

¿PARA QUÉ SIRVE EL *COMPLIANCE* EN MATERIA PENAL? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)

Miguel ONTIVEROS ALONSO*

SUMARIO: I. *Nota preliminar*. II. *Introducción*. III. *¿Qué es el compliance en materia penal?* IV. *¿Cuál es el fundamento del compliance penal?* V. *¿Cómo se aplica el compliance en la práctica penal?* VI. *Perspectivas*.

I. NOTA PRELIMINAR

Agradezco al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a los distinguidos coordinadores de las jornadas de derecho penal, la invitación que me permitió participar en tan destacado evento a pesar de encontrarme fuera de México. Por ello agradezco, también, a mi estimado colega, Luis David Coaña Be, que haya tenido la amabilidad de leer mi ponencia —entonces intitulada— la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código nacional de procedimientos penales.

Desde que se celebraron las jornadas de derecho penal, y hasta el mes de febrero de 2015, se han suscitado hechos importantes relativos a esta temática que me han impulsado a modificar el título y contenido de aquella exposición. Por un lado, el CPDF¹ fue reformado y ha incorporado, en su artículo 27 Bis, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este es un hecho que no puede pasar desapercibido. Mientras tanto, el Senado de la República aprobó una reforma al CNPP —aún pendiente de ser analizada en la cámara baja—, retomando algunas propuestas que habíamos formulado desde su entrada en vigor (observaciones realizadas durante los

* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn, Alemania, bajo la dirección académica del Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser. Ex becario Conacyt y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Abreviaturas utilizadas: CNPP (Código Nacional de Procedimientos Penales); CPDF (Código Penal para el Distrito Federal); LGV (Ley General de Víctimas).

destacados foros celebrados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto Nacional de Ciencias Penales). No obstante lo anterior, la esencia de aquella ponencia se mantiene aquí, de tal forma que el lector pueda tomar, si es que le resultan útiles, algunas de las ideas que ahí se expresaron.

II. INTRODUCCIÓN

A pesar de las críticas que se le han formulado —muchas de éstas del todo justificadas—,² el surgimiento del CNPP ha traído consigo buenas noticias, mientras que al mismo tiempo ha derribado mitos. Que México tenga un sólo código procesal significa debatir en torno a un único instrumento normativo en la materia, dialogar y aprender respecto de un sólo código y hablar un lenguaje común. Es cierto que el CNPP tiene errores y también lo es que algunos de éstos son graves. Así, por ejemplo, abrir las puertas a una privación de la libertad indeterminada ordenada por el ministerio público, permitir el uso de la fuerza sobre una persona para extraerle una muestra sin su consentimiento, definir las causas de exclusión del delito —lo cual ni es tarea sencilla y tampoco intrascendente— y señalar las pautas para ejercer la legítima defensa, son errores y excesos que deben corregirse.

Sin embargo, creo también que el CNPP ha roto mitos que hasta antes de su expedición parecían irrefutables en México. Uno de éstos es, efectivamente, el principio *societas delinquere non potest*, que ha pasado a formar parte de la historia del derecho penal mexicano. En su lugar se ha instaurado otro que sostiene exactamente lo contrario. La reciente reforma al CPDF es una buena muestra de ello. También lo es, creo, de que a pesar de sus inconsistencias el proceso penal mexicano ha tomado una ruta que le llevará a un mejor destino.

Ahora me ocuparé de otro rubro relativo a una de las bondades de la legislación única. En primer lugar, porque de los errores del CNPP ya se ha debatido bastante y creo que se han iniciado las tareas para atenderlos. Por otro lado, porque la incorporación del esquema procesal para atribuir

² Afortunadamente cada día se escriben y publican más obras en torno al CNPP. Creo, sin embargo, que la postura más crítica y enriquecedora en torno a su contenido es la que se plasma, en Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel; UBIJUS-CEPOLCRIM-AMPEC; México, 2015. Moisés Moreno Hernández las resume con claridad: discordancia en su estructura y sistematización, discrepancia sobre las etapas del procedimiento, divergencia sobre el papel y alcance de los juicios orales y las salidas alternas, desacuerdo sobre los criterios de oportunidad y en el procedimiento abreviado; en; Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (la lucha poco fructífera por un modelo procesal penal en México), pp. 72-93.

responsabilidad penal a las personas jurídicas ha llegado para quedarse en nuestra legislación y resulta urgente problematizar sus funciones y alcances. Ya he tenido la oportunidad de advertir, en otro lugar,³ algunos de los rubros que generan interés en esta temática. Ahora quiero ocuparme de otra dimensión que, debido a la reciente reforma al CPDF, tomará fuerza con el paso del tiempo e impactará en los procesos penales iniciados en contra de personas jurídicas en nuestro país: el *compliance* en materia penal.

