

LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE IN SPAGNA ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL CODICE PENALE OPERATA DALLA LEGGE ORGANICA 1/2015: EVOLUZIONE NORMATIVA, GIURISPRUDENZA ED ASPETTI PRATICI

Marco Verri (VVR Corporate & Compliance Solutions), Novembre 2016

La compliance o cumplimiento normativo (in Spagnolo) è un termine utilizzato in ambito societario con il significato di conformità ad una legge, ad uno standard, ad una buona prassi ed a politiche imprenditoriali.

Semplificando, *el Compliance*, è uno degli elementi su cui si fonda il sistema di controllo interno di un'impresa e consiste nel determinare, oltre alle regole di funzionamento della stessa, anche le politiche ed i procedimenti adeguati e sufficienti, volti a garantire che l'organizzazione, i suoi amministratori, dirigenti, dipendenti e agenti vincolati, rispettino il quadro normativo vigente. All'interno di tale quadro non dobbiamo includere solo le norme imperative, ma anche le politiche interne, le relazioni commerciali con clienti, fornitori, terzi e specialmente i codici etici e di condotta che l'impresa si sia impegnata a rispettare, infatti esistono numerosi casi nei quali un comportamento può essere legale ma non etico.

La Compliance, già presente da alcuni decenni nei Paesi di tradizione anglosassone, ha acquisito notevole importanza anche in Italia e Spagna, a seguito di importanti riforme normative.

La legge organica 5/2010, del 22 giugno, modificando il Codice Penale Spagnolo ha introdotto un nuovo articolo, il 31 bis, contemplando per la prima volta la responsabilità penale delle persone giuridiche, di fatto lasciandosi alle spalle un sistema che prevedeva unicamente la responsabilità civile come conseguenza accessoria. Tale nuova previsione di responsabilità penale può essere applicata dal giudice alla persona giuridica che risulti coinvolta nella commissione di un *numerus clausus* di reati.

Tale modifica abrogò, di fatto, l'ancestrale aforismo romano *societas delinquere non potest*, presente nell'ordinamento giuridico spagnolo, secondo il quale le persone giuridiche non possono delinquere.

Seguendo il cammino intrapreso cinque anni prima, il legislatore spagnolo, con Legge Organica 1/2015 del 30 marzo ha modificato nuovamente il Codice Penale, introducendo questa volta un vero e proprio sistema di *Corporate Compliance* volto ad evitare o ridurre la responsabilità penale delle persone giuridiche, derivante dai reati commessi dai suoi rappresentanti di fatto e di diritto, amministratori o dipendenti.

Inoltre, come si evince dal preambolo della Legge Organica 1/2015, con questa riforma il legislatore pretende portare a termine un miglioramento tecnico della regolamentazione esistente, con l'obiettivo di delimitare correttamente il contenuto del *"devido control"* (adeguato controllo) che si deve esercitare nell'ambito organizzativo della Persona Giuridica e la cui inosservanza, secondo la lettera della norma, comporta e giustifica la responsabilità penale.

A seguito della riforma del 2015, la redazione dell'articolo 31 bis del Codice Penale Spagnolo, entrato in vigore il 30 luglio dello stesso anno è la seguente;

<p>1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. • b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, 	<p>1. Nelle fattispecie previste da questo codice, le persone giuridiche saranno penalmente responsabili:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a) per i reati commessi, in suo nome e per conto ed in suo beneficio diretto o indiretto, dalle persone fisiche che agiscono come rappresentati legali o coloro che, agendo individualmente o come parte di un organo della persona giuridica, stiano autorizzati a prendere decisioni in nome della persona giuridica o ostentino facoltà di organizzazione e controllo all'interno dell'impresa. • b) I soggetti sottoposti all'autorità di cui alla lettera "a", nel caso in cui abbiano potuto commettere reati per una grave mancanza dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo.
---	--

vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones

2. Se il delitto fosse commesso dai soggetti indicati nella lettera a) del paragrafo anteriore, la persona giuridica sarà esente da responsabilità se soddisferà le seguenti condizioni:

- 1. ^a Adozione di **modelli di organizzazione e gestione**, prima della commissione del reato, finalizzati alla prevenzione e riduzione dei rischi penali (*Compliance Program*).
- 2.^a La supervisione del funzionamento e della osservanza del modello è stata affidata a un **organo interno** della Società con autonomi poteri d'iniziativa e controllo [...]
- 3.^a Le persone che hanno commesso il reato hanno **eluso fraudolentemente** i modelli di organizzazione e gestione
- 4.^a Non vi sia stata una **omissione** o un **esercizio insufficiente** delle funzioni di

<p>de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a</p> <p>En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.</p> <p>3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.</p> <p>4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.</p> <p>En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.</p> <p>5. Los modelos de organización y</p>	<p>supervisione, controllo e vigilanza da parte dell'organo di organizzazione e controllo.</p> <p>Continuando con l'analisi del nuovo <i>articolo 31bis</i>, al</p> <p><i>comma 3.</i>, il legislatore spagnolo ha concesso agli amministratori delle piccole e medie imprese la possibilità di assumere direttamente, o meglio, di entrare a far parte dell'organo di controllo e vigilanza.</p> <p>Il <i>comma 4 del presente articolo</i>, in linea con le <i>disposizioni dell'articolo 7 del D.lgs. 231/2001</i>, stabilisce che, se il delitto è stato commesso da un subordinato (<i>articolo 31bis, comma 1, lettera "b"</i>), la Società sarà responsabile se non ha adottato e realizzato in modo efficace un modello di organizzazione e gestione.</p> <p>5. Requisiti per l'implementazione di</p>
---	---

