

El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal

Criminal compliance in México: a critical approaching from the principles of procedural law

Carlos Faustino Natarén Nandayapa

Universidad Autónoma de Chiapas, México

carlos.nataren@iij-unach.mx

Resumen

El presente trabajo realiza una primera aproximación a las implicaciones procesales del criminal compliance program al interior de la organización, con especial referencia a los desafíos que representa la operación de mecanismos de investigación criminal por los encargados del programa de cumplimiento ¿qué límites tiene la investigación privada y qué derechos pueden hacer valer los miembros de la empresa en ese ámbito? Los principios del proceso, se advierte en esta aportación, pueden delinear los contornos del alcance y función de la investigación en el ámbito de las empresas para definir cuales son los derechos humanos que deben regir estos procedimientos.

Palabras Claves: criminal compliance, principios del procesales, proceso penal, etapa de investigación, derechos fundamentales.

Abstract

This paper presents a first approach to the procedural implications of the criminal compliance program within the organization, with special reference to the challenges represented by the operation of criminal investigation mechanisms by those in charge of the compliance program. What limits does private research have? And what rights can the members of the company enforce in that area? The principles of the process, can be seen in this contribution,

can delineate the contours of the scope and function of research in the field of companies to define which are the human rights that should govern these procedures.

Keywords: criminal compliance, principles of the procedural law, criminal process, investigation stage, fundamental rights.

Fecha Recepción: Diciembre 2017

Fecha Aceptación: Mayo 2018

Introducción

Durante los últimos 10 años el sistema de justicia penal México ha vivido un proceso de reforma integral, sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la implementación de la reforma aun tiene varias elementos que aun no funcionan adecuadamente (México Evalúa, 2018) y varios otros aun presentan interrogantes sobre su implementación y futuro funcionamiento. Entre estos últimos se encuentra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, una empresa puede ser sancionada penalmente como responsable de la comisión de un delito de acuerdo con lo establecido en los artículos 421 y siguientes del CNPP. Con esta nueva regulación se abandona el criterio *societas non delinquere* y se abre la puerta al desafío de establecer criterios para determinar cuando estamos frente al cumplimiento del deber de cuidado, por parte de las personas morales, frente a la actividad de sus integrantes.

En este contexto, este trabajo se centra en el estudio de una problemática aun no resuelta por el sistema jurídico mexicano, nos referimos a los momentos procesales en que se establece una relación de colaboración entre los programas de cumplimiento elaborados por las empresas para evitar la responsabilidad penal –que en lo sucesivo llamaremos el *compliance*-- y el Ministerio Público en el inicio del proceso penal.

La metodología utilizada es el denominado método funcional del Derecho Comparado (Michaels, 2005) ya que, en la revisión de las citadas normas mexicanas del CNPP, tendremos como marco de referencia los sistemas jurídicos de España, Alemania y

Estados Unidos, en tanto en estos sistemas se han desarrollado una regulación eficaz del compliance penal.

La exposición del trabajo se ha dividido en tres partes: en la primera tratamos de exponer con precisión a cuál de los problemas de implementar el modelo de responsabilidad penal de las empresas nos enfocaremos. En la segunda parte, se realiza una exposición de la forma en que la doctrina procesal ha abordado el concepto de los principios del proceso; esta exposición tiene como finalidad subrayar que los procesalistas han abordado desde hace tiempo la tarea de definición conceptual del término “principio” por lo que los resultados se apartan de los debates más recientes sobre el tema en la Filosofía del Derecho o en la Argumentación Jurídica. En esta parte, se retoma una de mis preocupaciones de teoría general del proceso en México, abordada ya en trabajos previos (Natarén Nandayapa & Caballero Juárez, 2013), al hacer un breve recuento del concepto de principios procesales en el sistema mexicano.

Finalmente, en la tercera parte de este trabajo, se realiza lo que para nosotros representa una primera aproximación al efecto que deben tener los principios del proceso penal mexicano en el diseño de la relación entre el compliance y el sistema de justicia penal. En esta reflexión se aborda el efecto que puede tener la “privatización” de la investigación penal en la validez de las pruebas.

Delimitación de la discusión.

