

DALLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

Recepimento della Direttiva (UE) 2019/1937 nel diritto spagnolo. La protezione degli informatori nelle aziende

La Direttiva 2019/1937, del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, è stata recepita nell'ordinamento spagnolo con la Legge 2/2023 del 20 febbraio, che disciplina la tutela delle persone che denunciano violazioni della normativa e la lotta alla corruzione. In termini generali, la nuova Legge mira a proteggere le persone che, in un contesto professionale o lavorativo, denunciano lo svolgimento di attività contrarie all'ordinamento giuridico. In alcuni casi, il timore di ritorsioni impedisce ai lavoratori di denunciare le irregolarità di cui sono a conoscenza. La regolamentazione dei meccanismi che possono essere utilizzati per le segnalazioni e, soprattutto, la definizione di garanzie relative ai diritti sociali e legali di chi denuncia sono aspetti essenziali per realizzare una pratica efficace. La Legge regola, tra le altre cose, i canali interni di segnalazione per la protezione dei *whistleblower* nel settore privato. Questo aspetto può essere messo in diretta relazione con il contenuto dei piani di prevenzione stabiliti nel Codice penale spagnolo.

The transposition of Directive (EU) 2019/1937 into spanish law. Whistleblower protection in companies.

Through EU Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, Law 2/2023, of 20 February, regulating the protection of persons who report regulatory breaches and the fight against corruption, has been incorporated into Spanish law. In general terms, the new Law is aimed at protecting persons who, in a professional or work context, report on the performance of activities contrary to the legal system. In some cases, fear of reprisals prevents workers from reporting irregularities of which they are aware. The regulation of the mechanisms that can be used for reporting and, especially, the establishment of guarantees related to the social and legal rights of the whistleblower are essential aspects for an effective practice. The Act regulates, among other issues, internal whistleblowing channels in order to protect whistleblowers in the private sector. This issue can be put in direct connection with the content of the prevention plans determined in the Spanish Criminal Code.

SOMMARIO: 1. Recepimento della Direttiva (UE) 2019/1937 nel diritto spagnolo. – 2. Legge 2/2023 del 20 febbraio. – 2.1. Questioni preliminari. – 2.2. Canali di segnalazione interni ed esterni. – 2.3. Sistemi interni e loro sviluppo in ambito privato. – 2.3.1. Enti privati obbligati a creare canali interni. – 2.3.2. Regolamento dei sistemi interni. – 2.4. Questione di particolare interesse: l'ammissibilità della denuncia anonima. – 2.5. Linee guida per garantire la protezione del *whistleblower*. – 3. Protezione degli informatori nelle aziende spagnole. – 3.1. L'importanza di adottare piani di *compliance*. – 3.2. Il contenuto dell'articolo 31 *bis*, co. 5 del Codice penale spagnolo. – 3.3. L'interpretazione dell'art. 31 *bis*, co. 5. 4° del Codice penale spagnolo basata sulla LTPVN. – 4. Riflessione generale.

1. *Recepimento della Direttiva (UE) 2019/1937 nel diritto spagnolo.* La Direttiva UE 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, sulla tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, entrata in vigore il 16 dicembre 2019, è all'origine della Legge 2/2023 del 20 febbraio sulla tutela delle persone che denunciano violazioni normative e la lotta alla corruzione (di seguito LTPVN). La suddetta Direttiva avrebbe dovuto essere recepita negli Stati membri entro il 17 dicembre 2021; tuttavia, pochi Paesi hanno rispettato la scadenza. In particolare, nel gennaio 2022 la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Spagna e di altri Paesi che non avevano ancora recepito la Direttiva. A seguito della risposta delle autorità spagnole al mancato recepimento, la Commissione ha emesso un parere motivato nel luglio 2022, in cui ha ribadito l'impegno della Spagna a garantirne l'attuazione. Il 15 febbraio 2023, la Commissione ha presentato ricorso alla Corte di giustizia dell'UE per il mancato recepimento della Direttiva da parte della Spagna e di altri Paesi. Cinque giorni dopo, il suddetto regolamento di recepimento è stato approvato in Spagna. La Direttiva 2019/1937 rappresentava una grande novità, in quanto non esisteva una legislazione completa volta a regolamentare il funzionamento dei canali di reclamo e la tutela del reclamante. Tuttavia, in Spagna possiamo trovare alcuni precedenti nell'uso del canale di *whistleblowing* nel settore pubblico e privato¹. Per quanto riguarda quest'ultimo, segnaliamo la *compliance* aziendale, su cui ci soffermeremo più avanti, poiché l'uso dei canali di *whistleblowing* è stato applicato fin da prima della Direttiva. Questi canali sono uno strumento fondamentale nei modelli di *compliance* e, di conseguenza, nell'eventuale attenuazione o esonero della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Con l'approvazione della LTPVN del 20 febbraio 2023, il contenuto della Direttiva viene recepito nell'ordinamento spagnolo², seguendone in gran parte

¹ Ad esempio, il Preambolo (I) della LTPVN afferma che prima della Direttiva, alcune Regioni autonome, come Catalogna, Valencia, Isole Baleari, Navarra, Asturie e Andalusia, hanno messo in atto strumenti per ricevere comunicazioni da parte dei cittadini che segnalano irregolarità. Inoltre, alcune normative settoriali (solitamente in ambito finanziario o antitrust) hanno affrontato la questione dei canali di denuncia.

² In Spagna, il processo è iniziato con la pubblicazione del Progetto preliminare di legge il 4 marzo 2022; mesi dopo, il 13 settembre 2022, il Progetto di legge è stato approvato e inviato al Parlamento

la struttura: distingue gli stessi canali di segnalazione, sviluppa la gestione e la progettazione di ciascuno di essi in modo analogo e garantisce la protezione dei *whistleblower* attraverso strumenti diversi. Alcune considerazioni della Direttiva 2019/1937 e i contributi del Gruppo di esperti della Commissione al testo della Direttiva sono stati riprodotti identici nella LTPVN. La norma europea deve essere vista anche come uno strumento interpretativo in relazione alle disposizioni aperte o indeterminate della LTPVN³.

2. Legge 2/2023 del 20 febbraio.

2.1. *Questioni preliminari.* L'articolo 1 della LTPVN sancisce i duplici obiettivi della Direttiva: in primo luogo, proteggere coloro che subiscono ritorsioni per aver utilizzato i sistemi informativi per denunciare azioni od omissioni contrarie alla normativa; in secondo luogo, rafforzare la cultura dell'informazione e le infrastrutture che la agevolano, al fine di prevenire e individuare le minacce all'interesse pubblico.

In relazione ai suddetti obiettivi, per una parte della dottrina è in discussione se i risultati perseguiti con l'applicazione della nuova legge siano davvero esclusivamente quelli stabiliti dall'art. 1 della LTPVN, o se siano altre le finalità che occupano una posizione principale, pur non incluse nel precetto. In particolare, alcuni autori hanno sottolineato che uno degli scopi della legge – non incluso nell'art. 1 – è quello di scoprire e perseguire i reati negli enti pubblici e privati. Va tenuto presente che la complessità di alcune strutture aziendali e l'aumento della criminalità economica hanno reso difficile perseguire alcune condotte irregolari⁴. Pertanto, la collaborazione dei cittadini è fondamentale per scoprire i reati commessi soprattutto in ambito aziendale⁵.

spagnolo per l'elaborazione.

³ DE LA PUEBLA PINILLA, *Ley 2/2023 de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral*, in *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, 2023, 4 (extra 0), 34.

⁴ RAGUÉS I VALLÈS-BELMONTE PARRA, *El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal: presente y futuro del whistleblowing en Chile*, in *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, 2021, 16 (31), 2, ci ricordano che l'interesse pubblico nell'incoraggiare il *whistleblowing* ha le sue origini negli Stati Uniti, con i suoi antecedenti più vicini associati alla *compliance* penale.

⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *¿Héroes o traidores?: la protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*, in *Indret: revista para el análisis del Derecho*, 2006, 3, 6, sottolinea

In questo senso, Jericó Ojer sottolinea l'importanza che la LTPVN attribuisce alla partecipazione dei cittadini nel perseguimento dei reati⁶. Il legislatore promuove il comportamento di chi segnala un'irregolarità sulla base della quale può essere perseguito un reato. Sulla base di questa idea, l'autore sostiene che la nuova legge protegge i *whistleblower* perché il loro contributo è essenziale nella scoperta e nella prevenzione dei reati, garantendo così il loro *status*⁷.

Il campo di applicazione materiale della LTPVN comprende la protezione di coloro che denunciano violazioni del diritto dell'Unione europea, nonché illeciti penali o amministrativi gravi o molto gravi che comportano una perdita finanziaria per l'erario o che minacciano la sicurezza sociale. Pertanto, l'ambito di applicazione della LTPVN è più ampio di quello previsto dalla Direttiva (in conformità con la sua natura di standard minimo), e ciò è ripreso nel Preambolo (III) della LTPVN stessa.

Da un punto di vista semantico, si potrebbe rilevare la non chiarezza dell'art. 2.1.b) della LTPVN. Non è infatti specificato se, relativamente a questo ambito, la Legge si riferisca separatamente ai reati e/o alle violazioni amministrative quando questi ultimi sono gravi o molto gravi; oppure se si riferisca, indipendentemente dalla gravità, sia ai reati che agli illeciti amministrativi.

Tuttavia, tenendo conto che il Codice penale spagnolo non contiene reati molto gravi, ci risulta che quando la LTPVN fa riferimento all'intensità del reato, lo fa in relazione agli illeciti amministrativi⁸. Allo stesso modo, la dottrina ha criticato la formulazione «in ogni caso, si intenderanno inclusi tutti que-

che da una prospettiva politico-criminale, la rivelazione di informazioni interne può essere molto vantaggiosa. DOMINGO JARAMILLO, *La prevención de la corrupción en la administración pública a través de whistleblowing y la valenza de derechos*, in *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, diretto da Morillas Cueva, Madrid, 2020, 460, sulla rilevanza delle denunce dei cittadini per l'individuazione dei reati.

