

# Revista Mexicana de Ciencias Penales

ISSN 0187-0416

Año 2

Número 7

enero-marzo de 2019

\$100.00

## Corrupción

Perspectivas y retos



- Aduanas de México. El reto institucional  
*Ricardo Peralta Saucedo*
- La actividad internacional anticorrupción como fuente real de derecho  
*Pedro Carta Terrón*
- Prevención y detección de operaciones de lavado de dinero en el sistema financiero; hacia una más efectiva lucha contra la corrupción

*Sandro García Rojas Castillo*



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

# LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN COMO FUENTE REAL DE DERECHO

○ Pedro Carta Terrón\*

\*Vicepresidente de la Comisión Nacional Anticorrupción en la Confederación Patronal de la República Mexicana.

## PALABRAS CLAVE

## KEYWORDS

○ **Anticorrupción**

*Anticorruption*

○ **Compliance**

*Compliance*

○ **Fuentes reales**

*Real sources*

○ **Tensión jurídica**

*Legal tensión*

**Resumen.** Los esfuerzos internacionales anticorrupción representan hoy una auténtica fuente real de derecho. Hay que enfocarnos en el estudio jurídico de los nuevos fenómenos porque representan nuevas fuentes potenciales con características y velocidades de evolución distintas a las experiencias anteriores.

**Abstract.** International anti-corruption efforts represent today an authentic real source of law. We must focus on the legal study of new phenomena because they represent new potential sources with characteristics and speeds of evolution different from previous experiences.

Recepción: 27 de mayo de 2018 • Aceptación: 5 de junio de 2018

## SUMARIO:

**I. Introducción. II. Las fuentes reales y la corrupción. III. Compliance y transparencia IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.**

### I. INTRODUCCIÓN

Los nuevos problemas y dinámicas de las naciones están empujando a explorar nuevos modelos de organización social. Los principales paradigmas que se están configurando en esa dirección están ejerciendo presión por igual hacia los mundos de lo público y lo privado.

El sector privado está dependiendo cada vez más de las organizaciones, las cuales se fortalecieron y se hicieron más grandes y complejas durante el siglo XX, y durante lo que va de este siglo han demostrado su definitiva importancia como medio para lograr fines, sean sociales o de mercado. Esto ha desarrollado nuevos inconvenientes que tienen que ver con el control organizacional: la capacidad de vigilar el correcto funcionamiento de las organizaciones sin perder la eficacia operativa esperada de ellas.

Por su parte, los gobiernos, que también están sujetos cada vez más a exigencias de eficacia, están necesitados, además, de atributos de legitimidad social. Hoy se espera de

las organizaciones públicas ese mínimo de características: legitimidad decisional y velocidad ejecutiva. Esta nueva modalidad de gobierno, que está siendo cada vez más demandada por los votantes, es el denominado “gobierno abierto”.

Estas olas de cambio exigen procesos adaptativos por parte de los países, en donde el derecho figura como pieza fundamental, en tanto que transforma los paradigmas emergentes predominantes en reglas sociales estables.

La ruta común en la creación de la norma jurídica es que los cambios sociales preponderantes son capturados por el interés del derecho y son procesados y decantados hasta obtener el grupo de reglas que mejor convienen a los intereses sociales. El derecho toma una nueva realidad como fuente (fuente real) para hacer surgir la norma jurídica en reacción a esa nueva realidad.

Sin embargo, esta ruta tradicional de la transferencia del fenómeno social a la necesidad regulatoria ya no es un trayecto claro y despejado, pues no sólo nos enfrentamos al cambio, sino a su ocurrencia en contextos que incluyen nuevos elementos, como el hecho de que las realidades emergentes suceden cada vez más rápido, en la mayoría de los casos, de forma global y simultánea y, cada vez más, incorporando a las

organizaciones como agentes activos del hecho jurídico.

Es decir, la primera fuente de producción del derecho, que es la realidad misma, está modificándose de forma particularmente distinta y a una velocidad mayor a como lo hacía antes, y eso nos sugiere ser más cuidadosos en el análisis de dicha realidad.