III. ¿QUÉ ES EL *COMPLIANCE* EN MATERIA PENAL?

Cuando hablamos de *compliance* en materia penal, nos referimos a los denominados *compliance programs* o *programas de cumplimiento normativo*, es decir, un catálogo de estándares mínimos de cumplimiento. Como sostiene Kuhlen; se trata de una serie de medidas, implementadas por la empresa, que rigen a ésta y a sus trabajadores y cuya infracción puede ser, eventualmente, sancionada”.⁴ Con otras palabras: el *compliance* se configura por una serie de pautas, líneas directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar pueda ser considerado en armonía con el ordenamiento jurídico. Como lo advierte Engelhart en una destacada investigación; “el término *compliance* deriva del verbo inglés *to comply with* (seguir, asumir, respetar). Este término ha sido utilizado desde hace mucho tiempo en el ámbito de la medicina, donde se le entiende como asumir de forma debida una terapia. Desde hace algún tiempo se utiliza como parte del lenguaje en el ámbito de la economía, para indicar el contenido de las leyes, estándares y líneas directrices al interior de las empresas”.⁵ Como se observa, el *compliance* tiene una larga tradición y es independiente a la consideración o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

³ En las siguientes publicaciones; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); La responsabilidad penal de las personas jurídicas; Tirant lo Blanch; Valencia, 2014; Responsabilidad empresarial y *compliance* frente a la trata de personas; Revista *Penal México*; núm. 7; Inacipe, México, 2015; Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, y Casinos, *compliance* y sistema penal, en *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*; Ontiveros Alonso, Miguel (director); UBIIUS-MO; México, 2015.

⁴ Kuhlen, Lotar; Grundfragen von Compliance und Strafrecht, en Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coords.), *Compliance und Strafrecht*; C. F. Müller; Köln, 2012, p. 1. Los casos de Siemens, Deutsche Bank o el de Deutsche Telekom, son los asuntos más conocidos y que muestran la importancia del *compliance*; p. 10.

⁵ Engelhart, Marc; Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse Straf und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA; Duncker & Humblot, Berlin; 2010, pp. 40 y 41.

Aunque en Alemania la responsabilidad de las personas jurídicas se limita al ámbito *administrativo*, por lo que no llega al penal, son cada vez más las empresas que asumen un esquema sólido y bien definido de *compliance programs*. Las empresas alemanas han comprendido, como sucede en los Estados Unidos de América,⁶ que ello les implica beneficios que rebasan por mucho la inversión económica que requieren: generan mayor confianza en el mercado, las empresas son sujetos de más y mejores créditos, amplían su gama de alianzas a escalas nacional e internacional, mientras que al mismo tiempo previenen el delito y les posibilita excluir una posible imputación de responsabilidad de corte administrativo o penal.⁷

Los *compliance programs* se reflejan en instrumentos de distinta índole, desde circulares internas que establecen criterios de actuación, pasando por manuales operativos, hasta protocolos unificados para la toma de decisiones que establecen tramos de responsabilidad bien definidos. Estos materiales son parte importante de un programa de cumplimiento normativo, pues las reglas de operación empresarial se establecen por escrito y son sujetas a revisión y actualización. Su elaboración, además, se deja a expertos en las distintas materias, quienes reflejan en estos instrumentos las experiencias más exitosas de cara a la disminución de riesgos empresariales, así como también de las medidas más adecuadas para enfrentar la eventualidad de un problema en las *praxis*.

Así, por ejemplo, el proyecto de nueva ley de juegos y sorteos en México exige a los aspirantes a obtener un permiso para instalar un casino, la presentación de un programa de cumplimiento normativo. Éste debe incluir toda la regulación interna del casino, procesos de homologación de los soportes de juego, certificación del personal que labora en la empresa, implementación y acreditación de los programas de capacitación al personal y la designación de un *compliance officer* que sirva como guía y garante de su aplicación.⁸

⁶ En los Estados Unidos de América pueden encontrarse antecedentes de *compliance programs* desde la década de los treinta del siglo pasado, bajo el rubro de “*self-policing*” al interior de las empresas; *Ibidem*, p. 285.

⁷ Como sostiene Ortiz de Urbina Gimeno; Íñigo; “El *compliance* es pensable con o sin la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, aunque más adelante advierte; “no está claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrezca ventajas frente a las sanciones administrativas impuestas a las empresas; Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen in Spanien, en Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coords.), *Compliance und Strafrecht*; *op. cit.*, pp. 227 y 228.