⁶ JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2023, 25-08, 5.

⁷ *Ibid.*, 7, inoltre l'autore afferma che la LTPVN rende i cittadini l'elemento principale per raggiungere l'efficacia della norma; tuttavia, non va dimenticato che sono le autorità pubbliche a dover indagare e perseguire il reato.

⁸ In modo più approfondito, LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Valencia, 2023, 290; l'Autore sostiene, sulla base del testo del Progetto, che il legislatore avrebbe dovuto essere più preciso in questo aspetto.

gli illeciti penali o amministrativi gravi o molto gravi che comportano perdite finanziarie per l'erario o per la previdenza sociale».

La formulazione evidenzia il dubbio se ad essere protetto sia colui che segnala esclusivamente illeciti che comportino un danno all'erario o alla previdenza sociale, cioè dalla commissione di reati che rientrano nel Titolo XIV del Libro II del Codice penale spagnolo. A nostro avviso, dovrebbe essere incluso qualsiasi reato, altrimenti verrebbero esclusi reati di particolare rilevanza, come la frode⁹.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, la LTPVN stabilisce all'art. 3.1 del Codice penale spagnolo che si riferisce alle persone che lavorano nel settore privato o pubblico che denunciano un reato in ambito lavorativo o professionale (lavoratori autonomi, persone appartenenti all'organo di gestione, ecc.). Inoltre, la LTPVN include anche un secondo paragrafo ove è presente un elenco di soggetti a cui la norma si applica. A differenza del primo gruppo, in questo secondo gruppo oggetto di specificazione, il rapporto che i soggetti hanno con il contesto lavorativo o professionale è meno intenso, instabile o addirittura inesistente (tra gli altri borsisti: volontari o persone in periodo di formazione, etc.). Infine, va sottolineato che il legislatore non ha esteso la tutela della legge a qualsiasi cittadino, indipendentemente dal suo status lavorativo o professionale¹⁰. La delimitazione della LTPVN favorisce l'ammissione di denunce veritiere, altrimenti ci sarebbe la possibilità di una saturazione di comunicazioni infondate¹¹.

⁹ *Ibid.*, 292, ha definito la disposizione "superflua". A favore di un'interpretazione restrittiva, JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 14. Su questo tema anche: VIGURI CORDERO, *Los retos de la protección de personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023*, in *Revista Española de Transparencia*, 2023, 17 (Extra), 289 ss.

¹⁰ Da parte sua, VIGURI CORDERO, *Los retos de la protección de personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023*, cit., 294, rileva l'assenza di «organizzazioni che assistono o svolgono attività di supporto o di indagine insieme all'informatore, comprese le associazioni per la protezione degli informatori o le organizzazioni non governative (ONG), tra le altre». FERNÁNDEZ AJENJO, *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Valencia, 2023, 65, fa una dichiarazione in relazione alle persone giuridiche, affermando che la legge avrebbe dovuto essere più ambiziosa e avrebbe dovuto menzionare anche loro.

¹¹ JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 16, ritiene che sia "ragionevole" limitare l'applicazione della norma in questo senso.

2.2. *Canali di segnalazione interni ed esterni.* La LTPVN distingue tra canali di informazione esterni e interni. I primi sono disciplinati nel Titolo III. Il legislatore ha sviluppato il contenuto della Direttiva 2019/1937, che contiene l'obbligo di istituire canali esterni che garantiscano «la completezza, l'integrità e la riservatezza delle informazioni, ne impediscano l'accesso a personale non autorizzato e ne consentano la conservazione a lungo termine»¹². In relazione all'implementazione del sistema esterno, si evidenzia il ruolo dell'Autorità indipendente per la protezione dell'informatore, figura inedita che ha il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza del sistema. All'interno di quest'ultimo, disciplinato nel Titolo II della LTPVN, si distingue tra sistemi informativi interni al settore pubblico e privati. Questi ultimi sono quelli che interessano maggiormente il presente studio, per il loro rapporto con la *compliance*. L'art. 31 *bis* co. 5. 4° Codice penale spagnolo ha promosso lo sviluppo di canali interni di *whistleblowing* nel contesto aziendale.

Secondo l'art. 5 della LTPVN, il sistema di reporting esterno e interno: (a) consente ai *whistleblower* di segnalare violazioni della Legge; (b) è progettato in modo sicuro per garantire la riservatezza; (c) ammette le comunicazioni presentate per iscritto o verbalmente, o entrambe; (d) deve integrare diversi canali interni all'interno di un'unica entità; (e) deve garantire la sua efficacia; (f) deve essere distinguibile e indipendente dai sistemi interni utilizzati in altre entità; (g) deve avere una persona responsabile; (h) deve essere accompagnato da una politica o strategia che annunci i principi generali del sistema di segnalazione interna e della protezione dei *whistleblower*. Queste informazioni devono essere rese pubbliche; i) deve avere una procedura per la gestione delle informazioni ricevute; j) deve stabilire garanzie per proteggere i *whistleblower*. La LTPVN stabilisce all'art. 4.1 che il sistema interno deve essere utilizzato di preferenza rispetto a quello esterno. Tuttavia, il *whistleblower* può decidere se utilizzare il canale esterno o interno a seconda delle circostanze, valutando anche fattori personali, lavorativi, psicologici, paura di ritorsioni, ecc.

2.3. *Sistemi interni e loro sviluppo in ambito privato.* Alla luce di questa pre-

¹² Si veda il Preambolo (III) della LTPVN.

ferenza giuridica e della migliore aderenza della nuova normativa ai programmi di *compliance* che già istituivano canali interni di *whistleblowing* in virtù delle disposizioni del Codice penale spagnolo, si ipotizza un maggiore interesse per questa via – quella del canale interno – che analizziamo di seguito. La LTPVN, infatti, impone obblighi in tal senso ad alcuni operatori privati di grande rilevanza economica e peso nel sistema, il che giustifica una particolare attenzione al loro profilo e alle regole che devono osservare nella gestione del canale interno di *whistleblowing*.

2.3.1. *Enti privati obbligati a creare canali interni.* L'art. 10, co. 1 LTPVN stabilisce che l'obbligo di applicare il sistema informativo interno si applica a: a) persone giuridiche con 50 o più dipendenti; b) persone giuridiche che rientrano nel campo di applicazione degli atti dell'UE in materia di servizi, prodotti e mercati finanziari, prevenzione del riciclaggio di denaro, tra gli altri; e c) partiti politici, sindacati, organizzazioni imprenditoriali e fondazioni (a condizione che dispongano di fondi propri). Nei casi in cui una persona giuridica non sia obbligata, ai sensi del co. 1, a dotarsi di un canale interno di denuncia, può ugualmente adottarne uno; tuttavia, l'implementazione del sistema informativo in queste entità deve seguire i criteri della LTPVN (art. 10, co. 2). Questa prescrizione mostra un'attenzione molto lodevole da parte del legislatore quando si tratta di istituire canali interni di denuncia, che in ogni caso devono essere progettati nel rispetto delle norme in materia (anche negli enti che non hanno l'obbligo di istituirli). Tuttavia, la differenziazione tra le persone giuridiche obbligate a implementare questi sistemi e quelle che non lo sono genera, a nostro avviso, un sistema a due velocità, che rende difficile l'individuazione di comportamenti criminali nell'ambito delle persone giuridiche non obbligate. Questo problema può essere compensato ricorrendo a canali di segnalazione esterni, anche se il ricorso a questi ultimi implica il superamento di una certa barriera psicologica che può ridurre l'efficacia. In ogni caso, e seguendo la nostra tesi principale, le persone giuridiche possono trovare nell'istituzione di questi canali interni un grande vantaggio, come il rispetto dei requisiti del Codice penale spagnolo quando si tratta di esentare o attenuare la responsabilità penale.

In relazione ai gruppi di società, la LTPVN determina alcuni obblighi più specifici in merito all'adozione del canale interno di *whistleblowing*. Così, a) la società madre avrà funzioni specifiche come l'approvazione di una politica generale sul sistema informativo interno e sulla protezione dei *whistleblower*, nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza di ciascuna entità che fa parte del gruppo; b) il responsabile del sistema potrà essere uno per l'intero gruppo o uno per ciascuna società che fa parte del gruppo; c) il sistema informativo potrà essere comune per l'intero gruppo; d) sarà consentito lo scambio di informazioni tra i diversi responsabili del gruppo.

Il legislatore, prevedendo i costi di creazione di un canale di reclamo per le piccole e medie imprese, ha consentito la condivisione delle risorse. Tuttavia, solo le persone giuridiche con un numero di dipendenti compreso tra cinquanta e duecentoquarantanove sono ammesse a questo beneficio. In questo modo, si vuole incoraggiare l'applicazione e l'efficacia dei canali interni in relazione a questi temi.