Como se señaló en el apígrafe anterior, existe una relación problemática entre los órganos de la empresa encargados del *compliance* y el Ministerio Público. Esta relación surge en dos tiempos, en el primero se detecta dentro de una empresa la posibilidad que haya existido una irregularidad (o “la posibilidad de un hecho que la ley señala como delito” para decirlo en la terminología de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; CPEUM en lo sucesivo). El segundo momento surge cuando una vez que exista la certeza de su existencia, se plantea la cuestión de definir la forma de cooperación procesal con el órgano de acusación, que es necesaria para evitar que la empresa incurra en responsabilidad y al mismo tiempo se sancione a los individuos responsables.

Frente a estos dos momentos la primera referencia debe ser la regulación legal, ya que cada sistema jurídico establecerá cuál es el peso que se le otorga a estos aspectos del *compliance*, que bien pueden ser considerados como “reactivos” (en oposición al amplio papel “preventivo” que generalmente se le otorga).

Al revisar la respuesta a estos temas que se ha realizado en otros sistemas jurídicos en los que ya existe una regulación más desarrollada del *compliance*, una primera aproximación a la cuestión nos enseña que la regulación, por regla general, se ha centrado en las formas de colaboración de la empresa con la investigación del Estado y, en específico, de la colaboración con los órganos de investigación y acusación. Como se señalará más adelante, se han otorgado un conjunto importante de beneficios en el proceso penal a las personas jurídicas —como la aplicación del principio de oportunidad o la suspensión condicional del procedimiento— como una especie de premio o zanahoria que pretende incentivar la participación de las empresas en esta colaboración lo que permita obtener mayor efectividad del sistema de justicia en este ámbito.

Ahora bien, esta decisión del legislador, de dar ventajas a la cooperación de la persona jurídica con los órganos del sistema de justicia penal, no se trata únicamente de una cuestión de búsqueda de la eficacia de un mecanismo de colaboración procesal entre la empresa y el Estado, sino que, a partir de una revisión de sus efectos y consecuencias, en nuestra opinión puede llegar a convertirse en la decisión más importante desde el punto de vista político-criminal para el ámbito procesal del *compliance*, ya que, en los hechos, si no se regula cuidadosamente puede causar un cambio a la naturaleza misma del proceso penal en este ámbito para llegar en los hechos, a su privatización.

En efecto, la misma diferencia natural entre las personas “naturales” y las personas jurídicas hace necesario que estas últimas, para que puedan desarrollar la colaboración, deben realizar una investigación interna. A diferencia de los individuos, que pueden cooperar contando lo que saben o aportando la documentación que tienen, una persona jurídica no estará en las mejores condiciones de colaborar sino hasta el momento en que se haya desarrollado —y concluído-- una investigación por parte de los integrantes de la misma empresa —ya sea las áreas de recursos humanos o por los encargados de los programas de cumplimiento--.

Aunque teóricamente una persona moral podría poner en conocimiento del Estado la denuncia de un *whistleblower*, simplemente trasladando su contenido en los mismos términos en los que la recibió, en la práctica sus propios intereses – para empezar la necesidad de determinar el alcance de la conducta así como el fundamento de la acusación-- la llevarán a realizar una revisión detallada de los hechos y las circunstancias que integran la denuncia. Desde esta perspectiva, admitir la cooperación como una vía de obtener beneficios procesales para las personas jurídicas, es no sólo permitir, sino incentivar las investigaciones internas, lo que se podría traducir en una apertura a la privatización del proceso penal, o por lo menos a la más importante de las etapas que lo integran: la privatización de la investigación.

Por lo anterior, en este trabajo se parte de la premisa que la decisión de política-criminal de impulsar que el *compliance* no se limite a la prevención sino que también incluya incentivos procesales para la colaboración de las personas jurídicas en la detección y sanción de irregularidades debe también establecer garantías que mantengan los equilibrios básicos del proceso penal e impidan eludir el control judicial de la etapa de investigación.

Definir cuáles deben ser estas garantías mínimas puede ser una labor desafortunada e ingrata si no se cuenta con claridad en torno a las razones que justifican la configuración –es decir, que el proceso penal sea de la forma “X” y no de la forma “Y”-- del proceso penal, así como los criterios o ideas esenciales que guían su funcionamiento y lo justifican. Estas razones o ideas esenciales no son otras que los llamados “principios procesales”. Por lo que su revisión, así sea de forma somera, nos permitirá iniciar la discusión sobre cuáles elementos de la investigación penal no son indispensables y también, en el caso contrario, cuales deben de ser los límites a la investigación privada de una persona moral para poder ser usados en un proceso dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Aclaración conceptual sobre los “Principios del proceso”.

