

5. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos

Deconstruyendo el 31 bis

Marzo 2018





Introducción

En artículos anteriores hemos analizado el significado que se deriva del tenor literal del 31 bis, en su apartado 2. 1a, en lo referente a los modelos de organización y gestión. En esta nueva entrega hemos considerado razonable continuar profundizando en dicho concepto, si bien en esta ocasión a través de nuestro análisis de los requisitos cuyo cumplimiento es exigido en los modelos de organización y gestión, en el apartado 5 del mismo artículo.

En artículos anteriores ya hicimos mención a que en el apartado 4 del 31 bis se repite en su práctica literalidad el texto relativo a los modelos de organización y gestión a que hace referencia el apartado 2. Exponemos ambos para una mejor comparación:

- *“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;”*
- *“(..) 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”.*

Ambos se refieren al modelo de organización y gestión si el segundo lo hace en singular, al referirse a “un modelo de organización y gestión”, sin contemplar la expresión “que incluyen las medidas de vigilancia y control”. También es digno de mención señalar que, en este apartado 5, se utiliza la expresión “adecuado” en vez de “idóneas” para referirse a cómo deben ser el o los, según el caso, modelo/s de organización y gestión respecto a su finalidad, que no es otra que “prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” reflejada en el apartado 5 o “para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;” incluida en el apartado 2.

Hay otras diferencias que pueden tener mayor calado, y que tampoco vamos a analizar todavía en este artículo, pero que solo señalaremos con la finalidad de establecer el contexto, como el hecho de que quien debe adoptar y ejecutar los modelos de organización y gestión según el apartado 2 sea el “órgano de administración”, mientras que en el apartado 5 el modelo de organización y gestión debe ser adoptado y ejecutado por la “persona jurídica”, ambos antes de la comisión de un delito.

Contexto en el que aparece en el Código Penal

Continúa el apartado 5 con el siguiente tenor literal: “los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos”. Haciendo referencia a los modelos de organización y gestión que se describen para los dos títulos de imputación, tanto el relativo a los delitos cometidos por aquellos “que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”, como por quienes están “sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior”.

La remisión expresa a los dos apartados concretos donde aparecen los modelos de organización y gestión a los que nos hemos referido en la introducción, a pesar de sus pequeñas diferencias, hace innecesario realizar otro análisis. Ambos modelos a los que se refiere la norma, con las características, contenido y finalidad ya descritos, “deberán” cumplir unos determinados requisitos. Un “requisito” es una “circunstancia o condición necesaria para algo”, siendo los significados de “circunstancia” varios, tales como “accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”, o bien “calidad o requisito”. Entendemos por tanto que requisito es una circunstancia necesaria para que el modelo de organización y gestión cumpla con la norma, y por consiguiente que es esencial para definir el concepto. Los requisitos definidos vienen a afectar al núcleo del concepto del modelo de organización y gestión, incluyendo circunstancias que pueden no derivarse directamente de dicho concepto, pero que la norma establece como accidentes o características que forman parte de su esencia, al ser necesarios según el propio tenor literal de la norma, y el propio significado del término “requisito”.

Los significados de “condición”, como término de la definición que estamos utilizando de requisito como “circunstancia o condición necesaria para algo”, vienen a reforzar, en nuestra opinión, lo señalado con el término “circunstancia”, en cuanto relativo a la esencia, aunque accidentes o circunstancias, son indispensables para la existencia del concepto, en este caso de los modelos de organización y gestión. “Condición” tiene los significados, entre otros, de “índole, naturaleza o propiedad de las cosas”, “estado, situación especial en que se halla alguien o algo”, o bien “situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra”. Podemos decir, en consecuencia, que los requisitos que la norma va a describir en este apartado son consustanciales al modelo de organización y gestión que la norma define.

Ya hemos señalado que los requisitos que se definen pueden estar ya contenidos en el propio concepto de modelo de organización y gestión que, hasta el momento y a través del análisis de los términos del artículo 31 bis, hemos desarrollado en este trabajo.

