



INCLUYE
Libro en formato
digital **PROVIEW**

Compliance Legal de la Empresa

Una tendencia
regulatoria mundial

Carlos Requena
Salvador Cárdenas Gutiérrez

Primera Edición

**COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA
REGULATORIA MUNDIAL]**

Páginas iniciales

**COMPLIANCE LEGAL DE LA
EMPRESA**
UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL

Primera Edición

CARLOS REQUENA

SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ

Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra denominada COMPLIANCE LEGAL
DE LA EMPRESA. Una tendencia regulatoria
mundial ©, por cualquier medio, sin autorización
escrita de Dofiscal Editores, S.A. de C.V.

Derechos reservados © conforme a la ley por: Dofiscal Editores, S.A. de C.V.

Dofiscal Editores S.A. de C.V.

Av. Insurgentes Sur 800, Piso 14, Col. Del Valle, Deleg. Benito Juárez

03100, México, D.F.

Teléfono: 5351-9500

Fax: 5351-9501

atencionmexico@thomsonreuters.com

www.thomsonreutersmexico.com / www.dofiscal.com

ISBN 978-607-474-273-2

**COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA
REGULATORIA MUNDIAL]**

Primeras Páginas

***COMPLIANCE LEGAL*
DE LA EMPRESA**

Una tendencia regulatoria mundial

Primera Edición

CARLOS REQUENA

SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ



THOMSON REUTERS

Av. Insurgentes Sur 800, Piso 14, Col. Del Valle
Deleg. Benito Juárez, 03100, Ciudad de México
Conmutador: 5351-9500 • DOFIFAX: 5351-9501
Larga distancia sin costo: 01-800-200-39-47
www.dofiscal.com • ventas@dofiscal.com

Primera Edición, Agosto 2016

Derechos reservados © conforme a la ley por:
Dofiscal Editores, S.A. de C.V.
Av. Insurgentes Sur 800, Piso 14, Col. Del Valle
Deleg. Benito Juárez, C.P. 03100, Ciudad de México

AUTORES:

Carlos Requena
Salvador Cárdenas Gutiérrez

Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra denominada *COMPLIANCE LEGAL*
DE LA EMPRESA. Una tendencia regulatoria
mundial ©, por cualquier medio, sin autorización
escrita de Dofiscal Editores, S.A. de C.V.

ISBN 978-607-474-273-2

Impreso en México
Printed in Mexico

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Dedicatoria.

DEDICATORIA

A los emprendedores,
empresarios y abogados de
empresa que buscan
explicaciones globales
de aquellos problemas
particulares que han de
afrontar en su diario andar

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Antecedentes de los autores.

ANTECEDENTES DE LOS AUTORES

CARLOS REQUENA

Abogado penalista, socio de Requena Abogados, S.C.

Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (UP).

Articulista de la columna #DerechoReservado en *El Economista* y en la Red Forbes.

Autor del libro *Gobernanza. Reto en la relación Estado-Sociedad, y Ciudad MX, 360*, de Editorial LID.

Consejero de México Unido contra la Delincuencia, A.C., consejero independiente certificado en Gobierno Corporativo y consejero del Instituto Mexicano de Mejores Prácticas Corporativas, A.C. (Capítulo Ciudad de México). Ha sido consejero de la US-Mexico Bar Association (USMBA) y coordinador de la Comisión de Derecho Penal de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados de México (BMA). Requena recibió el premio Pro Bono 2010 que otorga la BMA.

Profesor de Derecho Penal en la UP. Cursó estudios de Criminología en el Centro Internacional de Estudios Superiores; *Management Program for Lawyers* en *Yale Law School* (New Haven, EU), y de *Human and Civil Rights* en la *International Academy for Leadership* de la *Friedrich-Naumann-Stiftung* (Alemania).

Especialista en Responsabilidad Penal de Empresa y *Compliance Penal*.

SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, ha sido investigador en la Biblioteca de Wolfenbüttel y en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Fráncfort M., República Federal de Alemania (becado por la *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.*).

Ha sido profesor de Teoría Política, Derecho Supranacional, Historia del Derecho y Análisis de Tendencias Regulatorias en la Universidad Panamericana, la Escuela Libre de Derecho y El Colegio de México.

Fue conferencista y profesor huésped, entre otras, en las universidades de Los Andes en Chile, Oporto, Montevideo, Austin, Würzburg, Zaragoza y Córdoba en España, en el Instituto de Formación Política de Baviera y en la Academia de Ciencias de Rusia.

Dentro del Poder Judicial de la Federación (PJF) se desempeñó como director de Investigación Documental y miembro del Comité Editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), también fue miembro del Consejo Editorial del Tribunal Federal Electoral (TFE) y coordinador de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal (Escuela Judicial); además fue coordinador de la *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.

Es autor de más de 40 estudios y artículos publicados en revistas de carácter científico en México, Chile, España, Alemania y Austria, y más de una veintena de libros sobre Ciencia Política e Historia del Derecho.

Actualmente es director del Instituto de Ética de la Función Pública, A.C.

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Prólogo.

PRÓLOGO

En muchas ocasiones, las transformaciones históricas pasan desapercibidas para las personas que se ven inmersas en ellas. Las ocupaciones diarias hacen difícil constatar esta evolución, que se aprecia en toda su magnitud retrospectivamente, cuando ha transcurrido un periodo lo suficientemente dilatado para considerar inaceptables algunos usos o prácticas que en su momento fueron tolerados.

En la esfera del *compliance* no cabe duda de que nos encontramos en un momento de transición, circunstancia que se pone de manifiesto con mayor frecuencia y vigor en iniciativas normativas y pronunciamientos tanto judiciales como administrativos. El 18 de agosto de 2014 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos suscribió con *Bank of America Corporation* un acuerdo compensatorio e indemnizatorio por importe de 16.65 billones de dólares. Fue el *settlement* más cuantioso formalizado con una única entidad en la historia de los Estados Unidos. El *Attorney General* Eric Holder señaló que esta resolución histórica desterraba considerar como un “coste de hacer negocios” los fraudes y malas *praxis* que anteponen los beneficios a los clientes. Aunque su importe es extremadamente elevado se olvidará con el tiempo, pero no así el mensaje transmitido: no cualquier conducta es tolerable para hacer negocios.

La severidad de las sanciones y compensaciones derivadas de las malas *praxis*, así como los daños reputacionales que producen, es una evidencia del proceso de transformación que vivimos, como también lo es el protagonismo que adquieren las normas emitidas por organizaciones del ámbito privado. La capitalidad de la denominada *soft law* no sólo proviene del prestigio de las instituciones o entidades que la producen, sino de su gran capacidad de abordar con acierto y celeridad contenidos cada vez más complejos. De ahí que los operadores económicos depositen su confianza en aquellas organizaciones capaces de comprometerse con sus mandatos, pues de algún modo dificultan el desarrollo de malas *praxis* susceptibles de amenazar su sostenibilidad. Dicen que “el dinero es miedoso”, y seguramente por eso los operadores económicos responsables abominan de verse relacionados con organizaciones expuestas a sufrir esa suerte de daños económicos y reputacionales, que corren el riesgo de ser expulsadas *de facto* de los mercados donde operan.

Y así llegamos a una situación característica del entorno legal de los negocios del siglo XXI, donde normas cada vez más relevantes no proceden de órganos legislativos estatales ni se imponen, por consiguiente, mediante la fuerza coercitiva del Estado. Además, el incumplimiento de la normativa puede conducir a la erosión rápida e inmisericorde de la organización por la pérdida de confianza frente al resto de operadores económicos y la sociedad en general. Y es un proceso donde no intervienen jueces. A mitad del año 2015 las autoridades estadounidenses se cuestionaron el modo en que el grupo automovilístico Volkswagen gestionaba las exigencias legales en materia de emisiones de partículas y óxidos de nitrógeno en algunos motores de tipo diésel. Con independencia de los cargos potencialmente derivados de esa investigación y sus eventuales sanciones económicas, la cotización de las acciones del grupo se hundió al poco tiempo de difundirse la noticia, cayeron las ventas, tuvieron que adoptarse medidas técnicas para la modificación de los motores afectados y se dejaron de comercializar determinados tipos de motores diésel en algunos mercados. La rapidez con que se desencadenaron tales consecuencias excede la velocidad y efectos de las sanciones tradicionales.

A causa de todo lo anterior, una práctica que dice mucho sobre la sostenibilidad de las organizaciones es su capacidad de prevenir los daños por el incumplimiento de las normas, tanto de las impuestas obligatoriamente como aquéllas asumidas de manera voluntaria. De ahí que bastantes recomendaciones de *soft law* vengán haciendo énfasis en ello. El primer estándar global sobre *compliance*, la reciente Norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS) en cuya elaboración tuve el honor de participar, fija directrices para disponer de modelos de gestión que faciliten el cumplimiento tanto de las obligaciones exigibles (*requirements*) como de las asumidas voluntariamente (*commitments*).

Es cierto que algunas buenas prácticas comienzan señaladas en la *soft law* y terminan incorporadas en

el Derecho Positivo, siendo un potente vector a tales efectos el Derecho Penal. En este sentido, no es en absoluto excepcional que normas penales proyecten obligaciones de *compliance* sobre las personas jurídicas, a fin de prevenir conductas con potencialidad criminal en su seno. En este sentido, el camino que ha iniciado México en materia de prevención penal en las empresas es análogo al que han seguido antes otras jurisdicciones y el que se espera en cualquier sociedad madura.

Habiendo llegado el *compliance* para quedarse como factor clave para la sostenibilidad empresarial, me producen gran satisfacción los libros de calidad que contribuyen a su correcto entendimiento y difusión. Con mayor motivo cuando se trata de obras científicas que encuadran a la perfección el *compliance* en el contexto actual, como la de Salvador Cárdenas y Carlos Requena, muy apropiada a las novedades legislativas tan significativas que se han producido en México y que abren las puertas al *compliance penal*. Es un privilegio presentar *Compliance legal de la empresa. Una tendencia regulatoria mundial* no sólo por la profundidad con que aborda sus contenidos, sino también porque está llamado a ser un texto referente en una materia tan crítica para quienes desean desarrollar negocios de manera respetuosa con las normas y los estándares éticos.

Alain Casanovas

Socio de KPMG Abogados

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Introducción.

INTRODUCCIÓN

A nadie resulta extraño que nos refiramos a las empresas y a las organizaciones como *personas jurídicas*. Así se ha entendido desde hace siglos y así han funcionado los colectivos humanos creados para realizar actividades específicas como la producción de bienes y servicios.

Sin que pretendamos ofrecer aquí una explicación histórica sobre el desarrollo de este tipo de “personas”, señalaremos que, desde tiempos remotos, los juristas crearon la figura de la persona jurídica (también denominada persona moral o persona ficta) como una ficción que resultaba útil para facilitar el intercambio de bienes y servicios, pues contando ya con un esquema funcional y efectivo para atribuir derechos y obligaciones a las personas físicas, es decir, a los individuos particulares, lo más práctico era tratar a los entes colectivos *como si se tratara de entes singulares*, aunque, claro está, con algunas excepciones y matices.

Fue así como se asimiló el estatus jurídico (conjunto de derechos y obligaciones que rigen el intercambio humano) de las personas singulares o personas físicas al de las personas artificiales o jurídicas, salvo en algunos aspectos en los que por las peculiaridades de cada una se consideró imposible establecer tal paralelo. Tal es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad penal: ¿cómo se podría acusar a una persona jurídica o moral, formada por un conjunto de individuos, de la comisión de un delito si éste requiere para su realización de la intervención de la inteligencia y la voluntad, que son cualidades exclusivas de las personas?

Debido a esa enorme diferencia, desde hace siglos se ha considerado que las personas jurídicas no pueden cometer delitos; en todo caso podrían ser responsables administrativa o civilmente, pero no penalmente.

Sin embargo, la realidad actual nos ofrece un panorama distinto: en algunos países del mundo se han aprobado leyes que prevén la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas, política que se ha constituido en una de las megatendencias regulatorias que han llegado a México con la reciente aprobación a la legislación penal federal.

Se trata de una transformación de gran calado que alterará el esquema en el que hemos actuado desde hace siglos. Nos referimos a la doctrina según la cual las personas físicas son las únicas capaces de delinquir, pues las personas morales o jurídicas, como las asociaciones, organizaciones, empresas e instituciones, carecen –entre otras facultades– de la capacidad de discernir por sí mismas y de la voluntariedad que se requiere para decidir, cuestiones éstas que son indispensables para considerar a una persona penalmente imputable.

No obstante, hoy en día, ante el aumento de la complejidad en las relaciones económicas y comerciales, así como la aparición de nuevos riesgos y el despliegue de una actividad criminal en y desde la empresa, se ha ido produciendo una expansión del Derecho Penal, es decir, aumenta el número de leyes que penalizan actividades de la más diversa índole, incluyendo por supuesto las empresariales.

El fin de esta expansión en el ámbito empresarial parece claro: prevenir la actividad del crimen organizado que en ocasiones se esconde tras una firma o una empresa. A pesar de que ése es el fin primordial, surgen ante nosotros muchas preguntas y dudas que no es fácil responder. Para empezar, ¿qué conductas criminalizar y en qué medida hacerlo? ¿Es posible elaborar un catálogo de delitos de las organizaciones?

Estos temas nos sitúan en el espinoso terreno de lo que en las Ciencias Penales se denomina “bien jurídico tutelado”, es decir, la razón o conjunto de razones que podrían justificar (legitimar) la intervención del Derecho Penal en una actividad determinada, pues sabemos que la simple prevención del crimen no es

un bien jurídico tutelado sino una causa de la penalización. Además, tratándose de la empresa, es evidente que el bien jurídico que se protege debe incluir todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos o, en general, como *ratio legis* o motivo de la criminalización (Martínez Buján, 2014, 295).

Cabe afirmar que el bien jurídico que el Derecho Penal protege no es un *bien* en abstracto o una categoría moral de la sociedad, pues en tal caso sería fácil determinar el contenido del Derecho Penal de la empresa o Derecho Penal Económico (como se le denomina en el ámbito académico). Diríamos que constituye un medio de defensa de la economía nacional, de la transparencia y rendición de cuentas en las actividades de las personas morales o jurídicas.

Pero, como veremos en las páginas siguientes, la cuestión es un poco más compleja. Las recientes reformas en las que se establece a nivel federal la responsabilidad penal de las personas morales, cuyo objeto es que las personas jurídicas sean penalmente imputables, deberán pasar por el tamiz de toda norma penal, esto es, contar con un esquema claro de los bienes jurídicos que dichas reformas protegen.

A este respecto, lo primero que hemos de señalar es que para que un *bien jurídico*, es decir, un interés concreto, valor o cosa, individual o colectivo que está protegido por las leyes penales, pueda considerarse como fundamento de la intervención del Derecho Penal en las actividades humanas, es necesario que se apoye en tres principios básicos:

1. Legalidad.
2. Intervención mínima (del Derecho Penal).
3. Proporcionalidad.

Respecto al primer principio, cabe señalar que las reformas a la legislación penal federal que sancionan conductas constitutivas de delitos específicos para la empresa deben ser acordes con el marco normativo vigente en el Estado mexicano, en primer lugar, con la Constitución General de la República. De tal manera que no es suficiente con que las reformas aprobadas por el Congreso en junio de 2016 contemplen un catálogo de delitos basado en ideales éticos o en exigencias de racionalidad procesal, sino que, además, deben determinar el bien jurídico que se pretende tutelar y éste debe girar en torno a la legalidad establecida y a los principios que rigen su interpretación y aplicación.

Por lo que hace al principio de proporcionalidad, se abren ante nosotros muchas interrogantes. La primera de ellas es si se ha seguido o no el principio de mínima intervención del Derecho Penal pues, como es sabido, se trata de una rama del Derecho que debe figurar como recurso extremo (*ultima ratio*) y no como el cauce normal para la resolución de conflictos o para la sanción de transgresiones normativas. En otros términos, es necesario estudiar en la práctica si el régimen coactivo que se impone a las empresas y a las organizaciones en general, específicamente el que se refiere a la criminalización de éstas, atiende al carácter subsidiario del Derecho Penal. De lo contrario se corre el peligro de criminalizar situaciones que pueden ser resueltas por las vías civil, mercantil o administrativa.

Aunado a ello, hemos de decir que el bien jurídico que proteja la norma en la que se determine la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha de regir por el principio de proporcionalidad, lo cual, en nuestro caso, conlleva que el catálogo de delitos aprobado en las recientes reformas sea conforme a la lógica normativa del Código Penal Federal y del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero también a las exigencias económicas y sociales del país.

Estas exigencias, que podríamos llamar de contexto a la reforma legal en materia penal federal, nos llevaron a escribir el libro que el lector tiene en sus manos, en el que trataremos de abrir el espectro de interpretación del fenómeno, no quedándonos únicamente en el análisis lógico consecuencialista de la norma ni en una exposición de antecedentes, sino tratando de discernir cuál o cuáles podrían ser considerados los bienes jurídicos que la norma penal protege.

Para ello recurrimos al análisis jurídico, pero también al de la prospectiva en materia regulatoria, es decir, al enfoque que nos permite contextualizar una reforma legal, atendiendo a las circunstancias, tanto en el nivel nacional como en el supranacional.

Ésa es la razón por la que el planteamiento del problema que orientó la presente investigación, nos situó en campos de análisis más amplios que el del Derecho Penal. Asumimos que el tema obedecía a una tendencia mundial anticorrupción, y ésta es la razón político-criminal de las propuestas de reforma que se discutieron en el Congreso de la Unión en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero paulatinamente fuimos develando el oscuro fondo y un tema nos llevaba a otro, hasta llegar así al de las transformaciones del criterio regulador en el mundo actual, es decir, al de los cambios de fondo en el orden mundial.

En ese ensanchamiento de horizontes radica la originalidad de este libro, en el que el lector podrá encontrar una posible explicación de las tendencias dominantes en materia de responsabilidad penal de la empresa o *compliance penal*.

Si tuviéramos que resumir en una expresión el mar de tendencias regulatorias que se observan en la actualidad, sería sin duda *cultura compliance*.

Pero es probable que el lector se pregunte por qué empleamos la palabra inglesa *compliance* pudiendo usar una equivalente en lengua castellana e incluso aportar un neologismo que la enriquezca.

La respuesta es: por una sencilla razón, porque esa palabra se traduce literalmente como *cumplimiento* y significa acatar una disposición y ejecutarla en los términos que indique el superior jerárquico o quien tenga la autoridad dentro de una relación de supra y subordinación. Pero en el contexto de la teoría de las organizaciones e incluso en el mundo del Derecho, alude a una forma de organización compleja y no sólo al acto aislado de *cumplir*; abarca realidades dispares, que van desde actos regulatorios, de control y seguimiento de personas, data, información y procesos hasta formas de comunicación interna y desarrollo de esquemas de prevención de riesgos.

El *compliance* es una parte fundamental del gobierno corporativo (Requena, 2014); consiste en mantener al día el conjunto de directrices, reglas y principios que rigen la organización y vigilar que la dirección, sus consejos de administración, sus accionistas y las partes que intervienen en su actividad específica se ajusten a ellos. Además, es un sistema de información que se retroalimenta constantemente con la finalidad de detectar posibles vacíos reglamentarios que impliquen un riesgo para la organización. Siendo un tema de tan amplio espectro y de tantas implicaciones en la vida institucional de las organizaciones, es necesario acotar nuestro campo de análisis y observación limitándonos a exponer el *compliance* en su aspecto legal, deteniéndonos de modo particular en sus relaciones con el Derecho Penal.

El *compliance legal* tiene lugar en las organizaciones de maneras distintas: en algunos casos se cuenta con un área especializada o, en otros, se distribuyen las funciones entre las áreas de auditoría, legal, contabilidad y finanzas, etcétera. Aun cuando por las razones que se expondrán en los siguientes Capítulos, lo óptimo es contar no sólo con un área especializada (*Compliance Officer*), sino además con un sistema que permita al gobierno corporativo mantener el debido control sobre el cumplimiento de las reglas, especialmente de las que rigen las áreas que representen mayores riesgos de responsabilidad civil, mercantil, fiscal y/o penal.

Para abordar tema tan complejo, iniciamos nuestro trabajo de investigación tratando de reunir los elementos necesarios para llevar a cabo un recuento de las transformaciones que se han dado en los últimos 25 años, a fin de situarnos en el momento actual con una perspectiva de temporalidad más amplia. Evitamos en lo posible caer en el garlito de formular un elenco de *antecedentes* como los que suelen aparecer en la mayor parte de los libros de ensayo y que los autores se sienten obligados a incluir en un primer Capítulo aun cuando saben que lo más probable es que el lector pase de largo y dé el brinco al tema que le preocupa e interesa.

De tal manera que cuando en este libro se hace una narración de los hechos acontecidos en el periodo de análisis (1945-2016), no se tiene la finalidad de *historiar el tema* o hacer una crónica de él, sino de dimensionarlo en un contexto más amplio con el ánimo de comprender sus diversas aristas e incluso de contar con los elementos necesarios para aproximarnos a lo que en el ámbito de la prospectiva se denomina *megatendencias*, las cuales se detectan comparando lo ocurrido en una o dos décadas anteriores y las circunstancias actuales.

Nuestro punto de partida para abordar el *compliance* desde tal perspectiva, es el análisis de una tensión dialéctica entre dos formas de organización: el Estado (*Estado moderno, Estado-Nación*), a quien desde el siglo XIX se le atribuye el *poder soberano de dar y derogar leyes y de ejercer el monopolio legítimo de la violencia* (preventivo y represivo), y la empresa, que es el modelo principal de una *organización* y la que de alguna manera ha marcado la pauta para muchas otras organizaciones, tanto por lo que se refiere a la estructura de funcionamiento como a su configuración jurídica.

Dicha tensión entre el Estado y la empresa ha asumido diversas formas a lo largo de la historia: en ocasiones se ha logrado el equilibrio gracias al acuerdo entre ambas organizaciones; en otras, se ha producido la ruptura derivada de la defensa que cada cual hace de sus intereses. Pero lo cierto es que la

tendencia dominante en el siglo XX fue reducir los márgenes de autonomía y autogobierno empresarial, es decir, de sus facultades de autorregulación, recurriendo para ello a diversos medios que van desde la expropiación en aras del interés público hasta la cooptación gubernamental o su gravación desmedida.

A este dominio del Estado contribuyó en gran medida el marco general de relaciones interestatales que creó la guerra fría, de 1945 a 1989. Periodo protagonizado, como es bien sabido, por dos grandes bloques formados por Estados fuertes, basados en ideologías que en no pocas ocasiones exigían sacrificar el bienestar por la política y que al final se mostraron insolventes para mantener ese estatus.

Podríamos decir que ese debilitamiento del Estado y el consecuente resurgimiento de la fuerza de las organizaciones se pueden datar con cierta precisión: 9 de noviembre de 1989. Día en que tuvo lugar la caída del muro de Berlín, que no es sino el símbolo de un suceso que cimbró al planeta: el desmoronamiento de un sistema bipolar que por más de 50 años mantuvo la amenaza de una tercera guerra mundial.

A partir de entonces quedó de manifiesto que el Estado moderno no es un ser atemporal, invencible e ilimitado y que el principio de soberanía o suma potestad legislativa y gubernamental es relativo, es decir, no es un dogma inamovible sino un principio de orden y equilibrio, que permite a gobiernos y autoridades ser garantes del orden que produce y reproduce la propia sociedad.

Junto a esa suerte de realismo estatal, vino otra forma de realismo más cercana al pragmatismo que a la realidad: la globalización, que, desde la perspectiva que aquí nos interesa, puede definirse como un fenómeno regulatorio y gubernamental de carácter supranacional basado en criterios derivados de la *praxis* capitalista de mercado.

A partir de la década de los noventa del siglo pasado, la empresa se situó en la línea de equilibrio entre el Estado y las instancias reguladoras supranacionales, y ha debido tomar partido por aquel que le permita optimizar recursos y obtener mayores ganancias. Evidentemente nos referimos a las instancias del mercado internacional y global, lo cual ha abierto más la brecha entre las organizaciones y el Estado y sus múltiples realidades (conglomerados sociales, ecosistemas, pobreza, inseguridad y un largo etcétera).

Como respuesta a la crisis que generó esa brecha se han desarrollado algunos proyectos de ajuste regulatorio no sólo en el ámbito supranacional o global sino también en el nacional. Entre otras cuestiones, se busca que la empresa deje de ser un ente que vive del entorno para convertirse en un componente de él (*shared value*).

Ello es consecuencia, esencialmente, de la incapacidad que ha demostrado el Estado-Nación para resolver la ingente problemática interna y externa por sus propios medios. El Estado debe contar ahora necesariamente con las organizaciones para llevar a cabo sus funciones de gobierno. En ese sentido se habla hoy de *corresponsabilidad* o sistema de cooperación.

Aun cuando algunos defensores del esquema anterior (de la economía de mercado de corte individualista) sostienen que el actual modelo de cooperación tiende a desvirtuar la naturaleza de la organización, pues el Estado le encomienda tareas de carácter político para las que no está preparada y para las que en última instancia no fue creada, lo cierto es que algunos analistas contemporáneos, tanto economistas como expertos en políticas regulatorias, han señalado, con toda razón, que con esas medidas de poder compartido se consigue no sólo un esquema de relaciones más justas, sino también más rentables.

Se trata de que las organizaciones asuman la parte del gobierno que conforme a su naturaleza y fines les corresponda. Esto no ha de confundirse con un escarmiento por su desinterés del entorno ni tampoco como cargas adicionales para aumentar el peso de las obligaciones con las que tienen que lidiar cotidianamente (cargas fiscales, trabas a la inversión, aspectos regulatorios, mayores controles y puniciones, etcétera), sino que debe verse como la respuesta a nuevas estructuras de organización basadas en modelos a escala humana, es decir, vinculados a la realidad funcional de los grupos que integran la sociedad en el actual contexto global.

En ese marco han cobrado mayor relevancia en los últimos años las áreas de auditoría y control interno de las empresas cuya finalidad es doble: por una parte, se encargan de diseñar y establecer programas de cumplimiento normativo y de protocolos laboral y preventivo, es decir, el sistema *Governance Risk y Compliance Management* y, por otra, con base en esos programas de carácter esencialmente preventivo, ejercen un mejor control vigilando y auditando personas, data o información, procesos y sistemas. Control que, como se verá más adelante, se convierte en evidencia o medios de prueba para la defensa de la empresa en el caso de que se vea involucrada en una investigación o procedimiento penal.

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Capítulo I. MEGATENDENCIAS REGULATORIAS

CAPÍTULO I

MEGATENDENCIAS REGULATORIAS

Contexto de la nueva era *compliance*

1945-1989

- Guerra fría y confrontación ideológica
- Estado regulador: rectoría económica y Plan Nacional de Desarrollo

1989-2007

- Caída del muro de Berlín
- Desregulación estatal y auge del modelo *soft regulation* (Derecho global)

2007-2008

- Crisis económica de los Estados Unidos
- Crisis del modelo regulador de la globalización

2008-2015

- Crisis económica en la Unión Europea
- Proceso de corrección de las políticas regulatorias a nivel mundial

2015

- Era del *compliance* o *autorregulación regulada*
- Nuevos enfoques en el Derecho Penal Económico

Tras poco más de dos décadas de globalización, el mundo ha entrado en una pendiente de crisis que hace imposible continuar viviendo bajo el mismo esquema regulatorio. ¿Cómo pudo haber sucedido esto de manera tan vertiginosa? Hagamos un poco de memoria.

A muchos de nosotros nos tocó presenciar a finales de la década de los ochenta del siglo pasado y a lo largo de la siguiente, el colapso del sistema soviético y el consecuente desmantelamiento de un sistema de tensión bipolar entre las dos grandes potencias que se habían disputado el dominio geopolítico mundial por más de 40 años.

Fue aquélla una década de profundas transformaciones a la que le siguió un breve periodo de paz (finales de los noventa e inicio del nuevo milenio) en el cual era de esperarse que la tensión ideológica de la guerra fría dejara el paso a una *praxis* de mercado ajena a cosmovisiones y a ideologías políticas. Ello dio lugar a la difusión de una idea que se simbolizó en el muro de Berlín.

En efecto, la caída de ese muro parecía abrir expectativas de un cambio profundo de la civilización mundial; muchos quisieron o creyeron ver en aquel suceso la expresión de una nueva *era* de progreso en la historia universal: el *paso histórico* de la barbarie ideológico-militar de la guerra fría a la civilización global basada en el desarrollo de una sociedad del conocimiento o, dicho en otros términos, el paso a una era tecnológica en la que el conocimiento científico de la sociedad y sobre todo del mercado dotarían de contenido a las nuevas políticas regulatorias.

Fue así como se abrió paso un *pragmatismo* regulatorio basado en las leyes económicas de la oferta y la demanda o en las necesidades del mercado. Todo parecía indicar que había triunfado el fenómeno conocido como *tecnocracia*, entendiendo por tal aquella forma de gobierno del Estado y en general de las organizaciones, que hace a un lado consideraciones de tipo ideológico, moral o filosófico para atenerse a la dinámica intrínseca del capitalismo, de tal modo que las reglas que se producen como consecuencia de la *praxis* del mercado se transforman en sistemas normativos, regulatorios.

Si nos remontamos en el tiempo, podemos señalar el inicio de esta nueva etapa regulatoria en la caída del muro de Berlín, ocurrida en noviembre de 1989. Por supuesto que tomamos esa fecha, como dice Karl Jaspers, como *tiempo eje*, pues no es ni ese fenómeno ni el de la transformación llevada a cabo por Mijail Gorbachov o las negociaciones de Ronald Reagan y Helmut Kohl sobre la reunificación alemana, lo que dio lugar a un cambio tan profundo como el que se operó ese año y los que le siguieron. Son esos hechos y muchos otros más los que constituyen la trama compleja que termina por echar por la borda el sistema estatista cerrado en el que hasta entonces habíamos vivido.

Las ideologías, entendidas como sistemas de propaganda política y de disciplina social, dominaron el mundo durante la guerra fría de 1945 a 1989. El criterio político tuvo así un dominio sobre el social, el económico y cualquier otro que no fuera el proveniente de un discurso en el que se legitimaban las acciones del Estado y, por supuesto, todo proceso regulatorio que lo tuviera como origen.

Ese esquema fue posible porque los Estados contaban con los recursos económicos para mantener los ejércitos y las grandes burocracias que se requerían para dar vida a esquemas regulatorios que auspiciaban no sólo el gasto social sino también el dispendio a costa de las arcas públicas.

Casi sobra decir que la mayor parte de esos sistemas favorecieron el uso y abuso del erario, dando lugar a fenómenos de corrupción que llegaron a niveles nunca antes vistos. Eso no ocurrió sólo en la Unión Soviética sino en la mayor parte de los países en los que, so pretexto de dar cauce a las ideologías populistas de protección a los más necesitados, se dilapidaban los fondos públicos de tal manera que los llevaron a la quiebra.

Efectivamente, cuando esa fuente de recursos públicos se agotó y produjo una crisis que hacía imposible sostener el sistema del Estado, el modelo regulatorio no pudo mantenerse en pie, lo que dio lugar a las primeras reformas que *abrían* la posibilidad de que el Estado compartiera algunos ámbitos de regulación, reconociendo ciertas facultades de autorregulación en el interior del territorio que antes habían sido de su exclusiva competencia.

A estos hechos habría que añadir el aceleramiento de una revolución tecnocientífica marcada por la informática y las telecomunicaciones, lo que produjo un esquema de flujo de información sin precedentes, y con ello un aumento de la capacidad decisoria de los diversos actores sociales. Esto fue visto como un punto de inflexión histórica y cultural, al grado de llegar a hablarse de *revolución microelectrónica*, pues vino a trastocar no sólo los mecanismos de información y decisión, sino la manera de entender y concebir el trabajo, la producción y los cursos del capital. Todo lo cual, como veremos en seguida, dio origen a una nueva forma de entender la regulación.

En efecto, en ese ambiente de profundos cambios culturales en el plano mundial, se produce el giro de los esquemas regulatorios imperantes hasta ese momento (en los que dominaban el Estado y sus instituciones),

dando lugar a una nueva ordenación planetaria llamada *globalización*.

Los primeros 10 años después del desmantelamiento de la entonces URSS y del simbólico suceso del muro de Berlín, vieron surgir un capitalismo aparentemente floreciente y triunfante defendido especialmente por el gobierno de los Estados Unidos de América (EUA) y por las *metaorganizaciones* reguladoras como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

Una de las manifestaciones más llamativas de esos cambios, fue la recuperación de fuerza y liderazgo que experimentó la empresa en la conformación del orden económico y social debido a la práctica reiterada de la *privatización*. Tendencia que se observó en todo el mundo, incluyendo aquellos países que aún no habían consumado su etapa de industrialización. En la mayoría de los países se privatizaron (por vías no siempre claras ni proporcionadas) la electricidad, la telefonía, el cuidado de parques y jardines, la construcción de obra pública y muchos otros servicios.

Igualmente, fue aquél un periodo en el cual muchos países –México incluido– llegaron a pensar que habían cruzado la etapa del subdesarrollo e incluso la de industrialización y urbanización, colocándose junto a las grandes potencias comerciales. Todo parecía ser posible en aquel mundo de creciente privatización, desincorporación y, por supuesto, desregulación y adelgazamiento del Estado. Lo cual dio lugar al desarrollo de un pensamiento utópico que creyó ver el triunfo planetario de la *praxis* de mercado gobernada por una nueva aristocracia financiera.

Incluso hubo quienes llegaron a ver en aquel suceso la expresión de una transformación mundial más profunda, caracterizada por lo que Max Weber llama *desencantamiento del mundo*, es decir, el paso de una etapa que había estado dominada por ideologías, imágenes, símbolos, creencias y cosmovisiones un tanto fantasiosas con las que la humanidad representaba el orden del mundo (especialmente el comunismo y el capitalismo), a una de madurez en la que, abandonando las posiciones derivadas de esas actitudes propias de la humanidad en su infancia o incluso en su estado primigenio de barbarie, se asumió un criterio racional más práctico y funcional.

A ello se refería, por ejemplo, Francis Fukuyama, que había sido funcionario del gobierno del primer presidente Bush, cuando escribió uno de los libros más leídos por aquel entonces: *The end of History and the Last Men* (1992) en el que, como profeta de la globalización, señalaba el paso de una época oscura dominada por la dialéctica ideológica a una era de *praxis* ciega regida por reglas derivadas del cálculo estratégico del mercado.

Para él, estábamos entrando en una nueva *era*, a la que denominó *posthistórica*, es decir, una época en que superando las disputas por las grandes concepciones del mundo (dialéctica por la interpretación del mundo y de la historia) el ser humano optaba por dedicar su vida a la edificación de un mundo cuya calidad de vida material fuera la prioridad. Éstas son sus palabras:

El mundo está dividido entre una parte posthistórica y una parte todavía aferrada a la historia. En el mundo posthistórico, el eje principal de interacción entre los Estados será económico (...) Por otro lado, el mundo histórico estará todavía fisurado por una diversidad de conflictos religiosos, nacionales e ideológicos, dependiendo del grado de desarrollo de cada país, un mundo en el cual seguirán aplicándole las viejas reglas de la política de poder.

Teoría que se inspiró en las ideas de Alexander Kojève, quien años atrás había dicho que en la dialéctica de contrarios producida por las grandes ideologías, llegaría un momento en que acabaría el debate por las concepciones y creencias sobre el significado de ideas trascendentes para dar pie al surgimiento de una civilización más racional y más práctica:

El término de la historia se ha alcanzado con la llegada del Estado políticamente universal y socialmente homogéneo, es decir de una sociedad sin clases, en la que, desaparecida cualquier clase de conflicto, ya no tienen razón de ser, ni el pensamiento original, ni las grandes pasiones y la existencia queda reducida a su dimensión lúdica.

Esa “dimensión lúdica” de la que hablaba el filósofo ruso fue interpretada de manera frívola por Fukuyama y por muchos otros teóricos del liberalismo contemporáneo, quienes la explicaron como si se tratase de la liberación del *pathos* político que producía la amenaza de una tercera guerra mundial (siempre presente en el discurso y en la política de la guerra fría, hasta 1989).

Quienes así pensaban creyeron ver el advenimiento de una época en que la humanidad dejaría las armas y la violencia y las sustituiría por la negociación, el comercio y el juego del mercado. A eso se refiere Kojève cuando dice que la existencia quedaría reducida a su “dimensión lúdica”.

La nueva era de paz se llamó *globalización* y aunque parecía que había llegado para instalarse con carácter definitivo, su etapa de auge fue precaria, pues dio inicio en aquel año de 1989 y se puede decir que entró en decadencia con el atentado de las Torres Gemelas en 2001, y recibió un tiro casi mortal en la crisis financiera de 2007-2008.

Como consecuencia de ese triunfalismo se impuso un nuevo esquema regulatorio basado en el libre juego de la oferta y la demanda, lo cual dio lugar al desarrollo de la *economía global*, cuyo punto de partida no era otro sino el viejo esquema de Adam Smith, favorecedor de un libre mercado basado en la idea o mito del equilibrio natural (o la mano invisible).

Fue así como surgió por entonces un nuevo liberalismo, llamado genéricamente *neoliberalismo*, que en realidad constituye un campo de libertades que requiere ser allanado por la guillotina de la desregulación del Estado.

La construcción de ese campo estratégico se proyectó en la actividad regulatoria mundial, que a partir de entonces habría de basarse en los criterios de universalidad o supranacionalidad y tecnicidad del mercado, opuestos desde su inicio a los criterios de nación, comunidad, tierra, particularismo, etcétera.

El auge de esta visión pragmática de la dinámica mundial se sitúa en el lapso que va de la caída del muro de Berlín, ocurrida en 1989, a la crisis de Wall Street de 2007-2008. Periodo en el cual muchos creyeron ver la derrota definitiva de las ideologías y el *fin de la historia*, o al menos de la historia como había sido entendida hasta ese momento, regida por la oposición radical y excluyente de las grandes visiones del mundo. Lo que parecía avecinarse era una etapa de *praxis* sin complicaciones *inútiles*, sin disputas ideológicas o morales, era el triunfo planetario del capitalismo, protagonizado por los grandes inversionistas y las firmas comerciales más poderosas reunidas en foros y simposios para determinar las nuevas *reglas del juego*.

Fue en esa atmósfera triunfalista y hasta cierto punto *profética* donde adquirió carta de naturaleza la expresión *globalización*, que parecía significar una forma de universalización cultural nunca antes vista, pues descansaba sobre dos pilares fundamentales que de algún modo suplantaban el esquema básico del siglo XX: la desregulación estatal de las actividades económicas y, en consecuencia, el paso franco a los mercados y al capital internacional.