⁸ Acerca de la configuración del *compliance program* establecido en la nueva ley de juegos y sorteos, de la protección del bien jurídico *juego responsable*, así como de las consecuencias administrativas o penales derivadas del incumplimiento del *compliance* referido; Ontiveros

Lo hasta ahora señalado es sólo la conclusión de un proceso previo que pasa por la realización de un diagnóstico empresarial ejecutado por expertos. Así, un *compliance program* que no se fundamente en un diagnóstico serio y real de la empresa, acabaría por ser ineficaz de cara a excluir, o en su caso atenuar, una probable responsabilidad penal. Efectivamente, no basta con generar protocolos, manuales y guías básicas de actuación, si éstas no tienen un referente sólido en la realidad de la empresa. Por el contrario, al momento de ser requerida ante una probable imputación de responsabilidad penal, la persona jurídica deberá acreditar que su programa de cumplimiento —en caso de que éste exista— se sustenta en un diagnóstico preliminar, que el personal conoce el programa y que éste es supervisado por un oficial responsable.

De conformidad con lo anterior, para que un *compliance program* pueda ser exitoso a escala de un juicio de corte penal, debe cumplir, cuando menos, con las siguientes cinco fases: 1) Elaboración de un diagnóstico institucional que incluya la detección y eliminación de riesgos, 2) Diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos); 3) Capacitación y evaluación periódica del personal de la empresa; 4) Implementación de un sistema de denuncias interno y externo; 5) Implementar un sistema de supervisión y sanción liderado por un *compliance officer*.⁹

Las fases señaladas no marcan un límite máximo, pero sí un mínimo. Esto significa que un programa de cumplimiento *pantalla*, es decir, aquél que ni se basa en un diagnóstico preliminar y que se configura por simples formatos que no reflejan la realidad empresarial no tiene eficacia en materia penal. En casos como estos suele suceder —y esto es casi una constante— que dichos formatos no se aplican en la cotidianeidad empresarial, pues el personal operativo no los conoce y nunca fue capacitado respecto de sus contenidos:

Así sucede, por ejemplo, en un importante número de bares y restaurantes que sirven bebidas alcohólicas sin implementar los controles exigidos por la ley. Los empresarios no se ocupan de establecer lineamientos mínimos a ser implementados por los encargados del acceso al lugar, ni capacitan a su personal para poder advertir, por ejemplo, que la identificación presentada por

Alonso; Miguel; Casinos, *compliance* y sistema penal (fundamentos del juego responsable)..., *op. cit.*, pp; 275 y ss.

⁹ Como sostiene Kindhäuser; algunas de las tareas del *compliance officer* serían mantener las actividades de la empresa en el marco de la legalidad, fungir como observador al interior del ente colectivo, así como informar a los directivos de la empresa acerca de cómo evitar daños; Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6a. ed., Nomos, 2013, p. 313.

un cliente es falsa. Esto se ha traducido en que se sirvan bebidas alcohólicas a personas menores de 18 años y que se impute el delito de corrupción de personas menores de edad.¹⁰

Las modalidades, tipos y alcances de un *compliance program* son tan amplios como el mundo empresarial y como los riesgos que la persona jurídica genera dependiendo de la actividad que realiza: desde un pequeño cibercafé, donde la normativa mexicana exige establecer medidas de control para prevenir el consumo y tráfico de pornografía infantil, hasta la industria de la construcción, donde el incumplimiento de las medidas mínimas de seguridad pueden terminar con la vida de un empleado. Casos como los antes referidos ponen en evidencia que no pueden existir esquemas predeterminados de *compliance*, pues cada empresa genera sus propios riesgos, incluso aquellas que se dedican a la misma actividad comercial.

No pueden aplicarse los mismos modelos de *compliance* -con especial referencia a la prevención del lavado de dinero- en la institución bancaria más grande de México, que en la casa de cambio ubicada en el aeropuerto.

Por último, cabe destacar la importancia del experto en materia penal al momento de diseñar el programa de cumplimiento. Es cierto, como ya se ha advertido, que el *compliance* tiene múltiples beneficios de cara al bienestar de la empresa. Sin embargo, su fin último es salvaguardar al ente colectivo de los procedimientos penales que pudiesen iniciarse en su contra por la probable comisión de un delito, y en caso de instaurarse alguno, acreditar que el ente colectivo ha cumplido con los requisitos establecidos por el sistema penal para poder quedar excluida de responsabilidad. Con palabras de Bock: “criminal *compliance* significa, en concreto, eliminar los riesgos de una imputación penal”.¹¹ Esto, como resulta obvio, es tarea de un abogado penalista.¹²

¹⁰ En un caso como este hubiese bastado que la empresa acreditara, mediante su programa de *compliance*, que sí tiene un esquema preventivo para reducir este tipo de riesgos, que su personal está capacitado para ello y que en el caso objeto de estudio sí se aplicó el protocolo correspondiente.

¹¹ Bock, Dennis; *Compliance und Aufsichtspflichten im Unternehmen*; en *Compliance und Strafrecht...*, *op. cit.*, p. 57.

