

LA LUCHA CONTRA LA ILEGALIDAD EN EL MARCO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ITALIA, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DE LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y DEL WHISTLEBLOWING*

THE FIGHT AGAINST ILLEGALITY WITHIN THE FRAMEWORK OF PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION IN ITALY, WITH SPECIAL MENTION TO THE PREVENTION OF CORRUPTION THROUGH CORPORATE ORGANIZATION AND WHISTLEBLOWING

Francesca Consorte^{1,a}

¹ Profesora contratada de Derecho penal, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, Dipartimento di Scienze Mediche e Chirurgiche, via Irnerio 49, 40126, Bologna, Italia

✉ afrancesca.consorte2@unibo.it

Resumen

El complejo entramado normativo dedicado a la corrupción en Italia constituye un inmejorable banco de pruebas para el análisis de los modelos de *compliance* penal (en su configuración actual y con referencia a sus posibles desarrollos). Ese es el objeto de este trabajo, que aborda también los problemas de vinculación entre el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT), el Modelo de Organización, Gestión y Control (MOGC) y el *whistleblowing*; todo ello dentro de una reflexión más amplia relativa a la progresiva intensificación de la *colaboración* público-privada en la lucha contra la delincuencia y la búsqueda de mecanismos capaces de hacerla más eficiente.

Palabras clave: Derecho Penal; Corrupción; *compliance penal*; *whistleblowing*; *colaboración* público-privada.

* Este trabajo se ha realizado en ejecución del Proyecto *PID2020-117526RB-I00*, financiado por *MCIN/ AEI/ 10.13039/501100011033*, Universitat Autònoma de Barcelona (UAB). Quisiera dar las gracias a Coopit Bolonia y a Davide Tumminelli (investigador en la Universidad de Ferrara) por la traducción desde el punto de vista lingüístico-jurídico.

Abstract

The complex regulatory framework dedicated to corruption in Italy represents an interesting laboratory to analyze the current perspectives and possible developments in terms of criminal compliance. That is the purpose of this paper, which also addresses the linkage problems between the Triennial Plan for the Prevention of Corruption and Transparency (PTPCT), the Organization, Management and Control Model (MOGC) and whistleblowing; all this within a broader reflection on the progressive intensification of public-private collaboration in the fight against crime and the search for mechanisms capable of making it more efficient.

Keywords: Criminal law; Corruption; criminal compliance; whistleblowing; public-private collaboration.

1. “HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH TO CORRUPTION”

Es ampliamente conocido que la corrupción ha sido considerada durante mucho tiempo el “mal absoluto”¹, un cáncer de la sociedad², un fenómeno cada vez más relacionado con fenómenos mafiosos (“associazione di tipo mafioso”)³ e incluso considerado por algunos como un verdadero crimen contra la humanidad⁴, antinómico del derecho casi fundamental “a vivir en un mundo libre” de tal lacra⁵. En cuanto al significado del término, la corrupción, además de ser una expresión polisémica⁶, en un nivel no estrictamente⁷ penal⁸ hoy representa una macrocategoría⁹ de contornos fluctuantes, que tiene reflejos de matriz cultural¹⁰ no menos importantes que los económicos¹¹. Por esta razón, su “esencia” se considera

¹ Del título “La corruzione è il “male assoluto”?” del primer párrafo del primer capítulo del libro de CANTONE, R., CARINGELLA, F.: *La corruzione spazza*, Milán, 2017. Hace referencia a que en la actualidad se ha desarrollado una visión «casi apocalíptica» de la corrupción MONGILLO, V.: “Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.º 2, 2020, pp. 967 y ss.

² Son numerosos los episodios en los que el Papa Francisco ha calificado la corrupción como un verdadero cáncer social que hay que erradicar. Por ejemplo, véase el discurso en Prato en 2015 (disponible en www.ilsecoloxix.it, 10 de noviembre de 2015) o más recientemente el discurso a los jóvenes en Kinshasa (disponible en www.agi.it, 2 de febrero de 2023) o el discurso durante el Día Internacional contra la Corrupción (disponible en www.lastampa.it, 9 de diciembre de 2019). Véase a este respecto también CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milán, 2021, pp. 22 y ss.

³ Desde el punto de vista jurídico, es bien conocido cómo el sector de los delitos contra la Administración Pública ha sido protagonista de una serie de intervenciones reformadoras (entre las cuales las más significativas, entre las recientes, son las llevadas a cabo con la Ley núm. 190, de 6 de noviembre de 2012, con la Ley núm. 69, de 27 de mayo de 2015, con la Ley núm. 3, de 9 de enero de 2019) referibles a «un modello di “diritto penale no-limits”» (la expresión es de MANES, V.: “L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>), 14 de febrero 2019, pp. 105 y ss.) cuya lógica subyacente, que se ha ido consolidando progresivamente, expresa una idea de fondo precisa, a saber, que existe una estrecha conexión entre corrupción y asociaciones mafiosas (con referencia a la Ley n.º. 69/2015, véase también MONGILLO, V.: “Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>), 15 de diciembre de 2015, pp. 2 y ss.; Id., “Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali”, cit., pp. 966 y ss.). Ante del Decreto-Ley n. 162, art. 1, de 31 de octubre de 2022, convertido en Ley con modificaciones por la Ley n.º 30 de diciembre de 2022, con referencia específica a la inclusión de diversos delitos contra la Administración entre los “delitos de obstrucción” previstos en el artículo 4-bis del Código Penal (que sólo recientemente ha sido derogado por el Decreto-Ley citado), señalaba cómo dicha inclusión representaba «il definitivo allineamento normativo della criminalità “white collar” alla criminalità “nera”, ossia della criminalità politico-economica al crimine organizzato, trascurando le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, e la distanza tra “paradigmi.”», MANES, V.: “L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen.”, cit., pp. 107 y ss. Sobre la idea de que el funcionario público normalmente representa al “desviador tipo” y, por tanto, el agresor más peligroso incluso para el correcto curso de la justicia penal, véase CONSORTE, F.: *L'individuo nell'ingranaggio processuale. I rischi della giustizia penale connessi agli obblighi di parola e verità*, Turín, 2021. Sobre el Decreto Ley número 76, del 16 de julio de 2020, convertido en Ley número 120 del 11 de septiembre de 2020, ver nota n.º 8.

⁴ BANTEKAS, I.: “Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity. an Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, n.º 3, 2006, pp. 466 y ss., <https://doi.org/10.1093/jicj/mql025>. Sobre la corrupción y los derechos humanos en general, véase CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022.

⁵ TASCIONI, G.: “La corruzione nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile”, en CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022, p. 137; sobre el reconocimiento de la corrupción como delito universal, CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., pp. 18-19.

⁶ Así, CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., p. 14.

indefinible, ya que atrae a los más variados ilícitos¹² y fenómenos deplorables, incluidos

⁷ Considérense, sin embargo, sobre el amplio alcance del cohecho penal, las reflexiones de MANES, V.: “Corruzione senza tipicità”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1126 y ss. y MONGILLO, V.: “Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.º 2, 2020, pp. 967 y ss. Sobre la noción penal de corrupción, SEMINARA, S.: “La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale”, en *Dir. pen. e proc.*, n.º 10, 2012, pp. 1235 y ss.; CINGARI, F.: “Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi”, en *Dir. pen. e proc.*, n.º 7, 2015, pp. 805 y ss.; GAMBARDELLA, M.: “Il grande assente nella nuova 'Spazzacorrotti': il microsistema delle fattispecie di corruzione”, en *Cass. pen.*, n.º 1, 2019, pp. 44 y ss. Recientemente en materia de corrupción, GARGANI, A.: “La 'progressione criminosa' tra corruzione funzionale e corruzione propria: criticità”, en *Giur. it.*, n.º 2024, pp. 406 y ss. Sobre la corrupción privada, véase SEMINARA, S.: “Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati”, en *Dir. pen. e proc.*, n.º 6, 2017, pp. 713 y ss.; MELCHIONDA, A.: “La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "Spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 5 de diciembre de 2019; TRIPODI, A.F.: “La corruzione tra privati un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore”, en *disCrimen* (<https://discrimen.it>), 30 de octubre 2018.

⁸ Aunque señala críticamente que incluso en el derecho penal los delitos de corrupción se entienden ahora como herramientas funcionales ya no para reprimir un único acto delictivo, sino para rectificar disfunciones y corrupciones sistémicas, confundiendo así el plano jurídico y el criminológico, MONGILLO, V.: *Il contrasto alla corruzione*, cit., pp. 966 y ss. Con referencia a la estructura del delito de cohecho y delitos conexos, véase MANES, V.: “Corruzione senza tipicità”, cit., pp. 1128-1129, señalando que frente a la “emergencia de la corrupción” - objeto de una “narrativa mediática” ahora instalada en la memoria colectiva según el lema de que “la corrupción está en todas partes”- y de la necesidad percibida de lanzar “(también) una batalla cultural”, el estatuto penal de la Administración Pública registra cada vez más -como resultado de reformas que se estratifican con frecuencia creciente- una progresiva erosión de la tipicidad y de la fragmentariedad, con una consiguiente inclinación de la intervención represiva hacia el mero disvalor de acción, cuando no en clave subjetivista y “sintomática”, al impulso de una preeminente función pedagógica del derecho penal como instrumento de palingenesis moral y de “ética pública”.

Siguiendo con los delitos contra la Administración Pública, en aras de la exhaustividad, debe señalarse, sin embargo, que caso atípico es el delito de “abuso di ufficio”, cuya última (y enésima) modificación ha supuesto una delimitación decisiva del caso en nombre de la necesidad de delimitar mejor los límites de esta norma de cierre (véase el artículo 23, Decreto Ley núm. 76, de 16 de julio de 2020, convertido por la Ley núm. 120, de 11 de septiembre de 2020, sobre la que NISCO, A.: “La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 20 de noviembre de 2020; GAMBARDELLA, M.: “Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 29 de julio de 2020; RICCIARDELLI, M.: “Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio”, en *Archivio penale*, n. 2, 2021, pp. 2 y ss., <https://doi.org/10.12871/97888331810594>; INSOLERA, G.: “Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76”, en *disCrimen* (www.discrimen.it), 31 de julio de 2020. Sobre el debate actualmente en curso a nivel político relativo a la elección entre la derogación o la reformulación del artículo 323 del Código Penal It. y, en particular, sobre las propuestas legislativas presentadas, véase GATTA, G.L.: “Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 19 de mayo de 2023. Recientemente sobre el “Abuso di Ufficio”, MORMANDO, V.: “Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio: le due culture”, en *Amministrativ@mente* (<http://www.amministrativamente.com>), n.º 3, 2023. El 12 de febrero de 2024, se aprobó en el Senado el Proyecto de Ley “Nordio” que prevé, entre muchas novedades, la abolición del delito de “abuso d'ufficio” (ahora tendrá que pasar la votación en la Cámara).

⁹ Es bien sabido que a una dimensión estrictamente criminalística se asocia desde hace tiempo una dimensión más amplia del fenómeno de la corrupción, que incluye también los aspectos organizativo-directivos de las actividades en una lógica dirigida a asignar relevancia y consideración también a las “cuestiones preliminares” de la “mala administración” (CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., pp. 25 y ss.) y a la corrupción “institucional”, que “a prescindere dal comportamento di singoli si manifesta in una degenerazione del sistema delle istituzioni pubbliche” (CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., p. 25). Sobre la noción sociológica de corrupción, que engloba cualquier acto de mala administración, y sobre el enfoque según el cual la prevención puede abordar tanto la ilegalidad como las irregularidades, véase PARISI, N.: “La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo”, en www.federalismi.it, 8 de mayo de 2019, pp. 8 y ss. Además, el Plan Nacional Anticorrupción de la Agencia Nacional Anticorrupción adopta formalmente una

los meramente percibidos¹³ como tales por la sociedad. A pesar de tal indeterminación, se reconoce sin titubeos su extrema reprochabilidad, consecuencia de un desvalor que, fundamentalmente, sobre todo desde un punto de vista sistémico y supranacional¹⁴, se considera tal que puede trascender la ofensa al correcto desempeño y la imparcialidad de la Administración Pública y del cargo individual implicado¹⁵. En este último sentido, de un

noción amplia de corrupción que va más allá de la estrictamente penalista, calificando como tales todos los delitos contra la Administración y los actos de mala administración (Agencia Nacional Anticorrupción, PNA 2019, Resolución n.º 1064 de 13 de noviembre de 2019, p. 11-12; el mismo concepto subyace en el Plan Nacional Anticorrupción de 2022, Resolución n.º 7 de 17 de enero de 2023, p. 22 y ss.). Todo ello en la perspectiva de dar protección al "valor público" entendido por Agencia Nacional Anticorrupción como "... *miglioramento della qualità della vita e del benessere economico, sociale, ambientale delle comunità di riferimento, degli utenti, degli stakeholder, dei destinatari di una politica o di un servizio. Si tratta di un concetto che non va limitato agli obiettivi finanziari/monetizzabili ma comprensivo anche di quelli socio-economici, che ha diverse sfaccettature e copre varie dimensioni del vivere individuale e collettivo*" (Plan Nacional Anticorrupción de 2022, cit., p. 23).

¹⁰ Así, recientemente, Transparency International Italia, "SDG18 Zero Corruption. Una proposta anticorruzione per gli obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs)", www.transparency.it, 30 de mayo de 2023, p. 6: "*Corruption is predominantly a cultural phenomenon and must be contrasted and eliminated with various initiatives, not only technical, but which concern the cultural sphere and the behavior of individuals, whether they are high-level officials who move the levers of power, or simple citizens*". Destacando cómo la corrupción representa un "fenómeno social desviado" que debe combatirse ante todo con la prevención *ex ante* (además de la represión), PARISI, N.: "[La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo](#)", cit., pp. 6 y ss.

¹¹ Véase PARISI, N., POTESTÀ, G.L., RINOLDI D.G. (eds.): *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Nápoles, 2018.

¹² No es casualidad que la muy reciente "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2023) 234 final, 3 de mayo de 2023, relativa a la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo. no ofrezca una definición del fenómeno dado que "...*este delito se presenta en diferentes formas que implican a diferentes participantes*". En efecto, la corrupción es un fenómeno endémico que adopta múltiples aspectos y formas en los distintos sectores de la sociedad, por ejemplo, los delitos de soborno, malversación, tráfico de influencias e información, abuso de funciones y enriquecimiento injusto" (Informe de acompañamiento, p. 6).

¹³ Sobre la corrupción percibida, véase CANTONE, R., CARLONI, E.: "'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione", en *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 18 de febrero de 2019; GAGLIARDI, J.: "La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana", en *Amministrazione in Cammino* (www.amministrazioneincammino.it), 26 de agosto de 2020, pp. 12 y ss., donde se afirma que los índices de percepción son "*gli indici più cool del momento*".

¹⁴ Véase, PARISI, N.: "[La prevenzione della corruzione](#)", cit., pp. 3 y ss. Sobre la proliferación de instrumentos jurídicos ultranacionales relacionados con la lucha contra la corrupción y sobre el carácter difícilmente componible del marco general, véase MONGILLO, V.: "Il 'sacchetto d'oro' e la 'spada inguainata': l'interazione pubblico-privato e il peso degli 'incentivi' in un recente modello di compliance anticorruzione", en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>), 6 de febrero de 2015, p. 1.

¹⁵ Así, recientemente, Transparency International Italia, "SDG18 Zero Corruption.", cit., p. 8, que destaca cómo "*The SDG18 Zero Corruption theme, given its complexity of adoption, is a prospective project, but there is a strong sense of urgency due to the damage that corruption continues to do in the world, depriving communities of enormous resources that would otherwise be destined for healthcare, social services, education and culture, economic support for development, but also for the immaterial damages of loss of trust on the part of citizens towards those who, in the management of the common good, should always act with absolute transparency*". Véase también el apartado 1 del informe de acompañamiento de la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo "relativa a la lucha contra la corrupción", citado anteriormente, p. 1. En la literatura, véase PARISI, N.: "[La prevenzione della corruzione](#)", cit., pp. 3 y ss.

tiempo a esta parte, un sector de la doctrina y algunos¹⁶ actos y organismos internacionales¹⁷ han adoptado un *“human rights-based approach to corruption”*¹⁸, considerando este fenómeno un riesgo para importantísimos derechos, entre ellos la igualdad y la dignidad¹⁹, un multiplicador de abusos para estos últimos²⁰, así como un medio para la comisión de otros delitos muy graves²¹. La culminación de esta escalada es la formalización -por parte de la Agenda 2030 de la ONU²² - de la corrupción como un obstáculo a superar para alcanzar el desarrollo sostenible.

¹⁶ Se destaca en la literatura cómo la conexión normativa entre la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos humanos es raramente reconocida (CADIN, R.: “Introduzione: Paesi e diritti umani “lost in corruption””, en CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022, p. XII), hasta el punto de que se afirma que la postura que reclama “el reconocimiento del derecho a vivir en un mundo sin corrupción” está luchando por afianzarse en el plano jurídico internacional (TASCIONI, G.: “La corruzione nell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile”, en CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022, p. 137). Más en detalle, se observa que los instrumentos anticorrupción nunca han sido definidos como instrumentos de protección de los derechos humanos y viceversa, lo que ha impedido que los instrumentos de protección diseñados para los primeros se extiendan a la corrupción.

¹⁷ Algunos organismos individuales han identificado algunos vínculos (por ejemplo, con referencia a la tortura, el debido proceso). Un documento importante desde esta perspectiva es el “Final Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the Issue of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights” de 2015, <https://documents-dds-ny.un.org>, citado por TASCIONI, G.: “La corruzione nell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile”, cit., p. 145. Digno de consideración, en la perspectiva que nos ocupa, es también el Protocolo de 2014 sobre las enmiendas al Protocolo del Estatuto de la Corte Africana de Justicia, que en su artículo 28A establece que la Sala Penal de la Corte será competente para juzgar una serie de delitos, entre ellos el delito transnacional de corrupción (véase, también CADIN, R.: “Introduzione: Paesi e diritti umani”, cit., p. XII, quien señala que esta norma aún no ha entrado en vigor).

Volviendo a las fuentes internacionales sobre el tema de la corrupción, véase la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción de 2003 (“Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 mediante la resolución no. 58/4, firmada por el Estado italiano el 9 de diciembre de 2003), instrumento jurídico universal contra la corrupción, y el “Convenio penal” sobre la corrupción del Consejo de Europa de 1999 (“Convenio penal sobre la corrupción”, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, 12G0128), cuyo preámbulo reconoce la corrupción como *“una amenaza para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, socava los principios de buen gobierno, equidad y justicia social, distorsiona la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y socava la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad”*. Por último, el Convenio de la OCDE de 1997 contra la corrupción de agentes públicos extranjeros (“Convenio relativo a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”) también se considera el “acto fundador de un nuevo campo del derecho anticorrupción”. En este sentido, véase CADIN, R.: “Introduzione: Paesi e diritti umani”, cit., p. XVI.

¹⁸ CADIN, R.: “Introduzione: Paesi e diritti umani”, cit., p. XVI. Sobre los instrumentos jurídicos supra nacionales en la lucha contra la corrupción, véase MONGILLO, V.: “Il ‘sacchetto d’oro””, cit., pp. 1 y ss.

¹⁹ Véase también el considerando 1 de la ‘Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo “relativa a la lucha contra la corrupción”’, citada anteriormente, p. 14.

²⁰ PEIRONE, F.: “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply To Anne Peters”, en *European Journal of International Law*, Vol. 29, n.º 4, 2018, p. 1297, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy069>.

²¹ Recientemente, el Informe de acompañamiento de la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 2-3, señala la correlación existente entre la trata de seres humanos, la asociación ilícita y la corrupción y cómo esta última puede dificultar la detección de los autores de tales delitos, especialmente si las autoridades encargadas de identificar a las víctimas están implicadas en la propia corrupción.

²² La conexión entre desarrollo sostenible y corrupción también ha encontrado reconocimiento oficial en la Agenda 2030 de la ONU. De hecho, como parte de un camino que ya se había iniciado en la Cumbre de la ONU de 2010, surgió la necesidad compartida de adoptar un enfoque holístico del desarrollo sostenible que tuviera en cuenta los derechos

Pues bien, precisamente su naturaleza de “vigilado especial”²³ convierte a la propia corrupción en un interesantísimo laboratorio para analizar las tendencias recientes en materia de *compliance* penal²⁴. Centrando la atención en el sistema italiano, en este sector específico, encuentra expresión la inclinación de las empresas a situar el “Modelo de Organización, Gestión y Control” (“sistema organizativo” de las entidades regulado por los artículos 6-7 del Decreto Legislativo n.º 231/2001)²⁵ en la base de “complejos procesos

humanos y la sostenibilidad. Esto llevó a la inclusión del Objetivo 16, que representa una novedad absoluta y, dentro de él, del subobjetivo 16.5, que incluye la lucha contra la corrupción en el objetivo de la sostenibilidad y los derechos humanos (véase Asamblea General de la ONU, “Resolución adoptada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015”). El Objetivo 16 puede considerarse una norma revolucionaria, aunque tiene varias limitaciones según algunos autores (TASCIONI, G.: “*La corruzione nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*”, cit., pp. 147 y ss.).

Consideremos además que en octubre de 2022 el Comité Empresarial Anticorrupción de la OCDE presentó el “Manifiesto Zero Corruption. que propone un nuevo objetivo de sostenibilidad para la agenda 2030 de la ONU: ODS18CorrupciónCero. Según Transparencia, de hecho, el valor de la lucha contra la corrupción es una línea roja que atraviesa los 17 objetivos de sostenibilidad, pero si no se hace explícito no puede realmente “iluminar” a los demás (Transparencia Internacional Italia, *ODS18 Zero Corruption*, cit., p. 14).

²³ Es incuestionable cómo la corrupción y muchos delitos contra la Administración pueden ser reconducidos, desde la perspectiva del Derecho Penal, a la categoría de “especialmente vigilados” de acuerdo con una tendencia que, en Italia, se ha desarrollado a lo largo de los años en al menos cinco directrices. La primera es la que se refiere al Derecho Penal sustantivo en sentido estricto, donde se ha producido una intensa anticipación del umbral de intervención penal. En este punto, considérese, por ejemplo, la reforma del artículo 318 del Código Penal italiano, que hoy castiga el cohecho desvinculado del concreto acto objeto de contraprestación, así como el tráfico de influencias ilícitas y la incorporación por éste del *milantato* crédito, que castigan la mera intermediación ilícita ejercida sobre la base de relaciones existentes o meramente afirmadas con un empleado público (artículos 318 y 346 bis del Código Penal, respectivamente). La segunda línea de intervención es la puramente sancionador-represiva, que se instrumenta aumentando la severidad del arsenal sancionador (penas principales y accesorias) del cohecho y otros delitos conexos, complementando la pena con otras consecuencias sancionadoras (por ejemplo, la reparación *ex* artículo 322 *quáter* del Código Penal), haciendo más oneroso el acceso a instituciones como “*patteggiamento*”, “*sospensione condizionale*” etc. (artículo 444, párrafo 1-*ter* del Código de Procedimiento Penal; artículo 165, párrafo 4 del Código Penal italiano) y reforzando las medidas de confiscación y prevención (es. artículo 322 *ter* del Código Penal italiano). El tercer nivel de intervención se refiere a la internacionalización llevada a cabo mediante la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del cohecho y otros delitos a los funcionarios europeos o pertenecientes a Administraciones extranjeras (artículo 322 *bis* del Código Penal italiano). La cuarta dimensión de la lucha contra la corrupción se refiere a la prevención y el *compliance* (la corrupción y los delitos contra la Administración Pública figuran entre los “*reati presupposto*” desde los orígenes del Decreto Legislativo n.º 231/2001; la corrupción y los delitos contra la Administración fueron entonces la base de las medidas públicas anticorrupción establecidas en la Ley n.º 190/2012). El quinto nivel de intervención es el que concierne al sistema procesal-penal y se refiere a la introducción de instituciones caracterizadas por una lógica de recompensa vinculada a la cooperación (artículos 323-*bis* y *ter* del Código Penal italiano), así como a la ampliación de las operaciones encubiertas (artículo 9, Ley n.º 146 de 16 de marzo de 2006). Para una visión detallada, véase PELISSERO, M.: “*L'evoluzione legislativa in materia di repressione della corruzione*”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bolonia, de próxima publicación (en 2024).

²⁴ Sobre el tema, para consideraciones generales, MONGILLO, V.: “‘Presente e futuro’ della compliance penale”, en *Sistema penale* (<https://www.sistemapenale.it>), 11 de enero de 2022; ESPOSITO, A.: “L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni”, en *Archivio Penale* (Web), n.º 2, 2021, <https://doi.org/10.12871/978883318105911>

²⁵ El “Modelo de Organización, Gestión y Control” -como se le conoce- es el resultado de una actividad de autorregulación. Representa un “sistema organizativo” regulado por los artículos 6-7 del Decreto Legislativo n.º 231/2001 (véase más abajo n.º 26). Este sistema organizativo consiste en normas de conducta, procedimientos, protocolos e instrumentos de control adoptados por la empresa para evitar que se cometan internamente las infracciones (los *crimini*) enumeradas en el mismo Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Como ya se sabe, por disposición expresa del Decreto Legislativo n.º 231/2001, si el “Modelo de Organización, Gestión y Control” es apreciado por el juez penal como idóneo y efectivamente implementado, su adopción por la empresa

organizativos con vocación “*ético-preventiva*” que van mucho más allá de las exigencias subyacentes al Decreto Legislativo n.º 231 ya mencionado²⁶ (es decir, reducir el riesgo de que los delitos enumerados en dicho decreto se produzcan en el transcurso de las actividades empresariales). Sin embargo, esta “interacción” entre sistemas de *compliance* que persiguen objetivos diferentes tiene peculiaridades en el “sector anticorrupción” que hacen que el sector mencionado sea en cierto modo ejemplar, incluso fuera de las fronteras²⁷, y al mismo tiempo especialmente problemático. Este aspecto se tratará con más detalle en las páginas siguientes que, como ya se ha anticipado, analizarán específicamente el sistema jurídico italiano.

2. BREVE DIGRESIÓN: EL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL” Y LOS CUATRO NIVELES DE LA PIRÁMIDE DE CARROLL. DE LA EMPRESA RENTABLE Y LEGAL A LA EMPRESA SOSTENIBLE

Demos un paso atrás. Es bien sabido que desde hace algún tiempo asistimos a la teorización de un rol social de la empresa a partir del cual está obligada no sólo a ser rentable, sino también a no perjudicar y promover los intereses de sujetos distintos de los socios y accionistas, como los *stakeholders* y la comunidad²⁸. Independientemente de los

excluye la responsabilidad de ésta en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001 por el delito que se haya producido (aun cuando dicho delito se encuentre entre los enumerados en dicho Decreto y los autores materiales del mismo sean empleados superiores o subordinados de la empresa que hayan actuado en su interés o en su provecho). De acuerdo con el planteamiento dominante, en efecto, en el caso de adopción previa y aplicación efectiva del “Modelo de Organización, Gestión y Control” no hay responsabilidad subjetiva de la entidad por el delito, es decir, no hay culpa de organización de la entidad en relación con el delito que se ha producido (de nuevo, aunque éste sea objetivamente imputable a la entidad porque el autor haya sido un alto directivo o subordinado de la entidad y exista un interés o ventaja de la entidad en el delito).

²⁶ El Decreto Legislativo n.º 231 de 08 de junio 2001 regula la responsabilidad administrativa por delitos de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las que carecen de personalidad jurídica. Sobre la base de esta normativa, por primera vez, las entidades colectivas (empresas, asociaciones) están llamadas a responder por los delitos enumerados en el mismo Decreto en un procedimiento penal y ante un juez penal. Los elementos estructurales de la responsabilidad de la entidad son, en pocas palabras: la comisión de un delito enumerado en el Decreto mencionado; la comisión de dicho delito por una persona superior o subordinada de la entidad; la existencia de un interés o ventaja de la entidad en el delito. Sobre el tema, ver de nuevo DE SIMONE, G.: *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012; MONGILLO, V.: *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Turín, 2018.

