



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional de Derecho



TESIS:

**LA INCIDENCIA DE LOS FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL *COMPLIANCE* NORMATIVO SOBRE LA CONCEPCIÓN
CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO**

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

HUAMÁN ARIAS, Andeher Omar

ASESOR:

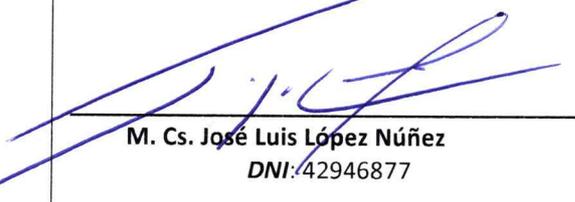
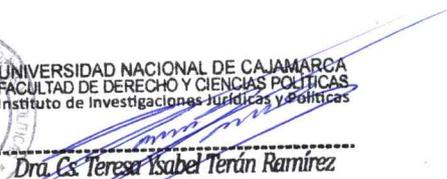
Mg. LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis

Cajamarca, enero del 2024

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Andeher Omar Huamán Arias
DNI: 74152074
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
M. Cs. José Luis López Núñez
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
LA INCIDENCIA DE LOS FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DEL CONTENIDO DEL COMPLIANCE
NORMATIVO SOBRE LA CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO
6. Fecha de evaluación: 17/04/2024
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 19%
9. Código Documento: oid:3117:347916811
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 18/07/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
	
M. Cs. José Luis López Núñez DNI: 42946877	 Dra. Cs. Teresa Isabel Terán Ramírez DIRECTORA
Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas	

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

DEDICATORIA

A todas y todos quienes me brindaron el soporte para poder llegar a este momento. A quienes estuvieron, a quienes están y a quienes estarán.

Al pequeño Andeher que si le cuento donde estamos no lo creería, a mi papá por darme la oportunidad de estudiar, a mi mamá por acompañarme cuando más lo necesite, a mi Chela y mamita Gringa, a Lily y Adela.

Dedico este trabajo también a Ruth, Susan y Elizabeth, quienes hicieron de su amistad mi lugar seguro y de la universidad un espacio más llevadero.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	2
TABLA DE CONTENIDO.....	3
AGRADECIMIENTO.....	8
LISTA DE ABREVIACIONES	9
RESUMEN.....	10
<i>ABSTRACT</i>	11
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I.....	13
ASPECTOS METODOLÓGICOS	13
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	13
1.1.1. Contextualización o problemática	13
1.1.2. Planteamiento del problema	28
1.1.3. Formulación del problema	29
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	29
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	30
1.3.1.Espacial	30
1.3.2.Temporal.....	31
1.3.3.Temática	31
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN	31
1.4.1. De acuerdo con el fin que persigue	31
1.4.2. De acuerdo con el diseño de la investigación.....	31

1.4.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.....	32
1.5. HIPÓTESIS.....	32
1.6. COMPONENTES.....	32
1.7. OBJETIVOS.....	32
1.7.1. Objetivo general.....	32
1.7.2. Objetivos específicos	32
1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	33
1.8.1. Genéricos	33
A. Analítico-sintético	33
B. Inductivo-deductivo.....	33
C. Histórico-lógico.....	34
1.8.2. Propios del derecho	35
A. Dogmático	35
B. Hermenéutico	35
C. Argumentación	36
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	36
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN	37
CAPÍTULO II.....	41
MARCO TEÓRICO.....	41
2.1. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO Y LAS FORMAS DE CONCEBIRLO	41

2.2.	UNA DISCUSIÓN NECESARIA: ETICIDAD Y MORALIDAD	44
	2.2.1. Eticidad y Moralidad.....	44
	2.2.2. Ética y valores	52
	2.2.3. Bases neuróticas de la moral.....	54
	2.2.4. Objetivismo y relativismo moral	57
2.3.	DERECHO Y MORAL.....	68
	2.3.1. Corrientes del Derecho, una explicación de la relación entre derecho y moral	68
	2.3.2. Separación conceptual entre derecho y moral.....	78
	2.3.3. El debate entre García Amado y Manuel Atienza, una reflexión contemporánea sobre el derecho y moral.....	83
	2.3.4. Algo más acerca de la relación entre el derecho y moral	91
2.4.	BASES LIBERALES DEL DERECHO	96
	2.4.1 Liberalismo	96
	2.4.2. Estado Moderno	98
	2.4.3. Los tipos de Estados y su impacto en los modelos jurídicos.....	100
2.5.	COMPLIANCE Y DERECHO.....	107
	2.5.1. <i>Compliance</i> o Cumplimiento	107
	2.5.2. Corrientes económicas	109
	2.5.3. Capitalismo y derecho	111

2.5.4. El impacto económico, ideológico y jurídico del neoliberalismo	115
2.5.5. La desregulación y los orígenes del <i>compliance</i>	116
2.5.6. Negocios y ética	121
2.5.7. Corrupción, <i>compliance</i> y <i>normalización</i>	125
2.5.8. Los elementos del <i>compliance</i> y su vinculación con el derecho	129
2.5.9. Nuevo capitalismo: <i>compliance</i> y respeto a la legalidad	133
2.5.10. El <i>compliance</i> y la ley	134
2.5.11 El <i>compliance</i> y la ética	137
2.5.12. El <i>compliance</i> y la capacidad reguladora del estado ...	139
2.5.13. El derecho, un artefacto.....	142
2.5.14. Integridad: más allá de <i>legal compliance</i>	146
CAPÍTULO III.....	149
DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS	149
3.1. El derecho como una herramienta de normalización de conductas	150
3.2. La vinculación del derecho con discursos no jurídicos	152
3.3. El reconocimiento legal del <i>compliance</i>	157
3.3.1. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas a la prevención del lavado de activos	157

