrogare alla persona giuridica pene pecuniarie e altre 'misure amministrative' di carattere interdittivo, che transitano dalla temporanea sospensione dall'esercizio delle sue attività, alla chiusura, anche permanente, dei suoi stabilimenti, sino al definitivo scioglimento dell'ente.

Le garanzie processuali a tutela dell'ente sono le stesse già previste per l'individuo, avendo il legislatore stabilito che le indagini, il giudizio e la punizione delle persone giuridiche si effettuano nel quadro del processo penale, applicando le norme del codice di procedura penale peruviano con le connesse garanzie già previste a favore dell'imputato<sup>49</sup>. D'altronde, l'esigenza di soddisfare, a tutela dell'ente, gli standard di garanzia propri della 'materia penale' finisce con il coincidere con la stessa necessità che è stata posta, nella pur diversa sede europea, dalla Corte EDU, la quale, nell'interpretare i principi di garanzia stabiliti dall'art. 6 della Convenzione, ha attribuito rilievo all'effettività della sanzione penale, nello specifico al suo grado di incisività, superando le 'etichette' definitorie poste dai legislatori nazionali e fornendo indici di riconoscimento della 'materia penale', a partire dai noti criteri En-

---

*sabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli, a cura di Fiorella, Gaito, Valenzano, 15 ss.*

<sup>47</sup> Per il dibattito emerso nel sistema polacco in riferimento alla natura della responsabilità dell'ente da reato, sia consentito rinviare a VALENZANO, *Main Aspects of Corporate Liability 'ex Crimine' in Eastern European Countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia*, in *Corporate Criminal Liability and Compliances Programs. Liability 'ex Crimine' of Legal Entities in Member States*, a cura di Fiorella, Vol. 1, Napoli, 2012, 499.

<sup>48</sup> Il riferimento è all'art. 5 della legge peruviana, che prevede le seguenti sanzioni per la persona giuridica (per il reato di corruzione di un pubblico ufficiale straniero e per gli altri delitti introdotti dal già citato decreto di riforma n. 1352/2017): a) sospensione dall'esercizio dell'attività dell'ente tra 6 mesi e 2 anni; b) divieto dall'esercizio in futuro di attività dello stesso tipo o natura di quella nel cui esercizio sia stato commesso, agevolato o scoperto il reato; c) divieto permanente di contrattare con la pubblica amministrazione; d) annullamento di licenze, concessioni, diritti e altre autorizzazioni amministrative o comunali; e) chiusura temporanea o permanente dei suoi locali o stabilimenti (da 1 a 5 anni); f) scioglimento dell'ente.

<sup>49</sup> Il riferimento è, in particolare, alla terza disposizione finale della legge peruviana (Ley n. 30.424 del 2016), la quale, nel testo originario, stabilisce che: «*La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo N° 957 (c.p.p. peruviano, adottato mediante il d. lgs. n. 957 del 2004), gozando la persona jurídica de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado*».

gel<sup>50</sup>.

Ora, a noi sembra che, guardando agli ‘effettivi’ contenuti e al conseguente grado di ‘afflittività’, le sanzioni interdittive previste per l’ente dalla legge peruviana, seppur formalmente etichettate come ‘amministrative’, rivelino in realtà un elevato contenuto afflittivo tale da dover essere considerate sanzioni ‘punitive’, ovvero sostanzialmente ‘penali’<sup>51</sup>. Si consideri che la sanzione interdittiva più grave, consistente nello scioglimento dell’ente, è prevista in tutti e tre gli ordinamenti considerati: a fronte di un equivalente contenuto afflittivo, detta sanzione interdittiva, qualificata come ‘amministrativa’ nel sistema peruviano, viene invece, più correttamente, qualificata come ‘penale’ dalle leggi cilena<sup>52</sup> ed argentina<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Numerose sono le sentenze in cui la Corte europea dei diritti dell’uomo ha affermato il principio per il quale gli illeciti extrapenalici cui siano ricollegate sanzioni ‘punitive’ appartengono alla ‘materia penale’ e debbono perciò essere circondati dalla medesima cinta di garanzie, sostanziali e processuali, stabilite dall’art. 6 C.E.D.U. Proprio in forza di questa disposizione, la Corte di Strasburgo, in diverse sentenze, si è trovata a dover stabilire la ‘fondatezza di un’accusa penale’ formulata nei confronti del ricorrente e, perciò, a dover verificare che l’‘accusa’ sollevata rientrasse nella nozione di ‘materia penale’. A questo scopo la giurisprudenza di Strasburgo ha sostanzialmente elaborato tre criteri per orientare l’interprete nella definizione dei confini della ‘materia penale’ (a partire dalla C.E.D.U., Engel e altri c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976), che consistono nel verificare: a) se le norme che definiscono l’illecito appartengano al diritto penale nel sistema giuridico dello Stato convenuto; b) quale sia la natura dell’illecito; c) quale grado di severità abbia la sanzione relativa all’illecito contestato. Tra le sentenze della C.E.D.U. che enucleano detta nozione di ‘materia penale’, cfr. C.E.D.U., Menesheva c. Russia, n. 59261/00, 9.3.2006; C.E.D.U., Ezei e Commors c. Regno Unito, n. 39665/98, 9.10.2003; C.E.D.U., Lauko c. Repubblica Slovacca, n. 4/1998/907/1119, 2.9.1998; C.E.D.U., Kadubec c. Repubblica Slovacca, n. 27061/95, 2.9.1998; C.E.D.U., Öztürk c. Germany, n. 8544/79, 21.2.1984. Per lo sviluppo di detti criteri, in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, cfr. *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, (sub art. 6), a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 181 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.

<sup>51</sup> È interessante segnalare che nel sistema peruviano la differenza tra sanzione penale e sanzione amministrativa si fonda essenzialmente su un criterio formale, imperniato sull’autorità che irroga la sanzione: se è competente il giudice penale, la sanzione è considerata una pena, se è invece una pubblica autorità, allora la sanzione è ritenuta amministrativa, fermo restando che solo la sanzione penale può privare il destinatario della libertà personale. A detti criteri fa espresso riferimento il Governo peruviano nella “Guida pratica sul procedimento amministrativo sanzionatorio” (aggiornato con il testo della legge n. 27.444, legge sul processo amministrativo generale), reperibile nel sito web [www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe). In dottrina, sul tema, cfr. CORDERO, *El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal*, in *Rivista de Derecho Chileno*, XXV, 2, 2012, 131-157; ID., *Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena*, in *Rivista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección: Estudios, Año 20 - N° 1, 2013, 79-103; SOTO KLOSS, *La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?*, in: *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 29-49.

<sup>52</sup> La citata legge cilena, all’art. 8, prevede come sanzioni principali, oltre alla pena pecuniaria a favore dell’erario, lo scioglimento della persona giuridica o la cancellazione della sua personalità giuridica, il divieto - temporario o permanente - di contrattare con la pubblica amministrazione, nonché l’esclusione

Con riferimento all'ulteriore indice di riconoscibilità della 'natura' della responsabilità del soggetto collettivo, individuabile nelle regole stabilite dai legislatori nazionali per il suo accertamento, nonostante la già segnalata diversità definitoria di carattere formale, è proprio il processo penale, nei tre ordinamenti, la sede deputata alla verifica giudiziale, con la conseguente applicazione alla persona giuridica dei principi e delle garanzie già previste per l'individuo in ciascun sistema processuale-penale<sup>54</sup>.

Dal raffronto fra i tre ordinamenti giuridici, sulla base dei proposti indici di riconoscibilità, a noi sembra risulti che la 'natura' della responsabilità dell'ente da reato sia sostanzialmente assimilabile, dovendosi ritenere si tratti di responsabilità 'penale' o, quanto meno, 'para-penale', nonostante la diversa 'etichetta' di 'amministrativa', nell'ordinamento peruviano, e di 'penale', in quello cileno e argentino. Ciò, in sintesi, alla luce di quanto emerso dalla comparazione tra le sanzioni interdittive previste per la persona giuridica nei tre sistemi giuridici, rivelandone, per l'oggettiva gravità, una sostanziale identità dal punto di vista dell'elevato livello di afflittività. Oltre che per le regole applicabili all'accertamento della responsabilità dell'ente, trattandosi nei tre ordinamenti giuridici delle norme del diritto processuale penale: il processo penale risulta essere l'alveo prescelto quale sede della verifica giudiziale (con azione esercitata contro l'ente dalla pubblica accusa penale), con la conseguente applicazione a favore del soggetto collettivo delle norme e garanzie stabilite per l'individuo, in forza dell'assimilazione della persona giuridica alla persona fisica indagata, imputata o condannata.

### 3. Sul rilievo del 'difetto di organizzazione' nella struttura dell'imputazione

---

totale o parziale da finanziamenti o sussidi dello Stato ovvero il divieto di riceverli per un periodo determinato di tempo.

<sup>53</sup> A sua volta, la citata legge argentina, all'art. 7, stabilisce le seguenti sanzioni interdittive a carico delle persone giuridiche: la dissoluzione, la sospensione dall'esercizio dell'attività, la sospensione dalla partecipazione ad appalti pubblici e l'esclusione da finanziamenti, contributi o sussidi dello Stato.

<sup>54</sup> Con riferimento alle norme processuali applicabili nel processo a carico della persona giuridica, la terza disposizione finale della legge peruviana (Ley n. 30.424 del 2016), come detto, stabilisce che le indagini, il giudizio e la punizione delle persone giuridiche si effettuano nel quadro del processo penale, applicando le norme del c.p.p. peruviano, con le connesse garanzie già previste a favore dell'individuo indagato, imputato e condannato. Allo stesso modo, gli artt. 20 e ss. della legge cilena (Ley n. 20.393) stabiliscono che la responsabilità della persona giuridica viene accertata nel procedimento penale, prescrivendo che, per quanto non espressamente regolato dalla presente legge, sono applicabili all'ente tutte le disposizioni contenute nel c.p.p. cileno (e nelle leggi speciali), relative alle garanzie dell'indagato, accusato e condannato, nella misura in cui risultino compatibili con la natura del soggetto collettivo. Nello stesso senso, l'art. 11 della legge argentina stabilisce che la persona giuridica è titolare degli stessi diritti ed obblighi previsti per l'indagato dalle norme processuali: il c.p. e il c.p.p. si applicano, in modo complementare, per quanto non già espressamente regolato dalla legge n. 27.401 (artt. 27 e 28).

**della responsabilità da reato all'ente nei sistemi cileno, peruviano e argentino: posizione del problema**

Dopo aver stabilito quale sia l'effettiva 'natura' della responsabilità da reato della persona giuridica nei tre ordinamenti considerati, occorre verificare se ed in qual misura siano rispettati i principi di 'personalità' e 'colpevolezza' nell'ascrizione della responsabilità 'penale' (o 'para-penale') all'ente per un fatto di reato di un suo esponente, quale garanzia ineludibile di un modello di imputazione della responsabilità da reato all'ente compiutamente 'personale'. Dovendosi, perciò, stabilire se ed in qual misura nei sistemi giuridici considerati possano ritenersi superati modelli di imputazione puramente organicistici o vicariali, che, a seconda del punto di riferimento dell'osservatorio, restino dietro la trincea della responsabilità per fatto altrui o della responsabilità oggettiva, a favore di schemi di imputazione, più evoluti, che consentano un collegamento 'personale' del fatto di reato all'ente, sia sul piano oggettivo che sul quello soggettivo.

Sotto questo profilo, può rilevarsi che nei tre sistemi considerati i legislatori nazionali, quanto meno nei rispettivi lavori preparatori delle leggi (cilena<sup>55</sup>, peruviana<sup>56</sup> e argentina<sup>57</sup>), sembrano aver fatto espresso riferimento al criterio

---

<sup>55</sup> Nella letteratura cilena è stato affermato, seppur con riferimento al progetto di legge prima della sua definitiva approvazione, che il testo normativo «*risponde alle attuali tendenze del diritto nordamericano ed europeo, in particolare di quello italiano, diretto a ottenere la collaborazione delle imprese nel prevenire il reato, attraverso l'innesto dei 'modelli di organizzazione, gestione e controllo' la cui effettiva attuazione dovrebbe risultare sufficiente a evitare sanzioni penali per l'ente*»: cfr. MATUS, *Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje 018-357*, in *Rivista Ius et Praxis*, 15, n. 2, Santiago, Chile, 2009, 295. Nello stesso senso si è espresso l'Autore nella discussione della legge n. 20.393 avanti il Congresso cileno, come risulta dalla *Historia de la Ley 20.393, 123*, reperibile sul sito web [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>56</sup> Nel sistema peruviano, il Messaggio del progetto di legge (cioè la proposta di legge elaborata dal Presidente della Repubblica) chiarisce che si segue il criterio di imputazione della colpa per il difetto di organizzazione ('*culpabilidad por defecto de organización*'): nei seguenti termini: «*il modello di imputazione esige il collegamento del reato all'ente attraverso l'esistenza di un difetto di organizzazione che permetta di provare il ricorrere della 'colpevolezza per difetto di organizzazione' (...). Nel caso in cui sia stato adottato e attuato in maniera efficace un modello di prevenzione dei reati che adempia gli standard proposti dal progetto di legge, ma, nonostante il modello preventivo, un amministratore o un dipendente commettano un reato, si dovrà escludere la responsabilità dell'ente e sarà responsabile solo la persona fisica che abbia agito*» (Progetto di legge n. 4054/2014-PE, 25).

<sup>57</sup> Anche nell'ordinamento argentino, il progetto di legge (la proposta di legge elaborata dal Presidente della Repubblica) precisa che «*ha per scopo di rendere responsabile la persona giuridica per una lacuna organizzativa ('defecto de organización'), là dove consenta ai soggetti elencati dalla legge di commettere un reato tra quelli contemplati dalla medesima legge, a causa di un controllo e di una sorveglianza inadeguati dell'ente nei loro confronti e di cui la persona giuridica possa beneficiarsi*» (Progetto di legge n. 127).

della ‘lacuna organizzativa’ o ‘difetto di organizzazione’<sup>58</sup> («*defecto de organización*»): si tratta perciò di stabilire quale sia l’effettivo rilievo di detto criterio di collegamento tra l’illecito penale e la persona giuridica, per verificare se l’ente risponda solo se vi sia una lacuna organizzativa e solo se lo specifico fatto di reato dipenda da essa nei diversi sistemi, o se invece i legislatori nazionali si siano riferiti al criterio della lacuna organizzativa soltanto attraverso mere dichiarazioni di principio, formule di stile che non si siano tradotte in precetti normativi.

#### **4. L’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza quale criterio di collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica nel sistema cileno. Il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura ascrittiva**

Nel sistema cileno, ai fini dell’imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, è necessario che venga commesso un reato - tra quelli inclusi nel catalogo legislativo - nell’interesse o a vantaggio<sup>59</sup> del soggetto collettivo, da un suo esponente (apicale o sottoposto<sup>60</sup>), purché la commissione del reato sia conseguenza dell’inosservanza, da parte dell’ente, dei suoi obblighi di direzione e vigilanza<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Sul rilievo sistematico della lacuna organizzativa, nel capostipite sistema italiano, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Milano, 2018, 656 s.