²⁷ Así lo demuestra, por ejemplo, la centralidad del “modelo italiano” dentro del Proyecto de I+D+i” PID2020-117526RB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033, UAB-Universidad Autónoma de Barcelona, en el que se enmarca esta contribución.

²⁸ MOLTENI, M.: “Corporate Social Responsibility”, en *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa, Le cose nuove del XXI Secolo, Vita e pensiero*, n.º 1, 2021, pp. 268 y ss. Como es bien sabido, lo que se afirma en el texto se refiere a las diferentes concepciones de la empresa que maduraron en el pensamiento económico después de la Segunda Guerra Mundial. La primera se remonta al modelo tradicional (concepción neoclásica) según el cual los gerentes de la empresa tienen obligaciones de lealtad exclusivamente hacia los accionistas y la responsabilidad de la empresa consiste únicamente en aumentar los beneficios en provecho de estos últimos. En esta lógica, se pueden emprender iniciativas sociales, pero sólo si son rentables de alguna manera (con vistas a no incurrir en multas coercitivas, a mejorar la reputación, etc.). Para este planteamiento, denominado “*stockholder view*”, véase FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*, Chicago, 2022 (ed. orig. 1962), <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226264189.001.0001>; Id., FRIEDMAN, M.: “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, en *New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970, pp. 1-2, donde leemos que “*In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical*

enfoques teóricos (ético o utilitarista²⁹) y de las conceptualizaciones (reactualización de la “Responsabilidad Social Corporativa” o adhesión a conceptos más modernos)³⁰, lo cierto es que a las empresas se les pide hoy con creciente insistencia que asuman objetivos que vayan más allá de los dos primeros niveles “básicos” de la Pirámide de Carroll, es decir, el clásico “producir riqueza sin violar las reglas del juego”³¹. Se trata de otros objetivos como la preservación de los bienes, derechos y libertades fundamentales, cuya salvaguardia es indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible que se ha convertido en una prioridad mundial y que, según se reconoce ahora, puede resultar socavado por la corrupción.

Por otra parte, si bien hoy en día no existe un verdadero deber jurídico general³² que vincule a las empresas en el sentido que acabamos de indicar, sí que existen numerosos mecanismos que incentivan un modelo de empresa ético y “moral”. Baste considerar a este

custom. Of course, in some cases his employers may have a different objective. A group of persons might establish a corporation for an eleemosynary purpose – for example, a hospital or a school. The manager of such a corporation will not have money profit as his objective but the rendering of certain services. In either case, the key point is that, in his capacity as a corporate executive, the manager is the agent of the individuals who own the corporation or establish the eleemosynary institution, and his primary responsibility is to them”. La segunda concepción, en cambio, parte de la idea de que los gerentes de la empresa deben tomar decisiones éticas a diario en beneficio de toda la comunidad; su relación fiduciaria incluye también a los stakeholders (trabajadores, clientes, proveedores, la comunidad local, etc.). Estos últimos, al haber invertido tiempo y recursos en la empresa, tienen también intereses legítimos. Por lo tanto, en esta perspectiva, sería tarea de los gerentes coordinar y mantener en equilibrio los intereses dentro y fuera de la empresa. Este segundo enfoque se denomina “stakeholder views” (véase FREEMAN, R.E.: “A Stakeholder Theory of the Modern Corporation”, en CLARKSON, M.: *The Corporation and Its Stakeholders: Classic and Contemporary Readings*, Toronto, 1998, <https://doi.org/10.3138/9781442673496-009>; el pensamiento fue expuesto originalmente por el autor en *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Pitman Series), Marshfield, MA, 1984, como recuerda D’ORAZIO, E.: “Responsabilità sociale ed etica d’impresa”, en *Notizie di Politeia*, Vol. XIX, 2003, p. 26) y se basa -según algunos teóricos- en la teoría del “contrato social” (cf. RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, 1999 (ed. orig. 1971), <https://doi.org/10.4159/9780674042582>).

²⁹ Véase D’ORAZIO, E.: “Responsabilità sociale ed etica d’impresa”, cit., pp. 3 y ss.

³⁰ Para algunos, se trata de la “Responsabilidad Social de las Empresas” (RSE), un concepto que ha vuelto a cobrar actualidad a la luz de los retos mundiales y que guarda relación de continuidad con conceptos modernos como ESG (Environmental, Social, Governance); para otros, la RSE es una categoría obsoleta: MOLTENI, M.: “Corporate Social Responsibility”, cit., pp. 268 y ss.

³¹ Archie B. Carroll fue uno de los primeros teóricos que intentó sistematizar el concepto de Responsabilidad Social de las Empresas, organizando los posibles comportamientos que puede tener la empresa en cuatro niveles que responden respectivamente a los siguientes mandatos: “be profitable”, “obey the law”, “be ethical” e “be a good corporate citizen”. Cuanto más se acerque al último nivel, más representa la empresa un modelo de empresa ética. Sobre los cuatro niveles de la pirámide de Carroll, véase D’AVANZO, E., CONSORTE, F., BORGONOV, E.: “A management profile for ethical choices. A thought experiment and a causal model to test an “organisational system” based on the Legislative Decree No 231/2001”, en CASTALDO, S., UGOLINI, M., VERONA, G. (eds.): *Referred Electronic Conference Proceedings of Sinergie-SIMA Management Conference Boosting Knowledge & Trust for a Sustainable Business, June 30th and July 1st 2022, University of Bocconi, Milan* (<https://www.sijmsima.it>), Verona, 2022, pp. 139 y ss.

³² Según el documento “Corporate Social Responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law”, published by the Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, todavía no existe en la legislación europea la obligación de que todas las empresas desarrollen su actividad de forma respetuosa con el medio ambiente y los derechos humanos. En general, el estudio concluye que “Le legislazioni nazionali in particolare non prevedono obblighi e compiti generali che tutti i consigli di amministrazione devono assolvere al fine di prevenire, individuare prontamente e mitigare i rischi riguardanti i diritti umani e gli abusi ambientali nelle loro stesse imprese, nelle società da esse controllate e nella loro catena di approvvigionamento e nemmeno le iniziative tra gli Stati membri stabiliscono meccanismi di attuazione e rimedi giuridici per le vittime di illeciti compiuti dalle società o prevedono sanzioni in caso di non conformità, per cui l’RSI continua ad essere un’iniziativa di natura ampiamente volontaria” (p. 2, documento de síntesis en la versión en lengua italiana, <https://www.europarl.europa.eu>).

respecto la proliferación de normas que prevén la divulgación de información no financiera³³ y lo mucho que esta información, además de repercutir en la imagen de la entidad, puede condicionar concretamente a los inversores, las compañías de seguros y de calificación, los organismos de financiación, etc.³⁴. No es casualidad que se hable de una versión “moderna” de la tan ambigua y discutida³⁵ “Responsabilidad Social Corporativa”³⁶ o de una acepción “estratégica”³⁷ de este concepto, según la cual las empresas deben responder a *las nuevas exigencias del mercado* en el ámbito social y medioambiental para preservar su competitividad y aumentar su valor³⁸.

3. EVALUACIÓN DE RIESGOS MÁS ALLÁ DE LA DIMENSIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA: COMPLIANCE LEGAL Y CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

Pues bien, todo ello exige a las empresas³⁹, además de una gobernanza *ad hoc*, una *compliance* construida sobre una evaluación y gestión específicas de los riesgos que ya no son los estrictamente ligados a los resultados económicos y financieros⁴⁰. Iniciada “obligatoriamente” en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo⁴¹, y respaldada por

³³ Además del artículo 2428 del Código Civil italiano, piénsese en los estatutos de las sociedades “Benefit” (apartado 382 del artículo 1 de la Ley n.º 208, de 28 de diciembre de 2015. y en las declaraciones no financieros a que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 254/2016. Sobre el tema véase RACUGNO, G., SCANO, D.: “Il dovere di diligenza ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo”, en *Riv. Soc.*, n.º 4, 2022, pp. 726 y ss.

³⁴ RACUGNO, G., SCANO, D.: “Il dovere”, cit., pp. 726 y ss.

³⁵ Sobre las diferentes conceptualizaciones de la “responsabilidad social de las empresas” y las controversias que han rodeado a este concepto desde sus orígenes, véase JAMALI, D.: “A Stakeholder Approach to Corporate Social Responsibility: A Fresh Perspective into Theory and Practice”, en *Journal of Business Ethics*, n.º 82, 2008, pp. 213 y ss., <https://doi.org/10.1007/s10551-007-9572-4>.

³⁶ Con la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia renovada de la UE 2011-14 sobre la responsabilidad social de las empresas”, COM(2011) 681 def., <https://eur-lex.europa.eu>, la Comisión Europea propuso una nueva definición de la RSE como “la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”.

³⁷ FAGGIANO, O.: “CSR strategica: valore condiviso per la ripresa”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2022, pp. 60 y ss.

³⁸ FAGGIANO, O.: “CSR strategica”, cit., p. 69.

³⁹ La literatura señala que los vectores fundamentales para la integración de la sostenibilidad en las actividades empresariales son la gobernanza y el *compliance* (PUTZU, G., CARNA', A.R.: “Gli indicatori ESG e il d.lgs. 231/2001. L'integrazione dei presidi di controllo a servizio della sostenibilità e della prevenzione del rischio-reato”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2022, pp. 93 y ss.). El primero puede, de hecho, definir las acciones de las empresas mediante el establecimiento de objetivos compatibles con una gestión del riesgo que también tenga en cuenta los factores ESG; el segundo puede definir controles que tengan como objetivo una gestión del riesgo integrada con la sostenibilidad.

⁴⁰ Sobre el hecho de que el riesgo derivado de la ilegalidad se haya convertido ahora en un verdadero riesgo empresarial, véase FLICK, G.M.: “Governance and corruption prevention: from public to private”, www.camerepenali.it, 2015, p. 7.

⁴¹ A este respecto, la primera referencia legislativa (revolucionaria) es el Decreto Legislativo n.º 626, de 19 de septiembre de 1994, “Attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE e 90/679/CEE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro”. Véase hoy el Decreto Legislativo n.º 81, de 9 de abril de 2008, “Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”.

disposiciones constitucionales⁴², esta *tendencia* se expresó en primer lugar en la afirmación de una estrategia de “*risk assessment*” funcional para evitar incurrir en el riesgo de “*non compliance*”⁴³. Esto se expresa, por ejemplo, en las normas técnicas “UNI ISO” que recogen las buenas prácticas sobre las que construir los diversos sistemas voluntarios de gestión sobre medio ambiente, seguridad en el trabajo, seguridad alimentaria, prevención de la corrupción, etc.⁴⁴. Sin embargo, esta misma *tendencia* ha evolucionado recientemente, yendo más allá del riesgo de “incumplimiento legislativo” para incluir los riesgos de “desarrollo”. Desde este punto de vista, es muy significativa la Directiva sobre la *Corporate Sustainability Due Diligence*⁴⁵ -recientemente aprobada por el Parlamento Europeo (24 de abril de 2024) después del acuerdo alcanzado entre el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo el pasado 14 diciembre 2023 - que prevé que las empresas obligadas⁴⁶ realicen una *due diligence* específica en materia de sostenibilidad, esta vez con una verificación inicial de los impactos adversos reales y potenciales sobre el medio ambiente y los derechos humanos. No en vano, se habla de “*sustainable business model*”⁴⁷ y de “éxito sostenible”, entendido como “*obiettivo che guida l’azione dell’organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società*”⁴⁸. En la práctica, en la misma línea se sitúan las licitaciones públicas que, a la hora de puntuar a los candidatos, dan cada vez más ventajas (puntos adicionales) a los que han cumplido la norma internacional SA 8000 sobre “Responsabilidad Social Corporativa”.

⁴² Se trata de disposiciones constitucionales que equilibran la libertad de empresa con la necesidad de proteger y promover otros valores, entre los que recientemente se ha incluido el medio ambiente. El nuevo párrafo del Artículo 9 de la Constitución italiana, introducido por el Artículo 1, Párrafo 1 de la Ley Const. 11 de febrero de 2022, establece que la República “*Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*”; siempre gracias a la ley que acabamos de mencionar, art. 2, se modifica el art. 41 de la Constitución, que hoy dispone que “[I] *L’iniziativa economica privata è libera. [II] Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. [III] La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*”.

⁴³ Sobre el “*compliance legal*” como “medio” para evitar sanciones y otras consecuencias negativas relacionadas, como las reputacionales, véase MONGILLO, V.: “*“Presente e futuro”*”, cit., p. 2.

⁴⁴ Pensemos, por ejemplo, en la ya famosa norma UNI ISO 37001 sobre la que habla DE NICOLA, A.: “*Lo standard ISO 37001 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione tra privati*”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell’anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).

⁴⁵ Sobre el tema, véase CATALANO, L., SACCO, M.P.: “*Modelli 231 e proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability due Diligence: Quali possibili interazioni?*”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2022, pp. 307 y ss.; RACUGNO, G., SCANO, D.: “*Il dovere di diligenza*”, pp. 726 y ss.

⁴⁶ Directamente, sólo las “grandes” empresas que cumplen determinados requisitos están obligadas a cumplirla; indirectamente, sin embargo, a través de cláusulas contractuales, todas las empresas de la cadena de suministro deben cumplir la directiva. Estas cláusulas transfieren ciertas obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad a los socios comerciales, con la posibilidad de suspender temporalmente o poner fin a la relación en caso de incumplimiento no resuelto. Para un resumen, véase CATALANO, L., SACCO, M.P.: “*Modelli 231*”, cit., pp. 308-309 (es necesario precisar, sin embargo, que el texto de la directiva sujeta a aprobación ha sido modificado respecto al original).

⁴⁷ PUTZU, G., CARNA, A.R.: “*Gli indicatori ESG*”, cit., pp. 93 y ss.

⁴⁸ Codice di Corporate Governance delle Società Quotate, 2020, www.borsaitaliana.it, p. 4. La traducción literal es la siguiente: “*el objetivo que guía la actuación del consejo de administración, que es la creación de valor a largo plazo en beneficio de los accionistas, teniendo en cuenta los intereses de otras partes interesadas relevantes para la empresa*”.

4. MÁS ALLÁ DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 231/2001: EL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL” COMO MATRIZ DE TRAYECTORIAS ORGANIZATIVAS COMPLEJAS

Entonces, si, por un lado, a la luz de lo que se ha puesto de manifiesto, existe una incuestionable movilización de las empresas a favor de una evaluación y gestión de los riesgos no “tradicionales”, por otro lado, también cabe señalar que es precisamente el Modelo de Organización previsto en el Decreto Legislativo n.º 231/2001, aunque remontable al “*compliance legal*”⁴⁹, el que ha iniciado esta ampliación del concepto de riesgo empresarial incluyendo también los riesgos para terceros ajenos a la entidad y los riesgos de desarrollo tecnológico. Y ello porque el Decreto citado anteriormente ha impulsado fuertemente a las empresas a ocuparse de una nueva categoría de riesgos, los riesgos derivados de los delitos que pueden cometer sus empleados, dado que si tales delitos figuran en la lista del Decreto Legislativo n.º 231/2001, pueden imputarse a las mismas empresas responsables directamente en un proceso penal (si se cumplen las condiciones previstas en el citado Decreto); en consecuencia, hoy en día las empresas deben también preocuparse de aquellos derechos y libertades de los *grupos de interés* que los “delitos presupuestos” (es decir, los delitos previstos por el Decreto Legislativo n.º 231/2001) tutelan y que protegen de forma cada vez más extensa y variada debido a su constante ampliación por el legislador⁵⁰. Pues bien, tal vez sea precisamente esta función “revolucionaria” del “Modelo de Organización” la que le ha llevado a ser elegido por las empresas como *matriz* de trayectorias organizativas mucho más amplias que la contemplada en el Decreto Legislativo n.º 231/2001⁵¹, como las orientadas a la protección de los derechos humanos y al desarrollo sostenible⁵². Ello se debe, sin duda, por un lado, a pesar de las diferencias, a la parcial coincidencia de objetivos entre el “Modelo de Organización” y otras formas de cumplimiento ético⁵³; y, por

⁴⁹ Sobre el “*compliance penal*”, que debe entenderse como una subcategoría fundamental de “*compliance legal*”, habida cuenta de que es precisamente el Derecho penal el que ha determinado el injerto de la prevención a través de la organización en la cultura y la organización empresarial (con el Decreto Legislativo n.º 231/2001), véase MONGILLO, V.: “*Presente e futuro*”, cit., pp. 2-3. Sobre las particularidades del sistema sancionador introducido para las entidades por el Decreto n. 231/2001, véase MAUGERI, A.M.: *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Turín, 2022.

⁵⁰ PUTZU, G., CARNA', A.R.: “*Gli indicatori ESG*”, cit., pp. 93 y ss. Destaca cómo hipotetizar un “Modelo de Organización, Gestión y Control” adecuado para prevenir los ilícitos es ahora como hipotetizar un antibiótico de “espectro completo”, MANES, V.: “*Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*”, en *Giur. comm.*, n.º 4, 2021, p. 636.

⁵¹ Destaca cómo el “Modelo de Organización, Gestión y Control” representa un amplio contenedor o una especie de marco en el que coordinar diversos sistemas de *compliance*, ESPOSITO, A.: “*L'impetuosa avanzata*”, cit., pp. 15 y ss.

⁵² Sobre el “Modelo de Organización, Gestión y Control” como lugar ideal para iniciar un “*compliance integrado*” adecuado para incorporar instancias ESG y requisitos de sostenibilidad, véase PUTZU, G., CARNA', A.R.: “*Gli indicatori ESG*”, cit., pp. 93 y ss.; CATALANO, L., SACCO, M.P.: “*Modelli 231*”, cit., pp. 307 y ss.

⁵³ Por un lado, se ha puesto de relieve cómo el enriquecimiento de los modelos empresariales con fines ético-sociales representa una “ayuda” para alcanzar el estándar de idoneidad y aplicación efectiva del “Modelo de Organización, Gestión y Control” (así, por ejemplo, en relación con la adquisición del título de sociedad “Benefit” ex art. 1, apartados 376-384, l. 208/2015, véase PIVA, D.: “*Brevi cenni a vantaggi e rischi della società benefit ex d.lgs. 231/2001*”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2022, pp. 21 y ss.); por otro lado, se ha hecho hincapié en el hecho de que la adopción e implementación del “Modelo de Organización, Gestión y Control” puede ser funcional para “poner en marcha” una empresa sostenible (desde este último punto de vista, véase PUTZU, G., CARNA', A.R.: “*Gli indicatori ESG*”, cit., p. 93 y ss.).

otro lado, a las “oportunidades”⁵⁴ que se derivan de la adopción y aplicación del propio Modelo-231 ya citado, en términos de exención o atenuación de la responsabilidad “parapenal” introducida y disciplinada por el Decreto del 2001 mencionado en varias ocasiones⁵⁵ y en términos de su relevancia práctica. No olvidemos, desde este último punto de vista, que la adopción de la forma organizativa prevista en el Decreto Legislativo n.º 231/2001 (es decir el “Modelo de Organización, Gestión y Control” ya mencionado) se considera cada vez más un requisito decisivo en las relaciones con determinados interlocutores (por ejemplo, bancos y Administración Pública) y que su adopción/implantación permite, además de reducción de las primas del seguro⁵⁶ e incentivos económicos⁵⁷, la posibilidad de obtener *puntuaciones* decisivas incluso dentro de circuitos empresariales estratégicos⁵⁸, como los relacionados con la sostenibilidad⁵⁹. También desde un punto de vista práctico, además, al pretender evitar *a priori* la comisión de los delitos enumerados en el Decreto Legislativo n.º 231/2001, el Modelo de Organización no solo sirve para impedir las sanciones previstas en el Decreto n.º 231/2001 (sanción pecuniaria, confiscación, sanciones interdictivas, publicación de la sentencia en caso de condena), sino también todas aquellas “penas ocultas”, potencialmente letales para la entidad, diseminadas por el ordenamiento jurídico. Me refiero, por ejemplo, a las cláusulas contractuales que, utilizadas por las empresas que disponen de un Modelo-231, imponen cada vez más la rescisión de la relación con los socios comerciales en caso de que se declare la responsabilidad *ex* Decreto n.º 231 de los propios socios (por ejemplo, los proveedores).

Por otra parte, continuando con la cuestión de la utilidad del Modelo de Organización para responder a finalidades que van mucho más allá *del compliance-231*, es innegable que este sistema organizativo tiene también una fuerte dimensión “ética”⁶⁰. Ciertamente, encuentra su expresión en el código ético (documento que suele inspirar el “sistema organizativo” previsto en el Decreto Legislativo n.º 231/2001 o incluso, en ocasiones, constituye un componente del mismo y que establece los valores y las políticas adoptadas por la empresa) y en la formación del personal de la misma, destinada a estimular una cultura sensible no sólo

⁵⁴ Así, recientemente, Trib. Milán, X Penal, 25 mayo 2023 (6 de marzo 2023), n.º 3314, <https://www.giurisprudenzapenale.com>, 30 mayo 2023, p. 203.

⁵⁵ Véanse, en particular, los artículos 6-7 y 11 y siguientes del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

⁵⁶ Por ejemplo, el “Modelo de Organización, Gestión y Control” es uno de los requisitos para solicitar y obtener, en determinadas condiciones, una reducción de las primas del seguro INAIL, es decir, el coste del seguro que pagan los empresarios contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de sus empleados (nos referimos al procedimiento “Formulario OT/23”).

⁵⁷ Considérese a este respecto el artículo 30, apartado 6, del Decreto Legislativo n.º 81/2008.

⁵⁸ Piénsese en la calificación de legalidad a que se refiere el Decreto Ley n.º 1, 24 de enero 2012, convertido con modificaciones en la Ley de 24 de marzo de 2012, n.º 27, sub Art. 5-ter (*Rating di legalità delle imprese*) relevante en la concesión de financiación pública y acceso al crédito bancario.

⁵⁹ Un ejemplo es el “*rating EcoVadis*”, en el que se evalúa el “sistema de gestión de la sostenibilidad implantado en la empresa”. Más concretamente, “*ecovadis.com*” es una plataforma internacional de calificación de la ecosostenibilidad, que se basa en la asignación de puntuaciones específicas a cada concreta empresa, puntuaciones gracias a las cuales las empresas registradas adquieren una gran visibilidad ante los clientes potenciales interesados en el grado de sostenibilidad de sus cadenas de suministro. El rendimiento se calcula en relación con cuatro macrosectores, a saber, Medio Ambiente; Trabajo y Derechos Humanos; Ética; y Compras Sostenibles. La pertinencia del “Modelo de Organización, Gestión y Control” no está formalizada, sino demostrada por la experiencia práctica; agradecemos la empresa MG2 S.r.l. (Bolonis, IT) su testimonio a este respecto (<https://www.mg2.it/company/quality>).

⁶⁰ Nos remitimos de nuevo a D'Avanzo, E., Consorte, F., Borgonovi, E.: “A management profile”, cit., pp. 93 y ss.

al respeto de la legalidad, sino también a los valores codificados en el código ético, antes mencionados. No menos “éticas” son entonces las normas de conducta, los protocolos y los procedimientos preventivos que complementan la parte especial del “Modelo de Organización, Gestión y Control” destinada a prevenir los que en Italia se denominan “rischi-reato” (es decir, los delitos enumerados en el Decreto n. 231/2001 por cuya comisión la entidad puede ser condenada por el juez penal). Al intervenir, de hecho, como medidas cautelares a una distancia sideral del ilícito, acaban censurando conductas que -en sí mismas consideradas- son, más que ilegales, simplemente incorrectas y a menudo potencialmente capaces de socavar los objetivos de protección de otras formas de *compliance* de carácter más estrictamente ético-moral.

5. ANTICORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA: PROBLEMAS DE COEXISTENCIA EN EL SENO DEL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL”

En línea con lo observado hasta ahora, está el cumplimiento de la normativa “anticorrupción”. El fenómeno de la corrupción, de hecho, es desde hace tiempo uno de los “nuevos” riesgos empresariales evaluados y gestionados a nivel organizativo, tanto en su dimensión “riesgo-delito” (piénsese en el “Modelo de Organización, Gestión y Control”⁶¹) como desde una perspectiva “más amplia y menos técnica” (piénsese en UNI ISO 37001⁶²) y en su calidad de fenómeno “macro” capaz de socavar el desarrollo sostenible (Agenda 2030 de la ONU⁶³). Por lo tanto, no es de extrañar que el legislador introdujera un sistema específico de *compliance*⁶⁴ hace años, dedicado precisamente a la propia corrupción. Se trata de un sistema con una estructura compleja, basado en tres pilares distintos pero interconectados⁶⁵, uno de los cuales, a saber, el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción, representa un arquetipo organizativo que, si bien presenta similitudes e incluso solapamientos⁶⁶ con el

⁶¹ Porque el cohecho y otros delitos contra la Administración Pública están recogidos en el Decreto Legislativo n.º 231/2001 y, por tanto, entre los delitos que las empresas deben tratar de prevenir a nivel organizativo mediante el “Modelo de Organización, Gestión y Control” para evitar posibles responsabilidades penales.

⁶² En su definición de “corrupción”, la norma UNI ISO 37001, “Sistemas de gestión para la prevención de la corrupción, requisitos y orientación para su uso” (versión italiana de diciembre de 2016), utiliza una fórmula sintética amplia y genérica, que no contempla necesariamente la presencia de un agente público y que se remite no solo a lo dispuesto en la legislación vigente, sino también a lo que la entidad establezca dentro del propio sistema de gestión (véase el apartado 3.5).

⁶³ Como ya se ha puesto de manifiesto, la conexión entre desarrollo sostenible y corrupción ha encontrado reconocimiento oficial en la Agenda 2030 de la ONU (subobjetivo 16.5).

⁶⁴ La referencia es a la llamada “anticorrupción pública”, introducida por la Ley n.º 190/2012 (en parte, véase el artículo 1, apartado 2 *bis* y siguientes). En general sobre el tema, CERIONI, F., SARCONI, V. (eds.): *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milán, 2019; GULLO, N.: “La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana”, en *Dir. e proc. amm.*, n.º 4, 2017, pp. 939 y ss.; CINGARI, F.: *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Turín, 2012; MATTARELLA, B.G., PELISSERO M. (eds.): *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Turín, 2013.

⁶⁵ A diferencia del “Modelo de Organización, Gestión y Control”, el “sistema público de anticorrupción” consta de tres pilares: anticorrupción en sentido estricto, transparencia y normas sobre conflictos de intereses. Véase sobre este punto, CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., pp. 79-132; MONGILLO, V., PARISI, N.: “L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, “socialmente pericolosa” e mafiosa: alla ricerca di un disegno”, en *Rassegna economica*, 2019, pp. 192 y ss.

Modelo de Organización-231⁶⁷, difiere de este último en muchos aspectos y, en parte, en su finalidad⁶⁸.

⁶⁶ Ambos sistemas expresan la lógica de la prevención de los fenómenos ilícitos “a través de la organización empresarial”, incluidos muchos de los delitos contra la Administración Pública; en ambos casos estamos en presencia de mecanismos de atribución de responsabilidad o de exención de responsabilidad (el Modelo-231, sin embargo, pretende incidir en la responsabilidad del Decreto Legislativo n.º 231/2001 de la entidad por los delitos enumerados en el mismo decreto, mientras que el Plan Trienal incide en la responsabilidad de personas físicas concretas, en particular del “*Responsabile della Prevenzione della Corruzione*” (véase nota n.º 68); en ambos casos la idoneidad del sistema organizativo se evalúa desde una perspectiva *ex ante* y se basa en la dimensión (más o menos) personalizada de la organización con respecto a las características de la entidad concreta; en ambos casos la institución de canales y mecanismos de información de las irregularidades por parte del empleado ocupa un lugar central.