2. SOFT REGULATION O SOFT LAW DE LAS GRANDES ORGANIZACIONES

Derivado de las transformaciones producidas por la globalización, las fuerzas centrípetas de los grandes mercados fueron reduciendo de manera cada vez más notable el ámbito regulatorio estatal, trayendo a la vez y como consecuencia el fenómeno que algunos autores de esa época llamaron *pluricentrismo jurídico* (traducción que hacemos del *polycentric law*), entendiéndolo por tal, la tendencia disipativa de la creación del Derecho, pues el Estado debió compartir sus facultades regulatorias tanto al interior (comunidades étnicas, regiones económicas y hasta comunidades de vecinos, etcétera) como en el ámbito extraestatal, de manera particular con las grandes organizaciones reguladoras del mercado mundial (Bell, 1998).

Proliferaron así *otras legalidades* (Sassen, 2012, 70) que no necesariamente se compaginaban con la normativa del Estado e incluso en ocasiones se contraponían de modo directo. Entre ellas queremos destacar la regulación suave, o como se le conoce en el ámbito del Derecho supranacional, *soft regulation* o *soft law*, proveniente de las metaorganizaciones como el FMI, el BM y el Foro de Davos (Ahme y Brunsson, 2005). Este tipo de regulación ha ido desplazando a la legislación del Estado (*hard law*) por medio de reglas, opiniones, declaraciones, resoluciones de organismos internacionales, guías, códigos de conducta, protocolos de homologación, pautas, y muchas otras formas en las que se manifiestan los procesos regulatorios (Sisson y Marginson, s.e.).

En una resolución o tesis aislada de los Tribunales Federales de México, publicada en la *Gaceta*, se leen estas definiciones del tipo de regulación al cual nos referimos.

“SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. De conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como “soft law” –en inglés–, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “hard law” o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos.

Sin que ello implique desconocer la observancia prioritaria del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual la protección internacional de los Derechos

Humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo en su defecto, debe acudir a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del país en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los Derechos Fundamentales.¹

Aun cuando se trata de un criterio judicial no vinculante para todas las autoridades en México, al establecer estándares de productividad y calidad del trabajo, lo cierto es que generalmente termina por imponerse ya sea como criterio regulador o por vía de hecho como la regulación que en materia de plazos, procesos, producción y administración imponen las organizaciones (Sethi, 2011).

Tal es, por ejemplo, la regulación producida en la Organización Internacional de Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés) o el Comité Europeo de Normalización (CEN). Y en el mismo sentido podemos mencionar las reglas fijadas en los tratados internacionales de libre comercio o en el seno de organizaciones supranacionales de regulación como el BM, el FMI, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Destacan por supuesto las reuniones del Foro Económico Mundial también llamado Foro de Davos, fundado por Klaus Schwab, que se reúne anualmente para establecer parámetros de medición y evaluación de la actividad económica internacional y, como consecuencia, reglas para la mejora estructural de los países miembros.² En una palabra, un *soft law* que aparece como una suerte de dominio legal o, como dice Ulrich Beck, un dominio translegal.

En efecto, tal como lo señala Beck, el *soft law* podría considerarse como un dominio *translegal* o como un dominio *a-legal*, *a-legítimo*, si por ello se entiende este estatuto híbrido que no es ilegal pero tampoco legal propiamente, no es ilegítimo pero tampoco se puede señalar como ilegítimo. *El metapoder del capital puede despejarse – sin infringir formalmente la ley y sin el asentimiento de parlamentos, cámaras legislativas y gobiernos – gracias a la posibilidad que nos dan las nuevas tecnologías de la información de acortar el tiempo y las distancias. Esas reglas producidas por el metapoder, dice Beck, tienen su origen en lo que David Harver llama “aniquilación del espacio por el tiempo”* (Beck, 2004, 118).

Para ilustrar esta idea, Beck recurre al lenguaje metafórico señalando que mientras *los Estados tienen raíces, los inversores tienen alas*. Lo cual significa que mientras el Estado debe atender múltiples factores relacionados con un mundo complejo formado por costumbres, usos, ideologías, cuestiones geopolíticas, geográficas, hidrológicas y de propiedad de la tierra, la regulación de las grandes empresas transnacionales o de las organizaciones mundiales, ya volaron por encima de todos esos problemas que el propio Estado ignora o deja de lado.

Beck señala en este mismo sentido que el *dominio translegal* no se refiere a que quien lo ejerce se coloque por encima de la ley como ocurría en los antiguos imperios, cuya legislación no respetaba fronteras. Se trata más bien de una combinación de características, entre las cuales destaca la que él denomina *translegalidad*, entendiendo por tal el fenómeno regulatorio que produce un *metapoder transnacional*, siempre que utilice sistemáticamente *las ventajas de la cooperación y los escondrijos que ofrecen los diversos órdenes legales nacionales para desplegar el poder económico mundial* (Beck, 2004, 118).

Además, de acuerdo con este autor, *translegal* se refiere al *poder que funda derecho*. Eso significa que en el proceso regulatorio generado en las organizaciones que tienen metapoder económico, se da una suerte de desplazamiento de los poderes locales (estatales) debido a que éstos no cuentan con la velocidad, capacidad y rapidez de aquél para resolver los problemas que se suscitan de modo vertiginoso. Por tanto –dice Beck– los consorcios crean su propio Derecho, tanto por lo que se refiere a estándares técnicos, estándares comerciales, como a estándares laborales, derecho contractual, arbitrajes internacionales, etcétera.

Poder translegal, según el autor alemán, también significa *la atribución cuasi estatal*, de la cual se deriva una consecuencia básica: las empresas transnacionales en tanto que son cuasi Estados, también tienen que tomar decisiones cuasi políticas. Como ejemplo, cita el caso de la técnica genética, la cual plantea en muchas ocasiones problemas de competencia regulatoria, jurisdiccional y hasta de carácter ecológico y ético. Especialmente cuando se llevan a cabo manipulaciones con material genético de animales e incluso de seres humanos. Si bien se suscitan fuertes polémicas en el ámbito de los Estados y naciones, lo cierto es que éstos terminan por ser ignorados, ya que las empresas o las organizaciones internacionales toman decisiones en la materia sin consideración alguna de su parecer.

El problema es que habiendo actuado de esa manera en el ámbito científico o en el de investigación, es fácil dar el paso hacia otras formas de regulación. Específicamente, hacia la regulación política, lo cual produce serios problemas, ya que en ese terreno se requiere contar con la legitimación democrática, y al no tenerla, termina por imponerse arbitrariamente.

Hay un terreno en el cual la diferencia de velocidades entre las organizaciones y el Estado puede derivar en una catástrofe de los sistemas económicos. Nos referimos –siguiendo a Beck– a la *innovación*. Translegal –dice

este autor- es el metapoder de la innovación, o sea la intervención sistemática en las condiciones y posibilidades institucionales y cognitivas de producción de lo nuevo, lo novedoso, lo cual conlleva el hacerse con el poder sobre la *ciencia como fuerza de producción e innovación*. Y es un hecho que las organizaciones de la economía mundial han conseguido poner a su servicio este *monopolio social de novedades técnicas* (Beck, 2004, 119).

Así pues, en sentido estricto, las reglas suaves o *soft law* no son “leyes” ni “normas jurídicas”. Al menos no lo son en su origen, pues no las crean el Estado ni el poder legislativo, no cuentan con la fuerza coactiva con la que éste suele garantizar su cumplimiento. Es decir, por principio no son vinculantes pues para que las leyes tengan ese carácter se requiere de una estructura formal (institucional) que las organizaciones y asociaciones mundiales del comercio y las grandes empresas transnacionales no tienen. Sin embargo, producen un sinfín de *directrices* que en ocasiones terminan siendo más duras y severas (es decir, vinculantes) que las leyes formalmente producidas en el interior de los Estados. Lo cual sucede debido incluso a la coadyuvancia (o complicidad, según se le quiera ver) de los legisladores nacionales, quienes asumen como propias las *tendencias* internacionales en políticas regulatorias que en realidad no son sino las directrices y los estándares fijados o impuestos por las metaorganizaciones.

No le falta razón a Beck cuando señala a este respecto que esas metaorganizaciones, y especialmente las empresas transnacionales, terminan convirtiéndose en *cuasi Estados económicos privados* (Beck, 2004, 120), cuya producción regulatoria al final de cuentas se incorpora a la *hard regulation*, convirtiéndose en la práctica en Derecho vinculante, es decir, en leyes o normas jurídicas formales del Estado. Motivo por el cual las metaorganizaciones reguladoras del mercado, entre ellas las empresas transnacionales, requieren contar con una cualidad que antes no les era exigible, pero hoy sí: *la legitimidad*.

Constatamos así una vez más que, al ser el Derecho un instrumento para resolver problemas en el aquí y el ahora, el factor tiempo constituye uno de sus ejes funcionales básicos. De tal manera que si un sistema jurídico requiere de plazos prolongados para resolver los conflictos por insuficiencia regulatoria o por defecto procesal, es lógico que termine imponiéndose el sistema más eficaz, es decir, el que resuelva el problema en plazos razonables. Por ello en la actualidad un buen número de organizaciones y metaorganizaciones se han convertido, como dice Beck, en verdaderos *cuasi Estados*, cuya forma de legitimación podría definirse como autoritarismo de la eficacia o eficientismo, que es una forma de autolegitimación basada en *la racionalidad de los expertos, las tenencias y la autodeterminación de los gremios de ricos de la economía mundial* (Beck, 2004, 204).

The WORLD Economic Elite



"Copyright Disclaimer Under Section 107 of the Copyright Act 1976, allowance is made for "fair use" for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, and research. Fair use is a use permitted by copyright statute that might otherwise be infringing. Non-profit, educational or personal use tips the balance in favor of fair use."

Pero decir *cuasi Estados* no significa que suplan a la institución propia del Estado en todos los terrenos. En materia de regulación, la diferencia entre ambas realidades es marcada, especialmente si se tiene en cuenta que el Estado produce normalmente leyes o normas jurídicas que, por principio, son o deben ser para beneficio de la sociedad.

En cambio, las corporaciones producen un tipo de reglas de impacto mucho más reducido, pues no se ocupan de cuestiones delicadas que implican atención especial, como por ejemplo, la protección a grupos vulnerables o la preservación de valores sociales o comunitarios, y no por actos de crueldad o de indiferencia (aunque en ocasiones los hay) sino porque la función de *la regla* no es la misma que la de *la ley*. La regla es la medida de funcionamiento de un sistema parecido al mecánico. Así pues, no puede extrañarnos que, por principio, el *soft law* prescinda de una valoración basada en la comparación de beneficios potenciales de las organizaciones y los costos sociales que éstos puedan implicar. No al menos por principio o por su propia naturaleza. En todo caso, podría decirse que el *soft law*, tal como se entiende en la actualidad, debe ser sometido a un proceso correctivo que le permita *conectar* con el entorno y ser más humanitario. Piénsese, por ejemplo, en el impacto medioambiental que causa la actividad empresarial y que en ocasiones pasa por alto la regulación suave proveniente de procedimientos de carácter técnico o logístico.

Ello reviste una especial importancia, sobre todo si consideramos que este tipo de reglas se caracteriza, dicho en términos de Niklas Luhmann, por su *autorreferencialidad*, es decir, son reglas que forman un sistema incomunicado o clausurado, sin nexos con el entorno (*governance without government*), produciéndose así una normativa absolutamente artificial y postiza en el seno de las sociedades. Modelo éste –casi sobra decirlo– que, desde sus orígenes, estaba destinado a entrar en colisión con las sociedades humanas reales, que fueron siendo cada día más marginadas e ignoradas por las *metaorganizaciones* globales.

En efecto, antes de que concluyera la primera década del nuevo milenio, se notaron los efectos de haber impuesto esas reglas a las legislaciones nacionales de los Estados, siempre en menoscabo de aquellas realidades que fueran más allá de su propia dinámica, tales como las formas de vida comunitaria y regional, la biodiversidad o el ecosistema, sólo por mencionar algunas.

Como consecuencia de esa injerencia de las metaorganizaciones en la legislación del Estado y del daño que ha causado debido a la desigualdad de oportunidades para los diversos Estados, han ido tomando forma algunos

movimientos antiglobalización como el llamado Foro Social Mundial, iniciado en Porto Alegre, Brasil, y realizado sucesivamente en diversas ciudades de la India, Venezuela y algunos países de África, con la finalidad de intercambiar esquemas económicos diversos a los de la globalización y especialmente a los del Foro Económico de Davos, así como ofrecer planes alternativos de desarrollo económico, que no pasen por encima de la realidad circundante (*entorno*).

En el contexto del Foro Social Mundial se han desarrollado muchas otras organizaciones *antiglobalización* que luchan por reivindicar diversos aspectos del entorno que ha ignorado o incluso transgredido la política global de las metaorganizaciones. Aun cuando se trata de reivindicaciones muy diversas, como la pobreza, el hambre, la desigualdad o la deuda externa, es posible situarlas dentro de una tendencia (megatendencia) a la que podemos distinguir con la expresión *altermundialismo* (del latín *alter*, otro) que se ha empleado aludiendo a la máxima de los foros sociales: “*Otro mundo es posible*”.

Tanto los foros sociales como los movimientos antiglobalización han ido cobrando fuerza al definir lo que no quieren, pero también se han debilitado al no saber lo que quieren. Esto se debe a que se han convertido en espacios de múltiples reivindicaciones, que van desde la defensa de los populismos latinoamericanos hasta la de intereses de grupos anticolonialistas en África.

Sin embargo, para efectos de este trabajo es posible hallar una reivindicación en sentido propositivo que parece latir en la mayoría de los grupos altermundialistas. Nos referimos al reclamo de legitimidad democrática que se traduce en un rechazo frontal a la regulación suave (*soft regulation* o *soft law*) proveniente de las grandes organizaciones reguladoras del mercado y una propuesta de reencuentro de los Derechos nacionales con sus raíces sociales.

No obstante que la mayor parte de las reivindicaciones propuestas por el altermundialismo han ido teniendo cada vez mayor resonancia originando una serie de reformas profundas de la legislación en algunos países, hay otros defectos de la legislación suave (*soft regulation*) que paulatinamente se han revelado aun cuando no hayan sido señalados como causa de daños o riesgos a grandes sectores sociales.

Góram Ahme y Nils Brunson han señalado como otro de los graves problemas que ofrece el modelo *soft regulation* el de su profunda asistematicidad, pues no teniendo a la vista sino los equilibrios del mercado tienden a producir reglas carentes de estructura orgánica o de coherencia normativa. Incluso, algunas veces producen reglas contradictorias que ocasionan el aumento de la incertidumbre, el miedo social y la inseguridad jurídica. Entre las causas de estas situaciones, los autores en comento señalan las siguientes:

a) Los compromisos entre diferentes grupos de interés, que confluyen en los procesos de regulación de mercado.

b) La delegación confusa de autoridad a varios centros de control, por lo que dirimir una controversia pública puede resultar de un nivel de complejidad que se escapa a todo criterio de gobernabilidad.

c) Una tendencia a olvidar las decisiones pasadas, por lo que no hay conexión ni lógica alguna entre las diversas reglas que se producen en el interior de las *metaorganizaciones*.

d) Una necesidad de doble discurso, que lleva a producir reglas de conveniencia o incluso meramente

aparenciales, sin referente real.

e) Constituciones organizacionales ambiguas, que cambian sin un criterio de unificación regulatoria.

En definitiva, se trata de atolladeros que derivan de un sistema económico en el que la *mano invisible* resulta ser inexistente, no sólo en el ámbito económico sino incluso en el jurídico. Un sistema, en definitiva, en el que las sociedades quedan a la deriva de unas reglas elaboradas, no según criterios de justicia o de proporcionalidad sino, como lo ha señalado Kaushic Basu –conocedor profundo de su funcionamiento como vicepresidente que fue del BM– de acuerdo con el criterio consecuencialista. Eso significa que los procesos regulatorios se evalúan de acuerdo con sus consecuencias inmediatas, es decir, si la regla cumplió su fin específico teniendo las consecuencias que se esperaban en el terreno fáctico.

Por ello, aun cuando la regulación suave o *soft law* no es política sino técnica, pues deriva de las necesidades de estandarización y proporcionalidad en la producción y el intercambio mundial de bienes y servicios, y por ello tiene sus mecanismos de autorregulación (una especie de equilibrio interno del sistema regulatorio), lo cierto es que repercute en los sistemas económicos y en las políticas regulatorias de cada Estado. Motivo por el cual conviene que hagamos algunas distinciones que nos permitan sopesar el problema con mayores elementos de análisis.

En ese sentido, es posible distinguir dos tipos de regulación suave o *soft law* :

a) Por una parte, la que se produce en las metaorganizaciones que hemos mencionado como el BM, el FMI o la OCDE.

b) Por otra, aquella que es producto de la actividad regulatoria o autorregulatoria de cada empresa, en la cual se recogen las grandes tendencias de regulación global, pero con matices derivados de las políticas empresariales o de las exigencias culturales del lugar donde se producen esas reglas.

Con el objeto de contribuir al ajuste de ese sistema, tal como se ha puesto en práctica en las dos últimas décadas, el discurso de los Derechos Humanos se ha vuelto a colocar en el candelero de la legislación y de la actividad judicial en general.

Con ello se pretende recuperar el antiguo esquema liberal de corte racional y frenar lo que con gran agudeza Franco Berardi ha denominado con la palabra alemana *splatterkapitalismus*, que no tiene traducción directa al castellano, pero podemos aventurarnos a traducir como **capitalismo salvaje** (*splatter* o *gore* refieren un subgénero de películas de terror en el que abundan la sangre, los fluidos corporales y los pedazos de carne). Según este autor, es en esa forma salvaje del capitalismo en fase neoliberal, en la que –como consecuencia de la desregulación creciente llevada a cabo por los Estados para allanar el camino a los grandes consorcios y poderosas organizaciones– se ha terminado por cancelar toda regla de convivencia, dando lugar a la violencia y a la deshumanización.

Según Berardi, una de las expresiones más claras de ese fenómeno de barbarie regulatoria es la sustitución que se ha hecho de la *competencia por la competición*. No se trata de un juego de palabras sino de una realidad palpable en el desarrollo de la regulación suave o *soft law*. La *competencia* se refiere a la cualidad intelectual o racional del capitalismo temprano, gracias a la cual se produjeron reglas y limitaciones a su actividad económica que, aun cuando no tuvieran más finalidad que la de aumentar la riqueza de las organizaciones, permitían a éstas desarrollar sus funciones sin trastocar los límites de la convivencia. Pero cuando el Estado entró a la dinámica de la desregulación creciente, dejó el campo libre a la *competición*, es decir, a la libre concurrencia sin límite, produciendo un cuadro de caos que, entre otras cuestiones, se manifestó en la crisis financiera de 2007-2008.

Estamos de acuerdo con la propuesta interpretativa de Berardi cuando describe el cuadro un tanto dramático que se produce en una dinámica de radicalismo en materia de desregulación. Señala que en la medida que se anulan las reglas que limitan el principio competitivo de las empresas (*libre juego del mercado*), se introducen automatismos cada vez más férreos en los que las prácticas comerciales se salen de control y se revierten en contra de las sociedades humanas (Berardi, 2010, 127).

Los automatismos a los que se refiere Berardi son consecuencia de ese abandono en que se deja al mercado por parte de los Estados nacionales que, confiando o creyendo que el sistema comercial funciona si se le deja actuar según sus propias reglas (*soft law*), dará resultados por sí mismo, como si fuese un mecanismo o un autómeta.

No obstante haber experimentado en muchas ocasiones la inviabilidad de tal automatismo y haber padecido las funestas consecuencias que puede llegar a tener en la convivencia social esa creencia, en los albores del siglo XXI se cayó nuevamente en la trampa de la ideología capitalista radical, argumentando que los sistemas financieros, bursátiles y productivos podrían funcionar si se hacía a un lado esa institución portadora de

reclamos incómodos que es el Estado moderno.

3. PROBLEMAS REGULATORIOS DERIVADOS DEL SOFT LAW

Los automatismos de los que habla Franco Berardi se identifican también con la denominada *racionalidad de mercado*, que ha conducido a una *autorreferencialidad regulatoria* creciente.

En efecto, una de las más graves consecuencias de esa tendencia, como decíamos en párrafos anteriores, es el creciente desarraigo de las organizaciones empresariales del entorno o medio circundante. Ello ocurre tanto si hablamos de las grandes transnacionales respecto a los propios Estados y naciones, como si nos referimos a la existencia local de las empresas, en relación con su entorno inmediato, regional, comunitario, etcétera.

En cualquier caso, lo que se quiere destacar es el carácter exótico que adquirió la empresa como consecuencia de haber asumido como regla básica de funcionamiento la proveniente del mundo económico supranacional que, como se ha dicho, obedece a la *lógica del mercado* y no a la de los sistemas sociales. Ese carácter técnico o inmanente de la regulación económica asumida por la empresa del siglo XXI le lleva a convertirse en un ente incrustado en las comunidades o áreas geográficas y culturales en las que desempeña su actividad.

Ha sido en este periodo (primera década del siglo XXI) que se ha iniciado una nueva etapa de la historia de la regulación aún en ciernes, a la que John Braithwaite llama *Regulatory Capitalism* (Nieto Martín, Gómez Colomer, Arroyo Zapatero, 2013), aunque nosotros, quizá con un poco más de dramatismo, escepticismo o con cierta cautela, preferimos llamar –por ahora– *era de la posglobalización*, o si se quiere, *segunda globalización*, caracterizada por la hibridación regulatoria que pretende ensamblar lo público y lo privado, es decir, fusionar la regulación proveniente del Estado y aquella otra regulación que se origina en el mundo empresarial o en las metaorganizaciones económicas, sea a nivel supranacional (como el *soft law* o como reglas universales de estandarización), u originadas en el ámbito de la empresa particular y concreta.

El eje sobre el que gira el binomio emergente “*público/privado*” o “*gobierno/empresa*”, es el sistema de programas de *compliance*, en donde convergen, de una parte, la regulación del Estado nacional que pretende conciliar intereses privados y necesidades sociales, y de otra, la *autorregulación corporativa* en la que se pretende también incluir, al lado de la regulación derivada de su lógica funcional, algunos aspectos sociales y medioambientales (Nieto Martín, 2013). Ambos, Estado y empresa, formando una yuxtaposición de complementariedad y no de antagonismo.

Pero para que esos ajustes al modelo regulatorio heredado de la primera globalización (1989-2008) sean posibles, es necesario algo más que *voluntad* política para establecer acuerdos y llevar a cabo las reformas legislativas y/o administrativas formales pertinentes.

Sobre todo si se tiene en cuenta el repliegue del Estado al que nos hemos referido, es decir, sus repetidas ausencias, sus constantes silencios y los muchos vacíos regulatorios que ha producido durante esos años con el fin de dejar el paso libre a la regulación suave (*soft law*) de origen supranacional. Se trata de un periodo en el que ha crecido cualitativa y cuantitativamente el nivel de complejidad en los sistemas sociales, legales, económicos y políticos, se ha rediseñado el mapa geopolítico, han aparecido nuevos actores sociales, se han implementado sistemas de alta tecnología que han venido a revolucionar las capacidades de almacenaje y transmisión de la información (*big data*), se han suscrito en la mayor parte de los países instrumentos de defensa y tutela de los Derechos Humanos, lo cual implica un compromiso de mantener vigentes los postulados básicos del Estado de Derecho, muchas veces más como aspiración que como realidad, especialmente los que se refieren a la transparencia y a la obligación de rendir cuentas de su gestión.

Ése es el panorama al que se enfrentan los Estados y los gobiernos actuales en su afán por recuperar espacios de dominio y, en la medida de lo posible, la soberanía que han perdido en los últimos 15 años. Lo que sucede en la actualidad no es, a nuestro modo de ver, un simple reposicionamiento o una recuperación de los fueros perdidos, sino un ajuste de fondo al Estado y a sus relaciones con la sociedad, con la humanidad y con el planeta.

El reto es que el Estado deje de fungir como simple puente de comunicación entre los intereses políticos nacionales y los económicos supranacionales, debiendo asumir el gobierno de la complejidad, pero no de manera exclusiva sino en concurrencia o relación colaborativa con los diversos actores sociales, dentro de los cuales destacan las organizaciones empresariales.

Es así como ese Estado angostado y debilitado por la desregulación oficial excesiva reaparece hoy día en el escenario mundial con renovado brío, volviendo a ejercer sus facultades regulatorias, sólo que ahora limitado no únicamente por las reglas del mercado y de la economía global, sino también por aquellas normas de protección al entorno, al medio ambiente, por los Derechos Humanos contenidos en las constituciones y en las convenciones internacionales y por la realidad misma que exige ser atendida continua y constantemente.

Por ello se ha hecho necesario en la mayor parte de los países inmersos en los mercados globales, planear y llevar a cabo una *reforma regulatoria integral* que facilite ese engranaje entre la actividad del Estado en pro del interés común y la actividad económica de las empresas nacionales y supranacionales.³

Para completar el proceso de simplificación normativa y mejora regulatoria, un gran número de gobiernos, sobre todo de Estados en vías de desarrollo como México, han debido renunciar a prácticas que estuvieron de moda hace dos o tres décadas, como la hiperregulación de tinte populista, la rectoría económica del Estado y la constante injerencia estatal en la regulación de las organizaciones. Visto desde la perspectiva organizacional, eso vale tanto como decir que la mejora regulatoria beneficia a las propias organizaciones, que en adelante contarán con las herramientas necesarias para cumplir sus objetivos sin tener que transitar por los sinuosos caminos de la burocracia de los Estados que no sólo minan el ánimo de los inversionistas y emprendedores, sino también el erario público y el “prestigio internacional” de los gobiernos.

Se trata de un proceso complejo en el que, por una parte, ha de evitarse recurrir a las viejas prácticas de la hiperregulación de tinte populista como el que experimentamos hace 30 años en México que, so pretexto de proteger a las clases más desfavorecidas, asumían la rectoría económica del Estado y justificaban su constante injerencia en la regulación del trabajo y la operación de las empresas; y por otra, abandonar el modelo neoliberal radical que ha llevado a los gobiernos a desentenderse de sus obligaciones y dejar que el *soft law* determine el rumbo de toda regulación nacional.

Es necesario que las empresas cuenten con la libertad necesaria para regular su actividad e incorporar racionalmente las reglas del *soft law*, y que los Estados recuperen su papel como garante de los derechos y libertades sociales, evitando aumentar sus aparatos burocráticos de manera inmoderada, pues ello mina el ánimo de los inversionistas y emprendedores y deriva en una afectación directa al prestigio internacional del propio Estado.

Si no se realizan tales ajustes, se corren graves riesgos: en primer término, los costos de las grandes burocracias de los países o Estados suelen tener un fuerte impacto en las economías nacionales debido al gasto público inmoderado; por otro, la excesiva injerencia regulatoria del gobierno produce atmósferas de corrupción, pues siendo tan sinuoso el camino para emprender o invertir debido al número de trámites y leyes, la tendencia es recurrir a la corrupción como medida para resolver los problemas de manera práctica.

Además, hemos visto y corroborado, no sólo en México sino en muchas partes del mundo, que la actividad legislativa descomunal y las grandes burocracias, dan pie a que se desarrolle una cultura o subcultura de la simulación, donde la ley o el reglamento no es performativo, es decir, reflejo de ninguna realidad, sino un mero discurso legitimador o un dispositivo retórico, propiciando que la mentira adquiera carta de naturaleza o denominación de origen para convertirse en *habitus social*.

Hoy sabemos que el esquema desregulador bajo ciertos parámetros de *compliance* (fiscal, ambiental, financiero, etcétera) y consensado con los diversos actores sociales, facilita la *governabilidad* y por ende la transparencia de los gobiernos, lo cual repercute de manera directa en la economía, pues a la vez que hace atractivos los mercados, eleva los niveles de credibilidad y confianza de los gobiernos y, por tanto, alienta la inversión, siempre que el sistema tenga coherencia y se garantice su cumplimiento por parte de los gobiernos.⁴

La tendencia actual es hacia el fortalecimiento de la autonomía corporativa mediante el diseño de una estructura regulatoria que facilite a las empresas y a las organizaciones sociales en general el desempeño de sus actividades y funciones específicas, llegando incluso a reconocer los *Derechos Humanos de las personas jurídicas o morales*, tal como ocurrió recientemente en México.

En efecto, en sesión plenaria del 21 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por unanimidad de votos, reconocer que las personas morales o jurídicas son titulares de los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Política (véase Apéndice Jurisprudencial). Ello, en la medida en que tales Derechos Humanos resulten necesarios para la consecución de sus fines y la protección de su existencia e identidad, así como el libre desarrollo de sus actividades. Desde luego que el Alto Tribunal mexicano se refiere a aquellos derechos que corresponden a su naturaleza colectiva, societaria, es decir, no incluye los derechos que son inherentes a la persona humana (derechos personalísimos), como los derechos a la salud, a la dignidad, a la vivienda o a la integridad física.⁵

Las consecuencias que de ello se desprenden son enormes, pues al reconocer a las organizaciones como personas jurídicas titulares de esos Derechos Humanos, les brinda una protección para que realicen adecuada y eficazmente su función económica y social. Asimismo, les garantiza el respeto a su autonomía y a su actividad, siempre que cumplan con un mínimo de obligaciones de corresponsabilidad, imponiendo para garantizar su cumplimiento, la responsabilidad penal.

No obstante que la Suprema Corte de México ha establecido que las personas morales tienen Derechos Humanos, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en respuesta a una consulta presentada por Panamá ha sostenido lo siguiente:

(Persona jurídica es) “toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias distinta, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución”. Posee legitimidad activa, es decir, cuenta con la facultad de cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización de presentar peticiones ante la Comisión Interamericana que contengan denuncias o quejas referentes a la presunta violación por un Estado Parte de alguno de los derechos humanos reconocidos a nivel interamericano (CIDH, OC-22/16, 26 de febrero de 2016, solicitud de la República de Panamá).

Tras definir la persona jurídica y reconocer que en muchos países de la región interamericana se conceden amparos a las empresas o a los sindicatos, la CIDH señala que el reconocimiento en el derecho interno de ciertos derechos de las personas jurídicas o de algunas de ellas, no es determinante para la interpretación de la Convención Americana. Siendo así, la CIDH resuelve que las personas jurídicas no están comprendidas en el ámbito de protección de la Convención, pues la protección interamericana de los Derechos Humanos sólo protege a *las personas físicas o naturales, concluyendo así que las personas jurídicas no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano*.

Pensamos que con esta contradicción entre los criterios sostenidos por la SCJN y la CIDH, se abre un interesante debate acerca de un tema que puede ser abordado desde muy variadas perspectivas, pues si bien es cierto que en muchos aspectos las personas físicas y las morales tienen iguales o similares derechos, también lo es que la protección de éstos tiene que mantenerse dentro de un ámbito “restringido” de tutela a las personas naturales, pues la extensión de sus alcances, tal como lo ha dispuesto el Alto Tribunal de México, puede llegar a desfigurar instituciones como el amparo u otros medios con que cuentan las personas concretas para pedir justicia ante los Tribunales nacionales y supranacionales.

Pero volviendo al tema de la tendencia al fortalecimiento de las libertades corporativas y la remoción de obstáculos regulatorios, hemos de señalar que el esquema actual de tal fortalecimiento sólo es el inicio de un largo y complejo proceso de cambio, por lo que aquí no hacemos sino esbozarlo como una megatendencia, dejando abiertas muchas interrogantes derivadas de que el actual sistema de autorregulación es incompleto e inacabado. Pero ello no es un defecto sino una característica de todo *sistema social abierto*. Abierto al tiempo, a sus alcances y a sus efectos, al surgimiento de *subsistemas* que aumentan su nivel de complejidad, y a la mejora que produce su constante observación por parte de científicos y personas con experiencia.

Además, es necesario tener en cuenta que la tendencia hacia la corresponsabilidad resulta en ocasiones truncada por el mismo Estado, que no puede o no sabe o no quiere prescindir de una maquinaria estatal todavía demasiado obesa, absurdamente burocrática, y con una fuerte rémora insaciable de corrupción gubernamental.

Pero más allá de esa problemática, la tendencia hacia un nuevo esquema regulatorio en el que se compartan

beneficios y responsabilidades ya es un hecho, una realidad, y aun cuando asume diversas intensidades según las condiciones de espacio y tiempo, va cristalizando en reformas normativas, como hemos visto en México y en varios países de América Latina; tendencia en la que, como en tantos aspectos, EUA ha marcado la pauta.

De la misma manera como a finales del siglo XIX EUA había intentado frenar los efectos nocivos de la desregulación capitalista mediante acciones *antitrust* (Ley Sherman Antitrust de 1890), y en el siglo XX había desarrollado un *Derecho Penal del mercado de valores* que castigaba especialmente el uso ilícito de información privilegiada o *insider trading* en la bolsa, ahora, en pleno siglo XXI, intenta perseguir y frenar los *excesos del capitalismo* mediante la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Nieto Martín, 2013, 11). Baste con mencionar como ejemplo, el temor que produce en el ámbito financiero la presencia de ese gran regulador, controlador y descubridor de responsabilidades corporativas, incluidas las penales, que es la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de los Estados Unidos de América.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

No. Registro: 2008663. Tesis aislada. Materia: Constitucional. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 16 de marzo de 2015. Tomo III. Tesis: XXVII.3o.6 CS (10a.). Pág. 2507

2

En 1971, Klaus Schwab convocó el European Management Symposium al que asistieron los empresarios top del viejo continente. En 1973, una nueva reunión analizó la posibilidad de flexibilización de las reglas del mercado. A la reunión de Davos asistieron no sólo empresarios sino intelectuales, quienes plantearon el tema de la flexibilización como “problema de discusión”, luego vinieron algunas reuniones regionales, como la del foro latinoamericano o el de la India, y finalmente, en 1982, dieron inicio los foros generales, hasta que en 1987, los simposios europeos dieron lugar al World Economic Forum, *Texte gegen das World Economic Forum* Davos, Megafon No. 207, enero de 1999

3

En este sentido, las comisiones regulatorias han jugado un papel relevante en algunos países de América Latina. En México contamos con la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) que fue creada en el año 2000 mediante reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) con la finalidad de promover la transparencia en la elaboración y aplicación de regulaciones y que éstas generaran beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio a la sociedad, pero sobre todo, con el objeto de coordinar las propuestas de los sectores interesados, a fin de que las acciones que realice el gobierno tengan unidad y coherencia. LFPA, artículo 69-D, fracción II

4

Se trata de un principio que puede ser englobado dentro de la doctrina de la seguridad jurídica, cuyo argumento podría expresarse de la siguiente manera: cuando alguien invierte en algún

emprendimiento desea naturalmente apropiarse el 100% de los frutos económicos del mismo. La concreción de los frutos esperados por el emprendedor depende, entre otros factores, del marco jurídico existente. Cualquier plan de negocios aspira a que (i) el Derecho imponga la menor cantidad posible de “costos” en la ejecución del mismo y a que (ii) el Derecho minimice (dentro de lo posible) la distribución de ingresos a terceros que sean ajenos a los inversionistas originales. Un Derecho diseñado con estas dos reglas generales genera confianza por parte del inversionista, ya que evidentemente maximiza su ingreso. Esa confianza es la forma institucional más expedita para alcanzar el crecimiento y la prosperidad económica de una sociedad. López Medina, Diego. “¿Qué es la seguridad jurídica?”, *Dejusticia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. No. 23, mayo de 2006

5

Dicha cuestión proviene de la contradicción de tesis 360/2013, basada en los criterios sustentados por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Cuarto Circuito (Tesis aislada IV.2°.A.30 K [10a.]) y el diverso emitido por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Séptimo Circuito (Tesis aislada VII.2°.A.2 K [10a.]). Consecuencia de tal reconocimiento es, entre otras, la facultad que tiene la persona moral de demandar se le repare por daño moral, cuando se le ha denigrado o desprestigiado, devaluando así la consideración que se tiene de ella (artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal)

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Capítulo II. TRANSFORMACIÓN REGULATORIA DE LAS ORGANIZACIONES

CAPÍTULO II

TRANSFORMACIÓN REGULATORIA DE LAS ORGANIZACIONES

1. PUNTO DE PARTIDA: LA ACTUAL CRISIS DE IDENTIDAD DE LA EMPRESA

Para explicar las transformaciones que se están dando en materia de regulación dentro de las organizaciones, y especialmente en la empresa, es necesario proceder por la vía del contraste de imágenes, lo cual nos remite nuevamente a un análisis comparativo.

A lo largo del siglo XX, y quizá desde el XIX, la empresa se había considerado como un factor de producción cuyo origen era el impulso asociativo del ser humano. Visión que nunca abandonó el esquema fundamental de oposición *naturaleza-artificio*, que en ocasiones se tradujo en la antítesis *comunidad (natural)-asociación (artificial)*, por lo que la empresa no era un fenómeno natural o comunitario, sino asociativo y artificial. De tal manera que toda actividad de la empresa en orden a cumplir el objetivo que se habían trazado los socios y accionistas, era vista de inicio como transgresión a la naturaleza del entorno comunitario, por lo que los empresarios se vieron siempre en la necesidad de justificar frente al mundo su “presencia nociva”. Dicho en otros términos, la empresa viene cargando con un lastre de desprestigio histórico tal, que la hace aparecer como el polo opuesto de lo natural, lo original, y quizá podríamos decir, de *lo puro*.

Así, a lo largo de la historia, tanto la empresa como el empresario han sido vistos con cierto recelo, al no entenderse ni comprenderse bien su papel en la construcción de una sociedad más justa que repercute de manera directa en el bolsillo de la gente común.

A la empresa se le ha visto más como un agente *extractor* que uno *generador*. Nos referimos a la extracción y generación de bienestar, de riqueza, de empleos, de ecosistemas.

Por ello, uno de los más grandes desafíos, al que hemos de dedicar mayor atención en el Capítulo respectivo, es el de la Ética empresarial como actividad *generadora de confianza*. Lo cierto es que la mala imagen que en muchas ocasiones ha producido su presencia incómoda o poco comprometida, ha repercutido en una falta de confianza social, lo cual resulta especialmente grave si se considera la tendencia del mundo actual a la corresponsabilidad en la gobernanza y a las ideas de gestión compartida (empresa-Estado-Sociedad).

Además, es necesario tener en cuenta que la imagen negativa de la empresa repercute en la sociedad en tres niveles distintos que han de tomarse en cuenta en el momento de su reposicionamiento:

a) Nivel ideológico y político, pues el desprestigio de la empresa o su lejanía respecto del mundo en el que actúa genera animadversión y oposición social, lo cual se traduce en vacíos de legitimidad y, consecuentemente,

de aceptación de sus reglamentos, códigos de conducta y condiciones laborales, pudiendo derivar en último término en un rechazo abierto y hasta violento.

b) Nivel identitario de la empresa concreta, que se refiere a la imagen negativa que una organización en particular pueda llegar a adquirir, produciendo rechazos específicos de un sector y problemas localizados regionalmente, pero que ponen en riesgo su funcionamiento ordinario y las relaciones entre su regulación y la que se genera en el interior de los grupos (regulación no programada). A este tipo de crisis habría que añadir lo que se conoce en el mundo empresarial como *crisis de identificación*, que si bien no afecta a la opinión pública como tal sino a un sector de la sociedad llamada consumidor, lo cierto es que termina por contribuir a la falta de prestigio de la organización y de sus instituciones.

c) La crisis de identidad empresarial afecta también a los miembros e integrantes de las organizaciones, pues en muchos casos su identidad profesional e incluso existencial o vital se basa en la identidad corporativa. En otras palabras, la crisis de identidad de la empresa suele traducirse en crisis de identidad personal de sus miembros.