<sup>59</sup> L’art. 3 della legge cilena n. 20.393/2009, nel fissare i criteri di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, richiede che il reato venga commesso da un suo esponente «direttamente e in via immediata» nell’interesse o a vantaggio del medesimo ente, escludendone perciò la responsabilità nel caso in cui il fatto sia stato commesso nell’interesse esclusivo della persona fisica che abbia agito o di un terzo (art. 3, ult. co.). Il sintagma normativo «direttamente e in via immediata» è stato percepito dalla dottrina cilena come una formula legislativa di difficile comprensione, anche se il suo significato avrebbe dovuto ritenersi chiarito alla luce del citato ultimo comma dell’articolo 3: in questo senso, cfr. HERNÁNDEZ, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, in *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), 221. La letteratura ha sottolineato che detto criterio di connessione tra fatto di reato e persona giuridica rappresenterebbe un elemento di carattere soggettivo, nel senso che collegherebbe la responsabilità dell’ente direttamente a quella di una persona fisica; ragion per cui ne è stata dalla medesima dottrina proposta l’eliminazione dal progetto di legge: cfr., in tal senso, MATUS, *op. cit.*, 2009, 299.

<sup>60</sup> La persona giuridica può essere responsabile per i reati commessi da soggetti che rivestano una posizione apicale, potendosi trattare di un socio, controllore, amministratore, rappresentante o soggetto che comunque eserciti attività di amministrazione e controllo, ovvero da soggetti sottoposti, che cioè si trovino sotto la direzione e vigilanza di un apice, in forza del già citato art. 3 della legge cilena. È interessante rilevare che il legislatore non ha differenziato il regime giuridico di ascrizione della responsabilità all’ente, potendo indifferentemente il fatto di reato esser stato commesso da un soggetto in posizione apicale o da un sottoposto alla direzione o vigilanza di un apice: in entrambe le ipotesi l’ente potrà rispondere del fatto di reato alle medesime condizioni («*bajo los mismos presupuestos*»).

<sup>61</sup> Univoca in tal senso la formula utilizzata dal legislatore cileno: «*siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión*» (art. 3, comma 1, legge n. 20.393/2009).

Il collegamento tra lo specifico fatto di reato e la persona giuridica viene dunque garantito nel sistema cileno dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza che è da considerarsi elemento centrale del modello di imputazione cileno<sup>62</sup>. Più in profondità, per l'ascrizione della responsabilità penale all'ente non è sufficiente verificare, accanto alla commissione del reato, l'inosservanza degli obblighi dell'ente, ma è necessario accertare che la commissione del fatto da parte dell'individuo sia 'conseguenza' di detta inosservanza, vale a dire, che i due presupposti siano tra loro eziologicamente collegati<sup>63</sup>. In altri termini, là dove, pur a fronte dell'inosservanza degli obblighi, e della realizzazione di un fatto di reato, non sussista un oggettivo nesso causale di collegamento tra i due elementi di fattispecie, la responsabilità dell'ente non potrà ritenersi perfezionata.

È interessante evidenziare che la legge cilena attribuisce espresso rilievo, ai fini dell'ascrizione della responsabilità all'ente, non all'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti in posizione apicale, ma, più a monte, all'inosservanza di detti obblighi da parte dello stesso ente, per chiarire, a nostro avviso, che sia nel caso in cui agisca un apicale, come nel caso in cui agisca un sottoposto, il reato deve essere comunque conseguenza dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza della persona giuridica, di cui la stessa è, almeno in via originaria, titolare.

A noi sembra che il legislatore cileno, nel tipicizzare, almeno apparentemente, in modo diverso gli elementi costitutivi dell'illecito penale dell'ente rispetto agli ordinamenti peruviano e argentino, abbia inteso esprimere con chiarezza la necessità che, ai fini dell'attribuzione della responsabilità all'ente, il fatto di reato dell'individuo sia eziologicamente collegato ad una 'lacuna organizzativa' che si concreti nell'inosservanza di un obbligo di supervisione riferibile all'ente medesimo. Nel richiedere, espressamente e 'in ogni caso', che il reato dell'apice o del sottoposto si sia realizzato quale conseguenza della violazione dell'obbligo di sorveglianza da parte dell'ente, senza circoscrivere detto nesso di collegamento alla sola ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione sottoposta.

Gli obblighi di direzione e vigilanza sembrano peraltro rappresentare il contenuto del più generale obbligo di organizzarsi dell'ente, quale punto di riferimento per il perfezionamento del 'rimprovero soggettivo' che concreti la 'colpa' del soggetto collettivo<sup>64</sup>, vale a dire per la violazione dell'obbligo di

<sup>62</sup> In questo senso, cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 225.

<sup>63</sup> Nella letteratura cilena, in tal senso, v. PIÑA, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago, 2012, 7.

<sup>64</sup> In questo senso, cfr. GÓMEZJARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, 150.

corretta organizzazione, che risulti allo stesso ente in concreto ‘rimproverabile’. In altri termini, a noi sembra che il legislatore cileno abbia inteso chiarire che l’obbligo di corretta organizzazione è rivolto non ai singoli, ma alla medesima persona giuridica<sup>65</sup>, destinataria nel diritto cileno dell’obbligo di organizzarsi adeguatamente per prevenire sia il reato dell’esponente apicale sia quello del suo sottoposto.

Detti ‘obblighi di direzione e vigilanza’ si considerano adempiuti là dove la persona giuridica, prima della commissione del reato, abbia adottato ed attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo per prevenire delitti della stessa specie di quello verificatosi<sup>66</sup>, che contengano i seguenti ‘elementi minimi’<sup>67</sup>: 1) la nomina di un incaricato (o responsabile) della prevenzione; 2) l’espressa attribuzione al medesimo incaricato di mezzi e poteri strumentali all’esercizio delle sue funzioni di sorveglianza; 3) la costituzione di un sistema di prevenzione dei reati; 4) la supervisione, oltre che la certificazione del sistema preventivo.

Anche se il legislatore ha stabilito taluni ‘elementi minimi’ che un modello preventivo deve contenere affinché si considerino adempiuti gli obblighi di direzione e vigilanza dell’ente (e quindi la persona giuridica non risulti responsabile per il fatto di reato commesso), nel sistema cileno non è previsto un obbligo giuridico di adozione del medesimo modello preventivo.

Sotto questo profilo, bene ha chiarito la più attenta dottrina cilena che l’adozione e attuazione del modello preventivo non è l’unico modo possibile per adempiere agli obblighi di direzione e vigilanza dell’ente<sup>68</sup>, con il conseguente effetto di escludere la responsabilità penale del soggetto collettivo, potendo la persona giuridica disporre di altri strumenti di direzione e vigilanza, diversi dal modello organizzativo in senso stretto per come strutturato dal legislatore nei suoi elementi minimi, che purtuttavia soddisfino la medesima funzione di prevenzione della commissione di reati, e, dunque, producano il medesimo effetto di esonero dalla responsabilità per l’ente<sup>69</sup>. Diversamente, la legge cilena avrebbe dovuto prevedere l’inesistenza di un modello di prevenzione quale criterio di imputazione della responsabilità per il fatto di reato alla persona giuridica e non invece, come ha fatto, l’inosservanza degli obbli-

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Il riferimento è all’art. 3 della legge n. 20.393/2009, che, secondo parte della dottrina cilena, costituirebbe una norma secondaria il cui destinatario andrebbe individuato nel giudice, dato che si tratterebbe di «un mandato al juez que le impone la obligación de considerar que la organización de la empresa está inmunizada y que por ello su conducta es atípica»: cfr. PIÑA, *op. cit.*, 10.

<sup>67</sup> Si tratta dei parametri stabiliti dall’art. 4 della citata legge cilena.

<sup>68</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 225.

<sup>69</sup> In questo senso, cfr. PIÑA, *op. cit.*, 8.

ghi di direzione e vigilanza. Peraltro, la conclusione è altresì confermata dalla circostanza che è stata stabilita dalla legge un onere – e non un obbligo giuridico – per l’ente di adottare un proprio modello preventivo<sup>70</sup>. Rimane tuttavia da stabilire quali possano essere, in concreto, le alternative per l’ente per l’adempimento di detti obblighi di supervisione, a prescindere da un modello preventivo in senso stretto.

Questa idea è stata ben compresa dalle Procure cilene là dove gli organi di pubblica accusa («*los Fiscales*»), nel formulare l’imputazione contro le persone giuridiche (nei pochi processi penali a cui la legge ha dato origine), hanno accusato il singolo ente quando sia stato commesso un reato come «conseguenza della inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza» da parte della medesima persona giuridica, ove l’ente non abbia adottato ed attuato un modello preventivo prima della commissione del reato, secondo i parametri stabiliti dall’art. 4 della legge cilena, ma non abbia neppure adottato, prima della commissione del reato, «un altro meccanismo preventivo» oppure «un’altra misura adeguata» a prevenire reati della stessa specie di quello commesso<sup>71</sup>.

Tirando le fila, la persona giuridica potrà essere esonerata dalla responsabilità penale là dove, nonostante la commissione di un fatto di reato da parte di un suo esponente, abbia osservato i propri obblighi di direzione e vigilanza attraverso l’attuazione *ex ante* di un modello preventivo, ovvero attraverso strumenti equivalenti.

Fermo restando che, in ogni caso, non sarebbe sufficiente per l’ente adottare solo formalmente un modello di prevenzione dei reati, dato che l’efficacia di esonero dalla responsabilità non può essere riconosciuta ad un mero «modello di carta»<sup>72</sup>, ma, al contrario, è necessario che le regole cautelari in esso previste vengano effettivamente ed efficacemente applicate a scopi preventivi, tenendo presente che l’eventuale commissione di un illecito penale da parte di un esponente non implica necessariamente, di per sé sola, l’inefficacia del

---

<sup>70</sup> Ci si riferisce a quanto stabilito dal medesimo art. 4 della citata legge cilena.

<sup>71</sup> In questo senso, nella giurisprudenza prevalente, cfr., ad esempio, *Constructora Pehuenche del 7° Juzgado de Garantía de Santiago* (Rit 11862-2014), *Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica* (Rit 33-2014), *Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca* (Rit 9211 - 2012). In senso difforme, si segnala invece un caso in cui la pubblica accusa si è riferita al reato come conseguenza dell’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza per il solo fatto di non aver l’ente adottato ed attuato un modello preventivo, senza prevedere alcun possibile ulteriore modo di adempiere detti obblighi: *Comisión Nacional de Acreditación del 8° Juzgado de Garantía de Santiago* (Rit 4799-2012).

<sup>72</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 226.

sistema preventivo e, quindi, la responsabilità dell'ente<sup>73</sup>.

Rimane tuttavia da chiarire quale sia il ruolo del modello di prevenzione dei reati nella struttura del sistema cileno di imputazione della responsabilità alla persona giuridica, muovendo dal presupposto che la letteratura<sup>74</sup> è quasi unanime nel riconoscere l'efficacia esonerante dalla responsabilità all'adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello preventivo, quale strumento principale, sebbene non esclusivo, di adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza dell'ente, mentre diverse sono le posizioni in dottrina sul rilievo sistematico di detta causa di esclusione della responsabilità dell'ente.

Una prima opinione ritiene che l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza costituisca una 'causa di atipicità', perché il legislatore ha stabilito che, ai fini del perfezionamento dell'illecito penale dell'ente, è necessaria la violazione di detti obblighi di gestione e controllo, quale elemento positivo della fattispecie per cui l'ente è responsabile<sup>75</sup>. Perciò, se tali obblighi vengano osservati dalla persona giuridica, il fatto risulterebbe atipico<sup>76</sup>, dovendone conseguire l'assoluzione sul piano processuale.

La seconda opinione dottrina ritiene invece che l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza possa escludere la 'colpevolezza' dell'ente<sup>77</sup>, perché detti obblighi ne costituirebbero il riflesso. Sembra tuttavia che tale impostazione non sia del tutto coerente con i lavori preparatori della legge n. 20.393, poiché durante l'elaborazione del disegno di legge sarebbe emerso che la volontà del legislatore non fosse quella di stabilire una circostanza di esclusione

<sup>73</sup> In tal senso, cfr. NEIRA, *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*, in *Revista Política criminal*, 11, 22 (dicembre 2016), Art. 5, 478.

<sup>74</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 225, il quale afferma che se la persona giuridica osserva i suoi obblighi, così come stabilito dalla legge, non avrà responsabilità alcuna; nello stesso senso, NEIRA, *op. cit.*, 478 s., la quale chiarisce che se l'ente osserva i suoi obblighi, attraverso l'effettiva attuazione di un programma di prevenzione efficace, non dovrà essere ritenuto penalmente responsabile; in sintonia, PIÑA, *op. cit.*, 17. In senso contrario, cfr. MATUS, *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 8 ss., e MATUS, *El valor de la defensa de cumplimiento*, in *La Semana Jurídica*, Vol. 51, 2013, 7 s., il quale ritiene invece che l'adozione e attuazione di un modello organizzativo, anche se certificato, non potrà esonerare la persona giuridica dalla responsabilità per il fatto proprio, là dove il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale.

<sup>75</sup> In questo senso, cfr. PIÑA, *op. cit.*, 7.

<sup>76</sup> Nello stesso senso, cfr. NEIRA, *op. cit.*, 481, la quale afferma che l'efficace attuazione di un modello di prevenzione dei reati della stessa specie di quello commesso «supone una presunción a favor del adecuado cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, que implicaría la atipicidad o la irrelevancia penal de la conducta de la persona jurídica».

<sup>77</sup> Cfr. SALVO, *Principales aspectos de la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)*, in *Corporate Criminal Liability*, Ius Gentium, 289 Comparative Perspectives on Law and Justice 9, a cura di Pieth e Ivory, Springer Netherlands, 2011, 293, che fa espresso riferimento ad una circostanza di «exculpación de la empresa».

della ‘colpevolezza’ della persona giuridica<sup>78</sup>.

A noi sembra che, da una corretta ricostruzione sistematica, si debba giungere al risultato di attribuire un ‘duplice rilievo’, sul piano sia oggettivo che soggettivo, all’osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte della persona giuridica, attraverso l’adozione di un adeguato modello preventivo, ovvero mediante strumenti equivalenti.

Nel senso che l’osservanza di detti obblighi da parte dell’ente fa in primo luogo venir meno l’essenziale collegamento, sul piano dell’elemento materiale, tra una ‘lacuna organizzativa’ - che in siffatta ipotesi risulta oggettivamente inesistente - e il fatto di reato dell’individuo, che proprio dalla ‘lacuna’ dell’ente dovrebbe derivare, a garanzia di una ‘ascrizione personale’, in primo luogo sul piano oggettivo, del fatto di reato a carico della persona giuridica. Di conseguenza, l’osservanza degli obblighi di gestione e supervisione da parte dell’ente fa anche venir meno, sul piano soggettivo, la possibilità di muovere un ‘rimprovero’ a carico del soggetto collettivo, quale base imprescindibile ai fini di un’attribuzione ‘compiutamente personale’ di un fatto di reato ad una persona giuridica.