3.3.2. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas a anticorrupción y programas de prevención	162
3.3.3. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas al derecho laboral	173
3.3.4. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas a la protección del medio ambiente	176
3.3.5. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas a la libre competencia.....	177
3.3.6. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas a protección del consumidor.....	179
3.3.7. <i>Compliance</i> y normas peruanas vinculadas al buen gobierno corporativo	181
3.4. De la ley a la ley, consensos y autorregulación	182
3.5. El mundo de los compromisos y de las obligaciones.....	185
3.6. ¿Cómo el derecho puede normalizar conductas?	187
CONCLUSIONES.....	190
RECOMENDACIONES	192
LISTA DE REFERENCIAS	193

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que me han aportado y apoyado en este proceso, a quienes me han enseñado lo que es y no es un profesional del derecho, y a quienes me formaron en esta carrera, pero sobre todo a quienes me deformaron.

Agradezco a quienes me brindaron las oportunidades y a quienes me ayudaron a tomarlas.

LISTA DE ABREVIACIONES

art./arts.: artículo/artículos.

Inc./ incs.: Inciso/incisos.

FCPA: *Foreign Corrupt Practices Act.*

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OEA: Organización de Estados Americanos

CIC: Convención Interamericana contra la corrupción.

UIF: Unidad de Inteligencia Financiera – Perú.

LA/FT: Lavado de activos y el financiamiento al terrorismo.

SPLAFT: Sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo.

SMV: Superintendencia de Mercado de Valores.

SBS: Superintendencia de Banca y Seguros.

Indecopi: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

SARS-coV-2: Virus del síndrome respiratorio agudo severo – 2.

ISO: Organización Internacional de Normalización.

RESUMEN

La presente tesis tuvo como objetivo determinar la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* sobre la concepción contemporánea del derecho, la metodología de investigación que se utilizó es de tipo básico, con un diseño explicativo, la técnica que se utilizó para la recolección de datos fue el análisis documental. Los resultados en la contratación de hipótesis fueron del análisis normativo y de la caracterización del derecho contemporáneo se destaca la importancia de la finalidad cultural del *compliance* sin que esto resulte excluyente a la del derecho. Finalmente, se concluyó que el *compliance* ha surgido como un enfoque transformador que complementa al derecho contemporáneo, abriéndose paso hacia un paradigma más amplio y holístico en la regulación de conductas. Mientras que el derecho tradicional se enfocaba en establecer normas sancionadoras y prohibitivas, el *compliance* busca ir más allá de la mera regulación legal para centrarse en la normalización de conductas éticas y el cumplimiento voluntario de compromisos asumidos, este cambio de perspectiva ha permitido reconocer la importancia de la autorregulación y los consensos como elementos fundamentales en la creación de una cultura de integridad en las organizaciones.

Palabras clave: *compliance*, fundamentos, elementos, riesgos, derecho.

ABSTRACT

The objective of this thesis was to determine the impact of the fundamentals and elements of compliance content on the contemporary conception of law. The research methodology used was basic, employing an explanatory design, and the technique used for data collection was documentary analysis. The results in hypothesis formulation stemmed from normative analysis and the characterization of contemporary law, highlighting the significance of the cultural purpose of compliance, which is not exclusive to the realm of law. Finally, it was concluded that compliance has emerged as a transformative approach that complements contemporary law, paving the way for a broader and more holistic paradigm in regulating behavior. While traditional law focused on establishing punitive and prohibitive rules, compliance aims to transcend mere legal regulation by focusing on standardizing ethical conduct and voluntary adherence to commitments made. This shift in perspective has led to the recognition of the importance of self-regulation and consensus as fundamental elements in creating a culture of integrity within organization.

Key words: *compliance, fundamentals, elements, risks, law.*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la figura del *compliance* se ha convertido en un elemento fundamental en el ámbito empresarial y jurídico. Sin embargo, su aplicación y contenido no solo afectan a las empresas, sino que también tienen una gran repercusión en la concepción contemporánea del derecho.

Para abordar esta temática, la investigación se estructura en varios capítulos. En el Capítulo I, se abordarán los aspectos metodológicos para la elaboración de la investigación. En el Capítulo II, se desarrollará el marco teórico sobre el *compliance* y su relación con la concepción contemporánea del derecho.

En el Capítulo III, se demostrará la hipótesis sobre cómo el contenido y los fundamentos del *compliance* están afectando la concepción del derecho en la actualidad. Se analizarán normas y se realizará un análisis de las disposiciones normativas para demostrar la influencia del *compliance* en la concepción del derecho en diferentes contextos.

En las conclusiones, se resumirán los hallazgos y se establecerán las principales implicaciones de la investigación. Finalmente, en las recomendaciones se propondrán posibles medidas para mejorar la aplicación y comprensión del *compliance* en el ámbito jurídico, teniendo en cuenta su influencia en la concepción contemporánea del derecho.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

En la última década el *compliance* normativo ha causado un revuelo en el sistema jurídico peruano. Las empresas se están preocupando por la implementación de programas de cumplimiento o modelos de prevención. Esta preocupación a diferencia de otras áreas en las empresas tiene un origen exógeno a la empresa (Griffith, 2016).

Como señala Griffith el *compliance* ha hecho que veamos a las empresas como entidades sujetas a castigos, rechazando las nociones tradicionales de empresa (2016). Ha revivido el debate sobre si las empresas deben servir para algo más.

Compliance se traduce al español como “cumplir con” o “cumplimiento”, y en muchos casos se lo traduce a “cumplimiento normativo”, sin embargo, se prefiere la denominación *compliance* debido a que se trata de un término especializado, que incluso puede estar referido a función de riesgo o control. Además de implicar procesos con elementos de ética, pues como señala Griffith su alcance no se limita a la ley y regulación, sino a una variedad de áreas y estándares blandos (2016).