Cuando se habla de principio en el ámbito jurídico, debe señalarse que el debate ha sido marcado por la filosofía del derecho; desde este ámbito Alexy ha señalado que el sistema jurídico se compone de principios y de reglas. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas

son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa (Alexy, 1993, pp. 85-86). Esta perspectiva, que es una de las más difundidas, en nuestra opinión no es la adecuada para entender la función de los principios en el proceso.

Lo que sucede es que el concepto “principio” jurídico es un concepto que se ha usado durante siglos, en el trayecto se ha usado con múltiples acepciones lo que en buena medida nos lleva a confusiones sobre el particular. En este sentido se han señalado más de una decena de usos del concepto (Oteiza, 2011, pp. 24-27) de los cuales nos parece especialmente útiles para los fines de este ensayo dos: Se habla de principio jurídico para expresar las orientaciones generales o guías dirigidas al legislador con un carácter relativamente operativo. Se señala como ejemplo el principio de igualdad procesal que se encuentra entre los establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. En otro sentido, se habla de principios procesales como la finalidad, propósito o meta legislativa, los principios procesales así entendidos constituyen los objetivos básicos que debe plasmar la normativa procesal, implican una finalidad del proceso o reconocen valores esenciales de un alto grado de consenso social.

En este contexto, cuando la doctrina procesal señala que son principios del proceso, o principios procesales, los criterios, ideas y reglas que constituyen los puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos y definiendo que en su esencia sean como son (De la Oliva Santos, 1999 §3. parr. 2), el concepto de “principio” se acerca mucho más a los dos últimos usos señalados que a la perspectiva de la filosofía del derecho que primero señalamos.

Por esta razón, se señala que el concepto de principio procesal trata de los criterios que definen las principales opciones configuradoras de los procesos: por ejemplo, la posición y del papel del tribunal o de las partes procesales —con sus correspondientes funciones, facultades, derechos, deberes y cargas—, así como de las bases sobre las que se estructura, se desarrolla y se concluye con los procesos.

Los principios del proceso responden a dos importantes aspiraciones: en primer término, la de superar la autotutela o "justicia privada", para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar al máximo el instrumento procesal a la finalidad de tutelar eficazmente los distintos ámbitos del Derecho objetivo y los muy diversos derechos subjetivos.

Sólo así entendidos, como criterios esenciales y originarios que determinan el proceso, puede tener sentido que se les llame principios. En consecuencia, el término debería usarse con una precisión mayor a la del uso cotidiano, ya que al usarse con ligereza se cae en el riesgo de vaciarlo de sentido. Como se ha dicho: “donde todo es principio, luego nada lo es.” Así lo ha señalado De la Oliva cuando afirma:

“No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resultaría preferible utilizar los conceptos y términos de "reglas" o "máximas". Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina "derecho": cuando todo son "derechos", nada es derecho. No se trata sólo de procurar que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad y se aprovechen las conquistas de la ciencia y de la técnica —también, por tanto, de la ciencia y de la técnica jurídicas—, sino de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y derechos. Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos "principio" a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado "principio" de economía procesal.” (De la Oliva Santos, 1999 §3. parr. 3)

Así pues, el denominar principio a un criterio o regla ordinaria del proceso --que no tenga la cualidad de esencial-- no abunda en la claridad conceptual del proceso penal.

De hecho, la lista de “principios” en el proceso penal mexicano siempre es creciente. Pareciera que cada lectura nos puede llevar a encontrarnos con uno nuevo, por un lado, debido a trabajos de la doctrina que no llevan en su concepción mayor reflexión, como por otro lado, a la jurisprudencia que no siempre es cuidadosa de los conceptos teóricos que utiliza. Sería interminable la lista de pseudo-principios que se pueden encontrar en una rápida búsqueda en el sistema informático IUS de jurisprudencia mexicana. La doctrina frente al constante crecimiento del listado de “principios” ha optado por establecer categorías.

De esta manera, encontramos que se ha hecho distinción entre principios políticos y principios técnicos del proceso. De acuerdo con esta posición, los principios políticos son aquéllos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso, en ellos repercuten los primeros (García Ramírez, 1998, p. 337).