⁶⁷ Se refiere a la parte del “Modelo de Organización, Gestión y Control” dedicada a la prevención de delitos contra la Administración Pública: artículos 24 y 25 del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

⁶⁸ El Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT), de forma similar al “Modelo de Organización, Gestión y Control”, expresa una estrategia de lucha contra los fenómenos ilícitos en clave preventiva, implementada mediante la organización del sujeto colectivo, que está flanqueada por el instrumento represivo (de nuevo CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni, cit., p. 79 y ss.*). En el caso del Decreto Legislativo núm. 231/2001, sin embargo, la represión se dirige a las entidades colectivas destinatarias de modo autónomo (respecto del autor del delito) y directo a partir de su propia responsabilidad culpable por el delito cometido (Casación Penal, Sec. VI, 11 de noviembre de 2012, núm. 23401, p. 11-12); se trata de una responsabilidad contigua a la penal (Casación Penal, SS.UU., 18 de septiembre de 2014-ud. 24 de abril de 2014, núm. 38343, ThyssenKrupp); es una responsabilidad que se establece en el marco de un proceso penal por el tribunal penal. Por el contrario, en el caso de la Ley n.º 190/2012, la dimensión represiva se dirige a la persona física, es decir, al Responsable de Prevención, que es responsable (en caso de corrupción definitivamente constatada) en virtud del artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 165/2001 a nivel disciplinario y por el daño a la imagen de la Administración Pública y a la Hacienda Pública, salvo que pruebe la adopción previa de un Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) cuya ejecución haya supervisado (véase el artículo 1, apartado 12 de la Ley n.º 190/2012).

Una vez más, para ilustrar las diferencias, en el caso de la responsabilidad *ex* Decreto Legislativo n.º 231/2001, el hecho que debe evitarse debe ser uno de los ilícitos expresamente enumerados por el propio Decreto, es decir, cientos de casos previstos para proteger decenas de bienes jurídicos y no sólo la buena actuación y la imparcialidad de la Administración Pública; además el delito debe haberse cometido también en interés o en beneficio de la empresa por un alto directivo o subordinado de la misma. En cambio, el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción sirve para reducir el riesgo de delitos contra la Administración Pública, pero también de fenómenos ilícitos de naturaleza no penal e incluso de actos de mala administración en perjuicio de la propia Administración Pública o de una entidad considerada equivalente por la ley (sobre la distinta naturaleza de los fenómenos ilícitos que ambos sistemas pretenden prevenir, véase, ya en 2013, ROSSI, A.: “*I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*”, en *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 44 y ss.). Además, la adecuación y aplicación efectiva del “Modelo de Organización, Gestión y Control” no siempre es suficiente para excluir la responsabilidad de la entidad por la infracción subyacente; de hecho, si actuó un alto directivo, el Organismo debe probar también que eludió fraudulentamente el “Modelo de Organización, Gestión y Control” (TRIPODI, A.F.: “*L’elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*”, en AMATI, E., FOFANI, L., GUERINI, T. (eds.): *Scritti in onore di Nicola Mazzacava*, Pisa, 2023, pp. 625 y ss.). Por otro lado, este requisito no es exigido por la Ley n.º 190/2012 para la exención del Responsable de Prevención. En este último caso, en efecto, para obtener la exención de responsabilidad -en caso de que se constate un acto corrupto- basta con que el Responsable de Prevención acredite que la empresa pública en la que está incardinado ha adoptado e implantado un idóneo Plan Trienal.

Nuevamente, el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción es de carácter obligatorio y, en caso de no ser adoptado, el órgano de gobierno que debió hacerlo resulta responsable (Art. 1, inciso 8, Ley n.º 190/2012; Art. 19, inciso 5, let. b), Decreto-Ley n.º 90, de 24 de junio de 2014, convertido en Ley, con modificaciones por el Art. 1, inciso 1, Ley n.º 114/2014). Por otro lado, el “Modelo de Organización, Gestión y Control” es de carácter facultativo y no existen sanciones por la no adopción/implementación en sí mismo.

Los efectos resultantes de la adopción de los dos sistemas son entonces diferentes: el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) tiene un efecto eximente en beneficio del Responsable de Prevención en caso de corrupción (véase más arriba); el “Modelo de Organización, Gestión y Control”, en cambio, si se adopta, se adecua y

Más concretamente, gracias al Plan Trienal mencionado, se ponen en marcha toda una serie de medidas de organización preventivas⁶⁹ por parte de las Administraciones Públicas y, especialmente, de las entidades privadas relacionadas con ellas, como las empresas controladas por la Administración o *in house*⁷⁰, dirigidas a reducir el riesgo de corrupción y a evitar la comisión de los delitos contra la Administración Pública tipificados en el Código

se aplica, tiene un efecto eximente (o un efecto atenuante de la respuesta sancionadora) en beneficio de la empresa (véanse los artículos 6-7; 12 y 17 del Decreto Legislativo n.º 231/2001).

Ambos sistemas contemplan órganos de control que, sin embargo, tienen tareas diferentes y, por lo tanto, características distintas. La Ley n.º 190/2012 establece como órgano público de control anticorrupción al Responsable de Prevención de la Corrupción, es decir, una persona 'interna', perteneciente a la entidad con cargo directivo (artículo 1, apartado 7, Ley n.º 190/2012). Además, esta figura (además de velar por la aplicación del Plan, supervisar su idoneidad y ejecución) debe proponer el propio Plan al órgano designado para su aprobación (artículo 1, apartados 8 y 10, Ley n.º 190/2012). El Responsable de Prevención de la Corrupción también es responsable en caso de incumplimiento reiterado de las medidas de prevención establecidas en el Plan Trienal (de conformidad con el artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 165/2001 y a nivel disciplinario), a menos que demuestre que ha notificado a las oficinas competentes las medidas a adoptar y los procedimientos pertinentes y que ha supervisado el cumplimiento del Plan Trienal. Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 231/2001, al establecer la figura del Organismo de Vigilancia (ODV), dispone que sus funciones son supervisar el funcionamiento y el cumplimiento de los modelos y velar por su actualización, sin prever ni su participación en la elaboración del “Modelo de Organización, Gestión y Control” ni ningún tipo de responsabilidad específica en caso de omisión de supervisión y/o de comisión de presuntas infracciones (véanse los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo n.º 231/2001). Con la excepción de la responsabilidad contractual, la supervisión omitida o inadecuada de hecho sólo repercute en el efecto eximente para la sociedad, pudiendo perjudicarla (art. 6; ya en 2013, en este sentido, [ROSSI, A.: .I piani per la prevenzione”, cit., p. 49](#)). Una orientación ya aceptada es entonces que el ODV (Organismo de Vigilancia) debe ser siempre (además de estar dotado de profesionalidad) independiente y autónomo; no puede, por tanto, ostentar o ejercer poderes decisorios y operativos, sino que debe gozar de amplísimos poderes de iniciativa y control (véanse las Directrices de la Confederación de la Industria Italiana -en adelante, Confindustria- “Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”, giugno 2021, pp. 77-78); y, para un encuadramiento del Organismo de Vigilancia como sujeto que, a diferencia del Responsable de Prevención de la Corrupción, debe estar ontológicamente desprovisto de poderes operativos, decisorios y/o de gestión y que no debe supervisar episodios y conductas individuales y evitarlos, sino más bien controlar el correcto funcionamiento del sistema organizativo establecido de conformidad con el Decreto Legislativo n.º 231/2001 y, en caso necesario, informar de cualquier cuestión crítica al Consejo de Administración, véase [FUSCO, E., FRAGASSO, B.: “Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS”, en *Sistema penale* \(\[www.sistemapenale.it\]\(#\)\), 19 de octubre de 2020; \[BLAIOTTA, R.: “L'organismo di vigilanza: struttura, funzione e responsabilità”, en *Sistema penale*, \\[www.sistemapenale.it\\]\\(#\\), 16 de noviembre de 2021, pp. 3 y ss.; \\[ASSUMMA, B., LEI, M.: “Articolo 6”, en LEVIS, M., PERINI A. \\\(eds.\\\): *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna, 2021, pp. 252 y ss.\\]\\(#\\) Sobre la comparación y posible interacción entre el “Modelo de Organización, Gestión y Control” y el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia \\(PTPCT\\) véanse: \\[DI GREGORIO, G.: *Compliance “anticorruzione” e modelli ex d.lgs. n. 231/2001*, Nápoles, 2021 \\\(también puede consultarse en \\\[www.anticorruzione.it\\\]\\\(#\\\)\\\); \\\[ARENA, M.: “Piani di prevenzione della corruzione e modelli di organizzazione 231 nelle società a partecipazione pubblica”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 115 y ss.; \\\\[IPPOLITO, M.: “Società a partecipazione pubblica tra Piano per la prevenzione della corruzione ex l. 190/2012 e Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2014, pp. 53 y ss.; \\\\\[SARGENTI, M.: “L'applicazione della l. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 81 y ss.; \\\\\\[IPPOLITO, M.: “Le attività di verifica e controllo dell'Organismo di Vigilanza nelle società in controllo pubblico, alla luce delle evoluzioni normative e di indirizzo”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2021, pp. 99 y ss.; \\\\\\\[SESSA, A.: “La fenomenologia della corruzione nelle società in mano pubblica”, en *Cass. pen.*, n.º 10, 2022, pp. 3692 y ss.\\\\\\\]\\\\\\\(#\\\\\\\)\\\\\\]\\\\\\(#\\\\\\)\\\\\]\\\\\(#\\\\\)\\\\]\\\\(#\\\\)\\\]\\\(#\\\)\\]\\(#\\)\]\(#\)](#)

⁶⁹ A diferencia del “Modelo de Organización, Gestión y Control”, que contiene directamente o por referencia normas de carácter preceptivo, el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción es de carácter programático. Sobre este punto, por ejemplo, [CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., p. 90.](#)

⁷⁰ Para la lista exacta de entidades sujetas a la lucha contra la corrupción pública, véase la Ley n.º 190/2012, artículo 1, apartado 2 *bis*.

Penal, así como cualquier tipo de conductas ilícitas y los episodios de mala administración⁷¹. A diferencia de otros sistemas de *compliance*, sin embargo, el Plan Trienal tiene una peculiaridad: su contenido está orientado e incluso especificado a nivel institucional, por el legislador (referencia fundamental es la ley n.º 190/2012, citada)⁷² y por la ANAC (Agencia Nacional Anticorrupción)⁷³, con una disciplina que se caracteriza, para algunos perfiles, por la imposición de fuertes sanciones administrativas. Lo que interesa específicamente aquí es que precisamente en el marco normativo dedicado a la prevención de la corrupción en el sector público ANAC intenta dar respuesta a un problema que se plantea a menudo en la práctica. Se trata de la identificación de las modalidades de interacción y coordinación entre el “Modelo de Organización, Gestión y Control” y los demás sistemas organizativos vecinos que se basan en el primero y luego se desarrollan en otras direcciones, Y específicamente el mencionado Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT). El caso de estudio interesante es el de las empresas en manos públicas, dado que están sujetas tanto a la ley de anticorrupción pública (l. n.º 190/2012) como al cumplimiento normativo según el Decreto Legislativo n.º 231/2001 (dentro del cual se incluye la anticorrupción relativa al mundo de las empresas privadas). Veremos, sin embargo, que, desgraciadamente, a pesar de los esfuerzos del legislador y especialmente de la Agencia Nacional Anticorrupción, adaptar *sic et simpliciter* el Modelo de Organización a lógicas distintas de la prevención de los delitos que figuran en el D.Lgs. n.º 231 es -y sigue siendo- una solución plagada de cuestiones críticas e insatisfactorias.

Desde el primer punto de vista, el de las cuestiones críticas, éstas se hacen evidentes cuando la Agencia Nacional Anticorrupción, en su preocupación por proporcionar las coordenadas para entrecruzar los dos sistemas de intervención, público y privado⁷⁴, no logra evitar las contradicciones. Baste considerar a este respecto que, por un lado, se sugiere una “relación” basada en la autonomía de cada sistema empresarial de organización y control. Esto, en un momento en que, en un apreciable cambio de dirección, la Agencia Nacional Anticorrupción llega a especificar que los órganos de control de los respectivos sistemas organizativos (es decir, el Responsable de Prevención de la Corrupción -con respecto al Plan Trienal- y el Organismo de Vigilancia, en relación con el Modelo de Organización) deben mantenerse diferenciados y separados, dadas sus diferentes características, tareas y funciones⁷⁵. También a favor de la autonomía está la aclaración de que las actividades de verificación/control en materia de prevención de la corrupción (y transparencia) del

⁷¹ Sobre la noción “amplia” y no estrictamente penal de “corrupción” adoptada dentro del sistema de prevención introducido por la Ley n.º 190/2012, es meridianamente claro el Plan Nacional Anticorrupción 2019, p. 12.

⁷² Véase la nota 68 y la Ley n.º 190/2012, artículo 1.

⁷³ Véase el *softlaw* de la Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC), empezando por los *Piani Nazionali Anticorruzione* (www.anticorruzione.it). Sobre la “supervisión colaborativa” de la ANAC a través de la “actividad reguladora”, véase, MONGILLO, V., PARISI, N.: “L'intervento”, cit., pp. 200 y ss.; más recientemente, N. PARISI, “Il ruolo di Anac nella prevenzione dell'illegalità e della cattiva amministrazione”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).

⁷⁴ Nos referimos al sistema organizativo del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT), por un lado, y al del “Modelo de Organización, Gestión y Control”, por otro.

⁷⁵ El Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2019 afirma a este respecto que “L'Autorità ha inoltre ritenuto di escludere che il RPCT possa far parte dell'Organismo di vigilanza (OdV), nominato ai sensi del d.lgs. 231/2001 con compiti di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione e gestione, considerate le diverse funzioni attribuite dalle rispettive normative di riferimento. Si raccomanda comunque un costante coordinamento nello svolgimento delle attività poste in capo al RPCT e all'ODV”.

“Organismo Indipendente di Valutazione” (“OIV”⁷⁶, organismo previsto por las normas anticorrupción en el sector público) no deben confiarse necesariamente al Organismo de Vigilancia (ODV)⁷⁷, previsto -como ya resultó- por las normas dedicadas a la empresa privada (Decreto legislativo n.º 231/2001).

Por otra parte, sin embargo, no faltan indicios de la mezcla del mundo-190 (relativo a todo lo dispuesto por Ley n.º 190 del 6 de noviembre de 2012, sobre disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y de la ilegalidad en la Administración Pública) y el mundo-231 (que hace referencia a lo dispuesto por el Decreto legislativo n.º 231/2001, sobre la responsabilidad administrativa por delitos de las empresas). Consideremos, a modo de ejemplo, el papel del Organismo di Vigilanza, al que la Agencia Nacional Anticorrupción, con respecto a las empresas privadas en manos públicas sujetas a ambos regímenes anticorrupción, carga con tareas que no le son propias. Así ocurre cuando se solicita su colaboración en la redacción del Plan Trienal⁷⁸. Esta implicación conlleva, de hecho, que el Organismo de Vigilancia desempeñe un rol no del todo autónomo e independiente, tal y como debería ser. Un papel excéntrico en comparación con lo previsto por el decreto n.º 231/2001, que lo proyecta más allá de su mandato de vigilar sobre la idoneidad preventiva, la eficacia y la actualización del “Modelo de Organización, Gestión y Control”. También exceden de sus competencias las funciones en el ámbito de la lucha contra la corrupción y la transparencia que siempre el Organismo de Vigilancia, según la Agencia Nacional Anticorrupción, está idealmente llamado a heredar, y a menudo hereda, del Organismo Indipendente di Valutazione⁷⁹, organismo de control mencionado anteriormente, que dedicado a la lucha contra la corrupción pública y, en cambio, queda fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

La anteriormente descrita es una ambigüedad que se mantiene a pesar de la indicación de la Agencia Nacional Anticorrupción de que los dos sistemas de *compliance* deben coexistir “físicamente”⁸⁰ dentro del mismo documento (es decir, el “Modelo de Organización, Gestión y Control”). Y es una ambigüedad que pone a las empresas en la tesitura de tener que elegir por su cuenta y riesgo entre optar por una gestión separada⁸¹ de los dos sistemas organizativo-

Véase, incluso antes, Agencia Nacional Anticorrupción, “Nuove linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”, Resolución 8 noviembre 2017, n. 1134, p. 29-30.

⁷⁶ Sobre las funciones de la OIV, véase el artículo 1, apartado 8 bis, de la Ley n.º 190/2012.

⁷⁷ Véase el informe ilustrativo en respuesta a los comentarios al Plan Nacional Anticorrupción (PNA) de 2019, en el que se afirma que “il PNA non ha indicato che sussiste un obbligo di nomina dell’OIV per le società in controllo pubblico né di affidare le funzioni dell’OIV all’OdV”.

⁷⁸ Agencia Nacional Anticorrupción, “Nuove linee guida per l’attuazione della normativa”, Resolución n.º 1134/2017, citada anteriormente, p. 22.

⁷⁹ Agencia Nacional Anticorrupción, “Nuove linee guida per l’attuazione della normativa”, Resolución n.º 1134/2017, citada anteriormente, p. 29.

⁸⁰ Con referencia específica a las empresas de control público y asimiladas, véase Agencia Nacional Anticorrupción, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2019, citado anteriormente, pp. 111-112; Agencia Nacional Anticorrupción, “Nuove linee guida per l’attuazione della normativa”, Resolución n.º 1134/2017, citada anteriormente, pp. 21 y ss.; Agencia Nacional Anticorrupción, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, Resolución n.º 7 de 17 de enero de 2023, citada anteriormente, pp. 26 y 38.

preventivo o por la absorción “a secas” de las medidas del Plan Trienal de Prevención dentro del perímetro de contenido del “Modelo de Organización, Gestión y Control”.

En ambos casos, se trata de opciones arriesgadas.

Por un lado, la gestión separada del “Modelo de Organización, Gestión y Control” y de las medidas organizativas adoptadas por la entidad de conformidad con la Ley n.º 190/2012, además del riesgo de producir contradicciones o duplicidades entre las medidas organizativas y los controles pertinentes⁸², puede menoscabar la función defensiva del propio Modelo-231 en procedimientos penales. En efecto, un juez bien podría llegar a “rechazar” un sistema organizativo adoptado de conformidad con el Decreto n.º 231 que no “incorpore”, haciéndolas suyas, las medidas de prevención previstas en la Ley n.º 190/2012. Y ello no necesariamente en virtud de un planteamiento formalista de la diligencia organizativa exigida por el Decreto del 2001 recién mencionado, que en la jurisprudencia actual parece estar⁸³ en vías de superación⁸⁴, sino en virtud de que tal falta de incorporación acabaría sustrayendo un ámbito

⁸¹ Considera que los dos sistemas deben estar separados y ser distintos (incluso a nivel formal), salvo para prever algunos momentos de conexión entre el “Modelo de Organización, Gestión y Control” y el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) y entre las actividades del Organismo de Vigilancia y las actividades del Responsable de Prevención de la Corrupción, ARENA, M.: *“Piani di prevenzione”*, cit., p. 123.

⁸² Sobre el riesgo de que la coexistencia de los dos sistemas de *compliance* pueda implicar el solapamiento de las áreas de control y la duplicación de actividades y, por tanto, una cierta pasividad de las partes implicadas, así como una burocratización de *compliance*, véase FLICK, G.M.: *“Governance and corruption prevention”*, cit. pp. 3 y ss.

⁸³ En el pasado, advirtieron del riesgo, entonces vigente, de que la ecuación “*assenza di modello = colpa di organizzazione*” pudiera llevar a “*colpevolezza per il modo di essere dell’impresa ovvero per il tipo di autore*”, MANES, V., TRIPODI, A.F.: *“L’idoneità del modello organizzativo”*, en CENTONZE, F., MANTOVANI, M. (eds.): *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 154.

⁸⁴ Un análisis de la jurisprudencia revela que cada vez más sentencias abandonan un enfoque formal y evalúan la culpa de la empresa por el delito cometido, analizando la estructura organizativa y el sistema de control de la entidad específica y concreta a pesar de la falta de adopción del “Modelo de Organización, Gestión y Control”. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia de mérito, Trib. Milán, Sec. II., 8 de noviembre de 2019, núm. 13490 (con nota de FUSCO, E., FRAGASSO, B.: *“Sul presunto obbligo di impedimento”*, cit.) que, al apreciar la culpa de organización, analizó la estructura organizativa adoptada por la entidad a pesar de la falta de un “Modelo de Organización, Gestión y Control”. Recientemente, véase Cass. Penal, Sec. IV, 4 de octubre de 2022, n.º 570: *“L’assenza del modello di organizzazione e di gestione, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono ex se elementi costitutivi dell’illecito dell’ente. Infatti, per potere affermare che l’ente risponde “per un fatto proprio colpevole, escludendo inammissibili profili di responsabilità oggettiva, è necessario che venga dimostrata la cosiddetta “colpa di organizzazione” dell’ente, basata sul non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione del reato presupposto”* (véase también Cass. Penal, Sec. IV, 15 de febrero de 2022, núm. 18413 y Cass. pen., Sec. IV, 8 de enero de 2023, n.º 32899 que concierne al caso de la persona jurídica con sede exclusiva en el extranjero). Lo contrario sostiene el *Protocolo sobre las investigaciones 231 de la Fiscalía del Tribunal de Apelación de Potenza*, 6 de octubre de 2022, artículo 21: *“L’accertamento dell’inesistenza o della inidoneità, ovvero inefficacia, del MOGC e/o dell’ODV, esaurisce, secondo le previsioni del d.l.vo n. 231/2001, il tema probatorio, con riferimento al reato commesso da soggetto “apicale” dell’ente”*. Sin embargo, hay que señalar que el mismo Protocolo no deja de dar cuenta de la orientación innovadora opuesta y reciente de la Corte de Casación. SCARCELLA, A.: *“Il giudice non può condannare l’Ente se omette qualsiasi accertamento sulla adozione e sulla idoneità del Modello organizzativo”*, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2020, p. 313, considera que pesa sobre la entidad no la obligación de constituir el “Modelo de Organización, Gestión y Control”, sino la de crear una estructura organizativa funcional a la prevención de los delitos, y considera asimismo que esta obligación puede considerarse satisfecha con independencia de la existencia del soporte documental del “Modelo de Organización, Gestión y Control” (cuando existan indicios en la práctica de que tal estructura se esté creando). Para los primeros indicios de jurisprudencia en este sentido, véase MANES, V., TRIPODI, A.F.: *“L’idoneità del modello”*, cit., p. 155. Ya sostenía en 2012 que, a pesar de la adopción o no del Modelo de Organización, siempre deben verificarse por parte del juez la previsibilidad y evitabilidad del evento (entendido como delito previo ocurrido) para poder determinar la culpa de la entidad según el Decreto n. 231, MASULLO, M.N.: *Colpa penale e precauzione nel*

de riesgo al control del Organismo de Vigilancia, dejando el monopolio del control a un sujeto que ciertamente no reúne las mismas características de autonomía e independencia, a saber, el Responsable de Prevención de la Corrupción (RPC)⁸⁵. Se trata específicamente del “riesgo de corrupción” gestionado por las medidas organizativas adoptadas por la entidad conforme a la Ley n.º 190/2012, riesgo que, sin embargo, puede en ciertos aspectos superponerse también a los riesgos contemplados por el Decreto n.º 231, que el Modelo de Organización debería abarcar y sobre los cuales el Órgano de Vigilancia Debería supervisar. Si, de hecho, en el riesgo de corrupción considerado por el Decreto n.º 231 no entran las simples malas prácticas e irregularidades (que los Planes Trienales deben prevenir), algunas manifestaciones de la corrupción penal deben ser consideradas tanto por los Planes Trienales como por el Modelo de Organización; confinarlas dentro del Plan Trienal como una organización separada del Modelo de Organización puede, por lo tanto, comprometer la validez jurídica de este último documento en términos de la integridad de la evaluación y gestión del riesgo de corrupción.

Por otra parte, la vía de la absorción “a secas” no es menos peligrosa. Esta solución, además de no resolver las ineficacias prácticas antes mencionadas (duplicidades y contradicciones de las normas empresariales de prevención), corre el riesgo de transfigurar de hecho el contenido y la función del Modelo de Organización y los cometidos del Organismo de Vigilancia. Y ello en un momento en el que medidas ajenas al mismo Modelo de Organización, como, por ejemplo, las dirigidas a evitar meros actos de mala administración en perjuicio de la empresa, como despilfarros, absentismo y similares, “fluyen” sin filtro hacia el “mundo-231”⁸⁶, siendo atraída dentro de la actividad de control del Órgano de Vigilancia.

Ahora bien, si la coordinación entre sistemas organizativos es un terreno notoriamente resbaladizo en general, en el caso de la lucha contra la corrupción el camino es especialmente intransitable debido a otra peculiaridad del sector, a saber, que dicha coexistencia no se deja a la libre y madura⁸⁷ elección de las empresas, sino que se impone a nivel institucional a algunas de ellas⁸⁸, es decir, a las empresas bajo control público⁸⁹ y a las empresas *in house*⁹⁰.

segno della complessità, Napoli, 2012, pp. 251 y ss. Recientemente, sobre la culpa organizativa de la entidad prevista por el Decreto n.º 231: PALIERO, C.E.: “Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze” (nota a sentenza Corte suprema di Cassazione penale sezione IV 10 maggio 2022, n. 18413), en *Cass. pen.*, n.º 10, 2023, pp. 3346 y ss.; PIERGALLINI, C.: “L'uso obliquo della colpa di organizzazione: ripensamenti e regressioni” (nota a sentenza Corte suprema di Cassazione penale sezione IV 10 maggio 2022, n. 18413), en *Cass. pen.*, n.º 10, 2023, pp. 3356 y ss.

⁸⁵ Sobre la diferencia entre estas funciones, véase la nota 68, segunda parte.

⁸⁶ Cuando hablamos del “mundo-231”, en Italia, nos referimos al sistema anticorrupción relativo a las empresas privadas, regulado por el Decreto Legislativo nº 231/2001, dentro del cual se encuadra el “Modelo de Organización, Gestión y Control”.

⁸⁷ Destaca cómo son las grandes empresas las que optan por introducir salvaguardias de la legalidad CATINO, M., ROCCHI, S., VERZELLONI, L.: “L'impatto del d.lgs. n. 231/2001 sul sistema concreto d'azione delle imprese italiane” (Informe final), noviembre de 2022, p. 7.

⁸⁸ A partir de 2016, la Ley n.º 190/2012 incluye expresamente a estas entidades entre las sujetas a la obligación pública anticorrupción de adoptar Plan Trienal de Prevención de la Corrupción. Véase el apartado 2-bis del artículo 1. Anteriormente, la Agencia Nacional Anticorrupción se había manifestado en este sentido (por ejemplo, ANAC, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2013, p. 12; ANAC, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2015, p. 9). Sobre el tema, recientemente SCAROINA, E.: “La prevenzione della corruzione nelle società in controllo pubblico”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024). Destaca cómo el régimen reservado a estas realidades es incoherente, dado que actúan como entidades privadas pero están sometidas al control reservado a las Administraciones Públicas, y señala también cómo esta incoherencia puede dar lugar a un problema de constitucionalidad, dado que altera la libre competencia en función de un dato “subjetivo”, FLICK, G.M.: “Governance and corruption prevention”, cit., pp. 3 y ss.

Por un lado, la elaboración del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia es legalmente obligatoria para estas últimas⁹¹. Por otro lado, la adopción del Modelo de Organización-231, que sigue siendo una carga, es, sin embargo, fuertemente fomentada en referencia a estas entidades. Tanto es así, de hecho, que la Agencia Nacional Anticorrupción llega a pedir una justificación específica a las mismas empresas controladas públicamente en caso de que no se ajusten a la estructura organizativa regulada por el Decreto Legislativo n.º 231/2001⁹².

6. CONTINUACIÓN. ANTICORRUPCIÓN: EL RÉGIMEN DUAL Y EL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL” COMO EJE DEL SISTEMA

Por si todo esto fuera poco, la mencionada coexistencia (casi) obligada de los sistemas organizativos de prevención de la corrupción previstos por el Decreto n.º 231 y la Ley n.º 190 plantea delicadas cuestiones en términos de sostenibilidad organizativa y económica. Y ello tanto en general como, sobre todo, en referencia a empresas caracterizadas por su pequeño tamaño⁹³.

⁸⁹ Se trata de las sociedades “*in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*”, es decir, de casos en los que se produce “*la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile*” o aquella en que “*...in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*” o se materializa la hipótesis de “*... associazioni, fondazioni e enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni*”.