¹² Lo anterior no significa excluir expertos en otras ramas del conocimiento, pues siempre será necesario contar con profesionales —no abogados— dependiendo de la actividad empresarial desarrollada por el ente colectivo. Sucede, sin embargo, que son múltiples los casos en que se ofrecen programas de cumplimiento que además de estar *previamente maquillados*, no están dirigidos a la prevención de acciones penalmente relevantes, sino que su diseño responde, más bien, al ánimo de generar mayor clientela y captación de recursos.

IV. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DEL *COMPLIANCE* PENAL?

Para dar respuesta a este interrogante hay que partir de una nueva realidad: que las personas jurídicas ya pueden ser sujetos de imputación penal en México. Este presupuesto se deriva —por ahora y a reserva de que se sumen más códigos penales de otras entidades federativas—, en dos ordenamientos, es decir, el CNPP y el CPDF:

Código Nacional de Procedimientos Penales

Título X

Procedimientos especiales

Capítulo II

Procedimiento para personas jurídicas

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta, sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.

El resto del capítulo II, dedicado expresamente al procedimiento para personas jurídicas, establece las bases para la investigación (art. 422), formulación de la imputación y vinculación a proceso (art. 423), formas de terminación anticipada (art. 424) y sentencias (art. 425). Es cierto que la redacción de este capítulo no es afortunada y que no se menciona en su articulado la posibilidad de valorar o no la existencia de un *compliance program* al interior de la empresa. En torno a lo primero, ya ha quedado claro que hacer depender la imputación de responsabilidad en contra de un ente colectivo, del previo ejercicio de la acción penal en contra de una persona física, es una contradicción que debe ser corregida. Acerca de lo segundo, mi parecer es que el código procesal debe leerse en armonía con el código penal para dar sentido a la figura del *compliance program*:

Código Penal para el Distrito Federal

Artículo 27 Bis. (Responsabilidad penal de una persona jurídica o moral)

I. Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a) [...].

b) Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito *por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional* que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.

Artículo 27 Quintus. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

- a) [...].
- b) [...].
- c) Establecer, antes de la etapa de juicio oral, *medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica*, o

De conformidad con lo antes reproducido se presenta el siguiente escenario: una legislación procesal que sienta las bases para investigar, ejercer acción penal, procesar y sentenciar a las personas jurídicas por la probable comisión de un delito.¹³ Por otro lado, un código penal que establece que las personas jurídicas o morales serán responsables penalmente por la comisión de delitos dolosos o culposos, entre otras razones, por *no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional*¹⁴ que deba atenderse según las circunstancias del caso. Así mismo, una disposición que abre las puertas para considerar una atenuante a favor de las personas jurídicas, siempre que establezca, antes del juicio oral, *medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos* que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica.

Si bien es cierto las disposiciones señaladas pueden ser objeto de importantes críticas y mejoras, parece claro también que las dos referencias arriba resaltadas, es decir, las relativas a ejercer el debido control al ámbito organizacional y la de establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos, se refieren claramente a programas de cumplimiento. Efectivamente, el *compliance* cumple, entre otras, con las dos tareas referidas. Así, la fase de detección y eliminación de riesgos está dirigida a evitar que éstos se

¹³ Acerca de las personas jurídicas imputadas, incluyendo las irregularmente constituidas y las que en absoluto estén constituidas pero que funcionen como tal y el respeto a sus derechos fundamentales, Gómez Colomer, José Luis; La persona jurídica acusada en el proceso penal español, en *El derecho penal económico ...*, *op.cit.*, pp. 50 y 51.

¹⁴ No es el momento de debatir la fórmula asumida por el legislador de la capital de la República, sin embargo, puede advertirse que la reforma al CPDF retoma —casi textualmente— la redacción contemplada en el código penal español.

traduzcan en delitos y para ello se requiere ejercer el control debido sobre ellos, mientras que las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse, pasan por la generación y aplicación de protocolos así como por los canales de denuncia interno y externo. En el marco de estos dos ejes rectores juega un rol fundamental la fase de supervisión y sanción desarrollada por el *compliance officer*.