De forma similar, se distingue entre principios jurídicos-naturales o necesarios del proceso y los principios jurídico-técnicos. Los primeros son los principios esenciales que deben ser tomados en cuenta por la legislación y la realidad procesal si se desea que el proceso resulte elementalmente justo y generalmente considerado como tal. Dentro de esta categoría se señalan al Principio de audiencia –con su estrecha relación con el derecho de defensa e indefensión—y el Principio de igualdad de partes. Los principios jurídico-técnicos en cambio son criterios que responden al perfil de la materia (penal, civil, mercantil, familiar) por lo que se deben adecuar a relaciones y las situaciones jurídicas, muy diferenciados entre sí y, en consecuencia, son contingentes o accidentales al proceso (De la Oliva Santos, 1999, p. § 3. parr. 4 y 20). Entre estos últimos se puede muy señaladamente encontrar al Principio de oficialidad e investigación de oficio.

El modelo procesal penal mexicano se encuentra definido por la reforma constitucional a la CPEUM en 2008. En esta reforma se puso especialmente énfasis en los principios procesales. Por un lado, estableciendo expresamente cinco de ellos en el primer párrafo del artículo 20 y luego, denominando al apartado A del mismo artículo constitucional como “de los

principios del proceso”. Finalmente, la fracción X del mismo precepto señala que los principios generales del proceso penal deberán estar vigentes de en la etapa de investigación.

Desde esta perspectiva se realizará una primera reflexión sobre cuál debe ser la vigencia de estos principios en la relación entre compliance y proceso penal.

Criminal compliance y Principios del proceso.

Como se señaló en la introducción de este documento, otorgar ventajas procesales a la colaboración supone buscar una “alianza estratégica” (Nieto Martín, 2014, p. 197) dentro del proceso entre la persona jurídica y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública. Cuando se habla de ventajas procesales estamos considerando que el Código Nacional de Procedimientos Penales señala en su artículo 424 que, durante el proceso iniciado para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, se podrán aplicar las formas anticipadas de terminación y los procedimientos especiales previstos por el mismo Código. Esto permite la aplicación de los principios de oportunidad, de la suspensión condicional del proceso, de la mediación penal y del procedimiento abreviado.

Esta alianza en principio trae beneficios para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales. A los fiscales les ahorra trabajo y costes, pues permite que la empresa aporte las pruebas fundamentales y prácticamente les entregue al culpable. Sin embargo, es evidente que una investigación interna implica actividad privada que no estará sujeta a los controles del juez. La cuestión es si la empresa, sin necesidad de autorización judicial, puede revisar los correos electrónicos de los empleados, o los datos de tráfico en internet, revisar su contabilidad, etc.

Como se ha señalado, en otros sistemas jurídicos para realizar este tipo de actos de investigación reactivos, la persona jurídica solo necesita haber redactado previamente una política de utilización de medios TIC que deje claro a los trabajadores que no tienen ninguna expectativa de privacidad cuando utilicen los medios de la empresa. En el caso mexicano la jurisprudencia no se ha referido al tema, pero existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que parecen restringir esta posibilidad.

En efecto, la Suprema Corte ha declarado que en diversos preceptos de la Constitución se establecen mandatos cuyos destinatarios no únicamente son las autoridades,

sino que también se establecen deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros, en los supuestos de la prohibición de la esclavitud; del deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental; así como cuando se señalan los límites a la propiedad privada.

De acuerdo con la Corte, estos mandatos constitucionales son al mismo una garantía exigible a las autoridades y un mandato a los particulares. Por esta razón, continua el argumento: “al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las comunicaciones privadas son inviolables, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente” (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 2ª. CLX/2000, registro 190652).

Esta decisión encuentra continuidad cuando revisamos la posición del Máximo Tribunal en materia de comunicaciones privadas y correo electrónico, ya que la Sala Primera ha señalado que para efectos de la protección constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, “no es posible afirmar que alguien se encuentra legitimado para interceptar el correo electrónico de un tercero, al ser de su propiedad la computadora desde la que se accedió a la cuenta de correos.” La razón que se esgrime se basa en la virtualidad y ubicuidad del correo electrónico, en tanto que se puede acceder a él desde cualquier computadora conectada a la red. En esta lógica, para la Corte “lo relevante para efectos de su protección constitucional, es el proceso comunicativo en sí mismo, con independencia del tipo de computadora a través de la cual se acceda a la cuenta o de quién sea el propietario del ordenador, cuestiones meramente accidentales.” (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 1ª. CLX/2011, registro 161341).