##### **5. Il ‘programma di integrità’ nella struttura dell’imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica nel sistema argentino e il significato dello ‘sforzo’ richiesto all’autore del reato nel violarne le regole. Il perimetro del giudizio di ‘adeguatezza preventiva’ in rapporto agli elementi minimi ‘necessari’ e ‘facoltativi’ del programma**

Per quanto concerne l’ordinamento argentino, con l’adozione della già citata legge n. 27.401/2017, è stata solo di recente introdotta la responsabilità penale della persona giuridica per taluni reati<sup>79</sup>, commessi, direttamente o indirettamente<sup>80</sup>, con il suo intervento, oppure a suo nome, nel suo interesse o vantaggio<sup>81</sup>. Con previsione eccentrica rispetto ai sistemi cileno e peruviano, il

---

<sup>78</sup> Si tratta, in particolare, del rilievo evidenziato del Senatore Gómez, che è stato accolto con favore dalla Commissione Costituzione, Legislazione e Giustizia, come risulta dalla *Historia de la Ley 20.393*, 145, reperibile sul sito web [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>79</sup> Per il catalogo dei reati, v., *supra*, note da 39 a 44.

<sup>80</sup> Il sintagma normativo viene interpretato dalla dottrina argentina nel senso che i reati commessi ‘indirettamente’ sarebbero quelli di un terzo esterno all’ente, che tuttavia sia in qualche misura collegato alla persona giuridica da un qualsiasi vincolo formale (senza essere parte della persona giuridica, come ad esempio i soci di affari), in forza del quale possa esercitare il potere di rappresentarla, mentre, *a contrario sensu*, i reati commessi ‘direttamente’ con il suo intervento, oppure a suo nome, nel suo interesse o vantaggio, consisterebbero in quelli di chiunque abbia un vincolo formale con l’ente, senza alcuna distinzione tra apici e sottoposti: in tal senso, cfr. PAPA, *La nueva ley de responsabilidad penal empresarial*, in *La Ley*, año LXXXII, n° 26, 2018, 4.

<sup>81</sup> Con previsione parzialmente difforme rispetto alle discipline cilena e peruviana, il legislatore argenti-

legislatore argentino non ha specificato quale ruolo debba rivestire l'autore del reato nell'organizzazione dell'ente, lasciando quindi intendere che la condotta illecita di qualsiasi individuo possa implicare la responsabilità penale dell'ente, sino al punto di aver incluso anche la condotta illecita del 'terzo' privo del potere di agire in rappresentanza della persona giuridica, sempre che questa ne avesse, anche in modo tacito, ratificato la gestione<sup>82</sup>.

Tra i criteri di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica, emerge il 'difetto di organizzazione', che postula la necessità di un collegamento - che a nostro avviso dovrebbe operare sul duplice piano oggettivo e soggettivo - tra una 'lacuna organizzativa' e lo specifico fatto di reato che sia stato commesso dall'individuo, quale effetto condizionalistico della medesima lacuna. Detto criterio è, a nostro avviso, ricavabile da una corretta interpretazione dell'art. 9 della legge argentina, che - come già quello cileno e, come vedremo, anche il peruviano - prevede l'esonero dalla responsabilità per l'ente, là dove, tra le diverse condizioni poste dal legislatore<sup>83</sup>, la persona giuridica abbia adottato e attuato un «programma di integrità» prima della commissione del fatto di reato, vale a dire un adeguato sistema di controllo e vigilanza in conformità ai parametri stabiliti dal medesimo legislatore, la cui violazione abbia richiesto un effettivo impegno (un «*esfuerzo*»<sup>84</sup>) da parte

---

no, all'art. 2 ult. co. della legge n. 27.401/2017, ha stabilito che la persona giuridica non sia penalmente responsabile per il reato commesso, là dove l'autore del reato abbia agito nel suo esclusivo interesse, senza aver prodotto alcun vantaggio per la persona giuridica. Il che potrebbe in concreto produrre un effetto a nostro avviso distortivo, là dove, nonostante un individuo abbia agito nel suo esclusivo interesse, ovvero nell'interesse esclusivo di un terzo soggetto, e ne sia comunque derivato un qualsiasi vantaggio per la persona giuridica, anche del tutto occasionale, questa ne potrà rispondere penalmente, pur in assenza di un vincolo di destinazione 'genetica' della condotta dell'individuo nell'interesse del soggetto collettivo.

<sup>82</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 2 della citata legge argentina, in forza del quale la persona giuridica risponde del reato anche là dove «*quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita*». Per il rilievo della condotta illecita del 'terzo' ai fini dell'eventuale ascrizione della responsabilità da reato all'ente, in prospettiva comparata nei sistemi giuridici dell'Unione europea, sia consentito rinviare a cfr. VALENZANO, «*Triggering persons*»: *the Role of the Offender in 'ex Crimine' Liability of Legal Entities. A comparative Study on member States' Legal Systems*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, a cura di Fiorella, Vol. 2, Napoli, 2012, 213 ss.

<sup>83</sup> L'esonero dalla responsabilità per l'ente è stabilito dall'art. 9 della citata legge argentina, il quale pone quali ulteriori condizioni il cui verificarsi è cumulativamente richiesto ai fini dell'esonero dalla responsabilità per l'ente, la spontanea denuncia della commissione del reato quale conseguenza della propria attività interna d'indagine [art. 9, sub a), della citata legge argentina] e la restituzione del beneficio indebito risultante dal reato [art. 9, sub c)].

<sup>84</sup> Più precisamente, l'art. 9 lett. b) della già citata legge argentina richiede, testualmente, ai fini dell'esonero dalla responsabilità della persona giuridica, che l'ente abbia «*implementado un sistema de*

dell'agente nel commettere il reato.

Nel sistema argentino, anche se l'adozione di un programma d'integrità non costituisce un obbligo giuridico per l'ente (ma solo un onere)<sup>85</sup>, il legislatore, nel definirne i contenuti, ha differenziato gli elementi minimi 'necessari' da quelli 'facoltativi'.

Sorge perciò la necessità di stabilire quali siano gli elementi che dovrà contenere il programma per il riconoscimento della sua adeguatezza, e, dunque, dell'efficacia esimente dalla responsabilità per l'ente, dato che, ai fini dell'esonero, il legislatore non sembra aver indicato alcuna distinzione tra i contenuti del programma, ma ha soltanto richiesto che la persona giuridica abbia adottato, prima della commissione del fatto di reato, un idoneo sistema di controllo e supervisione in conformità ai parametri normativi (stabiliti dagli artt. 22 e 23)<sup>86</sup>.

Fermo restando che il programma è costituito dal complesso delle azioni, meccanismi e procedure interne per la promozione dell'integrità e degli strumenti di controllo diretti a prevenire, individuare e correggere le condotte illecite richiamate dalla legge<sup>87</sup> e deve essere articolato in relazione ai concreti rischi di reato connessi alle attività dell'ente, nonché alle sue dimensioni e capacità economica, il legislatore ha richiesto tre 'elementi minimi necessari', consistenti: 1) nell'adozione, da parte della medesima persona giuridica, di un codice etico o di condotta, ovvero di politiche e procedimenti di integrità applicabili a vertici e sottoposti, che regolino la gestione e l'esecuzione dei compiti aziendali per la prevenzione dei reati; 2) in regole e procedimenti specifici per prevenire illeciti nell'ambito di gare pubbliche o comunque in settori di interazione con il settore pubblico; 3) e, infine, nella formazione periodica dei lavoratori sui contenuti del programma di integrità<sup>88</sup>.

---

*control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito».*

<sup>85</sup> È importante tuttavia evidenziare che l'art. 24 della citata legge argentina prevede invece un'ipotesi in cui risulta obbligatoria l'adozione di un programma d'integrità adeguato, in conformità ai parametri normativi posti dagli artt. 22 e 23, quale condizione necessaria per la persona giuridica che intenda stipulare un contratto con lo Stato, là dove si tratti di un contratto che presenti determinate caratteristiche stabilite dal legislatore.

<sup>86</sup> L'argomento si ricava dall'art. 9 della citata legge argentina.

<sup>87</sup> Nel citato testo normativo argentino, l'art. 22 statuisce che i programmi d'integrità consistono «*en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley*».

<sup>88</sup> L'art. 23 della legge argentina afferma, testualmente, che il programma di integrità 'deve' contenere per lo meno i seguenti elementi 'minimi': «*a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados,*

Tutti gli altri elementi, tra i quali spiccano l'aggiornamento nel tempo del programma d'integrità, la sorveglianza sulla sua concreta applicazione da parte di un incaricato, nonché la predisposizione di canali informativi interni, sono stati invece ritenuti dal legislatore 'elementi facoltativi'<sup>89</sup>, con una scelta normativa che può apparire priva di ragionevolezza dal punto di vista del rapporto strumentale che corre tra talune condizioni e gli obiettivi di prevenzione che il programma è diretto a perseguire.

A fronte della segnalata incertezza in ordine ai parametri necessari per stabilire l'adeguatezza preventiva del programma d'integrità, parte della dottrina auspica un intervento normativo che chiarisca quali siano le condotte esigibili da una persona giuridica affinché possa ritenersi che la stessa abbia fatto tutto ciò che poteva per creare una cultura interna di «*cumplimiento*»<sup>90</sup>, cioè di osservanza dei parametri normativi.

Altra parte della letteratura argentina critica la bipartizione adottata dal legislatore tra elementi 'necessari' e 'facoltativi' del programma d'integrità, che mostra di aver ignorato le pratiche aziendali là dove ha stabilito la necessità che detto programma venga integrato da un codice etico, ma non anche da un *compliance officer* o da un sistema di denuncia degli illeciti<sup>91</sup>. Giunge, infine,

---

*independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados».*

<sup>89</sup> Gli elementi minimi 'facoltativi' che un programma di integrità può contenere sono, in particolare, identificati dall'art. 23 nelle seguenti dieci condizioni: «*I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica».*

<sup>90</sup> In questo senso, cfr. PAPA, *op. cit.*, 4.

<sup>91</sup> In tal senso, cfr. MONTIEL, *Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad*, in *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, a cura di Durrieu, Saccani, Buenos Aires, 2018, 76.

a suggerire che sarebbe stato più opportuno che le diverse condizioni, necessarie e facoltative, operassero tutte congiuntamente ai fini del giudizio di valutazione dell' idoneità preventiva del programma<sup>92</sup>.

Qualche ulteriore spunto interpretativo sul tema può ricavarsi da un recentissimo documento contenente «Linee guida di integrità», che è stato pubblicato il 4 ottobre 2018 dall'Ufficio anticorruzione del Governo argentino, in esecuzione degli obblighi previsti dal decreto 277/2018<sup>93</sup>.

Dette 'linee guida' di carattere tecnico affermano che l'osservanza, da parte del singolo programma adottato, dei tre elementi obbligatori<sup>94</sup> non garantisce, di per sé, che il programma sia adeguato, in quanto ulteriori elementi potranno essere egualmente ritenuti necessari in diverse imprese, come ad esempio la nomina di un responsabile interno per l'esercizio della sorveglianza sull'applicazione delle cautele preventive, dovendosi in ogni caso valutare come il programma sia stato in concreto congegnato e attuato.

In altri termini, secondo il documento governativo, nulla impedisce alla persona giuridica di inserire nel proprio programma di integrità ulteriori elementi, anche diversi rispetto a quelli 'facoltativi' previsti, purché tale scelta gestoria sia appropriata in relazione ai rischi, alle dimensioni e alla capacità economica dell'ente. Anche la qualificazione formale degli 'elementi' del programma di prevenzione è da ritenersi non assoluta, comunque non vincolante, ben potendo la persona giuridica mantenere schemi organizzativi diversamente qualificati, secondo la propria cultura organizzativa, purché siano orientati a prevenire la commissione di reati.

A noi sembra chiaro che l'effetto che discende dall'articolato quadro normativo argentino, oltre a risultare piuttosto frammentario, è, per la sua oggettiva indeterminazione, tale da privare le persone giuridiche di qualsiasi, almeno

---

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Il regolamento della legge n. 27.401, adottato con decreto nazionale n. 277/2018 il 6 aprile 2018, ha affidato il compito di stabilire principi e linee guida necessari per l'applicazione degli artt. 22 e 23 della medesima legge n. 27.401 all'Ufficio anticorruzione del Ministero della Giustizia e dei diritti umani, il quale ha, perciò, recentemente pubblicato le «Linee guida di integrità per la migliore osservanza delle prescrizioni degli articoli 22 e 23 della legge n. 27.401 sulla responsabilità penale delle persone giuridiche» («Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley n. 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas»), quale documento (approvato con la risoluzione n. 27/2018, pubblicata il 4 ottobre 2018 in [www.boletinoficial.gob.ar](http://www.boletinoficial.gob.ar)) che intende fornire linee guida di natura tecnica alle imprese e agli operatori del sistema giudiziario, che contemplino strumenti interpretativi per l'adeguamento delle strutture organizzative, con i relativi processi, per prevenire, rilevare e rimediare i fatti di corruzione, nonché per l'attuazione di adeguati programmi di integrità.

<sup>94</sup> Il riferimento, dovrebbe esser chiaro, è ai tre 'elementi minimi obbligatori' stabiliti dall'art. 23, lett. a), b) e c), per il contenuto dei quali, v. *supra*, nota n. 83.

potenziale, certezza circa gli elementi costitutivi essenziali di un programma di prevenzione adeguato, rimettendo perciò ogni valutazione dei parametri di 'idoneità preventiva' del programma all'apprezzamento giudiziale, nell'oggettiva impossibilità per l'ente di calcolare preventivamente gli effetti ricollegabili alla propria condotta organizzativa in funzione della prevenzione dei reati-tipo.

Occorre, infine, chiarire quale sia il rilievo sistematico della condizione posta dal legislatore, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per l'ente, nel richiedere che per la violazione del programma di integrità si sia reso necessario un effettivo impegno («*hubiera exigido un esfuerzo*»<sup>95</sup>) da parte dell'autore del reato.

Trattandosi di principio eccentrico rispetto alla disciplina cilena, e in parte anche a quella peruviana, a noi sembra che, in una prospettiva comparatistica di più ampio respiro, possa farsi riferimento per un utile raffronto al sistema italiano della responsabilità da reato dell'ente, nel quale, come noto, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per il soggetto collettivo, è richiesta l'«elusione fraudolenta» del modello preventivo da parte dell'apice che abbia commesso un reato<sup>96</sup>.