La figura del —también denominado— oficial de cumplimiento ha desatado una serie de publicaciones, bastante interesantes, acerca de la posición que éste ocupa, de sus deberes, pero también de la probable imputación de responsabilidad penal de que puede ser objeto. Prittwitz,¹⁵ por ejemplo aborda la posición de garante del *compliance officer* y su probable responsabilidad a título de omisión, cuando por falta de control se realiza algún hecho ilícito en la empresa. Más enfocado a esta problemática es el trabajo de Bermejo/Palermo para quienes la responsabilidad penal del *compliance officer* puede ampliarse o reducirse. Debido a la posición de garante que éste ocupa, su probable responsabilidad penal no se limita a delitos como el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, sino que también alcanza a los delitos vinculados a la corrupción, abuso de confianza o delitos financieros.¹⁶

V. ¿CÓMO SE APLICA EL *COMPLIANCE* EN LA PRÁCTICA PENAL?

En los Estados Unidos de América, como en Holanda¹⁷ por ejemplo, los *compliance programs* son una herramienta cotidiana y forma parte de la cultura empresarial. Por ello es que han llegado a ser parte fundamental de cara a atribuir o excluir la responsabilidad penal de las empresas. Desde la fase de investigación policial, pasando por la intervención de las fiscalías o la labor jurisdiccional, los programas de cumplimiento juegan un rol básico cuando una empresa se ve probablemente implicada en la comisión de un delito. Las condiciones para que esto suceda en México ya se han gestado, de tal forma que acudir a un *caso de laboratorio* puede servir para ejemplificar su eficacia:

¹⁵ Prittwitz, Cornelius, Die Rechtsstellung —insbesondere Garantenstellung— von Compliance-Beauftragen; en; Compliance und Strafrecht ..., *op.cit.*, p. 130.

¹⁶ Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer Straftat; en, Compliance und Strafrecht..., *op. cit.*, p.167

¹⁷ Como sostiene Vervaele, John A. E.; “Holanda introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la materia penal tributaria y aduanera en 1822, para todos los tipos penales económicos en 1950 y para todos los tipos penales en 1975”; *Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda*, en Ontiveros Alonso; Miguel (coord.); La responsabilidad penal ..., *op. cit.*, p. 524.

El día de los hechos se escucha una fuerte explosión en *Absurdistán*. Al arribar al lugar, los bomberos advierten que la explosión se debe a que un camión que surtía gas en un hospital infantil ha explotado. En el lugar se encuentran decenas de heridos, en su mayoría enfermeras, niñas y niños. Los servicios de emergencia atienden a su máxima capacidad, pero no logran salvar a varios bebés recién nacidos que mueren en el lugar, junto con personal del hospital que intentó salvarlos. Decenas de seres humanos pierden la vida y los daños ascienden a cientos de millones de pesos.

¿Cómo abordar estos hechos desde las ciencias penales? El sistema tradicional mexicano se enfocaría en la detención del chofer y su ayudante,¹⁸ pues éstos eran quienes surtían de gas al hospital, mientras que al mismo tiempo, se demandaría civilmente a la empresa para enfrentar los daños causados al hospital y a los inmuebles del entorno que se vieron afectados. Si del resultado de los peritajes efectuados al camión surtidor de gas se llegase a desprender que éste tenía alguna falla —por ejemplo, la falta de un tornillo de seguridad, lo cual había sido advertido por el chofer y su ayudante—, entonces se les imputaría a éstos la comisión de los delitos de homicidio imprudente, lesiones y daño en propiedad ajena.¹⁹

Casos hipotéticos como el referido pueden llegar a suceder. Es frecuente, asimismo, que se procese a quienes en realidad no son responsables de los hechos, pero sí el eslabón más débil de una cadena de negligencias que incluyen a la empresa. Con la expedición del CNPP y la reforma al CPDF, esto ya no sería así. He aquí, de entrada, un factor que no puede perderse de vista: la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sirve no sólo para atraer a los entes colectivos al sistema de justicia penal, sino también para evitar que otras personas —generalmente empleados del más bajo rango dentro del ente colectivo— paguen el precio por la inexistencia de un *compliance program*. Así, mediante éste y sus cinco fases fun-

¹⁸ Desafortunadamente, la realidad muestra que casos como el aquí descrito suelen resolverse de esa forma: imputar penalmente a los empleados del más bajo rango y liberar al ente colectivo de la responsabilidad penal.

¹⁹ Por el contrario, y de acuerdo aquí con Sieber; “Como resultado parcial puede afirmarse que los programas de *compliance* que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de *lege lata*, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa, sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de las responsabilidades empresariales en cuanto a multa contravencional. De este modo puede decirse que ambos sistemas sancionadores establecen recompensas, con estímulos positivos, para el desarrollo de programas de *compliance*; Programas de *compliance* en el derecho penal de las empresas. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica; Traducción de Manuel Abanto Vázquez, en *El derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 95.

damentales, se hubiese ejercido el debido control al ámbito organizacional, reducido y finalmente eliminado los riesgos que significaba surtir gas con un camión en malas condiciones de servicio.²⁰

Si los hechos sucedidos en *Absurdistán* se verificaran ahora mismo en la ciudad de México, el ministerio público iniciaría la investigación, en contra de la empresa surtidora de gas, con base en el artículo 422 del CNPP que claramente establece:

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en el que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previsto en el artículo anterior, iniciará la investigación correspondiente.

