

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y “EL DEBIDO CONTROL” EN LA EMPRESA

EUGENIA DEL SOCORRO BALCÁZAR ALPUCHE¹

Sumario

I. Introducción. II. Motivos para regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en México. III. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. IV. La responsabilidad penal de la persona jurídica y la ausencia del “debido control” en la organización. V. Compliance como atenuante de sanciones. VI. El control interno en la empresa. VII. Whistleblowing como elemento de control. VIII. Conclusión.

Resumen

Derivado de la falta de una cultura de prevención y control de riesgos internos a nivel empresarial, diversos países han tomado la decisión de regular a las empresas en tal ámbito, imputando a estas responsabilidad penal ante actos ilícitos cometidos a través de ella o por los medios proporcionados por ella, siendo México una de las naciones que han optado por implementar dichas medidas.

En este artículo se abordarán las modificaciones al Código Penal Federal y Código Nacional de Procedimientos Penales mexicanos para regular la responsabilidad penal

¹ Licenciada en derecho, maestra en derecho corporativo. Socia del despacho Monroy Balcázar, Abogados S.C y de Vera Lira, Consultores en impuestos. Cuenta con experiencia de más de 25 años en el sector bancario y empresarial. Docente del grado y postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío. Articulista y miembro del Consejo Editorial de la revista digital *DATAFISC*.

de la persona jurídica en el país; los delitos en los que se puede imputar dicha responsabilidad y cómo la adecuada implementación de un control interno que incluya: código de ética, manual de políticas y procedimientos, auditoría interna y un sistema de denuncias anónimas, no solo puede prevenir, sino atenuar sanciones en caso de incurrir en delito.

Abstract

As the result of the deficiency at prevention and corporate risk and control management, many countries have decided to regulate corporations by attributing them penal liability in case of unlawful acts done through or by the means provided by the company, being Mexico one of these nations.

This paper approaches the modifications made to the Mexican Federal Criminal Code and National Criminal Procedures Code in order to impute liability to a corporate entity, in which offenses can be prosecuted and the way that an effective control, achieved by adopting a compliance model that includes: Code of Conduct, Manual of Policies and Procedures, audits and an anonymous reporting system can mitigated punishment when a misdeed has been done.

I. Introducción

La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho mexicano ha sido ampliamente discutida por los estudiosos del derecho, en especial por los abogados penalistas, quienes consideran que este tipo de responsabilidad es contraria a la tradición jurídica aplicable a la responsabilidad penal y al principio sostenido desde el derecho romano *societas delinquere non potest*.²

Independientemente de la discusión suscitada sobre el tema, es evidente que ha dejado de manifiesto la necesaria implementación de la cultura de la prevención del riesgo legal en la empresa, por la que han pugnado desde hace ya varios años los abogados corporativos, teniendo hasta ahora escasos resultados. En nuestra opinión, ello obedece a que quien constituye a la persona jurídica denominada empresa, es una

² Es una locución latina que significa “las Sociedades no pueden delinquir” utilizada en Derecho Penal para referirse a un principio clásico sobre 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. (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 156)

persona física (Sociedad por acciones simplificada) o varias personas persona físicas,³ y sabido es que la gran mayoría de las personas físicas no tenemos la cultura de la prevención, con mayor razón no la tendrá la persona jurídica constituida por esta, la cual es una carencia que trasciende de la persona física a la persona jurídica que constituye o administra, más aun cuando al evitarse el resultado esperado se evita la pérdida o menoscabo del patrimonio, lo cual impide que la persona física cuantifique esa pérdida o daño y en consecuencia subestime la medida que evitó se actualizará el supuesto.

El objetivo del presente estudio no es hacer un análisis dogmático de la responsabilidad penal de la persona jurídica sino, partiendo de la regulación de dicha responsabilidad, reafirmar la necesidad del “debido control” al interior de la empresa.

Nuestro centro del presente análisis es la ausencia del debido control en la empresa por lo que, al mencionar a la persona jurídica, nos referimos exclusivamente a la empresa.

Para contextualizar, han de señalarse brevemente los motivos de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en México, el catálogo de delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica, la inobservancia del “debido control” en la organización, además de la cultura de la prevención del riesgo legal como una realidad ineludible en la empresa del siglo XXI.