⁹⁰ Sobre el “controllo analogo” véase PECORARIO, L.: “*La responsabilità 231 della società in house: il controllo analogo, gli apicalici di fatto e la necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 5 del decreto*”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2016, pp. 205 y ss. y, en parte, 207 y ss.

⁹¹ Art. 1, apartado 8, Ley n.º 190/2012; art. 19, apartado 5, let b), Decreto Ley n.º 90 de 24 de junio de 2014, convertido en Ley, con modificaciones por el art. 1, apartado 1, Ley n.º 114/2014. Destaca cómo, en general, la adopción del “Modelo de Organización, Gestión y Control” es ahora una opción obligatoria dada la clasificación de muchos de los ilícitos que pueden cometer las empresas como infracciones que no son ilícitos posibles o remotos sino ubícuos e inherentes a toda actividad empresarial, MANES, V.: “*Realismo*”, cit., p. 636.

⁹² Inicialmente, la Agencia Nacional Anticorrupción, dirigiéndose a las Administraciones Públicas que controlaban empresas, les solicitó que promovieran la adopción del “Modelo de Organización, Gestión y Control” por parte de sus sociedades (Agencia Nacional Anticorrupción, “*Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*”, Determinazione n.º 8, de 17 de junio de 2015: “*A tale riguardo, come sopra precisato, le amministrazioni controllanti sono chiamate ad assicurare che dette società, laddove non abbiano provveduto, adottino un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001*”).

En una fase posterior, la Agencia Nacional Anticorrupción se dirigió directamente a las empresas controladas públicamente, introduciendo la obligación de justificar la falta de adopción del “Modelo de Organización, Gestión y Control” (ANAC, “*Nuove direttive di applicazione*”, cit., 2017, p. 22) sin prever, sin embargo, ninguna sanción en caso de que se ignore esta obligación. Para las empresas participadas públicamente, el Plan Nacional Anticorrupción 2019 se limita a señalar que: “*Si ribadisce, tuttavia, l'auspicio espresso nella delibera n. 1134/2017 che le amministrazioni partecipanti, pur prive di strumenti di diretta influenza sui comportamenti delle società e degli enti, promuovano l'adozione di misure di prevenzione della corruzione eventualmente integrative del modello 231, ove esistente, o l'adozione del modello 231 ove mancante*”.

Centrándonos precisamente en estas últimas, como motor del tejido productivo italiano⁹⁴,

⁹³ La definición de “piccola o media impresa” (PMI) se debate entre la orientación cuantitativa y la que, en cambio, se basa en la complejidad de la estructura organizativa. Según el citado Decreto Ministerial de 18 de abril de 2005 – “Adaptación a la disciplina comunitaria de los criterios de identificación de las pequeñas y medianas empresas”- *“Nell’ambito della categoria delle PMI, si definisce “piccola” impresa l’impresa che: a) ha meno di 50 occupati, e b) ha un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro. 3. Nell’ambito della categoria delle PMI, si definisce “microimpresa” l’impresa che: a) ha meno di 10 occupati, e b) ha un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro. 4. I due requisiti di cui alle lettere a) e b) dei commi 1, 2 e 3 sono cumulativi, nel senso che tutti e due devono sussistere”.*

Según el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, las empresas que merecen simplificaciones son las que tienen menos de 50 empleados: *“Le semplificazioni si applicano alle amministrazioni ed enti con meno di 50 dipendenti, ricomprendendovi quindi tutte le amministrazioni/enti fino a 49 dipendenti” (ai fini delle semplificazioni organizzative relative al monitoraggio il PNA considera i seguenti scaglioni; da 1 fino a 15 dipendenti; da 16 fino a 30 dipendenti; da 31 fino a 49 dipendenti)”.*

Según el UNI DPR 138/2023 .Simplified Organizational Model pursuant to Legislative Decree 231/2001 for the prevention of crimes against the Public Administration and corporate crimes in micro and small enterprises. (prácticas de referencia para microempresas y pequeñas empresas desarrolladas por el organismo italiano de normalización “UNI” y la provincia de Trento), la microempresa que merece agilización es la que *“occupa meno di 10 dipendenti, con un fatturato minore di 2 milioni di euro e un valore totale dello stato patrimoniale minore di 2 milioni di euro...”*, la pequeña empresa es aquella *“che occupa meno di 50 dipendenti, con un fatturato minore di 10 milioni di euro e un valore totale dello stato patrimoniale minore di 10 milioni di euro”.*

Frente a ello, Confindustria (“Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”, giugno 2021) abandona el criterio cuantitativo, al considerar que *“Una piccola impresa - la cui definizione, in questa sede, va ricercata nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale, piuttosto che in parametri quantitativi...”*. Del mismo modo, Confcooperative (“Linee guida per la predisposizione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231., 21 settembre 2010): *“Secondo la dottrina che qui si recepisce, l’approccio interpretativo alla definizione deve muovere dalla struttura dell’ente, dalla configurazione organizzativa e dall’ambito in cui esso opera. In altri termini, la definizione di piccola dimensione non può essere ricercata solo in parametri quantitativi quale la definizione di piccola e media impresa di origine comunitaria (Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/361/CE del 6-5-2003) pure importante al fine della definizione di tali enti, quanto piuttosto anche nella struttura interna gerarchica e funzionale, tenuto conto delle concrete esigenze organizzative del singolo ente, dell’ambito in cui esso agisce e del relativo livello reddituale. Si può ritenere che si sia in presenza di un’impresa di piccole dimensioni ai fini previsti dal D.lgs. n. 231/2001, allorquando la struttura sia di tipo elementare ed in essa le funzioni di governo societario ed economico, nonché quella di direzione aziendale, sostanzialmente siano svolte da un unico soggetto. In buona sostanza, si ritiene che vi sia un ente di piccole dimensioni quando il potere decisionale non è delegato ma si concentra nelle mani di una singola persona fisica. Ci riferiamo principalmente ad enti che non hanno il Collegio Sindacale ai sensi dell’articolo 2543 del codice civile e il cui Organo Amministrativo è costituito da un Amministratore unico, il quale svolge direttamente, in prima persona, tutte le funzioni proprie della direzione d’impresa. Ma anche ad enti che, sempre in assenza dell’obbligo di Collegio Sindacale, hanno un Organo Amministrativo che presenta al vertice un soggetto il quale, oltre a svolgere direttamente, in prima persona, tutte le funzioni proprie della direzione dell’impresa, somma altresì in sé la figura di Presidente, e quindi normalmente di legale rappresentante, e di unico Amministratore delegato, con estensione di poteri delegati tali da lasciare al resto dell’Organo i soli poteri non delegabili ai sensi degli articoli 2381 e 2544 del codice civile. In tali casi appare evidente la difficoltà di individuare una dissociazione tra la volontà dell’agente persona fisica e la volontà dell’ente, vista la compenetrazione esistente tra tali soggetti: di conseguenza, il legislatore consente all’Organo dirigente di svolgere anche le funzioni di Organismo di Vigilanza”.*

Por último, le “Procedure semplificate per l’adozione de modelli di organizzazione e gestione (MOG) nelle piccole e medie imprese (PMI)” –realizadas por la Commissione Consultiva Permanente per la salute e sicurezza sul lavoro establecido en el Ministero del Lavoro- disponen que *L’adozione ed l’efficace attuazione di un MOG della salute e sicurezza dotato di tali caratteristiche dipendono della complessità dell’organizzazione aziendale più che della sua dimensione, quindi le procedure semplificate dovranno essere attuate tenendo conto di tali peculiarità. Più in generale, si ritiene che la realizzazione di un MOG, anche secondo le modalità semplificate riportate in questo documento, rappresenti un impegno, in particolare per le imprese con un numero minimo di lavoratori e con una struttura organizzativa semplice. Pertanto, le aziende di dimensioni e/o complessità ridotte debbono valutare l’opportunità di implementare un MOG aziendale. Un MOG efficacemente attuato migliora la gestione della salute e sicurezza sul lavoro ma l’adozione, non essendo da considerarsi obbligatoria, deve essere valutata dalla Direzione aziendale in virtù delle proprie necessità ed esigenze gestionali ed organizzative”.*

los testimonios de las pequeñas empresas - recogidos durante el Proyecto de investigación en el marco del cual se inscribe el presente artículo⁹⁵ - revelaron también su dificultad objetiva para hacer frente a todas las obligaciones derivadas de los dos sistemas de *compliance* examinados⁹⁶. Para ser precisos, los obstáculos más difíciles de superar se refieren principalmente al régimen público de prevención de la corrupción (el establecido por la Ley n.º 190/2012) que, como es bien sabido, con algunas excepciones⁹⁷, es fundamentalmente insensible al criterio del tamaño⁹⁸. Emblemática de esta "insensibilidad" es, además, la cláusula de invariabilidad que postula que el Plan Trienal debe ser "establecido" y gestionado exclusivamente por y con recursos internos; y ello con independencia de su consistencia numérica y de sus conocimientos específicos⁹⁹.

Ahora bien, el problema es que una disponibilidad limitada de personal se adecua mal a un sistema organizativo complejo y articulado como el que trazan la Ley n.º 190/2012 y *la soft law* emitida por la Agencia Nacional Anticorrupción, y en particular los Planes Nacionales Anticorrupción (Planes elaborados por la ANAC que sirve como guía para la redacción de los Planes Trienales por parte de las entidades individuales)¹⁰⁰, considerando además la disciplina que lo regula. Pensemos -por poner algunos ejemplos- en la dificultad de las pequeñas y medianas empresas para hacer frente a la necesidad de implementar exigentes medidas de prevención como la rotación y la transparencia, etc.

No es de extrañar, por tanto, que todo ello ha llevado algunas empresas controladas públicamente a centrarse principalmente, entre los dos sistemas, en el más flexible y dúctil¹⁰¹

⁹⁴ CATALANO, L., OTTONE, A.: "La responsabilità amministrativa degli enti nelle piccole e medie imprese anche alla luce delle prassi UNI/DPR 138:2023", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2023, p. 194, afirman que "È un dato statistico che il tessuto imprenditoriale italiano è caratterizzato dalla netta preponderanza di realtà imprenditoriali di piccole-medie dimensioni (l'annuario statistico italiano 2020 di I.S.T.A.T. registra che le imprese di piccole dimensioni (ovvero quelle con un massimo di n. 9 addetti), costituiscono il 95,2 % del tessuto imprenditoriale italiano".

⁹⁵ Nos referimos al testimonio de empresas italianas que participaron como ponentes en el Congreso "Cumplimiento normativo e integridad en entidades públicas: La experiencia italiana" y en el Congreso "Cumplimiento normativo e integridad en entidades públicas. Presentación del informe final del proyecto" ambos celebrados en Barcelona el 8 de noviembre de 2022 y el 24 de marzo de 2023 respectivamente en el marco de los "Proyectos de I+D+i" PID2020-117526RB-I00, financiada por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033, UAB-Universidad Autónoma de Barcelona.

⁹⁶ CATALANO, L., OTTONE, A.: "La responsabilità amministrativa", cit., p. 194; CHILOSI, M.: "I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D.Lgs. 231?", in *Le Società*, 2011, p. 27.

⁹⁷ En realidad, como ya se ha mencionado anteriormente, el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, al igual que sus predecesores, prevé algunas simplificaciones que "... si applicano alle amministrazioni ed enti con meno di 50 dipendenti, ricomprendendovi quindi tutte le amministrazioni/enti fino a 49 dipendenti". En pocas palabras, estas agilizaciones se refieren a la posibilidad de confirmar la planificación para los dos años siguientes a la adopción del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) y no tener que actualizarla cada año (salvo en determinados casos enumerados); la cartografía de riesgos y el seguimiento.

⁹⁸ FLICK, G.M.: "Governance and corruption prevention", cit., p. 2, subraya que la lucha pública contra la corrupción es "de talla única".

⁹⁹ Artículo 2 de la Ley n.º 190/2012. La prohibición de subcontratar la redacción del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) fue confirmada recientemente por la Agencia Nacional Anticorrupción en el PNA 2022, p. 56 (véase también el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2019, p. 21).

¹⁰⁰ Los Planes Nacionales Anticorrupción recogen las directrices elaboradas por la Agencia Anticorrupción para "orientar" a las Administraciones Públicas y a las empresas en manos públicas a la hora de adoptar Planes Trienales de Prevención de la Corrupción.

Modelo de organización, gestión y control (MOGC), contando además con que su elaboración y las actividades de control previstas en él pueden encomendarse a profesionales externos.

7. LÍMITES DE LAS NORMAS DEL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL”: EN GENERAL Y CON ESPECIAL MENCIÓN A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS SOMETIDAS AL RÉGIMEN DUAL

Si bien es cierto que algunas de las empresas obligadas a adoptar ambos sistemas de anticorrupción intentan potenciar al máximo el Modelo de Organización, no es menos cierto que este último, como ya se ha puesto de manifiesto, no es una solución en sí misma capaz de cumplir con lo que el legislador de 2012 exige¹⁰². No por casualidad, la Agencia Nacional Anticorrupción¹⁰³, que, por un lado, eligió al Modelo de Organización como el eje central¹⁰⁴ de la lucha contra la corrupción incluso para las entidades sujetas a la Ley n.º 190/2012 (y que, por lo tanto, también deben adoptar los Planes Trienales) y por otro lado, ha especificado que este documento de referencia debe completarse¹⁰⁵ con una sección *ad hoc*¹⁰⁶ que contenga las medidas establecidas en la Ley n.º 190/2012; una sección *ad hoc* que debe ser claramente identificable por estar sujeta a la disciplina pública¹⁰⁷ y, por tanto, a las formas de gestión y responsabilidad pertinentes¹⁰⁸.

Además, el “compliance-231” - quimérico en general¹⁰⁹ - ciertamente no presenta soluciones fiables para la pequeña empresa. Si, por un lado, el Decreto Legislativo n.º

¹⁰¹ El sistema organizativo previsto por el Decreto n.º 231, tan poco regulado por los artículos 6-7, es en realidad un sistema elaborado fundamentalmente gracias a la experiencia de consultores externos que, con la ayuda de la empresa, preparan una organización a medida, sostenible y flexible, capaz de satisfacer las necesidades incluso de realidades no grandes.

¹⁰² Véase la nota 68.

¹⁰³ El Plan Nacional Anticorrupción (PNA) vigente, además, al introducir el Plan Integrado de Actividad y Organización (PIAO) para determinadas Administraciones Públicas, ha confirmado para las empresas controladas públicamente lo previsto en el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2019, es decir, la necesidad de complementar el “Modelo de Organización, Gestión y Control” con “medidas-190” (medidas requeridas por la Ley n.º 190 y por la ANAC). Véase el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, que especifica en la p. 38 que para estas entidades siguen siendo válidas las indicaciones proporcionadas anteriormente por la Agencia Nacional Anticorrupción y, en particular, lo dispuesto en la Resolución 1134/2017.

¹⁰⁴ Agencia Nacional Anticorrupción, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2013, p. 33.

¹⁰⁵ Ley n.º 190/2012, art. 1 (2-bis): “*Il Piano nazionale anticorruzione...costituisce atto di indirizzo per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231...*”.

¹⁰⁶ Así, Agencia Nacional Anticorrupción, Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2012, p. 34, prevé la transmisión a las autoridades competentes únicamente de la parte complementaria del “Modelo de Organización, Gestión y Control” dedicada a la Ley n.º 190/2012.

¹⁰⁷ Agencia Nacional Anticorrupción, Plan Nacional Anticorrupción 2019, p. 112.

¹⁰⁸ Agencia Nacional Anticorrupción, Resolución n.º 1134/2017, p. 22.

¹⁰⁹ Desde el punto de vista de la idoneidad, es notorio cómo -básicamente- el contenido del Modelo-231 queda entregado a la elección de las empresas en cumplimiento de su autonomía organizativa y de su específica fisonomía/ actividad. Todo ello dentro del más que metodológico y general marco establecido en los artículos 6 y 7 Decreto Legislativo n.º 231/2001, y sin perjuicio de la posibilidad de adaptación a las directrices de las asociaciones profesionales, a las que sólo recientemente la Corte di Cassazione italiana ha reconocido un valor reforzado en cuanto

231/2001 esboza una forma organizativa que puede considerar -y en algunos aspectos considera- el tamaño de la entidad, por otro lado, al manifestar esta "receptividad", a veces es ambigua¹¹⁰, a veces irrazonable¹¹¹ y, en cualquier caso, nunca concluyente¹¹².

Ça va sans dire la urgencia de reflexionar sobre una delimitación precisa de la diligencia organizativa¹¹³ de las empresas sujetas al doble régimen anticorrupción, o al menos la que puede exigirse a las empresas más pequeñas *in house* o controladas públicamente.

a la verificación de la idoneidad. Sobre la vaguedad de las normas del "Modelo de Organización, Gestión y Control", véase recientemente MANES, V.: "Realismo e concretezza", cit., pp. 638 y ss. Ahora bien, es precisamente el amplio espacio concedido a la autorregulación lo que ha hecho y hace que el momento de la constatación judicial en relación con la "bondad" del "Modelo de Organización, Gestión y Control" sea uno de los "aspectos más oscuros" del Decreto Legislativo n.º 231/2001, dado que el juez acaba siendo el "protagonista absoluto" de la evaluación de la idoneidad. Pasando a comprobar cómo este protagonismo se ha manifestado en la práctica, la doctrina registra una especie de 'reticencia' por parte de los jueces a reputar idóneo el "Modelo de Organización, Gestión y Control". Al respecto, véase MANES, V.: "Realismo e concretezza", cit., pp. 633 y ss., a quien debemos las expresiones citadas (proprio: pp. 633, 641, 644-655). Es el autor recién citado quien hipotetiza que tal reticencia es correlativa - además de a la lógica del *post hoc propter hoc* - también a una "hipervaloración" del llamado "agente modelo" que se apoya en una figura de ente-ideal-tipo viva sólo en el hiperuranio platónico (proprio: pp. 643 y 644).

Sobre el "lado oscuro" de la autonomía penal, completada sobre todo por el control *a posteriori* del juez penal, que puede dar lugar a una impunidad indiscriminada o, alternativamente, a un castigo indiscriminado, véase BIANCHI, D.: "Appunti per una teoria dell'autonormazione penale", en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n.º 3, 2019, pp. 1477 y ss. (párr. 4). El Plan Trienal, por otro lado, como ya se ha puesto de manifiesto, está minuciosamente regulado por la Agencia Nacional Anticorrupción, tanto gracias al Plan Nacional Anticorrupción como a las directrices emitidas sobre cuestiones específicas; todo ello dentro de un marco normativo delineado por la Ley n.º 190/2012, que es ciertamente más preciso que el del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

¹¹⁰ No está muy claro cómo debe interpretarse, por ejemplo, el apartado 3 del artículo 7 del Decreto Legislativo n.º 231/2001 y cuáles pueden ser las implicaciones prácticas de este artículo cuando establece que "Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio".

¹¹¹ No parece aceptable la disposición según la cual "Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente" (artículo 6, apartado 4, del Decreto Legislativo n.º 231/2001): si se impugnara la responsabilidad en ex artículo 6 del Decreto Legislativo n.º 231/2001, a las presunciones ya previstas en este artículo se añadiría inevitablemente la de falta de supervisión del "Modelo de Organización, Gestión y Control" (de hecho, en el caso en cuestión, el órgano de control y el órgano de supervisión coincidirían).

¹¹² Además, ni siquiera el concepto de entidad colectiva está definido en el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 231/2001. Esta falta de precisión ha determinado y, en cierta medida, sigue determinando, una cierta incertidumbre en el caso de entidades muy pequeñas en cuanto a si se puede considerar que presentan una dualidad subjetiva con respecto a las personas físicas que las componen. En algunos casos, la Corte di Cassazione italiana ha aportado aclaraciones fundamentales, excluyendo, por ejemplo, a las empresas individuales (caracterizadas por la coincidencia de empresario y empresa) del Decreto Legislativo n.º 231/2001 (por ejemplo, Cass. Pen., Sec. VI, sentencia de 22 de abril de 2004, n.º 18941) y especificando los criterios para considerar que una sociedad unipersonal (una sociedad real, que funciona según las normas ordinarias y se caracteriza por tener un solo socio) es o no una "entidad" ex Decreto Legislativo n.º 231/2001, artículo 1 (por ejemplo, Cass. Pen., Sec. VI, 16 de febrero de 2021, ud. 16 de febrero de 2021, n.º 45100). Sobre el *ne bis in idem*, TRIPODI, A.F.: "Ne bis in idem e doppi binari punitivi nella responsabilità da reato degli enti", en *Cass. pen.*, n.º 3, 2023, pp. 976 y ss.; TRIPODI, A.F.: *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Turín, 2022, pp. 89 y ss.

¹¹³ Se habla sin vacilación de diligencia organizativa, dado que la Corte di Cassazione italiana, al polarizar recientemente el desvalor de la responsabilidad ex Decreto Legislativo n.º 231/2001 sobre el hecho delictivo, ha aclarado en varias ocasiones que el modelo de imputación introducido por este Decreto es análogo al relativo a la responsabilidad culposa de las personas físicas (por ejemplo, Cass. Pen., Sec. IV., 9 de enero de 2024, n.º 1971).

8. UNA PROPUESTA: EL ÁMBITO DEL “RIESGO ORGANIZATIVO PERMITIDO”

La mencionada delimitación podría desarrollarse por dos vías distintas.

Por un lado, se podría identificar un ámbito de atipicidad (es decir, un área donde se excluye *básicamente* la culpa de la organización de la entidad y, por lo tanto, su responsabilidad según el Decreto Legislativo n.º 231/2001”, siempre que el Modelo de Organización integre medidas de prevención conformes con el “sistema 190” y, al mismo tiempo, coherentes con la lógica del Decreto Legislativo n.º 231/2001¹¹⁴. Desde este último punto de vista, hemos de tener en cuenta que la presencia de numerosos delitos contra la Administración Pública en la lista de delitos del Decreto Legislativo n.º 231, junto con el planteamiento dirigido a extender el estatuto penal de la Administración Pública¹¹⁵ a las empresas controladas por la administración pública y la sujeción de estas últimas a ambos regímenes (Decreto n.º 231¹¹⁶ y Ley n.º 190¹¹⁷), son factores que han desencadenado una convergencia parcial de las áreas de riesgo abordadas por el Plan Trienal y el “Modelo de Organización, Gestión y Control”. A este respecto, considérense muchos de los delitos que ahora son imputables a las empresas, y que antes solo estaban latentes en el sistema 231 (aunque habían sido siempre relevantes para el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción), como el cohecho pasivo, el crimen italiano de “concussione” y la inducción indebida activa (art. 319 quater CP it.); delitos que, además, pueden cometerse en interés de la empresa, por mucho que esta pueda ser considerada pública¹¹⁸. Por lo tanto, en este ámbito

¹¹⁴ Véanse en relación con una posible evolución del *compliance* penal a la luz de las indicaciones de la Agencia Nacional Anticorrupción, las reflexiones de D'ACQUARONE, V.: “*Ulteriori riflessioni sui modelli organizzativi alla luce della relazione Anac*”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2017, p. 99 y ss.

¹¹⁵ Sobre la reforma de 1990, que “depuró” la definición de funcionario público y encargado de servicio público de las notas subjetivistas para abrazar el enfoque “objetivo-funcional”, véase MANES, V.: *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Turín, 2010, p. 65 y ss. y referencias citadas.

¹¹⁶ Como es bien sabido, desde hace algún tiempo la jurisprudencia ha adoptado una posición según la cual la presencia de dinero público en el capital de empresas privadas no es condición suficiente para sustraer a dichas entidades del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 231/2001; para ello es necesario además que las propias entidades no ejerzan una actividad económica. Sobre este punto, véase Casación Penal, Sec. II, 9 de julio de 2010, núm. 28699, y Casación Penal, Sec. II, 10 de enero de 2011, núm. 234. En la literatura, véase MANACORDA, C.: “Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2014, pp. 96 y ss., quien desarrolla los criterios por los que establecer cuándo una entidad realiza realmente una actividad económica (para el autor, actividad económica es básicamente aquella que produce beneficios o que logra un equilibrio entre costes e ingresos).

¹¹⁷ Como es sabido, primero la Agencia Nacional Anticorrupción y luego el legislador incorporaron al sistema-190 empresas que operan en régimen privado si persiguen fines de interés público (mediante encomienda directa, autorizaciones, concesiones) o si disponen de dinero público. Sobre esta asimilación, véase MANACORDA, C.: “Decreto 231 e legge 190”, cit., p. 100. Sobre el proceso de asimilación entre Administración Pública y empresas controladas por esta última, véase CANTONE, R.: “La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione”, en *Riv. Soc.*, n.º 1, 2018, pp. 233 y ss.

¹¹⁸ Pensemos en un directivo de una empresa *in house*, funcionario público (“pubblico ufficiale”) conforme al Código Penal italiano, que acepta un soborno y adjudica un contrato al sobornador a cambio de la promesa de este último de adquirir, a través de una filial, los servicios prestados por la misma empresa *in house* en el ámbito de las relaciones comerciales, a precio superior al de mercado, para que esta última pueda presentar un buen balance y el directivo pueda obtener primas o ascensos en su carrera.

de convergencia, bien podrían identificarse precauciones organizativas abstractamente satisfactorias para ambos sistemas.

Por otra parte, atribuir una presunción de idoneidad al “Modelo de Organización” que incorpora las medidas adoptadas sobre la base de lo establecido por la Agencia Nacional Anticorrupción ¹¹⁹ parece perfectamente acorde con el reconocimiento, por parte del legislador¹²⁰ y de la más reciente jurisprudencia¹²¹, de un valor orientador “incisivo” a las directrices de las asociaciones profesionales (como por ejemplo Confindustria ya mencionada) a efectos de la “construcción” de un Modelo de Organización idóneo. Si de hecho la Corte di Cassazione italiana exige que “*In presenza di modello conforme ai codici di comportamento*” el juez debe “*specificare il motivo per cui sussiste colpa di organizzazione dell'ente*” de forma reforzada y puntual, con mayor razón debe exigirse dicha justificación reforzada y puntual si el Modelo cumple con las indicaciones establecidas en el Plan Nacional Anticorrupción, elaborado por la Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC). En efecto, estas últimas representan normas cautelares-organizativas emanadas de la máxima autoridad en la materia, con reputación internacional¹²². A diferencia de las *soft-law* “clásicas”, las proporcionadas por la ANAC suelen ser, además, auténticas normas modales de carácter cautelar-preventivo que pueden traducirse fácilmente en medidas operativas. Pensemos, tomando un ejemplo del reciente Plan Nacional Anticorrupción, en las medidas de prevención del *pantouflage*¹²³ o en las dedicadas a la planificación y gestión de las actividades de vigilancia.

¹¹⁹ Tanto es así que, desde esta perspectiva, resulta decepcionante, si se observa la legislación sobre el *whistleblowing*, a la que se volverá más adelante, que frente a la atribución a la Agencia Nacional Anticorrupción de incisivos poderes de escrutinio sobre el cumplimiento por parte de las entidades privadas de la disciplina en materia no se haya previsto al mismo tiempo la emisión de directrices sobre los procedimientos relativos al canal interno: el artículo 10 del Decreto Legislativo de 10 de marzo de 2023, n.º 24 “Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali” prevé, de hecho, la publicación de directrices únicamente en relación con el canal externo, y tales directrices han sido elaboradas por la Agencia Nacional Anticorrupción (“Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne”, Resolución n.º 311 de 12 de julio de 2023, www.anticorruzione.it). Todo esto es cierto, aunque cabe destacar que las directrices recién mencionadas proporcionan importantes indicaciones sobre el canal interno por un lado, y por otro lado, prevén una futura regulación del canal interno por parte de la Agencia Nacional Anticorrupción (que a tal efecto ha completado una encuesta sobre las dificultades en la aplicación de la disciplina de reporte interno, el 18 de marzo de 2024, www.anticorruzione.it).