Aspecto éste, el de la *identificación* persona-corporación, que si bien nos remite a un campo más cercano al de la psicología empresarial (*autoidentificación del equipo*), también es motivo de preocupación en un análisis de carácter jurídico como éste, debido al debilitamiento que se produce en los vínculos interpersonales de la empresa y al comportamiento poco apto para el compromiso y el *cumplimiento*, pues es sabido que éste se facilita ahí donde hay una disposición de adhesión interna.

Por ello, ninguna organización por fuerte y poderosa que pretenda ser (piénsese por ejemplo en la organización política soviética o en la nacionalsocialista) puede prescindir de una actividad de autopromoción o propaganda interna de su gobierno, orientada a producir identidades y a fortalecerlas en aras de una mayor identificación entre los que producen el Derecho y los que han de acatarlo.

En cualquier caso, es necesario que la organización empresarial construya o reconstruya una buena imagen y un buen prestigio –como bien intangible pero de gran valor–, pues además de las necesidades de legitimación antes referidas, ésta constituye parte de ese tipo de insumo al que Pierre Bourdieu denomina *capital simbólico*, que es *cualquier propiedad (cualquier tipo de capital, físico, económico, cultural, social) cuando es percibida por agentes sociales cuyas categorías de percepción son de tal naturaleza que les permiten conocerla (distinguir) y reconocerla, conferirle algún valor* (Bourdieu, 1997, 108).

Como se verá en seguida, la *cultura del compliance* exige contar con esa imagen que facilite la adhesión de los miembros de las organizaciones a sus cuerpos reglamentarios. Lo cual no se logra con recursos meramente publicitarios o cosméticos sino con una reubicación de la empresa, que la haga más funcional, auténticamente funcional, en y frente al entorno.

2. EL DIFÍCIL CAMINO HACIA UN NUEVO PARADIGMA ORGANIZACIONAL

La imagen negativa de las empresas, especialmente de las transnacionales, no ha logrado resarcirse debido fundamentalmente a una incapacidad por parte de algunos gobiernos y de ciertos grupos empresariales de comprenderla y expresarla en términos diversos a los del neoliberalismo en boga.

En efecto, parece que ni los empresarios ni las cámaras industriales ni las escuelas de negocios han logrado dar razón del papel de la empresa en la construcción de una sociedad más justa. Por ello inventaron teorías para justificar su presencia en la sociedad, entre las cuales destaca la denominada *responsabilidad social del empresario* o responsabilidad social empresarial (RSE).

Con esa expresión se solía identificar todas aquellas acciones a las que la empresa estaba éticamente comprometida en razón del uso que hacía de los insumos humanos y materiales del entorno. Es decir, se pensaba que la empresa era de inicio un ente ajeno a ese entorno, y sólo por la buena conciencia del empresario y por su voluntad altruista y humanitaria, realizaba algunas tareas benéficas o de mejora para sus trabajadores y eventualmente para el entorno geográfico, local o regional.

La responsabilidad social de la empresa era (y en muchos aspectos sigue siendo) más bien una doctrina moral o de *Ética empresarial*, que aunque ha tenido importantes y loables aportaciones en el ámbito asistencial y humanitario, lo cierto es que –conceptualmente– no constituye una noción jurídica realista y, menos aún, un cuerpo normativo con fuerza coactiva. Sirva como ejemplo el caso de la llamada “responsabilidad social ambiental”.

En esa materia se ha aprobado y suscrito un sinnúmero de acuerdos multilaterales y se han llevado a cabo *cumbres o foros* en los que se han dado pasos firmes para frenar los fenómenos de contaminación debidos a emisiones de las grandes corporaciones. El problema es que en la mayoría de los casos se acuerda un gran

número de recomendaciones, que por lo general no pasan de ser eso, consejos, sugerencias y hasta llamadas a la concienciación ecológica. A lo más que se ha llegado (sobre todo en el plano teórico) es a esgrimir *razones de conveniencia* para tratar de convencer a los empresarios de las *bondades* de la *responsabilidad ambiental*.

Así, por ejemplo, en un artículo publicado recientemente en una revista de Derecho Ambiental, el autor señala que es necesario que esa *responsabilidad ambiental* se comprenda *como una inversión y no un costo*, (pues) *las tendencias internacionales nos enseñan que los inversionistas se enfocan más en establecer vínculos y negocios con inversionistas honestos y educados, que respetan los derechos humanos y que tengan prácticas que no se encuentren relacionadas con la corrupción* (Basurto, 34). Visto así el problema de la responsabilidad social del empresario, vendría a ser parte de una estrategia comercial o de mercadotecnia para crear o conservar el necesario “prestigio” de la organización frente a sus clientes, proveedores y competidores, mostrando que sus productos no han afectado al ecosistema, e incluso han contribuido –aparentemente– a su mejora cualitativa.

Sin embargo, si tomamos en cuenta que la palabra prestigio proviene de *prestidigitar*, es decir, engañar a la vista por medio de movimientos de los dedos o las manos, caeremos en cuenta del fondo perverso que tiene, pues se trata de un término equívoco, ya que no todo prestigio obedece a una realidad. Incluso podríamos afirmar que en muchas ocasiones no es sino un recurso de *marketing* con el que se busca dotar a la empresa de una identidad *verde* que agrade más al consumidor, un *go green* cosmético. Por ello, para mostrar su respeto y amor por la naturaleza, algunas organizaciones adoptan medidas contenidas en los múltiples instrumentos internacionales de regulación (no coercitiva) o regulan su actividad considerando el factor medioambiental como un compromiso corporativo fundamental.

La consecuencia es que en la mayoría de los casos (reconociendo que hay excepciones muy notables), la teoría de la responsabilidad social empresarial produce una normativa meramente apariencial o cosmética, que en ocasiones carece de un fundamento científico sólido, derivado de estudios serios del impacto medioambiental.

Sin dejar de reconocer que ha habido acciones directas por parte de los gobiernos, incluyendo los de México, para contribuir a que esa *responsabilidad social* sea una realidad para la cual se ha creado un esquema normativo *ad hoc* como en nuestro caso las Normas Oficiales Mexicanas y las Normas mexicanas, y se han tomado medidas que propician el desarrollo de una cultura de la certificación que promueva el cumplimiento de las obligaciones de la empresa con el entorno, lo cierto es que, por años, la regulación en la materia y, por supuesto, el *compliance* no han llegado a ocupar el lugar que les corresponde en el orden de prioridades.

Otra de las razones esgrimidas por quienes tratan de promover la *responsabilidad ambiental* basada en el esquema de la RSE, es aquella que aborda el problema desde la detección de posibles mercados cautivos. Específicamente, el que se refiere a las *preferencias ambientales de los consumidores*. Este planteamiento, como ha señalado Sergio Ampudia, *supone que detrás del comportamiento ambiental de los agentes económicos, a final de cuentas, encontramos propósitos mercantiles, evidentemente relacionados con la disposición a pagar por parte de los consumidores: si para éstos no fuera posible pagar para tener acceso a productos concebidos y desarrollados con estándares de cuidado que mitiguen los componentes negativos de la contaminación (asociados sin duda a la salud y a la calidad de vida) no tendría sentido el desempeño socialmente responsable* (Ampudia Mello, 42).

Desde nuestra perspectiva, se trata de razones que no obedecen a un concepto integral de la empresa sino a una visión fragmentada que considera que la función propia de ésta es económica, no integralmente ecológica. Es decir, lo que la empresa haga en este segundo aspecto, será un *plus humanitario* al conjunto de obligaciones a las que le constriñe la normativa que rige su actividad.

Así pues, sin dejar de reconocer las enormes aportaciones que muchos empresarios han hecho en este terreno y en general en el social, no sólo en México sino en el mundo entero, creando fundaciones y desplegando políticas de protección comunitaria y ambiental, lo cierto es que el marco teórico o interpretativo de la Ética empresarial tal como se le entendió desde el siglo XX y aun en el actual, no deja de ser profundamente mercantilista o utilitario, por lo que cualquier deber de la empresa con el entorno o mundo exterior resulta postizo, complementario, como hemos dicho, en el fondo ajeno a la realidad y a sus exigencias.

3. ALGUNAS MEDIDAS TOMADAS PARA RECTIFICAR LAS DIRECTRICES REGULATORIAS

Tras la profunda crisis de la globalización y del *soft law*, un buen número de economistas e incluso de políticos profesionales, sobre todo estadounidenses, pretendieron rectificar el rumbo de la economía nacional y supranacional tomando como referencia el esquema derivado de la famosa “Teoría de la Justicia” del filósofo norteamericano John Rawls, que puede definirse por dos principios claves: el de la libertad y el de la diferencia.

El primero (de la libertad) afirma que *cada persona debe tener derecho a la mayor libertad posible siempre que sea compatible con una libertad similar para otros*; el segundo (de la diferencia) establece que las

desigualdades económicas y sociales deben resolverse de modo tal que el máximo beneficio vaya a favor de los más perjudicados . Tales principios, según Rawls, se alcanzarían a través de la estipulación de un contrato social, con base en el cual se constituiría un programa regulatorio *bien ordenado* .

Como lo ha señalado Vittorio Pelligra, esta visión, centrada en el concepto de contrato, se basa en la idea de que los hombres viven en sociedad para intercambiarse beneficios recíprocamente, y el contrato social no sería otra cosa que el sello de tal acuerdo.¹

Con base en eso, hay quienes sostienen hasta el día de hoy que la *justicia global* , es decir, la consecución de un orden económico más justo y racional, debe basarse en un nuevo contrato en el que se garantice la libertad de movimiento para las grandes transnacionales, compensada con una retribución directa o indirecta de los empresarios a la sociedad, es decir, favoreciendo a *los más perjudicados* o vulnerables.

No obstante que ésa ha sido la tendencia de la política regulatoria de las grandes organizaciones y que en ello se basa buena parte del discurso de *rectificación* de las políticas económicas supranacionales e incluso de algunas firmas comerciales, lo cierto es que el planteamiento rawlsiano no resuelve el problema de fondo, pues en el *pacto* de intercambio entre el capital y el trabajo, entre los que más tienen y los desfavorecidos, no participan todos, ya que *no todos los ciudadanos están en condiciones de dar algo en ese intercambio* .

De ahí que un buen número de personas y grupos queden *excluidos* de esa dinámica, baste pensar, por ejemplo, en la gran cantidad de emigrantes que deben abandonar su tierra y su familia porque no tienen nada que aportar en esa relación de intercambio. No es que sean los menos favorecidos dentro de la relación contractual, sino que son los excluidos, los que no gozan de las condiciones necesarias para ocupar un puesto, o simplemente a quienes los marcos regulatorios no favorecen. Son los que el sociólogo polaco Zigmunt Bauman ha denominado crudamente pero de manera realista: los *residuos humanos* de las relaciones sociales del capitalismo global, los sobrantes, los marginados o, como dice el título de una de sus últimas publicaciones, los seres de vidas desperdiciadas.

Mencionamos esto porque, como se verá en las siguientes páginas, la solución que se ha dado ha sido muy frágil, pues al observar ese panorama algunas voces inconformes han reclamado de los empresarios y de las grandes firmas u organizaciones, atención y apoyo a sus demandas. Por ello se ha desarrollado en la mayor parte de los Estados o países que *juegan* dentro de la sociedad global, una tendencia a la compensación por vía de la concientización, de la exhortación a tomar conciencia dentro de la llamada doctrina de la *responsabilidad social del empresario* .

Según Prakash Sethi, a finales de los noventa proliferaron los códigos de Ética empresarial en los que parece anunciarse ese deseo de las grandes corporaciones de rectificar el camino y hacerse cargo de su responsabilidad frente al entorno (Prakash Sethi, 2011, 4).

Sin embargo, no parece que los códigos de Ética, por sí mismos, hayan dado una respuesta adecuada a los requerimientos de justicia global, pues muchos de ellos, basados en la noción libertaria de Rawls y de los creadores del discurso de rectificación económica en Estados Unidos, tienen el grave defecto de plantear los deberes empresariales en términos de caridad, asistencia y no de justicia.

Por eso, como veremos más adelante, ahora la tendencia es integrar la relación de reciprocidad de una manera más sistemática, de tal modo que lo que las empresas hagan en pro de la sociedad y del medio ambiente (entorno), e incluso de la ecología mundial, sea consecuencia de una relación *de justicia* y no únicamente de

humanitarismo.

Hay que añadir, como lo ha señalado el mismo Prakash Sethi, que no se produjo (y de hecho sigue sin producirse) un desarrollo paralelo entre los códigos de Ética creados para motivar a las corporaciones a tender la mano en términos solidarios, y los *ordenamientos* que rigen la función técnica, económica y legal.

De ahí que la Ética empresarial no haya conectado con su entorno jurídico, es decir, con aquellas normas que rigen la actividad normal y ordinaria de la corporación u organizaciones. A eso habría que añadir el hecho de que a finales del siglo pasado aumentó la producción regulatoria extraestatal tendente a la estandarización de procesos de producción con el objeto de reducir costos de transacción comercial, actividad que aumentó a una velocidad que superó con enorme ventaja a la *regulación ética*. De ahí que ésta se quedara rezagada en un discurso moralizante y abstracto mientras que la regulación suave o *soft law*, como hemos mencionado, se fue incorporando rápidamente a los ordenamientos jurídicos nacionales. Precisamente por ello, la empresa no logró conectar con el entorno ni responder a los requerimientos de justicia social que emergían del mundo exterior, o al menos no lo logró como consecuencia de un proceso de *compliance legal*, pues mientras las leyes que la regían se ajustaban al mercado, su normativa ética se volvía prácticamente inviable.

Como resultado, la Ética empresarial se ha vuelto cada vez más artificial y demagógica, pues se construye a partir de un voluntarismo humanitario y altruista que incluso con lo bienintencionado que pueda ser, resulta ajeno a la lógica productiva y de optimización de recursos. Situación que se manifiesta aun en nuestros días, en que un gran número de organizaciones cuenta con códigos de Ética que no son sino parte de la imagen de honestidad que desean proyectar. Lo cual en nada contribuye realmente a una cultura de cumplimiento, pues siendo elaborados generalmente por personas idealistas y, en todo caso, ajenas a la lógica del mercado o del intercambio de bienes, se convierten en un dispositivo raro, o casi diríamos exótico, a la estructura organizacional. Incluso podríamos pensar que si se trata de disposiciones normativas que se sabe que son inviables o inconciliables con la actividad de la organización, sería mejor prescindir de ellos, pues no hacen sino contribuir a aumentar el número de normas incumplibles y, por ello, meramente ornamentales, cosméticas, lo cual produce una rara costumbre social consistente en aprender a convivir con maravillosas normas y reglas que no son para cumplirse, sino para plantear *ideales de conducta*.

Pero la escisión entre la empresa y el entorno no sólo se expresa en el carácter artificioso de sus códigos de Ética, sino en muchos otros ámbitos de su normativa interna, la cual en la mayoría de los casos suele ser funcionalmente estratégica, diseñada para que los posibles socios, administradores, auditores y controladores externos *crean* que cuenta con un aparato regulatorio que la hace confiable por su alto estándar profesional.

Por dondequiera que se le observe, la empresa moderna ha venido teniendo una relación con el entorno un tanto artificial y forzada, motivo por el cual sus obligaciones con los trabajadores y con el medio ambiente no se entendían como algo connatural a su función; en cualquier caso, lo que la empresa hiciera por ellos era consecuencia de la largueza y generosidad, querida o no, de sus dueños o administradores, pero –insistimos– sin que ello la involucrara de modo directo y *necesario* con la sociedad o el entorno.

En términos de la psiquiatría moderna (sobre todo freudiana y lacaniana), podríamos diagnosticar a la empresa del siglo XX y en parte a la que se ha desarrollado en las dos primeras décadas del XXI como un *sujeto* afectado por el síndrome de *crisis de identidad*. Lo cual, como ocurre con las personas que padecen ese mal, repercute necesariamente en su comportamiento, que tiende a desfasarse cuando no a desquiciarse al menos si se considera al entorno (urbano, ecológico, geográfico, etcétera) como criterio de normalidad.

Lo cual no sólo constituye una disquisición teórica, sino sobre todo una realidad patológica de la empresa que en última instancia se traduce en una falta de rendimiento y, sobre todo, en un crecimiento carente de bases firmes y sólidas para la sustentabilidad, pues los pilotes que le sirven de cimentación no descansan en el fondo de lo social sino en la superficie.

La RSE es por ello una noción hoy superada, pues ahora sabemos que ésta no es un ente que vive en el entorno social y ambiental como si éste fuera un mero sujeto de sustentación, es decir, *parasitariamente*, sino que forma parte de ese entorno como un componente esencial, casi diríamos *orgánico*. Desde el punto de vista jurídico, eso significa que la empresa debe ser medida bajo un parámetro regulatorio *heterorreferencial*, esto es, de acuerdo con su realidad sistémica interna (*autorreferencial*) pero también con el entorno que de algún modo la condiciona.

4. EL PAPEL DE LA ÉTICA EMPRESARIAL SEGÚN EL MODELO WE RATIONALITY

Se requiere un auténtico cambio de mentalidad en la dirección de las organizaciones y especialmente en el diseño regulatorio de las mismas, pues la cortedad de miras lleva a los inversores, emprendedores y empresarios a actuar normalmente en términos de optimización de ganancias en el corto plazo, típico de la

mentalidad capitalista radical en la que el único motor de la actividad económica es la explotación de los recursos de manera unilateral, es decir, viendo únicamente por el beneficio individual del empresario.

Hay que pasar a lo que algunos economistas como Robert Sudgen, Michael Bacharach y Alessandra Smerilli han denominado *we rationality*, que significa la “racionalidad del nosotros”. Esto no se refiere a actitudes altruistas ni asistenciales como a veces se entiende en algunas escuelas de negocios. Es decir, no proviene de la benevolencia de los empresarios ni de su largueza o generosidad, sino de una comprensión cabal y sobre todo racional –casi matemática– de las relaciones entre la empresa y el entorno en el cual actúa e interactúa.

El pensador inglés Martin Hollis y el economista Robert Sud-gen expresan así esa manera distinta de razonar la actividad empresarial y su regulación:

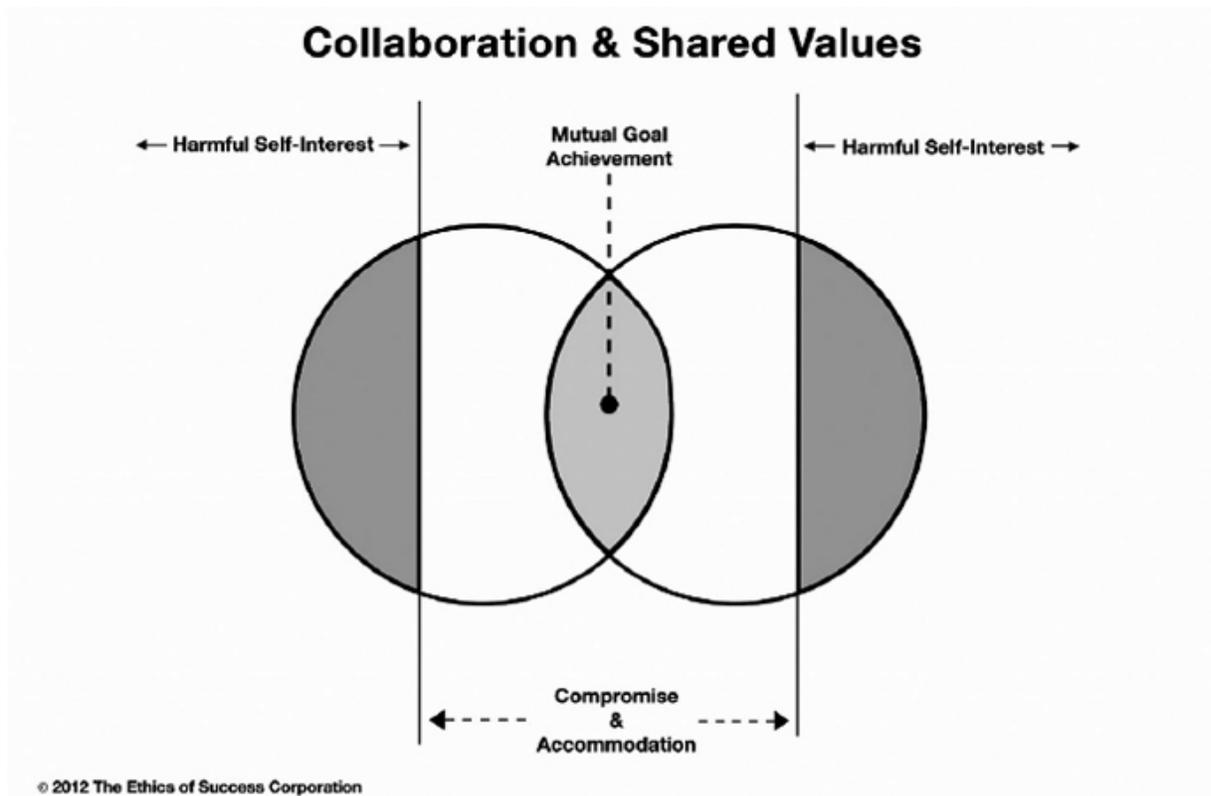
La idea de *we rationality* es desarrollar una concepción de la racionalidad en la cual el motivo para decidir las acciones a emprender, no sean *las buenas consecuencias para mí*, sino que *esta acción es mi parte de una acción nuestra, que tiene buenas consecuencias para nosotros*.

Hemos afirmado que es una lógica totalmente distinta, porque parte de paradigmas distintos, abandonando los viejos esquemas unilaterales y cortoplacistas como los que hemos mencionado, para asumir la idea de *sostenibilidad compartida*. Ello nos lleva a entender a la empresa como si fuese un elemento integrante del propio ecosistema (*bioma*, dicen los ecologistas). De lo cual se desprende la necesidad de una oportuna regulación interna hecha en *reciprocidad* con el entorno, lo que le permitirá continuar su actividad, operando como ente económico racional y no como si fuese un mecanismo extractor de material y de recursos humanos cuyos movimientos indiferenciados sólo medran sin aportar nada a cambio.

No se trata, por tanto, de una confusión entre el medio circundante y la organización ni, por ende, de una mezcla de órdenes normativos, sino como dice Luhmann, de un *acoplamiento estructural*:

Todo lo que ocurre en un sistema se encuentra determinado por su propia organización y no por perturbaciones provenientes del medio ambiente [...] se encuentra asociado a una historia mutua de cambios concordantes con el entorno.²

Cabría entonces señalar que la reciprocidad no es artificial, sino producto de una relación necesaria y natural entre la empresa y el entorno.



Esquema de la corresponsabilidad o *we rationality*

Si atendemos a la palabra reciprocidad que se emplea en la Ciencia Económica actual, proviene del latín *reciprocus*, que etimológicamente se construye de dos palabras: *recus*, que significa detrás, y *procus*, que quiere decir delante. De donde la reciprocidad alude a lo que va y viene, lo que va y vuelve mutuamente. De ahí que en el proceso de contextualización de la empresa, la reciprocidad se halla constituida en un dato primario para el diseño regulatorio e incluso para el diseño de su actividad económica.

Una de las expresiones más claras de esta nueva *racionalidad* es el renovado vigor que ha cobrado en la teoría empresarial y en la práctica directiva la *Teoría de Juegos*, debido a la cual la empresa se proyecta como un ente social que interactúa con el entorno natural, poblacional, ambiental, financiero, político, étnico, etcétera.

La Teoría de Juegos en el campo empírico permite al gobierno corporativo de las organizaciones medir la complejidad que tales relaciones producen, calculando posibilidades de optimización y rendimiento mediante sistemas de medición (de la complejidad) como, por ejemplo, los movimientos estocásticos (movimientos irregulares como los de un dado) del mercado, de los precios y de las condiciones de la producción en relación con el entorno.

De tal manera que la responsabilidad de las organizaciones frente a la sociedad, no es cuestión de exhortaciones éticas dirigidas a la conciencia del empresario para que incluya en su presupuesto partidas de ayuda humanitaria, sino de una nueva cultura, una nueva visión, más amplia y más integral de la economía y del fenómeno organizacional.

Cabe señalar que si se parte de esa visión de reciprocidad, es posible que la empresa recobre la confianza que ha perdido debido a la imagen negativa que ha adquirido en el mundo globalizado y, de manera particular, en la práctica neoliberal e individualista que le ha inspirado hasta hace unos cuantos años.

La confianza no es una cualidad que provenga del mundo ético o de concepciones ideales de las organizaciones, sino un dato fundamental y *sustentador de la economía sostenible*. *Trust within reason*, dice Martin Hollis –confianza dentro de la razón–, es decir, no derivada de la imagen ética de la empresa, sino de un

comportamiento que asuma la corresponsabilidad que le toca, de una actividad regulada por el principio antes aludido de la *reciprocidad*.

Pero más allá de las ideas, el mundo actual se enfrenta a realidades nunca antes vistas ni experimentadas que deberá solucionar, en primer lugar, estableciendo paradigmas regulatorios más adecuados. El punto de partida para ello radica en hacerse cargo de la nota más sobresaliente de la conformación social, política y económica derivada de los ajustes que se han debido hacer a las políticas de la globalización económica: la *complejidad* (Axtman, 2004).

La complejidad es más que un tópico del análisis acerca de la nueva conformación del mundo y de las organizaciones. Es un concepto que la Sociología tomó prestado de la Física para expresar el carácter inestable y fluctuante de los sistemas, derivados de su composición plural y del aumento del número de relaciones que se producen en su interior.

Se dice así, que en la medida que aumenta el número de sujetos que interactúan en una relación, aumenta el número de posibles relaciones derivadas de ésta. Dicho en términos de Niklas Luhmann, un sistema *social* produce desde dentro (*autopoiesis*) subsistemas que a la vez dan lugar al desarrollo de formas de comportamiento variable y cada vez más intrincado.

Esto sucede si pensamos en el mapa relacional de las organizaciones en la actualidad, ya se trate de Estados o de empresas e incluso de las llamadas metaorganizaciones regulatorias como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial (BM). En cualquier relación derivada de estas organizaciones se advierte un crecimiento de formas de interacción que vuelven cada vez más sofisticado el sistema jurídico y social que las norma. Ésa es la causa principal de la incapacidad de las instituciones para resolver problemáticas derivadas, por ejemplo, del vertiginoso comercio internacional.

Si focalizamos un poco más nuestro objeto de análisis, veremos que el fondo de la revolución producida en el seno de los sistemas actuales de relación organizacional lo constituye la proliferación de *cauces de información*. Lo cual afecta gravemente a los procesos regulatorios, pues si las reglas que rigen una relación, como es sabido, deben estar basadas en la información que se tenga sobre las partes involucradas, así como del tipo de relación que generan, es lógico que, si no se basan en esa información, fácilmente se desfazan, se aíslan y producen un fenómeno de alto riesgo para la estabilidad de los sistemas, que se denomina *anomia*. Con esta palabra se define aquella situación de *caos* producida por vacíos de regulación que, aunque en principio pueden ser no más que escollos que se resuelven con acuerdos parciales o por medio de una legislación correctiva, lo cierto es que fácilmente pueden hacer colapsar un determinado sistema de relaciones si el alejamiento entre la regla y la fuente de información, que le debe servir de base, se hace abismal y por ello, a la postre, insalvable.

Uno de los más grandes mitos de la cultura de las organizaciones en Occidente es pretender que es posible dominar o someter la complejidad por medio de fórmulas sencillas, como por ejemplo, un código o una ley especializada en un determinado ramo de la actividad social, o por medio de sistemas de regulación vertical como los que desarrolló el Estado moderno, especialmente en el siglo XX.

Decimos que se trata de un mito porque las relaciones entre organizaciones de diversos niveles y con distintos estilos, no son susceptibles de reducirse a esquemas fáciles o lineales y, como la historia lo demuestra, tampoco es posible lograr un punto de estabilidad *de una vez y para siempre*.

Pretender tal cosa nos ha llevado a crear sistemas poco o nada participativos, cerrados, y en último término, destinados al fracaso. Baste mencionar los megasistemas regulatorios como el de la extinta URSS, por ejemplo.

Es por ello que el análisis del comportamiento organizacional (dentro y fuera de la organización), así como la teoría de gobierno en todos los niveles, ha debido reformular sus fundamentos interpretativos a partir de una concepción menos ideal o utópica. Así, en la actualidad, todo análisis de los procesos regulatorios en las diversas actividades humanas, debe partir del *hecho de la complejidad* como su elemento performativo. Lo contrario dará lugar a teorías quizá bien armadas y con cierta lógica expositiva, pero en el fondo inadecuadas para dar razón de la realidad.

De ello nos dan buena cuenta los estudios sociológicos y psicológicos referentes al comportamiento en las organizaciones, en los que el punto de partida es la complejidad intrínseca de todo sistema. Baste mencionar, a guisa de ejemplo, los modelos de organización y optimización que ha desarrollado Michael Porter, por ejemplo, para hacernos una idea más clara de esta nueva tendencia. Y lo mismo podemos decir de las corrientes de interpretación que en esta materia se han desarrollado en los últimos años. Es suficiente con revisar los contenidos temáticos de la *Harvard Business Review*, por ejemplo, para corroborarlo.

En suma, podría decirse que el análisis actual de los procesos de regulación de las organizaciones y de las metaorganizaciones (en las cuales entran algunas empresas y, por supuesto, los Estados territoriales), ha aprendido la terrible lección que nos dejó el utopismo legalista del siglo XX, pero no sólo resignándose con el

hecho de la complejidad de los sistemas, sino asumiendo su potencial riqueza, pues el acelerado aumento de complejidad en cualquier sistema es eso, riqueza, posibilidad de ser.

Lo importante ahora será, sobre todo para quienes tienen a su cargo la función reguladora (Estado y organizaciones), emplear de manera adecuada los canales de información, incluido el *big data*, de tal manera que las reglas se hagan a partir de datos lo más objetivos posible, tanto si lo que se quiere es dar voz a los sujetos pasivos de la regulación como si se pretende configurar –mediante la ley o la regla– un determinado modo de comportamiento o una *cultura organizacional*.

Pero, ¿ésta es la tendencia mundial en todos los niveles de la cultura organizacional? Lamentablemente no. En el caso concreto de México, carecemos, por así decirlo, de un *logos* reglamentario, o sea, de una lógica que dé sentido a las normas que rigen la vida de las corporaciones. Así que de remiendo en remiendo, los cuerpos normativos que rigen la vida social y corporativa están plagados de antinomias, de falta de coherencia o sistematicidad.

Cualquiera podría pensar que ello se debe a factores externos, específicamente a la complejidad de la que venimos hablando. Sin embargo, parece que en México y en la mayor parte de los países de nuestra región continental, se debe más a una falta de visión de las élites gobernantes (incluyendo en ese grupo a quienes dirigen las organizaciones en el ámbito *privado*), quienes por ignorancia o descuido siguen aferrados a los modelos legalistas unitarios y estatistas del siglo pasado.

Por esta razón consideramos necesario y conveniente enmarcar las tendencias actuales del *compliance* en un campo visual de más amplio espectro, de tal manera que, como dirigentes gubernamentales o líderes privados, no se proceda en materia regulatoria por simple reacción ante los cambios mundiales, sino que se vea a más largo plazo y abonemos así el terreno para que las posibles reformas legales que nos influyen germinen en suelo propio y cobren el debido arraigo necesario para que garanticen efectividad, legitimidad y durabilidad a escala general.

5. LA EMPRESA ASUME LA COMPLEJIDAD REGULATORIA DEL ENTORNO

Una de las expresiones más claras de la complejidad de los sistemas de relación entre las organizaciones surgidos en los últimos años es el llamado *principio de reciprocidad* sobre el cual han de desarrollarse las políticas de regulación y la gobernanza.

Destaca en este sentido el enfoque de Edward Freeman, *stakeholder management*, que si bien se refiere a un tipo de organización específica como es la empresa, puede servir como referente para comprender por analogía las transformaciones del fenómeno regulatorio en su conjunto.

El enfoque de Freeman supone destinar recursos de la organización atendiendo al impacto que pueda causar su actividad en las condiciones del entorno, para lo cual se requiere de una evaluación que tome en cuenta no sólo a uno de los agentes que intervienen o pueden verse afectados, sino a todos, es decir, a los *stakeholders*, quienes tienen que ver y se relacionan con la empresa. Ello no significa que deba hacerse cargo de las tareas que originalmente corresponden al gobierno del Estado, y además bajo la presión o amenaza de ser penalizado, sino que el enfoque regulatorio ha de tomar en cuenta el contexto de operatividad de la empresa, con los matices que señalaremos más adelante, pero no sin antes intentar ofrecer una definición aproximada del concepto *stakeholders*.

Para el acreditado profesor de dirección de la Darden School de la Universidad de Virginia, Edward Freeman, la expresión *stakeholder* designa a un individuo o a un grupo identificable que pueden afectar positiva o negativamente el logro de los objetivos de la organización o es afectado por ellos.

En un libro del que Freeman es autor junto con Daniel Gilbert (*Corporate Strategy and Search for Ethics* , 1988), se refiere a los *stakeholders* como los componentes de una estrategia organizativa de carácter ético, señalando que los diversos grupos que afectan o son afectados expresan valores que no se deben pasar por alto si no se quiere correr el riesgo de sufrir un golpe duro derivado de lo que podría llamarse *legitimidad* de la organización, de ahí que las acciones organizacionales e individuales han de considerarse en buena medida como efectos del impacto que tienen esos valores, pues las organizaciones son *interdependientes*, es decir, forman parte de un sistema del que depende el éxito organizacional.

Según Marta de la Cuesta, pueden clasificarse en dos grupos:

a) Los primarios. Son aquellos accionistas, prestamistas y consultores que tienen derechos directos y legalmente establecidos (también llamados *shareholders*).

b) Los secundarios. Son ciertos proveedores, segmentos de clientes, grupos de presión, fundaciones y organizaciones de preservación y cuidado del medio ambiente, como por ejemplo Greenpeace (De la Cuesta, s.e.).

El conjunto de *stakeholders* forma lo que podemos llamar *entorno de la empresa* , cuya importancia radica en la interdependencia que representa. Así, decimos que el entorno debe estar en la base de cualquier programación estratégica, pues de lo contrario ésta pierde sustentabilidad, realismo y viabilidad económica. Por ello –dice Freeman– *al tomar las decisiones, las corporaciones se encuentran con que hay otros grupos e individuos externos que tienen interés en lo que hacen. Estos stakeholders , tales como clientes, proveedores, comunidades, dueños y empleados toman decisiones y dependen de las organizaciones para realizar sus proyectos. Del mismo modo, las organizaciones dependen de ellos para su éxito.* ³

En los últimos años ha surgido un nuevo tipo de organización, estructurada sobre la base de la lógica de la reciprocidad entre “sociedad y empresa”, o en sentido más amplio entre “organizaciones, sociedad civil y Estado”. Reciprocidad que está en disposición de generar y potenciar una economía robusta, *sostenible y sostenida* (Calvo, 2013), por cuanto beneficia tanto a la optimización del *capital social* de las organizaciones como a la sociedad que constituye el entorno de éstas.

Cabe señalar que cuando aquí se habla de *sostenibilidad*, se hace alusión al concepto que normalmente se refieren los estudios tanto de economía como de ecología e incluso de Derecho, que la entienden como una acción o conjunto de acciones que se proyectan en el largo plazo. En este sentido, podemos hacer nuestra la definición que del *desarrollo sostenible* nos da la Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo: es un tipo de *desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias* .

En las antípodas de este modelo colocamos a las organizaciones que *no viendo más allá de sus intereses efímeros* (cortoplacistas), actúan en forma miope sin consideración de la perdurabilidad e incluso del carácter gradual que tiene la rentabilidad cuando se comprende como un todo sistémico.

En este sentido, resulta altamente ilustrativa la interpretación del analista Michael Porter sobre la relación necesaria y directa entre “empresa y entorno social” para la construcción de lo que él denomina *cadena de valor*, entendidas como procesos económicos cuyo nivel de complejidad va aumentando en la medida que se van incorporando nuevos componentes.

Así, por ejemplo, se dice que la empresa incorpora valor de mano de obra, si el lugar donde opera la planta de producción está en una región en la que los pobladores cuentan con una tradición artesanal determinada que les facilita desempeñar el trabajo que requiere la producción lineal y repetitiva. Lo mismo sucede, por ejemplo, en un producto comestible, que se ve afectado por el entorno que puede llegar a favorecer la distinción de un sabor, olor o textura determinada, añadiendo así un valor que podríamos llamar impronta nativa o de autenticidad (por ejemplo, la empresa vitivinícola).

Lo mismo se diría de las *cadena de valor* que provienen de la vecindad geográfica de las empresas o *stakeholders* que intervienen en el producto y que por su cercanía o por la facilidad de comunicación, añaden valor por la vía de disminución de costos.

Otro tanto podemos decir de las mercancías en cuya cadena de producción intervienen elementos fósiles o provenientes de la tierra o de otros recursos naturales con los que cuenta el entorno, caso en el cual la *cadena de valor* se enriquece, pero no sin sus necesarias exigencias de compensación, y ello no sólo por una exigencia ética o de justicia, sino porque el diseño estratégico hecho a partir de la cadena de valor contribuye de manera directa a un crecimiento sustentable y competitivo.

Además, la cadena de valor es sustentable porque si no hay compensación o retribución, o al menos comunicación efectiva entre “el entorno y la empresa”, ésta no tiene raíces o arraigo que le dé estabilidad y proyección; y decimos también que el crecimiento es mayormente *competitivo* debido a la sistematización de la producción con vistas a reducir costos, como por ejemplo, de transporte o de dar al producto un *plus* o valor agregado de sabor, aroma, etcétera, que lo haga más competitivo en el mercado.

Eso significa que para que la empresa deje de ser un ente ficticio, cosmético, ajeno y opuesto desde su origen a la naturaleza del *entorno* en el cual se desempeña, las estrategias y los procesos de decisión, gestión y producción deben articularse a la luz de su interdependencia con el medio circundante (Porter, 2015) e incluso con el planeta mismo. Esto, en última instancia, requiere una visión diferente de lo que hasta ahora se ha entendido tradicionalmente por *empresa*.

En efecto, surge la necesidad de abandonar a la empresa como una simple *oportunidad* (pasajera, como todo lo que es ocasional u oportuno) que tenía el objetivo de explotar una potencia o recurso y obtener las mayores ganancias posibles en el menor tiempo posible, todo, por supuesto, programado desde los estrechos márgenes que da una visión miope de los negocios, carente de visión a futuro y, por tanto, sin una estrategia para su desarrollo sostenible en el largo plazo. Por el contrario, hoy la necesidad es adoptar el concepto de empresa con visión pragmática para entenderla como un componente espacio-temporal de un ecosistema o de una cultura colaborativa.