II. Motivos para regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en México

La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en México no fue un capricho del legislador, obedece a diversas obligaciones convencionales que vinculan a México para combatir la delincuencia organizada transnacional y la corrupción, y que contemplan la obligación de implementar en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad de las personas morales para reprimir a aquellos sujetos dedicados a realizar actividades ilícitas, así como a la tendencia internacional de regular la responsabilidad penal de las empresas criminales, debido a las nuevas formas de delinquir que se llevan a cabo en el seno de la empresa o con los medios proporcionados por ella.

Los acuerdos que vinculan a México en el tema en cuestión son:

- 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, la cual en su artículo 2º señala que

³ Aun suponiendo que la sociedad mercantil esté constituida por varias personas jurídicas, estas siempre tendrán en su base a personas físicas.

cada parte tomará las medidas necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público en el extranjero. Cabe destacar que:

El reporte de la implementación de la convención elaborado en octubre del 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 recomendaron 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.

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, Italia, 2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), que contienen como opción para reprimir a las empresas criminales la posibilidad de que los Estados legislen sobre la responsabilidad penal de las mismas (artículos 10 y 26 respectivamente). (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 160)
- 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) señala que los países deberán garantizar la aplicación a las personas jurídicas de la responsabilidad penal y, en los casos que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. México es miembro desde el año 2000 del Grupo de Acción Financiera, por tanto, estaba obligado a observar dicho acuerdo.

A nivel internacional, diversos países han regulado ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellos Dinamarca, Noruega y Suecia, que establecieron en los años ochenta sanciones penales específicas para las empresas consideradas especialmente peligrosas. Italia lo hizo en 2001, Suiza en 2007 y España en 2010. Requena y Cárdenas Gutiérrez, (2016, p. 156), mencionan: “entre los países de nuestra Tradición jurídica, tanto España (Ley Orgánica 5/2010, del 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”.

III. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Independientemente de la polémica suscitada por la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en México ya es una realidad. En el ámbito federal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulada en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El 17 de junio de 2016 mediante la llamada “Miscelánea Penal”⁴ se establecieron las disposiciones para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales, en el marco del nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Por su parte, el Código Penal Federal establece el catálogo de delitos en que pueden intervenir las personas jurídicas y la forma de comisión de dichos delitos. En cuanto a esto último (la comisión del delito), mencionemos la naturaleza del

Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.⁵

Mientras en el tema de los delitos previstos en el Código Penal Federal en que pueden intervenir las personas jurídicas se establece que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 Bis del Código Penal Federal, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos:

- Terrorismo: previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

⁴ La Miscelánea Penal que aprobó el Congreso de la Unión modificó más de 230 artículos de 10 ordenamientos legales para armonizarlos con la reforma constitucional de 2008, con lo que se concluyó la fase de implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal. La Miscelánea Penal se publicó el 17 de junio del 2016 mediante el decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron 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.

Recuperado de: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2016/06-Junio/15/3349-Miscelanea-penal-modifica-mas-de-230-articulos-de-10-ordenamientos-legales-para-consolidar-el-nuevo-Sistema-de-Justicia-Penal-Ibarra-Hinojosa>.

⁵ Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_180716.pdf.

- Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo: previsto en el artículo 172 Bis;
- Contra la salud: previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero;
- 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;
- Tráfico de influencia: previsto en el artículo 221;
- Cohecho: previsto en los artículos 222, fracción II, y 222 bis;
- Falsificación y alteración de moneda: previstos en los artículos 234, 236 y 237;
- Contra el consumo y riqueza nacionales: prevista en el artículo 254;
- Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho: previsto en el artículo 366 Ter;
- Comercialización habitual de objetos robados: previsto en el artículo 368 Ter;
- Robo de vehículos: previsto en el artículo 376 Bis y posesión, comercio, tráfico de vehículos robados y demás comportamientos previstos en el artículo 377;
- Fraude: previsto en el artículo 388;
- Encubrimiento: previsto en el artículo 400;
- Operaciones con recursos de procedencia ilícita: previsto en el artículo 400 Bis;
- Contra el ambiente: previsto en los artículos 414, 415, 416, 418, 419 y 420;
- En materia de derechos de autor: previsto en el artículo 424 Bis.