2.3.2. Regolamento dei sistemi interni. La gestione del sistema interno può essere effettuata dall'ente stesso o da un terzo esterno, purché ciò non pregiudichi le garanzie e i requisiti che il canale deve avere (art. 6 LTPVN). L'art. 8 della LTPVN stabilisce che, in relazione al settore privato, l'organo amministrativo è tenuto a nominare – e, se del caso, a revocare o licenziare – una persona fisica per la gestione del sistema. È anche possibile nominare un organo collegiale, a condizione che uno dei suoi membri sia responsabile della gestione del sistema e del trattamento delle pratiche. La persona fisica che agisce come responsabile del sistema o che svolge le funzioni delegategli dall'organo collegiale deve essere un dirigente dell'istituzione. Tale responsabile deve agire in modo indipendente dall'organo amministrativo o di governo della persona giuridica¹³. In situazioni eccezionali, è ammissibile lo svolgimento ordinario delle funzioni del responsabile del sistema. In questo modo, ci si potrebbe chiedere se nelle aziende che hanno un modello di *compliance*

¹³ Per quanto riguarda le conoscenze richieste al System Manager, consultare: FERNÁNDEZ AJENJO, *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, cit., 102.

ce, il *compliance officer* possa svolgere queste funzioni. Il dubbio è chiarito dall'art. 8 co. 9 LTPVN, che consente a quest'ultimo di essere incaricato di questa gestione, anche se menziona solo la "persona responsabile della funzione di conformità normativa".

La procedura di gestione delle informazioni, che sarà stata redatta in conformità alla LTPVN, deve essere approvata dall'organo di gestione o dall'organo direttivo di ciascun ente. Una volta approvata, il responsabile del sistema sarà responsabile del suo trattamento (art. 9, co. 1 LTPVN). Tuttavia, il legislatore, in relazione al sistema informativo interno, non ha stabilito come debba essere sviluppata la procedura. Nella LTPVN troviamo una descrizione dettagliata del processo corrispondente alla presentazione delle informazioni nel canale esterno, ma non nel canale interno. Concordiamo quindi con la critica mossa da León Alapont, che definisce questa situazione "incomprensibile"¹⁴. Il legislatore avrebbe dovuto approfittare di questa opportunità (nata dal recepimento della Direttiva) per definire in modo più esaustivo la procedura relativa al trattamento della comunicazione.

Il contenuto minimo della procedura si trova all'art. 9, co. 2 LTPVN, che nello specifico, risponderà ai seguenti contenuti e principi: a) identificare il canale informativo interno a cui è associata; b) includere informazioni chiare e accessibili relative ai canali informativi esterni; c) inviare un avviso di ricevimento della comunicazione all'informatore; d) stabilire il termine per rispondere agli atti dell'indagine; e) prevedere la possibilità di comunicare con l'informatore e anche di richiedere, se necessario, ulteriori informazioni; f) stabilire il diritto della persona interessata di essere informata dei reati a lei attribuiti e di poter essere ascoltata; g) garantire la riservatezza quando si utilizzano altri canali per le denunce o altre persone non responsabili del loro trattamento; h) rispettare la presunzione di innocenza e l'onore delle persone; i) proteggere i dati personali; j) trasmettere immediatamente le informazioni alla Procura della Repubblica o alla Procura europea quando i fatti possono costituire un reato.

Per quanto riguarda i termini è stato stabilito: un periodo di sette giorni di

¹⁴ LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, cit., 312.

calendario dal ricevimento dell'informazione per inviare l'avviso di ricevimento; e come regola generale, un periodo di tre mesi per rispondere all'informazione dal ricevimento della comunicazione – in casi eccezionali questo può essere esteso a otto mesi¹⁵.

Una delle questioni più dibattute riguarda il paragrafo j) dell'art. 9, co. 2 LTPVN. L'articolo stabilisce che le informazioni devono essere inviate all'MF quando i fatti possono essere indicativi di un reato o alla Procura europea se riguardano gli interessi finanziari dell'Unione. La dottrina ha criticato il fatto che l'art. 9 co., 2 lett. j) LTPVN non stabilisca quali reati debbano essere segnalati (se ci si riferisce a qualsiasi reato, questo potrebbe portare a una saturazione delle comunicazioni). Colpisce anche l'"immediatezza" con cui le informazioni devono essere trasmesse. Se guardiamo alla regolamentazione dei canali esterni, possiamo notare che lo stesso mandato di segnalazione al MF è incluso in relazione alla procedura di ammissione (art. 18, co. 2 lett. c) LTPVN). Pertanto, se questo requisito viene trasferito alla procedura interna, il rinvio all'MF avverrebbe dopo l'analisi iniziale della veridicità del contenuto delle informazioni¹⁶. In questo modo, si potrebbe comprendere il contenuto del precetto, che a priori sembra generare l'obbligo di inviare le informazioni immediatamente dopo la comunicazione del reclamo¹⁷.

2.4. Questione di particolare interesse: l'ammissibilità della denuncia anonima. Una delle questioni più rilevanti in relazione alla Direttiva UE 2019/1937 e alla sua trasposizione nel diritto spagnolo riguarda le segnalazioni anonime. L'art. 6, par. 2, e il considerando 34 della Direttiva consentono agli Stati membri di decidere se le persone giuridiche del settore pubblico e privato possono accettare e, se del caso, dare seguito alle segnalazioni anonime. Inol-

¹⁵ JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 18, è favorevole alla proroga delle scadenze perché altrimenti la gestione delle informazioni potrebbe essere "infruttuosa".

¹⁶ SIERRA RODRÍGUEZ, *Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad*, in *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, 2023, 24, 87-88.

¹⁷ VIGURI CORDERO, *Los retos de la protección de personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023*, cit., 282-283.

tre, l'art. 9, par. 1 lett. e) della Direttiva stabilisce che le procedure interne di reclamo devono essere seguite tempestivamente in relazione alle denunce anonime, ove previsto dalla legislazione nazionale. La Direttiva ha alimentato il dibattito sulla posizione che il legislatore spagnolo avrebbe adottato nella nuova legge in merito all'ammissione di questo tipo di denunce. Va ricordato che la dottrina ha discusso in numerose occasioni l'accettazione di questa forma di comunicazione¹⁸.

Il Preambolo della LTPVN passa in rassegna le normative internazionali e nazionali che regolano l'ammissibilità delle denunce anonime¹⁹. In Spagna, si evidenzia che la Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali stabilisce all'art. 24 co. 1 che, attraverso i sistemi informativi, la commissione di violazioni può essere portata a conoscenza di un'entità privata, anche in forma anonima. Inoltre, il Preambolo della LTPVN fa particolare riferimento alla rilevanza del *whistleblowing* anonimo in relazione ai piani di *compliance* in quanto «ha contribuito a creare uno strumento essenziale per la *compliance* di un'azienda ed è stato fondamentale per poter ricevere denunce gravi che altrimenti i dipendenti e i collaboratori non avrebbero osato segnalare per paura di ritorsioni in caso di identificazione». In particolare, l'art. 7, co. 3 LTPV consente la presentazione e il trattamento di segnalazioni anonime attraverso i canali interni²⁰.

Nel campo della procedura penale, gli artt. 266 e 267 LECrim non ammettono espressamente la segnalazione anonima, ma nemmeno la vietano. Il "Tribunal Supremo" ha ritenuto che le informazioni ottenute in forma anonima non rientrino nel concetto stretto di denuncia, ma in quello di "*notitia crimi-*

¹⁸ JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 43, distingue tra gli autori che ritengono che la segnalazione anonima sia uno strumento utile per combattere la corruzione e proteggere l'informatore dalla dottrina maggioritaria che si basa sui rischi che comporta l'ammissione di questa comunicazione, soprattutto in relazione al diritto di difesa.

¹⁹ Inoltre, in Spagna, prima dell'entrata in vigore della LTPVN, il regio decreto legge 11/2018, del 31 agosto, che ha introdotto la legge 10/2010, del 28 aprile, sulla prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, regola le comunicazioni anonime in relazione al canale interno di *whistleblowing*. In ambito civile, l'imposizione di segnalazioni anonime è stata consentita dalla Legge Organica 12/2007 del 22 ottobre sul regime disciplinare della Guardia Civil.

²⁰ La ricezione di comunicazioni anonime è consentita anche in base al contenuto dell'art. 17, co. 1 LTPVN (quest'ultimo relativo al canale esterno).

nis". La giurisprudenza ammette l'avvio di un procedimento investigativo basato su una "*notitia criminis*" anonima, a condizione che venga effettuata un'analisi rafforzata sulla congruenza delle sue argomentazioni e sulla plausibilità dei dati forniti²¹. Sebbene l'attuale LECrim non prenda posizione sul *whistleblowing* anonimo, la bozza di legge sulla procedura penale approvata il 24 novembre 2020 dal Consiglio dei Ministri stabilisce che quando un dipendente o un funzionario pubblico, nel settore pubblico o privato, ha segnalato un atto criminale attraverso una procedura interna di *whistleblowing*, la comunicazione dell'atto segnalato alle autorità può essere fatta dalla persona responsabile del canale di *whistleblowing* senza rivelare l'identità del *whistleblower*, a meno che non sia appositamente richiesto (art. 528, co. 6). Pur non essendo una norma in vigore, ci sembra un criterio interpretativo appropriato in questo ambito.

A favore delle comunicazioni anonime, si può sottolineare che la loro accettazione garantisce che l'identità del soggetto non venga rivelata, e questo favorisce la partecipazione al canale di *whistleblowing*. Sebbene questa opzione, quella seguita dal legislatore, ci sembri la più operativa da un punto di vista pratico, ci rendiamo conto che comporta anche alcuni rischi. È chiaro che l'accettazione di informazioni anonime può portare a un uso indiscriminato del canale di *whistleblowing*, a un numero maggiore di segnalazioni false e anche a problemi durante il procedimento giudiziario. L'identificazione del *whistleblower* contribuisce a proteggerlo in caso di possibili ritorsioni; inoltre, consente di raccogliere maggiori informazioni sugli eventi che si sono verificati²². Tuttavia, i vantaggi superano gli svantaggi di ammettere questo tipo di re-

²¹ In questo senso, si può consultare la STS dell'11 aprile 2013; e anche la STS del 6 febbraio 2020, di cui evidenziamo i fatti perseguiti in quest'ultimo caso e che si svolgono in un contesto aziendale in cui sono ammesse informazioni ricevute in forma anonima. I fatti accertati della STS del 6 febbraio sono così riassunti: tre operai acquistavano rottami con l'obiettivo di trasformarli in acciaio, ma si accordavano con i loro fornitori e li mescolavano con gli sterili in una percentuale superiore a quella usuale nel settore. In questo modo, hanno generato una frode valutata in responsabilità civile per due gruppi di aziende di quasi 800.000 euro. La truffa è stata scoperta grazie a un messaggio anonimo ricevuto dal Dipartimento per i diritti umani che spiegava il *modus operandi* delle persone coinvolte. L'azienda non aveva né un canale di *whistleblowing* né un piano di *compliance*; pertanto, la sentenza sottolinea l'importanza di adottare entrambi gli strumenti e "apre la porta" all'ammissione anonima di informazioni attraverso i canali di *whistleblowing*.