Este artículo pretende abrir la reflexión hacia los fenómenos sociales emergentes, algunos de los cuales pueden llegar a convertirse en fuente real de derecho de forma mucho más rápida que en otros tiempos, cuyas características y dinámicas con las que esas fuentes van evolucionando como precepto legal también van estableciendo potenciales ventajas u obstáculos para la materialización inmediata de la norma.

Hemos tomado como caso de análisis los esfuerzos internacionales anticorrupción. En este breve trabajo se plantea, por un lado, el origen de esta tendencia global, haciendo hincapié en su rápida evolución, desde su aparición como problema de atención mundial hasta su consideración como fuente real de derecho, en tanto fenómeno impulsor de norma jurídica.

Por otro lado, se revisan de modo general las dinámicas con las que se han consolidado los temas del compliance y la transparencia, especialmente en el caso mexicano.

Esto porque ambos temas han surgido desde dos visiones típicamente distintas sobre el tratamiento de la fuente real de derecho. La transparencia supuso un tránsito inmediato de la fuente real a la norma y su aplicación. El compliance, por el contrario, ha pasado de la fuente real a la norma de manera progresiva y a través de mediaciones autoregulatorias.

## II. LAS FUENTES REALES Y LA CORRUPCIÓN

### A. LAS FUENTES REALES Y EL CAMBIO

La doctrina jurídica nos explica que el derecho puede surgir de tres tipos de fuentes: las reales, las formales y las históricas. Las fuentes reales son los factores sociales y de entorno que provocan y explican la aparición de la norma; las fuentes formales son la norma vigente y su proceso de creación, y las fuentes históricas son los documentos y referentes que contienen normas que ya no son vigentes, pero que representan el antecedente y a veces motor de origen del derecho actual.

La literatura jurídica ha otorgado mayor atención a las fuentes formales, pues incluyen el núcleo del derecho vigente, sea en la reflexión y la aplicación del derecho

consuetudinario o, para el caso de los sistemas jurídicos de tradición escrita, en el texto en vigor o el desarrollo de la jurisprudencia de las cortes.

Incluso está presente, en buena medida, el análisis de las fuentes históricas. El repaso y referencia al derecho romano como fuente conceptual de la disciplina, el análisis comparado de las legislaciones a través del tiempo y el cotidiano ejercicio legislativo de establecer los antecedentes normativos en las exposiciones de motivos de los continuos productos de los congresos han impulsado el constante análisis de este tipo de fuentes.

Las que han sido menos analizadas, y que se convierten en nuestro foco de atención, son las fuentes reales del derecho. Éstas engloban todo tipo de contexto que haga presión hacia la necesidad de regular una realidad social, con el mismo sentido integral en que lo sugiere García Máynez, que incluye desde las condiciones económicas y culturales de vida hasta la propia subjetividad respecto a la idea colectiva de lo que es el derecho, la justicia y el bien común (García Maynez, 2016: 54).

La reflexión alrededor de las fuentes reales mantiene un menor ritmo de discusión por al menos dos razones:

- a. Las fuentes reales incluyen un número muy amplio de factores de contexto, muchos de los cuales son ajenos al derecho y no son de un preciso interés, sino hasta que se encuentran inminentemente a punto de convertirse en materia de norma jurídica.
- b. La experiencia histórica ha sido que los fenómenos sociales son lo suficientemente lentos como para permitir procesos de reflexión y consideración jurídica relativamente acompasados, además de que el camino para transferirlos en norma, en caso de ser necesario, supone más o menos las variables ya conocidas y dominadas por el jurista o el legislador.

El problema es que la comprensión de realidades sociales con métodos pacientes sirve en contextos de cambio que son graduales, pero en circunstancias de cambios rápidos puede ocurrir que la falta de suficiente y oportuno análisis y previsión sobre la realidad ocasione que la transferencia del fenómeno social regulable a la aparición de norma vigente concluya con preceptos de derecho insuficientes, imperfectos o, de plano, hasta adversos para su aplicación en la realidad sobre la que se quería intervenir.