El termino *compliance*, es pues un concepto muy amplio. Se originó como *legal compliance*, posteriormente cambió a *ethics and compliance*, siendo que actualmente el *compliance* está unido a los

términos de *integrity and risk*. Las empresas tienen que honrar los compromisos que elige cumplir y los requerimientos que debe cumplir. Por ello es que el *compliance* es definido por Miller (2016, p. 32) como “*the processes by which an organization polices its own behavior to ensure that it conforms to applicable rules*” [Traducción: Los procesos mediante los cuales una organización supervisa su propio comportamiento para asegurarse de que se ajusta a las normas aplicables]. Ello en razón a que se reconoce que las organizaciones están sujetas a leyes y normas sociales.

En ese sentido el *compliance* está enfocado en generar una cultura de integridad, modificar conductas y tomar buenas decisiones.

El primer antecedente legal que se tiene sobre *compliance* es la *Foreign Corrupt Practices Act* (en adelante FCPA). Cuyo principal antecedente histórico es el conocido caso *Watergate*.

En 1973 como resultado de una investigación varias empresas y ejecutivos fueron acusados de realizar contribuciones políticas con fondos corporativos, para lo cual se hicieron falsificaciones de registros y fondos secretos para sobornos o pagos cuestionables (Koehler, 2012). Las posteriores investigaciones dejaron en claro que no era posible ignorar y señalar que se trata simplemente de una forma de hacer negocios.

La FCPA tiene como objetivo que determinados agentes del mercado eviten realizar pagos a funcionarios de gobiernos, partidos políticos o cualquier persona extranjera para obtener o retener negocios. Estas disposiciones se aplican a todas las personas

estadounidenses y a empresas cuyos valores coticen en los Estados Unidos. Esta ley fue modificada en el año de 1988, siendo que en la actualidad fija las reglas para que empresarios actúen de forma ética, impone sanciones pecuniarias a las empresas y prisión para los empresarios.

La era actual de *compliance* según Griffith (2016) comenzó en 1991 con la adopción de las *U.S. Sentencing Commission's Sentencing Guidelines for Organizations*, directrices que ofrecieron mayores incentivos a las empresas, se mitigarían las sanciones si la empresa con anterioridad implementó y mantuvo un *compliance program* efectivo. Dando paso a su implementación, pues dio contenido legal a los programas de *compliance* y estableció incentivos.

Ahora, la preocupación por la corrupción como problemática generó diferentes iniciativas respecto al *compliance*, generalmente dirigido a la prevención de delitos. Así la organización de Estados Americanos (en adelante OEA) en el año de 1996 aprobó la Convención Interamericana contra la corrupción (en adelante CIC), la cual señala que los Estados deben implementar mecanismos para asegurar que las empresas, sociedades y otros tipos de asociaciones mantengan registros y que establezcan controles suficientes para detectar actos de corrupción.

En el año de 1997 se aprobó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, en la cual además de regular este

delito señala que se establecerán las medidas necesarias para instaurar la responsabilidad de las personas morales por este delito. Otra convención relacionada es la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la cual recaba normas para que los países refuercen sus disposiciones normativas sobre lucha contra la corrupción. Precisamente en su artículo 26 establece que los Estados regularán la responsabilidad ya sea penal, civil o administrativa de las personas jurídicas, independiente de la responsabilidad de la persona natural. Además de dejar patente que las sanciones tienen que ser eficaces, proporcionales y disuasivas. El común denominador de estos instrumentos internacionales es: abordar el problema de la corrupción; la preocupación por la corrupción transnacional; la promoción de la prevención, detección, sanción y eliminación de la corrupción; y la implementación de mecanismos de aseguramiento y seguimiento. Además de tener un contenido en el cual se regula medidas preventivas, como la promoción de la ética e integridad, transparencia, mecanismos de denuncia, entre otros. También regulan mecanismos de investigación y sanción, estableciendo la necesidad de contar con un marco normativo, tipificación de delitos, y la responsabilidad de las personas jurídicas. Todo ello aunado a mecanismos procesales y de cooperación internacional.

En Europa encontramos el *UK Bribery Act*, del año 2010 que regula la responsabilidad de la empresa por actos de corrupción, prohibiendo los sobornos sin distinguir si se trata de grandes

cantidades o pequeñas. Esta ley tiene una jurisdicción global pues sanciona por actos en cualquier parte del mundo. Así mismo señala que se exonera de responsabilidad cuando la empresa ha implementado los procedimientos adecuados para prevenir estos actos.

Otra norma que regula aspectos de *compliance* es la Ley Orgánica 1/2015, que introduce en el artículo 31 bis del código penal español, estableciendo la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyo sistema de atribución de responsabilidad se basa en la infracción del deber de cuidado de la empresa, alcanzado delitos de corrupción y otros delitos. Así como también regula la exención de responsabilidad y los modelos de prevención.

En el caso latinoamericano en el año 2009, en Chile se reguló la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y delito de cohecho a funcionario público nacional o extranjero. Esta norma enfocada en la prevención de estos delitos regula los modelos de prevención de delitos, dando las indicaciones de cómo realizarlo, la estructura que debe seguir y sus elementos mínimos, el cual finalmente puede significar la exención de responsabilidad de la empresa.

En Argentina en el año 2017 se aprobó la ley N.º 27401 mediante la cual regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas con capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los delitos de cohecho, tráfico de influencias,

negociaciones incompatibles, concusión, enriquecimiento ilícito, balances e informes falsos. Así como también regula los programas de integridad.