²² Su questi temi, si veda la progetto preliminare della LTPVN.

clamo e la LTPVN ne ha giustamente tenuto conto.

2.5. *Linee guida per garantire la protezione del whistleblower.* Uno degli obiettivi della LTPVN è quello di proteggere i *whistleblower*, anche nei casi in cui abbiano effettuato la segnalazione in forma anonima e siano stati successivamente identificati. Per quanto riguarda la protezione, la legge non distingue se il *whistleblower* ha utilizzato il canale di informazione interno o esterno. La protezione dei *whistleblower* è subordinata alla presentazione di informazioni che si ha ragione di ritenere veritiere, anche se non sono state fornite prove. Per quanto riguarda questo requisito, León Alapont afferma che devono essere fornite prove a sostegno della versione dell'informatore. Probabilmente l'informatore non sarà in grado di fornire prove materiali ma, almeno, dovrà mantenere un discorso logico, ordinato e serio²³. Inoltre, la LTPVN richiede che la divulgazione delle informazioni avvenga secondo i canali e le procedure stabilite (art. 35). In definitiva, l'applicazione delle misure di protezione dipenderà dal contenuto della segnalazione e dal modo in cui viene effettuata. Ciò è legato all'art. 35, co. 2 LTPVN – che differisce dall'art. 6, co. 1 della Direttiva ma che è stato approvato, in termini generali, dal Rapporto CGPJ sul Progetto preliminare – che esclude dalla protezione prevista: coloro che hanno comunicato informazioni che sono state rifiutate da un canale di *whistleblowing*; le informazioni che sono già disponibili al pubblico; le informazioni che sono per sentito dire; tra gli altri. Si è anche discusso se la protezione debba essere concessa ai “pentiti”, dato che la LTPVN non specifica nulla al riguardo. Va tenuto presente che una persona che comunica di essere a conoscenza di un reato a cui ha partecipato può anche subire rappresaglie. Alcuni autori, come Jericó Ojer, hanno stabilito che *de lege ferenda* l'applicazione delle misure previste dall'art. 35 e seguenti dovrebbe essere estesa al “pentito”²⁴. Dal punto di vista della massimizzazione dell'efficacia della norma, in termini di divulgazione della condotta criminale, sarebbe opportuno seguire questa raccomandazione.

²³ LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, cit., 294-295.

²⁴ JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 17.

La LTPVN stabilisce due gruppi di misure che possono essere sviluppate per proteggere gli informatori. Queste possono essere raggruppate in misure di sostegno e misure di protezione dalle ritorsioni. Per quanto riguarda le prime, alle persone che hanno denunciato il reato vengono offerte: informazioni e consulenza sulla protezione a loro disposizione; assistenza da parte delle autorità competenti, assistenza legale e sostegno finanziario e psicologico (art. 37, co. 1 CPLP). Queste misure saranno fornite dall'Autorità indipendente per la protezione degli informatori e, se del caso, dagli organi competenti delle Regioni autonome.

È opportuno soffermarsi un po' di più su quest'ultimo aspetto, ossia le misure di protezione contro le ritorsioni di cui all'art. 38 della LTPVN. La stessa LTPVN dedica maggiori contenuti a questo tipo di misure, che sono precedute dalla definizione del termine "rappresaglia" (art. 31 LTPVN). Le ritorsioni nei confronti delle persone che hanno fornito informazioni sono espressamente vietate. Il LTPVN definisce la "ritorsione" come «atti od omissioni vietati dalla legge o che, direttamente o indirettamente, comportano un trattamento sfavorevole che pone le persone che li subiscono in una posizione di particolare svantaggio rispetto a un'altra nel contesto lavorativo o professionale, unicamente a causa del loro status di *whistleblower* o per aver effettuato una divulgazione pubblica»²⁵. Ragués i Vallès sottolinea che le rappresaglie provengono solitamente dall'azienda o dall'organizzazione denunciata. In genere, sottolinea l'autore, esse consistono nella frustrazione delle legittime aspettative lavorative del soggetto o addirittura nel suo licenziamento²⁶. Oltre alla definizione, la LTPVN include un elenco di comportamenti che saranno considerati ritorsioni (risoluzione anticipata del contratto, rifiuto di una promozione, coercizione, discriminazione). La legge non stabilisce il periodo entro il quale queste misure devono essere applicate, ma stabilisce che se, trascorsi due anni, la persona i cui diritti sono stati lesi dalla comunicazione può

²⁵ UZAL SÁNCHEZ, *La tutela del whistleblower frente a las represalias empresariales: una laguna en el ordenamiento jurídico español*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho público*, 2023, 71-1, 373, spicca l'inclusione di un concetto eminentemente lavorativo, che rende più facile confermare che la LTPVN è finalizzata alla protezione dell'informatore soprattutto nella sfera lavorativa.

²⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *¿Héroes o traidores?: la protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*, cit., 9.

chiedere che il periodo di protezione sia esteso senza limiti di tempo²⁷. Pertanto, dalla disposizione 36, co. 4 della LTPVN si deduce implicitamente che le misure si applicano automaticamente per due anni.

In relazione alle misure di protezione contro le ritorsioni, è sorto un dibattito che trae origine dal contenuto della Direttiva 2019/1937, da cui è emersa la possibilità che gli informatori abbiano un qualche tipo di responsabilità. L'art. 38, co. 1 LTPVN è chiaro al riguardo: «non incorrono in alcun tipo di responsabilità». Questa esenzione è condizionata dalla seguente formulazione: «a condizione che abbiano avuto ragionevoli motivi per ritenere che la comunicazione o la divulgazione pubblica di tali informazioni fosse necessaria per rivelare l'atto o l'omissione». Tuttavia, questa esenzione non copre la responsabilità penale, che è espressamente esclusa dalla disposizione citata. A questo proposito, è dubbio che il legislatore spagnolo abbia rispettato il mandato della Direttiva, che all'art. 21, co. 2 esclude «qualsiasi tipo di responsabilità». In accordo con parte della dottrina, ci sembra che il legislatore spagnolo abbia agito contro un mandato chiaro e preciso della Direttiva²⁸, con le conseguenze che ciò può comportare ai fini della tutela giurisdizionale dei soggetti interessati dalla norma.

La seconda questione che è stata messa in discussione è se il modo in cui il *whistleblower* ha avuto accesso alle informazioni o le ha acquisite possa dar luogo a responsabilità. La regola generale è che i *whistleblower* non sono responsabili, a meno che non sia stato commesso un reato per ottenere le informazioni (art. 38, co. 2 LTPVN)²⁹.

La LTPVN fornisce alcuni chiarimenti in merito ai procedimenti giudiziari

²⁷ Il progetto preliminare di legge prorogava la tutela solo per due anni.

²⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, cit., 216, stabilisce che il contenuto dell'art. 38 co. 1 LTPVN, il riferimento alla responsabilità penale, è contrario alla Direttiva. JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 30 ss, sottolinea che l'informatore può incorrere in reati contro la privacy, reati relativi al mercato e ai consumatori, violazione di segreti da parte dell'autorità e dei funzionari pubblici, reati di scoperta e divulgazione di segreti, tra gli altri; alla luce di ciò, non esiste un regime giuridico che possa esentare l'informatore.

²⁹ LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, cit., 301, richiama la reiterata dottrina del "Tribunal Supremo", citando la STS 116/2017, del 23 febbraio e la STS 97/2018, del 16 luglio, e ricorda che non in tutte le occasioni si viola l'art. 11 LOPJ.

civili e del lavoro (art. 38, co. 4 e 5 LTPVN)³⁰, che non approfondiremo in questa sede in quanto esulano dagli scopi del presente lavoro.

Sebbene il titolo del Titolo VII “misure di protezione” ci porti a collegarlo automaticamente alla protezione del *whistleblower*, in questa parte della LTPVN sono presenti anche –giustamente– misure dedicate alla protezione delle persone interessate. Anche i soggetti delle informazioni fornite saranno tutelati, in quanto l’articolo 39 della LTPVN stabilisce che: «avranno il diritto alla presunzione di innocenza, il diritto alla difesa e il diritto di accesso al fascicolo nei termini disciplinati dalla presente legge, nonché la stessa tutela stabilita per gli informatori, preservando la loro identità e garantendo la riservatezza dei fatti e dei dati del procedimento».

Inoltre, la LTPVN offre altri benefici alle persone che hanno partecipato al reato e ne denunciano l’esistenza (“programmi di clemenza”), in quanto è possibile esentare o attenuare l’osservanza della corrispondente sanzione amministrativa quando ricorre una delle circostanze di cui all’art. 40, co. 1 LTPVN.