Giovanni Sartori, por ejemplo, en sus análisis de ingeniería constitucional comparada, ha dado

cuenta de diversos casos de constituciones con serios defectos para su implementación, en donde las causas están asociadas a una escasa comprensión de los problemas a regular, traduciéndose en documentos normativos extensos, que intentan regular todo y terminan por regular poco. Muy ilustrativo de la necesidad de los países de adaptarse al cambio mundial de las últimas décadas es que este autor dé cuenta de que, de las aproximadamente 170 constituciones en el mundo, que fueron motivo de su revisión, más de la mitad se escribieron después de 1974 (Sartori, 2012, p. 213).

La velocidad con que varios de los fenómenos sociales actuales están apareciendo y las peculiaridades de sus dinámicas marcan la exigencia de reducir los tiempos de reflexión acerca de si ciertos eventos y contextos son o serán pronto fuente real de derecho.

Una consideración más. No es suficiente la condición de existencia de un fenómeno social, aun si éste parece de notorio interés colectivo, para que se pueda considerar como fuente de derecho. No todo problema social es fuente real. Es necesario que dicha realidad o fenómeno tenga pertinencia para el derecho y esto sucede cuando aparece lo que podríamos denominar una “tensión jurídica” alrededor de un tema. Es decir, cuando aparece

una apreciación social de que dicho tema deba ser materia de regulación, de tal forma que los especialistas jurídicos y los hacedores de norma o legisladores incorporen el asunto en su discusión y tratamiento previo al inicio de un proceso de fuente formal.

## B. LA TENSION JURÍDICA DEL TEMA ANTICORRUPCIÓN

Un fenómeno de contexto mundial que provocó la atención de las ciencias sociales, incluido el derecho, desde las últimas dos décadas del siglo XX, ha sido la corrupción.

*Corrupción* deriva del verbo corromper y se corrompe aquello que se reguló para funcionar de una manera y en beneficio de todos, pero termina funcionando de forma distinta y para beneficio sólo de unos cuantos.

Entendemos como corrupción las conductas de abuso o apropiación de los recursos públicos, por parte de unos cuantos, a través de la distorsión (corrupción) o abierta violación de la norma jurídica originalmente creada para beneficio de todos.

El fenómeno de la globalización, que se hizo sentir especialmente a partir de los años 80 del siglo XX, permitió que las redes de corrupción se hicieran más evidentes,

debido a la progresiva facilidad de intercambio de información y recursos entre países, pero, principalmente, con motivo de la crisis generalizada de eficiencia administrativa que comenzaron a presentar buena parte de las naciones a raíz de las olas democratizantes mundiales y del surgimiento de nuevos fenómenos y problemas de las sociedades modernas.

Luis Fernando Aguilar Villanueva, por ejemplo, considera que los gobiernos de finales del siglo XX ya no eran metodológicamente suficientes para enfrentar los procesos emergentes de redimensionamiento y democratización del mundo:

a diferencia de otros dramáticos perances del pasado, la magnitud de la crisis de los años ochenta ya no fue interpretada pacientemente como simple torpeza de cálculo del gobierno en el diseño de la política económica o como simple error de gestión. La raíz de las decisiones equivocadas del gobierno y de su incapacidad para aprender de sus errores se hallaba en la misma estructura autoritaria del sistema político-administrativo, imponente, incontenible, sin el contrapeso de las libertades económicas (redimensionamiento) y políticas (democracia) de los ciudadanos (Aguilar, 2000, p.16).

En el marco de esta crisis mundial, y dada la globalización de la información, también sucede la globalización de diversos esfuerzos internacionales por mitigar problemas

compartidos, como el hambre, la pobreza o la violación a los derechos humanos en el mundo. Sin embargo, los líderes que impulsaron estos esfuerzos colaborativos internacionales no tardaron en darse cuenta de que no importaba cuánto dinero se colectara y destinara a las regiones pobres, la realidad era que dichos apoyos casi nunca llegaban a sus destinatarios, sino que desaparecían en las manos de los gobiernos y las empresas que en cada país se encargaban de gestionar las supuestas soluciones para las que iba destinado el financiamiento.

Este tipo de experiencias fue lo que dio origen a la primera y principal agencia internacional que se dio a la tarea de medir y coordinar esfuerzos internacionales anticorrupción: Transparency International (TI). Peter Eigen, fundador de TI, describe cómo desde la década de los 80, primero en Kenia y después en otros países pobres o en desarrollo, la canalización de los apoyos internacionales se topaba con el mismo fenómeno: “Poco a poco comprendí que la corrupción es el vicio capital de la actual ayuda para el desarrollo, así como la causa principal del fracaso de casi todas las gestiones al respecto” (Eigen, 2004: 36).