En otro tenor, para los delitos en que puede intervenir una persona jurídica, consignados en el Código Penal Federal y a que hacen referencia otros ordenamientos jurídicos son:

- Acopio y tráfico de armas: previstos en los artículos 83 Bis y 84, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- Tráfico de personas: previsto en el artículo 159, de la Ley de Migración;
- Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis, de la Ley General de Salud;
- 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;

- 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;
- 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;
- Contrabando y su equiparable: previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación;
- Defraudación Fiscal y su equiparable: previstos en los artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación;
- De la Ley de la Propiedad Industrial: los delitos previstos en el artículo 223;
- 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;
- De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: los previstos en los artículos 432, 433 y 434;
- De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito: los previstos en los artículos 96, 97, 98, 99, 100 y 101;
- De la Ley del Mercado de Valores: los previstos en los artículos 373, 374, 375, 376, 381, 382, 383 y 385;
- 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;
- De la Ley de Fondos de Inversión: los previstos en los artículos 88 y 90;
- De la Ley de Uniones de Crédito: los previstos en los artículos 121, 122, 125, 126 y 128;
- 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;
- De la Ley de Ahorro y Crédito Popular: los previstos en los artículos 136 Bis 7, 137, 138, 140 y 142;
- De la Ley de Concursos Mercantiles: los previstos en los artículos 117 y 271;
- 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;

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

IV. La responsabilidad penal de la persona jurídica y la ausencia del “debido control” en la organización

Según lo dispone el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

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.

Cabe hacer notar que el citado artículo establece que la persona jurídica será penalmente responsable cuando se haya determinado “*además*” que no observó el “*debido control en su organización*”. Surgen aquí varias interrogantes: ¿Qué debemos entender por el “debido control”?; ¿corresponde a la persona jurídica demostrar que tuvo un “debido control”?; ¿cómo puede la persona jurídica comprobar que tuvo un “debido control”?; y si hubo un debido control pero los empleados o representantes evadieron ese debido control, ¿la persona jurídica será penalmente responsable?

Independientemente del sentido en que resuelva la autoridad judicial, hay una realidad ineludible: resulta necesario que la empresa (persona jurídica) adopte una cultura de la prevención, una nueva forma de organización, que la empresa sea “gobernada” sobre una base de normas, políticas y procedimientos claramente identificados y establecidos.

La empresa requiere un marco regulatorio propio, adicional al marco legal que le resulta aplicable, y además, debe adoptar la cultura de legalidad, de prevención del delito por medio de una vigilancia integral que le permita detectar a tiempo cualquier irregularidad. Como afirman Requena y Cárdenas Gutiérrez, (2016, p. 124):

En la teoría organizacional se habla de cultura 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 latinoamericanos, no existe la cultura de la prevención. Estos mismos autores rematan (2016, pp. 124-125):

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 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.

La implementación de una estructura del control no es un tema nuevo, ni para las grandes corporaciones o para las sociedades que participan en el mercado de valores, por las obligaciones de transparencia que las diversas leyes les imponen, el problema es para los microempresarios (podemos incluir a las recién creadas SAS), para las pequeñas y las medianas empresas, pues estas ¿cómo pueden enfrentar el costo de implementar un sistema de “debido control”?, y si no lo implementan, ¿cómo pueden comprobar, de darse el supuesto de la comisión de un delito a nombre de la persona jurídica, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ella proporcione, que observaron el “debido control”?

V. Compliance como atenuante de sanciones

Según lo dispone el último párrafo del artículo 11 bis del Código Penal Federal, en el catálogo de delitos 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 imputado la disminución del daño provocado por el hecho típico.

Es evidente que ante este nuevo marco de responsabilidades la persona jurídica requiere una nueva forma de organización, de control y de prevención, a lo cual se ha denominado compliance, referido según el Centro de Investigación y Desarrollo del IMMPC, con la colaboración de Barba Ortega (2015, p. 54) como:

El cumplimiento regulatorio, o compliance (como se le conoce comúnmente), tiene una definición amplia pero sencilla: se trata de una función de las empresas

cuyo objetivo es asegurarse de que se cumpla con todas las leyes y regulaciones que le son aplicables al negocio... aunque las regulaciones más estrictas recaen en el ámbito fiscal y financiero –y las organizaciones que reciben más escrutinio son, precisamente, las instituciones financieras–; el compliance es un tema de suma importancia para cualquier tipo de empresa, especialmente porque, a diferencia de los grandes corporativos, muchas compañías desconocen todas las leyes que les son aplicables, o no poseen un área o departamento de cumplimiento regulatorio que dé seguimiento a estos temas y se ocupe de actualizarse constantemente. Esto puede llevar a las empresas a cometer errores sumamente onerosos.