3. Protezione degli informatori nelle aziende spagnole.

3.1. *L’importanza di adottare piani di compliance.* La Legge Organica 5/2010, del 22 giugno, che modifica la Legge Organica 10/1995, del 23 novembre, introduce nel Codice penale spagnolo un sistema che consente di attribuire la responsabilità penale alle persone giuridiche³¹. Tuttavia, alcuni autori hanno sostenuto che la suddetta responsabilità fosse già operativa con l’entrata in vigore della LO 15/2003, del 25 novembre, ritenendo che attraverso l’art. 31, co. 2 c.p. spagnolo fosse già stato creato un vero e proprio sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche. Tuttavia, la dottrina maggioritaria afferma che solo nel 2010 il nostro ordinamento giuridico ha

³⁰ SIERRA RODRÍGUEZ, *Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad*, cit., 75, stabilisce che la clausola aperta dell’art. 38.1 LTPVN, si scontra con la sezione 5, che ribadisce l’esenzione dalla responsabilità nei procedimenti giudiziari in generale, citandone alcuni in particolare. L’autore auspica una modifica del Codice penale spagnolo, poiché ritiene che il paragrafo 5 contenga solo una dichiarazione di intenti.

³¹ In forma sintetica, sulle caratteristiche che definiscono la responsabilità penale delle persone giuridiche: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Derecho penal económico y de la empresa*, diretto da De la Mata Barranco *et. al.*, Valencia, 2018, 130 ss.

contemplato la previsione sistemica di un modello di attribuzione e determinazione di tale responsabilità³².

L'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel Codice penale spagnolo era un evento atteso da tempo³³, sebbene alcuni autori fossero riluttanti all'intervento del diritto penale per punire queste entità³⁴. Gli oppositori di questo modello di attribuzione della responsabilità hanno affermato che la Teoria giuridica del reato è nata e costruita sulla base di comportamenti posti in essere da persone fisiche, per cui il suo adattamento alle persone giuridiche risulta problematico³⁵. Ci sono stati anche autori che hanno rifiutato il nuovo modello di responsabilità perché, secondo loro, non rispettava i principi fondamentali del diritto penale (ad esempio, il principio di risocializzazione o il principio di colpevolezza³⁶).

Con la Legge Organica 1/2015, del 30 marzo, sono stati modificati alcuni aspetti relativi alla responsabilità penale delle persone giuridiche (di cui parleremo più avanti). Con la riforma, come indicato nel testo del 2015 nella Relazione (III), si è voluto realizzare un «miglioramento tecnico della regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche». Tuttavia, l'istituzione di suddetto sistema non è stata esente da discussioni; non lo sono state né la sua introduzione, né la successiva riforma. Sebbene la citata LO

³² Si può consultare: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2022, 758-759.

³³ DE LA CUESTA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*, in *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2015, 3, 40.

³⁴ VARELA-MANSDÖRFER, *Principios de Derecho penal económico*, Barcelona, 2021, 127, vengono evidenziati i problemi che sono emersi dal fondamento della responsabilità penale.

³⁵ Si possono consultare: ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, 121, si veda anche l'autore citato nella seguente opera: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia, 2013, 9 [documento elettronico].

³⁶ *Vid.*, GÓMEZ MARTÍN-VALIENTE IBÁÑEZ-CIGÜELA SOLA, *Responsabilidad penal de la persona jurídica*, in *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, diretto da Corcoy Bidasolo-Gómez Martín, Valencia, 2020, 159, gli autori fanno riferimento al principio di colpevolezza e al principio di personalità della pena. Si veda anche SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *THEMIS: Revista de Derecho*, 1997, 35, 136, riassume le tre principali obiezioni che sono state tradizionalmente sollevate alla responsabilità penale delle persone giuridiche. In particolare, fa riferimento all'assenza di azione penale da parte di queste entità, al principio di colpevolezza e, infine, alla natura personale della pena. Da parte sua, e prima del 2010, aveva già evidenziato le discussioni esistenti sulla possibile attribuzione della colpa alle persone giuridiche: GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Derecho penal y criminología*, 2005, 26 (78), 139-143.

1/2015 abbia risolto alcune questioni relative all'applicazione degli artt. 31 *bis* e seguenti del Codice penale spagnolo, vi sono ancora problemi aperti.

Obiettivo di questo lavoro è sottolineare il ruolo dei modelli di *compliance*, in quanto fondamentali per mitigare o esonerare la sanzione prevista per le persone giuridiche. Attualmente, le aziende non sono obbligate ad adottare piani di prevenzione, cioè la loro attuazione è facoltativa³⁷. A differenza di questi enti, ci sono altri soggetti che hanno l'obbligo di sviluppare modelli per prevenire la commissione di reati; ad esempio, i partiti politici (art. 9 *bis* della LO 6/2002, del 27 giugno, sui partiti politici)³⁸.

Fino al 2015, il Codice penale spagnolo contemplava la possibilità di attenuare la responsabilità penale della persona giuridica solo quando il modello di organizzazione e gestione era stato adottato dopo la commissione del reato ma prima del processo (art. 31 *quater* lett. d) c.p. spagnolo). La riforma del 2015 ha introdotto espressamente la possibilità di esentare dalla responsabilità penale le persone giuridiche che hanno adottato e sviluppato un piano di prevenzione prima della commissione del reato. Il Codice penale spagnolo ha persino previsto che la pena possa essere attenuata se non sono soddisfatti i requisiti necessari per l'esonero della persona giuridica dalla responsabilità³⁹.

³⁷ Sulla possibilità che l'obbligo di implementare programmi di *compliance* derivi dal "dovere generale di diligenza" che comporta il rispetto della "diligenza di un imprenditore ordinato", si veda: BACIGALUPO SAGGESE, *Compliance*, in *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, 2021, 21, 270. Ci ricorda anche – per quanto riguarda il riciclaggio di denaro – che l'adozione della *compliance* penale non è obbligatoria: FERRÉ OLIVÉ, *Compliance anticorrupción*, in *Revista penal México*, 2023, 22, 71.

³⁸ Sui modelli di *compliance* e i partiti politici, si veda: MORALES HERNÁNDEZ, *Propuesta de "criminal compliance" para partidos políticos españoles: su adaptación al artículo 31 bis 5 del Código Penal*, in *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2022, 24, 5 ss, l'autore sottolinea che l'instaurazione di una *compliance* penale da parte dei partiti politici può contribuire in modo decisivo a porre fine alla corruzione; inoltre, realizza uno studio esaustivo e inedito sulle diverse fasi di attuazione di un programma di *compliance* basato sulle caratteristiche dei partiti politici. La ricerca condotta ha portato l'autore a chiedersi se sia davvero necessario che i partiti politici siano responsabili dei reati come persone giuridiche in MORALES HERNÁNDEZ, *¿Es necesario un modelo propio de atribución de responsabilidad criminal en España para los partidos políticos?: Un análisis jurídico en base al derecho interno y comparado*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2023, 29, 356 ss.

³⁹ La LO 5/2010 non prevede espressamente la possibilità che la persona giuridica sia esonerata dalla responsabilità penale a causa dell'attuazione di un programma di *compliance*. Questa circostanza ha creato un intenso dibattito dottrinale tra chi riteneva che la persona giuridica potesse essere esonerata dalla responsabilità penale e chi sosteneva l'idea opposta. Con l'entrata in vigore della LO 1/2015, il problema è stato risolto, ammettendo espressamente la cosiddetta *compliance defence*. Su questo tema: GÓMEZ MARTÍN-TURIENZO FERNÁNDEZ, *Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales de los modelos de prevención de delitos*, in *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte*

Il Codice penale distingue, all'art. 31 *bis*, co. 2, 3 e 4, i casi in cui i piani di conformità possono essere efficaci come fattori di esonero o attenuanti; inoltre, determina i requisiti che i programmi di prevenzione devono avere per avere effetti positivi (art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo).

Procediamo ora a distinguere i due casi in cui una persona giuridica può essere esonerata dalla responsabilità penale⁴⁰. La differenza tra le due possibili alternative risiede essenzialmente nella persona fisica che ha commesso il reato di cui la persona giuridica è accusata.

Il primo caso è compreso nell'art. 31 *bis*, co. 2 c.p. spagnolo, e si riferisce al reato commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 31 *bis*, co. 1 lett. a) c.p. spagnolo, ossia dai rappresentanti legali della persona giuridica, autorizzati a prendere decisioni per suo conto o dotati di poteri di organizzazione e controllo. In questi casi, affinché il programma di conformità operi come fattore di esonero o attenuazione della responsabilità penale, devono essere soddisfatte quattro condizioni.

La prima delle quattro condizioni richiede che «l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione che prevedano misure di monitoraggio e di controllo». Sarà determinante che il modello venga messo in funzione prima della commissione del reato (requisito temporale). Se viene adottato in tempo utile ma non è stato attuato, potremmo avere dei dubbi sulla possibile attenuazione⁴¹ (che a nostro avviso sarebbe appropriata). L'adozione e l'attuazione del modello devono essere efficaci ai fini dell'esenzione dalla responsabilità penale; a tal fine, la Circolare 1/2016 della FGE include diverse linee guida che consentono di valutare il grado di efficacia del Piano. Il pre-

especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, diretto da Corcoy Bidasolo-Gómez Martín, Valencia, 2020, 179; CÉSAR BUSATO, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2019, 115 ss.

⁴⁰ Il Codice penale spagnolo prevede un "doppio regime di esenzione" a cui fa riferimento la Circolare 1/2016, del 22 gennaio, dell'Avvocatura Generale dello Stato, sulla responsabilità penale delle persone giuridiche in conformità alla riforma del CPS attuata dalla LO 1/2015 (di seguito, Circolare 1/2016 dell'Avvocatura Generale dello Stato). La Circolare sottolinea, al punto 5.2, che il regime di esenzione è «sostanzialmente identico, ma con alcune sfumature che rendono il quadro di esonero della persona giuridica un po' più ampio per la condotta dei subordinati».

⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, *La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2019, 39, 607.

retto recita inoltre: «le misure devono essere idonee a prevenire reati della stessa natura o a ridurre significativamente il rischio di commissione degli stessi». A questo proposito, la dottrina distingue tra prevenzione e riduzione. Nel primo caso, il giudice valuterà se le misure adottate ex ante erano adeguate a prevenire la commissione del reato secondo l'esperienza generale; nel secondo caso, il giudice esaminerà il modello per confermare se sono stati messi in atto meccanismi di mitigazione del rischio. Il riferimento a «reati della stessa natura» può dare adito a diverse interpretazioni. Non sarà lo stesso considerare i reati patrimoniali e socio-economici in generale che limitarsi al reato di truffa, o alle diverse tipologie di truffa (ad esempio, la frode informatica)⁴².

La seconda condizione è contenuta nell'art. 31 *bis*, co. 5 seconda condizione c.p. spagnolo con la seguente formulazione: «la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello di prevenzione attuato è stata affidata a un organismo della persona giuridica dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo o al quale sia stata legalmente affidata la funzione di vigilare sull'efficacia dei controlli interni della persona giuridica». Un organismo interno alla persona giuridica è tenuto a vigilare sul funzionamento e sul controllo del modello. In generale, tale organo sarà il *compliance officer*⁴³. La disposizione indica che l'organismo sarà parte della persona giuridica e avrà funzioni indipendenti⁴⁴. Si evidenzia, in tal senso, che l'organismo di *compliance* non sarà quello che adotta il modello organizzativo ideale per preve-

⁴² Ampiamente: *Ibid.*, 607 ss.

⁴³ GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, 147; LEÓN ALAPONT, *Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP*, in *Revista general de Derecho penal*, 2019, 31 [documento elettronico, non numerato].

⁴⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, *El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss CP*, in *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, diretto da Gómez Colomer, Valencia, 2019, 203-204, sottolinea che l'indipendenza non è assoluta se l'organo di conformità non ha accesso a tutte le informazioni esistenti che lo aiutano a valutare la non conformità al reato. In questi casi, il programma di *compliance* non sarà efficace perché la valutazione sarà effettuata solo sulla base di una parte delle informazioni. Inoltre, l'autore propone che l'organo di controllo sia composto da personale con capacità decisionale, «il che rende possibile la commissione di uno dei reati inclusi nel sistema del *numerus clausus* che si intende prevenire».

nire i reati, ma quello che vigilerà sulla sua corretta esecuzione⁴⁵. Su questa condizione si è pronunciata anche la Circolare 1/2016 della FGE, che spiega che i compiti che costituiscono la funzione principale dell'organismo a cui si riferisce (e che si possono riassumere nella vigilanza sul funzionamento del modello) non devono essere svolti da quest'ultimo. León Alapont distingue tra i poteri autonomi di iniziativa e di controllo che l'organismo deve avere. L'autore stabilisce che i primi possono includere «il potere di avviare un'indagine interna; di sospendere o paralizzare temporaneamente una determinata operazione; di avere accesso a qualsiasi tipo di informazione o il potere di impartire ordini e istruzioni, tra gli altri»; mentre i secondi includono «la supervisione di determinate attività, la capacità di revisione contabile, la raccolta di rapporti, ecc.»⁴⁶. Per quanto riguarda le persone giuridiche di piccole dimensioni, al fine di ottenere l'esenzione dalla responsabilità penale, l'organo di vigilanza di cui alla seconda condizione può essere sostituito dall'organo amministrativo stesso (ciò è stabilito dall'art. 31 *bis*, co. 3 c.p. spagnolo). Ciò è consentito per ragioni economiche, strutturali e dimensionali, al fine di evitare un significativo aumento dei costi⁴⁷. Questa particolare previsione appare molto ragionevole ai fini dell'inserimento in questo paradigma di enti che altrimenti non potrebbero accettare l'adozione di tali piani senza incorrere in una spesa insostenibile per le loro caratteristiche. La terza condizione richiede che i singoli autori abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e prevenzione⁴⁸, ossia che le persone fisiche di cui all'art. 31 *bis*, co. 1 lett. a) c.p. spagnolo eludano

⁴⁵ DE LA MATA BARRANCO, *El órgano de "complice" penal: algunas cuestiones*, in *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, diretto da Matallín Evangelio, Valencia, 2018, 40.

⁴⁶ LEÓN ALAPONT, *Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP*, cit. [documento elettronico, non numerato].

⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, *La eficacia exigente de los programas de prevención de delitos*, cit., 642, l'autore cita addirittura motivi di natura giuridica (assoggettamento a regimi amministrativi, fiscali e commerciali) e, a titolo di esempio, riporta il contenuto dell'art. 258 della legge sulle società di capitali.

⁴⁸ La Circolare 1/2016 della FGE sottolinea che l'unica differenza nel regime di doppia esenzione per le persone giuridiche si trova nella condizione 3 del paragrafo 2, che si applica solo ai soggetti del paragrafo a). La suddetta condizione non è richiesta per i soggetti subordinati, ossia per i casi di cui alla lettera b). Inoltre, la Circolare aggiunge che «in pratica, tuttavia, la differenza minima apportata dalla condizione 3 del paragrafo 2 sarà relativo poiché, ad eccezione della condotta sconsigliata, sarà difficile dimostrare che un programma è efficace se può essere infranto dalle persone a carico senza il concorso di un comportamento che implica una qualche forma di frode».

il piano di *compliance* per la commissione di un reato. La Circolare 1/2016 della FGE sottolinea che l'accreditamento della grave inosservanza dei doveri di vigilanza e controllo non è richiesto alla persona giuridica. In questo senso, sarebbe sufficiente una "specifica maggiore diligenza" finalizzata alla vigilanza e al controllo degli amministratori⁴⁹, poiché in questo caso il reato verrebbe commesso eludendo le misure stabilite nel modello. Per quanto riguarda la formulazione della terza condizione, Quintero Olivares ritiene che l'allusione alla frode possa generare confusione, in quanto evoca l'idea di inganno legato alla slealtà e al conseguimento di un proprio vantaggio⁵⁰. In questo senso, segnaliamo l'interpretazione di Palma Herrera, secondo cui qualsiasi comportamento fraudolento non può essere considerato rilevante; solo quella che ha permesso di aggirare i meccanismi adeguati a prevenire i reati (da una prospettiva di valutazione *ex ante*) sarà rilevante. Inoltre, per valutare se la condotta è fraudolenta, si potrebbero applicare gli elementi di valutazione dell'inganno che la giurisprudenza ha specificato per la frode⁵¹.

La quarta e ultima condizione affinché la persona giuridica sia esente da responsabilità penale quando uno dei soggetti di cui all'art. 31 *bis*, co. 1 lett. a) c.p. spagnolo commette il reato è che «non vi sia stato omesso o insufficiente esercizio delle funzioni di vigilanza, monitoraggio e controllo da parte dell'organismo di cui alla seconda condizione». L'ultimo requisito consiste nel verificare se l'organismo preposto al funzionamento e all'osservanza del modello abbia usato la dovuta diligenza per impedire il verificarsi del reato. In questo caso, si tratta di analizzare l'operato dell'ODV in relazione al reato che si è verificato e non di valutare in modo generale se l'organismo stia o meno svolgendo il proprio compito di vigilanza, monitoraggio e controllo (già richiamato nella seconda condizione)⁵². González Cussac, considerando il contenuto della quarta condizione, afferma che essa può essere violata in due

⁴⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., 146.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, *Art. 31 bis CP; arts. 31 ter; arts. 31 quater, y art. 31 quinquies*, in *Comentarios al Código Penal español*, Navarra, 2016 [documento elettronico, non numerato].

⁵¹ PALMA HERRERA, *Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de «compliance»*, in *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, diretto da Palma Herrera-Aguilera Gordillo, Navarra, 2018, 69.

⁵² LEÓN ALAPONT, *Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP*, cit. [documento elettronico, non numerato].

modi. Il primo si verifica quando l'organo non svolge le sue funzioni volte a evitare la commissione del reato perseguito o a prevenirne la commissione; mentre il secondo consiste nel fatto che l'organo agisce in modo insufficiente. Può accadere, quindi, che l'organo di vigilanza e controllo abbia individuato il rischio, ma non lo valuti in base alla sua rilevanza; oppure, avendolo valutato correttamente, non utilizzi le misure adeguate a impedirne la realizzazione⁵³.

Il secondo caso in cui una persona giuridica può essere esonerata dalla responsabilità penale è previsto dall'articolo 31 *bis*, co. 4 c.p. spagnolo. Questo precetto si applica quando l'atto criminale è stato compiuto da uno dei soggetti di cui all'art. 31 *bis*, co. 1 lett. b) c.p. spagnolo, ossia da una persona subordinata. La Circolare 1/2016 della FGE stabilisce che il quadro di esenzione dalla responsabilità della persona giuridica è più ampio in relazione ai reati commessi da soggetti subordinati. In particolare, l'art. 31 *bis*, co. 4 Codice penale spagnolo recita: «la persona giuridica è esente da responsabilità se, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello commesso o a ridurre significativamente il rischio di commissione dello stesso». A differenza del caso precedente, il Codice penale spagnolo non richiede esplicitamente che le quattro condizioni sopra analizzate siano soddisfatte in relazione al reato commesso da un rappresentante, amministratore o direttore. A tal proposito, la dottrina maggioritaria ha affermato che, sebbene il precetto non lo preveda espressamente, le condizioni di cui all'art. 31 *bis*, co. 2 c.p. spagnolo devono essere soddisfatte, ad eccezione di quella di evasione fraudolenta di cui all'art. 31 *bis*, co. 2 terza condizione c.p. spagnolo, che è applicabile esclusivamente in relazione ai soggetti di cui all'art. 31 *bis*, co. 2 c.p. spagnolo⁵⁴. La Circolare 1/2016 della FGE sulle condizioni applica-

⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, *La eficacia exigente de los programas de prevención de delitos*, cit., 633.