Nella letteratura italiana possono evidenziarsi posizioni diverse con riferimento al significato sistematico dell'«elusione fraudolenta». Secondo una prospettiva 'soggettiva', l'elusione fraudolenta postula un dolo di frode dell'apice che agisca con l'intenzione di aggirare il modello organizzativo<sup>97</sup>. Mentre, in una diversa prospettiva 'oggettiva', l'elusione deve essere oggettivamente fraudolenta, nel senso che la condotta abbia una propria valenza ingannatoria<sup>98</sup>; dovendosi, in altri termini, trattare di una condotta di 'aggiramento' di norma imperativa e non di una semplice e 'frontale' violazione della stessa<sup>99</sup>, non potendo la condotta fraudolenta consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello<sup>100</sup>.

Infine, una terza posizione, muovendo dal presupposto secondo il quale potrebbe esserci un accordo tra l'autore del reato e l'ente per eludere il model-

<sup>95</sup> Il riferimento è, più in particolare, all'art. 9 lett. b) della citata legge argentina.

<sup>96</sup> Sui contenuti e rilievo sistematico dell'«elusione fraudolenta» del modello da parte dell'apice [prevista dall'art. 6, co. 1, lett. c) del d. lgs. 231/01], in rapporto ai reati dolosi e colposi, in letteratura, cfr. TRIPOLI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, 22 ss.

<sup>97</sup> Per il rilievo delle diverse posizioni, cfr. SALCUNI, *Brevi cenni sull'imputazione soggettiva del reato commesso dagli apicali e il ruolo del giudice*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, 12, 4, reperibile nel sito web [http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/Salcuni\\_gp\\_2017\\_12.pdf](http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/Salcuni_gp_2017_12.pdf).

<sup>98</sup> Per il rilievo delle diverse posizioni, cfr. SALCUNI, *op. cit.*, 12.

<sup>99</sup> In questo senso, si v. Cass. pen., sez. V, 18.12.2013, n. 4677.

<sup>100</sup> *Ibid.*

lo, interpreta la locuzione ‘elusione fraudolenta’ come ‘elusione *non concordata*’, ovvero ‘*non simulata*’ nel senso che non sia *precostituita*, non sia cioè il frutto di una *programmazione* sorta nel contesto di un riprovevole accordo collusivo<sup>101</sup>.

Del resto, se l’autore per realizzare il reato non ha dovuto agire fraudolentemente, ne discende che il modello è risultato in concreto inidoneo alla prevenzione, mentre se, al contrario, in assenza di frode, il modello non sarebbe stato eluso, se ne ricava che rappresenta una misura preventiva ‘seria’, cioè un meccanismo pronto a reagire contro il rischio di reati<sup>102</sup>, poiché richiede, appunto, un comportamento fraudolento dell’individuo per essere aggirato.

In altri termini, volendo tirare le fila, a noi sembra che si tratti di un elemento la cui funzione sia quella di provare la volontà dell’ente di contrastare il reato<sup>103</sup>, ovvero la ‘divaricazione’ tra volontà individuale e ‘volontà collettiva’, che, dal punto di vista dell’imputazione soggettiva, impedisce il perfezionarsi di un ‘rimprovero’ nei confronti dell’ente, non potendosi peraltro esigere in concreto una condotta differente dal soggetto collettivo là dove, appunto, si sia reso necessario un comportamento fraudolento dell’individuo per superare gli argini preventivi posti dall’ente e commettere in modo indisturbato il reato.

Tornando ai sistemi sudamericani in esame, può rilevarsi come la necessità di prevedere strumenti che consentano l’accertamento della eventuale ‘divaricazione’ della volontà dell’autore del reato rispetto a quella, virtuosa, dell’ente, è emersa, pur con accenti diversi, nei sistemi argentino, e, come meglio vedremo, peruviano<sup>104</sup>, a differenza di quello cileno nel quale detta esigenza non sembra sia stata soddisfatta.

In particolare, volendo il legislatore argentino evidenziare la necessità che, ai fini dell’esonero dalla responsabilità, l’ente abbia adottato ‘serie’ misure preventive, ma, con tutta probabilità, nel tentativo di superare le difficoltà interpretative che sono emerse nel sistema italiano quanto al corretto significato da attribuire al requisito della ‘frode’ nell’‘elusione’ del modello, ha richiesto che per la violazione del programma di integrità, cioè delle sue cautele preventive, si sia reso necessario un effettivo impegno, cioè uno ‘sforzo’, da parte dell’autore del reato. L’individuo, nel commettere il reato, deve aver superato gli argini edificati dall’ente a scopi preventivi, con una condotta che riveli, sì, un serio impegno elusivo nel violare i meccanismi di controllo previsti, ma non necessariamente connotata da note fraudolente (come invece richiesto

<sup>101</sup> In questo senso, cfr. TRIPODI, *op. cit.*, 81 s.

<sup>102</sup> In tal senso, cfr. FIORELLA, *op. cit.*, 2018, 662.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> V. l’art. 17 n. 4 della legge peruviana, sul quale, *infra*, nota n. 112.

nel sistema italiano); il che, sotto diverso profilo, potrà rendere più agevole la difesa della persona giuridica in sede giudiziale nell'accertamento della condizione di esonero dalla responsabilità per il fatto commesso da altri.

Inoltre, presumibilmente nella medesima ottica di semplificazione probatoria a garanzia dell'ente, la legge argentina ha richiesto che la regola preventiva posta dal programma sia stata 'violata', e non necessariamente 'elusa', potendo il concetto, sotto una certa prospettiva più ampio, di 'violazione' comprendere al suo interno sia le condotte di contrasto frontale nei confronti della regola preventiva non osservata, sia le condotte di elusione in senso stretto, vale a dire di aggiramento dei contenuti prescrittivi del modello, per sottrarsi all'applicazione delle regole dallo stesso stabilite.

#### **6. Il rilievo del 'modello di prevenzione' nel sistema peruviano di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, anche in rapporto alla sua 'fraudolenta elusione' da parte dell'agente**

In riferimento all'ordinamento giuridico peruviano, con l'adozione della già citata legge n. 30.424/2016, è stata stabilita la responsabilità 'amministrativa' della persona giuridica per taluni reati<sup>105</sup> commessi da chi, apicale o sottoposto<sup>106</sup>, agisca in nome o per conto della persona giuridica e nel suo interesse, in via diretta o indiretta<sup>107</sup>, per garantire una connessione 'genetica' tra la con-

<sup>105</sup> Per il catalogo dei reati, v., *supra*, note da 31 a 36.

<sup>106</sup> Quanto al novero dei soggetti attivi che possono trasmettere la responsabilità per il fatto di reato all'ente, l'art. 3 della citata legge peruviana distingue tra: a) soggetti in posizione apicale, identificati come i suoi soci, direttori, amministratori di fatto o di diritto, rappresentanti legali o procuratori della persona giuridica, ovvero di una sua filiale o di una società controllata; b) soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza di uno degli apici già indicati [*sub a*]), a condizione che il reato sia stato commesso su suo ordine o con la sua autorizzazione; c) soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza di uno degli apici già indicati [*sub a*]), là dove la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza, da parte di un apice, degli obblighi di supervisione o vigilanza sull'esercizio dell'attività affidata al sottoposto. Pur distinguendo tra le posizioni attive, tuttavia, similmente al sistema cileno, anche quello peruviano non sembra ricollegare differenze di trattamento alla posizione soggettiva dell'autore del reato, essendo previsti i medesimi presupposti ai fini dell'esonero dalla responsabilità per la persona giuridica «sia se il reato sia stato commesso da un superiore che da un soggetto in posizione sottoposta»: in questo senso, cfr. FERNÁNDEZ, CHANJAN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú*, in *Rivista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Lima, Perú, n. 77, 2016, 369.

<sup>107</sup> Più precisamente, la citata legge peruviana, all'art. 3, postula che il reato sia stato commesso «*en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto*», riferendosi il femminile plurale alle persone giuridiche. La dottrina peruviana, nel rinvenire un parametro interpretativo nel raffronto con la disciplina spagnola nella specifica materia, ha ritenuto che il riferimento normativo al «*beneficio (directo o indirecto)*» abbia natura oggettiva, trattandosi di una qualità della condotta, dovendosi perciò determinare se l'azione al momento della sua esecuzione fosse 'idonea' a generare un vantaggio per la persona giuridica e non se, a seguito degli eventi, si sia generato un effetto positivo per la persona giuridica: in questo senso, cfr. FERNÁNDEZ, CHANJAN, *op. cit.*, 362. È stato inoltre chiarito che l'espressione

dotta dell'agente e la persona giuridica<sup>108</sup>.

Tra i criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica, emerge il 'difetto di organizzazione', essendo necessario che vi sia un collegamento - che, a nostro avviso, dovrebbe operare sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo - tra una 'lacuna nell'organizzazione' e lo specifico fatto di reato, che sia stato commesso quale effetto della lacuna. Il criterio è desumibile dalla corretta interpretazione dell'art. 17 della legge peruviana, che prevede «un'esimente per l'attuazione del modello di prevenzione», riconoscendo l'esonero dalla responsabilità per la persona giuridica che abbia adottato e attuato, 'prima' della commissione del reato, un 'modello di prevenzione' adeguato alla natura della persona giuridica, ai suoi rischi, alle sue necessità e caratteristiche<sup>109</sup>.

Anche l'ordinamento peruviano, similmente a quelli cileno e argentino, non prescrive un 'obbligo' di adozione del modello preventivo, trattandosi di un'onere' per la persona giuridica, la quale può vantare un interesse nell'adottarlo 'prima' della commissione del reato per poter eventualmente beneficiare dell'effetto esonerante dalla responsabilità.

Quanto alla sua struttura, il modello di prevenzione consiste in misure di vigilanza e controllo idonee a prevenire i reati richiamati nel catalogo legislativo o comunque a ridurre significativamente il rischio della loro commissione<sup>110</sup>.

---

«indiretto» vada interpretata nel senso che la condotta dell'agente non debba necessariamente diretta ad un beneficio immediato per l'ente, ma possa anche trattarsi di un «vantaggio competitivo a lungo termine, un aumento di reddito, un risparmio di costi o di spese, ovvero un miglioramento della posizione di mercato»: FERNANDEZ, CHANJAN, *op. cit.*, 362.

<sup>108</sup> Dal punto di vista della struttura dell'imputazione del fatto di reato all'ente, a noi sembra che il criterio di collegamento consistente nell'aver l'esponente dell'ente agito «*en beneficio directo o indirecto*» della persona giuridica indichi la necessità che la condotta della persona fisica sia 'geneticamente' diretta a produrre un vantaggio per l'ente, dovendosi perciò valutare, per l'imputazione della responsabilità all'ente, *ex ante*, la 'idoneità della condotta' dell'individuo a produrre un vantaggio per l'ente, non costituendo il mero vantaggio eventualmente conseguito criterio sufficiente per decretare l'appartenenza del fatto all'ente. Con esclusione altresì del rilievo delle ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata nell'interesse esclusivo dell'agente, ovvero di un terzo distinto dalla persona giuridica, come stabilito dal medesimo art. 3 della citata legge peruviana.

<sup>109</sup> Diversamente, là dove il modello preventivo sia adottato 'dopo' la commissione del reato, ma prima dell'inizio del giudizio penale, è prevista nel sistema peruviano una circostanza di attenuazione della responsabilità amministrativa della persona giuridica e, quindi, della sanzione da irrogare alla persona giuridica, in forza dell'art. 12 comma d) della citata legge.

<sup>110</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 17 n. 1), in forza del quale il modello preventivo non deve essere infallibile, nel senso che è sufficiente che venga ridotto in misura significativa il rischio di commissione dei reati, anche se il rischio medesimo non venga del tutto annullato, non potendosi esigere dalla persona giuridica una condotta oggettivamente impossibile. Proprio in forza del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, la commissione di un reato non elimina automaticamente, e di per se stessa, la possibilità di esimere dalla responsabilità la persona giuridica: in questo senso, nella dottrina cilena, cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 225.

Anche il legislatore peruviano ha stabilito taluni ‘elementi minimi’ che costituiscono i contenuti tipici del ‘modello preventivo’, senza tuttavia aver fatto ricorso alla complessa distinzione tra elementi ‘obbligatori’ e ‘facoltativi’ come nell’ordinamento argentino. Tra gli elementi che debbono connotare un modello idoneo alla prevenzione, si segnalano la nomina di un soggetto incaricato della prevenzione («*encargado de prevención*»), l’individuazione, valutazione e riduzione dei rischi per prevenire la commissione dei reati, la previsione di canali di segnalazione, la formazione dei dipendenti sui contenuti del modello, nonché la valutazione e il monitoraggio dello stesso<sup>111</sup>.

Inoltre, con tutta probabilità traendo spunto dal sistema italiano di disciplina, il legislatore peruviano ha stabilito l’esclusione dalla responsabilità per la persona giuridica, là dove il suo esponente abbia commesso il reato ‘eludendo fraudolentemente’ il modello di prevenzione attuato<sup>112</sup>.

Tuttavia, vi è una significativa differenza con il sistema italiano, il quale postula, ai fini dell’esclusione dalla responsabilità per l’ente, l’elusione fraudolenta del modello solo là dove venga commesso un reato da un suo apice; mentre nel sistema peruviano l’elusione fraudolenta del modello è richiesta anche nel caso si tratti di un reato di un sottoposto all’altrui direzione e vigilanza, sotto certi profili similmente al sistema argentino che non distingue le posizioni soggettive degli autori del reato nel richiedere un loro ‘sforzo’ nel violare la regola preventiva adottata dall’ente.

Trattandosi di sistema di disciplina di recente introduzione, non è allo stato possibile registrare significative reazioni da parte della dottrina peruviana, anche se, sulla base dell’elaborazione dogmatica che è maturata nel parallelo sistema italiano, a noi sembra chiaro che il criterio di imputazione dell’‘elusione fraudolenta’ delle regole cautelari contenute nel modello preventivo segni l’appartenenza del fatto commesso all’ente dal punto di vista della sua ‘colpevolezza’<sup>113</sup>, consentendo l’accertamento di una ‘divaricazione’ tra la ‘volontà criminosa’ dell’autore del reato e la ‘volontà virtuosa’ dell’ente

---

<sup>111</sup> Gli ‘elementi minimi’ del modello preventivo sono stabiliti dall’art. 17 n. 2), in forza del quale: «*El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos: 1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía (...); 2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.; 3. Implementación de procedimientos de denuncia; 4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; 5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.*».

<sup>112</sup> Il riferimento è all’art. 17.4 della citata legge peruviana, in forza del quale viene esclusa la responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato, se l’autore «*comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.*».

<sup>113</sup> In questo senso, cfr. FIORELLA, *op. cit.*, 2018, 670.

che abbia adottato cautele preventive così ‘serie’ da richiedere una ‘fraudolenta elusione’ per il loro superamento.