Señala Adriana Peralta Ramos, en su libro *Compliance en México*, que en 2005 Sergio Cicero Zapata, quien había sido empleado de esta compañía en México, envió un correo al corporativo de Wall-Mart en Estados Unidos, reportando que su filial en México había ganado terreno en la apertura de tiendas a través de actos de corrupción con oficiales del gobierno mexicano, enunciaba hechos de “mordidas” para agilizar permisos y trámites de construcción. Es este caso, que contempló una investigación formal por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por el cual actualmente se cree que compliance llegó a México.

El sistema compliance está formado por una serie de medidas tendientes 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 función principal es la prevención de riesgos.

La Norma ISO 19600 es una norma internacional que establece un referente de buenas prácticas en materia de gestión de compliance, dirigida a las organizaciones comprometidas con cumplir con los requisitos legales que le son aplicables.

VI. El control interno en la empresa

Estamos ante un expansionismo del derecho penal que busca aumentar la protección de un mayor número de bienes jurídicos, ello obedece al acrecentamiento de las situaciones de riesgo delictivo, pues sabido es que la mentalidad criminal no tiene límites y sí una gran capacidad de adecuarse a situaciones cambiantes, novedosas y difíciles.

El Estado no cuenta con los recursos ni medios, siempre limitados, para aplicar la hipernormatividad penal, por lo cual su mejor opción es compartir la responsabilidad en la lucha contra la delincuencia desde la organización.

En alusión a Requena y Cárdenas Gutiérrez, (2016, pp. 79-82) si bien el Estado no puede desplazar sus responsabilidades hacia el sector privado y a este no le co-

responde la tarea de prevenir, investigar y perseguir los delitos, el Estado asume una 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 no constituyan riesgo a los intereses públicos o sociales. Igualmente afirman que:

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. (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 83)

Estas reglas tienen la finalidad de ejercer un control interno o debido control organizacional no solo para prevenir el crimen, sino también para optimizar recursos. La transgresión de las medidas de control de la organización pueden generar conductas delictivas que impliquen responsabilidad penal no solo para las personas que realizan el acto, la omisión o los actos de transgresión, sino también para la propia organización como corporación (Requena y Cárdenas Gutiérrez, (2016, pp. 83-84).

Como se deduce de la regulación de la responsabilidad penal orientada a la persona jurídica, la cultura de la prevención de riesgos legales en la empresa, desde su interior, por la que hemos pugnado en nuestra actividad diaria los abogados corporativos es, ahora, ineludible. La empresa debe implementar diversas medidas con el fin no solo de prevenir sino detectar y corregir posibles conductas delictivas, debe necesariamente establecer un sistema de control interno que le permita su defensa y el derecho de la atenuación de sanciones, en su caso. Un sistema de control interno es fundamental dentro de cualquier tipo de empresa, el reto es lograr un control equilibrado, sin excesos, sin deficiencias.

Al respecto, el Consejo Coordinador Empresarial ha establecido en el Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo 2018, en su Tercera Versión revisada, que: *el control interno constituye el mecanismo por el cual el Consejo de Administración se asegura que la sociedad opera en un ambiente general de control y le da mayor certeza de la efectividad y eficiencia de la gestión.*

Consideramos trascendente mencionar la Mejor Práctica número 8, señalada en el código arriba aludido:

Se sugiere que además de las obligaciones y facultades que prevén las leyes específicas para cada sociedad, dentro de las funciones del Consejo de Administración se incluyan las siguientes: (...) 5.- Asegurar que la sociedad emita su Código de Ética (...) 14.- Asegurar el establecimiento de mecanismos de control interno y de calidad de la información (...)

Mientras que la Mejor Práctica 17 establece:

Se recomienda que con el propósito de tomar decisiones más informadas, el Consejo de Administración realice las funciones de auditoría, evaluación y compensación, finanzas y planeación, riesgo y cumplimiento que se definen posteriormente en el Código, con el apoyo de uno o varios órganos intermedios según sea necesario. Se reconoce que la práctica internacional denomina “comités” a los órganos intermedios de apoyo, creados para cumplir con estas funciones específicas.