En suma, según el profesor Porter, al compartir una actividad de valor se obtiene lo que él denomina *ventaja competitiva*, pues además de que disminuyen los costos, la empresa adquiere, como el buen vino, el sabor de la tierra que le dio vida.

Visto desde la óptica de los *stakeholders* secundarios, es decir, de los que sin tener *interés directo* en la gestión y utilidad de la empresa forman parte de su actividad y entorno organizacional, la ausencia de un campo visual amplio de los empresarios con los que interactúan les afecta en un doble sentido. Por una parte, en los efectos nocivos que pueda generar una empresa desarraigada y desentendida del entorno, por otra, la necesaria fuga de fuentes de trabajo o de actividad económica que se genera cuando la empresa no es sustentable.

Así pues, la pérdida de comunicación entre las organizaciones y el entorno geográfico, ambiental, social y humano afecta gravemente a la sociedad, pues se produce una desestabilización de las cargas entre los diversos agentes de la cadena de valor. Lo cual puede llegar a repercutir, incluso, en la paz social.⁴

En suma, la empresa no es un ente al que se le observe en el laboratorio de una escuela de negocios, una facultad de economía o de un *software* de estrategia financiera. Es una realidad sistemática, es un ente moral y económico necesariamente interconectado con los agentes de los que recibe influencia y sobre los que recaen los efectos, directos e indirectos, de sus acciones o actividades corporativas u organizacionales. Por ello se le trata como persona jurídica o moral, es decir, como *persona* con personalidad, derechos, obligaciones y patrimonio propio, como componente de la sociedad en la cual existe y con la cual establece relaciones jurídicas, ambientales, económicas y sociales, en suma, establece relaciones múltiples, motivo por el cual, como se ha mencionado anteriormente, se le ha reconocido en muchos países, incluso en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como sujeto y titular de Derechos Humanos.

Por último, conviene señalar a este respecto que, dentro del ámbito jurídico, los *stakeholders* conforman lo que en materia de competencia económica se denomina *grupo de interés económico*. En caso de que una empresa sea la encargada de llevar a cabo una obra civil y subcontrate a otra empresa para realizarla total o parcialmente, ambas constituyen en principio una *unidad económica* con relación de matriz a sucursal o

agencias y, por ende, las condiciones pactadas entre ellas no irán en contra de los derechos de los trabajadores.

La relación entre los miembros de la unidad económica genera una serie de responsabilidades de todo orden (derechos y obligaciones correlativos entre las partes o solidariamente respecto a otro *stakeholder*), incluyendo evidentemente la responsabilidad penal, según la regulación de cada país, si bien, como veremos en seguida, es posible identificar una tendencia a la homologación en esta materia. Por ello resulta en ocasiones complejo determinar a qué empresa denunciar cuando la relación contractual es derivada y disipativa.

6. HACIA UNA AUTORREGULACIÓN REGULADA DE LAS ORGANIZACIONES

Como hemos señalado en páginas anteriores, las organizaciones en cuanto personas jurídicas, tienen derechos, reconocidos incluso por la jurisprudencia de la SCJN. Pues bien, si tienen derechos parecidos o asimilados a los de las personas físicas, resulta lógico que también tengan *obligaciones*. Y de ello hemos de ocuparnos en este apartado.

Sabido es que el aspecto punitivo compele a la empresa a hacerse cargo de su responsabilidad o corresponsabilidad en la comisión de delitos que se cometan en su sede corporativa, organizacional y/o en función del rol societario específico por parte de sus representantes, administradores y/o empleados, siempre con motivo del giro propio o actividades de la empresa. Pero ¿cuál es la causa y el objeto de esta tendencia mundial acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales?

Para responder a la pregunta nuevamente hemos de remitirnos al cambiante mundo conceptual en el cual debe ser enmarcada. Pero como los conceptos no discurren de manera aislada, al menos en estas materias, en su análisis ha de hacerse una referencia al contexto, es decir, a los hechos que dan lugar a que las ideas se transformen. Tomando en cuenta esta necesidad, hemos de recordar que, ante la complejidad de los sistemas sociales y económicos observados en los últimos años, el Estado ha tenido que dar un giro en sus políticas regulatorias, en primer lugar, renunciando al monopolio de la actividad legislativa formal; esto es, renunciar a la exclusividad para compartir con las organizaciones y entes menores esa función de emisión de normas, en aras de conseguir que la complejidad sea más manejable.

Pero esa renuncia al monopolio legislativo no significa que ceda y menos aún que *privatice* la actividad regulatoria. Lo que el Estado ha tenido que hacer es fortalecer sus actividades interactivas o, como se suele afirmar en la doctrina alemana, *regular la autorregulación (Regulierte Selbstregulierung)*.

Una autorregulación que si bien en otro tiempo pudo haber sido optativa o voluntaria, ahora responde a una necesidad ineludible e imperativa, se trata, como ha señalado Sally Simpson, de un *enforced self-regulation* (Simpson, 2010, 100), lo cual es benéfico si se ve desde el punto de vista de las libertades de que ahora goza la empresa para establecer sus propias reglas de juego en el mercado, así como para fijar sus políticas laborales y sus formas de adecuarse a los ecosistemas del mejor modo posible, incluso optimizando recursos en su propio beneficio. En una palabra, la empresa recobra la *autonomía* que hace mucho tiempo (¡ochos siglos aproximadamente!) había perdido. Pero el carácter forzado de la autorregulación proviene de un marco de regulación penal del Estado que condiciona esa autonomía, base de la iniciativa privada.

Y es que difícilmente podría el Estado haber dejado las amarras del control de las autonomías corporativas u organizacionales si no hubiese colocado en el otro platillo de la balanza un Derecho Penal que, más que amenazarle, le condiciona. Si bien, por tratarse de una materia relativamente novedosa, habrá que esperar para observar sus efectos, interpretaciones y el impacto que produce en la sociedad y en la economía, tanto nacional como regional, y desde luego, supranacional.

Pero lo que aquí queremos destacar es que estamos ante una forma de gobernar más cooperativa, más colaborativa, en la que los diversos actores sociales, económicos y políticos participan de manera más activa, incluso protagónica, en la elaboración de políticas públicas (agenda, legislación, sistemas regulatorios, diseño de estrategias, etcétera) y a la que la socióloga alemana Renate Mayntz ha identificado como el nuevo tipo de gobernabilidad, llamado novedosamente *gobernanza o governance*, que implica, dice esta autora, una forma de gobernar diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil.⁵

En definitiva, estamos ante la disrupción de un nuevo modelo regulatorio de las relaciones Estado-Sociedad en el que imperan formas de comunicación basadas en redes sectoriales y competencias compartidas (Beckmann, 2008).

En nuestros días, vemos concurrir dos fuentes de regulación que impactan no sólo en la economía o en los sistemas de organización social, sino incluso en las formas de vida nacional y subnacional. No se trata de una simple fragmentación o repartición del poder regulatorio, sino de una redistribución ordenada de funciones y ámbitos de autonomía.

Así, por una parte, el gobierno crea las condiciones normativas generales para que la *autorregulación* tenga lugar, lo cual exige que ese gobierno sea democráticamente legítimo y cuente con un mínimo de confianza derivada de su competencia y profesionalidad demostradas. Por otra, las empresas u organizaciones asumen la responsabilidad de regular sus propias actividades, tanto en el aspecto material como en el formal o de cumplimiento, lo que requiere contar con una sociedad civil que no esté atomizada en individualidades egoístas e indefensas ni mediatizada únicamente por los partidos políticos (*partidocracia*), sino que esté sistemáticamente diferenciada por sus diversas funciones y oficios en lo social. Cuestión que la doctrina alemana de la administración pública y de la Sociología organizacional ha asignado con la expresión *Leistungsgesellschaft*, que hace referencia a un concepto organizacional que no tiene traducción exacta al idioma castellano, pero equivale a *sociedad diferenciada y altamente competitiva, estructurada con base en el conocimiento*. En dos palabras, profesionalismo laboral (Offe, 1970).

Tal concepto expresa la práctica laboral que han promovido la sociedad y los gobiernos alemanes de la posguerra, que da prioridad a los programas de capacitación y formación profesional basados en el cultivo del conocimiento de las reglas y principios que rigen cada actividad, ya sea económica, política, social o cultural. Esto se opone a un régimen jerárquico y despótico en el cual el Estado domina hasta el último rincón de la sociedad mediante una producción ingente de reglamentos y controles que no se forman a partir de una información oportuna de las *regularidades que se pretende regular*, llegando incluso a ignorarlas o despreciarlas.

Para resolver el diferendo entre una *regla que no regula* y una realidad que discurre por vías diversas a las de la regla, los alemanes han adoptado un modelo que de algún modo garantice la correspondencia entre realidad (fuente de toda regulación) y regla. El modelo se basa en el principio de correspondencia entre poder y saber, es decir, que las reglas no siempre las formule el que tenga el poder de hacerlo (por ejemplo, el Poder Legislativo) sino el que posea el conocimiento y la experiencia sobre la realidad que regula. Y ¿quién más posee la experiencia de las reglas sino aquellos que se enfrentan a ellas diariamente? Por ejemplo, sin duda el Estado tiene el poder de legislar en materia de prevención de riesgos de accidentes en una planta nuclear, y sin embargo, ¿quiénes mejor que los que a diario se enfrentan a esos riesgos son capaces de elaborar las reglas de su prevención? Con base en esta regla de regulación básica, los alemanes han adoptado el modelo de *autorregulación*, en el cual el Estado “se limita” a vigilar y controlar que las reglas autorreguladas se apliquen y sean operativas, actuales y eficaces.

Además del sentido que le han dado los alemanes (relación *poder-saber*), está comprobado que la autorregulación de las empresas u organizaciones favorece el desarrollo de ámbitos de gobierno más a la medida del ser humano, es decir, mayormente susceptibles de dominio técnico y de control directivo, e incluso, como señalara hace años Schumacher en el extraordinario y magnífico libro *Lo pequeño es hermoso (The Small is Beautiful)*, más humanas por cuanto son más cercanas a las necesidades y anhelos vitales de sus miembros.

Esa tendencia autorregulatoria se ha proyectado especialmente sobre ámbitos de carácter técnico dentro de las organizaciones, y que por su propia naturaleza escapan del dominio siquiera conceptual del legislador ordinario del Estado. Y es que, como se ha dicho, resulta punto menos que imposible que el Estado logre legislar, por ejemplo, en aquellos procesos que son propios de las organizaciones y que exigen un conocimiento específico para discernir y fijar una *regularidad* susceptible de plasmarse en un documento en términos *reglamentarios* oficiales.

Sin embargo, ante tales tendencias al autogobierno privado y a la autorregulación organizacional, surge con renovado brío aquella cuestión que debatieron los antiguos autores de teoría política, que se resumía en el aforismo latino *quid custodes custodet*, esto es, *quién cuida al que cuida*.

Así pues, creemos que la reforma legal a nivel federal en México sobre responsabilidad penal de las empresas, aprobada por el Senado de la República (ver Apéndice Legislativo), ha de ser entendido como parte de una transformación más amplia que deriva en la adopción de un nuevo *sistema* de relaciones sociales, políticas, jurídicas, comerciales y económicas, radicalmente diverso al que ha venido funcionando hasta el día de hoy.

Se trata de un sistema basado en una estructura disipativa, en la que los centros de decisión tienden a distribuirse de manera horizontal a través de una *responsabilidad compartida* entre el Estado y la sociedad (*horizontal self-organization*) (Mayntz, 1988, 3). Es decir, estamos en presencia de una ruptura profunda del viejo esquema cerrado, jerárquico y sumamente vertical, como el que existía hace dos décadas en el que el gobierno del Estado tomaba decisiones y las imponía desde un centro único de mando, desde la cima de la pirámide social, mientras que la sociedad esquivaba, hasta donde le era posible, los efectos nocivos que esas decisiones oficiales pudieran tener para sus intereses privados.

En suma, hoy se trata de una lógica de funcionamiento distinta, tanto que en ocasiones se coloca en las antípodas o lugar de la superficie terrestre más alejado del esquema heredado de finales del siglo pasado.

La tendencia actual es hacia el modelo que hace algunas décadas el sociólogo estadounidense Robert Dahl

planteaba sólo como hipótesis de trabajo o como una propuesta de análisis prospectivo (especialmente de la política de los Estados Unidos), proponiendo la adopción del neologismo *poliarquía*, término con el cual definía un modelo en el que se ampliaran los márgenes de decisión en un país mediante un aumento del nivel consensual, es decir, un esquema en el que, abandonando la *pasividad política* originada por los excesos de poder político, los actores sociales reasumieran el poder social y la participación en la toma de decisiones.

Para que el modelo fuese posible, Dahl proponía una política más flexible que permitiera el fortalecimiento de los actores sociales, no sólo individuales (los *votantes*) sino también colectivos, lo cual redundaría necesariamente en una ruptura del rígido andamiaje estatal y, en consecuencia, en una rehabilitación de las empresas, organizaciones o personas jurídicas.

Pero más allá de modelos teóricos o propuestas hipotéticas de análisis, la transformación institucional causada por la crisis del mundo visto como *Aldea Global* es hoy un hecho palpable que se manifiesta, entre otras cuestiones, en una reforma estructural que tiende a fortalecer la autonomía de las empresas u organizaciones mediante nuevas reglas estructuradas dentro de un marco punitivo-sancionador que busca ejercer presión para que la responsabilidad compartida cuente con una garantía. Desde luego, casi sobra decir que el elemento *penal* no es sino un componente del nuevo orden, el cual difícilmente funcionará sin que haya una relación de simbiosis entre las diversas ramas del Derecho, empezando por la Fiscal, Mercantil y Administrativa. Pero de ello nos ocuparemos en la última parte de este estudio.

En México, como lo señala Luis Carranza Figón, encontramos algunas expresiones de la *autorregulación regulada* en la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, en la cual se obliga a las empresas a establecer reglas y procedimientos a fin de promover el sano desarrollo de las actividades que representan, *procurando elevar la Ética empresarial en los negocios y, por tanto, la calidad de los servicios y productos que brinden* (Carranza, 103).

Asimismo, en esta ley se dispone que la Asamblea General integrada por afiliados y representantes de las cámaras tiene facultades para aprobar las políticas generales *para la determinación de sanciones por incumplimiento a los estatutos respectivos*. También se prevé la facultad sancionadora de las propias cámaras dentro del Sistema de Información Empresarial Mexicano que coordina la Secretaría de Economía.

En un análisis acucioso sobre el tema, Carranza nos ofrece otras expresiones de esa tendencia autorregulatoria, como la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, en donde se prevé una serie de medidas tendentes a prevenir la comisión de delitos en las operaciones que pudieran realizarse con recursos de procedencia ilícita, para lo cual están facultados (y obligados) a implementar *actos autorregulatorios* que les faciliten detectar posibles clientes o usuarios que representen riesgo de implicar a la entidad financiera en hechos ilícitos (Carranza, 103). Para eso el gobierno corporativo de las empresas ha de diseñar los medios que considere oportunos y necesarios y codificarlos de tal manera que constituyan reglamentos internos que obliguen a los empleados a conducirse con las cautelas que se establezcan.

Estos aspectos autorregulatorios, de igual forma, existen en México con motivo de algunas disposiciones legales en materia ambiental y del incipiente sistema anticorrupción.

7. LOS AGENTES DE LA REGULACIÓN: ESTADO, ORGANIZACIONES Y SOCIEDAD

Sin perder de vista que este ensayo no busca ofrecer una *teoría* sino una herramienta de análisis del entorno jurídico, tal como parece configurarse en la actualidad, podemos echar mano de algunos conceptos formulados en el terreno de la teoría que nos permitan comprender más a fondo el fenómeno.

Con este fin podemos recordar la teoría social de Niklas Luhmann, quien ha venido hablando en los últimos años de la necesidad de hacernos cargo de la *complejidad* de nuestros sistemas, entre otros, por supuesto, el jurídico.

La palabra *complejidad*, que en ocasiones se utiliza como vía de escape para no dar razón, argumento ni justificación de situaciones que no logramos comprender o que comprendiéndolas ponen en riesgo nuestra seguridad basada en esquemas reduccionistas (como el estatismo, por ejemplo), se ha vuelto un elemento imprescindible e ineludible en el análisis del cambio social.

La complejidad radica, en primer lugar, en la concurrencia de los diversos actores sociales en la construcción del andamiaje jurídico que rige nuestras actividades. Concurrencia que no ha de basarse únicamente en la *voluntad política* de partidos políticos y organizaciones para crear consensos que nos permitan convivir en paz, sino que, además, ha de fundamentarse en una nueva lógica regulatoria derivada de la funcionalidad, podríamos decir *orgánica*, de los diversos grupos y organizaciones sociales.

Eso significa que los contenidos de las leyes no se han de determinar únicamente por criterios mayoritarios ni por razones de Estado, sino que han de basarse en un conocimiento real y efectivo de la naturaleza de cada actor social.

No es a los *políticos* ni a los gobernantes a quienes compete en sentido estricto definir la racionalidad normativa de las diversas organizaciones privadas que operan en el interior del Estado, sino a quienes realizan el trabajo específico de éstas.

Así, por ejemplo, resulta absurdo que las leyes en materia de hidrocarburos se formen con base en informes e intereses sectoriales de la política o con base en meros análisis *de escritorio* burocráticos.

Lo lógico, lo *natural*, diríamos si se nos permite esa expresión un tanto resbaladiza, es que sean los productores de esa industria quienes emitan las *reglas* a partir de la experiencia práctica en el ramo específico y no los partidos políticos ni legisladores dedicados al protagonismo, a una ideología política o a un interés “privado”. En todo caso, es al Estado a quien corresponde velar para que la *autorregulación corporativa o empresarial* no pierda el sentido de corresponsabilidad, incorporando a sus procesos regulatorios cuestiones que resultan de *interés común*, tales como la biodiversidad de los ecosistemas, la sostenibilidad del entorno, los límites a la contaminación o emisión de gases efecto invernadero, la promoción de las personas y comunidades que forman parte del proceso productivo de manera directa o indirecta, la promoción de una política pública global de respeto al planeta, la alfabetización universal y la lucha contra el hambre y la pobreza en el mundo, así como el justo reparto o distribución de la riqueza.

Con ello no pretendemos afirmar que el Estado delegue sus funciones o atribuciones públicas ni que la empresa asuma un *plus* de cargas adicionales que no hacen sino reducir aún más los estrechos márgenes de rentabilidad o utilidades que en ocasiones producen las políticas públicas y ciertas tendencias populistas como se observa en algunos países de América Latina.

Lo que planteamos es que la autonomía de las empresas y, en general, de cualquier organización intermedia, tiene unos deberes u obligaciones correlativas a las libertades de que goza. De tal manera que las facultades de autorregulación que le permiten ejercer un mayor control de su propia actividad basado en las necesidades reales de esa empresa, tienen condicionantes derivadas del *entorno* en el cual actúa, especialmente de los recursos naturales, poniendo así a prueba su *resiliencia*.

Si una empresa es extractiva de los recursos fósiles de un espacio geográfico determinado y goza de la libertad de crear las reglas que rigen su actividad organizacional específica, también ha de cumplir necesariamente con obligaciones que eviten el deterioro ambiental derivado de su actividad, tales como la reposición, remediación o conservación de recursos que son utilizados como insumos corporativos, la reforestación, la mejora de la calidad del subsuelo, así como la concientización de las personas y la promoción de su calidad de vida.

El Foro Social Mundial del que hemos hablado en páginas anteriores, al hablar de la crítica y de la acción en contra del Foro Económico de Davos y de las políticas neoliberales de ciertos grupos transnacionales, propone un catálogo de obligaciones correlativas a la actividad de extracción, explotación y transformación de la empresa, entre las cuales destaca:

- a) Dejar más de dos tercios de las reservas de combustibles fósiles bajo la tierra y del fondo del océano para prevenir niveles catastróficos de cambio climático.
- b) Prohibir o, al menos, regular con sentido de urgencia las nuevas exploraciones y explotaciones de petróleo, arenas bituminosas, gas no convencional, carbón, uranio y gas natural.

c) Adoptar estrategias de *residuos cero* mediante el fomento de programas de compostaje y reciclado integral que reemplacen el uso de incineradores de residuos que producen gases de efecto invernadero.

En síntesis, se trata de que las empresas asuman el carácter interdependiente y la complejidad en la cual actúan, realizando sus objetivos específicos pero sin desentenderse del *entorno* en el que llevan a cabo su actividad.

Dicho en sentido positivo, promoviendo con su actividad organizacional un desarrollo sostenible, que permita a las personas que participan en los procesos de producción vivir con una mejor calidad de vida y de acuerdo con los valores y paradigmas propios de la sostenibilidad. Además, es necesario descentralizar la generación de energía y colocar su propiedad bajo control de las comunidades locales impulsando las fuentes de energía renovables y sustentables. En el mismo sentido, dice Boff, se requiere acabar con la producción industrial de alimentos en gran escala orientada a la exportación (incluyendo la producción agropecuaria) y promover sistemas de producción en pequeña escala, basados en las comunidades locales (Boff, 2013).

8. APRENDER A TRABAJAR CON REGLAS

El modelo regulatorio de la empresa hoy en día se nos presenta como un fenómeno de comunicación y aprendizaje sin precedentes en la historia de las organizaciones (Rotsch: 2012, 1-11). Por una parte, el gobierno corporativo empresarial y la llamada gobernanza se nutren de una información constantemente actualizada. De poco o nada serviría una información caduca o manipulada para resolver los problemas que jurídicamente se han de solucionar en la empresa cotidianamente.

Esa información ha de reflejar hasta los más sutiles resquicios por los que se pueden generar o filtrar riesgos de responsabilidad penal en el complejo campo de interrelaciones que genera la actividad empresarial. Pues si la organización se ha de autorregular, ha de hacerlo inteligentemente, es decir, con la finalidad de obtener lo que Michael Porter ha denominado *ventaja competitiva*, tema al que nos hemos referido en páginas anteriores.

Ello implica que la relación entre la fuente regulatoria (interrelaciones de la organización con el mundo exterior y, en el interior, interacción entre las diversas áreas que la componen) y la regulación producida, sea cada vez más real, actualizada y objetiva.

Cuestión ésta que en nuestra área sociocultural –insistimos en ello– no resulta fácil de comprender, pues la correspondencia entre “la realidad y la regla” no es ni ha sido una prioridad y menos aún una tendencia. Todo lo contrario, nos hemos acostumbrado a que teoría y práctica, materia y forma, realidad y norma, discurren por caminos distintos, que sólo encuentran puntos de contacto en el discurso político, tanto de las autoridades públicas como de los propios empresarios.

Si se considera que la tendencia de la ventaja competitiva consiste en unir esos dos mundos tradicionalmente separados, de tal manera que la empresa genere sus reglamentos tomando en cuenta lo que existe en su entorno, con ánimo e interés de aprovecharlo u optimizarlo y de compartir con él riesgos, costos, responsabilidades y beneficios de manera sustentable, entonces resulta lógico que la información con que cuenta ha de ser lo más real, actualizada y objetiva posible.

Pero eso no ha de llevarse a cabo mediante lo que tradicionalmente se ha llamado *Investigación y Desarrollo*, que en el mundo empresarial de hace dos décadas y aun en algunas empresas hoy día, se confunde con un área dedicada a la innovación, lo cual en el fondo no deja de ser de alguna manera un lujo para cualquier organización, un *plus* del que fácilmente podría prescindirse. Lo que nosotros proponemos de cara a la *cultura del compliance regulatorio*, va más allá de tener un área de medición o de información oportuna dentro de la

estructura de la empresa. Se trata de una política regulatoria basada en procesos de información cada vez más precisos que nos permitan detectar posibles escollos regulatorios e incluso operacionales.

Reiteramos que el modelo empresarial en la actualidad es el del *aprendizaje*, pues tanto los accionistas como los directivos y empleados deben formar parte proactiva de un proceso de información que permita autorregular, pero a partir de la realidad y no de supuestos ideales, ideas de moda o de formulaciones teóricas.

En la medida en que se cuente con una información más precisa, real, actualizada y objetiva se elaborarán reglas más asequibles, más a la medida de la organización conforme a su dimensión operativa y, más que eso, se elaborarán reglas a escala humana, logrando que las reglas no constituyan un simple deber ni una monserga con la cual hay que lidiar, sino un instrumento real de optimización de recursos humanos y materiales.

Para ello es necesario que las reglas no sólo se elaboren e impongan, sino que se estudien, se aprendan, se empoderen en el sentido más profundo de la palabra. O quizá deberíamos decir, de acuerdo con las modernas enseñanzas de la Pedagogía, han de internalizarse, asimilarse, hacerse propias.

Si las reglas son inteligentes, esto es, están hechas a la medida de la realidad y se orientan a encauzarla para obtener lo mejor de ella, su cumplimiento tendrá un sentido. Pero ese sentido debe ser justificado, explicado, informado.

Es así como el *compliance regulatorio* se coloca en los interesantes terrenos de la Pedagogía. Nos referimos de manera específica al conocimiento como *capacitación*, pero como parte de un proceso de *formación*.

Se trata de informar a los miembros de la organización de los contenidos regulatorios, las directrices y códigos, de tal manera que los administradores, representantes y/o empleados los pongan en práctica como condición para trabajar ahí. Con ello la empresa obtendrá la seguridad de que en caso de cometerse un probable delito con motivo de su actividad organizacional o en el interior de su estructura, contará con una atenuante al momento de la imposición de una pena en contra de la persona jurídica o moral y, en algunos casos, una eximente total de responsabilidad penal corporativa.

Sin embargo, no es ése el esquema que aquí se propone, pues además de obedecer a una visión muy estrecha del significado que tienen las reglas en la nueva cultura empresarial, no se optimizan los recursos. Es decir, las personas trabajarán en el interior de la organización cumpliendo con los reglamentos internos y con la normativa estatal que rige su actividad, pero no pondrán ese *plus* que se debería traducir en una organización consciente, más humana, más interactiva y, en último término, más exitosa.

La capacitación orientada al aprendizaje de las reglas y, consecuentemente, al recto funcionamiento de los procesos de producción y gestión organizacional, debe adoptarse como parte de un proceso formativo más amplio, más integral. Ya quedaron atrás los modelos de yuxtaposición y casi de enemistad entre “los empleados y los empresarios”. Además de esa lastimosa polarización, también han quedado superados los modelos filantrópicos que pretendieron transitar ese antagonismo mediante la exhortación a la *responsabilidad social del empresario*, derivada sólo de su buena voluntad para realizar actos de *compensación* mediante el auspicio de fundaciones, centros de beneficencia, escuelas y dispensarios gratuitos.

Formar a los miembros de la organización no significa inscribirlos en cursos de Ética o de superación

personal, como parte de los *programas de capacitación*. Nada de eso, por el contrario, significa incorporarlos formativamente a la empresa, a su ventaja competitiva, pero para ello las reglas, como se ha señalado, deben reflejar la realidad, de tal modo que sean instrumentos objetivos de trabajo, más que obstáculos o vampiros de tiempo que haya que saltar.

Lo importante es que el conocimiento e internalización de las reglas, los reglamentos y los códigos de Ética-comportamiento que produce la *autorregulación*, y que como hemos señalado, conllevan un sinnúmero de ventajas para la organización, han de diseñarse de acuerdo con el tamaño y alcances de ésta. Expliquémoslo.

Normalmente se dice que las empresas deben dar a conocer sus principios, directrices, códigos de conducta y reglamentos internos a todos sus miembros e integrantes con la finalidad de facilitar que toda esta regulación se cumpla evitando así riesgos, accidentes, contingencias o ilícitos desde la empresa. La necesidad de dar a conocer la regulación es una realidad que no requiere demostración, pues ahora la mayoría de las organizaciones han incluido en su *web* un apartado en el que se contiene ese tipo de información. Además de darla a conocer, debe ser una regulación comprensible.

Sin embargo, si se tienen en cuenta las características de la empresa con ventaja competitiva, a la cual aquí nos venimos refiriendo, es evidente que esa *información regulatoria* dada a conocer es insuficiente. En efecto, pues han de sumarse a ella cursos, programas de actualización, generación de buenos hábitos y prácticas organizacionales y todo un despliegue pedagógico que afiance el contenido regulatorio y permita que éste se traduzca en una debida implementación, que sea una realidad su cumplimiento. A ello está obligada toda organización como parte de la *cultura autorregulatoria*, porque no es suficiente con que se cuente con reglas sino que es necesario contar con los cauces institucionales adecuados para su correcto y puntual seguimiento, implementación, control, supervisión y evaluación.

No obstante que todo ello parece formar parte de un sistema perfectamente estructurado y con una lógica contundente, en el momento de hacerlo *exigible* saltan a la vista sus *asimetrías*. Es decir, ¿hasta qué punto se puede exigir a una empresa pequeña, por ejemplo, que se ajuste a los mismos modelos de formación, estándares regulatorios y capacitación que una empresa transnacional o global?

En este sentido es necesario, una vez más, medir con la *vara de Lesbos*, metáfora que proviene de un instrumento de medición que empleaban los antiguos arquitectos griegos para diseñar arcos de medio punto, la cual tenía como característica el ser una vara flexible, maleable, capaz de ajustarse a las asimetrías del terreno. Por ello la vara se convirtió en metáfora de la prudencia regulatoria y judicial, pues tanto las reglas como el enjuiciamiento de su cumplimiento exigen distinguir lo distinto y no someterlo al mismo criterio de valoración normativo.

Eso significa que no se pueden elaborar reglas tan taxativas o irrefutables que iguallen circunstancias tan dispares como una pequeña industria local y una gigante transnacional. En una y otra la información de la que se parte para generar reglas es distinta y, por su diferencia de tamaño, complejidad directiva y operativa, también son distintos la capacidad y los alcances de la difusión del conocimiento regulatorio.

Por ello sostenemos que la *cultura autorregulatoria* debe ser regulada con acuerdos, consensos de los distintos actores sociales y bajo un esquema asimétrico, para establecer niveles de exigencia *compliance* en una escala adecuada a la diversidad de organizaciones so pena de fracasar en su implementación y que todo quede en el discurso o las meras buenas intenciones.

9. EL COMPLIANCE COMO ACTIVIDAD ÉTICA DE LAS ORGANIZACIONES

Dentro de los temas relacionados con el *compliance* legal destaca el relativo a la formulación de los *códigos de Ética* y códigos de comportamiento de las organizaciones.

Se trata de un tema que en el marco de la integración o reintegración de la empresa al entorno, ha de ser replanteado desde sus raíces, pues como se ha mencionado, hasta ahora la disciplina conocida como *Business Ethics* se ha desarrollado dentro de los márgenes de la *responsabilidad social del empresario* (RSE). Lo cual conlleva una idea muy distinta a la del *valor compartido* o *shared value* entre “la empresa y el entorno”, pues mientras que la RSE supone que se trata de una especie de *acoplamiento estructural* casi diríamos mecánico, el *shared value* lo concibe, por así decirlo, en términos más parecidos al de un organismo, en el que la relación entre ambas partes no es producto de una unión sino de una simbiosis.

Ello implica que la actividad que realiza la mente de quien regula, sea de distinta naturaleza. Dicho de manera sencilla: si se parte de una idea de acoplamiento artificial de la empresa en el entorno, las reglas que se elaboran para regir la relación entre ambas partes son *creadas*; se producen en la imaginación o en la buena voluntad y buenos deseos de quienes las formulan. En cambio, si se parte de una idea, digamos, *organicista*, como la que aquí proponemos siguiendo el modelo de Michael Porter, según la cual la empresa no es un sistema

distinto del *sistema social* ni del *entorno o ecosistema* en el cual funciona, sino parte de éstos, entonces las reglas que se formulan no se crean a partir de la nada, o de la imaginación, inteligencias o de sentimientos, sino del recto entendimiento o sana comprensión de las relaciones múltiples entre la empresa y su entorno, esto es, de manera vivencial.

Valor compartido o shared value entre “la empresa y el entorno” es mucho más que una simple elucubración filosófica en torno a la empresa o a la naturaleza de sus reglas. Se trata fundamentalmente de un modelo regulatorio que, como se verá en las siguientes páginas, tiene repercusiones en todos los ámbitos legales de las organizaciones y que es necesario conocer y comprender.

Hay una palabra que podría expresar correctamente la idea que aquí queremos transmitir acerca de la manera de concebir los procesos regulatorios de una organización entendida como parte del sistema de su entorno. Ésta es *invención*. Palabra que por sus raíces latinas *in venire*, nos da la idea de algo que *estando ahí*, se hace venir, se actualiza, se devela.

Es probable que muchos de nuestros lectores hayan escuchado aquella historia que se cuenta de Miguel Ángel Buonarroti, quien estando en las montañas del Fiesole practicando junto a los pedreros y canteros el movimiento de las manos para esculpir la piedra, escuchó a uno de ellos que, señalándole una enorme masa marmórea avizorada por su veta, le decía: “Maestro, ¿ha visto qué pieza de mármol ésta?”. A lo que éste respondió: “Ahí no hay una piedra, hay un David, sólo hay que quitarle lo que le sobra.”

Mencionamos la anécdota porque nos parece que ilustra bien el *arte de regular*, que debe cultivarse para generar un *corpus* reglamentario a partir de la realidad y no de supuestos morales.

Incluso los códigos de Ética han de formularse o reformularse con este sentido realista en el que el “ser” y el “deber ser” no se unen como consecuencia de un acto de imposición normativa o de *codificación*, sino de la comprensión racional del funcionamiento de la realidad, que se codifica para dar cauce y sacar lo mejor de ella, como Miguel Ángel con el canto de mármol.

Parece que ahora cobra sentido el viejo aforismo *good ethics, good business*, que es más que una simple frase motivacional o exhortativa. En efecto, pues se trata del descubrimiento de una relación ética que se deriva de la lógica de la realidad y no de la voluntad de quien tiene la facultad para imponer normas, reglas y sancionar por su incumplimiento.

Precisamente por eso, hoy en día se habla de *mejores prácticas* y no de Ética empresarial o de ética en los negocios, pues se trata de plasmar en un *corpus* regulatorio interno la clave para optimizar y maximizar el talento de los miembros de una organización, así como de los recursos que ofrece el entorno. Hablar de valores y promoverlos no es suficiente, es necesario aterrizarlos en la realidad por medio de prácticas, las mejores prácticas vivenciales que permitan concretar tales valores en acciones o hábitos reales.

Como ha señalado Fernando Savater en su sugerente libro *Ética para la empresa*, si tuviéramos que elegir una cualidad ética del empresario en el mundo actual, sería la de tener la capacidad o habilidad para *identificar el interés común*. Éstas son sus palabras:

Otra virtud del empresario es su capacidad de cooperación e imaginación para entender un interés común, un algo que no sólo le interesa a él, sino también a los demás... La función social del empresario no es un requisito voluntario de su empresa: es una necesidad de ella (Savater, 2015, 32).

Sólo así es posible formular elencos de deberes que luego se recojan en *códigos* que resulten asequibles, cumplibles y permitan el cumplimiento real y efectivo por parte de sus destinatarios. Lo cual no ocurre cuando se elabora un código de Ética desde la óptica de la especulación filosófica o moral, como suele pasar cuando las organizaciones contratan a personas admirables, quizá por su talante contemplativo, especulativo o buen prestigio, pero desconocedoras de la realidad en la que opera la organización, concreta y específica, a la que pretenden dotar de una estructura deóntica o lógica.

Ello no significa que una persona versada en Filosofía, Moral o en Ética no pueda aportar, y mucho, a la elaboración de los códigos de Ética empresarial, sino simplemente que no se le puede delegar de modo pleno esa facultad, pues lo más probable es que de ello resulte un instrumento de regulación interna de la empresa lejano, remotamente aspiracional y hasta farragoso, incorporándose así al cúmulo de códigos, reglas, normas, principios y, en última instancia, reglamentos o regulación que no se cumplen.

Y no se cumplen, insistimos en ello, no porque las personas seamos incapaces de sujetarnos a reglas éticas en el desempeño de nuestras actividades, sino por *defecto del instrumento*. No queremos decir que los empresarios no tengan responsabilidad o culpa de que en países como México, por ejemplo, no exista una cultura de respeto por la ley o, como ahora suele llamársele, *cultura de la legalidad*, sino simplemente queremos aportar un punto de vista para que no se piense que todo depende de los buenos sentimientos morales, sino que es posible formular códigos de Ética empresarial que sean susceptibles de ser cumplidos porque obedecen a una racionalidad funcional, práctica y operativa.

De no asumirse ese punto de vista en los procesos de regulación de las empresas, especialmente en el terreno de la Ética, pero también en los demás aspectos, se corre el grave riesgo de continuar transitando por sendas que son muy conocidas. Nos referimos a las del habitual incumplimiento y, por ende, de la corrupción, la simulación o la doble moral, pues es sabido que ahí donde la Ética y las reglas no tienen relación con la realidad ni con los intereses de quienes han de acatarlas, es imposible que germine una cultura distinta al incumplimiento.

Incluso, nos atreveríamos a señalar que debido al mal cartel que hoy tienen los códigos de Ética en el mundo empresarial, ya que son vistos como conjuntos de deberes que no se sabe de dónde vienen ni adónde se dirigen, pueden resultar contraproducentes. Siendo así, consideramos que es mejor emplear la expresión de *cuadernos de buenas prácticas*, que refleja más el sentido racional funcional que tienen esos instrumentos conforme al debido modelo del *valor compartido*.

En suma, como ha dicho Savater, la Ética empresarial ha de ser proactiva, debe buscar lo bueno, lo mejor de las personas y de los procesos o sistemas que nos rodean, y no sólo evitar lo malo. *A partir de principios morales, proyecta directrices futuras y transforma la convivencia y la colaboración dentro de la empresa innovando hacia lo mejor y no s ó lo prohibiendo lo evidentemente peor* (Savater, 2015, 9).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Pelligra Vittorio, “La economía de comunión y la justicia global”, *Economía de Comunión. Una nueva cultura*, Año XV, No. 30, diciembre 2009, p. 20

2

Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, México, ITESO/UIA. 2006, p. 12

3

IESE, Newsletter No. 5, *Otro punto de vista*, noviembre de 2009. Referencia a la tesis doctoral de Gastón Escudero Poblete, *La teoría de los stakeholders de Edward Freeman*, UNAV, 2009

Véase el Índice de Paz Global (IPG). El Índice Global de Paz (GPI por sus siglas en inglés) realizado por el Instituto para la Economía y la Paz, califica a las naciones alrededor del mundo de acuerdo con su nivel de paz. El índice se compone de 23 indicadores cualitativos y cuantitativos provenientes de fuentes altamente respetadas y clasifica 162 Estados independientes, cubriendo así 99.6% de la población mundial. El índice mide la paz global utilizando tres amplios temas: el nivel de seguridad en la sociedad, el alcance de los conflictos domésticos e internacionales y el grado de militarización

Para Mayntz, el concepto de gobernanza ha pasado por un proceso evolutivo que va desde la idea amplia de planeación o eje de la rectoría del Estado hasta la equiparación de ésta a la idea de procesos compartidos de definición e implementación de *políticas públicas (public policy-making)* . Sin embargo, en la actualidad se le entiende como la confluencia de actores sociales dentro de unas estructuras institucionales *ad hoc*

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Capítulo III. COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

CAPÍTULO III

COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

1. LA REGULACIÓN DEL ESTADO COMO MEDIO DE CONTENCIÓN

A la vez que se abren las vías hacia la autorregulación, previa desregulación del Estado en diversas materias, hay una que no sufre esa mengua debido a que se le emplea como dique de contención para imponer un punto de equilibrio entre las empresas, organizaciones y el entorno social, económico y ecológico: la penal.