Ahora bien, ambas resoluciones citadas del Máximo Tribunal deben tomarse con ciertas cautelas. En primer lugar, en ambos casos se trata de tesis aisladas, es decir, no se trata de criterios que hayan sido reiterados en número suficiente para alcanzar la

obligatoriedad que la Ley de Amparo le otorga a la sentencia de jurisprudencia. En segundo lugar, no se aborda en concreto la situación en que no sólo la computadora, sino también la cuenta de correo e incluso el mismo servidor en que se aloja este servicio es propiedad de la empresa y es proporcionado para el desarrollo de las labores propias del trabajo. Este argumento ya ha sido señalado (Requena, 2016, p. 66) y con fundamento en la Ley Federal del Trabajo se afirma que existiendo cláusulas expresas en la contratación, la empresa sí podría realizar revisiones en los celulares y correo electrónico sin autorización.

Frente a este argumento encontramos otra posición (Islas Colín, 2010, p. 4) que señala que la ley no puede hacer nugatorio el derecho a la privacidad y la libertad de comunicaciones telefónicas, pues los tratados internacionales en materia de derechos humanos no permiten injerencias arbitrarias. En este contexto se señala que las limitaciones a las libertades o a los derechos, como la libertad de las comunicaciones o la intimidad, tiene que hacerse por ley, pero deberán ser solamente, aquellas que sean necesarias en una sociedad democrática.

Otra cuestión muy similar que tampoco tiene una respuesta clara en el sistema jurídico mexicano es el relativo a los interrogatorios o entrevistas a los empleados en el curso de una investigación interna. Estos elementos de la investigación interna tienen tras de sí un elemento de coacción muy poderoso: la amenaza de despido; elemento que es tan fuerte como lo es la amenaza de ser acusado del delito de falso testimonio durante una investigación del Ministerio Público. De hecho, la investigación empresarial tiene mayores ventajas frente a la investigación oficial en los primeros momentos de la investigación, en los que los agentes del Ministerio Público no disponen de una justificación razonable para obtener la autorización judicial para realizar actos de molestia que limiten derechos fundamentales. En estos instantes, el poder de investigación empresarial es superior al estatal.

Esta situación provoca que, por regla general, para las empresas el binomio investigación-cooperación tiene más ventajas que inconvenientes. En efecto, aun cuando los se asuma como punto de partida que la investigación, aun la llevada a cabo por agentes internos, siempre implica una interrupción del funcionamiento normal de la empresa (Meric Craig Bloch, 2008, p. 5) y que, por tanto, los costes de la investigación pueden ser considerables, mantener en el ámbito de la empresa la realización de las investigaciones evita las distorsiones de todo tipo que puede ocasionar la investigación pública (registros, clausura

de locales, precintado de equipos informáticos, etc.) e incluso puede evitar la imposición de medidas cautelares, que en algunos ordenamientos pueden ser tan graves como la interdicción judicial, o de carácter interdictivo (prohibición de participar en concursos públicos). Finalmente, no puede soslayarse que quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la realidad tal como a él le conviene.

Por esta razón es necesario establecer garantías que aseguren que el desarrollo de esta etapa procesal se realiza dentro de los criterios del proceso penal moderno y, por tanto, que los resultados pueden ser válidamente utilizados en un hipotético juicio.

En nuestra opinión la primera pregunta que hay que responder es: ¿qué vale y qué no vale en las investigaciones internas? Si la investigación interna es la antesala del proceso penal, no puede dejar de ofrecer garantías similares a la investigación del Ministerio Público y deberá tener los mismos límites, en esencia el respeto a los derechos fundamentales.

En efecto, en nuestra opinión no debe perderse de vista que el fin del proceso penal se concreta en obtener una resolución sobre la responsabilidad penal del imputado que sea materialmente correcta, que -al mismo tiempo- sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y como tercera condición que, la misma resolución nos lleve al restablecimiento de la paz jurídica. Es en este sentido que Roxin señala que el fin del proceso penal tiene una naturaleza compleja: “la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión” (Roxin, 2000, p. 4).