El ministerio público debería entonces hacer del conocimiento de la persona jurídica, a través de su representante, que se ha iniciado una investigación en su contra por la probable comisión de diversos delitos, y con base en el segundo párrafo del artículo 422, hacerle saber sus derechos para que manifieste los que a su derecho convenga. Simultáneamente, la coordinación general de servicios periciales estaría analizando el material sensible recopilado en el lugar de los hechos y elaborando los dictámenes correspondientes para determinar la causa de la explosión.

Como parte de su investigación, y con fundamento en el artículo 27 bis del código penal, el ministerio público tendría que solicitar a la empresa, por lo menos, la siguiente información: *a.* Estructura orgánica del ente colectivo; *b.* Reglamento y normativa interna de la empresa. *c.* Diagnósticos de riesgos elaborados hasta el día de los hechos y medidas asumidas para su control que incluyan a los vehículos utilizados para distribuir el producto; *d.* Protocolos de actuación y flujogramas. *e.* Esquema de división de tareas por competencias. *f.* Programas de capacitación y certificación del personal *g.* Procesos de denuncias internas y externas y, finalmente *h.* Mecanismos de supervisión y sanción al interior del ente colectivo.

En suma, como se puede observar, el ministerio público solicitaría el programa de cumplimiento (*compliance program*) de la empresa. A partir de ahí podrían suceder dos cosas:

1) Que la persona jurídica no tenga un programa de cumplimiento, o en su caso, sólo tenga algunas directrices internas sin capacidad de rendi-

²⁰ Como sostiene Tiedeman, Klaus, “Igualmente en los delitos imprudentes los códigos de *compliance* pueden ser aplicados para determinar la medida del cuidado necesario”; El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, en *El derecho penal económico en la era compliance*; Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán; (Directores); Tirant lo Blanch; Valencia; 2013; p. 38.

miento para detectar, controlar y eliminar riesgos. De ser este el caso, con base en el artículo 423 del CNPP, procedería a formularse la imputación y, seguramente, su vinculación a proceso. ¿Qué consecuencias tendría, en su caso, que se le encontrara penalmente responsable? Este interrogante no es cosa menor. Declarar penalmente responsable a la persona jurídica se traduciría, antes que nada, en procurar justicia para las víctimas directas e indirectas de los homicidios y lesiones cometidas en contra de niñas, niños y personal del hospital:

La LGV establece un catálogo de derechos muy claro para las víctimas. Éste va desde el acceso a la justicia, pasando por la reparación del daño, hasta cuidados permanentes durante todo el tiempo que sea necesario cuando la víctima sea una persona menor de edad. Sucede, como ya se advirtió, que en el caso de la explosión diversas víctimas pertenecían a la primera infancia.

Por otro lado, con base en la LGV, la empresa estaría obligada a solventar rubros de corte económico que un empleado, como el de nuestro ejemplo, nunca podría enfrentar. Sin embargo, uno de los factores que más interesan al derecho penal, conjuntamente con la protección de los derechos victimales, es la prevención del delito. Esto significa que la persona jurídica estaría obligada a implementar un *compliance program* serio y sólido, para evitar que hechos como el descrito se repitan. Efectivamente, el *compliance* sirve a la prevención del delito,²¹ y como salta a la vista, también sirve a la protección de bienes jurídicos. Y es que los entes colectivos no sólo tienen capacidad para corromper servidores públicos y causar destrozos, sino también para lesionar y privar de la vida. ¿Cómo negar, entonces, las virtudes del *compliance* en materia penal? Sin embargo, puede suceder también lo siguiente:

2) Que la empresa sí cuente con un programa de cumplimiento efectivo, y que de éste se derive que la persona jurídica ha mantenido, gracias a la aplicación de aquél, los riesgos inherentes a su actividad en el marco del riesgo permitido. Ante una hipótesis como ésta, el ministerio público tendría que declarar la actualización de una causa excluyente de responsabilidad penal,²² en el caso, de atipicidad por no poderse atribuir objetivamente el resultado a la persona jurídica:

²¹ Un tratamiento sólido y crítico en torno a los modelos orientados a la prevención especial y la prevención general en esta materia, puede verse en; Feijoo Sánchez, Bernardo; Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles; en, Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal ...; *op. cit.*, pp. 135 y ss.

²² Como he apuntado en otro lugar, retomando lo sostenido por la doctrina dominante, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. Acerca de esta determinación, así como del alcance y función del riesgo permitido en derecho pe-

En torno a la exclusión de la tipicidad por riesgo permitido, es decir, por haber aplicado eficazmente el *compliance program*, la doctrina no es pacífica. Es más, la doctrina dominante se decanta por la exclusión de la culpabilidad de la empresa. En lo que sí hay acuerdo, sin embargo, es que en ambos casos la responsabilidad penal de la empresa podría quedar excluida.