**7. La ‘validazione preventiva’ della idoneità dei modelli organizzativi: alla ricerca del perimetro dell’oggetto della certificazione nel sistema cileno**

Un profilo di rilevante interesse che emerge da un’attenta analisi comparatistica dei sistemi selezionati attiene, a nostro avviso, all’apprezzabile tendenza dei legislatori nazionali a concepire meccanismi di ‘validazione’ dell’idoneità dei modelli a prevenire i reati-tipo. Si tratta di strumenti che, pur attraverso meccanismi differenti, puntano ad accertare l’effettiva ‘volontà’ dell’ente ‘prima’ dell’eventuale commissione di un reato, ovvero nel momento in cui viene progettata la regola cautelare e spontaneamente sottoposta dall’ente ‘virtuoso’ ad un procedimento di validazione, diretto a vagliarne l’efficacia preventiva.

Strumenti, in altri termini, idonei a consentire l’accertamento della eventuale ‘divaricazione’ tra la volontà dell’autore del reato e la ‘volontà’ dell’ente che si sia ‘correttamente organizzato’ e che, perciò stesso, abbia ottenuto un vaglio positivo circa l’effettiva adeguatezza a prevenire reati delle regole cautelari di cui si sia dotato, attraverso un meccanismo di ‘validazione preventiva’ dei contenuti cautelari delle prescrizioni del modello organizzativo.

L’esito logico del procedimento di validazione preventiva dovrebbe essere quello di garantire, con ragionevole calcolabilità, l’effetto di esonero dalla responsabilità per l’ente, là dove venga comunque commesso un reato da un suo esponente, nonostante il soggetto collettivo abbia, *ex ante*, adottato un modello organizzativo adeguato, la cui idoneità preventiva sia stata cioè riconosciuta attraverso un serio e obiettivo vaglio che ne abbia ‘validato’ i contenuti come idonei alla prevenzione.

Si tratta ora di stabilire se ed in qual misura questi principi, che consentirebbero l’accertamento dell’effettiva ‘volontà dell’ente’, e quindi l’ascrizione più compiutamente personale della responsabilità penale al soggetto collettivo nel rispetto del principio di ‘colpevolezza’, abbiano trovato attuazione negli ordinamenti cileno, peruviano e argentino.

Vi è da premettere che, nel sistema cileno, la ‘certificazione’ dell’adozione e attuazione del modello di prevenzione dei reati costituisce un’attestazione ‘facoltativa’, e non obbligatoria, che può quindi essere richiesta dalla persona giuridica e rilasciata da un terzo esterno ad essa – da società o altri enti muniti nella necessaria indipendenza e professionalità registrati presso la «*Superin-*

*tendencia de Valores y Seguros*<sup>114</sup> - là dove il modello preventivo in concreto attuato dal singolo ente giuridico venga ritenuto dal certificatore conforme ai parametri normativi<sup>115</sup>.

La domanda a cui occorre fornire risposta è quale sia l'efficacia della certificazione del modello preventivo nel sistema di attribuzione della responsabilità penale all'ente.

Per poter soddisfare il quesito, a noi sembra occorra rispondere dapprima ad un altro interrogativo, diretto a stabilire quale sia il perimetro dell'attività certificatoria rimessa al terzo, per circoscriverne l'oggetto. Più precisamente, si deve a nostro avviso stabilire se la certificazione debba attestare soltanto che il modello contenga gli 'elementi minimi' espressamente richiamati [dall'art. 4, n. 4), lett. b)], consistenti in: 1) nomina di un incaricato della prevenzione; 2) espressa definizione dei mezzi e poteri dello stesso incaricato per l'esercizio della sorveglianza; 3) costituzione di un sistema di prevenzione dei reati; oppure, se il perimetro dell'oggetto della certificazione debba estendersi, come un elastico, sino a ricomprendere anche l'attestazione della sua effettiva applicazione e supervisione [come stabilito dall'art. 4, n. 4), lett. a)<sup>116</sup>].

Da una più ampia lettura sistematica, a noi sembra che la certificazione debba necessariamente attestare non soltanto la conformità ai tre 'elementi minimi'

---

<sup>114</sup> Più in particolare, i soggetti autorizzati ad emettere i certificati, secondo la citata legge cilena [art. 4), n. 4), lett. b) comma 2], sono: «*empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros*», in quanto siano risultati idonei ad esercitare l'attività di validazione dei contenuti preventivi del modello [v. l'art. 4), n. 4), lett. b) della già citata legge cilena]. A garanzia della serietà del procedimento di validazione preventiva dei modelli, occorre tener presente che, nel registrare un ente presso la «*Superintendencia de Valores y Seguros*» (SVS), è lo stesso organismo ad attestare che l'ente medesimo possa adempiere a tale compito, in conformità alle norme di dettaglio stabilite dalla medesima SVS, ai sensi dell'articolo 4 n. 4) lett. b), comma 2, della citata legge n. 20.393. Tali regole sono state pubblicate, il 25 gennaio 2011, dalla SVS attraverso una «*norma de carácter general*», la n. 302 (reperibile nel sito web [http://www.cmfchile.cl/normativa/ncg\\_302\\_2011.pdf](http://www.cmfchile.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf)), che ha stabilito una serie di requisiti a garanzia dell'indipendenza e professionalità degli organismi di certificazione che debbono essere rispettati dalle società di revisione esterna, dalle società di classificazione dei rischi e dagli altri enti abilitati per poter essere iscritti nel registro tenuto dalla SVS e, quindi, per svolgere l'attività di certificazione dei modelli di prevenzione dei reati.

<sup>115</sup> Il modello preventivo viene certificato se ritenuto conforme ai requisiti stabiliti dalla legge cilena al medesimo art. 4, nn. 1), 2) e 3), valutati in relazione alla concreta struttura della persona giuridica, tenendo cioè conto delle sue dimensioni, livello di reddito e complessità delle sue attività.

<sup>116</sup> La questione ermeneutica trae origine dalla circostanza che, con tutta probabilità per una svista del legislatore, l'art. 4 n. 4) lett. b), nel definire l'oggetto dell'attività di certificazione, si limita a richiamare espressamente l'art. 4, nei soli numeri 1), 2) e 3), omettendo di includervi, almeno formalmente, anche i contenuti specificati dal medesimo art. 4 n. 4) lett. a), il quale richiede che il modello sia 'effettivamente applicato' oltre che vigilato (là dove, come detto, prescrive che l'incaricato di prevenzione, con l'organo di amministrazione dell'ente, stabilisca metodi per l'effettiva applicazione del medesimo modello preventivo e per la sua supervisione).

menzionati, ma anche che la persona giuridica abbia stabilito metodi per l'effettiva applicazione e sorveglianza del modello preventivo, poiché l'attestazione del certificatore si riferisce sia all'adozione che all'attuazione delle regole preventive («*certificación de la adopción e implementación*»<sup>117</sup>).

D'altronde, non potrebbe ragionarsi diversamente, proprio perché stringente è il collegamento, dal punto di vista logico, tra l'adozione e l'attuazione di un modello preventivo, il quale non può ritenersi 'idoneo' a prevenire reati là dove non sia 'effettivamente applicato', risultando la mera adozione di regole cautelari, in assenza di concreta applicazione, del tutto insufficiente a perseguire gli obiettivi di legalità preventiva sottesi al sistema di disciplina.

D'altro canto, la soluzione da noi proposta si fonda anche su un ulteriore dato interpretativo di carattere sistematico, ove si tenga presente che gli 'obblighi di direzione e vigilanza' si considerano adempiuti là dove la persona giuridica, prima della commissione del reato, abbia adottato ed attuato modelli preventivi, che contengano 'tutti' gli 'elementi minimi' già indicati, i quali includono anche l'effettiva attuazione e supervisione del modello [richiesta dall'art. 4, n. 4), lett. a)]<sup>118</sup>.

Ulteriore conforto alla nostra ricostruzione sistematica può rinvenirsi anche in un orientamento della dottrina cilena, secondo il quale, per validare il contenuto preventivo del modello, l'accertamento devoluto al certificatore dovrà articolarsi secondo due direttrici: da un lato, dovrà verificare «l'astratta adeguatezza del modello di prevenzione adottato» e, dall'altro lato, dovrà attestare «l'effettivo funzionamento del modello e che sia adeguatamente controllato»<sup>119</sup>; il che sembra perciò confermare che, ai fini della certificazione, non sia sufficiente un controllo formale sull'osservanza dei primi tre 'elementi minimi' del modello posti dal legislatore<sup>120</sup>, dovendosi invece accertare anche la sua effettiva applicazione e la sorveglianza sullo stesso.

<sup>117</sup> Il riferimento è all'art. 4 n. 4) lett. b), con il quale è stata inserita la certificazione del modello preventivo nel sistema cileno.

<sup>118</sup> L'argomento è ricavabile dall'art. 3, comma 3, della legge cilena, che testualmente recita: «*se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente*», cioè in conformità all'art. 4 della stessa legge, che stabilisce gli 'elementi minimi' che connotano un adeguato modello preventivo, tra cui anche l'effettiva attuazione e supervisione del modello stabilita dall'art. 4 n. 4) lett. a).

<sup>119</sup> Cfr. PINA, *op. cit.*, 90. Nello stesso senso NEIRA, *op. cit.*, 497, riconosce questa duplice dimensione della certificazione, aggiungendo che la seconda è senza dubbio la più complessa, anche perché richiede un aggiornamento permanente, il che implica, tra l'altro, che le certificazioni nascano con una data di scadenza.

<sup>120</sup> Il riferimento, è chiaro, è all'art. 4, numeri da 1) a 3).

**7.1. La controversa efficacia della certificazione del modello di prevenzione dei reati nel sistema cileno, anche in relazione alla corretta distribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa**

Dopo aver circoscritto l'oggetto della certificazione, possiamo tentare di rispondere al quesito iniziale, per stabilire quale sia l'efficacia della certificazione del modello nel sistema di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica. Nonostante risulti assai controverso il ruolo della certificazione del modello di prevenzione dei reati nella dottrina cilena, è tuttavia possibile evidenziare due principali orientamenti.

L'uno relega il rilievo sistematico della certificazione a mera circostanza di attenuazione della sanzione penale da applicare all'ente<sup>121</sup>, mentre l'altro, seppur tra le righe, identifica nella certificazione del modello una possibile causa di esonero dalla responsabilità dell'ente, «che tuttavia andrebbe liberamente apprezzata dal giudice penale», là dove ritiene che alla certificazione vada riconosciuto un valore di «presunzione» relativa «della corretta organizzazione dell'ente», suscettibile perciò di ammettere la prova contraria da parte della pubblica accusa<sup>122</sup>.

Il primo orientamento a noi sembra arrivi a conseguenze non del tutto condivisibili, poiché prende le mosse dall'erroneo presupposto che nel sistema cileno la responsabilità dell'ente non sia in via di principio una responsabilità per un 'fatto proprio' della persona giuridica, cioè per un proprio 'difetto di organizzazione' («*responsabilidad 'por el hecho propio' de la persona jurídica*») ma sia invece una responsabilità per un 'fatto altrui', cioè per un fatto di reato commesso da altri, ovvero dagli esponenti della persona giuridica, siano essi in posizione apicale ovvero sottoposta all'altrui autorità («*responsabilidad 'por el hecho ajeno'*»)<sup>123</sup>.

Secondo tale prospettiva, la dottrina ritiene che la persona giuridica 'virtuosa', che cioè abbia adottato modelli di prevenzione dei reati, possa essere sostanzialmente assimilata ad una «*buena ciudadana corporativa*» (cioè ad una buona cittadina), perciò, nel caso in cui venga commesso un reato, la precedente condotta virtuosa dell'ente, posta cioè in essere 'prima' della commis-

<sup>121</sup> Cfr. MATUS, *op. cit.*, 2012, 12 ss., reperibile nel sito web [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>122</sup> In questo senso, cfr. HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 227. Nello stesso senso, cfr. PIÑA, *op. cit.*, 89.

<sup>123</sup> Secondo questa impostazione, l'art. 3 della legge cilena non prevederebbe un'ipotesi di responsabilità "per il fatto proprio", ma di responsabilità "per il fatto altrui", sia pur con il limite del requisito che tale atto sia conseguenza della mancata adozione e attuazione di un modello organizzativo per prevenire fatti simili. Solo in talune ipotesi in cui è prevista un'"autonoma" responsabilità della persona giuridica, in forza dell'art. 5, si configurerebbe un'effettiva responsabilità "per un fatto proprio" direttamente imputabile alla persona giuridica: cfr. MATUS, *op. cit.*, 2012, 5.

sione del reato, potrebbe costituire solo una circostanza di attenuazione della sanzione da irrogare alla persona giuridica (e non di esonero dalla responsabilità), applicando sostanzialmente per analogia *in bonam partem* la circostanza di attenuazione della sanzione penale già prevista dal codice penale cileno per le persone fisiche che abbiano posto in essere una precedente condotta diligente («*irreprochable conducta anterior*»).

Non potrebbe inoltre, in questa prospettiva, riconoscersi alla certificazione efficacia di esonero dalla responsabilità per la persona giuridica quale «*eximente anticipada*»<sup>124</sup>, perché, in caso contrario, durante l'arco temporale di vigenza della certificazione, l'ente sarebbe legittimato ad arruolare dirigenti e dipendenti pronti a delinquere e ad assumere il ruolo di 'capri espiatori' in un'eventuale indagine penale, risultandone comunque esclusa ogni sua responsabilità penale<sup>125</sup>. Non senza ironia, si giunge infine a paragonare la certificazione del modello ad una «*Bula papal*»<sup>126</sup> (bolla papale) che consentirebbe alle imprese di acquistare il perdono divino, ovvero l'indulgenza, attraverso l'ottenimento di una certificazione dietro versamento di un prezzo, che può essere anche molto elevato.

Questa prima interpretazione proposta da parte della dottrina cilena si scontra, a nostro avviso, con il dato ermeneutico che emerge da una lettura sistematica della disciplina cilena, là dove è stabilito (dall'art. 3) che gli «obblighi di direzione e vigilanza» sono da ritenersi osservati se la persona giuridica abbia adottato e attuato, prima della commissione del reato, modelli per prevenire reati, venendo perciò stesso meno la 'lacuna' dell'organizzazione quale elemento costitutivo essenziale dell'illecito ascrivibile alla persona giuridica e, quindi, venendo in primo luogo a mancare l'essenziale collegamento oggettivo tra l'organizzazione e il fatto di reato. E sembra a noi chiaro che la disposizione debba essere intesa come facente riferimento a tutti i modelli preventivi

---

<sup>124</sup> Nel sostenere la tesi secondo la quale non possa riconoscersi efficacia esonerante alla certificazione, il MATUS utilizza come altro criterio guida quanto affermato dalla Procura Nazionale nella sua circolare sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, là dove viene affermato che «l'effettiva adozione e attuazione del modello di prevenzione sarà sempre oggetto di indagine e prova» (*Fiscalía General, Instrucción General*, n. 440/2010, 7), nonostante l'Autore sottolinea che, a suo parere, l'espressione 'effettiva' non figuri nel testo giuridico e che ne sia necessaria solo l'adozione e l'attuazione dei modelli (MATUS, *op. cit.*, 2012, 9). Per quanto riguarda il requisito dell'effettività, è bene tuttavia precisare che non è vero che sia assente dalla legge 20.393, in quanto l'art. 4, n. 4, lett. a), nel riferirsi alla vigilanza sul sistema di prevenzione dei reati, prescrive che l'incaricato della prevenzione («*encargado de prevención*»), assieme al titolare del potere di gestione dell'ente, stabilisca metodi per l'effettiva applicazione del modello di prevenzione dei reati e per la sua vigilanza al fine di individuarne e correggerne gli errori, nonché di aggiornarlo nel tempo in relazione ai mutamenti intervenuti.