En efecto, durante las últimas dos décadas ha aumentado de manera acelerada el expansionismo o área de impacto del Derecho Penal, lo cual, según algunos críticos, pone en riesgo el carácter tutelar o garantista que ha de tener todo ordenamiento jurídico respecto a *la persona*, pues lo coloca en una posición de enemigo y vigía que amenaza con transgredir su libertad.

Estamos ante un expansionismo del Derecho Penal que busca aumentar la protección de un mayor número de bienes jurídicos. Entre las múltiples causas de ese aumento de producción normativa penal podemos señalar el acrecentamiento de la complejidad de los sistemas sociales y, por ende, de las situaciones de riesgo delictivo, pues sabemos que la mentalidad criminal no tiene límites pero sí una gran capacidad de adecuarse a situaciones cambiantes, novedosas y difíciles. De tal manera que si las organizaciones crecen y desarrollan sistemas más intrincados y complejos de comunicación interna y externa, se abren nuevos canales o resquicios para el crimen.

Así, en los recovecos del laberinto organizacional diseñado de acuerdo con los modelos de la más elevada tecnología, surgen conductas delictivas *ad hoc* no contempladas por las leyes penales tradicionales ni por los tratados de Criminología.

Ante este panorama, la mayor parte de los Estados de nuestra área sociocultural han respondido adoptando una política criminal cuyas características podríamos resumir, siguiendo a Elena Núñez Castaño, de la siguiente manera:

a) Ampliación de los ámbitos sociales que son objeto de intervención penal del Estado, ya sea por el aumento y la novedad de las problemáticas penales o por la potenciación de aquellas preexistentes que, como consecuencia de los adelantos tecnológicos y científicos se han potenciado.

b) Aumento del número de sujetos del Derecho Penal, como consecuencia de políticas anticorrupción que han llegado a rebasar límites antes invulnerables llegando hasta personas que normalmente no tenían relación con la justicia penal. Piénsese, por ejemplo, en grandes políticos o sus familiares y en empresarios de alto nivel.

c) Preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social, con lo cual quedaría gravemente cuestionado el principio de subsidiariedad penal, según el cual antes de acudir a la instancia penal han de agotarse los recursos ordinarios no penales (Núñez Castaño, 186).

d) Todo ello en el marco de una serie de instrumentos internacionales sobre responsabilidad penal de las personas morales en los que el Estado mexicano es parte: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 15 de noviembre de 2000, ratificada por México el 4 de marzo de 2003), en la que se dispone que *cada Estado parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno, para establecer la responsabilidad de las personas morales de acuerdo con los delitos tipificados en la Convención (blanqueo de capitales y corrupción)*. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 20 de julio de 2004, ratificada por México el 14 de diciembre de 2005, en la que se dispuso que cada Estado debe asumir las medidas oportunas a fin de prevenir el crimen cometido en y desde la organización.

Aunado a la presión estadounidense por los cauces ya referidos, el esquema nos devela las grandes contradicciones que hemos de resolver, pues por una parte, no hay quien no apoye las políticas anticorrupción en los ámbitos público y privado, las cuales, como hemos dicho, conllevan un incremento de las normas y los supuestos de punición. Por otra, pareciera como si el Estado quisiera resolver por esa vía (de amenaza y castigo) los problemas de *descontrol normativo* que generó aceptando y haciendo propia la regulación global basada exclusivamente en el mercado. De tal modo que, tras el festín desregulador, ahora impone una cerca o reja a todos los actores económicos.

Luego entonces, la *responsabilidad penal de las empresas* tal como se le entiende hoy día es algo más que una mera tendencia regulatoria. Se trata de una realidad en la que avanzamos a pasos agigantados, por lo que es necesario buscar y hallar respuestas adecuadas para no cargar el peso de un lado u otro de la balanza. Es decir, si aumenta la cantidad y la cualidad de las conductas delictivas como consecuencia de la complejidad regulatoria de la globalización (expansionismo del Derecho Penal), lo que necesitamos es adecuar los modelos de control y supervisión del Estado, llevando a cabo un ajuste proporcionado de los procesos regulatorios y desregulatorios, de tal manera que no se genere una descompensación en el sistema normativo en su conjunto y, por ende, en otros campos relacionados con la estabilidad de las sociedades humanas.

El problema se suscita cuando esa suerte de *compensación regulatoria* no sucede, pues entonces el Estado se convierte en un ente megalomaniaco que invade con sus tentáculos oficiales todas las esferas de autonomía (personal y organizacional) y frena con su sistema de control estatal cualquier impulso de emprendimiento e iniciativa organizacional.

Además, debido a la insuficiencia presupuestal y económica, administrativa e institucional, el Estado no contaría con los medios ni recursos, siempre limitados, para aplicar la hipernormatividad penal, produciéndose así lo contrario de lo que se pretende, es decir, un aumento de los niveles de corrupción pues sabido es que como reza el aforismo latino *summum ius summa iniuria*, un aumento regulatorio desmedido o un nivel de exigencia de las disposiciones normativas demasiado elevado encierra el germen de su destrucción por inviable e inadecuado. Sobran los ejemplos que pudiéramos dar en este sentido.

Como se ha señalado en los dos Capítulos anteriores, la mejor opción para los gobiernos del Estado es compartir la responsabilidad en la lucha contra la corrupción. Insistimos, no como consecuencia de una merced graciosa, sino de la necesidad derivada de la ingobernabilidad y de que la realidad ha superado al propio Estado.

Desde luego, habrá quienes argumentarán en contra de esa tendencia afirmando que el Estado no puede desplazar sus responsabilidades hacia el sector privado y que a éste no le corresponde la tarea de prevenir, investigar y perseguir los delitos.

Aun cuando esa objeción es válida, es cierto que el Estado no puede hacerse cargo de la complejidad delictiva o fenómeno rampante de la criminalidad, como tampoco de la complejidad social misma, por lo que la circunstancia parece orientarlo hacia esa corresponsabilidad o responsabilidad compartida con la sociedad, a cambio de lo cual deberá pagar el justo precio, que es el de la *autorregulación* en las materias que no le conciernan como Estado o que no constituyan riesgo de daño a los intereses públicos o sociales.

El Estado impone un cerco penal a las organizaciones con la finalidad de compelerlas a que coadyuven de manera efectiva en la lucha contra la corrupción, previniendo, persiguiendo, denunciando e, incluso, sancionando los ilícitos que se cometan en su interior o desde la sede organizacional.

Las organizaciones se convierten así en una especie de *policías corporativos* de sí mismas o policías empresariales, pero mediante reglas y estándares de cumplimiento que se generan en su seno, es decir, derivadas de las necesidades reales de operación y eficacia que exige su objeto social.

Esas reglas tienen la finalidad de ejercer un control interno o debido control organizacional no sólo para prevenir el crimen, sino también para optimizar recursos. De tal manera que el trabajo de cada persona (física y moral) se mide por las reglas o *contra las reglas*. Recordemos que la palabra *control* proviene precisamente de las voces latinas *contra rotulum*, que se refieren a la comparecencia de las personas ante un libro o *rotulum* en el que se contienen las normas de la organización.

La violación de esas normas, es decir, la transgresión de las medidas de control de la organización puede generar conductas delictivas que impliquen responsabilidad penal no sólo para las personas que realizan el acto, la omisión o los actos de transgresión, sino también para la propia organización como corporación, siempre y cuando se reúnan ciertas condiciones establecidas en la ley emitida por el Estado, de las que hablaremos más adelante, pero no sin antes detenernos para explicar de manera breve la novedad que implica el considerar a las personas morales o jurídicas como imputables de conductas delictuosas, conforme al Derecho Penal.

Lo cual no significa que dirigir una empresa equivalga a “controlarla”, pues las empresas “se gobiernan”, es decir, se promueve el cumplimiento de las reglas y el debido control, pero también se atiende a otros fines más amplios, como la optimización de recursos y la potencialización de talentos. Por ello, como bien lo han señalado algunos profesores del IPADE en algunas conferencias recientes, se dice que el control es sólo un aspecto del gobierno corporativo, pero no lo es todo. Incluso –añadimos nosotros– la palabra gobierno se refiere a una guía, a un liderazgo, por lo que si bien las empresas deben aprender a trabajar con reglas, sus directivos han de mover al personal a que las cumpla por convicción, es decir, racionalmente, libremente.

2. EL PRINCIPIO LEGAL: LAS ORGANIZACIONES NO PUEDEN DELINQUIR

La idea de persona jurídica o moral (en algunos casos también llamada *ficticia*) se produjo en el seno de las sociedades antiguas, como la romana y de manera más institucional en la medieval, en la que no habiendo un poder central fuerte, es decir, Estados, existía una enorme capacidad de autonomía *corporativa*.

Desde entonces se viene discutiendo un tema que hoy cobra nueva fuerza y actualidad: la responsabilidad de las personas jurídicas. Se trata de una cuestión que puede llevarnos muy lejos, pues nos remite a la noción misma de *persona* dentro del Derecho Occidental. Sin embargo, debido a los límites que nos vienen impuestos por la naturaleza de este libro, nos limitaremos a expresar algunas ideas que nos sitúen en el campo de discusión en la actualidad.

Persona es una palabra que proviene de la voz griega *prosopón* y hace referencia a la máscara que utilizaban algunos actores en las representaciones teatrales. De ahí la tomó el Derecho para aludir a la *representación* del ser humano en la sociedad. Subrayamos la palabra representación para aludir al carácter artificial que en el Derecho tiene la idea de persona, artificialidad que no ha de confundirse con arbitrio, pues persona no es una forma de falsear la realidad, sino de encausarla y darle orden. Si seguimos con la metáfora teatral que yace en el origen del término, podemos decir que la persona corresponde al *papel* que cada sujeto tiene en la trama social.

En ese sentido, toda persona es un ente jurídico, es decir, un ser que tiene asignados unos derechos y unas obligaciones, derivados ya sea de las organizaciones a las que pertenece o del Estado. Sin embargo, debido al

impulso asociacionista del ser humano, el Derecho tuvo que idear una forma de identificar la actuación de las agrupaciones que actuaban en el seno de las sociedades, para lo cual creó una ficción (*fictio iuris*) a la que asignó con el mismo nombre del sujeto individual, *persona*, pero con la salvedad de que, al carecer de las facultades propias del ser humano, a saber: la inteligencia y la voluntad, se consideró desde sus orígenes que las personas jurídicas o también llamadas morales, no podían ser imputables de la comisión de un delito, al no contar con las condiciones de culpabilidad, específicamente la conciencia de las acciones y la voluntariedad para ejecutarlas. Tal es la postura que vino a ser refrendada por la escuela alemana de la pandectística de principios del siglo XIX, especialmente por el insigne jurista Karl von Savigny, quien establecía una distinción clara entre persona natural y persona ficta, de la cual se derivaban múltiples consecuencias relacionadas siempre con la capacidad de decidir libremente (Cárdenas, 2004).

Hubo juristas menos entusiasmados con la idea de la persona jurídica, al grado que llegaron a negar su existencia. Se trata de aquellos que tratando de eliminar todo vestigio de las antiguas corporaciones gremiales (fuentes de creación de derechos y obligaciones en el mundo previo al siglo XIX), no reconocen más fuente de creación normativa que a la persona física, es decir, al individuo. Tal es el caso, por mencionar uno, de Marcel Planiol, quien afirmó que la persona jurídica era *una concepción simple, superficial y falsa*, pues bajo esa denominación lo que hay en realidad es *la existencia de bienes colectivos, en el estado de formas o masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos y sustraídas al régimen de la propiedad individual. Por consiguiente –sigue diciendo el jurista francés– esas personas no existen ni aun de manera ficticia.*

Esta segunda visión fue la que recogió la mayor parte de los juristas defensores de los modernos códigos civiles inspirados originalmente en el francés, y que formaron la escuela de interpretación más importante en nuestra área cultural, nos referimos a la escuela exegética francesa.

En México esa corriente de pensamiento y de interpretación jurídica tuvo una gran acogida desde principios del siglo XX y en muchos sentidos persiste hasta hoy. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales, siguiendo lo dispuesto en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos inspirados en el modelo francés, sostuvieron por mucho tiempo que en los casos de la comisión de un delito en el seno de una persona jurídica (entiéndase empresa), la responsabilidad penal correspondía únicamente a las personas físicas que actuaban en nombre y representación de la empresa, imponiéndose a estos individuos las *penas* y a las personas morales sólo se les podían imponer las denominadas *consecuencias accesorias*.

Figura ésta, la de las *consecuencias accesorias*, que en realidad nos sitúa en un terreno híbrido del Derecho Penal, pues aunque algunos consideren que se trata de instrumentos reparatorios de carácter civil, no parece ser ésa su naturaleza, ya que las sanciones que se habían venido imponiendo a las empresas por esas *consecuencias*, no eran para reparar a la víctima sino para sancionar directa y específicamente a la organización empresarial. Sin embargo, esa fue la figura que se empleó para tratar de sancionar a las personas morales por la comisión de un delito atribuible al individuo que actuaba en nombre o bajo la representación corporativa.

Sin embargo, esa tendencia dio un giro copernicano cuando en las últimas décadas del pasado siglo algunos juristas levantaron la voz para señalar con escepticismo la vigencia del principio “las personas jurídicas no delinquen” (*societas delinquere non potest*), principalmente debido al crecimiento del índice de crímenes cometidos por personas que se atrincheraban en las organizaciones empresariales para cometer delitos, ya sea *de empresa o desde la empresa*.

Distinción ésta que se refiere, en la primera modalidad (delitos de empresa), al delito o conjunto de delitos que se cometen por medio de una empresa, generalmente en interés de ésta. Nosotros añadimos, cuando la empresa se crea también *ex profeso* para delinquir. En la segunda modalidad (delitos desde la empresa) se incluyen los delitos cometidos en el seno del ámbito empresarial normalmente en beneficio de los administradores de sociedades o de unos socios minoritarios (Sánchez Bernal, 2012).

En esta última modalidad (criminalidad desde la empresa), la empresa constituye el objeto de protección de la ley penal, pues la mayor parte de los legisladores de la época anterior a la posguerra (1945) construyeron un orden penal en pro de la empresa y, en algunos casos, en detrimento de las personas físicas que laboraban en ella. Dicho en otros términos, para la visión liberal capitalista forjada en los siglos XIX y XX, el primer sospechoso de delito siempre es el individuo-empleado, nunca el patrón-empresa. Así, en el artículo 3 del primer Código Penal Federal del año 1871 se disponía que *la responsabilidad criminal no pasa de la persona y bienes del delincuente, aun cuando sea miembro de una sociedad o corporación* (Ríos Garza, 349).

En otros términos, el Derecho Penal desde hace décadas ha tomado partido del lado de la persona moral, considerándola, según el mencionado principio *societas delinquere non potest*, inimputable, esto es, no susceptible de cometer una conducta delictiva. El problema vino al considerar la primera modalidad (criminalidad de empresa), debido especialmente a los altos índices de corrupción en los gobiernos, incluso de países desarrollados como Estados Unidos o Gran Bretaña, la cual afectó al mundo de las organizaciones privadas. Fenómeno que se observa en mayor escala en países como México, donde por décadas se practicó la

complicidad y la simulación (el silencio del disimulo simulado, como decían los antiguos) entre los así llamados sector público y sector privado. La cuestión era entonces determinar hasta qué punto se podía continuar sosteniendo ese desdoblamiento de la culpabilidad entre la persona jurídica que, aun siendo evidentemente agente o medio de la comisión de un delito, quedaba exonerada, no pudiendo castigarse legalmente sino sólo a las personas físicas.

Además, ese disimulo practicado tanto por el gobierno como por las personas jurídicas, y específicamente por las empresas que suelen verse beneficiadas o *premiadas* por su silencio, puede adquirir relevancia penal y ser considerado como una omisión culpable, específicamente cuando la empresa actúa en contra de la *acción esperada* por la legislación del Estado.

En ese contexto, las opiniones se han dividido colocándose en ocasiones en las antípodas doctrinales del Derecho Penal, pues mientras que algunos sostienen, y no sin fundamento, al menos de tipo antropológico-jurídico, que la persona jurídica o moral no puede cometer delito por la falta de capacidad de discernimiento específico sobre sus acciones y por la carencia de la facultad para realizar un asentimiento volitivo consciente, es decir, por la incapacidad de ser *prudente o imprudente* o de actuar dolosamente y con algún tipo de *intencionalidad*, hay quienes sostienen justificadamente lo contrario, señalando que las personas jurídicas o morales cuando actúan como tales son susceptibles de tener derechos, pero también es verdad que tienen obligaciones y pueden ser responsables penalmente.

Los antecedentes directos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y específicamente de las empresas, los podemos ubicar en la década de los ochenta del siglo pasado.

En efecto, en la misma década en que cayó el sistema de la guerra fría se suscitaron las primeras reacciones frente a las empresas que se parapetaban en su condición de *inimputables* cuando entró en crisis el principio que se recoge en el antiguo aforismo latino *societas delinquere non potest*, es decir, las personas morales o jurídicas no eran sujetas de imputación y culpabilidad penal.

En esa época se establecieron algunas medidas para frenar el uso y abuso del régimen legal abierto que dominaba en la mayor parte de los países. El profesor Günter Heine, del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo, ha estudiado ese fenómeno en el área cultural de Austria, Alemania y Suiza, y ha señalado que en esos países se impusieron sanciones específicas para las organizaciones tanto en el Derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el Derecho Penal Administrativo, pero siempre tratando de respetar el principio de *culpabilidad penal* (que sólo reconoce culpabilidad a la persona que tiene una volición individual). No se atrevieron a penalizar los ilícitos cometidos en o desde las empresas. Introdujeron así figuras a las que se denominó *hijas menores del Derecho Penal*.

En Austria se estableció la responsabilidad solidaria indirecta, a sabiendas de que se trataba de una figura que se movía en el terreno movedizo de la frontera entre el Derecho Administrativo y el Penal, motivo por el cual la doctrina prefirió referirse a ella como *disposición de tipo especial*, fijando el límite superior de la sanción en un máximo bastante alto (un millón de chelines). En Suiza se estableció la responsabilidad por el resultado y en Alemania se impusieron multas administrativas (Heine, 1997).

En México, el sentido de responsabilidad penal de las personas jurídicas cambió a raíz de la publicación en el DOF del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) el 5 de marzo de 2014, en el cual se dispuso en su artículo 421, referente al ejercicio de la acción penal:

Quando 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.

Por otra parte, el artículo 423 del CNPP, referente a la formulación y vinculación a proceso, dispone que en caso de que se cometa un delito en una organización, ésta puede ser citada a responder de la imputación en su contra y cuenta con los mismos medios de defensa de la persona física, por ejemplo, el derecho a una defensa adecuada, a la presunción de inocencia y a un debido proceso, entre otros.

Incluso cuenta, como veremos más adelante, con los Derechos Humanos propios de las personas jurídicas o morales. Sin embargo, los representantes que tengan el carácter de "imputados" no podrán representarla, pero sí participar en todos los actos del procedimiento, por lo que podrán ser citados a audiencias del procedimiento penal acusatorio, ofrecer datos de prueba y desahogarlos, contradecir pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que perjudiquen a la persona jurídica.

Adicionalmente, la reforma en comento preveía que fuera la autoridad judicial quien dictara auto por el cual se habría de determinar si la persona jurídica de que se tratara debía o no estar vinculada a proceso penal.

3. EL PROBLEMA VISTO MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS

En consecuencia, se ha hecho necesario establecer algunos criterios de homologación regulatoria, considerando imputables de delito a las empresas con independencia de su nacionalidad y tamaño, pues si la corrupción y la delincuencia organizada y ordinaria actúan sin respeto por las fronteras, sin respeto a las nacionalidades, es lógico que se busque esa homologación, a fin de contar con los instrumentos legales que permitan una investigación y persecución más decidida, eficaz y sistemática contra esas actividades que dañan el orden social.

Cuando se habla de personas jurídicas o morales en relación con la responsabilidad penal, el concepto debe entenderse en un sentido amplio y maximizador, de tal manera que se establezcan las bases para una lucha más coordinada y sistemática contra la criminalidad de empresa y la criminalidad desde la empresa, respectivamente. La corrupción e ilegalidad en general pondrán a prueba la nueva cultura de legalidad corporativa.

Según la Convención Internacional sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, de la Organización de Estados Americanos (OEA), persona jurídica es *toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución* (artículo 1).

Es suficiente con que una organización tenga personalidad jurídica reconocida en un Estado parte de la OEA, para que sea considerada como tal en cualquiera de los demás Estados partes, lo cual le faculta para adquirir derechos y contraer obligaciones, con las restricciones que le imponga la ley donde fue constituida o de donde pretenda realizar actividades.

Desde finales del siglo pasado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) elaboró un convenio suscrito por gran número de países, en el que se establecen medidas claras en la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (17 de diciembre de 1997).

La punición de las empresas se sitúa dentro del interés de los Estados por detectar y prevenir posibles actos de corrupción, en los cuales tales organizaciones se vean envueltas, especialmente cuando actúan en contubernio con las autoridades.

Con base en ese convenio y en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), cada uno de los Estados signatarios se compromete a adoptar *las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas* por el cohecho de un servidor público extranjero y otros delitos de corrupción.

El artículo 8 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ICAC) declara que cada Estado parte *prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él.*

Por su parte, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en lo referente a la Responsabilidad de las personas jurídicas, señala que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas. Asimismo, dispone que con sujeción a los principios de las personas jurídicas *podrá* adoptarse la responsabilidad de las personas jurídicas por la vía *penal*, civil y/o administrativa.

Pero la cuestión no respetó fronteras y tendió a dominar la práctica de los Estados Unidos de América (EUA), en donde existe desde 1977 la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, Sección 78dd-1 (Sección 30A de la Ley de Valores y Bolsa de 1934), en la que se sancionan las prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de los emisores en estos términos:

(Prohibición): Será ilícito que cualquier emisor que tenga una clase de valores registrados conforme a la sección 78l del presente título o que deba presentar informes en virtud de la sección 78o (d) del presente título, o que cualquier funcionario, director, empleado o agente de dicho emisor, o cualquier accionista de dicho emisor que actúe en su nombre, utilice el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta a fin de promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor.

Asimismo, se prevé la sanción de cualquier dádiva para funcionario extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión en la que éste actúe a título oficial, o de inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omita algún acto en infracción de su deber legítimo o a obtener alguna ventaja indebida; asimismo, se sanciona el inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a ese emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona, o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona.

4. REFORMAS LEGALES EN MÉXICO

La delincuencia organizada constituye el marco dentro del cual se han venido realizando en diversos países las reformas conducentes al establecimiento de la responsabilidad penal para las personas jurídicas o morales.

Como es sabido, en diciembre del año 2000 se suscribió en Palermo (Italia) la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la cual se trata de combatir aquellas formas de criminalidad que impiden a las sociedades contemporáneas vivir en paz y liberadas del temor constante que les produce la actividad de grupos delictivos que día con día van ensanchando sus fronteras.

Junto al fenómeno delincencial hay otro de no menor peso y que también ha trascendido las fronteras de los Estados: la corrupción, en la que a menudo se ven involucradas las empresas. La corrupción en su modalidad privada, pública o público-privada, respectivamente.

En un interesante documento publicado por PwC se señala que la lucha contra la corrupción, que ha cristalizado en México en los inicios del Sistema Nacional Anticorrupción, ahora se contempla el castigo a particulares y a empresas que incurran en actos de corrupción, por lo que los Tribunales Federales de Justicia pueden ordenar *la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva (empresa), cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la hacienda pública (erario) o a los entes públicos, federales, locales o municipales*. En este sentido, el documento de PwC señala que si la corrupción atañe a los sectores público y privado, también a ellos corresponde de algún modo la responsabilidad de su combate.

La experiencia indica que en los casos importantes de corrupción, cometidos por funcionarios del gobierno, la complicidad de la iniciativa privada generalmente se encuentra presente, es por ello que recobra especial relevancia el compromiso y medidas que deben adoptar las empresas privadas para erradicar la corrupción y fomentar una nueva cultura de legalidad corporativa.

Más adelante, el mismo documento señala que las empresas han de prever y proveer los sistemas necesarios a fin de detectar a tiempo y sancionar o denunciar los posibles actos de corrupción.

Las empresas deberían moverse hacia la adopción de mejores prácticas internacionales en materia anticorrupción, tales como la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), la Convención Anticohecho de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otras.

Además, como señala el documento que comentamos y dispone la legislación, es necesario que las empresas cuenten con los protocolos e instrumentos oportunos de prevención, adoptando aquellas medidas proactivas para evitar o mitigar los riesgos de corrupción.

Así pues, tanto la delincuencia organizada, la delincuencia ordinaria como los actos de corrupción afectan al ámbito empresarial, por lo que en México se han promovido las reformas a la legislación penal que hemos señalado.

Las empresas nacionales y transnacionales han sido en muchos casos el espacio elegido por la delincuencia para llevar a cabo sus crímenes. Sea de manera directa cuando se crean *ex profeso* para delinquir (criminalidad de empresa) cuando son instrumentalizadas, manipuladas y convertidas en baluarte de grupos organizados para el crimen y, de manera indirecta, cuando la estructura societaria-corporativa es lícita pero orientada hacia actividades permisibles propicias para que se cometa un delito (criminalidad desde o en el seno de la empresa).

En este segundo caso es fácil que la empresa-persona moral se vea involucrada en la *cadena de suministro* para la comisión de delitos, lo cual fácilmente la coloca en cualquiera de los supuestos de imputación que contempla la Convención y por supuesto la mayor parte de los códigos penales, a saber: *la organización, dirección, ayuda, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito que entraña participación de representantes o empleados por no haberse ejercido sobre ellos el debido control organizacional*.

La responsabilidad penal de las empresas ya existe y es una realidad en México, a pesar de que todavía no se adopta en todo el país de manera sistemática por parte de todos los códigos penales de las distintas entidades federativas. Por ejemplo, tal como lo ha señalado Miguel Ángel Ontiveros, en materia de regulación del juego en los casinos se creó la Ley Federal de Juegos y Sorteos, que prevé disposiciones sobre la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Al respecto, Ontiveros señala que *mediante estas disposiciones el proyecto de la nueva ley de juegos y sorteos (ahora aprobado) se ajusta a los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el que se establece un procedimiento especial para llevar a juicio a los entes colectivos en su calidad de probables responsables de la comisión de un delito* (Ontiveros, 2015, 296).

Para dar sistematicidad al ordenamiento jurídico mexicano, en su momento el Senado de la República fue el primero en presentar formalmente una propuesta de reforma a nivel federal, a efecto de definir la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales, de acuerdo con el modelo general de la legislación española, que a su vez se basa en el Decreto Legislativo italiano 231/01, que entró en vigor el 4 de julio de 2001, relativo a la *Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica*. Decreto en el cual se introdujo por primera vez en el marco normativo de España el principio de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en relación con determinados tipos de delitos cometidos por los administradores o por los empleados de las empresas, que más tarde contempló también la responsabilidad penal, imponiendo sanciones relevantes para la supervivencia de la empresa en el mercado, como la aplicación de multas hasta por un millón de euros, la intervención y suspensión de sus actividades, la prohibición de estipular contratos con la administración pública, la exclusión del disfrute de subvenciones, la prohibición de publicitarse, la confiscación de recaudaciones y la publicación de sentencias desfavorables.

La Cámara de Diputados discutió en abril de 2016 algunas reformas al CNPP y al Código Penal Federal con la intención de establecer, por primera vez en México “a nivel federal”, las disposiciones para regular la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas o Morales, incluidas las empresas, en el marco del nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

Sin embargo, la situación cambió con las reformas publicadas en el DOF el 17 de junio de 2016.⁴ El artículo 421 del CNPP dispone que con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir los representantes o administradores de hecho o de derecho de las organizaciones, *las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización*.

En el mismo artículo se dispone que el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas, salvo que se trate de instituciones estatales: aunque esto último no se justifica en el texto de la ley, es de advertirse que se trata de una razón de orden público o, para decirlo con mayor precisión, de interés general para el país.

El cambio se debe, entre otras causas, al surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada, a la complejidad de la sociedad de riesgos en que se encuentran inmersas las empresas, al alto nivel de indeterminación de las fronteras comerciales, al abuso y descuidos del derecho de asociación y al repliegue del Estado en materia de regulación económica. Todo lo cual, como ya se señaló, ha traído como consecuencia una mayor sofisticación en las conductas delictivas que encuentran resquicios nunca antes vistos para transitar por ellos sin apenas ser percibidas, lo cual ha dificultado su identificación y localización, pues al diversificarse los centros de decisión de las empresas resulta difícil incluso identificar a los *responsables de las actividades empresariales*.

Lo cierto es que hoy en día la discusión en torno a la responsabilidad penal de la empresa parece superada, pues las opiniones dominantes afirman y coinciden en que la persona jurídica o moral sí es susceptible de ser acusada, imputada, procesada y sentenciada por responsabilidad penal, independientemente de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir sus administradores, representantes y/o empleados.

Con la finalidad de evitar que se diluya la responsabilidad penal, la ley señala que en aquellos casos en los que las personas jurídicas se fusionen, absorban o escindan, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito.

Así pues, la responsabilidad penal no se extingue en esos casos ni tampoco en aquéllos en los que las personas jurídicas se disuelvan aparentemente continuando con su actividad económica y conservando “la

identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

El artículo 422 del mismo ordenamiento dispone que a las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones:

- I. Sanción pecuniaria o multa;
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;
- III. Publicación de la sentencia;
- IV. Disolución, o
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

Para la individualización de dichas sanciones, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 del CNPP y el grado de culpabilidad correspondiente, de conformidad con los aspectos siguientes:

- a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma;
- b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo, en su caso;
- c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral;
- d) El puesto que ocupaban, en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito;
- e) El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y
- f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad la imposición de la pena.

El artículo 422 señala:

Para la imposición de la sanción relativa a la disolución, el órgano jurisdiccional deberá ponderar además de lo previsto en este artículo, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.

Las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrá imponérseles una o varias de las siguientes consecuencias jurídicas:

- I. Suspensión de sus actividades;
- II. Clausura de sus locales o establecimientos;
- III. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión;
- IV. Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público;
- V. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, o
- VI. Amonestación pública.

Para llevar a cabo el contenido de las anteriores disposiciones, el CNPP, tal como quedó después de las reformas que estamos comentando, contempla que el Ministerio Público iniciará la investigación cuando tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en el que se encuentre involucrada alguna persona jurídica. Según la ley, en aquellos casos en los que se ejecute el aseguramiento de bienes el Ministerio Público informará al representante legal de la persona jurídica, de tal manera que pueda ejercer los derechos que le correspondan. Además, se señala que el órgano jurisdiccional puede dictar como medidas cautelares la suspensión de las actividades, la clausura temporal de los locales o establecimientos, así como la intervención judicial.

El representante de la persona jurídica que no tenga el carácter de imputado y siendo asistido por el defensor designado, podrá representarla participando en todos los actos del procedimiento, se le citará para que esté presente en las audiencias, pudiendo ofrecer pruebas y desahogarlas, así como promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que perjudiquen a la persona jurídica. Es comprensible que la ley disponga que en ningún caso podrá representar a la empresa quien tenga el carácter de imputado; sin embargo, dicha afirmación requiere necesariamente de algunos ajustes para

precisar sus alcances y prevenir abusos en su interpretación y aplicación, pues tal como está actualmente puede prestarse a ser empleada como argucia procesal para detener la actividad representativa de la empresa.

Además, el artículo 424 prevé la posibilidad de aplicar las soluciones alternas y las formas anticipadas de terminación del proceso, así como los procedimientos especiales previstos en el CNPP.

El catálogo que nos ofrece la así llamada miscelánea penal es incompleta y en muchos aspectos asistemática, pues en el apartado A se hizo una adecuación un tanto apremiada y casi traslaticia del catálogo contenido en el CNPP, fijando la responsabilidad penal cuando las personas jurídicas hayan intervenido en la comisión de los delitos previstos en ese Código:

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139-Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148-Bis al 148-Quáter;
- II. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172-Bis;
- III. Contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero;
- IV. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201;
- V. Tráfico de influencia previsto en el artículo 221;
- VI. Cohecho, previsto en los artículos 222, fracción II, y 222-Bis;
- VII. Falsificación y alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237;
- VIII. Contra el consumo y riqueza nacionales, prevista en el artículo 254;
- IX. Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366-Ter;
- X. Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368-Ter;
- XI. Robo de vehículos, previsto en el artículo 376-Bis y posesión, comercio, tráfico de vehículos robados y demás comportamientos previstos en el artículo 377;
- XII. Fraude, previsto en el artículo 388;
- XIII. Encubrimiento, previsto en el artículo 400;
- XIV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400-Bis;
- XV. Contra el ambiente, previsto en los artículos 414, 415, 416, 418, 419 y 420;
- XVI. En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424-Bis;

En el apartado B de la miscelánea penal se ofrece un marco normativo de referencia para determinar la responsabilidad penal, tal como se prevé en los siguientes ordenamientos y disposiciones en ellos contenidas:

- I. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83-Bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- II. Tráfico de personas, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;
- III. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462-Bis, de la Ley General de Salud;
- IV. Trata de personas, previsto en los artículos 10 al 38 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;
- V. Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84-Bis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- VI. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11 y 15;
- VII. Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación;
- VIII. Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación;
- IX. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223;
- X. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111, 111-Bis, 112, 112-Bis, 112-Ter, 112-

Quáter, 112-Quintus, 113-Bis y 113 Bis-3;

XI. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;

XII. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 96, 97, 98, 99, 100 y 101;

XIII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 373, 374, 375, 376, 381, 382, 383 y 385;

XIV. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103; 104, cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; 105; 106, y 107 Bis-1;

XV. De la Ley de Fondos de Inversión, los previstos en los artículos 88 y 90;

XVI. De la Ley de Uniones de Crédito, los previstos en los artículos 121, 122, 125, 126 y 128;

XVII. De la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, los previstos en los artículos 110, 111, 112, 114 y 116;

XVIII. De la Ley de Ahorro y Crédito Popular, los previstos en los artículos 136 Bis- 7, 137, 138, 140 y 142;

XIX. De la Ley de Concursos Mercantiles, los previstos en los artículos 117 y 271;

XX. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas;

XXI. Los previstos en los artículos 8, 9, 14, 15, 16 y 18 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, y

XXII. En los demás casos expresamente previstos en la legislación aplicable.

Para los efectos del artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se estará a los siguientes límites de punibilidad para las consecuencias jurídicas de las personas jurídicas:

a) Suspensión de actividades, por un plazo de entre seis meses a seis años.

b) Clausura de locales y establecimientos, por un plazo de entre seis meses a seis años.

c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión, por un plazo de entre seis meses a diez años.

d) Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como por la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, por un plazo de entre seis meses a seis años.

e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores en un plazo de entre seis meses a seis años.

La intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Se determinará exactamente el alcance de la intervención y quién se hará cargo de la misma, así como los plazos en que deberán realizarse los informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención judicial se podrá modificar o suspender en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Público. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, así como a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. La legislación aplicable determinará los aspectos relacionados con las funciones del interventor y su retribución respectiva.

Pero el problema que de inmediato se observa es que si se trata de un Código de Procedimientos, es decir, de un conjunto de disposiciones que regulan el procedimiento penal, no parece ser éste el ordenamiento legal idóneo para determinar la forma, términos, condiciones y requisitos para regular la responsabilidad penal en y desde la empresa, cuando sus representantes o empleados cometan algún delito y, como consecuencia, se genere imputación en contra de la propia empresa.

En todo caso, necesariamente tendría que ser el Código Penal Federal o los códigos penales sustantivos de cada entidad federativa (que a diferencia de los códigos adjetivos o procesales determinan el contenido de la conducta delictiva y la pena atribuible a ésta). Estos códigos sí son los idóneos para regular los alcances, términos, condiciones y requisitos para la responsabilidad penal de las empresas y establecerán las penas aplicables a cada delito (tipo penal) definidos en una lista nominal o catálogo específico (*numerus clausus* de delitos) respecto de los cuales puede generarse un hecho de conexión para poder imputar a las personas jurídicas o morales (Martínez Buján, 2011).

Consideramos que la conformación de una lista o catálogo de delitos, susceptibles de generar responsabilidad penal, brinda mayor certidumbre a la actividad organizacional, toda vez que posibilitar que

“todo delito”, cualquiera, sea susceptible de generar un hecho de conexión para imputar a las empresas, sería excesivo y contribuiría al expansionismo rampante del Derecho Penal.

5. CIRCUNSTANCIAS, RETOS Y DESAFÍOS EN LA ACTUALIDAD

Tenemos aún ámbitos de concurrencia normativa internacional no resueltos en la práctica, donde parece operar la responsabilidad penal de la empresa con carácter extraterritorial, especialmente la contemplada por los instrumentos de control de los EUA.

Basta con señalar a este respecto los efectos que han tenido las acciones que en materia de flujo de información financiera ha impulsado en todo el mundo la poderosa *Securities and Exchange Commission* (SEC) de los EUA, que es el organismo encargado de vigilar que las empresas con valores bursátiles negociables revelen al público la información oportuna completa, concreta y concisa sobre sus estados financieros, a fin de que los inversores estén correctamente informados para tomar decisiones adecuadas sobre la compra de títulos y obligaciones (mercado financiero).²

Si bien la SEC tiene a su cargo, entre otras muchas cuestiones, la vigilancia y supervisión de los manejos de información en los que intervienen otros participantes del mundo bursátil y financiero, como las bolsas de valores, corredores, consejeros de inversionistas, su proyección en el mundo más allá de las fronteras se ha debido a la aplicación de la Ley Sarbanes-Oxley (conocida como SarOx), aprobada por la Cámara de Representantes de los EUA y promulgada por el entonces presidente George Bush en el año 2002, en la cual se regulan las funciones financieras, contables y de auditoría, y se penalizan los delitos cometidos por las organizaciones empresariales que cotizan en bolsa (Bolsa de Nueva York). Con esa ley SarOx se trata de prevenir el mal uso de la información financiera para favorecer determinados intereses corporativos, y aunque las responsabilidades penales afectan a los contadores y auditores, lo cierto es que los criterios contenidos en ella, han dado pauta para que muchos países tiendan a homologar directrices regulatorias.