¹²⁰ Art. 6.3 del Decreto Legislativo n.º 231/2001. Además, el art. 30 del Decreto Legislativo n.º 81/2008 establece, para la parte del “Modelo de Organización, Gestión y Control” dedicada a la prevención del ilícito a que se refiere el art. 25 *septies* del Decreto Legislativo n.º 231/2001 (“Homicidio o lesiones graves o muy graves cometido en violación de las normas de protección de la salud y seguridad en el empleo”) presunciones de idoneidad en primera aplicación en caso de cumplimiento de las “Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007. y que “*Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6*”. Sobre la responsabilidad de las entidades y los delitos culposos, recientemente, GARGANI, A.: “*Profili della responsabilità collettiva da reato colposo*”, en *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, n.º 1-2, 2022, pp. 48 y ss.

¹²¹ Casación Penal, Sec. VI, 11 de noviembre de 2021, n.º 23401, cit.

¹²² Sobre el role de la Agencia Nacional Anticorrupción en el contexto de las relaciones internacionales, véase PARISI, N.: “*Il ruolo di Anac*”, cit., pp. 28 y ss.

Debe quedar claro que no se desea crear una zona franca a pesar de la necesaria singularidad¹²⁴ que debe caracterizar al Modelo de Organización¹²⁵. Sin embargo, se pretende dar valor a la confianza legítima depositada en la Agencia Nacional Anticorrupción. Esta es la razón por la que, en caso de que las circunstancias de hecho “actualicen” el deber de completar, derogar e incluso alterar las indicaciones de esta última, obviamente debería subsistir un “indicio”¹²⁶ de culpabilidad por parte de la entidad, si no lo ha hecho y, como consecuencia de ello, se ha producido uno de los delitos enumerados en el Decreto -231. Al mismo tiempo, sin embargo, cabría limitar el reproche únicamente a las faltas graves, completadas con hipótesis de manifiesta inadecuación concreta -previsible *ex ante*- de las precauciones organizativas adoptadas en cumplimiento del Plan Nacional Anticorrupción (PNA) u otras indicaciones de la Agencia Nacional Anticorrupción¹²⁷.

Queriendo ir aún más lejos, la presunción en cuestión debería incluso revestirse de invencibilidad en el caso de un sello verde emitido por la propia Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC) con referencia a las medidas de prevención de la corrupción adoptadas para cumplir con la Ley n.º 190 y absorbidas por el Modelo de Organización. A este respecto, es bien sabido que esta autoridad ejerce sus poderes de evaluación sobre

¹²³ Las medidas para evitar el fenómeno del *pantoufflage* son enumeradas detalladamente por la Agencia Nacional Anticorrupción como un desarrollo de la "incompatibilidad ulterior" codificada a nivel legislativo por el Decreto Legislativo n.º 165/2001, artículo 53, párrafo 16-ter. Como es sabido, tienen por objeto evitar el favor de los funcionarios públicos a cambio de futuros encargos laborales. De hecho, el actual Plan Nacional Anticorrupción (PNA), recordando el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) de 2019, especificaba que "*La ratio del divieto di pantoufflage è volta a garantire l'imparzialità delle decisioni pubbliche e in particolare a scoraggiare comportamenti impropri e non imparziali, fonti di possibili fenomeni corruttivi, da parte del dipendente che, nell'esercizio di poteri autoritativi e negoziali, potrebbe preconstituire situazioni lavorative vantaggiose presso il soggetto privato con cui è entrato in contatto in relazione al rapporto di lavoro*". Ahora bien, ciertamente la promesa de un contrato beneficioso en el sector privado como contrapartida de una encomienda pública también puede implicar la renuncia instrumental a la petición de un incremento salarial frente a la filial y, por tanto, también implicar una ventaja para esta última. No obstante, según el planteamiento que aquí se defiende, tal soborno no debería reprocharse a la entidad (y por lo tanto, no debería serle imputada la responsabilidad según el Decreto Legislativo n.º 231/2001 por ese delito) si, como exige el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, ésta demuestra que, por ejemplo, ha incluido la prohibición del *pantoufflage* en los contratos de trabajo de su personal y que ha llevado a cabo actividades de formación al respecto (Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022 para las Administraciones Públicas y las empresas públicas, p. 70-71).

¹²⁴ Véase también Casación Penal, Sec. VI, 11 de noviembre de 2012, núm. 23401, citada anteriormente, p. 13.

¹²⁵ El “fracaso del modelo preventivo positivizado” si es reconocible por el agente modelo, altera de hecho los deberes de este último, implicando su remodelación (así, ocupándose de la Corte di Cassazione italiana en el caso del juicio Viareggio, el trabajo de Assonime (Asociación entre las Sociedades Italianas de Acciones), “Di cosa rispondono gli amministratori nelle organizzazioni complesse? La gestione del rischio nei gruppi d’imprese e la responsabilità penale: il caso Viareggio”, 2023, n.º 4, p. 10). Este es el caso de los delitos que figuran en el Decreto n.º 231/2001, especialmente significativos para la empresa en cuestión, y que pueden requerir, debido a su intensidad, un endurecimiento y una formalización de los controles: el modelo debe ser, de hecho, “lo más singular posible”.

¹²⁶ Es bien sabido que la responsabilidad culposa no termina con la violación de la norma de precaución, sino que requiere otros controles.

¹²⁷ La reflexión se inspira en la disciplina de la negligencia penal del médico y, en particular, en el Decreto Ley n.º 158, de 13 de septiembre de 2012, convertido con modificaciones en la Ley n.º 189, de 8 de noviembre de 2012, y en el artículo 590 *sexies* cod. Pen. It. “Responsabilidad culposa por muerte o lesiones corporales en el sector sanitario”. Recientemente sobre la responsabilidad penal en el ámbito sanitario véase CAPUTO, M.: “La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. la proposta di riforma dell’associazione italiana dei professori di diritto penale”, en *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, n.º 1, 2022, pp. 57 y ss. Sobre el tema de la relación entre la negligencia penal y las directrices clínicas en contextos de incertidumbre científica, véase CONSORTE, F.: *Tutela penale e principio di precauzione*, Turín, 2013, pp. 259 y ss.

el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia o sobre las medidas de prevención recién mencionadas complementarias del Modelo de Organización - más que con la lógica de sancionar- para reconducir a las empresas a la legalidad¹²⁸. Emblemáticas de esta disposición son, por otra parte, las recientes directrices de la ANAC que, aunque sobre el tema del *whistleblowing*, contemplan expresamente su facultad de archivar el procedimiento sancionador en el caso de que el autor haya asumido espontáneamente una conducta “reparadora”, premiando así su rehabilitación¹²⁹. Volviendo al Plan Trienal de Prevención de la Corrupción o a las medidas de prevención a adoptar para cumplir con la Ley n.º 190, por tanto, en el momento en que la ANAC oriente específicamente a una empresa en concreto hacia la adopción de determinadas medidas de prevención o emita una específica valoración positiva de las normas elaboradas por la propia empresa, debería quedar excluida cualquier evaluación por parte del juez penal sobre la adecuación del Modelo que ha incorporado las medidas de prevención sugeridas o aprobadas por la Agencia Nacional Anticorrupción, pues no se puede concebir un juicio más autorizado que el emitido por dicha Agencia.

9. CONTINUACIÓN. UNA ACLARACIÓN: EL “MODELO DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL” “INTEGRADO” BAJO LA BANDERA DEL RECHAZO DE LOS AUTOMATISMOS *IN MALAM PARTEM*

Por supuesto, todo esto no debe llevar a pensar que cuando el Modelo no transpone las indicaciones de la Agencia Anticorrupción ex Ley n.º 190/2012 es automáticamente inadecuado en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001. Por un lado, de hecho, la lucha contra la corrupción a realizarse a través del Modelo de Organización está dominada por los principios de la adaptación de dicho Modelo organizativo a las características de la empresa individual y de la eficacia con respecto a la empresa individual y se basa en una evaluación específica de los potenciales delitos atribuibles a la empresa en función de su realidad empresarial individual y sus características. Puede ocurrir, por tanto, que el Modelo deba prever medidas de prevención distintas de las “sugeridas/impuestas” por la Agencia Anticorrupción, si resultan más satisfactorias conforme al Decreto Legislativo n.º 231/2001¹³⁰. Además, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, el Decreto Legislativo n.º 231/2001 no prevé ningún mecanismo de heterointegración para la prevención de los delitos de corrupción. Por lo tanto, teniendo en cuenta la ausencia de un reenvío a la Ley n.º 190/2012, el Modelo de Organización es libre de decidir cómo prevenir la corrupción.

Al mismo tiempo, no olvidemos que los dos sistemas de *compliance* (es decir, el Plan Trienal y el Modelo de Organización) representan circunferencias secantes y no coincidentes. Por ello, es justo y adecuado que el Modelo no incorpore aquellas indicaciones que, en la medida en que también se dirigen a evitar fenómenos distintos de los delitos que figuran en el Decreto n.º 231 (*reati presupposto*), bien pueden quedar fuera del perímetro anticorrupción regulada por el mismo Decreto que acabo de mencionar.

¹²⁸ Véase MONGILLO, V., PARISI, N.: “L'intervento”, cit., pp. 200 y ss.; sobre el tema, recientemente, PARISI, N.: “Il ruolo di Anac”, cit., pp. 26 y ss. y pp. 20 y ss.

¹²⁹ Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 80.

¹³⁰ La misma Corte di Cassazione italiana (Cass. Pen., Sec. VI, 11 de noviembre de 2012, núm. 23401, cit., p. 13) especifica que el “Modelo de Organización, Gestión y Control” debe ser “lo más singular posible”.

Pues bien -precisamente con vistas, por una parte, a evitar peligrosos automatismos *in malam partem* y, por otra, a hacer rastreables las partes que cumplen las indicaciones de la Agencia Nacional Anticorrupción- una vía deseable parece ser el “*compliance* integrado” de los dos sistemas organizativos¹³¹. Generalmente preconizada por las fuentes internacionales más recientes¹³² y propugnada, aunque con fines distintos de los aquí tratados¹³³, por el nuevo Plan Nacional Anticorrupción (PNA) de la Agencia Anticorrupción, esta solución, que parece practicable¹³⁴ aunque no exenta de dificultades¹³⁵, tiene un indudable valor añadido. Al basarse en una cartografía (es decir, en un análisis de riesgos) única y compartida, permite, en función de los riesgos o porciones de riesgo comunes, seleccionar “quirúrgicamente” las medidas de prevención que son “buenas” para ambos sistemas, dejando claras las que deben ser compartidas en el contenido y en la forma. Al mismo tiempo, implica destacar riesgos y medidas organizativas excéntricas para una u otra forma de *compliance*, trazando “entornos organizativos” diferenciados que deben someterse exclusivamente a la normativa de 2001¹³⁶ o 2012¹³⁷, respectivamente. Además de todo esto, el Modelo Integrado pone al Organismo de Vigilancia (ODV) en condiciones de ejercer plenamente su actividad de control, que, como es bien sabido, es una actividad de “segundo grado” o de “segundo nivel”. En efecto, para las medidas compartidas por los dos sistemas, el ODV puede interconectarse con el Responsable de Prevención de la Corrupción y obtener de este último, directamente, todas las explicaciones posibles sobre el contenido y la actualización del Plan Trienal de Prevención o de las medidas adoptadas en cumplimiento de la Ley nº 190, sobre la formación prevista y realizada y sobre el seguimiento previsto o efectuado¹³⁸ siempre de acuerdo con la misma ley.

¹³¹ Además, como señala [ESPOSITO, A.: “L’impetuosa avanzata”, cit., pp. 19 y ss.](#), la metodología subyacente a la elaboración del “Modelo de Organización, Gestión y Control” y del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) debe ser la misma, basada en “(a) la mappatura dei rischi, (b) la loro valutazione per giungere (c) alla costruzione di assetti cui segue (d) il controllo volto ad assicurarne la messa in opera e la persistente adeguatezza e idoneità”. Sobre el tema, véase [SCAROINA, E.: “La prevenzione”, cit.](#)

¹³² Tomemos como ejemplo la norma ISO 37301 “Compliance management systems”.

¹³³ El nuevo Plan Nacional Anticorrupción (PNA) distingue entre las entidades que deben adoptar el PIAO (Piano Integrato Attività e Organizzazione) y las que siguen adoptando el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y Transparencia (PTPCT) o el “Modelo de Organización, Gestión y Control integrado con las medidas exigidas por la Ley nº 190/2012”; además, el PIAO se basa en la lógica de la integración, pero entre la lucha contra la corrupción y el rendimiento.

¹³⁴ Las recomendaciones sobre el análisis del contexto externo, así como numerosas indicaciones sobre el análisis del contexto interno y sobre el análisis de riesgos, la identificación de medidas de gestión de riesgos y el seguimiento son también útiles en la “perspectiva 231” y absolutamente compatibles y a menudo observadas en la redacción del “Modelo de Organización, Gestión y Control”. Véase Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, Anexo n.º 1 Check-list para la elaboración del Plan Trienal de Prevención de la Corrupción y la sección anticorrupción y transparencia del Piano Integrato Attività e Organizzazione (PIAO).

¹³⁵ Señala, por ejemplo, cómo el Plan Trienal es de carácter programático, mientras que el “Modelo de Organización, Gestión y Control” se compone de normas preceptivas; señala también el hecho de que las normas subjetivas de comportamiento en anticorrupción pública se contienen en el código de conducta, mientras que en el Modelo constituyen, por remisión, la parte especial.

¹³⁶ Me refiero al Decreto Legislativo nº 231/2001.

¹³⁷ Me refiero a la Ley nº 190/2012.

¹³⁸ Véase, para un debate, [IPPOLITO, M.: “Il nuovo piano nazionale anticorruzione 2022: principali implicazioni per le società in controllo pubblico e ruolo dell’organismo di vigilanza”, en Resp. Amm. Soc. Enti, n.º 2, 2023, p. 57.](#) Véase también Plan Nacional Anticorrupción (PNA) 2022, pp. 39 y ss.

10. OTRA PROPUESTA: SIMPLIFICACIONES ORGANIZATIVAS PARA LAS PEQUEÑAS EMPRESAS SUJETAS AL DOBLE RÉGIMEN

Siguiendo con el tema de las pequeñas empresas privada controladas públicamente, se considera también que estas deben además poder disfrutar de un régimen excepcional en lo que a las obligaciones organizativas en tema de anticorrupción se refiere. Como exigen los principios de culpabilidad penal¹³⁹, ahora pacíficamente extensibles a la responsabilidad ex Decreto Legislativo n.º 231/2001¹⁴⁰, la regla cautelar debería esculpirse a la luz de un agente modelo subjetivizado y, por tanto -traduciéndolo a la entidad-, un “sujeto colectivo modelo” representativo del círculo de personas colectivas a quién pertenece la entidad concreta¹⁴¹.

¹³⁹ Relectura de la responsabilidad en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001 a la luz del paradigma de la culpabilidad penal, MANES, V.: “Realismo e concretezza”, cit., pp. 656 y ss.

¹⁴⁰ Con referencia específica a Cass. pen., Sec. VI, 15 de junio de 2022, n. 23401, véase DE SIMONE, G.: “Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l’annosa vicenda Impregilo”, en *Giur. it.*, dicembre 2022, p. 2762. El autor, analizando la citada sentencia, señala concretamente que “La c.d. colpa di organizzazione, dunque, secondo questa innovativa e garantista rilettura della norma, non andrebbe piu’ considerata mero fatto impeditivo, rientrando tra gli elementi costitutivi dell’illecito ascrivibile alla societas” y que “...il deficit di autocontrollo organizzativo è da ritenere l’oggetto del rimprovero “penale”, l’autentico “fatto proprio” della persona giuridica, da ricondurre, pertanto, nell’orbita della tipicità” y que “quello dell’ente sarebbe da considerare come un illecito colposo di evento, laddove l’evento sarebbe rappresentato dal fatto di connessione, cioè dal reato-presupposto, che quindi andrebbe considerato ben piu’ di una mera condizione obiettiva di punibilità” y que “Il ruolo del modello, in questa prospettiva, diviene centrale, rientrando tra gli elementi che concorrono alla configurabilità della colpa dell’ente”. Para el enfoque según el cual la responsabilidad de entidades colectivas ex Decreto Legislativo n.º 231/2001 debe reinterpretarse a la luz de los principios que rigen la responsabilidad penal, véase también Cass. Pen., Sec. IV, 11 de enero de 2023, n.º 570; Cass. Pen., Sec. IV, 28 de marzo de 2023, n.º 21704; Cass. Pen., Sec. V, 2 de marzo de 2023, n.º 21640. Para una valorización del derecho de defensa y la presunción de inocencia (Art. 48 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) en el juicio a empresas, véase la STJUE, IV, 10 de noviembre de 2022, C-203/21, <http://dirittifondamentali.it>.

Sin embargo, sigue existiendo una tendencia ambigua en la jurisprudencia sobre la naturaleza de la responsabilidad de las entidades; de hecho, recientemente, las “Sezioni Unite. de la Corte di Cassazione italiana, al negar la posibilidad de aplicar la “messa allá prova” a las entidades colectivas, partieron del supuesto de que la responsabilidad ex Decreto Legislativo n.º 231/2001 representa un tercer tipo de naturaleza punitiva, no equiparable a la responsabilidad penal (Cass. Pen., SS.UU., 6 de abril de 2023 (ud. 27 de octubre de 2022), núm. 14840, párrs. 7.2 y ss., www.giurisprudenzapenale.com). Relacionado con el tema de la naturaleza de la responsabilidad de la entidad prevista por el Decreto n.º 231 está el tema de la naturaleza de la entidad. Sobre la naturaleza de la entidad, disputada entre la dimensión antropológica y artificial, ver BARTOLI, R.: “Un’introduzione alla responsabilità punitiva degli enti”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 25 de octubre de 2021, pp. 2 ss.; TRIPODI, A.F.: “Uomo, Societas, Machina”, en PIERGALLINI, C., MANNOZZI, G., SOTIS, C., PERINI, C., SCOLETTA, M., CONSULICH, F. (eds.): *Estudios en honor a Carlo Enrico Paliero*, Milán, 2022, pp. 1187 y ss.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad prevista en el Decreto Legislativo núm. 231/2001, no nos detendremos aquí; nos limitamos a citar, como punto de referencia todavía fundamental, Cass. Pen., SS.UU., 18 de septiembre de 2014-ud. 24 de abril de 2014, núm. 38343, *ThyssenKrupp*.

Para completar el panorama sobre la estructura de la responsabilidad en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001, pasando a los elementos objetivos, véase DE SIMONE, G.: “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), 28 de octubre de 2012, p. 36; AMARELLI, G.: “I criteri oggettivi di ascrizione del reato all’ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 19 de abril de 2013.

¹⁴¹ En el caso que nos interesa, pues, lo afirmado es aún más cierto si consideramos que las simplificaciones organizativas de las que hablamos no implican reglas modales, sino medidas cautelares previas que se limitan a definir la fisonomía del marco organizativo en el que injertar las precauciones propiamente dichas.

En esta lógica, por tanto, las simplificaciones mencionadas, por un lado, por sí solas no rebajan el umbral de la prevención; por otro, permiten la germinación de verdaderas medidas de reducción de riesgos que resulten eficaces y eficientes sobre la base de esa vía de “managerialización” de la Ley, según la cual, para arraigar, toda

Tamaño, capacidad y articulación organizativa de la empresa son, por tanto, factores a considerar a la hora de trazar los límites de la diligencia requerida. Desde este punto de vista, como se ha mencionado, el último Plan Nacional Anticorrupción atribuye, aunque sólo en algunos aspectos, cierta relevancia al criterio del tamaño. En efecto, la Agencia Nacional Anticorrupción -para las empresas por debajo de un determinado tamaño- flexibiliza los plazos establecidos para actualizar el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción, asignando a esta actividad una dimensión menos burocrática y más material; calibra el seguimiento en función del número de empleados en términos de periodicidad y muestras a analizar; y permite una evaluación del riesgo llevada a cabo en función del criterio de prioridades. Pues bien, para las empresas controladas públicamente, el mismo enfoque debería “proyectarse más allá del mundo-190” y reflejarse en el mundo-231, dado que, aunque de forma sibilina y vaga, este mismo Decreto contempla la posibilidad de dar relevancia al tamaño de la empresa¹⁴².

En otras palabras, lo que se exige a efectos del Decreto Legislativo n.º 231/2001 a las empresas, especialmente a las pequeñas, debería ponderarse teniendo en cuenta sus capacidades y posibilidades, que también deberían reinterpretarse a la luz de las medidas de prevención y control ajenas al mundo-231 y ponerse en marcha para adaptarse a la anticorrupción pública regulada por la ley n.º 190. *Ad exemplum*: si existe y es operativo un órgano de control como el encargado de la prevención de la corrupción y la transparencia (concretamente el Responsable de Prevención de la Corrupción), habría que poner negro sobre blanco la idoneidad de un Organismo de Vigilancia monocrático; quizás favoreciendo a un profesional externo¹⁴³ especialmente competente en referencia a aquellos delitos ajenos a la anticorrupción que representen un riesgo específico *ex* D.Lgs. n.º 231 para la empresa considerada. Por otra parte, es la propia Agencia Nacional Anticorrupción, incluso en ausencia de disposiciones legislativas, la que admite formas de coordinación entre el Responsable de Prevención de la Corrupción y el ODV (Organismo de Vigilancia). Pues bien, si se organiza bajo la bandera de la eficacia y el respeto de los dos marcos normativos, esta actividad sinérgica bien podría garantizar por sí misma una especie de colegialidad en la supervisión y el impedimento de los delitos contra la Administración Pública *previstos en* el Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Por último, inspirándose en las disposiciones de la normativa sobre *whistleblowing* que analizaremos¹⁴⁴, sería conveniente prever específicamente la posibilidad, para estas entidades

disposición normativa debe adaptarse al contexto concreto en el que se hace operativa. Véase CATINO, M., ROCCHI, S., VERZELLONI, L.: “L’impatto del d.lgs. n. 231/2001 sul sistema concreto d’azione delle imprese italiane. (Informe final), noviembre de 2022, cit., p. 10.

¹⁴² Apartado 3 del artículo 7 del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

¹⁴³ Son bien conocidos los “Procedure semplificate per l’adozione dei modelli di organizzazione e gestione (MOG) nelle piccole e medie imprese (PMI)”, citadas anteriormente, con arreglo al artículo 30, apartado 5-*bis*, del Texto Refundido de el Testo Único della Salute e Sicurezza sul Lavoro (Decreto Legislativo n.º 81/2008, cit.), que prevén expresamente que este órgano (Organismo de Vigilancia) pueda ser “unipersonal” (p. 33). Las peculiaridades de las Piccole-Medie Imprese (PMI) también se tienen en cuenta en las directrices de Confindustria (“Linee guida per la costruzione dei modelli”, cit.) y Concooperative (“Linee guida per la predisposizione dei modelli”, cit.). En ambos casos, en particular, se sugieren de nuevo composiciones “ligeras” del Organismo de Vigilancia (ODV). Por otra parte, las muy recientes Directrices UNI/PdR 138:2023 .Modello semplificato di organizzazione, gestione e controllo di cui al D.Lgs. 231/2001 per la prevenzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione e dei reati societari nelle micro e piccole imprese”, cit., p. 23, prevén la posibilidad de composición monocrática, suponiendo que se asignen las funciones pertinentes (al órgano de administración) o a un consultor externo con la profesionalidad adecuada o al auditor único, cuando se designe. Véase sobre el tema en general, CATALANO, L., OTTONE, A.: “La responsabilità amministrativa”, cit., p. 195.

de pequeño tamaño y tan cargadas de requisitos organizativos, de compartir las medidas de prevención de los *reati presupposto* con otras empresas situadas en el mismo territorio. La reflexión vuelve de nuevo, por poner un ejemplo trivial, al Organismo de Vigilancia, pero puede extenderse a la gestión de la formación, las actualizaciones normativas, las herramientas informáticas, etc.

En definitiva, la idea básica sigue siendo la de poner freno a la tentación de caer en una “hipervaloración” del llamado “agente modelo”¹⁴⁵ colectivo. Sigue siendo firme, sin embargo, como lo exigen los principios que rigen la culpabilidad penal, que, cuando la empresa en cuestión ejerce una actividad caracterizada por índices particulares de peligrosidad, la fisonomía del “agente modelo” debe, en consecuencia, “recalibrarse al alza”, con independencia del tamaño de la entidad.

11. COMPLIANCE Y WHISTLEBLOWING. CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS BAJO CONTROL PÚBLICO

Más allá de lo visto hasta ahora, los recientes desarrollos legislativos muestran cómo la injerencia “institucional” en el ámbito organizativo de las empresas privadas no representa un fenómeno aislado, circunscrito al sector de la anticorrupción (obligatorio y hetero-dirigido) y destinado sólo -entre las entidades privadas- a aquellas bajo control de la Administración Pública *o in house*.

De hecho, la reciente publicación del Decreto¹⁴⁶ sobre el nunca definido¹⁴⁷, pero ahora identificable¹⁴⁸ y famoso¹⁴⁹, *whistleblower* inaugura una nueva era bajo la bandera de una obligada corresponsabilidad también de la empresa privada en la lucha contra una “amplia” gama de fenómenos ilícitos, que va más allá del mundo-231. Lo que se promueve es específicamente una batalla contra la ilegalidad que se librará una vez más empuñando el

¹⁴⁴ Esto, con respecto al “canal protegido de informe” (*whistleblowing*) y los procedimientos relacionados.

¹⁴⁵ MANES, V.: “Realismo e concretezza”, cit., pp. 644.

¹⁴⁶ Decreto Legislativo núm. 24, de 10 de marzo de 2023 (en Gaceta núm. 63, de 15 de marzo de 2023) - Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que reportan infracciones del Derecho de la Unión y por la que se establecen disposiciones sobre la protección de las personas que informen infracciones de las legislaciones nacionales, cit.

¹⁴⁷ En términos jurídicos, el legislador, ni siquiera con el muy reciente Decreto Legislativo n.º 24/2023, ha definido la figura del informante-*whistleblower*. Desde el punto de vista de la traducción lingüística, en 2014, preguntada específicamente sobre la definición de este tema, la Accademia della Crusca respondió que a la árida pregunta ¿cómo se traduce la palabra *whistleblower* al italiano?, una primera respuesta esencial e igualmente árida es que, por el momento, en el léxico italiano no existe una palabra semánticamente equivalente al término angloamericano. (<http://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower>).

¹⁴⁸ Destaca acertadamente cómo, a pesar de la falta de una definición legislativa, hoy es posible elaborar un concepto bastante preciso del *whistleblower* deduciendo su fisonomía de la disciplina analítica del informe sobre las irregularidades y el *whistleblowing*, TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione”, en *AmbienteDiritto* (www.ambientediritto.it), 29 de noviembre de 2020, pp. 14 y ss.