La Mejor Práctica 25 decreta:

Se recomienda que el órgano intermedio cumpla con las siguientes funciones: (...) 7.- Contribuir a la definición de los lineamientos generales del control interno, de la auditoría interna y evaluar su efectividad (...) 13.- Conocer las denuncias por faltas al Código de Ética, las medidas tomadas y la protección dada a los informantes (...)

La Mejor Práctica 35 señala: “se sugiere que se sometan a la aprobación del Consejo de Administración los lineamientos generales de Control Interno y, en su caso, las revisiones al mismo”. Y finalmente la Mejor Práctica 40 dicta: “se recomienda que se asegure la existencia de mecanismos que permitan determinar si la sociedad cumple con todas las disposiciones legales a que está sujeta”.

En opinión de Montiel Castellanos (2015), el control es responsabilidad de todo el personal, debe estar presente en lo fundamental, es preventivo más que correctivo, no debe obstruir sino hacer eficiente la operación, debe establecerse con base en los objetivos, riesgos y normas de operación y debe evolucionar en función de los cambios que se presentan, tanto en los objetivos como en los riesgos y normas de operación. El control interno implica establecer las bases para crear un ambiente de control, que incluye un Código de Ética, políticas, procedimientos, auditoría interna y un sistema de denuncia, entre otros.

En cuanto al *ambiente de control*, este constituye el andamiaje para el desarrollo de las acciones, implica la emisión de pronunciamientos de la alta dirección en materia de riesgos y control interno, como son, entre otros:

- 1) Código de Ética
- 2) Las políticas (generales de negocios, de operación y administración)
- 3) Los lineamientos
- 4) Difusión al personal de conceptos de riesgo y control
- 5) Asignación de responsabilidades y facultades de acuerdo con la identificación de la naturaleza y la magnitud de los riesgos que enfrente la empresa.
- 6) Reglamento interior de trabajo

El *ambiente de control*, según ideas de Montiel Castellanos (2015), es el cimiento de todos los demás componentes del sistema de control interno. Es también el resultado del compromiso de la alta dirección en los valores éticos de la empresa, e incluye el compromiso de la alta dirección respecto a dichos valores, los cuales necesariamente deben estar plasmados en un Código de Ética, el cual debe establecer los principios y valores de actuación de los miembros de la empresa, mediante reglas de comportamiento que reflejen el compromiso que la misma ha tomado para sostener sus valores (integridad, honestidad, transparencia, cumplimiento con las leyes, etc.). El Código de Ética debe precisar los objetivos de la empresa, su visión y misión.⁶ Según Montiel Castellanos (2015, p. 231): “una organización que desconoce qué es, hacia dónde va y qué medios utilizará en el camino, marchará a la deriva y con pocas posibilidades de éxito. En esta condición el control interno carecería de sentido y de sus más importantes fundamentos”.

Hablando ahora de *políticas*, en paráfrasis a Montiel Castellanos (2015, p. 236) estas constituyen los medios para lograr los fines u objetivos de la empresa, se puede decir que hace las veces de Constitución Política de un país, son los fundamentos básicos sobre los cuales descansa la vida de una organización, de esas políticas emanarán otras reglas y disposiciones de menor nivel jerárquico. Las políticas son distintas para cada empresa, ya que deben atender a las características específicas de cada una.

En las *políticas* debe establecerse que toda actividad, negocio, proceso o toma de decisión debe apegarse a las medidas de control interno, y el incumplimiento puede ocasionar desde sanciones administrativas hasta la rescisión del contrato de trabajo.

Para el tema de *lineamientos o procedimientos*, el mismo Montiel Castellanos (2015, p. 236) señala: “los lineamientos de primer nivel pueden definirse como pronunciamientos formales realizados por la dirección de la empresa para orientar la toma ordenada, uniforme y correcta de acciones y decisiones que conlleven al cumplimiento de las responsabilidades y objetivos de la sociedad”.

⁶ La Visión es la idealización del futuro de la empresa, a dónde quiere llegar, para estos se deben fijar los objetivos; la misión indica qué es la empresa y qué necesidades pretende satisfacer, y las políticas delimitan la acción que se debe seguir. Cfr. Montiel Castellanos, 2015, p. 231.