Así mismo es necesario mencionar diferentes iniciativas impulsadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), el Banco Mundial o las Naciones Unidas referentes a la implementación del *compliance* tales como: La Guía de la OCDE de Buenas Prácticas sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento del año 2009, las Directrices para las Empresas Multinacionales del año 2011, las Recomendaciones para fortalecer lucha contra cohecho del año 2009 también de la OCDE; por su parte el Banco Mundial emitió en el año 2010 las *Integrity Compliance Guidelines*; las Naciones Unidas emitió la Guía Práctica de Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas en el año 2013; la Cámara de Comercio Internacional en el 2011 emite las Reglas para combatir la corrupción; y Transparencia Internacional emitió los Principios Empresariales para contrarrestar el soborno en el año 2002.

Como se aprecia cuando se habla de *compliance* generalmente se remiten a las normas que están relacionadas con la prevención de actos de corrupción, así como también al lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y normas conexas. Precisamente concentrando el mayor cúmulo normativo en estos ámbitos.

Sin embargo, en nuestro sistema normativo, podemos encontrar diversas normas, en distintos sectores que hacen referencia al *compliance*.

El 06 de abril del año 2002 se publicó la ley N.º 27693, ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú (en adelante UIF). La UIF es una persona jurídica abocada a la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo (en adelante LA/FT). Para cumplir con sus funciones puede acceder a la información de instituciones y empresas, supervisar y sancionar, emitir lineamientos, entre otros. Esta ley también establece quienes están obligados y que actividades económicas están obligados u obligan a entregar información sobre actividades sospechosas de LA/FT. Obligando a estos sujetos a crear y mantener un registro de operaciones, señalando las características que debe contener, conforme a un criterio de razonabilidad.

De igual forma regula quienes componen y como funcionara el sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo (en adelante SPLAFT), motivo por el cual regula la figura del oficial de cumplimiento. Siendo que en su artículo trece, numeral 13.1, regula la exención de responsabilidad de funcionarios.

El 14 de mayo de 2015 se publicó la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N.º 2660-2015, Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. Mediante esta resolución se modifican y aprueban las normas correspondientes para establecer criterios en materia de

prevención de LA/FT, que permitan incrementar la eficacia y eficiencia del SPLAFT.

Este reglamento en su artículo tres, que versa sobre el SPLAFT establece que consta de dos componentes, el cumplimiento y la gestión de riesgos de LA/FT, señalando que el primero de ellos se encuentra conformado por las políticas y procedimientos de las empresas según las obligaciones interpuestas por ley y normas, así como también las obligaciones asumidas voluntariamente.

El 01 de abril de 2016 en nuestro país se promulgó la ley N.º 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Esta ley en el artículo doce establece como circunstancias atenuantes a la adopción e implementación de un modelo de prevención antes del inicio del juicio oral, y a la acreditación de elementos de un modelo de prevención. Así mismo, en el artículo diecisiete, numeral 17.1 regula la eximente por la implementación con anterioridad a la comisión de un delito de un modelo de prevención a la medida de la persona jurídica.

Mediante Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30424, se establecen definiciones y principios para el diseño, aprobación, implementación, monitoreo y mejora de los programas de prevención. Haciendo énfasis en la gestión de los riesgos, las características y elementos mínimos que deben tener los modelos de prevención. Precisamente define a los modelos de prevención como un sistema de prevención, vigilancia y

control de riesgos conformado por normas, mecanismos y procedimientos.

También hace referencia a la obligatoriedad de cumplimiento con el modelo de prevención una vez adoptado. Y aún más importante es lo señalado en el artículo treinta donde establece que los modelos de prevención se orientan a lograr una cultura de confianza, ética, integridad y cumplimiento normativo.

El 12 de marzo de 2018 se publicó la ley N.º 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos. Esta ley obliga a un grupo de personas jurídicas a la implementación de un modelo de cumplimiento conforme a la ley N.º 30424, sin perjuicio de contar con elementos adicionales y mayores estándares.

El 29 de marzo de 2021 se publicó la resolución de la Superintendencia de Mercado de Valores N.º 006-2021-SMV/01, Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención. La cual constituye una herramienta referencial para que las empresas según sus características puedan implementar un programa de prevención, ofreciendo acciones y ejemplos para acreditar los requisitos establecidos por ley.

Hasta acá, se han esbozado las distintas normas referidas al clásico enfoque del *compliance* como mecanismo de prevención de delitos. Sin embargo, también es posible encontrar referencias al *compliance* en normas como en la Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada el 19 de agosto de 2011. Regula la seguridad

y salud en el trabajo, basada en la prevención de riesgos. Estableciendo la política y sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, bajo el enfoque de prevención, planificación y constante mejora. Motivo por el cual establece las obligaciones del empleador, derechos y obligaciones del trabajador.

Dicha ley regula un estándar mínimo a observar, lo cual queda patente en su artículo tres al señalar que establece las normas mínimas para prevenir riesgos laborales, pudiendo libremente los empleadores mejorar y superar esos estándares.

También en el ámbito laboral, recientemente se publicó la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA, que establece los Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19. Norma que fue publicada en julio de 2020 y que establece los lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores ante la enfermedad del coronavirus-2019 ocasionada por un nuevo tipo de coronavirus denominado virus del síndrome respiratorio agudo severo – 2 (SARS-coV-2), el cual representa un riesgo biológico en los centros laborales. Y es en la disposición complementaria 8.1 en la que señala que los empleadores podrán establecer mayores medidas de prevención según las características de sus actividades.