<sup>125</sup> In questo senso, cfr. MATUS, *op. cit.*, 2012, 13.

<sup>126</sup> *Id.*, *op. cit.*, 11.

vi, siano essi stati certificati o meno - costituendo peraltro la certificazione un'attività facoltativa - purché rispettino comunque i requisiti essenziali stabiliti dal legislatore<sup>127</sup>. Tuttavia, là dove il modello organizzativo venga certificato, la attestazione ha proprio ad oggetto il pieno rispetto dei medesimi requisiti normativi, fornendo perciò una garanzia dell'efficacia preventiva del modello adottato ed attuato in concreto.

Questo primo orientamento sembra non tener conto di un altro dato essenziale ricavabile dal sistema: la legge cilena prevede, tra le «circostanze di attenuazione della responsabilità penale» e, di conseguenza, della pena, l'adozione da parte della persona giuridica, 'dopo' la commissione del fatto di reato ma prima dell'inizio del giudizio, di misure efficaci per prevenire la reiterazione di delitti della stessa specie di quello che sia stato commesso<sup>128</sup>. Si tratta, in sostanza, dello strumento che, ad esempio nel sistema italiano, suole essere definito quale modello riparatore o '*post factum*'.

Ora, se è vero come è vero, che la legge cilena ricollega all'adozione di un modello '*post factum*' una efficacia di attenuazione della pena da applicare alla persona giuridica, se accettassimo l'idea che l'adozione di un modello organizzativo '*ante factum*', anche ove certificato, abbia anch'esso efficacia quale mera causa di attenuazione della sanzione penale per l'ente, allora il legislatore avrebbe dovuto includere espressamente nel catalogo delle circostanze attenuanti anche il modello adottato '*ante factum*', cioè 'prima' della commissione del reato. Il campo di applicazione della citata disposizione risulta invece circoscritto al solo modello di prevenzione dei reati adottato 'dopo' la commissione del reato, come anche desumibile, in via interpretativa, dal testuale riferimento all'indagine penale («*investigación*»), che non può che essere relativa ad un fatto di reato che sia stato già commesso.

Mentre la seconda interpretazione, a nostro avviso più condivisibile, ritiene si tratti di una presunzione posta dal legislatore di conformità del modello di prevenzione adottato ed attuato da una persona giuridica ai parametri previsti dalla legge medesima. La 'presunzione di idoneità preventiva' delle regole contenute nel modello sarebbe relativa, vale a dire *iuris tantum*<sup>129</sup> (definita

<sup>127</sup> Si tratta, come detto, degli elementi stabiliti dall'art. 4, nn. 1), 2) e 3) della citata legge cilena.

<sup>128</sup> Il riferimento è all'art. 6, n. 3), della citata legge cilena, il quale include tra le circostanze attenuanti: «*La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación*».

<sup>129</sup> A favore di una presunzione relativa, si è espresso nella letteratura cilena PIÑA, *op. cit.*, 90. Tuttavia, la dottrina ha sollevato l'obiezione per la quale basare una presunzione di adeguatezza del modello sulla certificazione possa risultare discriminatorio per gli enti che dispongano di minori risorse, in quanto si tratta di un certificato rilasciato da un ente privato: cfr. NEIRA, *op. cit.*, 500. Nello stesso senso, cfr. MATUS, *op. cit.*, 2012, 13, il quale eccepisce la possibile violazione del principio di eguaglianza, posto a

‘semplicemente legale’ nel sistema cileno), e potrebbe perciò esser superata dalla pubblica accusa fornendo la prova contraria. Il dato sembra possa ricavarci da un’interpretazione non soltanto letterale, ma anche sistematica delle norme, corroborata dai lavori preparatori della medesima legge<sup>130</sup>.

Nonostante gli indicati snodi concettuali siano a nostro avviso condivisibili, questo secondo orientamento giunge tuttavia a taluni approdi che a noi sembrano non corretti, in materia di distribuzione dell’onere della prova, là dove ritiene che nell’ipotesi in cui la persona giuridica non abbia una certificazione, dovrà essa stessa dimostrare di aver osservato i suoi obblighi di direzione e vigilanza. Poiché considera che quando un esponente commette un reato nell’interesse del soggetto collettivo sia probabile che qualcosa non abbia funzionato bene nell’ente, al punto che il reato costituisca un forte indizio di violazione di uno degli obblighi che gravano su di esso. Secondo questa interpretazione, la pubblica accusa può, almeno in via di principio, fondarsi (addirittura ‘riposare’, «*descansar*», nel lessico dell’autore) su questo ‘indizio probatorio’ (quale ‘indizio di inosservanza’, «*indicio de incumplimiento*»), limitandosi a provare gli altri due criteri oggettivi per l’attribuzione della responsabilità all’ente, cioè la posizione soggettiva dell’autore e la sua condotta nell’interesse dell’ente, là dove il soggetto collettivo non fornisca prove plausibili dell’osservanza dei suoi obblighi di direzione e vigilanza<sup>131</sup>.

A nostro avviso tale conclusione non può risultare condivisibile, dato che il sistema cileno prevede, in modo non equivoco, la responsabilità ‘penale’ delle persone giuridiche, prescrivendo<sup>132</sup> che sono applicabili al soggetto collettivo tutte le disposizioni relative all’imputato, accusato e condannato, tra cui, e in primo luogo, quella relativa alla ‘presunzione di innocenza’<sup>133</sup>, per la quale nessuna persona può essere considerata colpevole se non dopo una condan-

---

fondamento della maggior parte degli ordinamenti giuridici occidentali, per la circostanza che le certificazioni possano essere ottenute dietro pagamento di una somma di denaro. Tuttavia, a noi sembra che tale problema, seppur fondato, potrebbe essere risolto in due possibili modi alternativi: o rimettendo l’attività di validazione dei contenuti preventivi di un modello ad un soggetto pubblico (sulla scorta del modello peruviano come a breve vedremo), ovvero, forse più ragionevolmente, ammettendo gli enti bisognosi (che producano ricavi inferiori ad una determinata soglia) ad una sorta di ‘gratuita certificazione’ che venga effettuata dai medesimi enti certificatori a spese dello Stato.

<sup>130</sup> Cfr., in tal senso *Historia de la Ley 20.393, 149 ss*, reperibile in *www.bcn.cl*.

<sup>131</sup> Cfr., in questo senso, HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 227. Una solo parzialmente diversa posizione dottrinale, anch’essa sotto questo profilo non condivisibile, ritiene che la certificazione possa essere valutata soltanto come un elemento favorevole al fatto che l’ente osserva la legalità, però non possa in nessun caso esser ritenuta prova autosufficiente dell’efficacia del modello preventivo: in questo senso, cfr. NEIRA, *op. cit.*, 514.

<sup>132</sup> Ci si riferisce all’art. 21 della legge n. 20.393.

<sup>133</sup> Il principio di presunzione di innocenza è stabilito dall’art. 19, n. 3), comma 7, della Costituzione cilena («*Constitución Política de la República de Chile*») e dall’art. 4 c.p.p. cileno.

na irrevocabile. Perciò, non è a nostro avviso condivisibile l'idea che la pubblica accusa possa 'riposare' su alcun - in realtà presunto - 'indizio di inosservanza', perché grava sulla stessa pubblica accusa l'obbligo di provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la esistenza del fatto di reato e la sua ascrivibilità, oggettiva e soggettiva, allo specifico individuo<sup>134</sup>; così come, *mutatis mutandis*, grava parimenti sull'accusa l'obbligo di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale dell'ente e la sua ascrivibilità, oggettiva e soggettiva, allo specifico soggetto collettivo.

La corretta distribuzione dell'onere della prova tra accusa e difesa è stata bene messa a fuoco dalla Procura Nazionale nella già citata circolare, per la quale «se la società non ha adottato un modello di prevenzione come quello previsto dalla legge, ciò non significa che il presupposto dell'imputazione sia stato configurato, ma deve necessariamente essere provata dalla pubblica accusa»<sup>135</sup> la violazione dei suoi obblighi di direzione e vigilanza. Nel riferirsi alla validazione dei contenuti preventivi, la Procura Nazionale ha ritenuto che nel caso in cui la persona giuridica abbia un modello e questo sia stato certificato «sarà più complesso dimostrare che l'impresa non abbia osservato i suoi obblighi di direzione e supervisione», anche se viene pur sempre lasciata alla discrezionalità dell'organo giudicante la valutazione circa l'idoneità preventiva del singolo modello adottato dalla persona giuridica, dovendo il giudice in concreto accertare l'esistenza del modello, il suo grado di applicazione e la sua adeguatezza preventiva, in relazione agli elementi di prova apportati dalla pubblica accusa nel processo penale<sup>136</sup>.

A nostro avviso, in sintonia con la lettura del sistema cileno di imputazione della responsabilità penale alla persona giuridica da noi proposta, occorrerebbe spingersi oltre sino ad affermare che, là dove la pubblica accusa intenda far valere in giudizio che il modello certificato non corrisponda al modello effettivamente attuato dalla persona giuridica, dovrebbe dimostrare che vi sia

<sup>134</sup> Si v., in tal senso, l'art. 340 c.p.p. cileno.

<sup>135</sup> In questo senso, si v. l'Istruzione Generale della Pubblica Accusa, che fornisce criteri per le indagini e l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone giuridiche («*Instrucción General del Ministerio Público que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas*»), n. 440/2010, del 23 agosto 2010, 7, reperibile nel sito web <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>.

<sup>136</sup> Cfr. l'Istruzione Generale della Pubblica Accusa, *cit.*, 10, la quale segnala che la persona giuridica evidentemente «sosterrà che per il fatto di avere una certificazione attuale ha adempiuto al proprio obbligo di adottare ed attuare un sistema preventivo e che esso è operativo». Tuttavia, la Procura Nazionale conclude il suo iter argomentativo nel senso che non possa riconoscersi alla certificazione, di per sé, efficacia esonerante della responsabilità per l'ente, dato che l'obiettivo della certificazione sarebbe solo quello di assicurare l'effettiva applicazione del modello, tenendo presente che potrebbero esistere modelli solo apparentemente conformi ai parametri normativi.

uno ‘iato’ tra la realtà aziendale e l’organizzazione per come attestata nel procedimento di validazione preventiva, oppure dovrebbe provare l’eventuale accordo criminioso tra l’ente e il soggetto certificatore, o in alternativa l’induzione in errore di quest’ultimo, il cui effetto sia stato l’ottenimento di una certificazione favorevole alla persona giuridica, nonostante non ne ricorreressero i presupposti<sup>137</sup>. Anche tenendo presente che il certificatore è un soggetto privato che, nella misura in cui eserciti una pubblica funzione certificatoria, viene assimilato al pubblico agente, con conseguente applicazione al medesimo dello statuto penale del funzionario pubblico<sup>138</sup>.

Ulteriore e complesso problema è inoltre quello di stabilire se vi sia differenza tra la presunzione di innocenza che protegge l’ente *sempre*, e la presunzione della corretta organizzazione dell’ente attraverso la certificazione.

Ebbene, in sintonia con i principi generali dell’ordinamento penale cileno, sull’organo di accusa grava sempre ed in ogni caso l’onere di provare la colpevolezza della persona giuridica al di là di ogni ragionevole dubbio, per superare la presunzione della sua innocenza. Perciò l’onere della prova grava a carico della pubblica accusa sia che il modello preventivo sia stato certificato, sia che non lo sia stato, ma anche là dove manchi del tutto il modello medesimo.

Tuttavia, per meglio comprendere il fenomeno, potremmo metaforicamente

---

<sup>137</sup> Sotto questo profilo, può essere interessante richiamare un progetto di riforma del sistema italiano di imputazione della responsabilità all’ente, con il quale è stata proposta l’introduzione della certificazione preventiva del modello nel corpo del d. lgs. 231/2001: v. *Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia di modifica del d. lgs. n. 231/2001*, pubblicato in Pinza (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, 2010, Roma, 9 ss., anche reperibile nel sito web <https://www.penalecontemporaneo.it>. Il progetto propone, con chiarezza, che nel caso in cui l’idoneità preventiva del modello adottato dall’ente sia stata certificata, la sua responsabilità per il fatto di reato commesso venga esclusa, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. Il che comporta che si tratterebbe di una presunzione di idoneità preventiva delle regole del modello di carattere ‘relativo’, perché ammetterebbe la prova contraria, fondata sulla mancata corrispondenza tra il modello certificato e quello attuato, ovvero su significative violazioni delle sue prescrizioni. Il medesimo progetto suggerisce inoltre l’introduzione dello specifico reato di abuso di funzioni del certificatore a fronte di una falsa dichiarazione di idoneità preventiva del modello, a tutela della serietà e veridicità delle validazioni preventive che, in tal modo, non dovrebbero risultare ‘addomesticate’ ad arte da eventuali accordi criminiosi tra ente e soggetto certificatore che siano diretti ad eludere le reali finalità preventive del sistema. Per un approfondimento dei contenuti essenziali del progetto, anche in rapporto ai meccanismi certificatori previsti in Cile, sia consentito rinviare a VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all’esperienza cilena*, in *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell’ente da reato, anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di Fiorella, Borgogno, Valenzano, Napoli, 2015, 166 ss.

<sup>138</sup> In base al combinato disposto dell’art. 4, n. 4), lett. c) della citata legge n. 20.393 e dell’art. 260 c.p. cileno.

rappresentare il modello preventivo come un muro di cinta che ‘protegge’ l’ente dai rischi di commissione di reato, nel senso di rendere permessa, in quanto lecita, l’azione dei suoi esponenti che agiscono ‘in sintonia’ rispetto alle prescrizioni del modello, restando la loro condotta metaforicamente racchiusa ‘dentro la cinta delle mura’. Il modello, ancor più se certificato, costituisce una ‘barriera di legalità preventiva’ che circonda e qualifica il corretto operato dell’ente.