Sobre el tema de *auditoría y control interno*, el Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo establece en su Mejor Práctica 37, que sean los auditores quienes evalúen la efectividad del control interno, al aludir:

Se sugiere que los auditores internos y externos evalúen, conforme a su programa normal de trabajo, la efectividad del control interno, así como la calidad y transparencia del proceso de emisión de la información financiera, y que se comenten con ellos los resultados señalados en la carta de observaciones.

Además, el Código de Integridad y Ética Empresarial, en su segunda edición, sexto Principio (Responsabilidad en la política para evitar la corrupción; existencia de controles de verificación), establece:

El consejo de administración, el administrador único u órganos equivalentes, así como los directivos de las empresas deben involucrarse de manera activa en el desarrollo, control y monitoreo de programas, políticas y procedimientos de integridad, y transmitir a los demás colaboradores la importancia de cumplir con los mismos (...). Se recomienda, que en caso de que una empresa cuente con un órgano de auditoría interna u órgano similar, se incluya dentro de su plan de auditoría, la revisión de los controles asociados al cumplimiento de las políticas de integridad.

VII. Whistleblowing como elemento de control

Un elemento de control es el establecimiento de un sistema formal de denuncias y seguridad para los informantes. Es recomendable que la empresa establezca la práctica llamada *whistleblowing*, término caracterizado por Requena y Cárdenas Gutiérrez (2016, pp. 127-128) como: “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 denuncia, sea un hecho considerado irregular, ilegal o inmoral de acuerdo con los valores de la organización se denominará 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 para poner en alerta a los vecinos y a la vez convocara a otros oficiales a unir fuerzas en la persecución y detención.

Se usa la palabra en inglés porque la usada en castellano no corresponde del todo al sentido positivo de la palabra. Así, por ejemplo, si se habla de denunciante la palabra se emplea normalmente en sentido legal o penal. Si se emplea la voz delator, en cas-

tellano alude a una persona desleal, traidora y chismosa. Si hablamos de denunciante interno, en países como el nuestro denota una actitud servil, equivalente a soplón, chivatazo. Mientras, la expresión inglesa denota una actitud de lealtad social o institucional, e incluso de valentía para no quedarse callado ante los hechos considerados contrarios al orden y a la justicia (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 128):

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. (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 128)

Para que el whistleblower funcione adecuadamente es necesario que la empresa lo dé a conocer de manera evidente y clara, este canal de información debe ser creado en expreso para la empresa y dado a conocer indudablemente a los integrantes de la organización.

Estamos ante una cultura de la legalidad que no se limita a aparentar reglas y principios, sino debe demostrarse que ese reglamento, políticas y procedimientos tienen vigencia, se alimentan con cursos de actualización y se le recuerda al usuario que cuenta con un canal para protegerse a sí mismo y proteger a la empresa de una posible responsabilidad penal, garantizándole el anonimato. “El whistleblowing facilita que la organización cumpla con su papel de garante o de vigilante del cumplimiento regulatorio, como obligación legal y como prevención del riesgo penal” (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 133).

Es importante destacar que aun cuando el citado artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales refiere “el debido control”, la cultura de la prevención no se reduce al control pues, como señalan Requena y Cárdenas Gutiérrez (2016), el control es solo un aspecto del gobierno corporativo, pero no lo es todo.

Sobre el gobierno corporativo, Castellanos (2015) sostiene que este se refiere a una empresa guiada con autoridad. El gobierno corporativo requiere de reglas claramente establecidas (constitución), útil para que una empresa sea guiada y para verificar que dichas reglas sean cumplidas. Al respecto: “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”. (Requena y Cárdenas Gutiérrez, 2016, p. 84)

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. En ese sentido, quepa aludir al principio 9º del Código de Integridad y Ética Empresarial:

Las empresas deben contar con un sistema de denuncia a través de algún proveedor independiente o de manera interna, accesible a los colaboradores y a cualquier tercero por correo electrónico o por teléfono, de manera gratuita y anónima a opción del denunciante, para recibir cualquier tipo de denuncias o información relacionada con el incumplimiento del programa de integridad o del Código de Conducta de la empresa. Es recomendable publicitar el área dentro de la empresa que recibe y da publicidad a dichas denuncias”.