¹⁴⁹ Si es cierto, como afirma la Accademia della Crusca, cit., que en 2014 no solo faltaba la palabra, sino que era “*innanzitutto il concetto designato a essere poco familiare presso l’opinione pubblica italiana*”, la situación parece haber cambiado con la promulgación del nuevo y esperado Decreto sobre la materia, cuya publicación fue acompañada de una considerable atención mediática y cuya próxima entrada en vigor ha obligado, como veremos a continuación, a las empresas privadas a enfrentarse al instituto en virtud de la ampliación de las obligaciones de protección de los *whistleblower* que les incumben.

arma del *compliance*. De hecho, el Decreto Legislativo n.º 24/2023¹⁵⁰, introduce una serie de obligaciones -organizativas, de gestión, operativas y de protección- que son vinculantes tanto para las entidades del sector público, que incluyen las empresas controladas por la Administración Pública y las empresas *in house*¹⁵¹, como para las empresas privadas dotadas¹⁵², y en algunos casos concretos también las no dotadas¹⁵³, de un Modelo *ex* Decreto Legislativo n.º 231/2001¹⁵⁴. Más en detalle, el legislador, aplicando tardíamente¹⁵⁵ la Directiva europea en la materia, y “personalizando”¹⁵⁶ su contenido, ha redactado una disciplina unitaria que, mediante el apoyo¹⁵⁷ y la protección reforzada¹⁵⁸ del “*informante*” y su derecho de expresión y crítica, pretende inyectar vitalidad a una herramienta tan valiosa como (en el sistema italiano) inexpressada¹⁵⁹, que es el *whistleblowing*. Se trata de un instituto que en Italia ya está regulado desde hace tiempo a impulso internacional¹⁶⁰, que en esencia representa un “artilugio” funcional para permitir/alentar la información/denuncia y, por tanto, la visibilidad de “conductas ilícitas” cometidas en el lugar de trabajo. En otras palabras, la idea básica del *whistleblowing* no es imponer¹⁶¹ la denuncia” (entendida como informe)¹⁶²,

¹⁵⁰ Artículo 24 del Decreto Legislativo n.º 24/2023: “1. Le disposizioni di cui al presente decreto hanno effetto a decorrere dal 15 luglio 2023. Alle segnalazioni o alle denunce all'autorità giudiziaria o contabile effettuate precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché a quelle effettuate fino al 14 luglio 2023, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 54-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001, all'articolo 6, commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, del decreto legislativo n. 231 del 2001 e all'articolo 3 della legge n. 179 del 2017. 2. Per i soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, fino a duecentoquarantatré, l'obbligo di istituzione del canale di segnalazione interna ai sensi del presente decreto ha effetto a decorrere dal 17 dicembre 2023 e, fino ad allora, continua ad applicarsi l'articolo 6, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo n. 231 del 2001, nella formulazione vigente fino alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

¹⁵¹ Art. 3(1) y Art. 2(p), Decreto Legislativo n.º 24/2023; Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 31 y ss.

¹⁵² Art. 3(2)(b) y Art. 2(q) del Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁵³ Art. 3(1)(a) y Art. 2(q) del Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁵⁴ Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit. p. 16 y ss.

¹⁵⁵ El 15 de febrero de 2023, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra varios países, entre ellos Italia, por no haber transpuesto y notificado la Directiva de la UE n.º 2019/1937.

¹⁵⁶ Hay varios aspectos que varían en el Decreto y la Directiva. Por ejemplo, el art. 8.3 y el art. 5.1 de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, establecen que los canales internos de reporte están a disposición de las entidades con cincuenta o más empleados y que solo deben comunicar las infracciones del Derecho de la UE. Por otro lado, veremos que el Decreto Legislativo n.º 24/2023 tiene un ámbito subjetivo de aplicación más amplio y contempla también los informes de ilícitos internos (ilícitos previstos por el sistema jurídico nacional) y de infracciones de las normas de las empresas privadas si forman parte del “Modelo de Organización, Gestión y Control”.

¹⁵⁷ Véase el artículo 18 del Decreto Legislativo n.º 24/2023 sobre medidas de apoyo.

¹⁵⁸ Volveremos sobre la protección reforzada de los *whistleblowers* en los apartados siguientes.

¹⁵⁹ SCOLETTA, M.: *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 1 de febrero de 2021, p. 7.

¹⁶⁰ SALAZAR, S.: “Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici”, en *Cass. pen.*, 2012, pp. 4290 y ss.; LIGUORI, G.: “Whistleblowing: il panorama a livello internazionale, struttura generale ed attuazione da parte dello Stato Italiano”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 61 y ss.

sino más bien “convertirla en una opción viable” garantizando mecanismos organizativos, de gestión y operativos adecuados, así como protecciones apropiadas para quienes decidan de utilizarla. Mecanismos y salvaguardas que -como especifica la Agencia Anticorrupción- se incluyen plenamente entre las medidas generales de prevención de la corrupción¹⁶³, siendo, por tanto, centrales para el funcionamiento del *compliance* penal y la protección de la legalidad. La herramienta en cuestión resulta útil para sacar a la luz lo “escondido” mediante un oportuno “desenmascaramiento” que viene “de dentro”¹⁶⁴ y que, por lo tanto, puede beneficiarse del ángulo de visión “privilegiado” de aquellos que trabajan dentro o en estrecho contacto con la empresa, ya sea pública o privada.

Ahora, como se ha dicho, el legislador ha intervenido recientemente en la materia afectando precisamente a los mencionados deberes organizativos y mecanismos de protección, ampliando los primeros y reforzando los segundos, y lo ha hecho siguiendo un nuevo enfoque. El microcosmos normativo que regula el *whistleblowing* ya no se caracteriza por una clara separación vinculada al contexto (público o privado) en el que se sitúa el informante, sino por un enfoque unitario. De hecho, se dirige indistintamente a las Administraciones Públicas y a las entidades privadas, aunque contempla notables diferenciaciones “entre” estas entidades e incluso “dentro” de las mismas en cuanto al nivel de protección otorgado a los informantes.

Desde este último punto de vista, veremos que, dependiendo de la entidad colectiva de que se trate, el canal de información puede cambiar en relación con su contenido; al mismo tiempo, dependiendo del tipo de entidad, la comunicación puede recibir protección siempre que tenga determinados contenidos. Las delimitaciones de la protección afectan específicamente a las entidades privadas “puras”. Para estas últimas, por ejemplo, la protección no se extiende a quienes utilicen el canal externo y informan a la Agencia Anticorrupción violaciones del Modelo de Organización, Gestión y Control o infracciones relevantes en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001¹⁶⁵. También siempre en el caso de

¹⁶¹ Del planteamiento según el cual el *whistleblowing* es una mera facultad, se deriva la elección del legislador de no monetizar el *whistleblowing*, a diferencia del sistema estadounidense, en el que la práctica de la *whistleblowing* es frecuente y a menudo se recurre a recompensas en metálico. Sobre el tema, véase TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing”, cit., p. 10; CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., pp. 135 y ss. La Directiva europea 2019/1937, cit. también se inclina hacia una lógica de protección del informante (incluso en el caso de posibles beneficios económicos) más que hacia una lógica de recompensa; véase TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing”, cit., p. 13 y ss.

¹⁶² Quedamos, pues, fuera del ámbito de las obligaciones de informe (como, por ejemplo, las previstas en los artículos 361 y siguientes del Código Penal italiano). Cabe señalar, no obstante, que en el sector privado el “Modelo de Organización, Gestión y Control” puede imponer una obligación de información ordinaria, ya que está cubierto por las obligaciones de información al Organismo de Vigilancia (artículo 6, apartado 2, letra d), y artículo 7, apartado 3, del Decreto Legislativo n.º 231/2001); en estos casos, la sanción aplicable en caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre señales de riesgo o infracciones es disciplinaria. Por lo que respecta a la Administración Pública, por un lado, la Corte di Cassazione italiana ha aclarado que no existe un deber de informar por parte del informante (Cass. Pen., Sec. V, 21 de mayo de 2018, n.º 35792); por otro lado, hay quienes, en referencia a los empleados públicos, invocan un deber institucional, anclado en normas constitucionales, de cooperar en la protección de la organización a la que pertenecen con vistas a preservar la integridad de la “cosa pública” (véase para más detalles TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing”, cit., p. 11).

¹⁶³ Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 42. Véase GHINI, P.: “L'utilizzo di un sistema di Whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2010, 61 y ss.; JANNONE, A.: “Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione: il quadro normativo e le soluzioni operative”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2016, 217 y ss.

¹⁶⁴ SCOLETTA, M.: “Il fischietto”, cit., p. 7.

las empresas privadas, los delitos que pueden denunciarse por los “canales de *whistleblower*” son exclusivamente los comprendidos en el “mundo-231” o, en determinadas condiciones¹⁶⁶, los ilícitos europeos enumerados en el mismo Decreto Legislativo n.º 24/2023. Esta delimitación, lograda por el legislador mediante un complejo trabajo de referencias selectivas previstas por el mismo Decreto, recién mencionado, en materia de *whistleblowing*, no opera - como ya se ha mencionado - para los sujetos “públicos”¹⁶⁷. Para estos últimos, incluidas las empresas controladas por la Administración Pública y las empresas *in house*, el *whistleblowing* “abarca” cualquier informe independientemente del “canal de reporte” e independientemente del tipo de ilícito “reportado”¹⁶⁸.

12. DECRETO LEGISLATIVO N.º 24/2023: UNA REFORMA BAJO EL LEMA DE LA EFICACIA A TRAVÉS DE LA ORGANIZACIÓN Y EL REFUERZO DE LA PROTECCIÓN DE LOS WHISTLEBLOWERS

Más allá de las debidas diferencias entre entidades privadas y públicas o controladas públicamente, y más allá de los elementos críticos que veremos, lo que parece indiscutible es que el Decreto Legislativo n.º 24/2023 expresa y alienta una verdadera revolución cultural. Al reconocer al *whistleblower* una valiosa función jurídico-social que debe ser tutelada con un vigor sin precedentes, el legislador ha desmentido su naturaleza divisoria, optando decididamente, entre las dos tesis antagónicas del “héroe”¹⁶⁹ y del “delator”¹⁷⁰, por la primera¹⁷¹. En otras palabras, desde un ángulo diferente, puede decirse que, al acomodar la necesidad de exponer las irregularidades y proteger a la persona que informa sobre infracciones normativas, por un lado, o la de preservar su lealtad¹⁷² a la “organización” para no dañar la reputación y la imagen de esta última¹⁷³, por otro, la nueva legislación da un paso decisivo en la primera dirección.

¹⁶⁵ Se trata de infracciones administrativas, contables, civiles o penales no comprendidas en los números 3), 4), 5) y 6) del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁶⁶ Entidades con una media de al menos cincuenta trabajadores o entidades que operan en los sectores sensibles enumerados por el Decreto n. 24/2023.

¹⁶⁷ Para una visión clara, Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 48.

¹⁶⁸ Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 47.

¹⁶⁹ TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing”, cit., p. 9, informa de cómo el proceso de rehabilitación del informante se inicia por NADER, R.: “Introduction”, en NADER, R., PETKAS, P.J., BLACKWELL, K. (eds.): *Whistleblowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972, pp. VII y ss.

¹⁷⁰ MIETHE, T.D.: *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Londres, 2020, pp. 11 y ss., <https://doi.org/10.4324/9780429267512>.

¹⁷¹ Sobre los dos enfoques mencionados, véase TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing”, cit., pp. 8-9.

¹⁷² Sobre el tema, SIGNORELLI, M.: “La diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà: l'inadempimento del lavoratore subordinato nella lettura giurisprudenziale”, en *Resp. civ. prev.*, n.º 1, 2020, pp. 106 y ss.

¹⁷³ Confindustria, “Position paper on “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali”, enero de 2023, p. 1. Desde el punto de vista de la necesidad de garantizar una mayor protección de la empresa y del informante, en resumen, Confindustria destaca la necesidad de aclarar el concepto de razones fundadas que justifiquen el informe, de limitar la discrecionalidad del *whistleblower* a la hora de elegir el canal de reporte, de reforzar las sanciones en

Todo ello resulta evidente, en primer lugar, si se tiene en cuenta el alcance subjetivo y objetivo de la protección prevista en materia de *whistleblowing*, es decir, el amplio abanico de sujetos que pueden beneficiarse de ella y los contenidos que se pueden reportar. Desde el punto de vista subjetivo, es decir, el relativo a los beneficiarios, es interesante observar en primer lugar cómo el concepto de *whistleblower* atrae ahora -además del clásico trabajador por cuenta ajena- a toda una serie de otros sujetos “colindantes”, como los trabajadores en prácticas o aquellos cuya relación laboral ha finalizado¹⁷⁴, y también a sujetos externos, como autónomos, consultores o trabajadores por cuenta propia que desarrollan actividades para entidades del sector público o del sector privado¹⁷⁵. Pero aún más innovadora es la extensión (casi en su totalidad¹⁷⁶) de la protección de los *whistleblowers* a personas que no lo son. Se trata de figuras que, debido a su particular “vínculo” con el informante, pueden estar expuestas al mismo riesgo debido a las iniciativas del propio informante. La lista incluye al facilitador o a quienes están vinculados al *whistleblower* por lazos afectivos estables o por trabajar en el mismo contexto¹⁷⁷. De nuevo, piénsese en aquellas empresas externas que son propiedad del informante o que lo emplean¹⁷⁸. Desde el punto de vista objetivo, y volviendo al amplio contenido del informe, este goza de protección si *revela* conductas que “*ledono l’interesse pubblico o l’integrità dell’amministrazione pubblica o dell’ente privato*” y consisten en una serie de malas conductas¹⁷⁹ así como infracciones que, incluso para determinadas empresas privadas, pueden ir más allá del “mundo-231”¹⁸⁰. Se trata, entonces, de información que entra en el régimen de *whistleblowing* independientemente de los motivos del informe, incluso si se transmite originalmente de forma anónima¹⁸¹ e incluso si está viciada por error, excepto la responsabilidad penal o civil del informante, que puede ser declarada conforme al artículo 16, apartado 3. Los únicos “límites”: la información no puede referirse a meras irregularidades¹⁸² a menos que sea sintomática de delitos/ilícitos reportables¹⁸³; debe

caso de informe temerario y de proporcionar una protección adecuada de aquel que es señalado como autor de la irregularidad por el informante”. Para más detalles, véase p. 2.

¹⁷⁴ Art. 3(4)(a), (b) y (c) del Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁷⁵ Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, citadas anteriormente, pp. 13 y 18.

¹⁷⁶ Como se verá más adelante, la inversión de la carga de la prueba no se aplica a personas distintas del *whistleblower*: Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC), “Linee guida in materia di protezione”, cit. pp. 67 y ss.

¹⁷⁷ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 20.

¹⁷⁸ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 23: aclara esta categoría poniendo el siguiente ejemplo “*Ci si riferisce - a titolo esemplificativo - al settore pubblico ove un dipendente di uno dei comuni che hanno stipulato una convenzione per la gestione associata di un servizio, segnali violazioni compiute, nell’ambito della gestione dello stesso servizio, da un comune associato. In tali casi, il comune segnalato potrebbe attuare una misura ritorsiva nei confronti non del dipendente segnalante bensì del comune di appartenenza di quest’ultimo, interrompendo in via anticipata la convenzione*”.

¹⁷⁹ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit. pp. 26 y ss.

¹⁸⁰ Véanse los casos, a los que volveremos en el texto, en los que los informes protegidos con referencia a entidades de Derecho privado pueden adoptar la forma de comunicación de “infracciones europeas”, infracciones que la normativa anterior no contempla entre los informes protegidos (según el artículo 6, apartado 2 bis, del Decreto Legislativo n.º 231/2001, sólo son las relativas a “*condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello...*”).

¹⁸¹ En efecto, Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 33, especifica que los informes anónimos deben tratarse como informes comunes, pero que, si el informante es identificado posteriormente y sufre represalias, entonces se aplican las medidas de protección pertinentes.

haberse conocido en el contexto laboral y su divulgación, con el suficiente detalle¹⁸⁴, no debe representar una reivindicación personal. Por último, la reportación para ser “protegida” debe pasar por los canales reservados por el Decreto para el tipo de irregularidad reportada. Desde este último punto de vista, la prioridad sigue siendo, sin embargo, la aparición de la irregularidad; de ahí, en el caso de una reportación (interna o externa)¹⁸⁵ enviada a una persona incompetente, la obligación de esta última de transmitirla a la persona competente para recibirla, alertando al *whistleblower*.

Además de la ampliación de la protección del informante bajo el perfil subjetivo y objetivo, como ya se ha dicho, el desequilibrio a favor de la prevención se expresa también en el reforzamiento de la *eficacia* de la que se quiere dotar al sistema de *whistleblowing*, que se persigue a través de obligaciones operativas, organizativas y de gestión, por un lado, así como del refuerzo, *ex ante* y *ex post*, de la protección del *whistleblower*, por otro. Se trata de un fortalecimiento y refuerzo revolucionarios, especialmente en lo que se refiere al mundo de las entidades de derecho privado, cuyas tareas en materia de *whistleblowing* se limitaban hasta ahora a la creación de un canal de comunicación protegido, en el seno del Modelo de Organización, coincidiendo a menudo con la activación de un buzón de correo electrónico ajeno al dominio de la entidad¹⁸⁶.

En virtud de la nueva normativa, como ya se ha mencionado, las obligaciones impuestas a las empresas son, en cambio, más articuladas. Por una parte, se les pide que adopten y hagan efectivas (a través de las personas que asumen las responsabilidades pertinentes¹⁸⁷)

¹⁸² Para destacar lo decepcionante de esta previsión, véase PARISI, N.: Ponencia oral en la mesa redonda “Cosa cambia in Italia con la nuova legge sul whistleblowing?”, www.transparency.it/cosa-puoi-fare/eventi/prospettive-whistleblowing-nuova-legge, 18 de mayo de 2023.

¹⁸³ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 26.

¹⁸⁴ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 33.

¹⁸⁵ Art. 4(4), e art. 7(3), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁸⁶ A la luz de estas últimas consideraciones, no es de extrañar que el alcance innovador de la Ley de 2017 (que introdujo la disciplina antes de la Decreto Legislativo n.º 24/2023 en materia de *whistleblowing*) haya sido cuestionado por la doctrina (RUGANI, A.: “I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179”, en *La Legislazione Penale* (www.la-legislazione-penale.eu), 2 de junio de 2018, p. 5) argumentando que esta no habría hecho otra cosa que cristalizar la práctica ya existente. Ello se debe a que los Modelos ex Decreto Legislativo n.º 231/2001, sobre la base de lo dispuesto en sus artículos 6 y 7 (véase también LIGUORI, G.: “La figura del whistleblower in Italia”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2015, pp. 155 y ss.) siempre han previsto obligaciones de información al Organismo de Vigilancia (ODV), de carácter tanto periódico como contingente. Estas últimas se refieren específicamente a la ocurrencia de determinadas violaciones del Modelo o a la aparición de determinados signos de alerta relativos a la comisión de delitos-231. CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, cit., p. 140, considera que el Decreto Legislativo n.º 231/2001 ya daba pistas sobre la necesidad de establecer canales de reporte y protección del informante. Tanto es así que, en referencia a la ley de 2017, se ha dicho que la única actualización real ha sido la de prever la creación de un canal de reporte alternativo capaz de garantizar la privacidad y anonimato del informante, “un obbligo al quale è stato possibile adempiere, ad esempio, anche solo istituendo un ulteriore indirizzo email su un account esterno al server di posta e accessibile solo ai membri dell’Organismo di vigilanza” (SCOLETTA, M.: *Il fischietto*”, cit., p. 7).

¹⁸⁷ El artículo 21 Decreto Legislativo n.º 24/2023 prevé una serie de sanciones administrativas gravosas dirigidas, en parte, al organismo responsable de establecer las políticas en la empresa (por no establecer canales *whistleblowing*, por no adoptar procedimientos para realizar y tramitar informes o por no adoptar procedimientos que no se ajusten a la Ley) y, en parte, a la persona responsable de gestionar los reportes (por no comprobar y analizar el informe) así como a la persona responsable de determinadas conductas (es decir, obstruir o intentar obstruir el informe, tomar represalias contra el informante, incumplir la obligación de confidencialidad, etc.). Véase Agencia

medidas no sólo operativas, sino también organizativas y de gestión adecuadas para cumplir los requisitos de la Ley, requisitos funcionales para garantizar que el informe se tramita realmente respetando los plazos y las modalidades previstas y que el informante está realmente protegido en la perspectiva *ex ante*.

Desde un punto de vista más analítico, relativo a las herramientas operativas, el Decreto exige el establecimiento de canales internos de reporte adecuados para proteger la confidencialidad del que informa, incluso mediante herramientas criptográficas. Las empresas están adoptando plataformas en línea que también garantizan comunicaciones orales, mensajes de voz y la verbalización de las reuniones presenciales siguiendo instrucciones de la Autoridad Anticorrupción¹⁸⁸. Desde el punto de vista organizativo, las empresas (incluidas las privadas) deberán adoptar un procedimiento específico que, si existe el Modelo de Organización o si existe el Plan Trienal de Prevención de la Corrupción o las medidas que lo sustituyan, deberá estar ubicado en ellos¹⁸⁹. Este procedimiento deberá regular, por una parte, la fase de información "activa" por parte del informante y, por otra, garantizar su gestión eficaz y conforme a la legislación de 2023 por parte del gestor de informe. También (se cree), el mismo procedimiento debe evitar -además de la violación de la confidencialidad¹⁹⁰- las represalias y las formas de obstruccionismo, aunque sólo sea en grado de tentativa¹⁹¹ y (de nuevo, se cree) superar la vaguedad del Decreto. Se deberían regular, en conformidad con lo indicado recientemente por la Agencia Nacional Anticorrupción¹⁹², también las modalidades operativas de "seguimiento" del informe, es decir, las modalidades para investigar la irregularidad reportada. También en el aspecto organizativo, las empresas deberán designar a una persona, una oficina interna o una persona externa, debidamente formada, como responsable de este proceso (en la actualidad, sin embargo, esta tarea recae en el Responsable de prevención de la corrupción si está presente). El responsable de dar seguimiento al informe (en Italia denominado "Gestore")¹⁹³, una vez designado, deberá ocuparse también de difundir, a través de una sección específica de la página web de la empresa, toda la información necesaria para realizar los informes internos y externos, haciéndolo todo accesible también a los posibles terceros legitimados. Por último, desde el punto de vista de la gestión, deberá garantizarse la verificación y el análisis de los informes, en cumplimiento de la Ley.

Paralelamente al *compliance* y al refuerzo de la protección *ex ante*, también se prevén medidas de protección *ex post*. Consisten en la ya conocida prohibición de adoptar medidas organizativas de carácter discriminatorio o de represalia contra los *whistleblowers*. Se trata de

Nacional Anticorrupción, "Linee guida in materia di protezione", cit., p. 88 para una aclaración de las personas responsables de estas infracciones.

¹⁸⁸ Véase Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC), "Linee guida in materia di protezione", cit., p. 37

¹⁸⁹ Art. 4(1), Decreto Legislativo n.º 24/2023; ANAC, "Linee guida in materia di protezione", cit., p. 35.

¹⁹⁰ Previo consentimiento y dentro de los límites previstos por la Ley en función de los procedimientos desencadenados por la alerta.

¹⁹¹ Artículo 21(1)(a) del Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁹² ANAC, "Linee guida in materia di protezione", cit., pp. 40 y ss.: describe lo que en esencia pueden ser las actividades a realizar en la fase de investigación, precisando que el encargado de tramitar el informe debe limitarse a archivarla si la considera infundada; en caso contrario, debe dar cuenta a los organismos competentes o a la judicatura la determinación de las responsabilidades individuales.

¹⁹³ Art. 5(1)(e) Decreto Legislativo n.º 24/2023.

una prohibición que el legislador ha ampliado también a las conductas, actos u omisiones perjudiciales y de la que el propio Decreto ofrece por primera vez un gran número de ejemplos¹⁹⁴. Como ya ocurría en el pasado, también se produce una inversión de la carga de la prueba¹⁹⁵ respecto a la correlación causal entre las medidas y comportamientos discriminatorios o de represalia adoptados contra el informante y el informe que él transmitió¹⁹⁶. Esta última presunción, sin embargo, por primera vez se extiende también a la naturaleza del daño sufrido, es decir, a su correlación causal con el informe¹⁹⁷. Por último, se prevé, como en el pasado, la sanción de nulidad¹⁹⁸ de los actos en cuestión y se introducen limitaciones sustanciales tanto en lo que se refiere a la posibilidad del *whistleblower* de efectuar renunciaciones y transacciones¹⁹⁹ como a sus responsabilidades con respecto a la divulgación de determinada clase de información²⁰⁰.

13. WHISTLEBLOWING: MEZCLA ENTRE ANTICORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EMPRESAS CONTROLADAS PÚBLICAMENTE

La introducción de un “entorno organizativo” específico para el *whistleblowing* vuelve a plantear una serie de problemas cuando tiene que “encajar” con otros sistemas de *compliance*.

Pensemos, para empezar, en las empresas bajo control público o *in house*, dentro de las cuales coexisten no menos de tres modelos: el Plan Trienal, el Modelo de Organización y el microsistema dedicado al *whistleblowing*. Pues bien, esta coexistencia para tales entidades no es en realidad nada nuevo. La anterior normativa sobre *whistleblowing* también la contemplaba. En el ámbito de un marco conocido, sin embargo, se insertan ahora elementos revolucionarios que conllevan problemas - estos sí - sin precedentes.

Una primera cuestión está relacionada con el alcance de la protección concedida al “informante” que actúa “en el ámbito público”. Como ya se ha dicho, en este caso no existen filtros ni limitaciones efectivas de ningún tipo: el “informante público” puede acudir, con ciertos límites²⁰¹ marcadamente discrecionales, a cualquier canal de reporte (interno, externo a la Agencia Nacional Anticorrupción, divulgación pública o denuncia formal a la autoridad judicial o a la Corte dei Conti) para informar sobre la comisión de cualquier ilícito nacional o europeo, incluidos los previstos en el Decreto n.º 231, así como las violaciones del Modelo-231²⁰². Ahora bien, la cuestión es que, si todo esto es cierto, bien puede ocurrir que

¹⁹⁴ Art. 17, Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁹⁵ Esto no se aplica a personas distintas del *whistleblower*, como el facilitador: ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit. pp. 67 y ss.

¹⁹⁶ Art. 17 Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁹⁷ Art. 17(2), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁹⁸ Art. 19(3), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

¹⁹⁹ Art. 22 Decreto Legislativo n.º 24/2023.

²⁰⁰ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit. pp. 49 y ss.

²⁰¹ Véase el artículo 6 del Decreto Legislativo n.º 24/2023, que establece que sólo se podrá optar por la comunicación externa en los casos indicados en el mismo. De hecho, existe una clara preferencia del legislador por la vía interna (es decir, canal interno a la empresa), ya que permite la obtención de la información por el sujeto más próxima a la fuente del riesgo es decir, la empresa en la que se ha producido el hecho objeto de información (para esta postura, véase ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., pp. 36 y ss.).

meras violaciones de las normas de autorregulación de las empresas en virtud del Decreto Legislativo n.º 231/2001 e integrantes del Modelo sean reportadas a la Agencia Nacional Anticorrupción o difundidas, por ejemplo, a través de las redes sociales. Todo ello deja a uno perplejo, considerando que, por un lado, a la Agencia Anticorrupción se le encomiendan tareas de investigación relativas a conductas de relevancia puramente interna²⁰³ sobre las que, por tanto, tendrá que desarrollar una adecuada pericia²⁰⁴; y, por otro lado, que hechos insignificantes y sin relevancia social²⁰⁵ pueden llegar a ser de dominio público y causar daño a la empresa, revelando información valiosa²⁰⁶ y/o dañando su imagen y reputación.

Por si fuera poco, se plantea una delicada cuestión de coordinación entre el *compliance* público y el privado. Ya se ha mencionado el hecho de que los informes del *whistleblower* relativos a cualquier irregularidad en el seno de empresas controladas por la Administración Pública, pueden realizarse a través de todos los canales previstos, incluido el canal interno, que debe ser regulado por el Modelo de Organización (si está presente) o dentro de las normas complementarias del propio Modelo adoptadas en aplicación de la Ley 190/2012 (que sustituyen al Plan Trienal).²⁰⁷ También se ha mencionado ya que la gestión de este canal interno en la Ley está encomendada al Responsable de Prevención de la Corrupción (RPC)²⁰⁸.

Si este es el caso, se multiplican los posibles enfrentamientos entre este último y el Organismo de Vigilancia (ODV), y se enfatiza el misterio de cómo deben interactuar. Pudiendo recibir a través del canal interno información relativa también al “mundo-231”, es evidente que el Responsable de Prevención de la Corrupción no puede dejar al Organismo de Vigilancia de lado: tal descoordinación, además de traicionar los principios del sistema-190, podría

²⁰² Art. 3(1), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

²⁰³ Ello sin perjuicio de la facultad de archivo de la Agencia Nacional Anticorrupción en caso de particular levedad, prevista en las “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 79.

²⁰⁴ Por otra parte, como afirma Confindustria (ante del Decreto n.º 24/2023, en su documento de posición sobre el proyecto de decreto italiano en materia de *whistleblowing*), “*le violazioni del MO 231 (che non integrino fattispecie di reato presupposto) hanno rilevanza meramente interna e attengono ad aspetti squisitamente organizzativi dell'impresa, rispetto ai quali qualunque "intrusione" (anche indiretta) dei poteri pubblici appare sproporzionata e inopportuna*” (Position paper “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali”, Gennaio 2023, p. 5).