En el ámbito de protección al medio ambiente tenemos la ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, publicada el 13 de octubre de 2005. Ley mediante la cual se regula lo referente a la protección del medio ambiente, planteando derechos y obligaciones para los

diferentes actores para lograr una gestión ambiental adecuada y proteger al medio ambiente. Regulando para ello diferentes instrumentos que contribuyen a la gestión ambiental. Lo interesante para el *compliance* lo contiene el artículo setenta y nueve, en el que señala que el Estado promueve la autorregulación y adopción de manera voluntaria de normas que mejoren su desempeño ambiental. En el ámbito de competencia tenemos el Decreto Legislativo N.º 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ley mediante la cual se regulan las conductas anticompetitivas bajo un enfoque de promoción comercial, señalando los alcances de esta, principios, definiciones y criterios para identificar estas conductas, estableciendo los lineamientos generales en defensa de la libre competencia. Así mismo establece un procedimiento administrativo para su sanción. Siendo que en lo que respecta a las medidas correctivas que pueden imponer está el desarrollo de programas de capacitación y eliminación de riesgos para evitar el incumplimiento de la normativa correspondiente.

En esa misma línea mediante Resolución N.º 6-2020/CLC-Indecopi, mediante la cual se aprobó la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Se definen a los programas de cumplimiento como mecanismos de autorregulación cuya finalidad es garantizar que las organizaciones cumplan con sus obligaciones legales y voluntarias (INDECOPI, 2020).

En el ámbito de protección del consumidor, la ley N.º 29571, Código de protección y defensa del consumidor, se regulan los aspectos referidos a la protección y defensa del consumidor, conforme a lo señalado por la Constitución Política del Perú. Fijando como tal las reglas mínimas, derechos y obligaciones de los agentes de la relación de consumo ya sea de salud, educación, servicios inmobiliarios y servicios financieros.

Entre los principios del código estipulados en el artículo V, numeral 6 regula el principio de protección mínima señalando que dicho código regula un estándar mínimo y que se pueden adoptar estándares mayores.

Así mismo establece el procedimiento administrativo que garantiza el cumplimiento de sus normas, una de ellas referida a los criterios de graduación de las sanciones administrativas (artículo 112) considera como una circunstancia atenuante la implementación de un programa efectivo de cumplimiento. De igual forma el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial. Define a los programas de cumplimiento normativo como un conjunto de políticas y procedimientos para lograr el cumplimiento de sus obligaciones.

En lo referido a normas sobre gobierno corporativo, la Resolución N.º 272-2017 – SBS, que aprobó el Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos y establecen otras

disposiciones. En lo que respecta a la función de cumplimiento normativo, señala que es la que incorpora la evaluación y monitoreo del cumplimiento de toda la normativa que le es aplicable a la empresa.

Queda claro, entonces que existen distintas normas que de forma directa o indirecta hacen referencia al *compliance*, y que no solo se limita a la prevención de delitos y a la implementación de modelos de prevención.

Por otro lado, es evidente que aún con la existencia de los programas de cumplimiento y la búsqueda de regular aspectos de *compliance*, los comportamientos poco éticos se siguen dando. Las conductas siguen arraigadas.

Las empresas gastan en esfuerzos de cumplimiento de normas y, sin embargo, sigue existiendo escándalos de conductas poco éticas. Pero ello no ha desalentado a la inversión en el *compliance*, y esto debido al temor a exponer a las organizaciones a una mayor responsabilidad (Chen y Soltes, 2018).

El *compliance* surgió tras una serie de escándalos corporativos y se fue fortaleciendo cada vez más a raíz de estos. Las industrias tratan de autorregularse y de prevenir las faltas de conductas. Lo cual significa un alivio tanto para los legisladores, que tratan de regular y penalizar a las empresas, así como también para los entes reguladores (Chen y Soltes, 2018).

Los programas de *compliance* representan una protección, y por tanto invierten y gastan mucho en todos los componentes de estos

programas, pero en realidad producen fachadas huecas. Las organizaciones producen políticas, procedimientos y controles internos, pero muchos de ellos solo eran papeles, cuyo objetivo es demostrar a los reguladores que se ha cumplido con la tarea. (Chen y Soltes, 2018).

Los programas de *compliance* ayudan a que se cumplan con requisitos legales y muchas veces solo está limitado a este aspecto, lo que finalmente repercute en la efectividad del *compliance*. Pues bien, se señala “*many firms continue to see ensuring compliance as a legal exercise, it is really much more a behavioral science*” [Traducción: muchas empresas continúan viendo la garantía de cumplimiento como un ejercicio legal, cuando en realidad es una ciencia del comportamiento] (Chen y Soltes, 2018, p. 10).

A partir de ello, un abanico de debates surge, pues las leyes cuentan con la característica de ser obligatorias y están dadas para ser cumplidas y el *compliance* produce distintos efectos en los espacios en los que se desenvuelven las empresas, que están obligadas a cumplir con leyes comerciales, tributarias, societarias, laborales, administrativas y éticas (Ferré Olivé, 2020). Así mismo, todos los programas de *compliance* tienen en común la idea de riesgo, y por tanto las empresas se encuentran legalmente obligadas a cumplir con sus fuentes de riesgo. Entonces se califica al *compliance* como una manifestación de cultura, una cultura de cumplimiento normativo o de lealtad al derecho, es decir un modo de vida que se traduce en una forma de actuar o de ajustar la conducta para un mejor

cumplimiento de los requerimientos y compromisos a cumplir. Pues como señaló Laufer (1999) el *compliance* está dirigido a institucionalizarse para dar forma a valores rectores, crear un entorno y sentido de responsabilidad compartida de comportamientos éticamente sólidos en los miembros de una organización.

El *compliance* está directamente relacionado a la autorregulación, prevención y vigilancia interna. Pues nadie mejor que los que interactúan con sus riesgos para conocer y controlarlos.

El derecho no puede regularlo todo, el movimiento de la sociedad contemporánea es mucho más raudo que la producción de los entes reguladores. Y es que propio de la autorregulación es superar los estándares impuestos por las leyes, pues se asume de forma voluntaria compromisos dirigidos al reforzamiento de la ética empresarial.