Spetta in ogni caso alla pubblica accusa dimostrare l’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza della persona giuridica dalla quale sia dipeso il reato dell’individuo, e a noi sembra evidente che, fermo restando in ogni caso l’onere della prova della colpevolezza dell’ente in capo alla pubblica accusa (sia ove il modello vi sia, sia ove non vi sia), la prova da rendere sarà assai più ardua per il P.m. là dove il modello preventivo sia stato già certificato, dato che il modello certificato è da presumersi, *ipso iure*, conforme ai parametri di adeguatezza posti dal legislatore cileno, e quindi tale da costituire prova dell’osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dell’ente, proprio per effetto della presunzione relativa di idoneità del modello asseverato. Venendo al piano applicativo, il dilemma in ordine all’efficacia da ricollegare alla certificazione nel sistema cileno non risulta sia stato tuttora affrontato dalla giurisprudenza: non è perciò possibile stabilire quale sia la posizione delle Corti cilene né sull’oggetto né sugli effetti della certificazione, dato che i diversi casi giurisprudenziali si sono conclusi nella fase predibattimentale attraverso riti alternativi e quindi non c’è stata la possibilità di valutare, in concreto, il rilievo del modello preventivo nel sistema di attribuzione della responsabilità all’ente, né tanto meno la rilevanza di meccanismi alternativi di adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza.

È tuttavia interessante evidenziare che, in quasi tutti i (poco numerosi) processi a carico delle persone giuridiche in Cile, le Procure hanno formulato l’accusa contro gli enti esplicitando nei capi di imputazione che la persona giuridica risulta responsabile per non aver adottato un modello preventivo e per non aver nemmeno previsto ‘altre misure’ (diverse dal modello in senso stretto) per adempiere i propri obblighi di direzione e vigilanza<sup>139</sup>, con ciò dimostrando, anche in sede applicativa, di concepire metodi alternativi al modello preventivo di spontaneo adempimento degli obblighi di gestione e sorveglianza della persona giuridica.

---

<sup>139</sup> In questo senso, si v. Constructora Pehuenche del 7° Juzgado de Garantía de Santiago (Rit 11862-2014), Municipalidad de Arica del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica (Rit 33-2014); nonché Salmones Colbún del Juzgado de Garantía de Talca (Rit 9211 - 2012).

**8. La ‘validazione post factum’ dell’adeguatezza preventiva delle cautele organizzative attraverso la perizia sul modello nell’ordinamento peruviano. Il rilievo sistematico della ‘esimente incompleta’ nei sistemi cileno e peruviano**

Per quanto concerne l’ordinamento peruviano, nonostante l’originaria previsione della certificazione del modello nel testo normativo al momento della sua adozione<sup>140</sup>, l’istituto è stato subito dopo soppresso con l’intervenuto decreto di riforma<sup>141</sup>.

È stato tuttavia introdotto nel sistema peruviano un diverso meccanismo di validazione ‘*post factum*’ dell’adeguatezza preventiva del modello, che opera cioè ‘dopo’ l’eventuale commissione del reato ma ‘prima’ dell’esercizio dell’azione penale. In forza del quale l’organo di pubblica accusa («*el Fiscab*»), prima di notificare alla persona giuridica l’esistenza di indagini preliminari a suo carico, deve chiedere una relazione tecnica («*informe técnico*») alla Sovrintendenza del Mercato dei Valori («*Superintendencia del Mercado de Valores*»), con valore probatorio di perizia («*pericia institucional*»), il cui obiettivo sia quello di valutare l’attuazione del modello preventivo in concreto adottato dall’ente<sup>142</sup>.

Quanto al rilievo della relazione tecnica dal punto di vista dell’efficacia probatoria, vi è da considerare che la «*pericia institucional*», che è quella emessa da un soggetto pubblico (come la Sovrintendenza o un’altra pubblica autorità), ha, nel sistema peruviano, valore di prova parificabile a quello di una qualsiasi perizia di parte.

Con scelta assai incisiva dal punto di vista degli effetti processuali, il legislatore peruviano ha stabilito che la perizia costituisce una ‘condizione di procedibilità’ per la formalizzazione delle indagini preliminari («*formalización de la investigación*») a carico della persona giuridica<sup>143</sup>. Per approfondire ruolo e funzionamento di detta ‘condizione di procedibilità’, fondata sulla ‘validazione *post factum*’ della idoneità preventiva delle regole cautelari contenute nel modello organizzativo, possiamo ricavare dal sistema le seguenti articolazioni procedurali.

Può formularsi una prima ipotesi, nella quale la perizia asseveri che, nono-

---

<sup>140</sup> Prima della riforma, l’art. 19 della già citata legge peruviana prescriveva che il modello di prevenzione del reato potesse essere certificato da un soggetto terzo a ciò autorizzato, con lo scopo di asseverare l’osservanza, da parte della persona giuridica, degli elementi previsti dall’art. 17 comma 2 della medesima legge.

<sup>141</sup> Il riferimento è al già citato d. lgs. n. 1352 del 2017, che ha riformato la legge peruviana n. 30424/2016 prima ancora della sua entrata in vigore.

<sup>142</sup> L’istituto è previsto dall’articolo 18 della legge peruviana.

<sup>143</sup> Ai sensi dell’ottava disposizione finale della legge peruviana.

stante un reato sia stato commesso, il modello preventivo in concreto attuato dall'ente, 'prima' della commissione del fatto illecito, fosse adeguato: l'organo di pubblica accusa dovrà perciò disporre l'archiviazione dell'indagine preliminare<sup>144</sup>, e dunque del procedimento penale, attraverso una decisione motivata.

Può rinvenirsi una seconda ipotesi, là dove la perizia asseveri che il modello preventivo in concreto attuato dalla persona giuridica 'prima' della commissione del reato non fosse idoneo: la pubblica accusa darà l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la «*formalización de la investigación*», che tuttavia ancora non rappresenta l'esercizio dell'azione penale.

Residua ancora un'ipotesi che potremmo definire di 'ravvedimento operoso' dell'ente, il quale, 'post factum', può aver adottato un idoneo modello preventivo di carattere 'riparatore', nonostante ne fosse privo - o avesse attuato cautele inadeguate - prima della commissione del fatto di reato. Quindi, là dove la perizia accerti che la persona giuridica abbia attuato un idoneo modello preventivo solo 'dopo' la commissione del reato (ma prima dell'inizio del giudizio penale), l'organo di pubblica accusa darà l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la già menzionata «*formalización de la investigación*», perché l'attuazione di un c.d. 'modello riparatore', 'post factum', ha efficacia quale mera circostanza di attenuazione della pena per l'ente<sup>145</sup>, non costituendo una causa di esonero dalla responsabilità per il soggetto collettivo; perciò rimane ferma la responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato che sia stato commesso, sia pur con applicazione di una pena attenuata.

Infine, l'ordinamento peruviano prevede, con soluzione originale rispetto agli altri sistemi oggetto della comparazione, l'ipotesi in cui la perizia asseveri che,

---

<sup>144</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 334 c.p.p. peruviano, l'archiviazione può essere decretata dopo il ricevimento di una denuncia o dopo la conclusione delle «*diligencias preliminares*», (il cui termine di conclusione è pari a 20 giorni). Schematizzando gli snodi essenziali, quando il P.m. («*el Fiscab*») riceve una denuncia di reato: 1) può decidere anche immediatamente di disporre l'archiviazione della notizia di reato (con un proprio decreto di archiviazione); 2) può dare l'avvio alle «*diligencias preliminares*», quali primissime indagini preliminari che dovrebbero durare solo 20 gg. (salvo un più lungo termine fissato dal P.m. medesimo), nel corso delle quali l'organo di pubblica accusa deve richiedere el *Informe técnico* alla Sovrintendenza per poter procedere con l'avvio delle indagini preliminari vere e proprie a carico dell'ente; 3) trascorsi i 20 gg. (o il diverso più lungo termine che il P.m. abbia ritenuto necessario), l'organo di accusa può disporre l'archiviazione del procedimento penale oppure può dare l'avvio alle indagini preliminari vere e proprie a carico dell'ente attraverso la «*formalización de la investigación*», che ancora non rappresenta l'esercizio dell'azione penale, collocandosi all'interno della fase delle indagini preliminari (il P.m., cioè, non ha ancora in questa fase formalizzato l'accusa penale vera e propria, trattandosi di attività ad essa prodromica).

<sup>145</sup> In forza dell'art. 12, lett. d), della citata legge peruviana.

nonostante il modello preventivo in concreto attuato non fosse idoneo a prevenire reati, riceva tuttavia una ‘validazione parziale’ («*acreditación parcial*»). Là dove la perizia accerti che il modello adottato rispetti solo alcuni dei parametri di idoneità<sup>146</sup>, ma non tutti, esso potrà operare quale ‘esimente incompleta’ («*eximente incompleta*»), cioè non più quale causa di esclusione della responsabilità dell’ente ma solo quale mera circostanza di attenuazione della sua responsabilità e, quindi, della pena da irrogare<sup>147</sup>. In altri termini, nell’ordinamento peruviano si configura una ‘esimente incompleta’ là dove non si realizzino ‘tutti’ gli elementi costitutivi di una circostanza di esclusione della responsabilità, ma se ne configurino solo alcuni; non potendo perciò la circostanza, per la sua incompiutezza, operare nel senso di escludere la responsabilità ma soltanto nel senso di attenuarla, con i relativi riflessi sul piano sanzionatorio. Il codice penale peruviano qualifica dette ipotesi quali «*responsabilidad restringida*»<sup>148</sup>, consentendo al giudice penale di ridurre la pena al di sotto del minimo legale.

L’effetto processuale di queste previsioni sostanziali è tale per cui, in caso di ‘validazione parziale’ dei contenuti preventivi del modello, l’organo di pubblica accusa dovrà dare l’avvio alle indagini preliminari vere e proprie attraverso la «*formalización de la investigación*», perché, come detto, la pena per la persona giuridica verrà diminuita in forza dell’esimente incompleta, ma non sarà esclusa per il mancato effetto di esonero dalla responsabilità.

Sotto questo specifico profilo, è interessante rilevare che, a differenza dell’ordinamento peruviano, nel quale è stata specificamente prevista l’‘esimente incompleta’ nel sistema di imputazione della responsabilità da reato all’ente, nell’ordinamento cileno l’‘esimente incompleta’ è prevista, più in generale, nel codice penale<sup>149</sup>, ma non nella legge speciale che struttura il sistema di responsabilità da reato della persona giuridica (così come anche la legge argentina sulla responsabilità penale degli enti non la prevede).

Perciò può a nostro avviso prevedersi che si porrà, nel sistema cileno, la que-

<sup>146</sup> Per l’esistenza parziale degli ‘elementi minimi’ stabiliti dall’art. 17, comma 2, della citata legge peruviana.

<sup>147</sup> In forza del combinato disposto dell’art. 21 c.p. peruviano con l’art. 12 lett. e) della citata legge, che prevede, quale circostanza attenuante, la «*acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención*».

<sup>148</sup> L’art. 21 del codice penale peruviano, rubricato «*responsabilidad restringida*», stabilisce che, anziché escluderla, attenuano la responsabilità penale le cause di esclusione della medesima, quando non si realizzino tutti gli elementi costitutivi.

<sup>149</sup> Nel codice penale cileno, l’art. 11 n. 1) stabilisce che, anziché escluderla, attenuano la responsabilità penale le esimenti previste dall’art. 10, là dove non si realizzino tutti gli elementi costitutivi della singola causa di esclusione della responsabilità penale. In questo senso, cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Santiago de Chile, 2010, 185.

stione dell'applicabilità dell'esimente incompleta, quale possibile causa di attenuazione della responsabilità penale dell'ente che abbia adottato un modello preventivo che soddisfi solo parzialmente i requisiti posti dal legislatore cileno<sup>150</sup>. Si tratterà perciò di stabilire se, ed in qual misura, possa estendersi la portata applicativa della disposizione codicistica che prevede l'esimente incompleta' [cioè dell'art. 11 n. 1) c.p.] sino a ricomprendervi anche il mancato perfezionamento degli 'elementi minimi' di un modello di prevenzione, pur considerando che, nel prevedere un catalogo di circostanze attenuanti applicabili alle persone giuridiche, la citata legge speciale non ne ha fatto menzione.

Tornando al sistema peruviano, per concludere sul punto, occorre rilevare che l'articolato sistema di 'validazione *post factum*' dell'efficacia preventiva, nonostante la sua incisività nel considerare gli effetti liberatori per l'ente, anche in sede processuale, di una netta demarcazione tra la volontà dell'autore del reato e quella dell'ente, è stato parzialmente criticato dalla dottrina peruviana, per il ruolo attribuito dalla legge alla Sovrintendenza del Mercato dei Valori, che è stata ritenuta organismo privo delle necessarie competenze per valutare l'adeguatezza preventiva del modello<sup>151</sup>.

A noi sembra, tuttavia, che la valutazione sull'innovativo sistema di 'validazione *post factum*' dell'efficacia preventiva del modello debba essere maggiormente articolata. In altri termini, è da apprezzare la circostanza che il legislatore peruviano abbia identificato una condizione di procedibilità dell'azione penale contro l'ente nella perizia, la cui richiesta costituisce un obbligo della pubblica accusa, o, più precisamente, nell'esito negativo della perizia che, cioè, escluda nel singolo caso l'efficacia delle regole cautelari concepite e adottate in concreto dall'ente.

*A contrariis*, la prevista condizione di procedibilità dell'azione penale contro l'ente può, a nostro avviso, rivelarsi strumento idoneo all'accertamento di una effettiva 'divaricazione' tra la volontà dell'autore del reato e quella, virtuosa, dell'ente, là dove la perizia abbia un esito positivo che riconosca l'efficacia delle regole preventive in concreto adottate dall'ente. Si tratta di uno 'iato' tra le due 'volontà', in presenza del quale la pubblica accusa deve richiedere l'archiviazione del procedimento penale per il soggetto collettivo, per la ragione che non può muoversi alcun 'rimprovero' nei confronti dell'ente che si sia correttamente organizzato 'prima' della commissione del reato, stante il

<sup>150</sup> Si tratta degli elementi del modello preventivo stabiliti dall'art. 4 della citata legge cilena.

<sup>151</sup> In questo senso, cfr. BALMACEDA, *Las personas jurídicas y su responsabilidad 'administrativa' autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n. 1352*, in *Rivista Actualidad Penal*, n. 33, marzo 2017, Lima, Perú, 31 s.

venir meno del collegamento ‘soggettivo’ tra il fatto di reato commesso dall’individuo e il soggetto collettivo, in applicazione dei principi di personalità e, quindi, di colpevolezza.

Ferma restando la valutazione, a nostro avviso tendenzialmente positiva, di un meccanismo liberatorio per l’ente virtuoso, imperniato sulla specifica condizione di procedibilità dell’azione penale contro l’ente, può tuttavia porsi una riserva in relazione al ‘tempo’ in cui debba richiedersi la perizia sulla adeguatezza del modello, trattandosi di un momento ‘successivo’ rispetto a quello in cui la pubblica accusa abbia ‘già’ deciso di avviare le «*diligencias preliminares*» (le quali, di per se stesse, costituiscono attività di indagine). Vale a dire, a seguito dell’emersione di almeno un indizio di commissione di un reato, a parere della pubblica accusa, quale contesto che perciò potrebbe in qualche misura ‘inquinare’ l’‘obiettività di giudizio’ del perito. Il problema può sorgere, in altri termini, perché la circostanza che sia già stato commesso un reato in nome o per conto della persona giuridica, e nel suo interesse, può essere intesa dal valutatore come presunzione di mancato adeguamento del modello alle finalità previste dalla legge.