⁵⁴ *Ibid.*, 635, l'autore sostiene che la prima condizione dell'art. 31 *bis*, co. 2 c.p. spagnolo si estende a quella prevista dall'art. 31 *bis*, co. 4 c.p., poiché il paragrafo 2 si riferisce all'adozione di un programma di conformità "da parte della persona giuridica" e il paragrafo 4 all'"organo di gestione". Entrambe le espressioni possono essere equiparate, poiché l'organo di gestione è collegato alla persona giuridica e inoltre quest'ultima agisce attraverso tale organo. Per quanto riguarda la seconda condizione di cui al paragrafo 2, l'autore afferma che tale requisito deve essere soddisfatto anche in relazione al paragrafo 4. Inoltre, può essere applicato il contenuto dell'art. 31 *bis*, co. 3 c.p. spagnolo relativo alle persone giuridiche di piccole dimensioni. Infine, l'autore analizza in dettaglio la quarta condizione, che si riferisce all'idoneità a prevenire o ridurre significativamente il rischio, e quella del paragrafo 2, che richiede che

bili sottolinea che, sebbene il paragrafo 4 non faccia riferimento alle condizioni incluse nel paragrafo 2, la prima, la seconda e la quarta condizione sono di applicazione comune. Sembra un'esigenza di buon senso estendere, in via interpretativa e al fine di ottenere maggiori garanzie, le condizioni che abbiamo analizzato sopra a questo caso.

D'altra parte, va notato che in Spagna il Codice penale ha previsto, nell'ultima parte degli artt. 31 *bis*, co. 2 e 31 *bis*, co. 4 c.p. spagnolo, che, nel caso in cui le condizioni possano essere accreditate solo parzialmente, la persona giuridica non sarà esonerata dalla responsabilità penale, ma la pena potrà essere attenuata. Si tratta di una circostanza esimente incompleta che, secondo la FGE nella Circolare 1/2016, avrebbe dovuto essere inclusa insieme al catalogo delle circostanze attenuanti dell'art. 31 *quater* c.p. spagnolo (e, inoltre, avrebbe dovuto essere redatta in modo più "chiaro"). In questo senso, la FGE stabilisce che l'accreditamento parziale significa che il «modello presenta alcuni difetti o che è stato accreditato solo perché ci si è preoccupati del controllo, un controllo un po' meno intenso di quello richiesto per la piena esenzione dalla responsabilità penale, ma sufficiente a mitigare la sanzione». Infine, va menzionato l'art. 31 *quater* lett. d) c.p. spagnolo, che stabilisce come circostanza attenuante specifica l'adozione del piano di adeguamento dopo la commissione del reato e prima dell'inizio del processo⁵⁵.

3.2. *Il contenuto dell'articolo 31 bis, co. 5 del Codice penale spagnolo.* In relazione ai modelli di prevenzione, a cui abbiamo fatto riferimento, dobbiamo trattare dell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo, in quanto questo descrive quale debba essere il contenuto di questi piani. Fernández Teruelo sottolinea che

sia idonea a prevenire o ridurre; a tal fine, utilizza "idoneo" e "adatto" come sinonimi. Inoltre, sulla possibile applicazione delle condizioni incluse nell'art. 31 *bis*, co. 2 c.p. spagnolo, si veda: FERNÁNDEZ TERUELO, *El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss CP*, cit., 206 ss.

⁵⁵ LEÓN ALAPONT, *Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP*, cit. [documento elettronico, non numerato]. L'autore sottolinea che nel caso dell'art. 31 *quater* d) c.p. spagnolo, il modello di *compliance* deve avere una finalità preventiva che si concentri anche sulla repressione dei reati che possono svilupparsi all'interno della persona giuridica. Sulle circostanze attenuanti prima della riforma del 2015: MORILLAS FERNÁNDEZ, *El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, diretto da Palma Herrera, Madrid, 2014, 107 ss.

i requisiti inclusi nella sezione 5 sono uno “scheletro del programma”, cioè il contenuto minimo che il modello deve avere, con la possibilità di ampliare le strategie di prevenzione⁵⁶. La mera adozione di modelli di *compliance* non è sufficiente per ottenere l'esenzione o l'attenuazione della pena, poiché il programma deve essere anche diligentemente applicato (per essere valido ai fini dell'esenzione o della riduzione della pena, deve essere attuato ed eseguito efficacemente)⁵⁷. Sviluppando la questione, González Cussac sottolinea che i requisiti elencati nell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo sono volti a determinare l'idoneità dei piani di conformità⁵⁸. Da parte sua, la FGE ha criticato la decisione del legislatore penale di inserire i requisiti che un programma di prevenzione deve avere nel Codice penale, in quanto ritiene che tale contenuto debba essere incluso nella legislazione commerciale⁵⁹. Riteniamo che in questo caso il legislatore abbia giustamente privilegiato il fatto che i precetti che regolano il sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche si trovino nello stesso testo, nonostante il contenuto di alcuni di essi – come l'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo – non sia strettamente penale.

L'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo stabilisce che i modelli di *compliance*:

1) «Individuino le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati da prevenire». Per soddisfare questo requisito, è necessario applicare una metodologia sistematica di gestione del rischio. In questo senso, la valutazione del rischio può essere sviluppata in quattro fasi: identificazione, quantificazione, controllo e comunicazione del rischio⁶⁰. In breve, si tratta di costruire la cosiddetta “mappa dei rischi”, che deve essere strutturata in base a diverse va-

⁵⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, *La prevención del delito fiscal a través de un «compliance» penal corporativo*, in *Homenaje, en su centenario, al rector Teodoro López-Cuesta de Egocheaga*, coordinato da Abad Fernández et. al, Oviedo, 2021, 212.

⁵⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, *El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss CP*, cit., 206, affronta questo aspetto in relazione all'art. 31 *bis*, co. 2. 4^a c.p. Anche, LEÓN ALAPONT, *Los programas de cumplimiento penal: aspectos generales*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, 31, 369.

⁵⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, *Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuantes de los programas de prevención de delitos*, in *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, diretto da Gómez Colomer, Valencia, 2019, 339, l'autore collega l'idoneità a cui si riferisce con il contenuto dell'art. 31 *bis* 2. 1^a e dell'art. 31 *bis*, co. 4 c.p.

⁵⁹ Sulla questione: AGUDO FERNÁNDEZ-JAÉN VALLEJO-PERRINO PÉREZ, *Derecho penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2016, 116.

⁶⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, *Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuantes de los programas de prevención de delitos*, cit., 339.

riabili (scopo aziendale, ubicazione geografica, ecc.)⁶¹.

2) «stabiliscano i protocolli o le procedure che specificano il processo di formazione della volontà della persona giuridica, l'adozione delle decisioni e l'esecuzione di questi atti in relazione a questi atti». È necessario determinare con precisione l'organo o gli organi della società che hanno poteri decisionali e di attuazione e specificare le fasi che compongono questi atti. Aguilera Gordillo spiega che sarà elaborato un organigramma esaustivo che descriva nel dettaglio le funzioni delle persone che fanno parte della società, con particolare riguardo a quelle che svolgono compiti di rappresentanza, decisione e controllo. Una volta redatto l'organigramma, è necessario specificare la procedura da seguire per il processo decisionale e la sua esecuzione. A tal fine, si dovrà tenere conto del trattamento dei processi inclusi nelle norme generali e delle procedure specifiche utilizzate nel settore⁶².

3) «Dispongano di modelli di gestione delle risorse finanziarie idonei a prevenire la commissione dei reati da prevenire». La dottrina ha interpretato questo requisito in due modi diversi. Alcuni autori sostengono che questo requisito mira a imporre un'effettiva messa a disposizione di risorse economiche per la prevenzione dei reati, mentre altri sottolineano che si richiede l'attuazione di controlli finanziari idonei a prevenire pratiche illecite⁶³. Come sottolinea Gutiérrez Pérez, la questione è difficile da valutare per il giudice⁶⁴. A nostro avviso, con l'attuale formulazione della disposizione, il giudice dovrà avvalersi del suo potere di libero apprezzamento per occuparsi di questo aspetto caso per caso.

4) «Impongano l'obbligo di segnalare eventuali rischi e violazioni

⁶¹ GÓMEZ-JARA DíEZ, *El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)*, in *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, coordinato da Bajo Fernández et. al., Navarra, 2016, 133.

⁶² AGUILERA GORDILLO, *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*, Córdoba, 2018, 282 ss.

⁶³ : GÓMEZ MARTÍN-TURIENZO FERNÁNDEZ, *Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales de los modelos de prevención de delitos*, cit., 181-182.

⁶⁴ GUTIÉRREZ PÉREZ, *Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015*, in *Revista General de Derecho penal*, 2005, 24 [documento elettronico, non numerato], sottolinea che il giudice, per effettuare una valutazione, deve prendere in considerazione elementi come «l'esistenza di laboratori di formazione per i dipendenti, guide e protocolli di comunicazione di base», tra gli altri.

all'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello di prevenzione». Questo tema è trattato in modo più approfondito nella sezione seguente, in cui analizziamo la condizione stessa e la sua applicazione dopo la LTPVN.

5) «Predisporgano un sistema disciplinare che sanzioni adeguatamente il mancato rispetto delle misure stabilite nel modello». L'istituzione di piani di *compliance* comporta l'adozione di regole interne che determinano gli obblighi dei membri della persona giuridica (dipendenti e dirigenti) e le conseguenze della mancata osservanza. Queste regole interne, che devono essere scritte, sono inserite nel modello di organizzazione e gestione come “codice di condotta”⁶⁵. In ogni caso, il sistema disciplinare non può sovrapporsi alle sanzioni penali previste dal Codice penale, poiché ciò violerebbe il principio del *non bis in idem* (in caso di identità di soggetto, fatto e fondamento).