No sólo soy partidario —y aquí en contra de la doctrina dominante—, de que un buen programa de cumplimiento excluye la imputación al tipo objetivo debido a que el actuar de la empresa se mantiene en el marco del riesgo permitido. Sucede, también, que de conformidad con el estado actual de nuestra legislación no hay otra opción más que la que sostengo aquí. Véase, para ello, la siguiente disposición del CNPP:

Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción pena o medida de seguridad.

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. *Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.*

No puedo extenderme aquí y abordar la problemática que genera la redacción del artículo 410. Primero, porque no es el objetivo de este espacio, segundo, porque ya lo he hecho en otro lugar.²³ Insisto, solamente, en que resulta una contradicción del CNPP establecer las bases para llevar a juicio penal a las personas jurídicas y al mismo tiempo considerarlas sin capacidad de culpabilidad. Este es otro de los errores graves del nuevo código.

nal; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección; Inacipe, 2010, p. 157. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría del delito empresarial; Gómez-Jara Diez, Carlos, “en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido. Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten configurar un *ciudadano empresarial medio*...; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Ontiveros Alonso, Miguel, La responsabilidad penal..., *op. cit.*, p. 180.

²³ En el artículo intitulado “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, Comentarios..., *op. cit.*, pp. 305 y ss.

VI. PERSPECTIVAS

El debate acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se activó en nuestro país con la expedición del CNPP. A este debate se sumará, sin duda, el del alcance y función del *compliance* en materia penal. Al respecto, y para abonar un poco en esta discusión que apenas empieza en México, quisiera advertir lo siguiente. La implementación de los programas de cumplimiento debería verificarse con independencia de que hubiese o no un esquema de responsabilidad penal para los entes colectivos vigente en nuestra legislación: como advertí al principio, las empresas que más confianza generan, que mejores resultados ofrecen y que muestran el mayor crecimiento, son aquellas que tienen los *compliance programs* más sólidos.

Hay muchos interrogantes pendientes de ser resueltos en esta materia. Así, como sostiene Kuhlen,²⁴ desde hace 10 años se discute en Alemania no sólo acerca de la elaboración de una teoría del *compliance* y el derecho penal, sino también en torno a por lo menos 5 problemas de corte normativo en esta materia: 1) Los deberes de observación que la empresa tiene sobre sus empleados; 2) La posición jurídica del *compliance officer*; 3) Las fronteras entre el *compliance* y los derechos de los trabajadores; 4) Las investigaciones internas, y 5) Las sanciones en contra de las empresas.

Como salta a la vista, los 5 rubros señalados tienen profundas implicaciones según el orden jurídico mexicano. Por destacar sólo uno: ¿Puede la administración de la empresa intervenir las llamadas de los empleados —realizadas a través de la red institucional— con fines preventivos, y un *compliance program* establecerlo así? Un interrogante similar debe formularse en torno a las cuentas de correo electrónico, así como también acerca de las videograbaciones para efectos de vigilancia en algunas zonas al interior de la empresa, pero vinculadas al mismo tiempo al ámbito privado.

Conjuntamente con lo señalado hasta ahora, creo que muy pronto se abrirá una nueva parcela de estudio en nuestro país. Me refiero al binomio *compliance* y derechos humanos. Mi parecer es que los *compliance programs*, además de ser una herramienta eficaz en materia de prevención del delito, sirven a la salvaguarda de los derechos humanos. Es cierto que en aquellos casos en que una persona jurídica implementa un esquema de funcionamiento dirigido a la comisión de delitos, el *compliance* no juega rol alguno: ante una empresa que es utilizada como pantalla para lavar dinero prove-

²⁴ Kuhlen, Lothar; Grundfragen von Compliance und Strafrecht, en *Compliance und Strafrecht...*, *op. cit.*, pp. 22-25.

niente del tráfico de armas —en un caso así— no hay *compliance* que sirva. Hay otros casos, por el contrario, en que el *compliance* tiene mucho por hacer de cara a salvaguardar la dignidad de la persona humana:

A finales del mes de marzo de 2015, aproximadamente 80,000 jornaleros indígenas (en su mayoría mixtecos, triquis y zapotecos) denunciaron condiciones de explotación en campos agrícolas de San Quintín y Ensenada. Entre otros factores, acusaron jornadas laborales de 15 horas, vivir en chozas de lámina, sin seguro social, con salarios por debajo de los establecido en la ley, sin aguinaldo ni prima vacacional.