De esta forma, encontramos que dentro del Estado de Derecho no se puede considerar que la obtención de *cualquier* sentencia sea el fin del proceso penal, sino que las tres características señaladas constituyen el mínimo necesario, en otras palabras, la finalidad hacia la que se encamina toda la actividad del sistema de justicia penal. En otras palabras, la corrección material –entendida en el sentido de que la sentencia esté conforme a la realidad de los hechos--, la fundamentación en el ordenamiento jurídico procesal, y el restablecimiento de la paz jurídica constituyen las condiciones que debe cumplir la resolución o sentencia del tribunal con la que se pone fin al proceso penal para considerar que se cumplió

con el fin del proceso penal dentro de los estándares del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Es de esta forma que se puede considerar que el fin del proceso es permitir la realización de la justicia penal, considerando que la justicia penal no sólo consiste en la aplicación de una pena sino, dado el caso, en la libertad del inocente (Hernández Silva, 2006, p. 6). Resulta esencial para el proceso penal que este termine por una sentencia que se apege a los hechos que conforman la denominada verdad histórica, en oposición a la “verdad formal” característica del proceso civil, de igual forma, se busca que toda sentencia penal sea la vía para la finalización del conflicto social que dio origen al proceso, sin embargo, a pesar de la importancia de estas características, en muchos de los casos en que entran en conflicto con la vigencia de los derechos fundamentales, de acuerdo con la doctrina y con la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ceden su lugar y aceptan que esta última característica, el respeto a los derechos fundamentales tenga primacía.

Este fenómeno de primacía de los derechos fundamentales sobre la corrección formal e incluso sobre la obtención de la paz pública es el que por ejemplo justifica las cuestiones de prueba ilícita, es decir, la exclusión de material probatorio que no puede ser incorporado al proceso en virtud de que durante su obtención o en su incorporación al proceso se han vulnerado derechos fundamentales del imputado.

Con esta premisa la investigación dentro de los procedimientos de compliance debe revisarse desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego. El primero de los derechos que podemos considerar es el de ser asistido de forma adecuada por una defensa técnica. Este derecho surgirá durante la realización de una entrevista, desde el momento que se plantea la posibilidad de que el entrevistado sea responsable. Este es uno de los aspectos que más han sido abordados en los criterios para desarrollar los interrogatorios que integra la investigación interna (Burgard, 2012, p. 10; Meric Craig Bloch, 2008, p. 13).

En estos criterios encontramos un especial énfasis en señalar que debe explicarse al entrevistado que el abogado de la empresa no lo representa a él como empleado sino a la persona moral. De igual forma se ha señalado que existe el deber de establecer la existencia del derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse.

La infracción de estos derechos plantea uno de los interrogantes más interesantes en torno a la regla de exclusión de la prueba ilícita ya que se encuentra dirigida hacia la actuación de los órganos del estado y en este caso se trataría de los actos entre particulares. Dicho en otras palabras, una confesión obtenida en una hipotética entrevista en la que no se estableciera el derecho a guardar silencio, ¿deberá ser excluída del juicio?

Sobre la regla de exclusión probatoria, debe recordarse que la fracción IX del apartado A del artículo 20 Constitucional introduce una regla que durante mucho tiempo se ha encontrado ausente en el proceso penal mixto tradicional: la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En efecto, al establecer que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”, el Poder Reformador de la Constitución en México introdujo, quizá no plenamente consciente de sus alcances, de forma expresa y al máximo nivel del ordenamiento jurídico una compleja regla de nulidad probatoria.

En los hechos, en México no existía tradición respecto de la regla de exclusión —ni en la legislación, ni en la jurisprudencia— así que frente a la poca o nula aplicación del concepto, hemos llegado a la circunstancia actual en la que se propone la inclusión de una regla general que determine la nulidad radical de todo acto violatorio de derechos fundamentales. Frente a esta situación nos parece que, en la regulación y aplicación de esta fracción IX que comentamos, debe prevalecer el sentido común y el buen juicio, y establecer con claridad límites a la aplicación de esta regla de exclusión.

Se ha señalado que en torno a esta regla de exclusión existe una zona gris en la que no se puede *prima facie* rechazar de forma absoluta toda prueba que vulnere derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos a los que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir.