6) «Verifichino periodicamente il modello ed eventualmente predispongano la modifica dello stesso quando sono scoperte violazioni rilevanti delle prescrizioni o quando intervengono mutamenti nell'organizzazione, nella struttura di controllo o nell'attività svolta che li rendano necessari». È richiesto il monitoraggio, la verifica e l'aggiornamento del piano di prevenzione. L'assenza di reati non significa che il programma funzioni perfettamente⁶⁶. Il sesto requisito non indica il periodo che deve trascorrere per effettuare la revisione. Si tratta di una condizione aperta, da specificare nel modello; in particolare, il modello dovrebbe specificare quale periodo deve essere rispettato perché il piano sia rivisto nella sua interezza e in quali situazioni si procederà immediatamente. In relazione alla revisione straordinaria, il Codice penale include alcuni indicatori che indicano che questa è applicabile quando le disposizioni sono violate, ci sono cambiamenti nell'organizzazione, nella struttura di controllo o nell'attività svolta⁶⁷.

⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, *Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuantes de los programas de prevención de delitos*, cit., 344.

⁶⁶ BACIGALUPO SAGGESE, *Compliance*, cit., 269.

⁶⁷ Sulle verifiche programmate o supervisionate: GÓMEZ MARTÍN-TURIENZO FERNÁNDEZ, *Programas de cumplimiento. III. Elementos esenciales de los modelos de prevención de delitos*, cit., 183-184. Anche GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, cit., 146.

3.3. *L'interpretazione dell'art. 31 bis, co. 5. 4° del Codice penale spagnolo basata sulla LTPVN.* Dopo aver analizzato brevemente cinque dei sei requisiti che un piano di *compliance* deve possedere ai sensi dell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo, ci soffermiamo su quello che rimane da trattare, ovvero quello che si trova nel quarto comma (sull'obbligo di segnalare eventuali rischi e violazioni). In termini generali, l'articolo stabilisce che l'attuazione del modello comporta l'obbligo di segnalare eventuali irregolarità che possono emergere nello svolgimento dell'attività aziendale⁶⁸. La Circolare 1/2016 della FGE, che definisce questo elemento "chiave" nei modelli di prevenzione, aggiunge che affinché «l'obbligo imposto sia preteso dai dipendenti, è indispensabile che l'ente si doti di una specifica normativa di tutela del *whistleblower*, che consenta la segnalazione delle varie violazioni, agevolando la riservatezza attraverso sistemi che la garantiscano nelle comunicazioni (telefonate, email...) senza rischi di ritorsioni».

Se osserviamo la formulazione dell'art. 31 *bis*, co. 5. 4° c.p. spagnolo, possiamo notare che il legislatore lascia un'ampia discrezionalità alla persona giuridica nell'adempire a questo requisito. Il precetto non specifica chi ha il dovere di informare, quando vi è l'obbligo di farlo o quale procedura deve essere seguita. Inoltre, la Circolare FGE 1/2016 sottolinea che la protezione del *whistleblower* deve essere garantita, ma non spiega come. A questo proposito, dobbiamo sottolineare che il margine di libertà offerto dal Codice penale è troppo ampio, il che potrebbe generare insicurezza. La specificazione di questi aspetti faciliterebbe il rispetto del requisito che, insieme agli altri inclusi nell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo, può attenuare o eliminare la responsabilità penale. Su questo punto, riteniamo che l'efficacia della norma debba avere la precedenza, e ciò richiede una maggiore specificazione, in modo che i criteri applicabili nella valutazione di questo requisito siano più precisi. La riduzione del margine interpretativo porterebbe in questo caso a una migliore prospetti-

⁶⁸ SÁEZ LARA, *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la directiva whistleblowing*, Valencia, 2020, 62, stabilisce che l'istituzione di procedure di canale interno nell'ambito della *compliance* risponde all'interesse di garantire il controllo su informazioni potenzialmente sensibili, che se raggiungessero terzi potrebbero mettere in pericolo l'azienda. GARCIA MORENO, *Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública*, in *Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, diretto da Nieto Martín-Maroto Calatayud, Ciudad Real, 2014, 44.

va di applicazione delle norme che stiamo studiando.

Seguendo questa logica, il legislatore ha cercato di minimizzare i problemi derivanti dall'applicazione dell'art. 31 *bis*, co. 5. 4° c.p. spagnolo con una normativa espressamente finalizzata a regolare i canali di *whistleblowing* e la protezione dei *whistleblower*⁶⁹. L'entrata in vigore della Legge Organica 2/2023 del 20 febbraio servirà da riferimento per lo sviluppo di programmi di conformità in relazione ai canali interni di *whistleblowing* e alla protezione dei *whistleblower*. Il rapporto della CGPJ sulla bozza preliminare della LTPVN, pubblicato il 26 maggio 2022, aveva già sottolineato che il testo previsto non poteva essere dissociato dalla figura della *compliance* legale, facendo riferimento alla responsabilità delle persone giuridiche (nello specifico, art. 31 *bis*, co. 2. 1° e 2°; 31 *bis*, co. 5. 4° e 31 *quater* lett. d) c.p. spagnolo). L'esistenza di una legge specifica sui canali di *whistleblowing* e sulla protezione degli informatori svolge un ruolo fondamentale nel quadro della *compliance*, in quanto può essere presa come guida per l'applicazione e la valutazione del quarto requisito dell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p.⁷⁰. L'ingresso della LTPVN nell'ordinamento dovrebbe servire non solo a tutelare il *whistleblower*, ma dovrebbe essere preso come riferimento per la corretta applicazione dei requisiti relativi ai piani di *compliance* come elemento in grado di esentare le persone giuridiche dalla responsabilità penale. Sebbene il c.p. spagnolo non faccia espressamente riferimento alla LTPVN, la nostra tesi è che le sue prescrizioni debbano essere intese come criteri interpretativi validi a questo scopo. L'utilizzo di questa norma favorirebbe la definizione di standard chiari in relazione ai canali di reclamo e alla loro efficacia. In questo senso, riteniamo che anche la Legge *Whistleblower*, che impone obblighi generali e specifici in materia di sistemi di segnalazione interna, debba essere considerato una norma collegata all'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo.

⁶⁹ In questi anni, il contenuto della norma UNE-ISO 37002:2021 su "Sistemi di gestione delle denunce. Linee guida".

⁷⁰ Così, LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, cit., 221; JERICÓ OJER, *Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal*, cit., 4.

4. *Riflessione generale.* La possibilità di attenuare o esentare la responsabilità penale delle persone giuridiche dipende, tra l'altro, dall'attuazione dei cosiddetti modelli di *compliance*, a cui abbiamo fatto riferimento nel presente documento. A tal fine, i programmi di *compliance* devono contenere almeno le linee guida di cui all'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo. Tra questi requisiti vi è l'obbligo di stabilire canali che consentano la comunicazione di possibili rischi e violazioni che si verificano in azienda (art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo). Tuttavia, il precetto non indica come si svilupperà questo mandato o le garanzie che avrà chi utilizza questi meccanismi. Per questo motivo, l'entrata in vigore della LTPVN è di grande rilevanza per il sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche, rivelandosi uno strumento adeguato a fornire una soluzione ad alcune delle domande rimaste finora senza risposta. Questa valutazione ha grandi implicazioni pratiche in quanto comporta l'integrazione di una norma vaga e imprecisa del Codice penale spagnolo, trovando in questa legge gli elementi necessari per interpretare i requisiti e le condizioni dei canali di segnalazione e, quindi, della possibilità di esentare o attenuare la responsabilità penale delle persone giuridiche. Il sistema stabilito dalla LTPVN per la protezione dell'informatore non è una materia scollegata dal Codice penale spagnolo, ma deve essere consultato per applicare le sue prescrizioni nella materia in questione.

La legge ci aiuta a interpretare alcuni aspetti dell'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo e può essere utilizzata come riferimento, tra l'altro, per delimitare i soggetti obbligati a comunicare le informazioni (art. 3 LTPVN). Inoltre – e questo è molto importante – regola la protezione dell'informatore; in questo senso, la LTPVN stabilisce nel dettaglio i diritti e le garanzie a disposizione della persona che ha fornito l'informazione, con l'obiettivo principale di evitare che questa sia soggetta a rappresaglie. La natura protettiva della legge porta in questo caso a disciplinare non solo la tutela dell'informatore, ma anche a stabilire una serie di misure di protezione per le persone interessate dalla denuncia.

Tuttavia, nonostante i benefici derivanti dall'applicazione della Legge 2/2023, sono state espresse alcune lacune nella normativa. A nostro avviso, si tratta di una legge che avrebbe potuto essere più ambiziosa in relazione ad alcune

questioni che vengono trascurate nel testo. In particolare, è sorprendente che il legislatore non abbia definito in modo più dettagliato il processo di gestione delle informazioni nei canali interni del settore privato. Sebbene sia evidente che la natura del canale esterno - sviluppato nell'ambito di un'Autorità indipendente - rendesse opportuna una regolamentazione specifica, ciò non escludeva una maggiore specificità nel processo di accettazione e trattamento delle informazioni nei canali interni di *whistleblowing*. Al di là degli aspetti criticabili di questo regolamento, la LTPVN adegua la legislazione spagnola a quella europea, e in particolare alla Direttiva 2019/1937, stabilendo un quadro generale su cui reinterpretare alcune disposizioni fondamentali sulla responsabilità penale delle persone giuridiche, fondamentalmente l'art. 31 *bis*, co. 5 c.p. spagnolo; offrendo al contempo protezione agli informatori nell'ambito dei reati commessi in determinati contesti aziendali.