En ese sentido, también se cuestiona el rol del Estado, pues este se ha visto relegado por los avances técnicos y los riesgos que de ellos derivan, y por tanto la carencia de posibilidades de control por parte de este (Ferré Olivé, 2020). Siendo que se cuestiona si el Estado debe verse relegado a un papel de supervisor. Es más, aún no queda claro cuál sería el estatus de las normas generadas por la autorregulación de determinados sectores y como es que cuestionan el rol de los entes reguladores. Así mismo como señala Laufer (1999) también surge un cuestionamiento respecto a los incentivos y

recompensas que el Estado otorga para reforzar la implementación de programas *compliance*.

Se desprende del cúmulo normativo referido al *compliance* que el Estado se preocupa por el cumplimiento de las leyes y normas en general, motivo por el cual otorga guías y pautas de actuación.

Además, pone en juego la forma de entender la regulación de conductas, debido a que hay un gran margen a la liberalidad para ir más allá del estándar impuesto por ley. Para el derecho la irrupción del *compliance* ha implicado cuestionar si es suficiente con cumplir con lo que dice la ley. Y dentro de ese nuevo rol como es que a través del derecho busca convencer, generar determinados comportamientos y vigilar las conductas de los agentes económicos, conforme a las necesidades y consensos de la población.

1.1.2. Planteamiento del problema

De la revisión se puede verificar que la situación problemática fue identificada a partir de la irrupción del *compliance* en los sistemas normativos. En principio se aprecia que estuvo dirigido a la prevención de actos de corrupción, sin embargo, este fue diseminándose a los diferentes sectores de forma inconsciente. Siendo que tenemos al *compliance* entre nosotros, pero sin un adecuado tratamiento, motivo por el cual se cuestiona el rol del Estado, la forma de entender el derecho y como impacta en la cultura.

En ese sentido, el meollo de la discusión respecto del *compliance* radica en sus fundamentos, elementos y efectos en la forma de entender el derecho en la época contemporánea.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuál es la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* normativo sobre la concepción contemporánea del Derecho?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación encuentra su justificación en que al proponer una concepción contemporánea del derecho a partir de los fundamentos y elementos del *compliance* podría constituir una herramienta para hacer frente a los problemas causados por las conductas contrarias a las normas, además de impulsar adecuadamente una cultura de *compliance*, debido a que es una figura que se encuentra en un proceso de asimilación.

Es precisamente la fase de asimilación la que hace necesaria una investigación sobre el *compliance* y su relevancia en el mundo del derecho, de tal forma se propongan alternativas lo suficientemente fuertes para la comprensión de las dinámicas sociales y sus herramientas, contribuyendo así a la solución de problemas concretos no limitándose al ámbito legal.

El reconocimiento y su posterior implementación de una concepción contemporánea del derecho producto del contexto actual y concepciones que le coexisten pueden resultar en mecanismos eficaces para prevenir inconductas, reducir riesgos y promover una cultura de cumplimiento normativo y prevención. Esta perspectiva práctica se traduce en beneficios tangibles tanto para los actores privados como para los públicos, al reducir

costos asociados con las inconductas, operativización de circuitos de investigación y administración de justicia, sino también a la eficiencia de la regulación. Es decir, su impacto supera el nivel normativo aportando no solo a la adecuada dación de normas por los entes reguladores, sino a su gestión.

Así mismo esta investigación busca aportar significativamente a un posicionamiento institucional de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, pues estaría sentando precedentes de estudios interdisciplinarios del derecho, dando paso así hacia una mirada más global y actual del derecho, universidad e investigación jurídica.

Finalmente, como investigador y profesional del derecho buscó profundizar el entendimiento del derecho más allá del cúmulo normativo y las estructuras que lo soportan, sino también desde aquellas que lo originan, definen y transforman. Compromiso que va de la mano con una apuesta profesional por el trabajo desde la ética e integridad y el fortalecimiento de las instituciones públicas y organizaciones privadas con miras hacia la sostenibilidad y desarrollo, con eje centrado en la persona.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Espacial

Dado que la presente investigación es ius filosófica no puede ser limitada a un ámbito espacial.

1.3.2. Temporal

Dado que la presente investigación es ius filosófica no puede ser limitada a un ámbito temporal.

1.3.3. Temática

La presente investigación está dentro de la Teoría del Derecho y la Ius Filosofía.

1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. De acuerdo con el fin que persigue

Según Tam et al. (2008) nos encontramos ante una investigación básica cuando esta tenga como finalidad acrecentar el conocimiento, sin centrarse en la búsqueda de resultados, aplicación en el futuro inmediato o efectos prácticos. En ese sentido la presente investigación será básica pues tendrá como finalidad incrementar y adquirir nuevos conocimientos sobre el *compliance* y una concepción contemporánea del Derecho, a través de técnicas elementales del campo jurídico como la documentación bibliográfica y doctrinaria.

1.4.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

Para Abreu (2012) la investigación explicativa tiene como objetivo el identificar las causas reales de un problema, es decir el investigador se interesa en las razones detrás del problema. En ese sentido la presente investigación será explicativa en tanto al analizar los elementos y fundamentos del *compliance* busca entender los cambios generados en la concepción del Derecho.

1.4.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

Según Balcázar et al. (2013) la investigación cualitativa tiene como objetivo la comprensión y se enfoca en la indagación de los hechos, tratando de describir e interpretar algunos fenómenos a partir de rasgos y características propias percibidas por el investigador. En ese sentido la presente investigación es cualitativa porque lo que se busca es el entendimiento de la incidencia del *compliance* en la concepción del Derecho, tomando en cuenta los fenómenos que rodean a esta figura, sin tomar, como referencia, datos estadísticos.