Aunado a ello, en México nos hemos de enfrentar en un futuro próximo a otro tipo de problemáticas derivadas, en primer lugar, del desfasamiento regulatorio en materia penal, pues si bien el sistema se ha transformado parcialmente en el plano procesal, dando lugar al CNPP, en el que se adopta el sistema penal acusatorio, el principio de presunción de inocencia, oralidad y muchos otros, publicado en México en el DOF en marzo de 2014 y ahora puesto en práctica en todos los estados de la República Mexicana, lo cierto es que al no verificarse el mismo proceso de unificación en el plano sustantivo, manteniéndose la pluralidad de códigos penales locales por cada uno de los 32 estados, no resultará fácil establecer el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que mientras en los códigos penales u ordenamientos sustantivos se determinan las conductas delictivas (en los denominados “tipos penales”), en el otro no se contempla su adjetivación.

Es sabido que lamentablemente la unificación del Derecho Penal, tanto en su aspecto procesal como sustantivo, no se ha llevado a cabo, debido a que hay varios tipos de delito que pueden resultar demasiado controvertidos en los diversos estados de la República, como por ejemplo el aborto en San Luis Potosí y Zacatecas, en donde un buen número de actores sociales y políticos han expresado su negativa rotunda a despenalizarlo, a diferencia de la Ciudad de México, que lo ha regulado justificando una política progresista de salud en favor de las mujeres.

También es cierto que hay resistencias debido a otras causas ideológicas e incluso jurídico-políticas, pues conforme al principio del gobierno federativo³ consagrado en la Constitución Política mexicana, hay quienes sostienen que esa unificación se produciría en deterioro de la soberanía de los estados miembros de la Federación mexicana.

Detengamos un momento nuestra atención para comentar las dos causas principales de resistencia a la unificación o armonización legislativa del Derecho Penal.

Respecto a aquellas resistencias derivadas de la naturaleza conflictiva de ciertos delitos como el mencionado del aborto o el de los matrimonios de personas del mismo sexo y la legalidad de la adopción para este tipo de parejas, nos parece que se trata de temas, en efecto, de especial delicadeza, que implican diálogo y discusiones de un nivel superior al meramente legislativo. Sin embargo, visto desde la perspectiva que aquí nos ocupa, hemos de señalar que más allá de nuestras convicciones u opiniones en favor de la gobernanza, la tendencia universal es hacia la legalización de esas materias, por lo que la cuestión podría enfocarse, más que desde una perspectiva filosófico-jurídica, a partir de una ponderación de los efectos positivos o negativos de la unificación de los códigos penales sustantivos.

De tal manera que habría que poner en los platillos de la balanza, por una parte, la resistencia temporal de algunos estados de la República Mexicana a una tendencia dominante que tarde o temprano, nos guste o no, será una realidad normativa general como lo está siendo ya en algunos países –quizá la mayoría–, y por otro

lado, la conveniencia de unificar los códigos penales para estar en mejores condiciones, como Estado y Sociedad, de enfrentar la lucha contra la delincuencia organizada y la criminalidad en su conjunto que campea rampante en México y, sobre todo, la lucha contra la corrupción que día con día corroe más nuestras instituciones, nuestra cultura, nuestra educación y provoca el aumento de los niveles de inseguridad, afectando con ello de manera significativa a la producción económica y a la inversión extranjera.

Por lo que hace a la defensa del sistema federal adoptado en México, pensamos que la posible unificación de la materia penal no minaría la unidad en la diversidad que supone toda Federación ni la soberanía de las entidades federativas, pues nuestra propuesta es congruente en favor de la unificación de la materia penal, que además, como es sabido, constituye el derecho del Estado-Nación por excelencia, es decir, el Estado moderno tal como lo conocemos ahora, surgido en los albores del siglo XIX, ha sobrevivido debido fundamentalmente al monopolio que ha ejercido en dos ámbitos del Derecho: la rama penal y la fiscal, respectivamente.

En efecto, el Estado moderno, con sus épocas buenas y malas, ha logrado contener los impulsos de destrucción surgidos en los últimos 200 años, porque ha ejercido el control de una base económica hacendaria que le permita llevar a cabo programas de asistencia y de políticas gubernamentales, pero sobre todo porque ha mantenido bajo su control el *ius puniendi*, es decir, el derecho del Estado a castigar con penas los delitos, de tal manera que, con independencia de valoraciones morales o de consideraciones históricas, lo cierto es que ha servido como muro de contención para evitar el caos que produce la justicia privada o la violencia.

Manteniendo la soberanía del Estado en todos los demás terrenos de la vida de las sociedades, parece que ahora es un momento oportuno para llevar a cabo las reformas legales conducentes a fin de contar con un Código Penal nacional que nos permita hacer frente a los problemas reales de manera efectiva, homologando a lo largo y ancho de México un catálogo uniforme de delitos. Problemas que, además, ponen en riesgo la estabilidad del sistema social, la gobernabilidad y en última instancia el mismo régimen de libertades que, no obstante sus múltiples defectos, hemos logrado establecer en México.

A lo anterior habría que añadir la carencia de unidad que produce un fenómeno de ubicuidad de la responsabilidad, pues mientras en un estado o entidad federativa se comete un delito que se persigue de acuerdo con una normativa específica, en otro no está clara la responsabilidad o lo está de manera distinta, generando así situaciones contradictorias o anómicas dentro del mismo sistema jurídico mexicano, derivadas de la extraterritorialidad en materia penal.

Eso se podría evitar si se consigue una *armonía regulatoria* nacional a nivel penal conforme a un Código Penal único –nacional–, que además de los beneficios de sistematicidad en la interpretación y aplicación, contribuiría de manera directa a garantizar la seguridad y certeza jurídica, pues si por tal entendemos la coherencia de los sistemas normativos que permiten a las personas en general y a los inversionistas en particular, saber a qué atenerse, en sus relaciones jurídicas, la pluralidad de ámbitos regulatorios produce un esquema de disipación y, consecuentemente, de incertidumbre que en nada favorece al país. Es hora de unificar todas las conductas definidas como delito en el ámbito nacional, con independencia del respeto de diversas conductas que se pudiesen cometer. La unificación jurídica en México ya logró sus avances, por ejemplo, en materia laboral y mercantil.

Por lo que hace al esquema normativo para llevar a cabo las nuevas funciones de garante de la seguridad o corresponsable de ella en las organizaciones, es necesario añadir a ese proceso de unificación legal, algunas reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), a fin de que el *compliance* legal de la empresa cuente con un esquema previo y congruente al punitivo, que obligue a los gobiernos corporativos empresariales a contar con un régimen de auditoría y de control y seguimiento para prevenir la comisión de ilícitos en y desde su organización.

Ello contribuiría además a consolidar un esquema de prevención que si bien es reactivo (frente al delito consumado o a la denuncia formal) también es preventivo, y a su vez, como se ha dicho en páginas anteriores, en algunos casos eximente de responsabilidad penal o atenuante de la pena.

6. COMPLIANCE COMO ATENUANTE O EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

Visto desde una perspectiva de carencias, el jurista chileno Héctor Hernández ha señalado con gran acierto que el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica no se refiere únicamente a que un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus *deberes de dirección y supervisión*. Por ello, el modelo *erige formalmente a la persona jurídica en garante de vigilancia respecto de su personal y connota que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de delitos*. Ello significa que la empresa ha de contar con un modelo de prevención de riesgos penales de la misma manera y con el mismo sentido de realismo con el que elabora manuales de riesgo industrial.

Hacemos énfasis en el carácter *realista* porque en la tradición organizacional en México, los manuales y reglamentos se cumplen normalmente cuando conllevan efectos cuya causalidad es, por así decirlo, *mecánica*, como por ejemplo el uso de una máquina o de un proceso químico que conlleva riesgo de *pérdidas*, no ocurriendo lo mismo cuando se trata de áreas del comportamiento humano o de aquellas cuyo riesgo se considera lejano y menor.

En todo caso, para que el modelo de prevención de riesgos, especialmente en aquellas materias que pueden dar pie a la comisión de delitos, pueda liberar de responsabilidad a la empresa –como señala el mismo Hernández– *no puede limitarse a un expediente meramente formal, a un simple retoque del organigrama, sino que debe constituir en los hechos una herramienta idónea de prevención, entendiendo por “idóneo”, como ya se ha dicho, desde luego no una barrera infranqueable contra el delito, pero sí un sistema que razonablemente y conforme con lo que es exigible bajo las condiciones jurídicas y fácticas de la empresa puede obstaculizar significativamente la comisión de delitos.* ⁴

En la mayoría de países donde se ha adoptado el modelo de cumplimiento regulatorio bajo el esquema de responsabilidad penal, las leyes disponen que la empresa está obligada a demostrar el *cumplimiento real y efectivo* de sus reglamentos internos, a lo cual coadyuva sin duda la certificación de la que hemos hablado en apartados anteriores. La cual, si se hace conforme a los procedimientos establecidos por la legislación nacional e internacional, conlleva la *presunción de inocencia* de la persona jurídica o moral,⁵ pues no sólo demuestra que se cuenta con un reglamento y que éste se cumple, sino que el cumplimiento está avalado por quienes poseen la autoridad, el reconocimiento, la fiabilidad, el prestigio y la legitimidad para hacerlo.

Cabría señalar a este respecto, que así como la demostración de cumplimiento constituye una presunción a favor de la empresa, por el contrario, la no existencia de un esquema regulatorio sustantivo y de vigilancia, control y seguimiento, es un indicio de culpabilidad.

En el mencionado Decreto italiano 231/01 que, como se ha manifestado, constituye la fuente principal del modelo español en el que se inspira hasta el momento el proyecto legislativo mexicano, se señala como única oportunidad eximente de responsabilidad para las empresas, el contar con un modelo organizativo que esté en posibilidades de prevenir los delitos.

Para la realización del “Modelo 231”, como se le conoce en el medio empresarial italiano, se ha de seguir una serie de pasos que puede resumirse, de acuerdo con el modelo organizativo del Grupo Gesmar de Italia, de la manera siguiente:

- a) *Determinación* de los procedimientos que corren el riesgo de resultar punibles.
- b) *Determinación* del peligro potencial y las condiciones propicias para la comisión de delitos en el interés o en beneficio de la sociedad.
- c) *Establecimiento* claro de las responsabilidades que correspondan a cada área o sector de la empresa en la gestión apropiada de sus actividades.
- d) *Delineación* de un esquema general de los cargos y responsabilidades principales.
- e) *Establecimiento* y aplicación efectiva de un régimen sancionador adecuado.
- f) *Contar* con un organismo de control que lleve a cabo la valoración de los riesgos de la empresa y de las acciones encaminadas a reducir el riesgo de comisión de delitos *dentro de unos niveles aceptables* (nivel aceptable de riesgo tal que comporte que el delito pueda cometerse únicamente sorteando de manera fraudulenta el sistema de control).⁶
- g) *Redacción* y difusión por todos los niveles jerárquicos de la empresa de un Código Ético.

Cabe señalar que, en nuestra legislación penal, de acuerdo con las recientes reformas de 2016, publicadas en el DOF de 17 de junio de 2016, se prevé esta posibilidad atenuante de la pena en los siguientes términos:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico.

Con tal disposición, el *compliance* legal de las personas jurídicas adquiere un lugar central, no sólo como medida preventiva de la conducta antijurídica, sino también como una forma de control que puede convertirse en un medio de defensa para la organización.

Según Lothar Kuhlen, se denominan *compliance* las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen (Kuhlen, 2013). Ello implica dos dimensiones de las obligaciones que tienen las empresas en la materia: por una parte la consonancia que deben tener con las leyes del Estado y, por otra, la regulación interna para vigilar que esa consonancia sea una realidad vigente.

En el primer aspecto, la empresa se encuentra ante una disyuntiva que no siempre es posible resolver de modo práctico. Nos referimos a la colisión entre el *Derecho suave* del que hemos hablado anteriormente (*soft law*) y la regulación nacional. Es de suponerse que la posible contradicción entre los postulados de ambos sistemas debería ser resuelta por instancias mediadoras de carácter político, y sin embargo, como es sabido, la producción normativa en materias relacionadas con el Derecho Económico es tan vertiginosa que fácilmente rebasa los ritmos de cualquier posible comisión reguladora o de conciliación.

En un estudio reciente sobre el *compliance penal*, Adán Nieto Martín señala cuatro grandes etapas del desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la era de la codificación napoleónica de principios del siglo XIX, se fijó la responsabilidad por alterar el precio de las cosas. Más tarde, en Alemania y Francia, se desarrollaron en la doctrina y en la legislación los llamados delitos societarios. En la década de los ochenta del siglo pasado cobró auge, especialmente en Alemania, la penalización del fraude de subvenciones y delitos contra la seguridad social al lado de los primeros brotes de imputación penal de ilícitos contra el medio ambiente. La cuarta etapa corresponde a la época actual, en que se ha planteado la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Nieto Martín, 11).

En efecto, como consecuencia de la desregulación a la que antes nos hemos referido, un buen número de empresas han estado allanando el camino para realizar sus actividades sin un contrapeso legal o social efectivo. Ello reblandeció el terreno para que germinaran prácticas delictivas y actos de corrupción que llegaron a convertirse en una rémora que ha impedido avanzar a muchas sociedades. Nos referimos a la rampante corrupción en todos los ámbitos de la existencia: público y privado, social, económico, deportivo, religioso, cultural, financiero, empresarial y gubernamental. Nada parece escapar ya del asecho de la corrupción.

Es evidente que la empresa privada no es la causa, pero sí en muchos casos el escenario donde tienen cabida todo tipo de delitos. Por ello, en un buen número de países se han reforzado los medios (estatales y supranacionales) tendentes a ejercer un mayor control sobre su actividad. Esto no quiere decir que estemos desandando el camino para dar nuevamente cuerda al paternalismo o al intervencionismo del Estado en la actividad empresarial como ocurrió en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado. La tendencia observable es hacia la consolidación de ciertos niveles de autonomía corporativa, pero bajo un control más estricto sobre aquellas áreas que representen mayores oportunidades para la actividad delictiva.

Para ello se han desarrollado estrategias de organización institucional en las cuales intervienen tanto el Estado como las corporaciones, a fin de promover la responsabilidad compartida.

A manera de ilustración de la forma híbrida en que operan estos sistemas de control, podemos mencionar las prácticas establecidas en la referida Ley SarOx de los EUA, en la cual se dispone la creación de un órgano de control formado por el gremio de contadores a fin de evitar los fraudes que se han generado como consecuencia de la confusión entre las funciones de contador y auditor.

En efecto, la mencionada ley venía a poner punto final a tal confusión pues daba lugar a actos de corrupción, ya que algunos contadores o incluso grandes firmas, ejercían las funciones de consultores y de auditores de una empresa de manera paralela y concomitante, con todo lo que eso implica para el uso ilícito de información en favor de intereses particulares y a costa del fraude al fisco o a la hacienda pública y a los posibles inversionistas cuando la empresa cotizaba en bolsa. Y en última instancia en demérito de la sociedad, destinataria última de toda conducta delictiva por cuanto se le agravia y menoscaba.

La mencionada SarOx prevé la creación de Juntas Supervisoras, organizadas e integradas por representantes de las firmas de contadores e incluso sostenidas por ellas. Como en el antiguo orden gremial que contaba con sus propios veedores encargados de vigilar que no se cometieran fraudes en contra de los consumidores, de los trabajadores o de los competidores, el sector profesional de contadores de los EUA está obligado a autovigilarse a través de esas Juntas Supervisoras, que tienen facultades de investigación sobre auditorías y sobre los informes que se emitan con motivo de su realización.

Además, pueden establecer y/o adoptar normas de auditoría, de control de la calidad de su realización y de ética en materia contable y financiera. Cabe señalar que las normas éticas, según se establece en la propia SarOx, pueden crear códigos de Ética que hayan sido elaborados por organizaciones de despachos de contadores que cuenten con la suficiente autoridad profesional y moral para ello. Es de notar que el mencionado ordenamiento legal hace hincapié en este último aspecto, esto es, que los códigos de Ética no son elaborados por filósofos o por teóricos de la Ética, sino por quienes conocen el contenido de la regulación que pretenden crear.

En caso de que una auditoría infrinja las reglas de esos instrumentos regulatorios producidos por la Junta Supervisora, ésta cuenta con la facultad de llevar a cabo inspecciones, investigaciones y procedimientos disciplinarios, así como la de imponer sanciones, las cuales van desde la “recomendación” para que se impartan cursos especiales de capacitación y entrenamiento personal a una parte o a todos los miembros de un despacho contable, la suspensión temporal o la revocación permanente del registro de la firma de contadores, la suspensión temporal o permanente de una persona asociada con la firma, la limitación temporal o permanente en las actividades, en las funciones o en las operaciones de la firma, hasta multas que, según los casos, pueden variar de los 100 mil hasta los 15 millones de dólares estadounidenses.

En el sistema alemán, tal como lo señala Kuhlen, de manera conjunta con los tipos de delito genuinos de cohecho activo y pasivo de funcionarios por parte de las empresas, así como de sobornos a particulares o a líderes sindicales, revisten especial interés para el *compliance penal*, las normas del *Derecho contravencional*. De entre estas normas, las más importantes son aquellas que pueden agruparse en torno a la *obligación de vigilancia por parte de la empresa y de sus funcionarios*. De acuerdo con estas normas, incurre en responsabilidad penal quien en su carácter de titular de la firma o de directivo con facultades de representación de la persona jurídica, omite cumplir con las medidas de vigilancia necesarias cuando se comete una infracción relacionada con la empresa, la cual podría haber sido evitada o disminuida si se hubiese tenido el debido control (Kuhlen, 2013, 56).

7. COMPLIANCE DE LA EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS

Otro de los retos que deberá afrontar la empresa en los próximos años, como consecuencia de su nueva identidad, es el de la corresponsabilidad en materia de Derechos Humanos.

Se trata de un tema que ya es objeto de análisis por parte de académicos y activistas, pues la empresa corre el riesgo de que en su interior se cometan delitos, pero también de que, con motivo de su actividad, se afecten los Derechos Humanos de los trabajadores o de las personas que intervienen como *stakeholders* en los procesos de producción y distribución de bienes y servicios.

De acuerdo con el documento de la Organización de las Naciones Unidas, denominado *Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos (Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”)*, si bien corresponde de modo directo a los Estados la función primordial de proteger y garantizar el respeto a los Derechos Humanos, también la empresa es corresponsable en la medida en que su actividad conlleva un alto riesgo de afectar a las personas.

Ante este riesgo, ahora se pide a las empresas que cuenten con un esquema de previsibilidad basado en reglas que se cumplan de modo eficiente y que se comuniquen de modo claro y transparente a los miembros de la organización.

En ese sentido, el documento de la ONU señala que el asesoramiento a las empresas sobre la observancia de los Derechos Humanos debe contar con un esquema regulatorio en el que se incluyan leyes mercantiles, bursátiles, bancarias, financieras y, por supuesto, aquellas que de manera directa pueden afectarlos, como la legislación laboral o penal. Quizá habría que incluir en el catálogo de materias la fiscal, pues también es cierto que el Estado puede afectar los Derechos Humanos de la empresa (derechos reconocidos por la Suprema Corte de México) y de los miembros de ésta, en la medida en que su política tributaria es desbordada, desproporcionada e irreal.

Pero en lo que toca a las empresas de modo directo, el asesoramiento que se recomienda en el documento de Naciones Unidas que comentamos, señala que éste debe incluir la implementación de las medidas adecuadas en materia de Derechos Humanos de personas con discapacidad, o en aquellos casos en que intervengan en la actividad directa o indirecta de la empresa, grupos humanos en situación de vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo y previendo posibles violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo cuando un *cluster* o *stakeholder* se involucra con ellos, sea mediante la renta o compra de tierras e incluso mediante la contratación de mano de obra. Y lo mismo se puede decir si el riesgo de violación a los Derechos Humanos abarca grupos lingüísticos o étnicos, niños o migrantes. En todo caso, la empresa debe incluir en su programa de *compliance* un esquema básico de prevención en la materia.

De manera similar al principio básico del *compliance* en materia penal, que es el debido control, en el ámbito de los Derechos Humanos se habla de *debida diligencia* por parte del gobierno corporativo, a fin de identificar, mitigar y, en su caso, responder o restituir. Para ello las empresas deben calibrar los riesgos en materia de Derechos Humanos, dando seguimiento a un sistema de evaluación sobre las posibles consecuencias negativas o reales o potenciales sobre los Derechos Humanos en que puedan verse implicadas, sea de manera directa a través de sus actividades o de manera indirecta como resultado de sus relaciones comerciales.

Lo anterior añade una habilidad más con la que debe contar el *compliance officer* de la empresa, si bien el propio documento señala que en muchas ocasiones es necesario subcontratar los servicios de algunos especialistas en la materia.

Cabría preguntarse si el eximente de responsabilidad civil o administrativa no debe seguir las normas del *compliance* en materia penal, esto es: en caso de que la empresa se vea involucrada en un acto o en varios en los que se afectan los Derechos Humanos, podría eximirse si demuestra que cuenta con indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados para medir el riesgo, si los comunica adecuadamente a los miembros de la organización, si cuenta con la información oportuna para llevar a cabo esa función preventiva frente al riesgo de violación a los derechos de las personas.

Se trata de una realidad que se ha venido implantando en la mayor parte de los países, convirtiéndose en un requisito *sine qua non* para realizar pactos multilaterales de intercambio comercial, industrial e incluso cultural, pues de que se respeten los Derechos Humanos depende en gran medida la reputación de un país, cuestión que, como es sabido, repercute de manera directa en el posible aumento del PIB, pues genera seguridad en los posibles inversores. Dicho en otros términos, el respeto a los Derechos Humanos por parte de los Estados ahora incluye que los gobiernos vigilen que las empresas contribuyan a construir la buena reputación nacional y de esa manera alienten la inversión exterior. De ahí que para la empresa no sea una opción o una posible vía de ejercicio de la benevolencia que se inscriba en la así llamada responsabilidad social empresarial (RSE), sino una obligación de la que depende su salud y vigor económico y a la vez la salud de la economía nacional derivada en buena medida de la confianza que generan sus políticas anticorrupción y de respeto y promoción de los Derechos Humanos.

Se trata de una materia que si bien forma parte del *compliance* legal, aquí sólo mencionamos, dejando para un estudio posterior su abordaje, que requiere de mayores puntualizaciones en el análisis de sus implicaciones.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

DOF 17-VI-2016, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; de la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de la Ley Federal de Defensoría Pública; del Código Fiscal de la Federación, y de la Ley de Instituciones de Crédito

2

<http://www.sec.gov>

3

La Constitución mexicana aprobada en 1917 y vigente hasta hoy, en su artículo 40 establece: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...”

4

Hernández, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, volumen 5, No. 9, julio de 2010, pp. 207-236

5

Hernández H., *Ibidem*

6

Modelo organizativo del Grupo Gesmar de conformidad con el Decreto Legislativo italiano 231/01, publicado por el Organismo de Control con referencia a D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Capítulo IV. CULTURA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN LA ORGANIZACIÓN

CAPÍTULO IV

CULTURA DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN LA ORGANIZACIÓN

1. CULTURA DE LA LEGALIDAD EN LAS ORGANIZACIONES

Como hemos señalado, el *compliance penal* tiene como uno de sus ejes fundamentales la prevención de delitos por medio de una vigilancia sistemática que le permita detectar a tiempo cualquier anomalía. El primero y más importante de los dispositivos con los que cuenta la empresa para llevar a cabo esa tarea, es lo que podríamos denominar *cuerpo regulatorio institucional*, que se forma por todos aquellos documentos en los que se expresan de manera general los principios, normas y reglas por los que ha de regirse la organización.

Por eso podríamos afirmar que la tendencia del *compliance penal* tiene como marco de referencia regulatoria y sancionadora una cultura de la prevención del riesgo de delinquir. No del peligro, pues como es sabido, éste se diferencia de aquél (riesgo) en que constituye una incertidumbre que puede ser o no considerada como riesgo por quien regula un proceso o una actividad.

En otros términos, el riesgo es el peligro susceptible de previsión y cálculo, no de dominación porque eso es imposible tratándose de sucesos caracterizados por la contingencia o eventualidad (pueden ocurrir o no). Así, se puede enfrentar un peligro que no conlleva riesgo por su carácter imprevisible, pero no al contrario, esto es, asumir un riesgo que no implique un peligro.

La vigilancia es una actividad consistente en observar, clasificar y regular los posibles riesgos de delincuencia en el desempeño ordinario de la actividad de los miembros de la organización y de los sistemas organizativos en que éstos se hallan inmersos. Podríamos decir que en el concepto actual de *compliance*, la prevención constituye no sólo una actividad sino incluso una auténtica *cultura de la prevención*.

En la teoría organizacional se habla de *cultura* (cultura *compliance*, cultura preventiva, cultura profesional y laboral, etcétera) como sinónimo de *mentalidad*, la cual ha de traducirse en comportamientos concretos dentro de la organización. De tal manera que si hablamos de *cultura de la prevención*, nos referimos, en primer término, a la mentalidad que debe caracterizar a los miembros de una organización consistente en pensar y actuar en razón de las reglas que la rigen.

El problema es que en México, y prácticamente en la mayor parte de los países de América Latina, no existe esa mentalidad de cumplimiento de las reglas casi en ningún campo de actividad. Si nos referimos específicamente al ámbito de las empresas, es sabido que existe la cultura contraria, esto es, la de simulación o doble moral de cumplimiento, por lo que las reglas se han convertido en un instrumento que sirve fundamentalmente a propósitos cosméticos que en todo caso pueden llegar a generar confianza en los posibles socios o a contar con la respuesta oportuna si la autoridad requiere que esos reglamentos se exhiban.

Es en esa atmósfera de simulación regulatoria, creada, aceptada y comúnmente ejercida en nuestras sociedades, donde las prácticas de corrupción, simulación y engaño encuentran el campo abonado para crecer y expandirse como hiedra. Pero más allá de tales efectos, lo que aquí queremos destacar es la enorme dificultad de incorporar el *compliance* a la cultura organizacional.

Sin embargo, la cultura preventiva de riesgos legales hoy es una realidad ineludible, no únicamente por las implicaciones penales que pueda llegar a tener su desatención, sino porque lo exigen las estructuras mundiales que rigen la vida de las organizaciones y de las empresas. Digamos que es una tendencia generalizada que tiende a cristalizar en reformas legales que actuarán como candados de seguridad.

En efecto, prácticamente no hay organización nacional o supranacional que pueda escapar del sistema de sanciones tendentes a la estandarización regulatoria. Ello derivado de una multitud de causas, entre las cuales cabe mencionar los accidentes que se han producido como consecuencia de fracasos en los sistemas de gestión de la seguridad y fallas de control organizacional que han tenido repercusiones planetarias. Es suficiente con mencionar los accidentes que investiga la Agencia Internacional de Energía Atómica (conocida por sus siglas IAEA, International Atomic Energy Agency), identificados como efectos de una *pobre cultura de la prevención*, y lo mismo puede decirse de aquellos que han impactado el medio ambiente mundial y que son investigados por la International Nuclear Safety Advisory Group, debido a la presunción de una carencia grave en los altos niveles de gerencia de una *cultura de la seguridad nuclear*.

Con toda razón, Ulrich Beck llamó a la nuestra una *sociedad del riesgo*, pues por una parte, el desarrollo tecnológico ha producido mayor bienestar en la humanidad, pero por otro, han aumentado los peligros vistos por la ciencia como *riesgos*.

Es precisamente a raíz del aumento de los riesgos y de esos accidentes ocurridos en plantas nucleares, en la aviación, en la producción de gases industriales por parte de empresas petroleras y de extracción inmoderada de la industria minera, que se ha producido en los últimos años un clima de sensibilización que ha despertado el interés por el *compliance*, especialmente en las organizaciones.

La *cultura del compliance* abarca un campo enorme de aspectos del comportamiento en las organizaciones, pues como fruto de la experiencia tanto en la producción de accidentes por imprudencia como en la comisión de delitos también por imprudencia o descuido del *compliance*, se han ido incorporando otros criterios reguladores, incluso relativos a la compleja rama de la *psicología colectiva o de las organizaciones*.

A ello se debe que se hayan trasladado al ámbito de la cultura organizacional ciertas disciplinas mentales como, por ejemplo, la denominada *Mindfulness*, que se refiere a una actitud de atención plena y, consecuentemente, de cuidado en el trabajo que se hace evitando distracciones y, por ende, responsabilidades por impericia, imprudencia, falta de profesionalismo o falta de diligencia en el desempeño laboral. El tema se planteó como parte de la cultura del *compliance*, tras las experiencias a que hemos hecho referencia de accidentes ocurridos en plantas nucleares y en plataformas petroleras. Como consecuencia, se creó el modelo de *empresa de alta confiabilidad*, en el que los niveles de exigencia en el control y supervisión del cumplimiento regulatorio y legal son superiores debido a los riesgos que ahí se asumen. ¹

Mindfulness podría traducirse como *concienciación o conciencia plena*. En este sentido, el profesor australiano Andrew Hopkins identifica el origen de la idea de concienciación en las investigaciones realizadas sobre organizaciones confiables, cuya característica más sobresaliente es lo que se ha denominado *concienciación colectiva del peligro*, y se refiere a un estado mental de los individuos que consiste en atender de manera consciente las obligaciones del *aquí y ahora*, lo cual deriva de una actitud responsable en el cumplimiento de las reglas, es decir, del profesionalismo desarrollado e impulsado por la cultura de las organizaciones. *En este sentido* –leemos en un documento de la Universidad Politécnica de Madrid– *una organización cuyos miembros estuviesen individualmente concienciados respecto de los riesgos sería un sueño hecho realidad para muchos empresarios*. ² Como ya se ha señalado, la idea de una empresa que se circunscribe a ser instrumento del proceso de transformación *inputs-outputs*, está destinada al fracaso, pues hoy se exige contar con medidas de prevención que incluyen la conformación de una cultura de cumplimiento más real y efectiva.

No parece excesivo afirmar que los procesos regulatorios de prevención del riesgo en las organizaciones, especialmente del riesgo de incurrir en un delito, deben tener lugar en un clima de seguridad especialmente vinculado al fenómeno psicológico o comportamental, lo cual nos remite de manera directa a una revisión no

sólo de carácter estructural, sino incluso de lo que podríamos denominar, bases antropológico-organizacionales.

A lo señalado por Luis Carranza acerca del *concepto de riesgo en la empresa asociado al nivel de incertidumbre respecto de peligros latentes en distintos ámbitos* tales como el mercado, el sector financiero y el ámbito operacional, nosotros añadiríamos el comportamental o psicológico (Carranza, 87).

2. EL WHISTLEBLOWING Y SUS IMPLICACIONES LEGALES

A lo anterior habría que añadir una práctica que se ha vuelto común en las organizaciones, llamada *whistleblowing*, esto es, la obligación del personal, sea cual sea su jerarquía, de denunciar las irregularidades que observe o conozca en el área o departamento donde cada quien realiza su actividad organizacional interna.

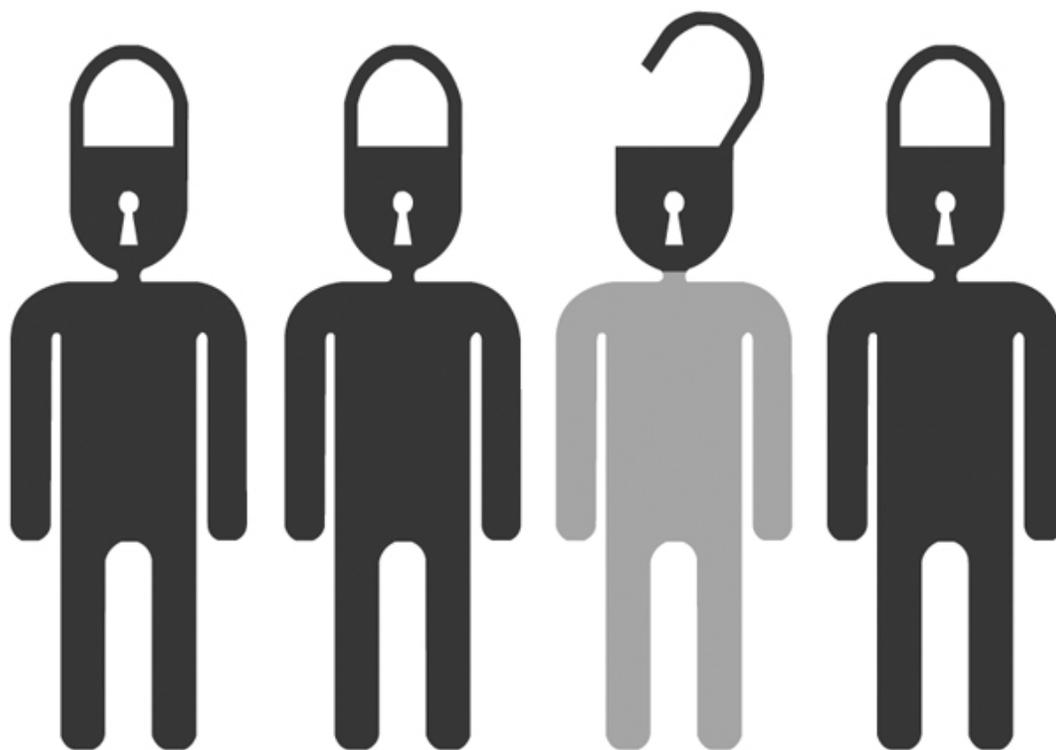
La persona que realiza la denuncia, sea de un hecho que considera irregular, ilegal o inmoral de acuerdo con los valores de la organización, se denomina *whistleblower*, que literalmente significa *el que toca el silbato* o *el que silba*, que era la costumbre de los policías o serenos para romper el silencio en el que se suele ocultar el criminal y detonar una alarma que pusiera en alerta a los vecinos y a la vez convocara a otros oficiales para unir fuerzas en la persecución y detención.

Usamos esa palabra en inglés porque las que podríamos emplear en castellano no corresponden del todo al sentido positivo que tiene en aquella lengua. Así, por ejemplo, si hablamos de *denunciante*, la palabra se emplea normalmente en sentido legal o penal. Si empleamos la voz *delator*, en castellano alude a una persona desleal, traidora y chismosa. Y algo parecido ocurre si hablamos de *informante interno*, pues sabemos que en países como el nuestro esa expresión denota una actitud más bien servil, equivalente a *soplón*, que implica la obtención de información con fines de denuncia secreta o de simple *chivatazo*.

En cambio, la expresión inglesa no tiene ese sentido peyorativo, antes bien denota una actitud de lealtad social o institucional, e incluso de valentía para no quedarse callado ante los hechos que se consideran contrarios al orden y a la justicia.

Así pues, el *whistleblower* es lo más parecido a un policía voluntario o a una persona que se solidariza con las causas del orden y ejerce su obligación de informar irregularidades.

Se trata en realidad de una práctica de gobierno corporativo en las organizaciones (una de las *mejores prácticas*), si por tal entendemos una amplia labor que coordinan los órganos de administración, de auditoría y las áreas directivas, pero en la que cooperan todos los miembros de la organización, cada uno desde el lugar que le corresponde en la trama organizacional.



En el Derecho español, que en buena medida tal como señalamos, ha servido como modelo para las propuestas elaboradas por los legisladores mexicanos, específicamente lo dispuesto en una reforma reciente al artículo 31 bis, 1 del Código Penal Español (CPE), la adopción de estos recursos de denuncia y de prevención por medio del señalamiento puede tener relevancia respecto a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la vía prevista por ese ordenamiento español: *las personas jurídicas* –dice el CPE– serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho han podido realizar hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Como acertadamente lo señala Ragués Vallès, de este precepto del CPE se desprende que las personas jurídicas están exentas de responsabilidad penal en aquellos casos en los que sus empleados hayan cometido un determinado delito escapando a medios de control implantados *ex ante* por la empresa. El problema, en todo caso, se presentaría cuando los delitos cometidos sean imprevisibles, pues de señalarse responsable a la empresa por una conducta que en el esquema general de su desarrollo institucional y operativo no pueda prever, sería contrario al principio de culpabilidad o, en otras palabras, un supuesto de mera *responsabilidad objetiva* (Ragués Vallès, 2013, C. IV).

En esa tesitura se ha venido desarrollando en los últimos años una doctrina de prevención del delito que incluye la adopción de sistemas de control que permitan hacer frente a ese mar de contingencias. Y es precisamente en ese desarrollo doctrinal y normativo donde ha tenido lugar el auge del enfoque de denuncia interna o *whistleblowing*, que más que una medida de control es un dispositivo complejo (reglamentado en algunos países), con el que cuenta la empresa para realizar adecuadamente su labor de *compliance*.

Ahora bien, para que ese dispositivo de información o *whistleblowing* funcione adecuadamente, es necesario que la empresa lo dé a conocer de manera evidente y clara, pues como todos los posibles eximentes y atenuantes de responsabilidad penal relativos al régimen de *compliance*, este canal de información interno debe ser creado *ex profeso* para la empresa, dado a conocer indubitadamente a los integrantes de la organización y actualizado.

Los empleados (incluidos administradores y representantes) conocen los canales de denuncia ya sea por medio de comunicaciones o mensajes informáticos, cursos de inducción, de capacitación o de actualización, de lo contrario, si sólo se contempla en un reglamento o en una disposición aislada, difícilmente podrá considerarse un eximente o atenuante de responsabilidad penal de empresa.

Es decir, estamos una vez más ante una cultura de la legalidad que no se limita a aparentar que cuenta con reglas y principios, pudiendo bastar con ello para justificar una posible participación en una actividad delictuosa, sino que se debe demostrar que ese reglamento o ese cauce regulatorio tiene vigencia, se alimenta con cursos de actualización, se empodera hacia el interior de la organización con el estudio de innovaciones en la materia o simplemente se revisa su operatividad y se le recuerda al potencial usuario-empleado que cuenta con ese medio para protegerse a sí mismo y proteger a la empresa de una posible responsabilidad penal. Incluso en Inglaterra el *code of practice* no descarta la posibilidad de que la empresa ofrezca retribuciones económicas a quienes denuncien un hecho que pueda dar lugar a un delito o que constituya delito, siempre como medida de afianzar el control de su actividad en materia de prevención penal.

Asimismo, como medida de afianzamiento de la práctica de la denuncia interna, es necesario que la empresa proteja con las medidas de seguridad adecuadas al denunciante, de tal manera que con ello logre el anonimato y garantice una mayor objetividad, y a la vez, en caso de que se cometa un delito, con esa garantía, el empresario demuestra que cuenta con los candados que permiten funcionar eficazmente a la práctica de denuncia interna o *whistleblowing*.

Cabe señalar que ese anonimato no es un recurso optativo y dejado a la libre interpretación de la empresa, sino que es necesario que la ley o el código penal de cada país lo contemplen de manera explícita.