En este caso convendría determinar la exclusión de la prueba aun cuando la vulneración provenga de otro particular, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Sin embargo, esta es una discusión que dista de estar definida, más al considerar las múltiples excepciones vigentes en el sistema norteamericano, de hecho, establecer los límites a la vigencia de la regla de exclusión probatoria constituye en una alternativa verdadera, una

opción legislativa, en la que se trata de escoger entre atribuir valor probatorio a los resultados de ciertas conductas o añadir un elemento disuasorio más a estas.

En el caso de procesos penales o que entrañan predominantemente un fuerte interés público, la satisfacción de ese legítimo interés constituye una justificación superior para admitir instrumentos de prueba. La justificación es indudablemente menor si en el proceso sólo se pretenden tutelar bienes jurídicos de sujetos jurídicos determinados.

Otro tema que merecería mayor discusión por las múltiples implicaciones que tiene es el relativo a la presunción de inocencia. Este derecho se reconoce como vigente para los entrevistados durante una investigación interna por una persona jurídica en múltiples catálogos de buenas prácticas. En México el análisis de este principio a la luz del compliance arrojaría una mejor comprensión de este principio.

En efecto, antes de la reforma constitucional de 2008, en el proceso penal mixto la vigencia del derecho a la presunción de inocencia era claramente limitada. De hecho, durante las primeras fases del proceso, es decir durante la averiguación previa y la etapa intermedia, la presunción de inocencia prácticamente desaparecía. Entre los factores que facilitaban esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre se ha considerado parte de la tradición jurídica mexicana, ya que no estaba expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no había desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*.

De hecho, la primera de las tesis que se refiere expresamente a este derecho (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis Pleno XXXV/2002, registro 186185) señala que se contiene implícitamente en la Constitución y para demostrarlo hace un ejercicio de interpretación “armónico y sistemático” de los textos entonces vigentes de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ellos el Pleno de la Corte encuentra en primer término el principio del debido proceso legal lo que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la

imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y en segundo lugar, la Corte también encuentra el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la carga procesal de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos.

De la combinación de estos dos principios, el de debido proceso legal y el acusatorio, la Suprema Corte señaló que en forma implícita se encontraba reconocido en la Constitución el principio de presunción de inocencia.

La reforma constitucional del 2008 introdujo expresamente este principio en 2008 en la fracción V del apartado A del artículo 20 de la CPEUM, poniendo fin a la necesidad de realizar los ejercicios de interpretación mencionados. Sin embargo, en los desarrollos doctrinales y de la jurisprudencia se ha considerado que la presunción de inocencia, cuando se analiza como como regla de trato al imputado, principalmente se refiere a las condiciones para establecer la prisión preventiva, hasta ahora no se ha abordado el tema de las implicaciones de este derecho en una investigación penal llevada a cabo por un particular.

Por otra parte, debe señalarse que la colaboración entre la persona jurídica y los órganos de acusación del Estado solo podría ser aceptable en la medida que establezca a los integrantes de la directiva o a los altos cargos de la empresa como personas responsables del delito. Como se ha tratado de poner de manifiesto, nos sumamos a las propuestas que señalan que en este ámbito, de la investigación preliminar, se trata de buscar un equilibrio de poderes entre la empresa y el sujeto investigado que resulte aceptable (Nieto Martín, 2014, p. 199) ya que la alta dirección de una empresa es la que tiene el poder interno dentro de la entidad, poder que le permite ocultar sus delitos o fabricar chivos expiatorios. La cooperación es una forma de contrarrestar el poder empresarial, permitiendo a los más débiles dentro de la empresa que cooperen para acabar con los desmanes de sus superiores.

Finalmente, el entorno procesal del *compliance* no solo viene dado por la colaboración, sino también por el manejo del principio de oportunidad procesal. En los sistemas jurídicos donde existe un principio de oportunidad, como en el derecho norteamericano, el tener un buen programa de cumplimiento o el cooperar con el órgano estatal de acusación puede ser relevante para definir el efecto en la empresa. En México se ha optado por regular expresamente los supuestos de procedencia de un principio de

oportunidad frente al Ministerio Público, lo que implicaría la necesidad de una reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales para su aplicación a favor de las personas jurídicas.

Conclusiones

Esta primera aproximación al tema nos lleva a considerar que la cuestión central de la relación entre *compliance* y proceso penal, por lo menos durante sus primeras etapas procesales, es el de la vigencia de los derechos humanos.