El importante trabajo de TI, especialmente en el desarrollo de mediciones sobre percepción de la

corrupción en diversos países del mundo, hizo que la comunidad internacional no tardara mucho tiempo en reaccionar frente al fenómeno y se iniciaran esfuerzos importantes para su abatimiento. Uno de ellos fue el denominado Pacto Mundial de las Naciones Unidas anunciado en el 2000 y vigente hoy en día, cuyos postulados incluyen abatir la corrupción en todas sus formas, tanto en organizaciones públicas como privadas.

Para inicios de este siglo, la mayor parte de los países ya tenían en sus agendas públicas el tema de la corrupción como problema social y gubernamentalmente tratable, así como en el mundo empresarial internacional ya permeaba la idea de que ser socialmente responsable incluía no incurrir en prácticas de corrupción en sus operaciones y negocios.

Lo relevante a establecer es que este ánimo internacional contra el fenómeno de la corrupción ha representado uno de los primeros casos de transferencia de fenómeno de realidad a fuente real en tan corto tiempo, considerando que es un tema de alcance mundial.

En otras palabras, la construcción de las normas nacionales deriva de sus propias fuentes reales locales, y cada sociedad supera muy diversos obstáculos y tarda a veces décadas para procesar sus

fenómenos sociales hasta otorgarles criterios de juridicidad. Imponerse el reto de tomar un fenómeno social a nivel mundial y provocar la tensión jurídica suficiente para elevarlo a fuente real global, en tan poco tiempo, no es poco.

Elevar un fenómeno social global al nivel de fuente real global, ya ha ocurrido antes, por ejemplo, cuando se internacionalizó la regulación del comercio entre las naciones como efecto de la nueva realidad del comercio con las colonias descubiertas por Europa en el siglo XVI. Otro caso es la internacionalización de los derechos humanos como resultado de lo visto durante la Segunda Guerra Mundial, durante el siglo XX.

La llamada de atención en este trabajo es la velocidad con que avanzan y necesitan procesarse varios fenómenos sociales nuevos, como éste: el esfuerzo internacional anticorrupción. Entre el fenómeno del comercio con las colonias descubiertas en el siglo XVI hasta reconocer e internacionalizar una necesidad (tensión jurídica) de producir regulación al respecto pasaron por lo menos 100 años, y quizá otros más hasta que se sentaron las bases de lo que hoy conocemos como el derecho mercantil. Entre la percepción como problema social de la violación sistemática de los derechos humanos en el mundo, a raíz

de la Segunda Guerra Mundial, hasta el reconocimiento de la mayoría de los países de la necesidad (tensión jurídica) de producir normas al respecto han pasado sólo 40 o 50 años. Entre la percepción de la corrupción como problema mundial hasta el consenso internacional de comprometer a buena parte de los países para construir una legislación al respecto han pasado menos de dos décadas.

Es decir, la tradicional comprensión y tratamiento de los fenómenos sociales, desde la óptica jurídica, con fines de calificarlos como fuente real de derecho, debe revitalizarse dada la velocidad y el número de los cambios sociales en la actualidad.

### III. COMPLIANCE Y TRANSPARENCIA

Así como un fenómeno social general puede provocar tensión jurídica para convertirse en fuente real de derecho, los distintos temas particulares asociados pueden provocar tensión hacia las personas y organizaciones para provocar cambios adaptativos.

Aquí queremos señalar, brevemente, que hay al menos dos enfoques de cómo transitar de la fuente real a la formalización de derecho. El primer enfoque es pasar de forma inmediata de la fuente real a la

producción y aplicación de la norma. El segundo enfoque es partir de la fuente real y mediar un lapso adaptativo previo a la fuente formal.

Para algunos especialistas pudieran parecer ociosos estos enfoques, pues, aparentemente, la técnica legislativa casi siempre contempla períodos de adaptación previos a la vigencia de la norma a través de la *vacatio legis*. Sin embargo, la *vacatio legis* no necesariamente es suficiente para culminar ciertas adaptaciones, especialmente si se trata de organizaciones grandes, que, como hemos dicho, es y será la realidad predominante a nivel mundial.