<p>gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. • 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. • 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. • 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. • 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. • 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. 	<p>un sistema di “compliance”</p> <ul style="list-style-type: none"> • 1.º Individuare le aeree in cui possono essere commessi i reati (mappatura ed analisi dei rischi penali). • 2.º Prevedere protocolli specifici riguardanti il processo di formazione della volontà della persona giuridica, dell’adozione delle decisioni e della loro esecuzione. • 3.º Disporre di risorse adeguate per impedire la commissione dei delitti che devono essere prevenuti. • 4.º Prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli (va osservato che questo punto è identico alla normativa italiana). • 5.º Creare un canale di denuncia e un sistema sanzionatorio. • 6.º Verificare periodicamente il funzionamento del modello e modificarlo in caso di violazioni che denotino un’inefficacia dello stesso.
--	--

Allo stesso modo, uno degli obiettivi della riforma è stato quello di chiarire i dubbi concernenti la concreta definizione del modello di responsabilità delle persone giuridiche, vale a dire il carattere vicariale o meno della suddetta responsabilità.

Da una prima lettura dell'articolo 31 bis del Codice Penale, dopo le modifiche apportate con la riforma del 2015, si giunge alla conclusione che la volontà del legislatore fosse proprio quella di riconoscere il carattere vicariale alla responsabilità delle persone giuridiche. Difatti la novella normativa sembrerebbe voler "trasmettere" alle persone giuridiche, la responsabilità penale per i reati commessi, in suo nome e per conto ed in suo beneficio diretto o indiretto, dalle persone fisiche che agiscono come rappresentati legali o coloro che, agendo individualmente o come parte di un organo della persona giuridica, stiano autorizzati a prendere decisioni in nome della persona giuridica o ostentino facoltà di organizzazione e controllo all'interno dell'impresa.

Questa "trasmissione" di responsabilità, nei confronti della persona giuridica, sembrerebbe sussistere anche nel caso di reati commessi, nell'esercizio delle attività sociali e per conto ed in vantaggio diretto e indiretto delle stesse dai soggetti che, sottoposti all'autorità delle persone fisiche indicate nel paragrafo anteriore, abbiano potuto commettere reati per una grave inadempimento di questi ultimi, dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo delle loro attività, considerando le concrete circostanze del caso.

Afferrandosi alla literalità dell'articolo 31 bis, la Procura Generale dello Stato (Fiscalia del Estado) con circolare 1/2016 del 22 gennaio accoglieva tale interpretazione considerando difatti che le persone giuridiche sono responsabili penalmente per gli atti illeciti altrui come conseguenza della trasmissione della responsabilità delle persone fisiche per tali atti, confermando così il carattere vicariale o di etero-responsabilità delle persone giuridiche.

In realtà, appena un mese dopo l'interpretazione fornita dalla Procura Generale, il *Tribunal Supremo* (Corte di Cassazione) spagnolo, si è pronunciato con la Sentenza n°154/2016, con la quale considera differente la colpevolezza della persona fisica, che all'interno di una persona giuridica commetta un determinato reato, dovendosi considerare quindi colpevolezza della propria persona giuridica, derivata dall'assenza dei meccanismi e delle misure efficaci dirette a prevenire ed a controllare la commissione dei reati nell'ambito societario.

L'Alto Tribunale Spagnolo, sembrerebbe aver accolto il modello di Auto-responsabilità, secondo il quale, la colpevolezza della persona Giuridica non è la stessa della persona fisica che ha commesso il reato, ma è una colpevolezza differente, derivante dalla sanzione corrisposta per non aver predisposto misure efficaci di prevenzione e di controllo dei reati.

Riportando il testo della Sentenza, si evince che: *"a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia o control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la*

evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

In relazione alla sentenza commentata, se un persona giuridica sarà in grado di accreditare l'esistenza di un sistema di controllo idoneo ed efficace ad evitare la commissione di delitti nel seno della propria organizzazione, allora potrà essere esonerata dalla responsabilità penale per la inesistenza dell'infrazione penale. Questa visione concorda con il criterio seguito dalla Circolare 1/2016 emessa dalla Procura Generale dello Stato già menzionata, la quale considera che ci troveremo di fronte ad una scusante assolutoria che permetterebbe di escludere la condanna della persona giuridica, nonostante il fatto di considerare che effettivamente si sia prodotta la responsabilità penale mediante sua condotta”.

“Para la sentencia comentada, si una persona jurídica es capaz de acreditar la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces para evitar la comisión de delitos en su seno va a poder exonerarse de responsabilidad penal, por inexistencia de infracción penal, lo cual viene también a concurrir con el criterio seguido por la Fiscalía en la Circular 1/2016 ya mencionada, que considera que nos encontraríamos más bien ante una excusa absolutoria, lo cual permitiría excluir de la condena a la persona jurídica, a pesar de considerar que sí existió **responsabilidad penal en su conducta.**”

Conclusion

Anche se la sentenza 154/2016 ha segnalato in maniera chiara ed inequivoca per la prima volta, qual è nell'ordinamento giuridico spagnolo il sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche da seguirsi – dal suo punto di vista si tratterebbe di un sistema di auto-responsabilità e non vicariale – , tuttavia è certo che si devono attendere future risoluzioni giurisprudenziali che cristallizzino questo criterio.

In ogni caso, la raccomandazione fatta dalla circolare 1/2016 affinché le persone giuridiche si dotino di un modello di prevenzione dei rischi penali adeguato alla loro concreta natura, dimensione ed attività produce tutto il suo significato al momento di utilizzare tale modello come strumento di prova che la stessa società abbia integrato nella sua organizzazione una cultura di etica e conformità rispetto tanto al *soft law* quanto al *hard law*, come fonte di ispirazione per le attività tanto della struttura organizzativa che di ognuna delle persone fisiche che la integrano e come prova valida per potersi beneficiare di una esimente completa di responsabilità penale.