VIII. Conclusión

Como ha quedado fundamentado, la responsabilidad penal de la persona jurídica es una realidad en México, e independientemente de la opinión de los expertos penalistas sobre si será posible o no, en la práctica, imputarle responsabilidad penal directa a la persona jurídica, es evidente que la empresa (persona jurídica) debe contar con un programa de control interno que le permita, llegado el caso, demostrar el “debido control” en su organización y hacer valer la atenuante de sanciones prevista en el propio Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, ¿quién debe probar que hubo un debido control en la empresa o la ausencia del mismo? A decir de la doctora Victoria García del Blanco, (Senado de México, Archivo de video, 2015) si la ausencia de control se considera como elemento de tipicidad, quien lo tiene que probar es el que acusa; si la existencia del “debido control” es una exención de responsabilidad penal, lo tiene que demostrar el que lo alega, lo cual en España, por ejemplo, se acredita en la fase de instrucción.

En México habremos de esperar para conocer el sentido en que la autoridad judicial resuelve dichas interrogantes, pero es evidente que la empresa será la principal interesada en probar el “debido control”, por tanto, debe implementar un sistema de control interno consistente en identificar sus leyes aplicables, establecer un ambiente de control, identificar los delitos en que pudiera incurrir en la realización de sus actividades (la persona encargada de identificar estos delitos debe tener conocimientos en derecho penal), contar con un sistema de supervisión permanente de cumplimiento regulatorio, a cargo de un comité o persona especialmente designado para ello (*compliance officer*), por el Consejo de Administración o a cargo del propio Administrador

Único, en el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas, y contar con auditores internos y externos que evalúen la efectividad del control interno.

Ahora, si la prevención del riesgo, tantas veces propuesta por el abogado corporativo no había sido suficiente para convencer a los empresarios de la implementación de un sistema de control interno, la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica los conduce inevitablemente a ello.

Si bien es cierto que el sistema de cumplimiento regulatorio per se, no garantiza que al interior de la empresa no se cometerán delitos, es indiscutible la reducción de dicha posibilidad, y permite, dado el supuesto de delito, la defensa de la persona jurídica y el derecho a hacer valer atenuantes de sanciones.

En conclusión, la empresa del siglo XXI requiere tomar las medidas necesarias para un debido control, e implementar al interior de la organización una cultura de la prevención del riesgo legal, pues como bien sostienen Requena y Cárdenas Gutiérrez (2016): “es evidente que la empresa privada no es la causa, pero sí en muchos casos, el escenario donde tienen cabida todo tipo de delitos”.

Referencias

- Coca Vila, I., et al. (2017). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas, perspectivas comparadas: EEUU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador*. México: Editorial Flores.
- Centro de Investigación y Desarrollo del IMMPC y Barba Ortega, O. D. (2015). “Cumplimiento regulatorio, un chequeo de salud a tu empresa”. *Mejores Prácticas Corporativas*, Guadalajara, Jalisco, Septiembre-Octubre 2015, 95 p.
- Código Penal Federal. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_051118.pdf
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>
- Montiel Castellanos, A. J. (2015). *El gobierno corporativo*. México: Dofiscal Editores.
- Peralta Ramos, A. (2018). *Compliance en México, el antídoto contra la corrupción*. México: Ed. Aque Ediciones.
- Requena, C. y Cárdenas Gutiérrez, S. (2016). *Compliance legal de la empresa, una tendencia regulatoria mundial*. México: Dofiscal Editores.
- Senado de México. (21 mayo 2015). Conferencia magistral La responsabilidad penal de las personas jurídicas. (Archivo de video). Recuperado de: <https://youtu.be/zBJZbA-jnWhM>.
- <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2016/06-Junio/15/3349-Miscelanea-penal-modifica-mas-de-230-articulos-de-10-ordenamientos-legales-para-consolidar-el-nuevo-Sistema-de-Justicia-Penal-Ibarra-Hinojosa>.
- <http://cce.org.mx/comitedegobiernocorporativo/archivos/Control%20interno.pdf>.
- <http://cce.org.mx/ciem/Codigo-de-integridad-y-etica-Empresarial.pdf>.



Fuente de la imagen:

Ríos García O. L. (5 diciembre de 2016). El nuevo modelo de responsabilidad penal de las empresas. Recuperado de: <http://derechoenaccion.cide.edu/el-nuevo-modelo-de-responsabilidad-penal-de-las-empresas/>

