

4. Incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas

Deconstruyendo el 31 bis

Enero 2018





Incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas

Contexto en el que aparece en el Código Penal

Ya comentábamos en artículos anteriores que la expresión “para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” del apartado 4º no solo da su finalidad a los “modelos de organización y gestión”, sino también a las “medidas de vigilancia y control” que deben incluir los modelos. De hecho, el femenino de “idóneas” indica de forma clara que se refiere a las “medidas”. Ya decíamos que el modelo en su conjunto debe prevenir delitos, aunque como instrumentos y parte de este, lo deba realizar a través de dichas “medidas de vigilancia y control”.

Recordemos que, en el apartado 4, no aparece la expresión “medidas de vigilancia y control” y sin embargo, la norma da a los modelos de organización y gestión idéntica finalidad, la de prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión: “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”.

La expresión que analizamos en esta ocasión, “incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas” aparece por primera vez en el artículo 31 bis, en su apartado 2, que presentamos en su integridad para que se pueda valorar en su contexto: “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.º 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;”

Análisis de los términos

Convendría comenzar con el entendimiento del significado de **“incluir”** cuyas acepciones válidas en este contexto serían las de *“poner algo o a alguien dentro de una cosa o de un conjunto, o dentro de sus límites”, y “dicho de una cosa: contener a otra, o llevarla implícita”*. Por tanto, podemos entender que el término **“incluir”** se refiere a poner algo, en este caso las medidas de vigilancia y control, dentro de un conjunto o cosa más amplia, esto es, los modelos de organización y gestión, que lo contiene. No puede derivarse de la literalidad de la expresión analizada que las medidas de vigilancia y control deban constituir en sí, el conjunto el modelo de prevención penal, solo que se encontrarán dentro del mismo, que puede ser más amplio y estar formado por más partes distintas a las medidas de vigilancia y control.

El término **“medida”** tiene el significado de *“disposición, prevención”,* siendo el significado del primero, *“disposición”,* el de *“precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad”,* o también *“medio que se emplea para ejecutar un propósito, o para evitar o atenuar un mal”*. En cuanto a **“prevención”**, concepto que vimos en el artículo anterior tiene el significado de *“acción y efecto de prevenir”,* o también *“preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”* siendo *“prevenir”* en este contexto *“preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin”*. Luego cuando la norma habla de medidas comprende disposiciones, preceptos, órdenes y decisiones que tienen como finalidad ejecutar un propósito que se especificará a continuación. Ya vimos en el análisis del significado de modelo de organización y gestión, que el mismo conlleva que a los elementos que componen la organización se les ha de dotar de funciones, medios y cometidos, y de una regulación de las relaciones entre sus elementos, por lo que aquí entendemos que cuando la norma habla de medidas se refiere a las disposiciones que conforman la organización y gestión, si bien en lo referente a la vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, pudiendo tener el modelo otras medidas.

Parece lógico por tanto el análisis del término **“vigilancia”**, que es el *“cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”* y *“servicio ordenado y dispuesto para vigilar”,* siendo *“cuidado”* la *“solicitud y atención para hacer bien algo”*. Sin embargo, también conviene considerar el término **“vigilar”**, como *“observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente”*. Podemos ver que el término tiene tres enfoques, uno primero centrado en el hecho de realizar bien la observación en sí, esto es prestar atención al desarrollo de los hechos de forma correcta y se entiende que, de forma eficaz, de manera que la observación tenga como fruto un conocimiento veraz y completo de lo que se está desarrollando.

Este primer enfoque sería coherente también con el significado del término **“vigilar”**. Un segundo enfoque se deriva del significado del término **“cuidado”**, que en el contexto del significado de **“vigilancia”** nos lleva a un concepto más finalista, que no solo se fija en el proceso de tener una observación detallada, sino que tiene la finalidad de hacerlo bien, de observar y atender de manera eficaz para cumplir bien lo que está a nuestro cargo. Un tercer enfoque sería el que se deriva del significado ya expuesto de vigilancia como *“servicio ordenado y dispuesto para vigilar”,* siendo la acepción de servicio en este caso, la de *“organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada”,* que hace referencia a la organización, sistema y personal establecidos con la finalidad de vigilar, siendo este último, con los matices de los anteriores, el que tiene un significado más ajustado, a nuestro juicio, en el contexto de la norma.

Cuando hablamos por tanto de **“medidas de vigilancia”**, nos estamos refiriendo a aquellas disposiciones y regulaciones que definen el sistema establecido para la observación atenta, cuidadosa y eficaz del buen desarrollo de algo.