1.5. HIPÓTESIS

La incidencia que tienen los fundamentos y elementos del *compliance* en la teoría contemporánea del Derecho es modificatoria de la concepción del mismo puesto que la ubica como una herramienta de normalización de conductas.

1.6. COMPONENTES

1.6.1. Fundamentos y elementos del *Compliance*.

1.6.2. Contenido del Derecho

1.7. OBJETIVOS

1.7.1. Objetivo general

Determinar la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* normativo sobre la concepción contemporánea del Derecho.

1.7.2. Objetivos específicos

A. Analizar el contenido del Derecho desde una perspectiva evolutiva.

- B. Analizar la finalidad y funcionalidad de los fundamentos y elementos del contenido del *compliance*.
- C. Determinar la concepción contemporánea del Derecho en función de los fundamentos y elementos del *compliance*.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

A. Analítico-sintético

Este método hace referencia a dos procesos intelectuales, por un lado, el análisis que permite descomponer mentalmente un todo en sus componentes permitiendo estudiar cada uno de ellos. En cambio, la síntesis establece la unión o combinación de las partes previamente analizadas, conteniendo sólo lo estrictamente necesario. Funcionando ambos como una unidad dialéctica (Rodríguez Jiménez y Pérez Jainto, 2017). De acuerdo con ello la presente investigación será analítica-sintética porque en principio se realizará el análisis de los fundamentos y elementos del *compliance*, para posteriormente realizar la síntesis sobre los mismos en base a los resultados del análisis y para construir generalizaciones sobre la incidencia que tienen en la concepción contemporánea del derecho para dar solución al problema planteado.

B. Inductivo-deductivo

Este método está conformado por la inducción, en la cual se pasa del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general, permitiendo reflejar elementos en común.

Mientras que mediante la deducción se pasa de un conocimiento en general a otro de menor nivel de generalidad, tratando de encontrar principios desconocidos a partir de los conocidos. Ambos se complementan debido a que se obtienen generalizaciones a partir de lo común de varios casos, sobre las cuales se deducen varias conclusiones lógicas. (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017)

En ese sentido, la presente investigación será inductiva-deductiva porque partirá de los fundamentos y elementos del *compliance* para entender los impactos sobre aspectos del derecho, y en base a dicho razonamiento se van a elaborar conclusiones para responder a la pregunta planteada y poder proponer una concepción contemporánea del derecho.

C. Histórico-lógico

Este método en lo histórico se refiere al estudio del objeto a través de su historia, teniendo en cuenta su contexto, mientras que lo lógico interpreta lo histórico e infiere conclusiones. Lo que permite descubrir la esencia del objeto (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017). En ese sentido se hará uso de este método para poder conocer el contenido del *compliance*, y generar una perspectiva evolutiva del derecho propia del contexto generado por la presencia del *compliance*.

1.8.2. Propios del derecho

A. Dogmático

El método dogmático analiza de modo directo el ordenamiento jurídico, laborándose con el derecho objetivo puro siendo que su estudio se torna en teórico y se lo realiza en base a abstracciones en las que se cuestiona las normas jurídicas, permitiendo proponer nuevas fórmulas normativas. Así mismo, describe, analiza, interpreta y aplica normas jurídicas, por lo cual las conoce, elabora conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico (Tantalean Odar, 2016). En ese sentido la presente investigación, utilizará este método para la construcción de contenidos del Derecho a raíz del estudio y análisis de los fundamentos y elementos del *compliance*.

B. Hermenéutico

El método hermenéutico constituye un método que abarca la comprensión y explicación de las normas jurídicas vinculándolas con los hechos y valores que las rodean, motivo por el cual siempre está pendiente del texto normativo, sus destinatarios, su contexto y el intérprete (Hernández Manríquez, 2019). En ese sentido en la presente investigación se hará uso de este método al momento de revisar las normas referidas al *compliance* para develar los contenidos de este.

C. Argumentación

El método de la argumentación en el ámbito jurídico es entendido como un proceso dialéctico de dar razones y argumentos, expresando posiciones particulares, que permite descubrir las causas atrás o causas que la fundamentan (Moreno Cruz, 2012). En la presente investigación se hará uso de este método al momento de contrastar la hipótesis planteada y respaldar las ideas de manera lógica.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Toda investigación científica requiere de la recolección de datos, la cual se logra mediante procedimientos y diferentes actividades con la finalidad de obtener una respuesta a la pregunta planteada y que contrasta la hipótesis. Según Rojas (2011) la técnica de investigación científica es un procedimiento orientado a obtener y transformar información, y que toda técnica prevé el uso de un instrumento para su aplicación, es decir de una herramienta para lograr el procedimiento.

Para la presente investigación se utilizarán técnicas básicas documentales, por lo que se utilizará la revisión documental con su respectiva ficha documental registrada en *Microsoft Word* como instrumento y la revisión doctrinal con su correspondiente ficha doctrinal registrada en *Microsoft Word*. La técnica que se utilizará para desarrollar la tesis propuesta es el fichaje o recopilación documental para captar la información existente del problema a estudiar. El instrumento a utilizar será la ficha bibliográfica, textuales, resumen y comentario. Con la ficha bibliográfica se anotarán los

datos correspondientes a la obra y el autor, con el objetivo de ubicar, registrar y localizar la fuente de información con el siguiente orden de datos: nombre del autor, por apellido paterno, materno y nombre.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, hasta la fecha, no existe trabajo alguno sobre el tema motivo de la presente investigación.

Así mismo habiendo realizado la búsqueda sobre las investigaciones en el RENATI y los repositorios de las Universidades locales; entre ellas la Universidad Privada del Norte, Universidad Privada Antonio Guillermo Urreló y la Universidad Nacional de Cajamarca, a la fecha no existen trabajos de investigación que hayan tratado la temática relacionada al proyecto.