²⁰⁵ Sobre este punto, Confindustria, en el mencionado documento, afirma que “*L'esigenza di veicolare le segnalazioni relative a "mere" violazioni del MO 231 attraverso i soli canali interni risponde, da un lato, all'esigenza di non appesantire la disciplina applicabile ai soggetti privati, dall'altro - e soprattutto - al fatto che le segnalazioni in questione non possono in alcun modo essere considerate, di per sé, al pari di quelle afferenti a violazioni lesive di un interesse pubblico, secondo l'accezione accolta dalla Direttiva. Infatti, ammettere in ogni caso le segnalazioni pubbliche in queste ipotesi risulta sproporzionato e incoerente con la ratio della Direttiva stessa*” (Position paper “Schema di decreto legislativo”, cit., p. 4).

²⁰⁶ En un sentido crítico, Confindustria, Position paper, cit., ha expresado la opinión de que debería establecerse una distinción entre los informes relativos a la comisión de los delitos contenidos por el Decreto Legislativo n.º 231/2001, para los que es razonable la previsión de canales de comunicación externos y públicos, y las infracciones del “Modelo de Organización, Gestión y Control”, que sólo deberían ser objeto de reporte interno, ya que se caracterizan “*dalla prevalente finalità di trasparenza dei processi organizzativi ed efficacia dei presidi procedurali interni*” (p. 1).

²⁰⁷ Ya sea directamente o por referencia “*ad atto organizzativo apposito dedicato al whistleblowing*”; véase Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit. p. 42.

²⁰⁸ Art. 4(5), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

socavar la idoneidad del Modelo de Organización en caso de que el hecho aportado diera lugar a uno de los “*reato presupposto*” que figuran en el Decreto n.º 231²⁰⁹, con el consiguiente riesgo de condena de la empresa en un proceso penal.

Dicho esto, otra cuestión mucho más problemática es la de la “gestión” del informe protegido. Aunque la Ley la encomienda literalmente al Responsable de Prevención de la Corrupción²¹⁰, según un determinado planteamiento, cabría plantear la hipótesis de que éste pudiera operar como un “clasificador”, debiendo “entregar” al Organismo de Vigilancia los informes relativos al “mundo 231” y quedarse con los demás para “tramitarlas” él mismo. Por su parte, el Organismo de Vigilancia, desde esta perspectiva, se convertiría en un sujeto “delegado” para la gestión de las reportaciones protegidas recibidas, con un papel a primera vista similar al actual, salvo por la necesidad de sustituir el conocido correo electrónico extraempresarial dedicado al *whistleblower* por un canal informático adecuado a las exigencias del Decreto Legislativo n.º 24/2023. Esta tesis, aparentemente muy sencilla, esconde sin embargo varios escollos. Los obstáculos se refieren, en primer lugar, al Responsable de Prevención. Como persona obligada por Ley a gestionar los informes del *whistleblower* que se efectúan a través del canal interno, cuando transfiere (aunque sea *ratione materiae*) la tarea a otros se expone al riesgo de ser considerado responsable de la infracción administrativa de no comprobar y analizar los informes recibidos²¹¹, así como del incumplimiento del deber de confidencialidad. En segundo lugar, los inconvenientes también afectan al Organismo de Vigilancia. En efecto, la delegación en cuestión acaba contaminando su papel con tareas operativas sin precedentes para las que no está “equipado” y que terminan por socavar su independencia y su autonomía. La ambigua obligación de “hacer un seguimiento de los informes recibidos” podría implicar de hecho la realización de verdaderas investigaciones²¹² destinadas a averiguar el *fumus* de la infracción reportada. Ahora bien, si esto es cierto, el efecto sería incrustar al Organismo de Vigilancia en el engranaje empresarial, hasta el punto de hacer depender (también) directamente de su conducta el cumplimiento de la legislación de *whistleblowing*, hasta el punto de otorgarle el poder de influir (al menos en ciertos casos²¹³) en la suerte del reporte y de la persona denunciada con el mismo reporte. No es casualidad que, al asumir el papel de gestor de informes, el Organismo de Vigilancia se convierta en el destinatario directo -por primera vez- del ilícito específico de omisión de análisis y comprobación del informe, mencionado anteriormente y castigado con sanción administrativa por la Agencia Nacional Anticorrupción, así como, a nivel disciplinario, por la propia empresa²¹⁴.

²⁰⁹ Sobre la conexión de riesgo que debe existir entre la omisión de precauciones organizativas y el ilícito cometido, véase recientemente MONGILLO, V.: “La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo”, in *Cass. Pen.*, n.º 3, 2023, p. 717.

²¹⁰ Art. 4(5), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

²¹¹ Letra b) del artículo 21 y apartado 5 del artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 24/2023. Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 88, ha precisado además cómo esta responsabilidad sólo puede recaer en el Gestor de los informe-*whistleblowing*.

²¹² Expresando ya en 2015 el temor de que la evolución de la institución de *whistleblowing* pudiera conducir a una “privatización” de las investigaciones, FLICK, G.M.: “Governance and corruption prevention”, cit., p. 7.

²¹³ Considera, por ejemplo, que puede archivar directamente el reporte si lo considera infundado.

²¹⁴ Art. 21(2) Decreto Legislativo n.º 24/2023.

Pues bien: por muy atractivo que resulte desde el punto de vista organizativo, el planteamiento descrito no parece aceptable si se tienen en cuenta los requisitos de identidad del organismo en cuestión. Como es bien sabido, el Organismo de Vigilancia no es un “órgano” de la entidad, sino un sujeto que opera al margen del ámbito empresarial. Representa un “centinela del cumplimiento” que, en una posición separada del personal de la empresa que trabaja en y para ella, realiza una supervisión de segundo nivel (como ya se ha dicho) de la organización de la propia empresa, de su gestión, de sus sistemas de control y de la forma en que “trata” los indicios de riesgo²¹⁵. Más concretamente, se trata de un “*controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell’ambito del modello organizzativo di cui l’ente si è dotato*”²¹⁶; un control que representa una “medida general”²¹⁷

²¹⁵ Comentando la sentencia .Impregilo bis” della Corte di Cassazione italiana, Carlo Piergallini señala que “Magistralmente, la sentenza in commento parla di “compiti di controllo sistemico”, dimostrando di padroneggiare appieno il lessico delle organizzazioni complesse. “Sistemico”, si scrive: ciò vuol dire che l’organismo, per il tramite di un’attività programmata e/o a sorpresa (proattiva), è chiamato continuamente a saggiare l’idoneità preventiva delle procedure operative e il livello di conformità attesa dei comportamenti. Non basta. Nel contesto di una simile attività, parimenti fondativo si rivela il riesame sistematico dell’effettività preventiva dei protocolli: gli errori, sempre in agguato, sono compagni di viaggio delle attività organizzate e la loro rilevazione costituisce un insostituibile, quanto prezioso, strumento di conoscenza” (PIERGALLINI, C.: “Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”” (nota a Cass., Sec. VI, 11 novembre 2021 (15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo, rel. Rosati), en *Sistema penale* (<https://www.sistemapenale.it>), 27 de junio de 2022, p. 9).

²¹⁶ Así Cass., Sec. VI, 11 de noviembre de 2021 (15 de junio de 2022), núm. 23401, que “cerró” el proceso “Impregilo”; al respecto MONGILLO, V.: “La colpa di organizzazione”, cit., p. 722, aclara que “Per questo non può che accogliersi con sollievo il punto di vista espresso dalla VI sezione nella sentenza Impregilo bis, secondo cui i compiti spettanti ai membri dell’OdV non possono mai trascinare nella supervisione di comportamenti concreti, acquisendo connotazioni di tipo gestorio in attrito con gli assetti della corporate governance delineati dal diritto societario; tali compiti devono restare confinati a un «controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell’ambito del modello organizzativo di cui l’ente si è dotato»”.

Como es bien sabido, la sentencia mencionada contradice la decisión anterior de la Corte di Cassazione italiana que, en el contexto del mismo juicio, había considerado que el “Modelo de Organización, Gestión y Control” no era adecuado sobre la base del hecho que no se impuso ninguna verificación previa por parte del Organismo de Vigilancia sobre la divulgación al mercado de información financiera por parte de la alta dirección y, por lo tanto, de hecho exigió que se asignaran a estos últimos tareas de gestión (véase sobre este punto también MONGILLO, V.: “La colpa di organizzazione”, cit., p. 722). Se trata Cass. Pen., Sec. V, 30 de enero de 2014, n.º 4677. Haciendo referencia al Organismo de Vigilancia, PIERGALLINI, C.: “Una sentenza “modello””, cit., p. 9: “È evidente che qualsiasi tipo di ‘compromissione’ gestoria ne vanifica il DNA: se gestisce, governa e, se governa, smarrisce l’autonomia e l’indipendenza. Per evitare che ciò accada, l’organismo deve essere collocato al di fuori del processo decisionale dell’ente” (p. 8); “Se, come vorrebbe la decisione della Cassazione del 2014, i flussi informativi dovessero contemplare l’acquisizione del parere dell’organismo di vigilanza, questo si collocherebbe, a pieno titolo, all’interno della procedura decisionale, segnatamente nella fase consultiva, smarrendo i requisiti costitutivi dell’autonomia e dell’indipendenza. Da “controllore” istituzionale della stessa, diverrebbe suo autentico protagonista, con l’effetto paradossale di essere, nel contempo, “controllore” e “controllato”. Una simile scelta contrasterebbe inoltre irrimediabilmente con la disciplina civilistica: come si può pensare di coinvolgere nel governo dell’ente un organo svincolato, per legge, da qualsiasi legame con la volontà degli azionisti? Va, perciò, affermato, senza esitazioni, che l’attività di controllo dell’organismo è di secondo livello, esterna al processo decisionale”.

También DE SIMONE, G.: “Si chiude finalmente”, cit., p. 2765. En sentido crítico sobre la primera sentencia *Impregilo*, véase PALIERO, C.E.: “Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?”, en *Le società*, 2014, p. 474 y ss. Para un enfoque que se inspira más bien en la primera sentencia *Impregilo*, véanse las famosas sentencias sobre los escándalos bancarios de 2021, que muestran una tendencia específica, a saber, la de centrar la apreciación de la diligencia organizativa -más que en las medidas de prevención adoptadas por la entidad- en la labor del Organismo de Vigilancia, llamándolo a un “poder de intervención activa”. Así Trib. Milán, 7 abril 2021, con nota de SANTORIELLO, C.: “Non c’è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all’Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell’azienda”, en *Giur. pen. Web*, n.º 5, 2021, pp. 1 y ss.; Trib. Vicenza, 17 de junio de 2021, comentada de nuevo por SANTORIELLO, C.:

para reducir el riesgo de comisión de delitos por parte de la entidad o, mejor aún, una medida útil en relación con un objetivo concreto: ayudar a la propia empresa a ser (ella y sólo ella) “organizativamente diligente” y, sobre todo, a serlo en la práctica y a mantenerse así el tiempo, estimulándola a cambiar cuando sea necesario. Tanto es así que sólo y exclusivamente la entidad soporta la responsabilidad directa del incumplimiento cuando da lugar a uno de los *reato presupposto* que figura en el Decreto nº 231; es por ello que las funciones adicionales que la Ley permite confiar al Organismo de Vigilancia (ODV) son todas ellas funciones que no prevén tareas operativas pero que dedicadas simplemente a comprobar que las acciones/decisiones empresariales son conforme a la *compliance*. En línea con lo recién mencionado, existe la posibilidad (ya mencionada) de asignar las funciones del “Organismo Independiente de Valoración” (OIV) y las obligaciones de control e información en materia de transparencia precisamente al ODV.

Sobre la base de estas consideraciones, y volviendo a las relaciones entre el Responsable de Prevención (como responsable de los informes) y el Organismo de Vigilancia, resulta más convincente el planteamiento alternativo según el cual la “gestión” de todos los informes, y la consiguiente responsabilidad, queda siempre y en todo caso en manos del Responsable de Prevención, salvo la obligación de este último de informar al Organismo de Vigilancia (respetando la confidencialidad) sobre la información recibida, la actividad realizada y los resultados de la misma. Ello, claro está, si los hechos entran dentro del “mundo-231”.

14. WHISTLEBLOWING: MEZCLA ENTRE ANTICORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN LA EMPRESA PRIVADA “PURA”

Aún más penetrantes e inéditas son las consecuencias de mezclar el sistema de anticorrupción público y privado cuando se trata de entidades privadas puras.

Como observación preliminar, llaman la atención los límites que definen el perímetro de las obligaciones que incumben a estas entidades en materia de *whistleblowing*. Por un lado, existe una exención en materia de protección de los *whistleblowers* para las empresas con menos de cincuenta empleados y sin Modelo de Organización, si no pertenecen a determinados sectores²¹⁸. Se trata de una zona franca que, ante el silencio del legislador, parece extenderse también al caso de que el *whistleblower* utilice el canal externo para realizar su reporte.

Por otro lado, se amplía la extensa y no siempre bien definida lista²¹⁹ de empresas que, aunque privadas, son equiparadas a la Administración Pública y sujetas, por tanto, a la obligación de garantizar una protección reforzada a los *whistleblowers*²²⁰. De hecho, la nueva

[“Autonomía, Indipendenza ed operato dell’OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza”, en *Giur. pen. Web*, n.º 7-8, 2021, pp. 1 y ss.](#)

²¹⁷ Como ha recordado recientemente MONGILLO, V.: “La colpa di organizzazione”, cit., p. 716, el “Modelo de Organización, Gestión y Control” se compone de “*misure generali (segregazione di funzioni, flussi informativi e canali di segnalazione, vigilanza dell’organismo a ciò deputato, sistema disciplinare, ecc.) e specifiche (regole etico-comportamentali e protocolli decisionali a scopo contenitivo di determinate figure di reato), funzionali alla minimizzazione del rischio di commissione del tipo di reato effettivamente realizzato*”.

²¹⁸ Art. 3(2), Decreto Legislativo n.º 24/2023. Aclaración del ámbito subjetivo de aplicación del reglamento, Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione” cit., pp. 16-17.

²¹⁹ FLICK, G.M.: “Governance and corruption prevention”, cit., p. 2 (refiriéndose, sin embargo, al estado de la Ley de 2015).

legislación incluye también entre las entidades del sector público a los concesionarios²²¹ de servicios públicos, sujetos cuyo carácter público -como se ha observado- es sólo “accidental”²²², dada la tendencia a confiar la gestión de tales servicios a empresas privadas.

En medio, con algunas diferenciaciones, se encuentran las demás entidades privadas sujetas al Decreto Legislativo n.º 24/2023, para las que se produce un verdadero cambio de perspectiva: a diferencia del régimen anterior, en el que la protección de los informantes se limitaba a disposiciones sectoriales²²³, ahora se encuentran sujetos a una disciplina general (la dictada por el Decreto Legislativo n.º 24/2023) que se complementará con las obligaciones específicas establecidas en las distintas Leyes especiales.

De hecho, se exige a las empresas que -con o sin un Modelo de Organización previsto en el Decreto Legislativo n.º 231- cumplan determinados criterios de tamaño o que entren dentro de determinados ámbitos de la legislación de la UE, que introduzcan y gestionen un canal de reporte interno “dedicado” a los ilícitos europeos, así como que proporcionen protección a los empleados que informen alguno de estos (ilícitos europeos) a través del canal externo de la Agencia Anticorrupción, los medios de divulgación pública o informe ante las autoridades judiciales o contables. Además, se prevé la activación de un canal de reporte interno que el Modelo (si existe²²⁴) debe cubrir para ilícitos-231 e infracciones del Modelo mismo.

Los elementos de ruptura con el pasado son evidentes. En primer lugar, infracciones ajenas al mundo 231, es decir, la vulneración de un denso elenco de normas europeas puede ser reportadas a través del canal interno cuando se trata de empresas que tienen más de cincuenta empleados o que operan en determinados sectores. Desde este punto de vista, es sumamente positivo que el legislador haya contemplado la posibilidad de atribuir la responsabilidad de este canal interno a una oficina o persona interna o externa a la entidad²²⁵, pero no necesariamente coincidente con el Organismo de Vigilancia (ODV). En efecto, si bien es cierto que con frecuencia puede existir una convergencia entre infracciones de normas europeas e infracciones-231²²⁶, ello no quita que la tarea de detectar tal convergencia y “ordenar” los informes, reteniendo, para su, sólo los realmente relevantes conforme al Decreto Legislativo n.º 231/2001, cargaría al ODV con esas tareas operativas que parecen ajenas a sus competencias. Por no mencionar el hecho de que, al proceder de este modo, el ODV se expondría a la responsabilidad administrativa por no haber gestionado los reportes ajenos al Decreto n.º 231 y haber transmitido tales reportes a otra oficina en la medida en que se refieren a infracciones europeas²²⁷. No en vano, la Agencia Nacional Anticorrupción no aboga por encomendar el canal interno al Organismo de Vigilancia, limitándose a mencionar

²²⁰ Véase el párrafo anterior.

²²¹ Art. 2(p), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

²²² ALBERTO, R.: “La concessione di un pubblico servizio”, en PERICU, G., ROMANO, A., SPAGNUOLO VIGORITA, T. (eds.): *La concessione di pubblico servizio*, Milán, 1995, p. 39.

²²³ Véase sobre las obligaciones de información sectoriales, AMATO, G.: “Obbligo di segnalazione [cd. Whistleblowing]”, <https://www.treccani.it/enciclopedia/obbligo-di-segnalazione-cd-whistleblowing>, 2017.

²²⁴ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, citadas anteriormente, p. 36 (el acto organizativo puede ser interno al “Modelo de Organización, Gestión y Control” o externo).

²²⁵ Art. 4(2), Decreto Legislativo n.º 24/2023.

²²⁶ PARISI, N.: Ponencia oral en la mesa redonda “Cosa cambia in Italia”, cit.

²²⁷ El artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 24/2023; ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 88, ha precisado además cómo esta responsabilidad sólo puede recaer sobre el “Gestor”.

que dicha encomienda es solo una posibilidad²²⁸. De forma similar a lo visto en relación con el Responsable de Prevención en el apartado anterior, también se plantea, sin embargo, en el caso de encomendar a una oficina diferente del Organismo de Vigilancia, la cuestión de cómo establecer las relaciones entre ésta y el Organismo en cuestión y, por tanto, la duda de si puede producirse entre ambas una delegación de la gestión de los informes relacionados con el mundo-231, o si el Organismo de Vigilancia debe limitarse a realizar en estos casos un control de segundo nivel sobre una gestión que corresponde siempre y en todo caso a la oficina encargada. Como ya se puso de manifiesto al tratar de las empresas públicas, esta última parece ser la solución más convincente.

Por si todo esto fuera poco, las novedades introducidas por el Decreto Legislativo n.º 24/2023 incluyen otra revolución. Ya hemos mencionado el hecho de que, para las mismas infracciones europeas consideradas anteriormente, en referencia a entidades (con o sin Modelo) con más de cincuenta empleados o que operan en determinados sectores regulados por la legislación de la UE, la Agencia Anticorrupción asume (además de la tarea de gestionar la notificación de represalias) el papel de responsable de los informes reportados a través del canal externo (que debe activar)²²⁹.

Este papel implica el deber de la Agencia Nacional Anticorrupción (ANAC) de “seguir” el informe recibido, llevar a cabo la investigación y notificar al informante su resultado²³⁰. El efecto de esta disposición es, por tanto, que por primera vez la ANAC entra en el mundo del sector privado para investigar y verificar la presencia de actos ilícitos en el seno de empresas que quizás no tienen, ni tendrán nunca, relaciones con la Administración Pública. Se trata, por un lado, casi de un “cambio de piel” para la Agencia en cuestión que, como ya se ha señalado, está llamada por primera vez a dialogar con empresas privadas y a adquirir así unas competencias y un “lenguaje” adecuados para esta tarea²³¹. Por otra parte, se trata de una novedad que corre el riesgo de tener efectos perversos. La entrada de la Agencia Anticorrupción en las “profundidades” de la empresa y el temor a que los controles puedan desencadenar más controles y, potencialmente, procedimientos sancionadores, podrían generar un clima de miedo y “cierre defensivo” dentro de la propia empresa, traicionando esa lógica de gestión transparente y eficaz de las cuestiones críticas que (quizás) una “gestión puramente interna” de los informes habría preservado. Por otro lado, la ausencia (a pesar de la reciente regulación de la Agencia Nacional Anticorrupción)²³² de un marco preciso²³³ de las garantías procedimentales que regirán el desarrollo de las investigaciones en cuestión no puede sino alimentar la desconfianza de la persona que fue señalada en el reporte y de la entidad involucrada en el mismo reporte. Las relativas al

²²⁸ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 39.

²²⁹ Art. 7, Decreto Legislativo n.º 23/2024.

²³⁰ Art. 8, Decreto Legislativo n.º 23/2024.

²³¹ PARISI, N.: Ponencia oral en la mesa redonda “Cosa cambia in Italia”, cit.

²³² ANAC, “Regolamento per la gestione delle segnalazioni esterne e per l’esercizio del potere sanzionatorio dell’Anac in attuazione del decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24,” Resolución n.º 301, de 12 de julio de 2023.

²³³ Sobre este punto, ANAC se limita a precisar que “l’Ufficio trasmette la segnalazione esterna e la documentazione allegata agli uffici di vigilanza dell’Autorità competenti per materia. Essi svolgono le attività istruttorie ai sensi dei rispettivi regolamenti di vigilanza, delle linee guida adottate dall’Autorità in materia nonché nel rispetto della riservatezza dell’identità del segnalante e di tutte le informazioni acquisite, comunicando all’Ufficio le relative valutazioni rispetto alla fattispecie esaminata” (ANAC, “Regolamento per la gestione delle segnalazioni esterne”, cit., p. 7).

ejercicio de la potestad sancionadora²³⁴ son, entre otras, perplejidades que se intensifican en el momento en que uno se centra en los artículos, de nuevo contemplados por el reglamento de la Agencia Anticorrupción recién mencionado, específicamente dedicados a la averiguación de infracciones contempladas por el Decreto Legislativo n.º 24/2023. Se trata, en concreto, de presuntas represalias, posibles conductas obstruccionistas o conductas contrarias al deber de confidencialidad o a la tramitación del informe del *whistleblower*. Baste considerar a este respecto la disposición común según la cual *“Ferma restando la garanzia del diritto di difesa, l’attività difensiva nell’ambito del procedimento sanzionatorio si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti con l’Autorità. La produzione di documentazione inutilmente sovrabbondante, disordinata, inconferente o ingiustificatamente dilazionata, può incidere negativamente nella valutazione del grado di cooperazione con l’Autorità del presunto responsabile”*²³⁵. Se trata de una cláusula que, si bien puede informar las relaciones "fisiológicas" entre la Administración Pública y el ciudadano, resulta preocupante en la medida en que, al proyectarse sobre el procedimiento sancionador incoado por la ANAC, condiciona el derecho de defensa con una valoración fundamentalmente discrecional y limitativa, cuya incidencia en el resultado del procedimiento no se clara. Por no hablar de la discrecionalidad que queda en manos de la ANAC en cuanto a la apreciación de determinadas conductas sancionables. Por poner un ejemplo: piénsese en la potestad de la autoridad para verificar la adecuación a la legalidad de los procedimientos de *whistleblowing*, y hasta qué punto esta adecuación puede ser revisada sin parámetros objetivos y de forma totalmente discrecional a la hora de valorar, por ejemplo, si el sistema de informe oral garantiza adecuadamente la confidencialidad o no²³⁶.

15. WHISTLEBLOWING Y SIMPLIFICACIONES PARA LA PEQUEÑA EMPRESA PRIVADA Y MÁS ALLÁ

¿Sólo sombras y asuntos espinosos por resolver? Afortunadamente no. La disciplina del *whistleblowing* tiene también notables elementos novedosos que se suman a los aspectos positivos que ya han surgido a lo largo de este análisis. Demos un paso atrás. Como ha reiterado recientemente la Agencia Anticorrupción, las medidas que las entidades deben instaurar para disponer de un sistema de *compliance* conforme al Decreto Legislativo n.º 24/2023 pretenden complementar el Modelo de Organización²³⁷. Por lo tanto, en la parte dedicada a los informes relativos al mundo-231, no pueden sino constituir verdaderas medidas de prevención capaces de incidir en la adecuación y eficacia del propio Modelo

²³⁴ La prevista en el artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 24/2023 es una potestad sancionadora que se combina con el régimen disciplinario que las empresas deben establecer en todo caso para las mismas conductas (véase, de nuevo, el artículo 21, último apartado).

²³⁵ ANAC, “Regolamento di gestione”, cit., art. 11, ap. 6, art. 19, ap. 6, art. 24, ap. 6, art. 33, ap. 6, respectivamente. Lo que se afirma en el texto puede traducirse literalmente: *“Sin perjuicio de la garantía del derecho de defensa, la actividad de defensa en el marco de un procedimiento sancionador se desarrolla respetando el principio de cooperación leal de las partes con la Autoridad. La aportación de documentación innecesariamente superabundante, descoordinada, irrelevante o retrasada de forma injustificada puede incidir negativamente en la valoración del grado de cooperación con la Autoridad del presunto responsable”*.

²³⁶ Por otra parte, las indicaciones de la ANAC sobre los informes orales no son especialmente detalladas, limitándose la propia ANAC a precisar que pueden efectuarse *“alternativamente, attraverso linee telefoniche, con sistemi di messaggistica vocale, ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole”* (ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 38).

y, por lo tanto, en la evaluación por parte del juez penal de la falta de organización. Desde esta perspectiva, el Decreto Legislativo n.º 24/2023 podría representar la epifanía de una “esperada revolución”, dado que, aunque con cierta timidez y ambigüedad, calibra expresamente la fisonomía de las obligaciones organizativas exigibles en función del tamaño de las empresas, bajo la bandera de la sostenibilidad económica y organizativa²³⁸. Flexible a este respecto es la disposición que permite a las empresas con menos de doscientos cincuenta y nueve empleados compartir el canal interno de información y su gestión²³⁹. Se trata de una simplificación que debería referirse, en primer lugar, a la posibilidad de utilizar el mismo “entorno informático protegido” por el que puede circular el informe, junto con la posibilidad de unificar la gestión técnica de este último, utilizando la misma oficina o sujeto, incluso externo. Pero yendo aún más lejos, parece que también podría compartirse la actividad de investigación²⁴⁰. Todo ello con independencia del modo de cooperación entre las empresas y de su pertenencia o no al mismo grupo²⁴¹ y sin perjuicio de la obligación que incumbe a cada entidad de “*mantenere la riservatezza, di fornire un riscontro e di affrontare la violazione segnalata*”²⁴².

Por no hablar de que hay interpretaciones²⁴³ que identifican en el texto del Decreto la posibilidad de compartir medidas de *whistleblowing* en general, y ello con independencia del criterio del tamaño. La cuestión sería concretamente que, en el momento en que el legislador permite que la gestión del canal de información (también) se encomiende a un externo²⁴⁴,

²³⁷ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 38. La integración del “Modelo de Organización, Gestión y Control” también puede ser indirecta, mediante la referencia a un acto organizativo específico dedicado al *whistleblowing*.

²³⁸ Destaca cómo la finalidad de las normas (que analizaremos en breve) sobre el uso compartido del canal de información y su gestión es permitir “*compliance meno gravosa, per semplificare gli oneri organizzativi e contenere i costi, in linea con il principio di proporzionalità*”, Assonime, “La nuova disciplina del whistleblowing”, 18 de abril de 2023, p. 22; en el mismo sentido, ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit.

²³⁹ Decreto Legislativo n.º 24/2023, art. 4, ap. 4, última frase: “*I soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, non superiore a duecentoquarantave, possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione*”.

²⁴⁰ Y ello porque para el Decreto n.º 24/2023 (art. 5)(1)(c), la gestión del canal incluye, entre otras cosas, el seguimiento del informe, y porque para la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, antes citada, “*Las personas jurídicas del sector privado que tengan entre 50 y 249 empleados podrán compartir los recursos para la recepción de comunicaciones y las investigaciones que deban llevarse a cabo*” (art. 8.6).

