

2. Para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

Deconstruyendo el 31 bis

Diciembre 2017





2. Para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

Contexto en el que aparece en el código penal

Analizaremos esta parte del artículo debido a que califica y da su finalidad al “*modelo de organización y gestión*” que es el centro indiscutible del artículo 31 bis. Es cierto que “*para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” del apartado 4o también da su finalidad a las “*medidas de vigilancia y control*” que deben formar parte del modelo. Sin embargo, consideramos que no ofrece duda respecto a que es el modelo en su conjunto el que debe prevenir delitos, aunque como instrumentos y parte de este, lo deba realizar a través de dichas “*medidas de vigilancia y control*”. De hecho, consideramos que esto queda confirmado en el apartado 5, al no aparecer la expresión “*medidas de vigilancia y control*”, dando a los modelos de organización y gestión idéntica finalidad, la de prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión.

Hemos dejado fuera de este análisis la expresión “*de la misma naturaleza*”, que por su carácter más jurídico analizaremos en otra entrega. Entendemos que esta parte del artículo, aunque ante la posible comisión de un delito concreto tendrá un peso muy importante, no tiene mayor incidencia en el análisis general de la norma, cuando nos referimos a los delitos en general, y antes de una posible comisión.

“*Para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” 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.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;”

También aparece en el apartado 4, con el siguiente tenor literal “*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 (...)*”.

Análisis de los términos

Podemos decir, por tanto, que la finalidad del “*modelo de organización y gestión*” es prevenir o reducir de forma significativa la comisión de delitos. Los significados de “**prevenir**” son múltiples, si bien todos pueden aportar información para el entendimiento del precepto: “*preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin*”, “*prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio*”, “*precaer, evitar, estorbar o impedir algo*”, “*advertir, informar o avisar a alguien de algo*”, “*imbuir, impresionar, preocupar a alguien, induciéndolo a prejuzgar personas o cosas*”, “*anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción*” y “*disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo*”.

Del significado de la palabra prevenir, con relación a los delitos, podemos obtener varias conclusiones, la primera de ellas es que en ninguna de sus acepciones implica impedir de forma absoluta, sino que en la única acepción en la que aparece “*impedir*” o “*evitar*” lo hace junto con los términos “*precaer*” o “*estorbar*”. El primer término, “*precaer*”, nos lleva de nuevo al significado de “*prevenir*” y nos llevaría a una referencia circular, pero en el segundo caso, “*estorbar*”, su significado “*poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo*” y “*molestar, incomodar*” no ofrecen duda de que no implica impedir o evitar, sino que se refiere a poner los medios para impedir o evitar. Podemos concluir que, de acuerdo con el significado de prevenir, prevenimos no solo cuando impedimos o cuando evitamos de forma absoluta los delitos, sino cuando preparamos lo necesario para impedir o evitar, disponemos o preparamos medios para futuras contingencias, advertimos o informamos, nos anticipamos a su comisión o nos preparamos de antemano. Parece evidente que el verbo prevenir se refiere muy principalmente a poner los medios de todo tipo (intelectuales, sociales, materiales, etc.) para impedir un riesgo o contingencia, pero se queda en la preparación, no exige impedirlo para que haya prevención.

Por otro lado, como finalidad alternativa o efecto deseado, se nos señala la reducción de forma significativa del riesgo de la comisión de delitos. Desde un punto de vista de la organización, la primera pregunta que tenemos que hacer es la de ¿reducción del riesgo respecto a qué? ¿Cuál es el punto de comparación para determinar si hay un aumento o una reducción del mismo?

“*Riesgo*” es la “*contingencia o proximidad de un daño*” siendo “*contingencia*” “*la posibilidad de que algo suceda o no suceda*”, por lo tanto, el riesgo viene a ser la posibilidad de que se produzca un daño, entendiendo daño como un suceso que perjudica la finalidad que buscamos, la de prevenir delitos. Por tanto, el riesgo es una posibilidad de que se cometa un delito en la organización.