En efecto, como se ha señalado, la cooperación entre la empresa y el Ministerio Público presupone la existencia de una investigación inicial que se mueve en el ámbito de lo privado. El riesgo es que al tratarse de actividades realizadas entre particulares se caiga en la tentación de considerar que se rigen por reglas de derechos civil o laboral, es decir, se caiga en la tentación de disminuir la protección que ofrecen derechos fundamentales esenciales en el ámbito penal, como la presunción de inocencia.

Asumir que toda actividad de la empresa en torno a los programas de cumplimiento debe ser considerada un acto regulado por el Derecho Procesal Penal es asumir que los parámetros de exigencia con los que se evaluará a sus resultados son mucho más altos. Desde esta perspectiva se puede afirmar que la cuestión radica en establecer los medios para que el sistema de justicia penal en su tarea de prevenir la criminalidad pueda aprovechar al máximo la autorregulación empresarial, pero que esta se realice al menor coste posible para los derechos fundamentales de los individuos involucrados. Lo cual, al final del día, es la tensión inherente al diseño del proceso penal moderno.

Es de preverse que, en el caso mexicano, la jurisprudencia eventualmente acabará por establecer cuales son las condiciones para que las pruebas generadas durante la investigación previa no se consideren violatorias de derechos y, por tanto, prueba ilícita, sin embargo también es claro que este proceso va a tardar varios años en desarrollarse. Mientras esto sucede la referencia a las mejores prácticas en otros sistemas jurídicos (que ya incluyen el respeto a derechos fundamentales de naturaleza procesal como la presunción de inocencia, al derecho a no autoincriminarse, a tener un abogado para que exista defensa técnica)



constituye una opción para que el *compliance* penal en el ámbito mexicano pueda dar buenos resultados y contribuya a hacer mas eficaz el sistema de justicia.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Burgard, J. (2012). *Code of Conduct for Compliance investigations and all fact findings*: Siemens.
- COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES Oponible TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN UN DELITO CONSTITUCIONAL. Registro 190652. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII. Segunda Sala. Materia Constitucional. Tesis aislada 2ª CLX/2000. diciembre, 2000, p. 486.
- DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. IRRELEVANCIA DE LA PROPIEDAD DE LA COMPUTADORA PARA EFECTOS DE CONSIDERAR INTERCEPTADO UN CORREO ELECTRÓNICO. No. de Registro 161341. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XXXIV. Primera Sala. Materia constitucional. Tesis aislada 1a. CLX/2011. agosto, 2011. Pág. 217.
- De la Oliva Santos, A. e. a. (1999). *Derecho procesal, introducción*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- García Ramírez, S. (1998). “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”. In S. García Ramírez (Ed.), *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (pp. 333-374). México: UNAM - Instituto Mexicano de Derecho Procesal.
- Hernández Silva, P. (2006). *Procedimientos Penales en el Derecho Mexicano*. México: Porrúa.
- Islas Colín, A. (2010). Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales. *AMICUS CURIAE*, I(10), 16.
- Meric Craig Bloch. (2008). *Guide to Conducting Workplace Investigations*. Law Meric Craig Bloch.

- México Evalúa. (2018). Hallazgos 2017. Seguimiento y evaluación del Sistema de Justicia Penal en México. México: Friedrich Nauman - México Evalúa.
- Michaels, R. (2005) The Functional Method of Comparative Law. Duke Law School Legal Studies Paper No. 87. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=839826>
- Natarén Nandayapa, C. F., & Caballero Juárez, J. A. (2013). *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*. México: UNAM.
- Nieto Martín, A. (2014). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal, 2013-2014*.
- Oteiza, E. (2011). Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad In R. O. Berizonce (Ed.), *Los principios procesales* (pp. 23-43). La plata: Editora Platense.
- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Registro 186185. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XVI. Pleno. Materia Constitucional. Tesis aislada Pleno XXXV/2002, agosto de 2002. Pág. 14.
- Requena, C. (2016). ¿El patrón puede hacer una revisión de las comunicaciones privadas de sus empleados contenidas en computadoras o celulares propiedad de éste sin autorización? *Abogado Corporativo, enero-febrero*, 54-66.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* (G. P. Cordova, Daniel, Trans.). Buenos Aires: Editores del Puerto.