²⁴¹ Véase Comisión Europea, Carta de respuesta sobre la Directiva de la UE relativa a los informantes de irregularidades (Ares (2012) 3355262, 2 de junio de 2021, p. 4).

²⁴² Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, cit. art. 8.6, última frase. Véase también Agencia Nacional Anticorrupción, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 42. La traducción literal es la siguiente: “*mantener la confidencialidad, proporcionar información y abordar el informe referido*”.

²⁴³ Para reflexionar, MARCHESI, M.: Ponencia oral en la mesa redonda “Cosa cambia in Italia con la nuova legge sul whistleblowing?”, www.transparency.it/cosa-puoi-fare/eventi/prospettive-whistleblowing-nuova-legge 18 de mayo de 2023.

²⁴⁴ Decreto Legislativo n.º 24/2023, art. 4, apdo. 2: “*La gestione del canale di segnalazione e' affidata a una persona o a un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione, ovvero è affidata a un soggetto esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato*”. Artículo 8, apartado 5, de la Directiva (UE) 2019/1937: “*Los canales de información podrán ser gestionados internamente por una persona o un departamento designados a tal efecto o ser puestos a disposición externamente por un tercero. Las salvaguardias y los requisitos establecidos en el artículo 9, apartado 1, también deben aplicarse*”.

el mismo legislador admite de hecho la posibilidad de que las empresas se sirvan del mismo proveedor en lo que respecta a la gestión²⁴⁵ y quizás, a la prestación²⁴⁶, del canal. De lo que parece razonable deducir que la utilización consensuada de un mismo profesional para abaratar costes es en este punto una opción viable. Sin embargo, esto dista mucho de ser una conclusión inequívoca, si se tiene en cuenta la posición a la que ha llegado la Comisión Europea con respecto a los grandes grupos empresariales. A pesar del silencio de la Directiva a este respecto, la propia Comisión (en respuesta a una pregunta concreta) ha establecido de hecho que, dentro de los grupos, cada gran empresa debe garantizar "por su cuenta", de manera autónoma, el cumplimiento de la normativa, salvo la posibilidad de crear un canal centralizado además de los de las filiales individuales²⁴⁷. En la actualidad, por tanto, la personalización de las obligaciones organizativas (en la que se plasma la posibilidad de aunar esfuerzos) parece limitarse a casos excepcionales de las empresas no grandes. Y ello teniendo en cuenta que el Decreto italiano de transposición no contempla una regla similar a la de la legislación española, que dispone que "El Responsable del Sistema podrá ser uno para todo el grupo, o bien uno para cada sociedad integrante del mismo, subgrupo o conjunto de sociedades, en los términos que se establezcan por la citada política. Por su parte, el Sistema interno de información podrá ser uno para todo el grupo"²⁴⁸.

16. WHISTLEBLOWING, SIMPLIFICACIONES Y EMPRESAS CONTROLADAS PÚBLICAMENTE

Por otra parte, los hilos y lazos legislativos atan a los organismos del sector público, a pesar de su tamaño. Para estos últimos, la legislación es clara: incluso en la hipótesis de compartir el canal interno entre varias empresas, la gestión y, por tanto, la actividad de análisis, verificación e investigación debe seguir siendo prerrogativa del Responsable de

a los terceros a los que se encomiende la tarea de gestionar el canal de alerta en nombre de una persona jurídica del sector privado. Por regla general, como pone de relieve el considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/1937, dicha entidad externa será un profesional (este considerando establece, de hecho, que: "También podría autorizarse a terceros a recibir alertas de violación en nombre de personas jurídicas de los sectores público y privado, siempre que ofrezcan garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto. Dichos terceros podrán ser proveedores externos de plataformas de notificación, consultores externos, auditores, representantes sindicales o representantes de los trabajadores".

²⁴⁵ Sin embargo, el considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/1937, antes citada, se refiere a la posibilidad de que terceros "estén autorizados a recibir informes de infracción en nombre de personas jurídicas de los sectores público y privado", mientras que el artículo 8, apartado 5, de la Directiva (UE) 2019/1937 se refiere a la externalización de la gestión: "Los canales de alerta podrán ser gestionados internamente por una persona o un servicio designado a tal efecto o podrán ser puestos a disposición externamente por un tercero. Las salvaguardias y los requisitos del artículo 9, apartado 1, también deben aplicarse a los terceros a los que se encomiende la tarea de gestionar el canal de alerta en nombre de una persona jurídica del sector privado". La Comisión Europea (interpretando el art. 8.5 y el considerando 54 antes citados) concluye que la externalización solo es posible en relación con la recepción y no con la actividad de investigación (véase Comisión Europea, Carta de respuesta sobre la Directiva de la UE relativa a los informantes de irregularidades (Ares (2012) 3355262, 2 de junio de 2021, cit., 3).

²⁴⁶ Aunque no se menciona en el Decreto en el presente caso.

²⁴⁷ Comisión Europea, Carta de respuesta sobre la Directiva de la UE relativa a los informantes de irregularidades (Ares (2012) 3355262, 2 de junio de 2021, p. 4; en un sentido similar, también Comunicación de la Comisión Europea de 29 de junio de 2021.

²⁴⁸ Art. 11, apartado 2, Ley n.º 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Prevención de la Corrupción²⁴⁹. Éste debe dedicarse a estas actividades y formarse para ello. Ningún alivio, por tanto, para esta figura, a pesar de que la entidad pueda carecer de personal suficiente. Curioso, si se tiene en cuenta que para los municipios que no son capitales de provincia, que no son necesariamente entidades pequeñas, la posibilidad de reparto no tiene límites²⁵⁰. Por ello, parece positiva la muy reciente intervención “correctora” de la Agencia Nacional Anticorrupción, que, con sus directrices recientemente publicadas, especificaba que, en su opinión, *“in una logica di semplificazione degli oneri e considerato che il whistleblowing rientra fra le misure di prevenzione della corruzione, si può ritenere che anche le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici di piccole dimensioni possano scegliere di condividere il canale interno di segnalazione e la relativa gestione”*, señalando como umbral de tamaño el de cincuenta empleados²⁵¹.

17. CONCLUSIONES

El camino está marcado. La colaboración público-privada representa ahora una vía fundamental en la prevención de la delincuencia y de la corrupción y en la lucha contra la ilegalidad. En el trasfondo se encuentra una autonomía organizativa cada vez más plegada a la lógica publicista²⁵². Ahora bien, la de la prevención a través de la organización es una vía no mal vista por el penalista, dado que el “buen” *compliance* puede actuar como freno a la proliferación de ese derecho penal represivo, antiliberal²⁵³ y totalizador²⁵⁴ tan estridente con los principios constitucionales.

Sin embargo, para que la vía de la *partnership* público-privada no se “colapse”²⁵⁵ ni nos desvíe del camino incentivando formas de maquillaje organizativo, es necesario que

²⁴⁹ Decreto Legislativo n.º 24/2023, art. 4, ap. 4: *“I comuni diversi dai capoluoghi di provincia possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione”*.

²⁵⁰ Decreto Legislativo n.º 24/2023, art. 4, ap. 5: *“I soggetti del settore pubblico cui sia fatto obbligo di prevedere la figura del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, affidano a quest'ultimo, anche nelle ipotesi di condivisione di cui al comma 4, la gestione del canale di segnalazione interna”*.

²⁵¹ ANAC, “Linee guida in materia di protezione”, cit., p. 42. La traducción literal de la cita es la siguiente: *“en una lógica de simplificación de cargas y teniendo en cuenta que el reporte de irregularidades es una de las medidas de prevención de la corrupción, cabe considerar que incluso las pequeñas administraciones y organismos públicos pueden optar por compartir el canal interno de comunicación y su gestión”*.

²⁵² GIAVAZZI, S.: “Il whistleblowing. Disciplina legislativa e strumenti operativi”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024). Sobre la expansión del control público en relación con la actividad empresarial, véase MONGILLO, V., PARISI, N.: “L'intervento”, cit., pp. 167 y ss. Tienen un enfoque crítico del sistema de lucha contra la corrupción pública, a la vista del impacto que las reformas pertinentes tienen en la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, DELSIGNORE, M., RAMAJOLI, M.: “La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia”, en *Riv. trim. dir. publ.*, n.º 1, 2019, pp. 61 y ss. Sobre la ineludibilidad de la corregulación público-privada de los riesgos penales desde la modernidad, véase BIANCHI, D.: “Appunti per una teoría”, cit., pp. 1477, según el cual *“Nell'era della complessità, infatti, è impensabile e impraticabile un accrescimento esponenziale del controllo pubblico di stampo verticistico e burocratico sulle attività ‘a rischio’, soprattutto quando i gestori di tali attività presentano capacità di decrittazione e contenimento del rischio più elevate dei decisori pubblici”* (párr. 4).

²⁵³ INSOLERA, G.: *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019.

²⁵⁴ SGUBBI, F.: *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

²⁵⁵ MANES, V.: “Realismo e concretezza”, cit., pp. 633 y ss.

las obligaciones exigidas a las empresas sean sostenibles y comporten ciertos beneficios²⁵⁶ en términos de certeza razonable, siempre y cuando sean cumplidas con diligencia. Sólo transformando el *compliance* en una inversión “atractiva” podrán las empresas promover en masa el “programa de 'prevención a través del autocontrol’”²⁵⁷ y “escalar” la Pirámide de Carroll²⁵⁸ hasta su cúspide, obteniendo el estatus de “entidades socialmente responsables”²⁵⁹ sin caer en la tan denostada burocracia defensiva²⁶⁰.

Bibliografía

- ALBERTO, R.: “La concessione di un pubblico servizio”, en PERICU, G., ROMANO, A., SPAGNUOLO VIGORITA, V. (eds.): *La concessione di pubblico servizio*, Milán, 1995, pp. 11 y ss.
- AMARELLI, G.: “I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 19 de abril de 2013.
- AMATO, G.: “Obbligo di segnalazione [cd. Whistleblowing]”, <https://www.treccani.it/enciclopedia/obbligo-di-segnalazione-cd-whistleblowing>, 2017.
- ARENA, M.: “Piani di prevenzione della corruzione e modelli di organizzazione 231 nelle società a partecipazione pública”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 115 y ss.
- ASSUMMA, B., LEI, M.: “Articolo 6”, en LEVIS, M., PERINI, A. (eds.): *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna, 2021, pp. 252 y ss.
- BANTEKAS, I.: “Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity: an Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, en *Journal Of International Criminal Justice*, Vol. 4, n.º 3, 2006, pp. 466 y ss., <https://doi.org/10.1093/jicj/mql025>.
- BARTOLI, R.: “Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 25 de octubre de 2021, pp. 2 y ss.
- BATTAGLIA, A., BATTINI, S., BLASINI, A., BONTEMPI, V., CHITI, M.P., DECAROLIS, F., MENTO, S., PINCINI, A., PIRRI VALENTINI, A., SABATO, G.: “«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi”, en *Riv. Trim. Dir. Publ.*, n.º 4, 2021, pp. 1295 y ss.
- BIANCHI, D.: “Appunti per una teoria dell'autonormazione penale”, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n.º 3, 2019, pp. 1477 y ss.

²⁵⁶ Sobre la incertidumbre, indudablemente desmotivadora para las empresas, que rodea generalmente a las características de la diligencia organizativa deseada, véase MANES, V., TRIPODI, A.F.: “L'idoneità del modello”, cit., pp. 137 y ss. y en parte pp. 147 y ss.

²⁵⁷ MANES, V.: “Realismo e concretezza”, cit., pp. 646 y ss.

²⁵⁸ Véase la nota 31.

²⁵⁹ Véase la nota 30.

²⁶⁰ Con referencia específica al mundo de la Administración Pública, analizan el fenómeno y las causas de la burocracia defensiva, destacando los costes que puede producir para la colectividad y sobre todo el papel central que desempeña la incertidumbre del marco normativo en el que actúan los funcionarios, véase BATTAGLIA, A., BATTINI, S., BLASINI, A., BONTEMPI, V., CHITI, M.P., DECAROLIS, F., MENTO, S., PINCINI, A., PIRRI VALENTINI, A., SABATO, G.: “«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi”, en *Riv. Trim. Dir. Publ.*, n.º 4, 2021, pp. 1295 y ss.

- BLAIOTTA, R.: "L'organismo di vigilanza: struttura, funzione e responsabilità", en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 16 de noviembre de 2021.
- CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022.
- CANTONE, R.: "La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione", en *Riv. Soc.*, 2018, n.º 1, pp. 233 y ss.
- CANTONE, R., CARINGELLA, F.: *La corruzione spuzza*, Milán, 2017.
- CANTONE, R., CARLONI, E.: "'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione", en *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 18 de febrero de 2019.
- CANTONE, R., CARLONI, E.: *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milán, 2021.
- CAPUTO, M.: "La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. la proposta di riforma dell'associazione italiana dei professori di diritto penale", en *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, n.º 1, 2022, pp. 57 y ss.
- CATALANO, L., OTTONE, A.: "La responsabilità amministrativa degli enti nelle piccole e medie imprese anche alla luce delle prassi UNI/DPR 138:2023", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2023, p 193 y ss.
- CATALANO, L., SACCO, M.P.: "Modelli 231 e proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability due Diligence*: Quali possibili interazioni?", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2022, pp. 307 y ss.
- CATINO, M., ROCCHI, S., VERZELLONI, L.: "L'impatto del d.lgs. n. 231/2001 sul sistema concreto d'azione delle imprese italiane" (Informe final), noviembre de 2022.
- CENTONZE, F., MANTOVANI, M. (eds.): *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016.
- CERIONI, F., SARCONI, V. (eds.): *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milán, 2019.
- CHILOSI, M.: "I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D.Lgs. 231?", en *Le Società*, 2011, p. 27 y ss.
- CINGARI, F.: "Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi", en *Dir. pen. e proc.*, n.º 7, 2015, pp. 805 y ss.
- CINGARI, F.: *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Turín, 2012.
- CONSORTE, F.: *L'individuo nell'ingranaggio processuale. I rischi della giustizia penale connessi agli obblighi di parola e verità*, Turín, 2021.
- CONSORTE, F.: *Tutela penale e principio di precauzione*, Turín, 2013.
- D'ACQUARONE, V.: "Ulteriori riflessioni sui modelli organizzativi alla luce della relazione Anac", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2017, pp. 99 y ss.
- D'AVANZO, E., CONSORTE, F., BORGONOV, E.: "A management profile for ethical choices. A thought experiment and a causal model to test an "organisational system" based on the Legislative Decree No 231/2001", en CASTALDO, S., UGOLINI, M., VERONA, G. (eds.): *Referred Electronic Conference Proceedings of Sinergie-SIMA Management Conference*

Boosting knowledge & trust for a sustainable business, June 30th and July 1st 2022, University of Bocconi, Milan (<https://www.sijmsima.it>), Verona, 2022, pp. 139 y ss.

- DE NICOLA, A.: “Lo standard ISO 37001 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione tra privati”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (edit.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).
- DE SIMONE, G.: *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012.
- DE SIMONE, G.: “La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione”, en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), 28 de octubre de 2012.
- DE SIMONE, G.: “Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo”, en *Giur. it.*, diciembre 2022, pp. 2757 y ss.
- DELSIGNORE, M., RAMAJOLI, M.: “La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia”, en *Riv. trim. dir. publ.*, n.º 1, 2019, pp. 61 y ss.
- DI GREGORIO, G.: *Compliance “anticorruzione” e modelli ex d.lgs. n. 231/2001*, Nàpoles, 2021.
- D'ORAZIO, E.: “Responsabilità sociale ed etica d'impresa”, en *Notizie di Politeia*, Vol. XIX, 2003, pp. 3 y ss.
- ESPOSITO, A.: “L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni”, en *Arch. Pen. (Web)*, n.º 2, 2021, <https://doi.org/10.12871/978883318105911>.
- FAGGIANO, O.: “CSR strategica: valore condiviso per la ripresa”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2022, pp. 60 y ss.
- FLICK, G.M.: “Governance and corruption prevention: from public to private”, www.camerepenali.it, 2015.
- FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).
- FREEMAN, R.E.: “A Stakeholder Theory of the Modern Corporation”, en CLARKSON, M.: *The Corporation and Its Stakeholders: Classic and Contemporary Readings*, Toronto, 1998, <https://doi.org/10.3138/9781442673496-009>.
- FRIEDMAN, M.: “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, en *New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970.
- FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*, Chicago, 2022 (ed. orig. 1962), <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226264189.001.0001>.
- GAGLIARDI, G.: “La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana”, en *Amministrazione in Cammino* (www.amministrazioneincammino.it), 26 de agosto de 2020.
- FUSCO, E., FRAGASSO, B.: “Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS”, en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 19 de octubre de 2020.
- GAMBARDELLA, M.: “Il grande assente nella nuova 'spazzacorrotti': il microsistema delle fattispecie di corruzione”, en *Cass. pen.*, n.º 1, 2019, pp. 44 y ss.

- GAMBARDELLA, M.: "Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile", en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 29 de julio de 2020.
- GARGANI, A.: "Profili della responsabilità collettiva da reato colposo", en *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, n.º 1-2, 2022, pp. 48 y ss.
- GARGANI, A.: "La 'progressione criminosa' tra corruzione funzionale e corruzione propria: criticità", en *Giur. it.*, n.º, 2024, pp. 406 y ss.
- GATTA, G.L.: "Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis", en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 19 de mayo de 2023.
- GHINI, P.: "L'utilizzo di un sistema di Whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2010, 61 y ss.
- GIAVAZZI, S.: "Il whistleblowing. Disciplina legislativa e strumenti operativi", en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).
- GULLO, N.: "La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana", en *Dir. e proc. amm.*, n.º 4, 2017, pp. 939 y ss.
- INSOLERA, G.: "Quod non fecerunt barbarini fecerunt barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76", en *disCrimen* (discrimen.it), 31 de julio de 2020.
- INSOLERA, G.: *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019.
- IPPOLITO, M.: "Il nuovo piano nazionale anticorruzione 2022: principali implicazioni per le società in controllo pubblico e ruolo dell'organismo di vigilanza", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2023, pp. 45 y ss.
- IPPOLITO, M.: "Le attività di verifica e controllo dell'Organismo di Vigilanza nelle società in controllo pubblico, alla luce delle evoluzioni normative e di indirizzo", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2021, pp. 99 y ss.
- IPPOLITO, M.: "Società a partecipazione pubblica tra Piano per la prevenzione della corruzione ex l. 190/2012 e Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2014, pp. 53 y ss.
- JAMALI, D.: "A Stakeholder Approach to Corporate Social Responsibility: A Fresh Perspective into Theory and Practice", en *Journal of Business Ethics*, n.º 82, 2008, pp. 213 y ss., <https://doi.org/10.1007/s10551-007-9572-4>.
- JANNONE, A.: "Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione: il quadro normativo e le soluzioni operative", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 3, 2016, pp. 217 y ss.
- LIGUORI, G.: "Whistleblowing: il panorama a livello internazionale, struttura generale ed attuazione da parte dello Stato Italiano", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 61 y ss.
- LIGUORI, G.: "La figura del whistleblower in Italia", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 2, 2015, pp. 155 y ss.
- MANACORDA, C.: "Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2014, pp. 93 y ss.
- MANES, V.: "Corruzione senza tipicità", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1126 y ss.

- MANES, V.: "L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale", en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), 14 del mes de febrero 2019.
- MANES, V.: "Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo", en *Giur. comm.*, n.º 4, 2021, pp. 633 y ss.
- MANES, V.: *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Turín, 2010.
- MANES, V., TRIPODI, A.F.: "L'idoneità del modello organizzativo", en CENTONZE, F., MANTOVANI, M. (eds.): *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, pp. 137 y ss.
- MASULLO, M.N.: *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012.
- MARCHESE, M.: "Ponencia oral en la mesa redonda "Cosa cambia in Italia con la nuova legge sul whistleblowing?", www.transparency.it/cosa-puoi-fare/eventi/prospettive-whistleblowing-nuova-legge, 18 de mayo de 2023.
- MATTARELLA, B.G., PELISSERO, M. (eds.): *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Turín, 2013.
- MAUGERI, A.M.: *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Turín, 2022.
- MELCHIONDA, A.: "La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "Spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta", en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 5 de diciembre de 2019.
- MIETHE, T.D.: *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Londres, 2020, <https://doi.org/10.4324/9780429267512>.
- MOLTENI, M.: "Corporate Social Responsibility", en *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa, Le cose nuove del XXI Secolo, Vita e pensiero*, n.º 1, 2021, pp. 267 y ss.
- MONGILLO, V.: "Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del «tipo d'autore» e derive emergenziali", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.º 2, 2020, pp. 967 y ss.
- MONGILLO, V.: "Il 'sacchetto d'oro' e la 'spada inguainata': l'interazione pubblico-privato e il peso degli 'incentivi' in un recente modello di compliance anticorruzione", en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), 6 de febrero de 2015.
- MONGILLO, V.: "La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo", en *Cass. Pen.*, n.º 3, 2023, pp. 704 y ss.
- MONGILLO, V.: "Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015", en *Diritto Penale Contemporaneo* (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), 15 de diciembre de 2015.
- MONGILLO, V.: "'Presente e futuro' della compliance penale", en *Sistema penale* ([https://www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 11 de enero de 2022.
- MONGILLO, V.: *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Turín, 2018.
- MONGILLO, V., PARISI, N.: "L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" e mafiosa: alla ricerca di un disegno", en *Rassegna economica*, 2019, pp. 167 y ss.

- MORMANDO, V.: “Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell’abuso d’ufficio: le due culture”, en *Amministrativamente*. <http://www.amministrativamente.com>), n.º 3, 2023.
- NADER, R.: “Introduction”, en NADER, R., PETKAS, P.J., BLACKWELL, K. (eds.): *Whistleblowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972, VII y ss.
- PALIERO, C.E.: “Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?”, en *Le società*, 2014, pp. 474 y ss.
- PALIERO, C.E.: “Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze” (nota a sentenza Corte suprema di Cassazione penale sezione IV 10 maggio 2022, n. 18413), en *Cass. pen.*, n.º 10, 2023, pp. 3346 y ss.
- PARISI, N.: Ponencia oral en la mesa redonda “Cosa cambia in Italia con la nuova legge sul whistleblowing?”, www.transparency.it/cosa-puoi-fare/eventi/prospettive-whistleblowing-nuova-legge, 18 de mayo de 2023.
- PARISI, N.: “La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo”, en www.federalismi.it, 8 de mayo de 2019.
- PARISI, N.: “Il ruolo di Anac nella prevenzione dell’illegalità e della cattiva amministrazione”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell’anticorruzione*, Bolonia, de próxima publicación (en 2024).
- PARISI, N., POTESÀ, G.L., RINOLDI, D.G. (eds.): *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Nápoles, 2018.
- PECORARIO, L.: “La responsabilità 231 della società in house: il controllo analogo, gli apicalici di fatto e la necessità di un’interpretazione estensiva dell’art. 5 del decreto”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2016, pp. 205 y ss.
- PEIRONE, F.: “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply To Anne Peters”, en *European Journal of International Law*, Vol. 29, n.º 4, 2018, pp. 1297 y ss., <https://doi.org/10.1093/ejil/chy069>.
- PELISSERO, M.: “L’evoluzione legislativa in materia di repressione della corruzione”, en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell’anticorruzione*, Bolonia, de próxima publicación (en 2024).
- PERICU, G., ROMANO, A., SPAGNUOLO VIGORITA, V. (eds.): *La concessione di pubblico servizio*, Milán, 1995.
- PIERGALLINI, C.: “Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda "Impregilo"” (nota a Cass., Sec. vi, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo, rel. Rosati), en *Sistema penale* (<https://www.sistemapenale.it>), 27 de junio de 2022.
- PIERGALLINI, C.: “L’uso obliquo della colpa di organizzazione: ripensamenti e regressioni” (nota a sentenza Corte suprema di Cassazione penale sezione IV 10 maggio 2022, n. 18413), en *Cass. pen.*, n.º 10, 2023, pp. 3356 y ss.
- PIVA, D.: “Brevi cenni a vantaggi e rischi della società benefit ex d.lgs. 231/2001”, en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 4, 2022, pp. 21 y ss.

- PUTZU, G., CARNA', A.R.: "Gli indicatori ESG e il d.lgs. 231/2001. L'integrazione dei presidi di controllo a servizio della sostenibilità e della prevenzione del rischio-reato", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2022, pp. 93 y ss.
- RACUGNO, G., SCANO, D.: "Il dovere di diligenza ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo", en *Riv. Soc.*, n.º 4, 2022, pp. 726 y ss.
- RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, 1999 (ed. orig. 1971), <https://doi.org/10.4159/9780674042582>.
- RICCIARDELLI, M.: "Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio", en *Archivio penale*, n.º 2, 2021, <https://doi.org/10.12871/97888331810594>.
- ROSSI, A.: "I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato", en *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 44 y ss.
- RUGANI, A.: "I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179", en *La Legislazione Penale* (www.lalegislazionepenale.eu), 2 de junio de 2018.
- SALAZAR, S.: "Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici", en *Cass. pen.*, 2012, pp. 4270 y ss.
- SANTORIELLO, C.: "Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda", en *Giur. pen. Web*, n.º 5, 2021.
- SANTORIELLO, C.: "Autonomía, Independencia ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza", en *Giur. pen. Web*, n.º 7-8, 2021.
- SARGENTI, M.: "L'applicazione della l. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2014, pp. 81 y ss.
- SCARCELLA, A.: "Il giudice non può condannare l'Ente se omette qualsiasi accertamento sulla adozione e sulla idoneità del Modello organizzativo", en *Resp. Amm. Soc. Enti*, n.º 1, 2020, p. 303 y ss.
- SCAROINA, E.: "La prevenzione della corruzione nelle società in controllo pubblico", en FOFFANI, L., MONGILLO, V., PIPERATA, G. (eds.): *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna, de próxima publicación (en 2024).
- SCOLETTA, M.: "Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione", en *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 1 de febrero de 2021.
- SEMINARA, S.: "Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati", en *Dir. pen. e proc.*, n.º 6, 2017, pp. 713 y ss.
- SEMINARA, S.: "La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale", en *Dir. pen. e proc.*, n.º 10, 2012, pp. 1235 y ss.
- SESSA, A.: "La fenomenologia della corruzione nelle società in mano pubblica", en *Cass. pen.*, n.º 10, 2022, pp. 3692 y ss.
- SGUBBI, F.: *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

- SIGNORELLI, M.: “La diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà: l'inadempimento del lavoratore subordinato nella lettura giurisprudenziale”, en *Resp. civ. prev.*, n.º 1, 2020, pp. 106 y ss.
- TASCIONI, G.: “La corruzione nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile: riflessioni sul caso spagnolo e le sue connessioni con il commercio di armi”, en CADIN, R., MANCA, L., PIGA, A., ZAMBRANO, V. (eds.): *Lotta alla corruzione e diritti umani*, Turín, 2022, pp. 135 y ss.
- TRIPODI, A.F.: “L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica”, en AMATI, E., FOFFANI, L., GUERINI, T. (eds.): *Scritti in onore di Nicola Mazzacova*, Pisa, 2023, pp. 625 y ss.
- TRIPODI, A.F.: “La corruzione tra privati un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore”, en *disCrimen* (<https://discrimen.it>), 30 de octubre 2018.
- TRIPODI, A.F.: “*Ne bis in idem* e doppi binari punitivi nella responsabilità da reato degli enti”, en *Cass. pen.*, n.º 3, 2023, pp. 976 y ss.
- TRIPODI, A.F.: *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Turín, 2022.
- TRIPODI, A.F.: “Uomo, Societas, Machina”, en PIERGALLINI, C., MANNOZZI, G., SOTIS, C., PERINI, C., SCOLETTA, M., CONSULICH, F. (eds.): *Estudios en honor a Carlo Enrico Paliero*, Milán, 2022, pp. 1187 y ss.
- TÙCCARI, F.F.: “Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione”, en *AmbienteDiritto* (www.ambientediritto.it), 29 de noviembre de 2020.