A pesar de sus deficiencias en esta materia, el ordenamiento jurídico mexicano sanciona el trabajo forzado, pues le considera una forma de explotación de la persona humana. Seguramente hay empresas que ejercen esa explotación de forma dolosa. Ante casos así, no hay otra opción más que la imputación, ya sea por trata de personas o trabajo forzado —o por concurso de ambas hipótesis—, en contra de la empresa (ahí donde rija el esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas), o de sus administradores, en caso de que los entes colectivos no respondan penalmente (como es el caso de Baja California).²⁵

No obstante lo anterior, lo que verdaderamente interesa aquí es que al empresario de buena fe que desconoce los entresijos de la normativa laboral mexicana, el *compliance program* no sólo le vendría muy bien, sino también a todos sus empleados. Esto es así, ya que un programa de cumplimiento efectivo, bien delineado y diseñado por expertos, debe servir ciertamente a la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa, pero también al respeto a los derechos humanos de las personas que laboran en el ente colectivo. Y es que sólo de esa forma se puede blindar a la persona jurídica de acusaciones, no sólo bien fundadas, sino también por la comisión de delitos graves como ha sucedido en San Quintín y Ensenada.

La experiencia chilena puede impulsar nuevas rutas de *compliance* en México ¿Qué pasaría si la Secretaría del Trabajo exigiese a las empresas agrícolas sus respectivos programas de *compliance*, sustentados en las mejores prácticas de la materia a escala internacional y sujetos a la debida certificación?

²⁵ En torno a esta temática; Quintero, María Eloísa; Persona jurídica y crimen organizado: reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas; en; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); La responsabilidad ..., *op. cit.*, p. 596; "...es necesario plantear políticas que impidan que los migrantes sean utilizados como mercancía de la delincuencia organizada y de las personas jurídicas que soportan o intervienen en las actividades de ésta, sea por medio de la explotación laboral o sexual, o bien por otras formas de sometimiento de trata de personas ...".

Lo que pasaría es que habría una mejor garantía del respeto no sólo a los derechos laborales, sino también a las condiciones humanas en el desempeño del trabajo. Esto es así porque, como ya se advirtió anteriormente, el *compliance* laboral pasaría por el debido diagnóstico de la empresa, el control y la eliminación de los riesgos (es decir, acabar con condiciones de trabajo violatorias de los derechos humanos o similares a la esclavitud). Se diseñarían reglas básicas para la realización de las tareas (desde condiciones de higiene, alimentación y vivienda), pasando por un canal de denuncias y un oficial de cumplimiento que sirva de garante de ese *compliance program*. ¿Acaso no serviría lo señalado para respetar la dignidad humana, por ejemplo, de las personas indígenas que denunciaron injusticias en San Quintín y Ensenada?

Como se desprende de lo hasta ahora señalado, el *compliance* sirve para el prevailecimiento del orden jurídico, por lo que también es una vía útil para la salvaguarda de los derechos humanos. Nos encontramos, sin duda, ante una herramienta que, en mi parecer, sólo puede traducirse en beneficios para las personas jurídicas. Esto ha sido destacado por Konu, para quien el *compliance* tiene cinco funciones básicas: 1. Protección. 2. Información y orientación. 3. Asegurar la calidad y la innovación. 4. Supervisión y, 5. Marketing.²⁶

Finalmente, vale la pena insistir en que los programas de cumplimiento sirven para combatir la corrupción e instaurar una cultura de la legalidad en los entes colectivos. Esto, traducido a lenguaje empresarial, significa prestigio. Sin embargo, lo que resulta más importante para el derecho penal, es que mediante los programa de cumplimiento se previene el delito y de esa forma se colabora con el prevailecimiento del ordenamiento jurídico ¿Qué hubiera pasado en *Absurdistán*, si la empresa expendedora de gas tuviese un programa de cumplimiento y éste le hubiese permitido detectar la falla en el tornillo del camión y corregirla a tiempo?²⁷

²⁶ Konu, Metin; Die Garantstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation; Dunker & Humblot, Berlin; 2014; p. 28.

²⁷ Son múltiples los casos en que la lesión de bienes jurídicos fundamentales se hubieran podido evitar mediante la implementación de un *compliance program* efectivo. Piénsese, respecto de México, en los casos de la guardería “ABC” y “Casitas del Sur”, donde perdieron la vida, en el primero, y fueron víctimas de trata de personas, en el segundo, decenas de bebés y niños. Un buen programa de cumplimiento hubiera evitado instalar una guardería en una zona de riesgo, así como entregar a niñas y niños a una residencia infantil dedicada a la explotación de la infancia. Respecto del caso alemán: ¿Acaso una empresa como German Wings no da seguimiento a los tratamientos de salud mental de sus pilotos? ¿Dónde están los protocolos y medidas de cuidado para evitar que un empleado depresivo se suba al avión y lo estrelle matando a 150 personas?