Veamos el caso del compliance y las políticas de transparencia como ejemplos de cómo operan estos dos enfoques.

#### A. EL COMPLIANCE Y LAS EMPRESAS

Derivado del fenómeno de la globalización, intensificado a partir de los años 80, se inició un constante flujo cada vez más libre de información, productos, servicios, dinero y personas. Como ya se mencionó, este intercambio libre y masivo abrió las puertas a nuevas posibilidades de corrupción y de crimen.

Las normas jurídicas nacionales, en virtud de su coercibilidad y bilateralidad, mantuvieron su propia fuerza como contención de delitos,

pero empezaron a surgir importantes problemas, entre los que destacan que no todas las legislaciones nacionales tenían tipificados todos los posibles delitos derivados de la dinámica global; había delitos cuya comisión era extraterritorial, si no es que, muchas veces, multiterritorial, lo que imponía problemas de jurisdicción y competencia y, además, muchos eventos delictivos ocurrían al amparo de corporativos, cuando buena parte de las legislaciones nacionales tenía un diseño pensado preponderantemente para controlar las conductas de las personas físicas y muy poco los comportamientos de las personas jurídicas.

La tensión jurídica global ya estaba presente desde la década de los 90, traducida en la necesidad de contar con estándares de cumplimiento normativo a los que se adhieran todos, especialmente las organizaciones empresariales, que eran las que más actividad e intercambios presentaban en el mundo globalizado.

Estas prescripciones normativas que se han agrupado en lo que ahora conocemos como *programas de cumplimiento legal* no se formalizaron como derecho de modo inmediato. El tránsito de la fuente real a la fuente formal fue gradual y dosificado. Casi todos los temas que hoy incluye el compliance comenzaron como programas de filosofía

administrativa voluntaria. El enfoque de tratamiento de esta fuente real de tensión hacia la regulación fue optar inicialmente por la autorregulación. No se detonó la formalización de un arreglo social heterónimo; se privilegió la solución vía los acuerdos de partes a través de arreglos entre privados.

Bajo este mecanismo se intentó solucionar por un tiempo el problema de la corrupción y el delito corporativo a nivel internacional. Surge el Pacto Mundial de las Naciones Unidas en el 2000, donde las empresas, especialmente las de presencia multinacional, se comprometían a mantener políticas organizacionales para evitar actos de corrupción. Posteriormente, se da la tendencia hacia la responsabilidad social empresarial, que se preocupa por los impactos de las malas conductas hacia el exterior de las organizaciones, junto con el gobierno corporativo, que busca mejores formas de control y transparencia de las finanzas y los procesos internos de las organizaciones.

Todas estas tendencias surgieron con la idea de controlar mejor a las organizaciones, desde la trinchera de la autorregulación, por un lapso que rondó entre los 10 y los 20 años, dependiendo del país.

No obstante las buenas intenciones de la autorregulación, el sector de los negocios necesitaba de

mejores instrumentos para darle certeza a sus acciones, especialmente en lo referente a la imputabilidad de delitos y la forma de hacer cumplir los contratos. Principios legales como la *responsabilidad solidaria* y la *culpa in contrahendo*, por ejemplo, fueron vistos como necesarios para fortalecer el control de la corrupción y el delito.

Ya entrados en este siglo, una buena parte de las materias de autorregulación se han estado formalizando en norma jurídica, dando lugar a la colección de obligaciones ambientales, laborales, en prevención al lavado de dinero o fraude y varias más que hoy forman parte del tramo de responsabilidad del compliance.

Y las tareas de estandarización no cesan. Uno de los principales esfuerzos para compartir experiencias en la implementación del compliance a nivel mundial ha sido la iniciativa alemana Alliance for Integrity, que desde esta última década, y en América Latina desde 2015, ha buscado incorporar al mayor número de empresas en el esfuerzo anticorrupción, especialmente a través de las grandes cámaras empresariales de cada país, que, en el caso mexicano, ha sido la Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX).