Ahora bien, ¿cómo podemos medir si se ha producido o no esta reducción significativa? Para que un riesgo sea mayor que otro deben ser comparables, es necesario que haya un término de comparación que nos permita poder valorar si el modelo de organización y gestión ha reducido el riesgo o no, y si lo ha hecho de forma significativa. El término “**reducir**” hace referencia a “*disminuir o aminorar*”, mientras que el significado de la palabra “**significativa**” es “*que da a entender o conocer con precisión algo*” o “*que tiene importancia por representar o significar algo*”.

Obviamente, si el riesgo es una posibilidad de que se produzca un daño, parece evidente que será mayor cuanto mayor sea la probabilidad y cuanto mayor sea el daño que pueda producirse, lo que en el mundo de la gestión de riesgos se ha venido denominando, la probabilidad de ocurrencia y el impacto con otras mediciones anteriores o posteriores. Por tanto, podremos valorar en función de estos dos parámetros cada riesgo, si bien debemos establecer unos criterios claros tanto para valorar la probabilidad de ocurrencia como el impacto, de forma que los podamos hacer comparables. En este contexto, tendremos riesgos con una alta probabilidad de que se produzcan, esto es, delitos con una alta probabilidad de que se materialicen en una empresa o persona jurídica, pero que su impacto en la organización sería leve o moderado, sumando la posible pena a la que podría ser condenada, el daño reputacional, etc. y por otro lado riesgos con muy poca probabilidad de ocurrencia pero que podrían provocar la desaparición de la empresa, y en consecuencia el impacto sería tremendo. Entre estos dos casos habrá multitud de combinaciones que deben valorarse de alguna manera para hacerlas comparables. En cada persona jurídica la valoración puede ser una, pero evidentemente debe basarse, en lo posible, en criterios objetivos que se apliquen de idéntica manera en un inicio y tras la implantación o consideración del modelo de organización y gestión.

Ahora conviene contemplar los términos de comparación para conocer si la implantación del modelo de organización y gestión y del resto de controles ha disminuido el riesgo de materialización. Esto es, podemos comparar el riesgo de comisión de un determinado tipo delictivo en dos momentos puntuales, antes y después de la implantación del modelo de prevención. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la mayoría de disposiciones y medidas de vigilancia y control que ya existían en la organización, ahora formarían parte del modelo de organización y gestión. Una comparación de un antes y después de la implantación del modelo de prevención en esas condiciones estaría perjudicando enormemente a las empresas que más medidas de control tuvieran, puesto que la implantación del modelo supondría una menor disminución de los riesgos cuanto mejor fuera su control interno anterior.

Por ende, parece lógico buscar unos términos de comparación que pueden ser válidos para todas las empresas y que cumplan con los términos establecidos en el Código Penal, evitando penalizar a aquellas con un mejor entorno de control. A este respecto, como término de comparación, podría cumplir este papel el riesgo general de comisión de cada delito existente en el sector económico en el que se encuentre la persona jurídica. Esto es, de forma previa a la implantación de ninguna medida o disposición de vigilancia y control, haciendo abstracción de la concreta organización, de forma que el mismo sería bastante similar en empresas del mismo sector.

Resumiendo, entenderíamos que se ha reducido de forma significativa el riesgo de comisión de un delito dentro de una persona jurídica, cuando el riesgo existente de comisión del mismo en ese sector de actividad (atendiendo al perfil de su personal, medios de los que dispone, tipo de mercado, etc.) sea superior al existente posteriormente a la implementación de los modelos de prevención, pudiéndose establecer de manera documentada y razonada.

Conclusión

De acuerdo con el significado de prevenir, lo hacemos no solo cuando impedimos o cuando evitamos de forma absoluta los delitos, sino cuando preparamos lo necesario para impedir o evitar, disponemos o preparamos medios para futuras contingencias, advertimos o informamos, nos anticipamos a su comisión o nos preparamos de antemano. Esto nos lleva a tener que comparar el riesgo de comisión de una determinada naturaleza de delito en dos momentos puntuales, antes y después de la implantación del modelo de organización y gestión. Pudiendo establecer que se ha **reducido de forma significativa el riesgo de comisión de un delito** 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.

Glosario de términos

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.

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

© 2017 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.



Grant Thornton
An instinct for growth™

grantthornton.es