Aunque podría parecer una práctica poco favorable al fortalecimiento y promoción del espíritu de cuerpo o a la integración de equipos, amén del ambiente enrarecido que puede llegar a producir en el interior de la organización en la que se generan relaciones de suspicacia o incluso de asechanza de unos contra otros, en realidad lo que se busca es contar con un amplio abanico de vías de denuncia, a fin de proteger a la organización y a los propios empleados.

Los beneficios de esta práctica de gobierno corporativo en las organizaciones pueden resumirse en los siguientes:

a) Evita que la organización –fuente de trabajo para muchas personas y de sustento de sus familias– incurra en un delito que al afectar a la empresa con sanciones que, como se dirá en seguida, pueden ir desde una multa elevada hasta la posible clausura o prohibición de realizar cierto tipo de contratos, afecta directamente a las personas que trabajan en la corporación y a las familias y comunidades que dependen de la actividad ordinaria de esa empresa.

b) Evita posibles actos de complicidad dolosa o culposa. Si bien es cierto que la *confianza* fortalece las relaciones de trabajo y optimiza el talento de los miembros de un equipo, también lo es que esa confianza no debe confundirse con *complicidad*, sea por omisión (de denunciar un hecho delictivo) o por connivencia no querida pero realizada.

c) Esa práctica, realizada dentro de ciertos límites normativos para evitar que se le convierta en instrumento de represalias personales o de afectación a la imagen pública o al prestigio del compañero o del superior jerárquico, tiene un efecto positivo para el desarrollo de una cultura de la transparencia, de la rendición de

cuentas y de la legalidad en el ámbito privado, demostrando que la organización tiene un índice de tolerancia cero con las malas prácticas.

d) Fortalece los vínculos de lealtad corporativa entre los miembros de la organización, evitando que se privilegie otro tipo de intereses, preferencias personales o afinidades (relaciones de amistad, clientelismo o nepotismo), lo cual redundaría en el mayor profesionalismo, pues asumida la práctica del *whistleblowing* los empleados sabrán que no encontrarán reverberación de aquellos actos que se opongan a la normativa que rige la empresa, con lo cual se evitará el recurrir a las *pequeñas o grandes trampas*.

e) Favorece el desarrollo del *profesionalismo*, pues se establece una relación estrictamente profesional o laboral entre el compañero o colega, el superior jerárquico o los dependientes, lo cual no significa que el trato se vuelva profesional, sino que se realice con responsabilidad y *atención*.

f) Además el *whistleblowing* facilita que la organización cumpla su papel de *garante* o de vigilante del cumplimiento regulatorio, como obligación legal y como prevención del riesgo penal.

g) Por otra parte, esa práctica de gobierno corporativo organizacional contribuye a la circulación de la información a la que antes hemos hecho referencia, gracias a la cual el *compliance officer* puede mantener actualizada la normativa de prevención de delitos, pues más allá de los efectos laborales o penales de la denuncia interna, el hecho en sí constituye información valiosa para detectar vacíos regulatorios, identificar riesgos no advertidos o sancionados en sus reglamentos.

h) La cultura de la denuncia interna ha demostrado ser en los países donde está institucionalizada, como en los EUA, por ejemplo, un medio eficaz de lucha contra la corrupción. Baste pensar en casos como el de la tabacalera Brown & Williamson, denunciada en un programa televisivo por mezclar sustancias prohibidas con el tabaco, o los conocidos escándalos empresariales, como los de Enron o WordCom.³

Para facilitar la cultura de la denuncia, la legislación en algunos países dispone medios de protección al anonimato del denunciante o el uso de canales de información que no sean del conocimiento general, como por ejemplo, una línea telefónica (*Corporate compliance hotline*) e incluso correos anónimos y buzones de denuncia para los empleados.⁴

3. COMPLIANCE LEGAL DE LAS EMPRESAS

A pesar de que ya contamos con la versión final de la norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS) en la que se establecen estándares especializados sobre cumplimiento, lo cierto es que, como ha señalado Alain Casanovas Ysla, experto analista de KPMG, es tan amplio el espectro de posibilidades de riesgo en las empresas, que es imposible codificarlos o reducirlos a fórmulas sencillas, que nos permitan prever *todas* las posibilidades. El mismo Casanovas ha realizado un elenco que pretende ofrecer *60 preguntas clave* para valorar preliminarmente la robustez y eficacia del modelo de *compliance* adoptado por la empresa, incluido el de prevención penal o anticorrupción.⁵

En México esta medida de prevención legal se ha ido adoptando paulatinamente. En la medida en que se transforma la legislación deberán hacerse algunos ajustes a su composición y funciones.

La práctica de gobierno corporativo inspirada en el modelo del *compliance management*, tiene que estructurarse a partir de los dos planos que condicionan el funcionamiento de la organización:

a) Por una parte, el de las obligaciones contenidas en las normas jurídicas emanadas de los órganos legislativos del Estado, incluyendo dentro de éstas los convenios, alianzas, compromisos y declaraciones que haya suscrito el gobierno mexicano en el orden internacional.

b) Por otra parte, ha de considerarse la masa regulatoria interna que la organización ha producido como fruto de la experiencia y la necesidad, así como aquella que haya acogido e incorporado a sus prácticas regulatorias, proveniente de las metaorganizaciones del comercio mundial.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo cuenta con un Convenio sobre inspección del trabajo (CO81 / 1947), en el que se disponen algunas medidas de control y cumplimiento. Así, en el artículo 1 se prevé la obligación de todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que haya suscrito el instrumento, de *mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales*. Y en seguida dispone que el sistema de inspección se aplique a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión u oficio.

En el artículo 3 del mismo Convenio se determinan las materias de vigilancia y control que debe

comprender la implantación de ese sistema, cuyos órganos se encargarían de:

Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines en la medida en que los inspectores estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones [...] poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

Resulta interesante la opinión que en este sentido defiende Luis Carranza, cuando afirma que en México se ha ido adoptando la figura del *oficial de cumplimiento*, pero en medio de una nebulosa conceptual, pues por una parte, en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) se prevé la figura del *comisario*, que puede ser considerado como tal, pues se le encarga *llevar a cabo de manera ilimitada, actos como la práctica de exámenes sobre las operaciones de la empresa, revisión de su documentación, registros y todo aquello que sea necesario para efectuar la vigilancia e inspección de las operaciones que la ley le impone a las mismas* (Carranza, 110). Sin embargo, para este autor la figura comisarial (comisario) no responde al modelo del *compliance officer*, pues los instrumentos con los que cuenta no son los adecuados, amén de que en su opinión, esos instrumentos violan Derechos Humanos, como el de la intimidad de la persona, pues van más allá de la indagatoria sobre cumplimiento, llegando en ocasiones a otorgar facultades que resultan abusivas.

En el *Código de Integridad y Ética Empresarial* del Consejo Coordinador Empresarial, se prevé el desarrollo de políticas, procedimientos y controles verificables que conlleven sanciones por su incumplimiento, así como programas de cumplimiento:

El órgano de auditoría interna de las empresas deberá incluir, dentro de su plan de auditoría, el programa de revisión de controles asociado al cumplimiento de las políticas para evitar el soborno, corrupción, colusión, cohecho, o en general cualquier actividad análoga. En la pequeña y mediana empresa, se recomienda que el administrador revise de manera periódica, el cumplimiento de las políticas de integridad de la empresa (*Principio décimo*).

No obstante que se trata de una política adoptada por la mayoría de las empresas en el plano mundial, lo cierto es que nos enfrentamos a una materia de alto nivel de complejidad que difícilmente puede ser dominada por nuestras políticas de previsión y cálculo de riesgos o por nuestras áreas de *compliance*.

Por ello, el *compliance* legal y reglamentario de la empresa, de modo semejante a lo que ocurre con otras disciplinas que tienen como finalidad orientar los procesos decisorios en terrenos contingentes y altamente cambiables, no puede contar, digámoslo así, con una *checklist* que garantice de manera absoluta la no incursión de la organización en actos delictivos como los que se han señalado anteriormente, de *lavado de dinero*, tráfico de influencias, defraudación fiscal, producción y tráfico de drogas, y otros.

No es posible contener la transgresión en una fórmula legal o en un código de Ética empresarial ni aun en los denominados *mapas reglamentarios* del *compliance*. A lo más que es posible aspirar es a contar con unas reglas en forma de prontuario o *vademécum*, escritas de manera clara y sencilla para que sean accesibles a todos los miembros de la organización.

Sin derivar nuestra atención hacia problemas de índole teórica, podemos decir, por tanto, que la naturaleza del *compliance* nos sitúa en áreas contiguas a las de la Ética, la Política, la Medicina y el Derecho, es decir, junto a las disciplinas de carácter prudencial, en donde las reglas de cumplimiento no son concluyentes o irrefutables sino que responden a lo que en lenguaje técnico se denomina disciplinas aporéticas, esto es, disciplinas que nos enseñan a resolver problemas, pero no por medio de fórmulas incontrovertibles y absolutas, sino de experiencias similares ofrecidas en forma de *regla* aplicable según los posibles casos. Nos referimos, claro está, a la prevención de los riesgos.

El sistema de *compliance* no está formado por un conjunto de pruebas o exámenes de responsabilidad penal, sino por una serie de medidas tendentes a prevenir la comisión de delitos en y desde la empresa. Para ello se ha desarrollado en los últimos años la figura del *compliance officer* (CCO), cuya principal función es la prevención de riesgos, labor que debe realizar a partir de la valoración en la que mide la adecuación del comportamiento de los miembros de la organización a las exigencias de las normas que los rigen en todos los niveles (nacionales e internacionales).

En México, el CCO se prevé como práctica de gobierno corporativo en el *Código de Integridad y Ética Empresarial* que a principios de 2015 presentó el Consejo Coordinador Empresarial (CCE), en donde leemos:

Las empresas deberán contar con algún órgano de gobierno o persona responsable de establecer, implementar y vigilar el cumplimiento de las políticas para evitar el soborno, corrupción, colusión, cohecho, o en general cualquier actividad análoga, así como los controles necesarios para un cumplimiento efectivo de las políticas que adopten (*Octavo principio*).

Así pues, el encargado de realizar estas funciones preventivas del delito o de actos de corrupción, es un experto en manejo de información y en el *conocimiento indicial* (formulación de indicios a partir de la relación entre los diversos datos que nos ofrece la realidad inmediata), lo cual le permite formular indicadores de problemas y fuentes de riesgos, tanto técnicos como legales, a partir de la detección de fallas regulatorias que pueden llevar a la organización al fracaso. Entendiendo por fallas regulatorias no sólo aquellas de origen, es decir, provenientes del enunciado de las reglas de la organización, sino también aquellas que derivan del incumplimiento.

Por eso consideramos que el *compliance officer* no debe confundirse con la figura más conocida del *auditor* interno o externo de quien normalmente no se exige, por emplear los términos de Carlo Ginsburg, una labor permanentemente *detectivesca*, sino que cumple con una función más plana, menos relacional o, dicho en términos positivos, más deductiva que inductiva.

Figura ésta (CCO) que aún está en ciernes en el mundo organizacional y particularmente en el de los negocios, y que en México se ha visto a menudo obstaculizada por la cultura o subcultura de la simulación en materia regulatoria (pública y privada). Lo cual, como ocurre en todos los niveles organizacionales, lleva a prácticas corruptas consistentes en nombrar al CCO reservándose la facultad de determinar la información a la cual tendrá acceso. ⁶

Según estudios realizados por la compañía Pricewaterhouse Coopers (PwC) sobre estándares de calidad regulatoria y seguimiento de la misma, el CCO realiza varias funciones que pueden ser agrupadas en torno a una misión de fondo: construir un sistema ordenado de regulación en el que las diversas funciones que desempeñan los miembros de la empresa en todos los niveles, se ensamblen de tal manera que se optimicen recursos y se saque lo mejor de cada uno, evitando así improvisaciones, que no hacen sino dispersar capacidades y duplicar esfuerzos, con todo lo que ello conlleva de pérdidas para la empresa, definiendo mediante reglas claras y precisas las responsabilidades de cada quien, así como sus obligaciones, entre las cuales destaca la de *capacitarse* para mejorar sus cualidades laborales y evitar accidentes e incluso la comisión de delitos debido a la ignorancia u omisión por falta de capacitación profesional. ⁷

Para lograr su cometido, debe reunir una información precisa, misma que, de acuerdo con los *Principios de gobierno corporativo de la OCDE*, ⁸ debe incluir los siguientes rubros:

- a) Riesgos específicos de la industria (zona geográfica).
- b) Dependencia de materias primas y riesgo de agotamiento de éstas.
- c) Riesgos de mercado financiero y cambiario.
- d) Operaciones sobre derivados.
- e) Medio ambiente.

Pero como hemos señalado, siguiendo a uno de los mayores conocedores del tema en el plano mundial, Alain Casanovas, estos rubros se pueden reproducir *ad infinitum*, pues las posibilidades de incurrir en un delito siempre estarán abiertas, dado que se trata de comportamientos humanos en los que interviene toda una gama de factores de toda índole.

En consecuencia, las empresas deberían centrar sus esfuerzos en adoptar e implementar programas integrales de prevención de riesgos en materia penal de manera similar a los *cuadernos de buenas prácticas* o códigos de Ética en el sector público, así como las medidas de las organizaciones mundiales en materia anticorrupción, tales como la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención anti-cohecho de la OCDE (SNA).

Nosotros consideramos que, como reglas recomendables para prevenir el incurrir en responsabilidad penal de empresa, conviene tener presentes algunas reglas básicas o buenas prácticas corporativas, las cuales podemos enunciar de la manera siguiente:

- a) Comprender el contenido, alcances y efectos de la nueva legislación penal en materia de responsabilidad penal de empresa y el marco legal que se irá ajustando paulatinamente.
- b) Evaluar la reforma penal frente a la Dirección, Administración y operación de la empresa específica.
- c) Contar con un protocolo de actuación para representantes, administradores, consejeros independientes y apoderados legales. Tomando conciencia y control del ejercicio de sus roles y facultades legales en y desde la empresa.
- d) Revisar permanentemente el mapa de riesgos que contemple posibles escenarios de riesgos o

contingencias de carácter penal, conforme a la actividad u objeto de la empresa.

e) Crear, diagnosticar, retroalimentar y evaluar periódicamente las políticas de *compliance* y de la cadena de mando de los responsables del cumplimiento regulatorio y código de Ética de la empresa.

f) Evaluar el gobierno corporativo y los comités de administración, auditoría y *compliance*, respectivamente, y el rol de cada miembro del Consejo y de la Dirección.

g) Mantener el control sobre el manejo del *flujo de información* que se genera en y desde las áreas gerenciales, operativas y de dirección, recíprocamente, en específico la forma en que genera la *cadena de correos electrónicos*. Detectar perfectamente quién las genera, quién las recibe, quién las almacena, registra, responde y supervisa.

h) Revisar y diseñar posibles seguros de responsabilidad por contingencias provocadas por delitos de empresa. No sólo para las personas físicas o individuos en la organización, sino para la empresa misma.

i) Dar a conocer a los empleados una base mínima de esta nueva regulación penal, a fin de que se empodere la cultura de prevención y cumplimiento regulatorio al interior.

j) Establecer cláusulas de conocimiento y deslinde de responsabilidad en los contratos laborales de los empleados, a fin de proteger a la corporación hasta donde sea posible por conductas ilícitas generadas en y desde la empresa.

k) Mantener un registro de las mejores prácticas sobre prevención y los alcances de la legislación penal aplicable, revisar periódicamente casos análogos de otras empresas del sector o industria para retroalimentación y mantener asesoría en materia de *compliance penal*.

l) Eliminar o reducir poderes o actos discrecionales de los ejecutivos, representantes o de los órganos administrativos (en todo el personal o áreas sensibles con posible tendencia delictiva).

m) Establecer canales internos de denuncias anónimas que garanticen la obtención de información y la ausencia de represalias. Instaurar y revisar procedimientos corporativos disciplinarios.

n) Contar con la asesoría de un asesor externo, experto en materia penal relacionada con las organizaciones.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Hopkins, Andrew. *Safety Culture, Mindfulness and Safe Behaviour: Converging Ideas? (Paper prepared for the Jim Reason Festschrift)* <http://www.org/wg/ism>, p. 8

2

Promoción y desarrollo de la cultura preventiva en la comunidad de Madrid, Cátedra Universidad, Empresa, Sindicato, Trabajo, Ambiente, Salud. Universidad Politécnica de Madrid, s.e., documento de trabajo

3

Ragués i Vallés, Ramón, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 364, Barcelona, 2006, pp. 2-19

4

DLA Piper, *A Study by DLA Piper's Employment Group, Whistleblowing / An Employer's Guide to Global Compliance*. Documento *Whistleblowing Hotlines (Corporate compliance hotlines allow employees to report their concerns anonymously about possible violations of corporate rules by their co-workers)*

5

Casanovas Ysla, Alain. *Tests sobre compliance* (20.01.2015, Corrupción, Código Penal y Buen Gobierno). Blog de KPMG Cumplimiento Legal, <http://www.kpmgcumplimientolegal.es>

6

Bernstein, Sally y Andrea Falcione, “What it means to be a *chief* compliance officer: today's challenges, tomorrow's opportunities”. Pricewaterhouse Coopers, *State of Compliance*, 2014, p. 3

7

Bernstein, S. y A. Falcione, “What it means... cit., p. 6

8

Principios de gobierno corporativo de la OCDE (Donald J. Johnson, secretario general de la OCDE), 2004

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Reflexiones finales.

REFLEXIONES FINALES

Desde hace cinco siglos se impuso en Occidente la Filosofía racionalista para la cual no existen relaciones sino *sujetos*, por lo que la operación más importante del pensamiento es la matemática, que nos permite sumar, contar, oponer conjuntos, aislar partes, pero no comprender las relaciones que surgen entre éstos. Tal es el fundamento de la teoría de dirección y administración de las organizaciones, desarrollada, entre otros, por Taylor, Fayol y Ford para quienes el gobierno corporativo consiste fundamentalmente en una actividad de cálculo estratégico.

Sin embargo, el alto nivel de sofisticación del orden jurídico y económico mundial, así como las transformaciones de la cultura organizacional de la que aquí hemos dado noticia, no nos permiten seguir pensando de esa manera. La tendencia regulatoria actual da prioridad a la complejidad como dato primario.

La complejidad que aquí hemos descrito como conjunto de relaciones de reciprocidad entre empresa, medio ambiente y sociedad, difícilmente se deja atrapar en unos esquemas cuánticos: es necesario asumirla como realidad en la que convergen de manera inestable y aleatoria factores que exigen una constante adaptación al entorno.

La regulación organizacional y el gobierno corporativo, así entendidos, forman parte de un proceso continuo que promueve el *feed-back* o la retroalimentación positiva para el rendimiento creciente y el mejoramiento continuo de los sistemas regulatorios internos. Tratándose del gobierno de las organizaciones, se trata de un proceso en el cual juega un papel decisivo el *compliance officer* (CCO) que, como hemos visto en estas páginas, es más que un prefecto de disciplina o un policía interno.

Se impone así la necesidad de recuperar para el mundo de las organizaciones una verdad que se ha perdido en la noche de los tiempos, al menos para Occidente, y que en cambio los países de otras culturas – no occidentales– han conservado, debido quizá al arraigo profundo de sus creencias; nos referimos a la visión de totalidad, que podemos expresar con la frase *todo tiene que ver con todo*.

En efecto, no cabe en la cultura organizacional actual seguir pensando en términos de rigurosa separación o aislamiento de compartimentos dentro de las organizaciones. Países como Alemania o Austria, por ejemplo, han recuperado la visión global y universal de la gestión corporativa, y los resultados están a la vista: su legislación laboral, mercantil e incluso penal, demuestran que los modelos de gestión en esos países se han construido sobre la idea de *relación* antes que de *separación*.

Y es que la organización es un fenómeno que no puede ser aprehendido desde una perspectiva unidisciplinaria, sino que es necesario realizar un esfuerzo por abordarlo desde una perspectiva multidisciplinaria, lo cual implica romper ciertos moldes de inteligibilidad preexistentes, dando paso así a lo que Georges Gusdorf denomina *restauración de las significaciones humanas del conocimiento*, pues como señala el mismo autor, es necesario ajustar los criterios epistemológicos con los que nos acercamos a los fenómenos actuales; de tal manera que si estudiamos un fenómeno mundial, es necesario tener en cuenta *la pluralidad de los espacios y de las épocas y la multiplicidad de las formas de lo humano (que) imponen una especie de politeísmo epistemológico, respetuoso de las discordancias y las discontinuidades, los intervalos...* En una palabra, la interdisciplinarietà no sólo consiste en reunir a varios especialistas y establecer un acuerdo diplomático entre las distintas visiones, sino en adoptar un *horizonte global* para comprender lo universal como totalidad.¹

Tal vez ésa es la lupa con la cual se han de observar los desafíos que ofrece la actual conformación sistémica del mundo de las organizaciones y de la práctica de gobierno corporativo.

De ahí que las políticas regulatorias en nuestros días no pueden ser trazadas desde esquemas simplistas como ha ocurrido en varias ocasiones, en las que se ha pretendido reducir la complejidad (siempre

cambiante y en movimiento) a fórmulas reductivas, lineales y holistas (siempre en reposo).

Es necesario abrir el esquema de interpretación y comprensión de las reformas que en materia penal se están realizando en varios países y recientemente adoptadas en México a nivel federal. No se trata de reformas aisladas sino de tendencias mundiales que afectan a la visión general de la empresa.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Gusdorf, G. “Pasado, presente y futuro de la investigación interdisciplinaria”, citado por Ibarra Collado, Eduardo y Luis Montaña Hirose, “Teoría de la organización y administración pública. Insuficiencias, simplezas y desafíos de una maltrecha relación”, *Gestión y Política Pública*, vol. I, No. 1, julio-diciembre de 1992, pp. 49-75

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Bibliografía.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahme, Góram y Nils Brunsson, “La regulación suave desde una perspectiva organizacional”, *Gestión y política pública*, México, CIDE, vol. XIV. No. 3, septiembre de 2005, pp. 527-555.
- Ampudia Mello, Sergio, “Responsabilidad social y ambiental de las empresas”, *Derecho Ambiental y Ecología*, No. 61, año 11, junio-julio 2014, pp. 41-46.
- Axtman, Roland, “The Model of the Modern State and its Contemporary Transformation”, *International Political Science Review*, vol. XXV, No. 3, The Nation State and Globalization: Changing Roles and Functions. Les États nations et la globalization: roles et fonctions en mutation, julio 2004, pp. 259-279.
- Baigún, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Basurto González, Daniel, “Responsabilidad social y ambiental de las empresas”, *Derecho Ambiental y Ecología*, No. 61, año 11, junio-julio 2014, pp. 33-36.
- Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas* (traducción de D. Zadunaisky), México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós, 2015.
- Beck, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Beckmann, Christof, Hans-Uwe Otto und Mark Schröder, *Management der Profession: Zwischen Herrschaft und Koordination*, Universität Bielefeld, 2008, http://www.researchgate.net/profile/Mark_Schroedter/publication/237021245 Management der Profession. Zwischen Herrschaft_und_Koordination pdf.
- Bell, Tom W., “Polycentric Law in a new century”, *Cato. Policy Report*, noviembre-diciembre de 1998.
- Berardi Bifo, Franco. *Generación Post-alfa. Patologías e imaginarios en el capitalismo*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2007.
- Bernstein, Sally y Andrea Falcione, *What it means to be a chief compliance officer: today's challenges, tomorrow's opportunities*. Pricewaterhouse Coopers, *State of Compliance*, 2014.
- Beuato, Paulo César, “El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales como grupo de casos de la teoría de la imputación objetiva”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 7, CJF-IJF, México.
- Boff, Leonardo, *La sostenibilidad, qué es y qué no es*, Santander, Salterae, 2013.
- Bourdieu, Pierre, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama, 1997, pp. 108-110.
- Calvo, Patrici, “Fundamentos de la economía civil para el diseño de las organizaciones”, *Revista Internacional de Organizaciones*, No. 10, Universitat Jaume I, 2013, pp. 65-84.
- Cárdenas Gutiérrez, Salvador, Estudio preliminar de la edición facsímil de Savigny M.F.C., *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878 (6 tomos), pp. 11-30. SCJN, México, 2004, pp. XI-XXX. ISBN: 970-712-380-X.

- Carranza Figón, Luis, “Grupos económicos y *compliance* : un nuevo escenario”, *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, Miguel Ontiveros, Editorial Ubijus, México, 2015.
- Casanovas Ysla, Alain, *Tests sobre compliance* (20.01.2015, Corrupción, Código Penal y Buen Gobierno). Blog de KPMG Cumplimiento Legal, <http://www.kpmgcumplimientolegal.es>
- Casar, María Amparo, *México: Anatomía de la corrupción*, ed. CIDE, Instituto Mexicano para la Competitividad, México, 2015.
- Casas, Ismael Clemente, Manuel Álvarez Feijoo, “¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (*Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica*)”, *Revista Actualidad Jurídica Menéndez*, No. 28, Barcelona, 2011.
- Darnaculleta Gardella, Ma. Mercè. *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Girona, 2003, ISBN 84-688-4870-0.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, No. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014, INACIPE, pp. 9-33.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 5, *CJF-IJF*, México.
- De la Cuesta González, Marta, *La responsabilidad social corporativa o responsabilidad social de la empresa*, Madrid, UNED, s.e.
- DLA Piper, *A study by DLA Piper’s Employment Group, Whistleblowing / An employer’s guide to global compliance*. Documento *Whistleblowing Hotlines (Corporate compliance hotlines allow employees to report their concerns anonymously about possible violations of corporate rules by their co-workers)*.
- Fernández Durán, Ramón, *El inicio del fin de la energía fósil: una ruptura histórica total*. <http://www.ecologistasenaccion.org>
- Fernández Durán, Ramón, *La quiebra del capitalismo global: 2000-2030*, Ed. Virus, Barcelona, 2011.
- Ginebra Serrabou, Xavier, *Mejorando la mejora regulatoria: presente, pasado y futuro de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), 2013.
- Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, *Anuario de Derecho Penal*, No. 96, José Hurtado Pozo (coordinador), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1997, pp. 19-45.
- Hernández, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, volumen 5, No. 9, julio de 2010, pp. 207-236.
- Hopkins, Andrew, *Safety Culture, Mindfulness and Safe Behaviour: Converging Ideas?* (Paper prepared for the Jim Reason Festschrift) <http://www.org/wg/ism>.
- Ibarra Collado, Eduardo y Luis Montaña Hirose, “Teoría de la organización y administración pública. Insuficiencias, simplezas y desafíos de una maltrecha relación”, *Gestión y Política Pública*, vol. I, No. 1, julio-diciembre de 1992, pp. 49-75.
- IESE, Newsletter No. 5, *Otro punto de vista*, noviembre de 2009. Referencia a la tesis doctoral de Gastón Escudero Poblete, *La teoría de los stakeholders de Edward Freeman*, UNAV, 2009.
- Kuhlen, Lothar, “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, Kuhlen Lothar, Juan Pablo Montiel, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Luhmann, N., *Organización y decisión* (traducción de Darío Rodríguez Mansilla), México, Herder / Universidad Iberoamericana / Universidad Católica de Chile, 2010.
- Martínez Buján Pérez, Carlos, “Bien Jurídico y Derecho Penal Económico”, Demetrio Crespo, E., Manuel Maroto Calatayud, *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Buenos Aires / Montevideo, 2014.

- Martínez Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la empresa (parte especial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- “El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 21 (octubre), Caracas, XVIII Congreso del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
- Mayntz, Renate, *New Challenges to Governance Theory*. European University Institute, Jean Monet Chair Paper RSC No. 98/50, 1998.
- Mejía, Rubí Consuelo, *Identificación de riesgos empresariales*, *Revista Universidad EAFIT*, Medellín, 2011.
- Mejía, Rubí Consuelo, “Sistema de control para las pequeñas y medianas empresas (SICOP)”, *Revista Universidad EAFIT*, No. 125, Medellín.
- *Modelo organizativo del Grupo Gesmar de conformidad con el Decreto Legislativo italiano 231/01*, publicado por el Organismo de Control con referencia a D.Lgs. 8 giugno 2001.
- Moreno Hernández, Moisés. *La responsabilidad de las personas jurídicas y sus consecuencias*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>
- Nieto Martín, Introducción a Gómez Colomer, Juan Luis, Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2013.
- Núñez Castaño, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un ‘camino sin retorno’ hacia el Derecho Penal del enemigo?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 5, CJF-IJF, México.
- Núñez Castaño, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho Penal del enemigo?* *Revista Penal México*, No. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014, pp. 179-206.
- OCDE, *Principios de gobierno corporativo* (Donald J. Johnson, secretario general de la OCDE), 2004.
- OECD (2012), *Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria*, OECD Publicación, México.
- Offe, C. *Leistungsprinzip und Industrielle Arbeit: Mechanismen der Statusverteilung in der industriellen Leistungsgesellschaft*, s.e., Frankfurt, 1970.
- Ontiveros Alonso, Miguel. “Casinos, *compliance* y sistema penal (fundamentos del juego responsable)”, *Anuario mexicano de derecho penal económico*, Miguel Ontiveros / Editorial Ubijus, México, 2015,
- Pelligra, Vittorio, “La economía de comunión y la justicia global”, *Economía de Comunión. Una nueva cultura*. Año XV, No. 30, diciembre 2009.
- Pleno, 21 de abril de 2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre contradicción de tesis 360/2013, basada en los criterios sustentados por el Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Cuarto Circuito (tesis aislada IV.2o.A.30 K [10a.]) y Segundo Tribunal en Materia Administrativa del Séptimo Circuito (Tesis aislada VII.2o.A.2 K [10a.]).
- Porter, Michael E., *Ventaja competitiva. Creación y sostenimiento de un desempeño superior*. Grupo Editorial Patria, México, 2015.
- PricewaterhouseCooper. *Análisis y contexto de las reformas constitucionales del Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Servicios Forenses en versión digital de la página www.pwc.com/mx.
- *Promoción y desarrollo de la cultura preventiva en la comunidad de Madrid*, Cátedra Universidad, Empresa, Sindicato, Trabajo, Ambiente, Salud. Universidad Politécnica de Madrid, s.e., documento de trabajo.
- Ragués I Vallés, Ramón. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 364, Barcelona, 2006, pp. 2-19.
- Ragués I Vallès, Ramón, *Whistleblowing (una aproximación desde el Derecho Penal)*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- Requena, Carlos, *Gobernanza. Reto en la relación Estado-Sociedad*, México, LID, México, 2014.
- Rotsch, Thomas *Criminal compliance*. *InDret, Revista para el análisis del Derecho* No. 1, Barcelona, enero de 2012, pp. 1-11.
- World Economic Forum, *Texte Gegen das World Economic Forum Davos*, Megafon No. 207, enero de 1999.
- Sánchez Bernal, Javier, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, CT 4, Salamanca, 2012, pp. 121-156.
- Sassen, Saikia, *Una sociología de la globalización*, Madrid, Katz, 2012.
- Savater, Fernando, *Ética para la empresa*, México, Ed. Conecta, 2015.
- Sethi, Prakash S. “Self-Regulation through Voluntary Codes of Conduct”, Prakash Sethi, S. (editor) *Globalization and Self-Regulation: The Crucial Role that Corporate Codes of Conduct Play in Global Business*, Pallgrave Macmillan, Nueva York, 2011.
- Simpson, Sally, *Corporate Crime and Social Control*, Cambridge University Press, Nueva York, 2002.
- Sisson, Keith & Paul Marginson, “Soft Regulation –Travesty of Real Thing or New Dimension” <http://www.researchgate.net>

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Apéndice Legislativo.

APÉNDICE LEGISLATIVO

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DEROGAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ARTURO ZAMORA JIMÉNEZ, Senador de la República para la LXII Legislatura del Congreso de la Unión e integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, con fundamento en el artículo 71 Fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8 Numeral 1 fracción I, 164 numeral 1 y 169 del Reglamento del Senado de la República, someto a la consideración de esta Soberanía la INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO que deroga el artículo 11 y el numeral 16 del artículo 24 y adiciona los artículos 13-Bis, 13-Ter, 17-Bis, 24-Bis, 50-Ter, 50-Quáter y 76-Bis, todos del Código Penal Federal, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al tenor de la siguiente

Exposición de Motivos

La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se relaciona estrechamente con el cambio que a nivel mundial se ha realizado sobre las funciones del Derecho Penal para poder sancionar penalmente a las personas morales, que en ocasiones son usadas por sus miembros, para la comisión de ciertos ilícitos, por ejemplo: la criminalidad económica, el *lavado de dinero*, la trata de personas, el terrorismo, los delitos ambientales, entre otros. Estos son ámbitos que están básicamente impregnados de modelos de conducta colectiva, es por ello que, debido a la influencia real de las personas morales, éstas deben comenzar a ser objeto de estudio de la política criminal en nuestro país.

No es casual que el legislador, en Europa continental, haya admitido, desde los años veinte en que nace el Derecho Económico moderno, algunas excepciones al dogma *societas delinquere non potest*¹ (por ejemplo, en materia fiscal, aduanera o de competencia). Japón ha seguido esta tendencia a partir de los años treinta y lo mismo ha hecho Rusia hacia finales de la década de los ochenta.²

Entre los países de nuestra tradición jurídica, tanto España (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010) como Chile (Ley 20.393, de 25 de noviembre de 2009) han instaurado ya este tipo de responsabilidad para ciertos delitos. En este sentido se viene cubriendo un aspecto en el que se plantean consecuencias jurídicas con ciertos efectos específicos cuando se instrumentaliza a las personas jurídicas.

En el caso chileno, que por analogía podría ser el más parecido al mexicano, Héctor Hernández indica que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “presenta el desafío más estructural y de largo plazo de desarrollar efectivamente una cultura empresarial de autorregulación en materia de prevención delictiva. Al efecto será indispensable una práctica punitiva efectiva y con preferencia por criterios materiales por sobre los meramente formales, que demuestre que la ley no es una mera fachada cosmética, y que al mismo tiempo cumpla con la promesa de que las empresas que cumplen seriamente con sus deberes no tienen nada que temer”.³

El tema forma parte de obligaciones convencionales que vinculan a México, como el Convenio contra la Corrupción de la OCDE, cuyos evaluadores en su examen de nuestro país en octubre de 2011 entendieron insatisfactoria la situación del ordenamiento mexicano al respecto.

En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos en los negocios socioeconómicos son cometidos con ayuda de una empresa; y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones económicas: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etcétera.

Estas nuevas formas de criminalidad (económica) han obligado a preguntarse si las actuales excepciones deben convertirse en regla; pues es poco convincente, considerada la realidad y los demás subsistemas del Derecho, que por ejemplo el atentado contra el medio ambiente cometido por una gran empresa sea

comprendido como un hecho de una sola persona natural: la que lo ordenó o ejecutó en una determinada medida.

Esta evolución implica una revisión a fondo de criterios de política criminal, que sanciona únicamente a las personas morales con medidas de Derecho Civil o Administrativo, en tanto que la dogmática penal, que negaba abrir una brecha en el tradicional principio de que la responsabilidad penal sólo concierne a las personas físicas por estar fundada en la culpabilidad, hoy se abre a fin de tutelar de manera eficiente bienes y valores de carácter colectivo.

El debate sobre la evolución que se debe tener en la política criminal y la dogmática penal se ha intensificado en la medida, en tanto que, en el orden nacional como en el internacional se ha sentido la urgencia de reconocer a la empresa como sujeto de Derecho Penal, para enfrentar mejor las nuevas formas de criminalidad, fomentadas por el desarrollo de la economía, de los transportes, de las comunicaciones, en el que las empresas nacionales y multinacionales juegan un papel cada vez más decisivo.

Panorama internacional

1. México ha firmado y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que contienen como opción para reprimir a las empresas criminales la posibilidad de que los Estados legislen sobre la responsabilidad penal de las mismas.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 10 menciona:

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

2. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 26 lo siguiente:

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada estado parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

3. Por otra parte, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) adoptada por la conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997, dispone:

Artículo 2. Responsabilidad de las personas morales

Cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

El reporte de implementación de la convención elaborado en octubre de 2011, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, señala que las provisiones legislativas de México en materia de responsabilidad de las corporaciones por corrupción internacional son sustancialmente deficientes y las recomendaciones del grupo de trabajo para la fase 2 continúan sin implementarse. Por tanto, los examinadores recomiendan que México enmiende su Código Penal Federal sin demora para que las personas jurídicas puedan ser responsables por corrupción internacional sin requerir la previa identificación y condena de la persona física, y sin la prueba de que los actos de corrupción fueron cometidos con los medios de la persona jurídica.⁴

Como se advierte, y con el fin de sustentar lo anterior, existen instrumentos internacionales, firmados y ratificados por México, para combatir la delincuencia organizada transnacional y la corrupción, contemplando la obligación de implementar en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas morales para reprimir aquellas empresas que se dediquen a realizar actividades ilícitas que, como ya lo he precisado, será totalmente independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas.

4. Es necesario destacar que se ha reconocido la importancia de que los países parte adopten medidas adecuadas para combatir el *lavado de dinero* y sancionar penalmente tanto a personas físicas como morales, de acuerdo con lo establecido en las “cuarenta recomendaciones” del Grupo de Acción sobre el *lavado de activos* (GAFI) del 20 de junio de 2003. El apartado A referente a los Sistemas Jurídicos en el punto 2 inciso b) textualmente menciona:

2. Los países deberán garantizar que:

a) ...

b) Se deberá aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar a los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberán estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.

México es miembro desde el año 2000 del Grupo de Acción Financiera y ha endosado dichas recomendaciones para cooperar en la lucha contra el *lavado de dinero*. Entre los países miembros destacan Estados Unidos, la Gran Bretaña, Australia, Francia, Japón, Portugal, Suiza, España,⁵ entre otros. Cabe destacar que algunos de los países miembros del (GAFI) ya regulan la responsabilidad penal de las personas morales.

5. Por otra parte, existen al menos 12 instrumentos normativos aprobados por la Unión Europea en los que se prevé la responsabilidad de las empresas por la comisión de delitos:

a) Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997 (artículo 4);

b) Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (artículo 8);

c) Decisión marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares (artículo 3);

d) Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (artículo 7);

e) Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (artículo 6);

f) Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (artículo 7);

g) Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (artículo 7);

h) Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información (artículo 9);

i) Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal

para la represión de la contaminación procedente de buques (artículo 6);

j) Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (artículo 6);

k) Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo (artículo 8 de la decisión marco 2002/475).

l) Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal (artículos 5 y 7)

m) Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (8-Ter y 8-Quáter).

6. Los Estados miembros del Consejo de Europa aprobaron el 8 de noviembre de 2001, en Budapest, el Convenio sobre Ciberdelincuencia, que quedó abierto a la firma el 23 de noviembre de 2001, fecha en que fue suscrito por Estados Unidos, Sudáfrica, Canadá y Japón.