En cuyo caso matizarán o determinarán esas características que ya conformaban la naturaleza del concepto de modelo de prevención penal, aportando más información y definición.

De las cuestiones analizadas en los anteriores artículos, parece conveniente recordar que el concepto de modelo de organización y gestión para prevenir delitos definido en la norma, antes de añadir o matizar nuevas condiciones o circunstancias al mismo, implica una estructura de personas, con una relación regulada entre sus partes y una interacción definida que permite su administración y gobierno, todo ello con la finalidad de evitar delitos o reducir el riesgo de su comisión. Esta finalidad se consigue a través de disposiciones y regulaciones que definen los procesos de observación atenta y cuidadosa, de comprobación y análisis crítico de la veracidad y del buen desarrollo de los medios establecidos. También a través del ejercicio del mando y dirección para intervenir en los mismos. El modelo contará además con los medios necesarios para la conducción de situaciones problemáticas y el desarrollo completo del proyecto.

A continuación, exponemos los requisitos según los presenta la norma, para realizar el análisis del primero de ellos.

“5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 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.”*

Análisis de los términos

Vamos a proceder al análisis del primero de los requisitos, cuyo tenor literal reza “los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.”

Exponemos el párrafo introductorio del apartado 5 para que quede claro cuál es el sujeto de la acción que describe cada uno de los requisitos: los modelos de organización y gestión. Podemos apreciar que todos los requisitos comienzan con verbos que describen acciones como “identificarán”, “establecerán”, “dispondrán”, “impondrán” y “realizarán”. Son, por tanto, actuaciones que deben formar parte de los modelos de organización y gestión para prevenir delitos, y que por consiguiente deben estar previstos en las disposiciones del modelo, así como haber sido adoptados y ejecutados por el órgano de administración y/o por la persona jurídica, antes de la comisión de un delito.

El significado de “identificarán” es el de “reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca”. “Reconocer” por su parte es “examinar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias” o “establecer la identidad de algo o de alguien”, siendo también, en las acepciones aplicables “explorar de cerca un lugar para obtener una información determinada”. Así, el requisito nos exige la realización de un examen o estudio para reconocer, y establecer la identidad de las actividades a través de su naturaleza y circunstancias.

En este contexto, entendemos por “actividad” el “conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”, si bien tiene otras acepciones más genéricas y menos aplicables. Por tanto, las actividades a las que se refiere la norma y que deben ser examinadas, son las operaciones y tareas propias de la persona jurídica. “Ámbito” es el “espacio comprendido dentro de límites determinados” o “contorno o perímetro de un espacio o lugar”, de manera que viene a ser un espacio concreto y delimitado por una condición o características, o bien por unas fronteras concretas.

La identificación implica examinar entre una pluralidad de acciones con el fin de determinar en cual o cuales de ellas se cumple con la naturaleza y circunstancias objeto de identificación, esto es, según reza el texto legal, aquellas en las que “puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. Veamos a continuación el significado de esta condición de identificación.

La expresión “puedan ser cometidos los delitos”, viene a establecer un subgrupo dentro de las actividades de la persona jurídica que señala aquellas que deben ser identificadas. El significado de los términos del texto no parece que excluya actividades de la persona jurídica, sino que del examen de todas ellas hay que determinar, identificar, cuáles cumplen la

condición de que pueda ser cometido un delito en su ámbito, en el desarrollo de dicha tarea u operación. El término actividad, como hemos visto, es muy genérico, y cada actividad se compone de muchas otras actividades, pudiendo quedar, en consecuencia, poco definidas las actividades que hay que identificar. Sin embargo, en nuestra opinión, sí queda matizado, a través del examen a realizar, puesto que la actividad a identificar será aquella entre cuyos límites se pueda cometer un delito, aquella en cuyo ámbito exista alguna probabilidad de que se cometa un delito. Por tanto, parece lógico que identifiquemos aquella operación que contenga los elementos esenciales para que pueda cometerse un delito.

