

UNA APROXIMACIÓN AL *CRIMINAL COMPLIANCE* DESDE LOS PRINCIPIOS PROCESALES: CUESTIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS INICIALES

Carlos NATARÉN NANDAYAPA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Delimitación conceptual sobre los “principios del proceso”*. III. *Criminal compliance y principios del proceso*.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del *compliance* y el proceso penal surge cuando se detecta la posibilidad de 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) y, una vez que exista la certeza de su existencia, se plantea la vía procesal para sancionarla.

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).

Desde la perspectiva del derecho comparado conviene voltear a los sistemas jurídicos que ya tienen un trecho avanzado sobre el particular, una primera aproximación al tema 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 ha otorgado un conjunto importante de beneficios en el proceso penal a las personas jurídicas —como la aplicación del principio de oportunidad o la suspensión

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chiapas.

condicional del procedimiento— como una especie de zanahoria o premio que al mismo tiempo 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, es la decisión más importante desde el punto de vista político-criminal para el ámbito procesal ya que, en los hechos, si no se regula cuidadosamente, puede causar un cambio a la naturaleza misma del proceso penal: 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 concluido— 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*, en la práctica sus propios intereses 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 traduce como abrir la puerta 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.

Este trabajo parte de la premisa consistente en que la decisión 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 y 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 —*i.e.* que sea de la forma “A” y no de la forma “B”— 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 principios procesales y su revisión, así sea de forma sencilla, nos permitirá iniciar la discusión sobre cuáles elementos de la investi-

gación penal no son indispensables y también, en el caso contrario, cuáles 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.

El documento se divide en dos partes, en la primera se hace un breve recuento del concepto de “principios procesales”, en el segundo se realiza una primera aproximación al efecto que deben tener estos criterios en el diseño de la relación entre el *compliance* y el sistema de justicia penal.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LOS “PRINCIPIOS DEL PROCESO”

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.¹ Se trata de los criterios que definen las principales opciones configuradoras de los procesos: *i. e.* la posición y el papel del tribunal y de las partes —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”.²

¹ Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, párrafo 2.

² 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

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 doctrina frente al constante crecimiento³ 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 aquellos 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.⁴

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 señala al principio de audiencia —con su estrecha relación con el derecho de defensa e indefensión— y al 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.⁵ Entre estos últimos se puede muy señaladamente encontrar al principio de oficialidad e investigación de oficio.

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”. Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, parr. 3.

³ 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 seudo-principios que se pueden encontrar en una rápida búsqueda en el sistema informático IUS de jurisprudencia mexicana.

⁴ García Ramírez, Sergio, “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 333-374.

⁵ Oliva, Andrés de la *et al.*, *Introducción al derecho procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 3. Los principios del proceso, parr. 4 y 20.

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 la cual debe ser la vigencia de estos principios en la relación entre *compliance* y el proceso penal.

III. CRIMINAL COMPLIANCE Y PRINCIPIOS DEL PROCESO

Como se señaló en la introducción de este documento, otorgar ventajas procesales⁶ a la colaboración supone buscar una “alianza estratégica”⁷ dentro del proceso entre la persona jurídica y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública. 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 le entregue al culpable. Una investigación interna implica actividad privada que no estará sujeta a los controles del juez. La empresa, sin necesidad de autorización judicial, puede revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, revisar su contabilidad, etcétera. Como se ha señalado, en otros sistemas jurídicos para realizar este tipo de actos de investigación reactivos, la persona jurídica sólo 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.⁸

⁶ 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.

⁷ Sobre las ventajas de esta alianza *cfr.* Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*.

⁸ 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.

Los interrogatorios o entrevistas a los empleados en el curso de una investigación interna tienen tras de sí un elemento de coacción tan poderoso como el delito de falso testimonio: la amenaza de despido. La investigación empresarial es de gran utilidad en los primeros momentos de la investigación, en los que los fiscales no disponen de ninguna duda razonable para obtener la autorización judicial. En esta fase, el poder de investigación empresarial es superior al estatal.

Como se ha señalado, por regla general, para las empresas el binomio investigación-cooperación tiene más ventajas que inconvenientes —la investigación, aunque sea llevada a cabo por agentes internos, siempre implica una disrupción de su funcionamiento normal—.⁹ Aun cuando los costes de la investigación pueden ser considerables, ésta evita las distorsiones de todo tipo que puede ocasionar la investigación pública (registros, clausura de locales, precintado de equipos informáticos, etcétera) e incluso puede evitar la imposición de medidas cautelares, que en algunos ordenamientos pueden ser tan graves como la interdicción judicial, o de carácter interdic-tivo (prohibición de participar en concursos públicos). Finalmente, no pue-de soslayarse que quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la realidad tal como a él le conviene.

Por eso, es necesario establecer garantías que aseguren que el desarro-llo 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.

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. Éste es uno de los aspectos que más han sido abordados en los criterios para desarrollar entrevistas.¹⁰ Así, aquí encontramos un especial énfasis en señalar que debe explicarse al entrevistado que el abogado de la empresa no lo representa a él como em-pelado sino a la persona moral.¹¹

⁹ “Guide to Conducting Workplace Investigations”, Meric Craig Bloch, 2008.

¹⁰ Burgard, Jens, “Code of Conduct for Compliance Investigations and all Fact Find-ings”, Siemens, 2012.

¹¹ “Guide to Conducting Workplace Investigations”, *cit.*

De igual forma, se ha señalado que existe el deber de salvaguardar el 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 excluida 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 toda prueba que vulnera derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos 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.¹² 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*.

La reforma constitucional de 2008 introdujo este principio en la fracción V del apartado A del artículo 20 de la CPEUM. Sin embargo, en los desarrollos doctrinales y de la jurisprudencia se ha considerado que la presunción de inocencia, cuando se analiza 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.

Cambiando de tema, debiera señalarse que la colaboración entre la persona jurídica y los órganos de acusación del Estado sólo debiera 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 señalado, se trata de buscar un equilibrio de poderes aceptable¹³ 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 sólo viene dado por la colaboración, sino también por el manejo del principio de oportunidad pro-

¹² Por todos, puede verse Siemens.

¹³ Nieto Martín, *op. cit.*

cesal. Donde existe la posibilidad de terminación anticipada del proceso por la aplicación del principio de oportunidad, como en el derecho norteamericano, el tener un buen o mal programa de cumplimiento o el cooperar puede ser relevante ya en este momento. 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 CNPP para su aplicación.

Esta primera aproximación al tema nos lleva a considerar que la cuestión central de la relación entre *compliance* y proceso penal es que se trata de establecer el camino para que el sistema de justicia penal pueda aprovechar al máximo la autorregulación empresarial, en su tarea de prevenir la criminalidad al menor coste posible para los derechos.