## B. LA TRANSPARENCIA Y LOS GOBIERNOS

El tema de la transparencia tuvo un arribo distinto. El problema social, identificado a nivel global, estaba ya planteado desde la segunda mitad de los 90 cuando TI comienza a publicar su Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), en el cual se exhibe la alta opacidad en la información pública por parte de los Gobiernos, especialmente de los países pobres o en desarrollo, y su fuerte correlación con sus grados de percepción de corrupción.

Para los primeros años de este siglo, el problema de la falta de transparencia gubernamental ya generaba importantes tensiones en los países con menores desempeños; el fenómeno ya podía contarse como una fuente real de derecho.

En este caso, el enfoque de tratamiento fue un tránsito inmediato de la fuente real a la fuente formal. Una vez establecida la tensión jurídica, surgieron de forma rápida las leyes de transparencia y éstas obligaron a las organizaciones públicas a implementar lo exigido. No hubo una persuasión previa del tema, desde el inicio fue una obligación legal que debía acatarse y los integrantes de las organizaciones tuvieron que aprender a cumplir y a modificar sus conductas bajo esas nuevas reglas.

La estrategia de tránsito de la fuente real a la formalización quizá no tenga demasiada importancia para el derecho legislado, pero sí para el derecho positivo, pues dependiendo de la forma en cómo se introduce la norma en la realidad se derivan diversas repercusiones organizacionales que favorecen o limitan la materialidad del precepto legal.

Como ejemplo de esto, podemos considerar los efectos en los presupuestos y la cultura organizacional. El haber permitido un lapso de autoregulación, en el caso del compliance, permitió el desarrollo de liderazgos y habilidades suficientes para materializar de manera adecuada y rápida los cumplimientos una vez que se les formalizó como ley y naturalizó a las directivas empresariales para autorizar el gasto anual en esos temas. En el caso de la transparencia no existió esa ventaja. La primera ley mexicana de transparencia se promulgó en 2002 y se otorgó un año de *vacatio legis*, apenas suficiente para destinar los presupuestos mínimos para ese tema nuevo; de ninguna manera se pudo formar el suficiente capital humano ni dominar las rutinas administrativas necesarias para satisfacer los requisitos de ley. En los años inmediatos a la entrada en vigor de la ley, todavía hubo fenómenos de simulación de cumplimiento, solicitud

de prórrogas y muchos errores de aprendizaje.

#### IV. CONCLUSIONES

Lo que conocemos como las fuentes reales de derecho, los fenómenos sociales que impulsan su producción, implican una tensión jurídica que obliga a las sociedades a la regulación.

Este proceso consta de tres momentos: *fenómeno social*, *tensión jurídica* y *regulación*. En otras épocas tenía carácter local y podía llevar muchos años. Nuestra realidad actual nos sugiere que pueden aparecer diversos fenómenos emergentes, como el alineamiento internacional anticorrupción, que conlleven lapsos muy cortos para su procesamiento e involucren a una diversidad de países o regiones.

Esta posibilidad provocaría la aparición de numerosos frentes de tensión jurídica que será necesario estudiar y entender para diseñar y aplicar de manera más eficiente la norma jurídica.

En materia anticorrupción, las agencias internacionales y los organismos empresariales contribuyen en buena medida a que sea posible permear el conocimiento de los temas de cumplimiento hacia el sector de los negocios, pero también es posible crear alianzas entre el

sector empresarial y los analistas jurídicos para recuperar experiencias de casos que permitan identificar oportunamente y analizar con finos detalles fenómenos nuevos que representen potenciales fuentes reales listas para ser convertidas en derecho positivo.

## V. FUENTES DE CONSULTA

- Aguilar, L. F. (2000). *El estudio de las Políticas Públicas*. Ciudad de México, México: Miguel Ángel Porrúa.
- Cisneros, G. (2001). *Teoría del derecho*. Ciudad de México, México: Trillas.
- Eigen, P. (2004). *Las redes de la corrupción*. Bogotá, Colombia: Planeta.
- Frisch, W., y González, J. (2000). *Metodología jurídica en jurisprudencia y legislación*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- García Maynez, E. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Diario Oficial de la Federación*. (2015). *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*.
- Sartori, G. (2012). *Ingeniería Constitucional comparada*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

ISSN 0187-0416



9 770187 041004