El título 5 establece otras formas de responsabilidad y de sanciones. Así, en su artículo 12, la convención señala que:

Artículo 12. Responsabilidad de las personas jurídicas:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que pueda exigirse responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos previstos de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos por cuenta de las mismas por cualquier persona física, tanto en calidad individual como en su condición de miembro de un Órgano de dicha persona jurídica, que ejerza funciones directivas en la misma, en virtud de:

- a)** Un poder de representación de la persona jurídica;
- b)** Una autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica;
- c)** Una autorización para ejercer funciones de control en la persona jurídica.

2. Además de los casos ya previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada parte adoptará las medidas necesarias para asegurar que pueda exigirse responsabilidad a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una persona física mencionada en el apartado 1 haya hecho posible la comisión de un delito previsto de conformidad con el presente Convenio en beneficio de dicha persona jurídica por una persona física que actúe bajo su autoridad.

3. Con sujeción a los principios jurídicos de cada parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa.

4. Dicha responsabilidad se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito.

Cabe mencionar que el desarrollo de la tecnología es cada vez más usual en la comisión de delitos, de ahí la importancia de esta convención. Y previendo la comisión de los delitos informáticos a través de personas jurídicas, este instrumento internacional contempla al igual que los instrumentos internacionales ya mencionados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

7. El aforismo *societas delinquere non potest* predominó, hasta hace pocos años, en el Derecho Penal de Europa continental. Después de la intensa discusión de los años cincuenta, parecía impensable la represión penal de las empresas, sobre todo en el ámbito germanófilo. Así, el legislador estableció, en Alemania, Austria y Suiza, sanciones específicas para las organizaciones tanto en el derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el Derecho Penal administrativo.⁶

Mediante la introducción de las figuras no penales de la responsabilidad solidaria indirecta (Austria), de la responsabilidad por el resultado (Suiza) o de multas administrativas (Alemania), se buscó respetar el principio de culpabilidad penal. Si bien es cierto que nunca se logró hacer desaparecer completamente las diferencias, estos sistemas auxiliares fueron considerados como “los hijos menores del Derecho Penal”. En Austria se fue aún más lejos mediante la introducción, en el Código Penal en 1982 y 1987, de la regulación del decomiso de la empresa (§ 20 C.P.) y de la posibilidad de confiscar sus utilidades (§ 20a C.P.).

A nivel internacional, la mayoría de los países, ante el creciente poder de las grandes empresas, han recurrido a determinadas formas de represión penal. Algunos países, sobre todo anglosajones, disponen en

esta materia de una larga experiencia. El viraje hacia esta dirección, en los años setenta, de Japón, Corea y Holanda, se puede comprender, desde la perspectiva europea, como una pequeña concesión al espíritu de la época.

Mientras tanto, otros países, en los que se admite el principio de culpabilidad, han cambiado de orientación. Dinamarca, Noruega y Suecia establecieron, en los años ochenta, sanciones penales específicas para las empresas consideradas especialmente peligrosas. Francia introdujo en 1994 una responsabilidad general para las personas jurídicas, la siguió Finlandia en 1995.

Por su parte, Italia lo hizo en 2001 (Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, No. 231), Suiza insertó en su Código Penal en 2007 la responsabilidad penal de la empresa, y España en 2010 reconoció la responsabilidad penal de las personas morales en determinados delitos. Existen igualmente proyectos de ley en este sentido en países de Europa del Este (Lituania, Hungría, Polonia).

Criminalidad de la persona moral

Hay coincidencia en la doctrina respecto de que el denominado Derecho Penal de la empresa constituye una rama del Derecho Penal Económico.⁷ Se trata, sin duda, de un universo de análisis que, desde hace ya algunos años, se encuentra en ebullición; muestra de ello son los numerosos trabajos de investigación que, en la actualidad, se desarrollan.

Este interés se explica a partir del reconocimiento de que la participación de la empresa en el sistema económico la convierte en titular del rol de agente económico.⁸ En este contexto, precisamente, el orden económico puede resentirse cuando las actuaciones producidas en el ámbito del mercado empresarial desbordan sus cauces legales y las líneas generales del sistema, para adentrarse en prácticas no sólo de riesgo sino evidentemente lesivas en las que se pone de relieve que la utilización abusiva e incorrecta de los mecanismos de financiamiento produce beneficios ilícitos a los que la practican lesionando a otros componentes de la sociedad o a terceros que con ellas se relacionan.⁹

Sin dejar de reconocer las dificultades que ofrece la delimitación conceptual de esta materia, nos inclinamos por el concepto propuesto por Bernd Schünemann. Tal opción se justifica por considerar que, sobre la base de la misma, es posible inferir, con cierta claridad, los ámbitos de estudio que comprende el Derecho Penal de la empresa.

Para Schünemann el concepto de criminalidad de la empresa alude a aquellos “delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”.¹⁰

De esta manera, dos son los ámbitos respecto de los cuales puede predicarse el concepto: uno se perfila a comprender aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella); la otra, en cambio, aun cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan en contra de la empresa o de los miembros de la misma.¹¹ O dicho en otras palabras, la distinción precedente puede reconducirse a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa.¹²

Son dos básicamente los grupos de casos en los que se pueden clasificar las posibilidades de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo. En efecto, siguiendo a Jaime Malamud Goti,¹³ podemos advertir la existencia de:

1) En primer lugar, un grupo de casos en los que el uso de la personalidad societaria constituye una modalidad especial de burlar alguna disposición legal. Se trata de hipótesis en las que la creación de la persona jurídica es *ex profeso* para la actividad delictiva, como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de aquellas corporaciones constituidas con el propósito principal de evadir obligaciones impositivas u obtener beneficios sobre una base ficticia.

2) Junto a este grupo encontramos un segundo grupo, que se caracteriza porque la estructura societaria refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o varias transgresiones que pueden configurar delitos. Dicho en otros términos: los hechos antisociales propios de este grupo de casos presentan como característica común haber sido cometidos en el escenario que ofrece una persona jurídica, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan ilícitos.

Ambos grupos de casos exigen, para su tratamiento por parte del ordenamiento jurídico, la adopción de estrategias de muy distinto grado de complejidad que, incluso, han llevado a sostener la necesidad de construir un sistema de responsabilidad penal de la persona moral diferente de la responsabilidad que les

corresponde a las personas individuales que integran los órganos de aquélla.

Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

De conformidad con Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas dominantes en el Derecho comparado pueden reconducirse a dos grandes grupos, los denominados modelos de heterorresponsabilidad o responsabilidad por hecho ajeno, y los modelos de autorresponsabilidad o de responsabilidad por hecho propio.¹⁴

Los primeros, también denominados de imputación directa o de responsabilidad vicarial, parten de que las acciones de ciertos sujetos (cargos directivos) se imputan directamente a la persona jurídica. No se trata sólo de que se le impute la conducta, sino también el tipo subjetivo (dolo o imprudencia) con el que ésta fue cometida por el sujeto individual.

Se parte, pues, de que las personas con puestos directivos le vinculan directamente, siempre que la conducta del sujeto individual se haya producido con ocasión del ejercicio de sus funciones en la empresa y en beneficio de ésta.

En cuanto a la responsabilidad por actos de los empleados de nivel inferior, la tendencia internacional es exigir algún tipo de infracción del deber de cuidado (culpa *in eligendo/in vigilando*) de algún sujeto con poder de dirección, superando la situación en el anterior Derecho Penal estadounidense, en el que también las acciones de los empleados eran directamente imputadas a la empresa.¹⁵

Los segundos modelos, los de autorresponsabilidad, se centran en la conducta de la propia persona jurídica. Igual que en los anteriores modelos, se exige una conducta delictiva por parte de una persona física, así como que ésta haya tenido lugar con ocasión de sus funciones en la persona jurídica y en beneficio de ésta. Pero la conducta de la persona física no se le imputa directamente a la persona jurídica, sino que es necesario que tal conducta haya sido consecuencia de la defectuosa organización de la persona jurídica o se haya visto favorecida por ella.

Es decir, mientras que en los modelos de responsabilidad por imputación directa o vicarial la conducta delictiva de ciertos sujetos es condición necesaria y suficiente de la responsabilidad de la persona jurídica, en los modelos de responsabilidad por defecto organizativo la conducta delictiva de esos sujetos es condición necesaria, pero todavía no suficiente, de la responsabilidad de la persona jurídica. Para que se produzca esta segunda, es necesario que exista una infracción de un deber o un defecto organizativo de la persona jurídica que facilitó o propició el delito.

Si bien el modelo de imputación directa o vicarial, por su mayor simplicidad, fue el primero en el tiempo, en la actualidad, ya sea por decisión legislativa o mediante la introducción de criterios correctores, está siendo progresivamente desplazado por el modelo de responsabilidad por defecto de organización.¹⁶

1. El sistema de doble imputación en el modelo legislativo francés. Francia incorporó en su nuevo Código Penal la responsabilidad de las personas morales, con el sistema de doble imputación, en vigor a partir del 1 de marzo de 1994.

El modelo legislativo francés establece que la responsabilidad es: **a)** acumulativa, **b)** especial y **c)** condicionada.¹⁷

a) Es acumulativa por cuanto la responsabilidad penal de la persona moral no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (artículo 121-2).

Respecto a esta primera condición, se ha considerado que la responsabilidad de la persona moral supone siempre la actuación de una persona física. Y esta persona física debe ser un “órgano” o un “representante” de la persona moral. Por “órgano” se entenderá, por ejemplo, el consejo de administración, la asamblea general, el consejo de vigilancia o el directorio de una sociedad. En tanto que, bajo el concepto de “representante” se comprende un director general o un gerente.

b) Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. Esto significa nada menos que es necesario para poder responsabilizar a la persona moral que tal posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional que se quiere aplicar. Este segundo requisito se orienta a que la concreta actuación de aquel órgano o representante de la persona jurídica se haya realizado con el propósito de obtener un beneficio para la

misma.

El modelo legislativo descrito se completa como una lógica consecuencia de la consagración de esta forma especial de imputación, con la previsión de un sistema de sanciones penales (artículos 131-49) adecuado a esta nueva categoría de sujetos (persona jurídica). Así, se establecen como principales penas las de multa, disolución de la persona jurídica, colocación de la corporación bajo vigilancia judicial, cierre del establecimiento, prohibición de emisión de cheques o utilización de cartas de pago, confiscación, y publicación de la sentencia condenatoria.

c) Se trata de una responsabilidad condicionada a un doble requisito: (i) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona moral, y (ii) debe, además, haberlo realizado a cuenta de la persona moral.

2. Responsabilidad de las personas jurídicas en la doctrina española.

En diciembre de 2010 entró en vigor la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, entre cuyas modificaciones destaca, por la indudable incidencia que tiene la organización empresarial, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El modelo de imputación escogido por el legislador español se encuentra en el primer número del artículo 31-Bis, conforme al cual:

En los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

De conformidad con lo anterior, se advierte que el legislador español se ha decidido por un modelo de imputación directa o vicarial. Esto se infiere de la interpretación sistemática y a contrario de los dos incisos del artículo 31-bis.1. Mientras que el primer inciso no hace referencia a la existencia de algún tipo de responsabilidad subjetiva por parte de la empresa, el segundo, si bien no es claro, puede interpretarse en el sentido de admitirla. Ello es así toda vez que se refiere a que las personas físicas hayan podido cometer el hecho “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

En lo referente a la sanción, es la pena de multa, por cuotas –los ya habituales días multa– o proporcional al beneficio obtenido o al perjuicio causado. En los supuestos más graves el juez podrá acordar la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social, la intervención de la persona jurídica o la prohibición de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito. A estas penas habrá que añadir, lógicamente, la indemnización de los daños ocasionados por el delito.

Por otra parte, mediante la Ley Orgánica 7/2012 se modificó nuevamente la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal Español en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social, a fin de modificar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, con lo que se “supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.”¹⁸

Una vez revisada la regulación de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas en el ámbito internacional, es claro advertir que nuestro país adolece de un marco normativo en la materia, por lo que es necesario crearlo con el objetivo de sancionar aquellas conductas delictivas realizadas por las personas jurídicas.

Claramente existen actividades que por su naturaleza, resultan susceptibles de ser utilizadas como

mecanismos para la comisión de ilícitos, tal como los relacionados con juegos y sorteos, importaciones y exportaciones, etcétera, como ha quedado estipulado en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Estas actividades, así como aquellas tendentes a la corrupción de servidores públicos para la obtención de favores o beneficios, en su gran mayoría son realizadas por conducto o en provecho de personas jurídicas.

Por otra parte, en fechas recientes han quedado de manifiesto los graves daños que en materia ambiental pueden ser atribuidos a las personas jurídicas que detentan concesiones o autorizaciones del Estado para llevar a cabo determinadas actividades económicas, así como el aprovechamiento de bienes y recursos naturales, tales como la minería, la explotación forestal, entre otras.

Al respecto, Gabriel Calvillo señala que sobre el particular nos parece adecuado incorporar mecanismos de racionalidad al sistema persecutorio, que prevean el incentivo de una cultura corporativa de legalidad. En la materia ambiental esto se traduce en la necesidad de incrementar los estándares de gestión y administración ambiental dentro de las empresas, y el uso y la utilidad de Programas como el de Auditoría Ambiental voluntaria que impulsa actualmente la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.¹⁹

La imposición de sanciones penales a las personas jurídicas necesariamente debe traducirse en sistemas de gobierno corporativo y autorregulación que inhiban dichas conductas. Como lo señala Adán Nieto, “la imposición de sanciones a la empresa cuyo fundamento radica en la ausencia de una organización adecuada comunica además de forma muy eficaz a socios y administradores que el cumplimiento con la legalidad penal es un fin de primer orden dentro de toda ordenada gestión empresarial, y que su incumplimiento puede traer consecuencias económicas desfavorables para los socios y, por tanto, poner en peligro la estabilidad en el empleo de los administradores”.²⁰

A fin de sancionar adecuadamente estos y otros delitos, el legislador federal ha considerado necesario unificar criterios a nivel nacional para la imposición de sanciones penales, por lo que en el año 2013 se reformó el artículo 73, fracción XXI de la Constitución, a fin de facultar al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal, y el 5 de marzo de este año se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales, que desarrolla los principios de sistema de justicia penal adversarial y oral.

El legislador advirtió la necesidad de incluir un apartado relativo a las personas jurídicas, por lo que contempló en el Título X, Capítulo II un procedimiento especial en el que se dispone una serie de reglas para el ejercicio de la acción penal, la conducción de la investigación, la formulación de la imputación y vinculación a proceso, formas de terminación anticipada, así como las sentencias en contra de personas jurídicas.

No obstante lo anterior, dicha norma no es el instrumento idóneo para determinar quiénes pueden ser autores o partícipes del delito, ya que únicamente regula las cuestiones adjetivas, por lo que es imperativo establecer las disposiciones correspondientes en el Código Penal Federal, que además señale las penas aplicables a las personas jurídicas, atendiendo a su naturaleza, al tiempo que se establece un *numerus clausus* de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas.

Una organización que se estructura de tal manera que favorece o se aprovecha de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, delitos ambientales, el financiamiento al terrorismo y el cohecho, entre otros supuestos, no puede quedar impune a las sanciones penales, con independencia de la responsabilidad que les corresponde a las personas físicas que deciden y ejecutan actos delictivos a través de la persona jurídica.

Por lo antes expuesto, someto a su consideración la siguiente iniciativa con proyecto de Decreto que deroga el artículo 11 y el numeral 16 del artículo 24 y adiciona los artículos 13-Bis, 13-Ter, 17-Bis, 24-Bis, 50-Ter, 50-Quáter y 76-Bis, todos del Código Penal Federal en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

Artículo primero. Se derogan el artículo 11 y el numeral 16 del artículo 24 y se adicionan los artículos 13-Bis, 13-Ter, 17-Bis, 24-Bis, 50-Ter, 50-Quáter y 76-Bis, todos del Código Penal Federal para quedar como sigue:

Artículo 11. Se deroga.

Artículo 13-Bis. Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o a nombre de las mismas, por sus agentes, representantes legales, administradores, socios o accionistas de acuerdo a lo siguiente:

- I. No serán penalmente responsables las personas jurídicas de naturaleza pública;
- II. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas por los actos o hechos delictuosos realizados por cuenta o a nombre de aquéllas.
- III. La transformación regular de una persona jurídica con otra forma jurídica, denominación o razón social no será obstáculo para la aplicación de las consecuencias jurídicas.
- IV. Cuando se lleve a cabo la fusión o escisión de una persona jurídica, no será obstáculo para aplicar las sanciones a la nueva persona jurídica o a la persona jurídica escindida.
- V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por sus agentes, representantes legales, administradores, socios o accionistas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Artículo 13-Ter. La responsabilidad penal de las personas jurídicas solamente procederá respecto de los siguientes delitos:

- I. Contra la salud, contemplados en el Título Séptimo del Código Penal Federal.
- II. Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, tipificados en el Título Noveno del Código Penal Federal.
- III. Delitos cometidos por servidores públicos, regulados en el Título Décimo del Código Penal Federal.
- IV. Delitos en contra de las personas en su patrimonio, consagrados en el Título Vigésimo Segundo del Código Penal Federal.
- V. Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, contenidos en el Título Vigésimo Tercero del Código Penal Federal.
- VI. Contra el ambiente y la gestión ambiental, regulados en el Título Vigésimo Quinto del Código Penal Federal.
- VII. Los regulados en el Título Cuarto del Código Fiscal de la Federación.
- VIII. Los contenidos en el Título Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial.

Artículo 17-Bis. No serán penalmente responsables las personas jurídicas cuando concurren las circunstancias siguientes:

- a) La persona jurídica haya cumplido con la normatividad gubernamental respectiva aplicable al caso;
- b) Los órganos de la persona jurídica, responsables de dirigir o supervisar al agente que cometió el delito, hayan cumplido con las normas técnicas de cuidado exigibles en el caso concreto.

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

- 1 a 15. ...
16. Se deroga
- 17 a 19. ...

Artículo 24-Bis. Se podrán imponer a las personas jurídicas, de acuerdo a la gravedad del delito, una o

varias de las penas y medidas de seguridad siguientes:

1. Suspensión;
2. Prohibición de realizar determinadas operaciones;
3. Remoción;
4. Decomiso;
5. Multa;
6. Publicación de sentencia; y
7. Disolución

TÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO XII

SUSPENSIÓN, PROHIBICIÓN DE REALIZAR DETERMINADAS OPERACIONES, REMOCIÓN Y DISOLUCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 50-Ter. La suspensión consistirá en la cesación de toda actividad de la persona jurídica por un plazo de tres meses a cinco años.

La prohibición de realizar determinadas operaciones se refiere a la imposibilidad de llevar a cabo determinadas actividades comerciales y a participar en licitaciones públicas o contratar con las entidades de la administración pública federal por un periodo de tres meses a cinco años.

La remoción consistirá en la sustitución del administrador por uno designado por el juez, durante un periodo de uno a tres años a propuesta de los socios o asociados que no hubiesen tenido participación en el delito.

La disolución de la persona jurídica implica concluir definitivamente toda actividad social de la misma, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta.

Artículo 50-Quáter. Al imponer las penas y medidas de seguridad anteriores, el juez tomará las medidas pertinentes para dejar a salvo los derechos de los trabajadores y terceros, así como aquellos otros derechos que sean exigibles frente a otras personas, derivados de actos celebrados con la persona jurídica sancionada.

TÍTULO TERCERO

APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

CAPÍTULO VII

ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 76-Bis. Las penas y medidas de seguridad previstas en el artículo 24-Bis podrán reducirse hasta en una tercera parte si la persona jurídica acepta su participación en la comisión del delito o si colabora en la etapa de investigación, dotando de información efectiva a la autoridad competente, para esclarecer los hechos y procesar a los probables responsables de la comisión del delito, por medio de sus representantes legales. La colaboración con las autoridades excluye la posibilidad de decretar la disolución de la persona jurídica.

TRANSITORIOS

Único. El presente decreto entrará en vigor a los 30 días de su publicación en el Diario Oficial de la

Federación.

Dado en el Senado de la República a los 11 días del mes de noviembre del año dos mil catorce.

Senador Arturo Zamora Jiménez

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Es una locución latina que significa “las sociedades no pueden delinquir”, utilizada en Derecho Penal para referirse a un principio clásico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos, pues carecen de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones. De esta forma, a las personas jurídicas no pueden imponérseles penas, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, más graves que otras sanciones

2

Tiedemann, Klaus (1997). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho Penal* 96, Lima

3

Ver Hernández, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal*. Vol. 5, No. 9 (Julio 2010), artículo 5, pp. 207-236. (http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf)

4

“Mexico’s legislative provisions on corporate liability for foreign bribery are substantially deficient and the Working Group’s Phase 2 recommendations remain unimplemented. The lead examiners therefore recommend that Mexico amend its Federal Penal Code (CPF) without delay so that legal persons may be held liable for foreign bribery without the prior identification or conviction of the relevant natural person(s), and without proof that the bribery was committed with the means of the legal person.” PHASE 3 REPORT ON IMPLEMENTING THE OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION IN MEXICO, October 2011, p. 12. www.oecd.org

5

Ver http://www.fatf-gafi.org/document/19/0,3746,en_32250379_32236869_36099475_1_1_1_1,00.html

6

Ver Heine, Günter, *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, Editorial Lima, Lima, 1996

7

Ver Terradillos Bosco, Juan, *Derecho Penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 11. La doctrina ha enfatizado las graves dificultades que se presentan al momento de tratar de precisar el concepto de Derecho Penal Económico. En términos generales; sin embargo, los autores concuerdan respecto a que este concepto irá en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica del Estado que ha generado sus normas

8

Ver García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999

9

Ver Jufresa Patau y otros, *Los delitos societarios*, en “AA. VV, Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública”, editorial Bosch, Barcelona, 1998, pp. 13-14

10

Ver Schünemann, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y la política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998-II, Madrid, p. 531

11

Realiza esta distinción José de Faría Costa, La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal), en: “J.M. Silva Sánchez (edición española), B. Schünemann, J. de Figueiredo Días (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal”, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 429-430

12

Schünemann, *op. cit.*

Malamud Goti, Jaime, *Política criminal de la empresa. Cuestiones. Alternativas*, Editorial Hammurabi, Madrid, 1983, p. 31

Sobre estos dos modelos, véanse las excelentes presentaciones de Zugaldía Espinar, J.M.: *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 140-151 y Nieto Martín, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel 2008, pp. 88-177

Laufer, W.: “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”, en Gómez-Jara Díez, C. (editor): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 71 y 75

Apuntan esta evolución Gómez-Jara Díez, C.: “Presentación” en el mismo (editor): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 21-22) y Heine, G.: “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en Gómez-Jara Díez, C. (editor): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 3

Poncela, Pirette, Nouveau Code Pénal: Livre I. *Dispositions generales, Reveu de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, No. 3, julio-septiembre de 1993

Ver Boletín Oficial del Estado No. 312. Viernes 28 de diciembre de 2012 en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/12/28/pdfs/BOE-A-2012-15647.pdf>

Ver Calvillo Díaz, Gabriel, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra el ambiente: una tendencia inevitable” en <http://www.ceja.org.mx/IMG/Art. Gabriel Calvillo 43.pdf>

Ver Nieto, Adán, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa”. *Política Criminal*, No. 5, 2008, A3-5, pp.1-18. (http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf)

COMPLIANCE LEGAL DE LA EMPRESA [UNA TENDENCIA REGULATORIA MUNDIAL]

Apéndice Jurisprudencial.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 215/2014. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros.

(*) Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en su *Gaceta*. Décima Época. Libro 5. Tomo I. Abril de 2014. Página 202, registro digital 2006224, de título y subtítulo: *DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.*

Esta tesis se publicó el viernes 13 de marzo de 2015 a las 9:00 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

...

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

No. Registro: 2,008,584. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: Libro 16. Marzo de 2015. Tomo I. Tesis: P./J. 1/2015 (10a.). Página: 117.

Contradicción de tesis 360/2013. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 21 de abril de 2014. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis VII.2o.A.2 K (10a.), de rubro: *DERECHOS HUMANOS. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE SU TITULARIDAD*, aprobada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo de 2013, pág. 1994, y el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, al resolver el amparo directo 315/2012.

Nota: De la sentencia que recayó al amparo directo 315/2012, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, derivaron las tesis aisladas IV.2o.A.30 K (10a.) y IV.2o.A.31 K (10a.), de rubros: *PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS PARA SU PROTECCIÓN, EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE ELLO SEA APLICABLE, CON ARREGLO A SU NATURALEZA. y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS.*, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época. Libro XXIV. Tomo 3. Septiembre de 2013.

Páginas 2628 y 2701, respectivamente.

El Tribunal Pleno, el veinticuatro de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de febrero de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 6 de marzo de 2015 a las 9:00 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 9 de marzo de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

...

EJECUTORIA:

No. Registro: 25602. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: Libro 17, abril de 2015, Tomo I. Página: 9

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 360/2013. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SÉPTIMO CIRCUITO Y SEGUNDO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. 21 DE ABRIL DE 2014. PONENTE: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS. SECRETARIA: GUADALUPE M. ORTIZ BLANCO.

México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al veintiuno de abril de dos mil catorce.

VISTOS; Y,

RESULTANDO:

PRIMERO. Mediante oficio recibido el veintitrés de agosto de dos mil trece en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Magistrado presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sustentados por dicho órgano y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, al fallar los juicios de amparo directo administrativo 315/2012 y 647/2012, respectivamente. El oficio de denuncia, en lo conducente, dice:

Visto el estado procesal que guardan los autos, de los que se advierte que el Pleno de este tribunal, a través de la sesión celebrada el seis de junio de dos mil trece, acordó denunciar la posible contradicción de criterios entre el sustentado por este órgano, al resolver el amparo directo 315/2012, promovido por *****; en contra de la sentencia dictada el seis de agosto de dos mil doce, por la Segunda Sala Regional del Noreste del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en el juicio de nulidad *****; contra el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, al resolver el amparo directo 647/2012, en sesión de seis de diciembre de dos mil doce, lo que se corrobora del acta de sesión de la propia fecha, con cuya copia certificada se da cuenta.

Asimismo, y como consecuencia a lo anterior, el Pleno de este tribunal ordenó girar instrucciones correspondientes a la Secretaría de Acuerdos, a fin de denunciar la posible contradicción de tesis al Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de resolver lo conducente.

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 197-A de la Ley de Amparo, denúnciese la posible contradicción de tesis al Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, a ese fin, remítanse copia certificada de la demanda de amparo, del acta de sesión de fecha seis de junio de dos mil trece y del testimonio de la ejecutoria del amparo directo en mención, así como el CD que la contenga para que, de ser procedente, se decida el criterio que debe prevalecer.

SEGUNDO. Por auto del veintitrés de agosto de dos mil trece, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente con el número 360/2013, requirió a los Tribunales Colegiados involucrados la remisión de la copia certificada de las respectivas sentencias ejecutorias y el turno del asunto a la ponencia de la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, para la formulación del proyecto de resolución correspondiente.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Competencia. Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer y resolver la presente denuncia de contradicción de tesis, suscitada entre Tribunales Colegiados de distintos circuitos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción XIII, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 226, fracción II, de la Ley de Amparo en vigor; 10, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y del punto tercero del Acuerdo General Número 5/2013 del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SEGUNDO. Legitimación de quien promueve. La denuncia de contradicción de criterios proviene de parte legítima, en términos de lo dispuesto en el artículo 227, fracción II, de la Ley de Amparo, pues fue formulada por el Magistrado presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

TERCERO. Criterios materia de la contradicción de tesis. Para verificar la existencia de la contradicción de tesis denunciada, resulta necesario atender a las consideraciones de las ejecutorias emitidas por los Tribunales Colegiados contendientes:

I. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, al resolver el seis de junio de dos mil trece, el amparo directo 315/2012 sostuvo, en lo que interesa al caso, lo siguiente (fojas 18 a 66 del expediente):

QUINTO. Estudio de los conceptos de violación en suplencia de la queja y solución del problema jurídico. Los conceptos de violación expuestos por el representante legal de la persona jurídica quejosa, son esencialmente fundados, aun cuando para calificarlos así es necesario que este tribunal ejerza la facultad de suplencia de la queja deficiente, en términos de lo previsto en el artículo 76 Bis, fracción VI, de la Ley de Amparo.

Para arribar a esta conclusión, debe atenderse, en principio, a las particularidades del caso concreto.

Por escrito presentado el once de mayo de dos mil doce, ante la Oficialía de Partes Común de la Sala Regional del Noreste del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, *****, en su carácter de representante legal de *****, Sociedad Anónima de Capital Variable, promovió juicio contencioso administrativo contra la resolución *****, de veintinueve de marzo de dos mil seis, determinante del crédito fiscal *****, cuyo pago, refiere, se pretende hacer efectivo por la Administración Local de Recaudación del Norte del Distrito Federal del Servicio de Administración Tributaria, mediante el procedimiento administrativo de ejecución.

En la demanda de nulidad, manifestó desconocer tanto el origen como el fundamento de dicho crédito fiscal y alegó el mandamiento de ejecución respecto de dicho crédito, notificado, según su dicho, el diez de febrero de dos mil doce.

La Magistrada instructora de la Segunda Sala Regional, a quien por razón de turno correspondió conocer de la demanda de nulidad, por auto de dieciocho de mayo de dos mil doce, desechó la demanda por extemporánea, pues por la cuantía del asunto, el caso se situaba en los supuestos de procedencia del juicio en la vía sumaria, y porque el requerimiento con base en el cual se tuvo conocimiento de la existencia del crédito fiscal fue practicado el trece de febrero de dos mil doce; diligencia que no fue combatida en dicha demanda.

Inconforme con esa determinación, el representante legal de la actora promovió recurso de reclamación y en el único agravio expuso, esencialmente, que del artículo 16, fracción II, en comento, se desprende que cuando el actor desconoce la resolución que desea impugnar así lo expresará en su demanda y, a su vez, deberá señalar la autoridad a quien le atribuye, ya sea su notificación o ejecución, siendo éstos los únicos requisitos que establece para que sea procedente el juicio; y que, en la especie, la empresa cumplió con esos requisitos, ya que la resolución impugnada fue desconocida tanto en su origen como en su fundamento, al no ser notificada conforme a derecho.

El seis de agosto de dos mil doce, la Segunda Sala Regional del Noreste del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa emitió la resolución del recurso de reclamación interpuesto por el demandante, en la cual, confirmó el desechamiento de la demanda de nulidad.

Consideró, esencialmente, que era evidente que el auto de dieciocho de mayo de dos mil doce resulta apegado a derecho, pues la actora acompañó el mandamiento de ejecución y el requerimiento de pago a través del cual se pretendió exigir el cobro correspondiente al crédito *****, y esas diligencias se llevaron a cabo el trece de febrero de dos mil doce, y que desde ese momento se tuvo conocimiento de la existencia de un crédito fiscal, aunque no de su contenido; por lo cual, era a partir de esa fecha cuando el plazo de quince días previsto en el artículo 58-2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo comenzó a computarse para que se impugnara no sólo el desconocimiento del crédito, sino las actuaciones realizadas en el procedimiento administrativo de ejecución, sin que la actora hiciera algún pronunciamiento sobre la ilegalidad de la notificación del mandamiento de ejecución y del requerimiento de pago instaurados por la autoridad a la luz del crédito *****.

Además de que los argumentos relativos al artículo 16, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo eran infundados, pues si bien cuando la actora manifiesta desconocer un acto o resolución se admite la demanda para que se dé a conocer el acto en la contestación, en el caso ésta supo sobre su existencia, a partir de que se hizo de su conocimiento el mandamiento de ejecución y requerimiento de pago que pretende impugnar, por lo cual, en la especie, no bastaba manifestar ese desconocimiento del crédito, sino que dicha manifestación debió hacerse en el plazo que se tiene para impugnar el mandamiento de ejecución y requerimiento de pago.

En los conceptos de violación, la parte quejosa expone, por una parte, que la Sala pretende desarticular las palabras 'no conoce' del contexto de la fracción II del artículo 16 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y que el criterio sostenido es subjetivo, en el sentido de que las actuaciones de autoridad ajenas al acto desconocido en el juicio puedan ser determinantes para constatar que éste no se promovió en los plazos que prevé la ley, pues el conocimiento de la existencia del acto mediante mandamiento de ejecución y requerimiento de pago no equivale al conocimiento de aquél, ni mucho menos esos documentos amparan la práctica de una diligencia de notificación relativa a la resolución desconocida.

Añade que en términos del artículo 16, fracción II, antes referido, que contiene un procedimiento

especial, en la demanda debe expresarse que se desconoce el origen y fundamento del acto impugnado y la autoridad a que se imputa su notificación o la ejecución; pero ello sólo como requisito de procedencia, el que, además, sí se cumplió en el caso; y añade que la Sala alude al plazo en que se tuvo conocimiento de la existencia del acto impugnado, sin embargo, en el mencionado artículo 16, fracción II, no se señala el momento en que se debe acudir a impugnar la resolución que no conoce, y mucho menos se establece un plazo que, al fenecer y no impugnarse el acto que no se conoce, tenga como resultado la extemporaneidad de la demanda.

Considera que la sola manifestación de desconocimiento genera la admisibilidad de la demanda para que sea contestada, acompañándose las constancias relativas a la resolución y a su notificación, que podrán impugnarse; además de que del hecho de que la responsable pretenda instruirle de la forma en que debió promover la demanda, considerando que debió impugnarse lo relativo al procedimiento administrativo de ejecución, se puede advertir que el asunto fue confuso para la Sala, pues relaciona las documentales exhibidas para contabilizar el plazo previsto en el artículo 58-2 de la ley de la materia, a partir de la notificación acontecida de los actos del procedimiento administrativo de ejecución, lo que resulta ilógico, pues esa notificación no corresponde a la resolución combatida en el juicio, basándose, así, en simples presunciones que no pueden ser acreditadas, hasta en tanto se conteste la demanda y se acompañen las constancias correspondientes.

Finalmente, aduce que el solo conocimiento de la existencia del crédito fiscal no puede llevar a validar el desechamiento, al atender que la ley contempla un procedimiento especial en el que se concede al gobernado la oportunidad de que conozca el acto desconocido y su notificación para combatirlo mediante ampliación de demanda.

Como se advierte de lo anterior, la parte quejosa propone una interpretación distinta al artículo 16, fracción II, de la Ley Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, para su aplicación al caso concreto, de la efectuada por la Sala responsable, pues mientras ésta sostiene que si bien ese precepto establece que cuando se manifiesta desconocer un acto o resolución, se admite la demanda para que se dé a conocer el acto en la contestación, debe atenderse el plazo genérico de quince días para la presentación de la demanda en la vía sumaria (previsto en el artículo 58-2 de la referida legislación), desde el momento en que se supo sobre la existencia de aquel acto, aunque se desconozca su contenido, y que, en todo caso, debe impugnarse el mandamiento de ejecución con base en el que, precisamente, se conoció sobre la existencia de aquel acto, aquélla considera que la norma contiene un procedimiento especial relativo a que en la demanda debe expresarse que se desconoce el origen y fundamento del acto impugnado y la autoridad a que se imputa su notificación o ejecución, pero ello sólo como requisito de procedencia, siendo suficiente para su admisión, sin que se señale el momento en que se debe acudir a impugnar la resolución que no conoce ni plazo que, al fenecer, tenga como resultado la extemporaneidad de la demanda.

En esta situación particular, se considera que es necesario llevar a cabo el ejercicio de suplencia de la queja de los conceptos de violación deficientes, pues si bien la interpretación normativa ahí efectuada se estima correcta, esto resulta en la medida de que se advierte la necesidad de acudir al principio constitucional de interpretación conocido como *pro personae*, a fin de determinar la mayor protección al derecho humano a la tutela judicial efectiva, a favor de la persona jurídica quejosa, en un caso donde la interpretación restrictiva sustentada por la autoridad responsable incide negativamente en el mencionado derecho de tutela judicial, dado que con base en una interpretación limitada se confirmó en el acto reclamado el desechamiento de la demanda de nulidad promovida por la actora.

Ahora bien, atento a que en el caso concreto la parte quejosa es una persona jurídica, *****, Sociedad Anónima de Capital Variable, que acude al juicio de amparo directo por medio de su representante legal, es necesario determinar, en primer lugar, si existe la tutela de derechos humanos a favor de personas jurídicas y, de ser así, en qué casos.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a partir del diez de junio de dos mil once, dice textualmente:

Artículo 1. ... (se transcribe)

De conformidad con el artículo transcrito, en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías establecidas para su protección constitucional, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones en que la propia Constitución lo autoriza.

Asimismo, esa disposición constitucional prevé que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, en tanto que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por lo que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Finalmente, dispone la prohibición de toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos o libertades de las personas.

De lo reseñado destaca que en el artículo 1 constitucional, en su primer párrafo, el Poder Reformador de la Constitución estableció que todas las personas deben gozar de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La cuestión a resolver es, entonces, si la expresión ‘todas las personas’ empleada en el Texto Constitucional comprende a las personas jurídicas, como lo es la quejosa y, por ende, gozan estas últimas de la protección de derechos humanos.

Para dirimir dicha cuestión es útil remitirse a los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma del artículo primero constitucional; así, se advierte que en los trabajos legislativos que se localizan en el apartado III de Consideraciones del dictamen, de ocho de marzo del dos mil doce, de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, de la Cámara de Senadores, relativa a la reforma en materia de derechos humanos, textualmente, se señaló lo siguiente: ‘Primera. Respecto al párrafo primero del artículo 1 constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término «persona» propuesto desde la Cámara de Origen es adecuado, entendiéndolo por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas’; modificación que fue aceptada en sus términos, sin que hubiera sido motivo de discusión particular.

Según deriva de las consideraciones del dictamen antes transcritas, el propósito del Constituyente en su calidad de Poder Reformador de ‘persona’ está referido a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y que eso debe ampliarse a las personas jurídicas ‘en los casos en que ello sea aplicable’, lo que significa el reconocimiento de que las personas jurídicas al igual que las físicas son titulares de iguales derechos y deberes constitucionales, aun cuando con la importante precisión de que tratándose de personas ideales la tutela de derechos humanos a su favor sólo procederá en casos determinados.

La ampliación de la protección a derechos humanos de las personas jurídicas autorizada por el Poder Reformador de la Constitución Federal es acorde con la tutela que respecto de tales personas jurídicas se ha reconocido en el derecho constitucional comparado, como se desprende de los documentos fundamentales que, a título de ejemplo, se mencionan a continuación: derecho constitucional comparado al que se acude, por su calidad de doctrina jurídica universal de los derechos humanos, lo que permite su invocación objetiva y racional para elucidar el tema de la protección a personas jurídicas en materia de derechos humanos.

La Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de mil novecientos cuarenta y nueve, establece que la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección; el pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo, y los derechos fundamentales enunciados vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales, a título de derecho directamente aplicable. En el artículo 19.3 dispone expresamente que los derechos fundamentales rigen también a las personas jurídicas.