Sin embargo, el texto se refiere literalmente a **“medidas de vigilancia y control”**, por lo que analizaremos a continuación el término **“control”**. Las definiciones de control que pueden aplicar al contexto que aparece en la norma son los siguientes: *“comprobación, inspección, fiscalización, intervención”, “dominio, mando, preponderancia”* y *“testigo (muestra)”*. Este término, **“control”** tiene varios significados y alguno de ellos puede ofrecer dudas respecto al contenido que se le debe atribuir en el texto analizado.

Por un lado, este concepto, se refiere a comprobar, *“confirmar la veracidad o exactitud de algo”*; inspección, *“acción y efecto de examinar, reconocer atentamente”* o *“carga y cuidado de velar por algo”* y fiscalizar, *“criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”*, muy relacionadas con el concepto de vigilancia ya analizado, en cuanto a que estas funciones permiten mantener el cuidado y la atención para el cumplimiento de un fin. En esta misma línea entendemos que se encuentra **“testigo”**, cuyo significado es el de *“cosa, aunque sea inanimada, por la cual se arguye o infiere la verdad de un hecho”*, puesto que es parte esencial de la vigilancia el tener medios que nos permitan conocer y examinar la realidad de los hechos y el devenir real del proceso por el que velamos. Por consiguiente, seguimos en el ámbito de la observación, de conocer los hechos que se van produciendo en un proceso que vigilamos tal y como se realizan, que a través de la fiscalización incluye el juicio y crítica sobre los mismos, sin que hasta el momento haya referencia a actuar o intervenir en el proceso bajo nuestra observación.

La primera referencia a este contenido distinto al de vigilancia aparecen en el primer significado de “control”, en el último término tras los de comprobación, inspección y fiscalización: intervención. La “intervención” introduce matices distintos e importantes a través de sus significados, puesto que ya implica una acción sobre lo observado. Entre otros significados, no aplicables según nuestro criterio en este caso, para “intervenir” encontramos los de “dicho de una autoridad: dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones”, “hacer una operación quirúrgica”, “tomar parte en un asunto”, “dicho de una persona: interponer su autoridad”, “interceder o mediar por alguien” y “interponerse entre dos o más que riñen”. En todos estos significados podemos apreciar que los verbos son de acción, de participación en los hechos que antes solo vigilábamos y observábamos con atención, sin embargo, en la intervención se dirige, se limita, se hace, se toma parte, se interpone y se intercede.

También en este enfoque diferente de la vigilancia se encuentran los demás significados de “control” que consideramos aceptables en el texto analizado, que están más relacionados con control como mando, “autoridad y poder que tiene el superior sobre sus súbditos”; dominio, “poder que alguien tiene de usar y disponer de lo suyo” o “poder o ascendiente que se ejerce sobre otra u otras personas” o preponderancia, “superioridad de crédito, consideración, autoridad, fuerza, etc.”, todos ellos relacionados con la autoridad y el poder.

Los significados de “poder” son múltiples, y extraeremos aquellos que nos parezcan más adecuados al contexto, si bien no ofrecen muchas dudas o caminos distintos en la interpretación a realizar. Por un lado, tenemos los significados relacionados con la capacidad de actuación propia: “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo” y “tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo”. Por otro lado, los significados relativos a la capacidad de acción sobre otros, más relacionados con la potestad: “dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo”, “gobierno de algunas comunidades políticas” y “fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío”.

En cuanto al término “autoridad”, pocos matices aporta a los ya presentados respecto a “poder”, por su enorme vinculación conceptual: “poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho” y “potestad, facultad, legitimidad”.

De esta forma, en el contexto de la norma, podemos entender que “medidas de control” se refiere a aquellas disposiciones y regulaciones que definen los procesos de comprobación y análisis crítico de la veracidad de hechos o procesos, así como el ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos.

Hemos podido apreciar que el término control asume o incluye en su práctica totalidad el de vigilancia, de forma que el significado de “medidas de vigilancia y control” no va a variar en esencia del de “medidas de control”.

Podemos concluir a este respecto que el significado de “medidas de vigilancia y control” sería el de aquellas disposiciones y regulaciones que definen los procesos de observación atenta y cuidadosa y comprobación y análisis crítico de la veracidad y buen desarrollo de hechos o procesos, así como el ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos.