Una soluzione potrebbe essere percorsa riconoscendo ‘anche’ in capo alla persona giuridica non l’obbligo, ma la facoltà di richiedere alla pubblica autorità (la Sovrintendenza) una relazione tecnica, con il medesimo valore giuridico di perizia, ‘dopo’ l’adozione del modello ma ‘prima’ della commissione del reato, in un tempo che cioè non possa considerarsi ‘sospetto’, per ottenere una ‘validazione preventiva’ che possa comunque in futuro operare quale ‘condizione di procedibilità’ di un’eventuale azione penale contro l’ente. Il proposto meccanismo, in una prospettiva di riforma del sistema, consentirebbe di porre l’ente ‘virtuoso’ al riparo da giudizi della pubblica autorità che potrebbero essere in qualche misura inquinati dal contesto di riferimento, consentendogli di accedere, con livello di certezza, al ‘beneficio’ dell’archiviazione delle indagini preliminari che venissero eventualmente in futuro avviate a fronte della commissione di un reato nell’esercizio delle sue attività, là dove le cautele progettate e attuate dall’ente fossero state ritenute, *ex ante*, efficaci dalla medesima perizia.

Certamente occorrerebbe più compiutamente strutturare un meccanismo di tutela che, per evitare comode ‘scappatoie’ per l’ente che voglia soltanto ‘fingere’ di organizzarsi virtuosamente, contenga l’efficacia liberatoria della validazione ‘*ante factum*’ ai soli casi in cui il modello preventivo concretamente attuato corrisponda a quello che sia stato validato e non siano, nel frattempo, sopravvenute ‘significative violazioni’ delle sue prescrizioni che abbiano reso manifesta la ‘lacuna organizzativa’ che abbia cagionato il reato dell’individuo,

a fronte delle quali l'ente avrebbe dovuto correttamente reagire<sup>152</sup>. Si tratterebbe, in definitiva, di un più compiuto strumento che, così come la certificazione nel sistema cileno ove venisse correttamente interpretata nei suoi confini ed efficacia sistematica, consentirebbe l'accertamento dell'“autonomia volontà virtuosa” dell'ente, ove divaricante da quella dell'autore materiale del reato. E che, di conseguenza, in assenza di ‘rimprovero’, condurrebbe all'esonero dalla responsabilità della persona giuridica per il fatto di reato eventualmente commesso.

### **9. Il vuoto normativo, nonostante una proposta di certificazione nel sistema argentino**

La legge argentina sulla responsabilità penale delle persone giuridiche non prevede la possibilità di certificare o validare preventivamente il programma di integrità, anche se le già citate “linee guida” fanno espresso riferimento al monitoraggio e alla valutazione dell'efficacia del programma, suggerendo a ciascun ente di effettuare revisioni periodiche per verificare se il programma in concreto adottato individui i rischi di reato in misura sufficiente, se le politiche e le procedure siano effettivamente applicate nelle attività quotidiane e quali siano i risultati dei controlli<sup>153</sup>.

Nonostante il segnalato vuoto normativo sullo specifico profilo considerato, può essere tuttavia interessante evidenziare che il progetto delle “linee guida”, poi emendato nella versione approvata in via definitiva, nel riferirsi al monitoraggio continuo e alla valutazione dell'efficacia del programma preventivo, indicava che l'ente potesse ricorrere a un supporto professionale esterno per certificare, o comunque validare, la corretta applicazione delle regole preventive stabilite dal programma adottato, ovvero per aiutare l'ente medesimo nel procedimento di validazione.

La validazione del sistema di prevenzione dei reati operata dal consulente esterno alla persona giuridica mirava a conferire al programma maggiore credibilità nei confronti dei terzi o delle autorità. Tuttavia, lo stesso progetto

---

<sup>152</sup> Analoga formulazione, in sintonia con la logica qui evidenziata, è stata proposta nel diverso sistema italiano di attribuzione della responsabilità da reato all'ente, per la riforma del d. lgs. 231/2001, attraverso lo “*Schema di disegno di legge Arel-Ministero di Giustizia*” del 2010, pubblicato in *La responsabilità amministrativa*, a cura di Pinza, 2010, 9 ss., per approfondimenti sul quale, cfr. FIORELLA, VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016, 88 ss.

<sup>153</sup> Ci si riferisce, in particolare, al capitolo 3.12 delle citate “linee guida”, nel quale viene altresì specificato che tali revisioni possono aver luogo con forma e periodicità da stabilire in relazione alle concrete caratteristiche e risorse dell'ente e possono consistere in molteplici azioni, tra cui le indagini, le revisioni di *audit*, nonché l'analisi aggregata dei dati statistici.

chiariva che la decisione di certificare un programma (o di ottenere un parere professionale indipendente sulla sua idoneità preventiva) per la legislazione argentina non avrebbe fornito una piena garanzia dell'adeguatezza ed efficacia del programma preventivo, restando detta valutazione di esclusiva competenza dell'organo giudicante.

#### 10. Rilievi conclusivi

Dal raffronto fra i tre ordinamenti giuridici considerati, è emerso che, nonostante la - almeno apparentemente - diversa natura giuridica della responsabilità dell'ente da reato, i legislatori nazionali, pur con accenti parzialmente diversi, hanno imperniato il sistema di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica sul 'difetto di organizzazione', postulando che il reato dell'esponente sia condizionalmente conseguenza di una specifica 'lacuna organizzativa'.

Il piano oggettivo dell'imputazione, seppur con talune diversità di disciplina, si snoda lungo le fondamentali direttrici consistenti nella posizione soggettiva dell'autore del reato (con accenti più elastici nel sistema argentino), nel collegamento finalistico tra la condotta criminosa e l'interesse (o vantaggio) della persona giuridica, e, in modo più incisivo, nella connessione oggettiva tra il fatto di reato commesso e una specifica 'lacuna organizzativa' che lo abbia cagionato.

Tutti e tre gli ordinamenti selezionati prevedono invero l'esclusione della responsabilità della persona giuridica, là dove abbia adottato, 'prima' della commissione del fatto di reato, un modello di prevenzione dei reati dello stesso tipo (ovvero un altro meccanismo preventivo) che, al momento in cui è stato progettato e attuato, risultasse 'idoneo' a prevenire tali reati.

Oltre a contemplare la possibilità per la persona giuridica di adottare, '*post factum*', un modello preventivo che assume i contorni di un 'modello riparatore', poiché diretto a ripristinare condizioni di legalità 'dopo' la commissione di un fatto di reato. Con ciò mostrando, i sistemi cileno, peruviano ed argentino, di aver attribuito un qualche rilievo alla c.d. «*reactive fault*<sup>154</sup>» della persona giuridica, che si configura in caso di mancata adozione, da parte

---

<sup>154</sup> I padri dell'innovativo concetto, FISSE, BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability (Theories of Institutional Design)*, Melbourne, Cambridge University Press, 1993, 48, definiscono la «*reactive corporation fault*» come un 'difetto dell'organizzazione' («*corporate failure*») nell'adottare soddisfacenti misure preventive o correttive in risposta alla commissione dell'*actus reus* di un reato da parte di un esponente dell'ente che agisca per suo conto. In sede processuale, il giudice penale potrà di conseguenza valutare la condotta 'colpevole' tenuta dalla persona giuridica 'dopo' la commissione del fatto per meglio determinare la sanzione da irrogare all'ente.

dell'ente, di sufficienti misure di 'reazione' a seguito dell'illecito penale che sia stato commesso, anche attraverso l'omesso ripristino di una 'corretta organizzazione' per prevenire la commissione di ulteriori reati. In sintonia con gli obiettivi propri di un modello organizzativo che dovrebbero consistere non soltanto nella prevenzione degli illeciti penali, ma anche nella loro individuazione affinché vengano sanzionati, con conseguente reazione dell'ente per il ripristino delle condizioni di legalità nell'organizzazione<sup>155</sup>.

I legislatori nazionali degli ordinamenti oggetto del raffronto comparatistico hanno perciò stimolato le persone giuridiche ad adottare meccanismi di contenimento del rischio penale elaborando, attraverso regole cautelari, un perimetro all'interno del quale considerare l'attività dell'ente permessa, e perciò lecita, nonostante un soggetto collettivo sia, per sua stessa natura, generatore di rischi.

La violazione delle regole cautelari di cui si sia dotata la persona giuridica costituisce la base per un 'rimprovero', sul piano soggettivo, e quindi per un giudizio di 'colpevolezza' a carico dell'ente, nella misura in cui fosse, *ex ante*, rappresentabile e prevedibile che dalla condotta lacunosa dell'ente potesse derivare l'evento-reato dell'individuo, oltre che, nella misura in cui fosse in concreto esigibile un comportamento diverso da parte del medesimo soggetto collettivo.

Tuttavia le ricostruzioni dogmatiche della letteratura sudamericana sui profili 'soggettivi' dell'imputazione della responsabilità da reato all'ente, e quindi sulla necessità e sui fondamenti del 'rimprovero soggettivo' dello stesso, allo stato ancora non sembrano presentare un significativo grado di elaborazione, con tutta probabilità perché si tratta di sistemi di disciplina molto innovativi e di recente introduzione nei relativi ordinamenti giuridici.

Ciò nonostante, i sistemi peruviano e argentino, seppur con accenti diversi, contemplano interessanti strumenti per l'accertamento della eventuale 'divaricazione' della volontà dell'autore del reato rispetto a quella, virtuosa, dell'ente. Richiedendo il sistema argentino, ai fini dell'attribuzione della responsabilità da reato all'ente, che la violazione delle regole cautelari, frutto dell'auto-normazione del soggetto collettivo, non abbia comportato un effettivo impegno da parte dell'agente, e postulando il sistema peruviano che non vi sia stata una 'fraudolenta elusione' delle medesime regole preventive da parte dell'autore del reato.

---

<sup>155</sup> Sotto questo profilo, nella dottrina spagnola, cfr. NIETO, *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*, in *Rivista Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho Penal 2013-2014, 196.

Il perfezionarsi del giudizio sull'elusione non-fraudolenta delle regole preventive, ovvero sulla non-difficoltosa violazione delle stesse, consente, in altri termini, di formulare un 'rimprovero personale' nei confronti della persona giuridica che abbia progettato e attuato cautele preventive inidonee, in quanto suscettibili di essere eluse o violate senza sforzo alcuno da parte dell'autore del reato, quale possibile spia di una 'sintonia' tra le due volontà, o comunque dell'assenza di contrasto dell'una nei confronti dell'altra.

*A contrariis*, l'aver riconosciuto nei due sistemi giuridici l'esonero dalla responsabilità per l'ente, là dove l'autore del reato abbia eluso fraudolentemente (in Peru), o abbia comunque violato con uno 'sforzo' le regole cautelari di cui il medesimo si sia dotato (in Argentina), rappresenta un meccanismo che, seppur con differenti sfumature, consente di attribuire rilievo allo 'iato' tra la 'volontà criminosa' dell'autore del reato e la 'volontà virtuosa' dell'ente di conformarsi all'ordinamento. Ciò significa che l'agente non ha potuto contare né sulla 'connivenza' né, tanto meno, sulla 'complicità' dell'ente, dei suoi esponenti e meccanismi di controllo, al punto tale da aver dovuto necessariamente aggirarli, cioè eluderli, nel sistema peruviano, o comunque violarli, in quello argentino.

Ulteriore elemento di rilievo emerso dal raffronto comparatistico, in particolare tra i due ordinamenti cileno e peruviano, attiene all'inserimento di meccanismi di validazione dell'idoneità delle regole cautelari stabilite dal modello (quale attestazione 'preventiva' nel sistema cileno e '*post factum*' in quello peruviano), che mirano a 'garantire', sia sul piano sostanziale che processuale, l'ente 'virtuoso' che si sia correttamente organizzato per prevenire la commissione di reati.

Particolarmente interessante risulta l'innovativo meccanismo congegnato dal legislatore peruviano, che ha identificato una 'condizione di procedibilità' dell'azione penale contro l'ente nella perizia (la cui richiesta costituisce un obbligo della pubblica accusa) sull'idoneità preventiva delle regole cautelari stabilite dal modello in concreto attuato dal medesimo soggetto collettivo; subordinando l'esercizio dell'azione penale contro l'ente all'esito negativo della medesima perizia, cioè all'attestazione della inidoneità preventiva del modello in concreto adottato.

In conclusione, i meccanismi di validazione dell'idoneità preventiva del modello, se correttamente interpretati, fungono, da un lato, da strumento di stimolo e garanzia dell'effettivo innesto di idonei meccanismi di prevenzione dei reati nell'ente 'virtuosamente' organizzato, e, dall'altro, dovrebbero fornire certezza giuridica alle persone giuridiche sugli effetti da ricollegare nel singolo caso alla validazione medesima, evitando l'attribuzione pressoché 'automati-

ca' della responsabilità da reato all'ente per il solo fatto che sia stato commesso un reato, da un suo esponente, nel suo interesse.

Su un più ampio piano sistematico, dal punto di vista degli effetti, la validazione potrebbe escludere l'elemento oggettivo dell'illecito dell'ente, ove risultasse in concreto insussistente il 'rischio non permesso' derivante, cioè, da una 'lacuna nell'organizzazione'; mentre invece potrebbe escludere l'elemento soggettivo, nella diversa prospettiva di verifica *ex ante* dell'idoneità preventiva del modello, nel caso in cui il rischio fosse stato accertato, dovendosi allora attribuire rilievo alla 'buona fede' dell'ente che, incolpevolmente, abbia fatto affidamento sulla attestazione regolarmente ottenuta.

In altri termini, i meccanismi di validazione, ove correttamente interpretati in chiave sistematica, consentono ai giudici nazionali di accertare e valutare l'atteggiamento soggettivo' dell'ente che si sia correttamente organizzato, come attestato dalla asseverazione '*post factum*', o che abbia comunque 'in buona fede' riposto la propria fiducia in una certificazione regolarmente ottenuta '*ante factum*' che asseveri la correttezza della sua organizzazione, con l'effetto di escludere, nella concreta situazione, la possibilità di muovere un 'rimprovero' all'ente per l'assenza di 'colpevolezza dell'organizzazione'. Rappresentando i meccanismi di validazione (*ante o post factum*) della idoneità preventiva dei modelli uno strumento essenziale per un effettivo innesto dei sistemi di legalità nelle organizzazioni e per un impianto della responsabilità dell'ente da reato che sia realmente osservante dei principi di 'personalità' e, quindi, di 'colpevolezza' della responsabilità penale (o para-penale).