Tal y como vimos en artículos anteriores, precisamente la expresión “en cuyo ámbito exista alguna probabilidad de que se cometa un delito” podría expresarse perfectamente con idéntico significado por aquellas actividades “en cuyo ámbito exista el riesgo de la comisión de un delito”, puesto que ya vimos que el riesgo es una posibilidad de que se produzca un daño, en este caso un delito.

Vimos también que de la expresión del artículo 31 bis, “para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o **para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión**” se deducía, a través del análisis de su significado, que era necesario establecer una medición o procedimiento para determinar el riesgo existente de comisión de los delitos de forma intrínseca o inherente en la persona jurídica, para poder, posteriormente, compararlo con el riesgo resultante del establecimiento de medidas de vigilancia y control y de aquellas incluidas en el modelo de organización y gestión, de manera que se pueda comprobar si se ha reducido de forma significativa el riesgo de su comisión.

De nuevo nos encontramos con el “riesgo”, si bien relacionado con actividades, no con delitos, eso sí, actividades en cuyo ámbito puedan cometerse delitos. Parece evidente que, para un mismo delito, pueden identificarse varias actividades en cuyo ámbito puede ser cometido, así como una sola actividad en cuyo ámbito pueden cometerse varios delitos. Sin embargo, creemos que tiene más importancia la primera relación, puesto que el riesgo, tanto inherente como residual de la comisión de un delito en la globalidad de una empresa o persona jurídica será aquel que se derive del conjunto de los riesgos de que se cometa ese delito en cada una de las actividades donde pueda ser cometido.

Entendemos que este requisito viene a matizar el análisis de riesgos que la norma ya exigía a través de la descripción conceptual de los modelos de organización y gestión y de su finalidad, estableciendo hasta dónde debe llegar el análisis de riesgos y con qué criterio. Vimos, que en el análisis del apartado 4 en lo referente a “para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, entendíamos que la norma nos obligaba a realizar el análisis de riesgo por delitos, cuando en este requisito especifica que dicho análisis debe realizarse a través de la identificación de las actividades donde puedan producirse los delitos.

Parece que del análisis conjunto del significado del apartado 4 y del 5 viene a exigir que, para que un modelo de organización y gestión para prevenir delitos cumpla con lo descrito en el Código Penal, debe analizar el riesgo inherente y residual de los delitos, si bien examinando las actividades, e identificando el riesgo de comisión de delitos en las mismas. Por tanto, parece que no cabe en la literalidad de la norma un análisis de riesgos que olvide las actividades concretas de la persona jurídica, centrándose solo en los delitos, sin identificar aquellas actividades concretas y esenciales, no genéricas, donde existe riesgo de comisión de un delito. Parece lógico señalar que no puede ser una lista de actividades que ya constituirían delito por sí, sino aquellas en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos. Por tanto, de acuerdo con la definición de riesgo dada anteriormente, estamos hablando de actividades de la persona jurídica en las que exista riesgo de que se cometa un delito, y, de esta forma, actividades de la persona jurídica que contienen los elementos que hacen probable la comisión de un delito. Hablaríamos por tanto de que en la gestión de cobros de una empresa podría haber riesgo del delito de blanqueo de capitales, y cumpliríamos con la identificación al señalar la actividad de la empresa delimitada por la gestión de cobros, con sus características concretas, y los departamentos imprescindibles involucrados.