En este punto podemos aventurarnos con el significado completo de la expresión “**incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas**”, para lo que no podemos olvidar el contexto en el que aparece, siendo el contenido completo el siguiente: “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;”. Ya hemos analizado el significado del modelo de organización y gestión, así como el derivado de la finalidad de prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Respecto a los modelos de organización y gestión y su relación con las medidas de vigilancia y control, la interpretación no es complicada, puesto que simplemente exige que estos modelos incluyan las medidas de vigilancia y control, como parte del mismo, pero compartiendo su finalidad, la de prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Sin embargo, la determinación de la finalidad de las medidas de vigilancia y control sí es muy trascendente, puesto que las medidas solo son un medio, como hemos visto, y su estructura, naturaleza e implicaciones cambiarán de forma importante según cual sea esta. Así, cuando definimos las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos, de acuerdo con el análisis realizado hasta el momento, estaríamos hablando de disposiciones y regulaciones que definen los procesos de observación atenta y cuidadosa y comprobación y análisis crítico de la veracidad y buen desarrollo de medios de todo tipo (intelectuales, sociales, materiales, etc.) para impedir o reducir el riesgo de comisión de un delito, así como el ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos.

Esto no hace sino confirmar lo que ya hemos analizado en el artículo anterior, respecto al contenido del modelo de prevención, si bien refuerza de forma importante el que el modelo de prevención tenga sus propios sistemas de observación e intervención, lo que habla principalmente de una dirección y mando dentro del mismo.

Conclusiones

Podemos entender, que la expresión literal del 31 bis que reza del siguiente tenor literal, “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” viene a definir una estructura de personas, con una relación regulada entre sus partes y una interacción definida que permite su administración y gobierno con la finalidad de evitar delitos o reducir el riesgo de su comisión. Todo ello a través de disposiciones y regulaciones que definen los procesos de observación atenta y cuidadosa y comprobación y análisis crítico de la veracidad y buen desarrollo de los medios establecidos para dicha finalidad, así como el ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos. El modelo, contará con los medios necesarios para la conducción de situaciones problemáticas y el desarrollo completo del proyecto.

Glosario de términos

CONTROL: este concepto conlleva dos acepciones, que no tienen por qué ser excluyentes entre sí, la primera, común con vigilancia, con el matiz de confirmar la veracidad, de comprobar respecto a algo, no solo la simple observación, incluyendo la crítica y el juicio sobre lo observado. La segunda relativa a la capacidad de obrar sobre lo observado, al poder de ejecución e intervención.

MEDIDAS DE VIGILANCIA Y CONTROL IDÓNEAS: disposiciones y regulaciones que definen los procesos de observación atenta y cuidadosa y comprobación y análisis crítico de la veracidad y buen desarrollo de medios de todo tipo (intelectuales, sociales, materiales, etc.) para impedir o reducir el riesgo de comisión de un delito, así como el ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos.

MODELO: Esquema de un conjunto de reglas o principios que relacionados entre sí ordenadamente contribuyen a un fin concreto.

MODELO DE ORGANIZACIÓN: Esquema que escoge una de las diferentes sistemáticas de estructurar a las personas a través de normas, de forma que sea apta para la consecución del fin perseguido.

MODELO DE GESTIÓN: Esquema de la sistemática escogida para llevar a cabo el desarrollo y administración de una estructura organizativa de forma que se realicen las acciones necesarias para la consecución del fin perseguido, incluyendo la conducción de las situaciones problemáticas y el desarrollo completo del proyecto.

MODELO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN: Esquema de una estructura de personas, con una relación regulada entre sus partes y una interacción definida que permite su administración y gobierno para la consecución de un fin, incluyendo la conducción de situaciones problemáticas y el desarrollo completo del proyecto.

PREVENIR: poner los medios de todo tipo (intelectuales, sociales, materiales, etc.) para impedir un riesgo o contingencia. El término se queda en la preparación y no exige impedir la concreción del riesgo.

RIESGO: posibilidad de que se produzca un suceso que perjudicaría un objetivo o finalidad.

REDUCIR DE FORMA SIGNIFICATIVA EL RIESGO DE SU COMISIÓN: cuando el riesgo que existe de comisión de un delito en el sector de actividad (atendiendo al perfil de su personal, medios de los que dispone, tipo de mercado, etc.) de la persona jurídica analizada, sea superior al existente posteriormente a la implementación de los modelos de prevención de delitos y se pueda establecer de manera documentada y razonada.

VIGILANCIA: sistema establecido para la observación atenta, cuidadosa y eficaz del buen desarrollo de algo.

Este documento ha sido preparado por el equipo de Forensic de Grant Thornton.

Para más información, póngase en contacto con:

Fernando Lacasa

Socio de Forensic

Fernando.Lacasa@es.gt.com

+34 91 441 52 83

Luis Fernández

Senior Manager de Forensic

Luis.Fernández@es.gt.com

+34 91 399 52 50

© 2018 Grant Thornton Corporación S.L.P. - Todos los derechos reservados.

“Grant Thornton” se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L.P. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.