Desde el punto de vista de las mejores prácticas en gestión de riesgos, tiene todo el sentido afirmar que el procedimiento más adecuado para determinar el riesgo inherente y residual o final de un delito en una persona jurídica lo es a través del examen de las actividades de la compañía, identificando aquellas en las que exista una probabilidad de comisión delictiva, esto es un riesgo penal, de forma que el conjunto de riesgos de comisión de un delito en las diferentes actividades determinará el riesgo de comisión de ese delito en la persona jurídica. Esta lógica, perfectamente coherente con la norma, sin embargo, no es exigida expresamente, pudiendo el riesgo de comisión de los delitos en la persona jurídica, establecerse para cumplir con el apartado 4 por cualquier otro procedimiento lógico o científico, siempre que, por otro lado, se identifiquen las actividades, para las que no es imprescindible, según la literalidad, el que se determine un riesgo inherente y residual, otra cosa es que, según nuestra opinión, sea lo razonable.

Por último, queda por analizar la expresión “los delitos que deben ser prevenidos”, que puede tener un contenido más jurídico, puesto que todos los delitos deben ser prevenidos, si bien parece lógico pensar que se refiere a aquellos para los que la persona jurídica responde penalmente, con las características señaladas para cada caso en el apartado 1, en sus puntos a) y b) del artículo 31 bis cuando determina los títulos de imputación, refiriéndose a delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto, o en el segundo caso, a los cometidos en el ejercicio de actividades sociales.

Conclusiones

Entendemos de nuestro análisis, que el apartado 5.1o delimita y matiza la exigencia de la realización de un análisis de riesgo de comisión de delitos, estableciendo hasta donde debe llegar dicho análisis de riesgos penales: hasta las actividades empresariales que contengan en su seno los elementos necesarios para que pueda cometerse un delito dentro de sus límites. Es por tanto necesario, examinar las actividades de la persona jurídica, e identificar aquellas actividades que de entre la totalidad, puedan tener ese riesgo. Identificar exige dicho examen y dicha selección de entre las actividades de la persona jurídica. También señala este apartado la dimensión de las operaciones a identificar, cuestión necesaria puesto que, desde las genéricas de dirección, operaciones y finanzas, hasta el detalle de las más pequeñas tareas que se desarrollan en el día a día hay una enorme distancia. Pues bien, entendemos que la norma establece que las actividades a definir sean aquellas entre cuyos límites se encuentran todos los elementos que hacen posible un delito. Por ello probablemente, y solo a modo de ejemplo, podemos pensar que una actividad con riesgo de comisión de un delito de corrupción en los negocios normalmente –no siempre- afectará a todo un proceso de venta o a uno de sus procedimientos más concretos, y esa será la actividad identificada. Sin embargo, una actividad de un delito contra el medio ambiente puede referirse a un protocolo concretísimo en una empresa de producción.

En nuestra opinión, sería muy razonable determinar el riesgo de comisión de un delito en una persona jurídica como síntesis de los riesgos existentes para ese delito en el conjunto de sus actividades en las que pueda cometerse. Sin embargo, cualquier procedimiento razonable que pueda establecer la reducción significativa del riesgo de comisión de cada delito puede ser válida, no haciendo la norma referencia alguna a este respecto.

Glosario de términos

REQUISITO: es una circunstancia necesaria para que el modelo de organización y gestión cumpla con la norma. Al ser estas circunstancias necesarias, hay que entender que son accidentes esenciales para definir el concepto.

ACTIVIDADES: operaciones y tareas propias de la persona jurídica.

IDENTIFICARÁN LAS ACTIVIDADES: realización de un examen o estudio para reconocer y establecer la identidad de las operaciones y tareas propias de la persona jurídica a través de su naturaleza y circunstancias.

ACTIVIDADES EN CUYO ÁMBITO PUEDAN SER COMETIDOS LOS DELITOS: subgrupo de las actividades de la persona jurídica en las que se cumple una condición o característica determinada, como es que la actividad contenga todos los elementos necesarios que hagan posible la comisión de un delito concreto.

DELITOS QUE DEBEN SER PREVENIDOS: aquellos para los que la persona jurídica responde penalmente, con las características señaladas para cada caso en el apartado 1, en sus puntos a) y b) del artículo 31 bis.

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