Sobre la búsqueda de investigaciones indirectas, se utilizaron cuatro palabras clave: *compliance*, derecho, normalización y conductas. Las mismas que fueron utilizadas en los buscadores del RENATI, *ResearchGate*, *Scientific Electronic Library Online*, *Dialnet*, *WorldWildeScience*, *Google Academico* y *reefsek*. En razón a ello los antecedentes indirectos encontrado esta la tesis para obtener el grado de magíster denominada ¿Deben las obligaciones ambientales formar parte del “*Compliance* Empresarial”? respuesta desde la regulación de la pesquería industrial peruana, presentada en la Universidad de Lima, donde el autor concluye:

La implementación del “*Compliance* Empresarial” que se materializa con el Modelo de Prevención en la práctica ha dejado de ser voluntario, para

convertirse en obligatorio debido a que no tenerlo significa adoptar una conducta de temeridad frente a las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones ambientales antes descritas.

La implementación del “Compliance Empresarial” no solo significa evitar las consecuencias de la comisión de los delitos descritos en el Artículo 1 de la Ley 30424, sino principalmente evitar un daño reputacional de la empresa. En atención al cumplimiento y sobrecumplimiento de las obligaciones ambientales, además, se pueden obtener reconocimientos de Buenas Prácticas e Incentivos, en beneficio de las empresas que los alcancen. (Zarate-Amaro, 2019, p. 42)

Abordando la obligatoriedad del *compliance*, el daño reputacional como uno de los elementos al momento de tomar decisiones sobre su adopción y su beneficio como parte de su sistema de gestión.

Así mismo se encontró la tesis de pregrado titulada: *El criminal compliance* como forma de prevenir los delitos empresariales y regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Perú – 2019, presentada en la Universidad Católica de Santa María, en su tercera conclusión señala:

En esta tesis se analizó la necesidad de la obligatoriedad del criminal compliance, para lo cual se determinó que la esencia del criminal compliance es la autorregulación, la debida diligencia, la auditoría interna, la gestión del código de ética y los *stakeholders* que deben conformar parte del buen gobierno corporativo, es por ello que no debería ser obligatorio, porque estaría quitando la facultad de la empresa de autorregularse libremente. Asimismo, el imponer la obligatoriedad del criminal compliance en todas las organizaciones sería inconstitucional, ya que se estaría atentando contra la libertad de empresa, aunado a ello, tal imposición podría significar una barrera burocrática y una vulneración al principio de libertad de concurrencia ya que se estaría poniendo límites al acceso del mercado. (Del Carpio Solórzano, 2020, p. 103)

En la cual se llega a analizar la obligatoriedad de los programas de prevención de delitos, y la considera como una vulneración de libertades y que desnaturalizan los componentes de estos programas.

De igual forma se encontró la tesis de pregrado titulada: *Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia: ¿Una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?*, presentada en la

Universidad Externado de Colombia, entre sus conclusiones se rescata que:

Si bien el presente punto extralimita el contenido de la presente investigación, precisa señalar que la consecución e implantación de una cultura basada en el cumplimiento y prevalencia del interés social se logra en un primer momento a través del diálogo social y retroalimentación de información compartida e integrada en las políticas de cumplimiento como en los códigos de buen gobierno por parte de la empresa y los *stakeholders*, lo cual permiten transformar el comportamiento pasivo de los grupos de interés, en un rol activo que colabore, comunique e integre sus necesidades a la política de cumplimiento de forma que adquiera la naturaleza de un mandato institucional como estrategia de organización en el marco de la RSE. (Milkes Sanchez, 2018, pp. 116-117)

Siendo finalmente que se aborda al *compliance* como una herramienta para la prevención y autorregulación de las empresas, y su impacto en los grupos de interés internos y externos.

Finalmente se encontró un artículo titulado: El derecho comercial: de la regulación al *compliance*, presentando en la revista de Estudios Socio-jurídicos, el autor concluye que:

La regulación y el *compliance* son nuevas instituciones jurídicas que remozan viejas cuestiones acerca de los derechos y las obligaciones de los operadores económicos. Ellas interpelan también el rol del derecho y del Estado, planteándoles novedosos desafíos para la protección de la libertad económica y la libre iniciativa privada, al tiempo que salvaguardan el interés general. La manera en la que se resuelven esos retos dista de ser evidente, pues se trata de asuntos que no se adaptan a paradigmas tradicionales, sino que mezclan de forma inusitada principios originados en diferentes lógicas. Así, la libre empresa deja de ser concebida como un privilegio de los poderes económicos, para convertirse en un derecho reivindicado por clases populares excluidas del mercado formal. En el mismo sentido, la defensa de valores protegidos jurídicamente deja de ser una competencia exclusiva de las instituciones públicas, para convertirse en una obligación de los agentes económicos. La complejidad del asunto impone la adopción de una visión pragmática, que guíe en la implementación del modelo de economía social de mercado propuesto por la Constitución. (Sanclemente-Arciniegas, 2020, p. 111)

Estudios principalmente vinculados al impacto en los derechos y poderes económicos y que por tanto la defensa de los derechos como obligación de los agentes económicos. No obstante, en ninguno de estos trabajos de investigación

abordan los impactos a nivel de teoría del derecho, sino que analizan asuntos propios del *compliance* o algún derecho vinculado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO Y LAS FORMAS DE CONCEBIRLO

El estudio del derecho puede darse desde las manifestaciones concretas, se presupone que los comportamientos se ajustan a las normas pues están revestidas de obligatoriedad. Sin embargo, el estudio del derecho puede hacerse desde varias ópticas.

Para Bobbio (2005) la mejor forma de estudiar el derecho es considerarlo como un sistema de normas o reglas de conducta que forman parte de un ordenamiento y que se trata de un conjunto coordinado de normas. Esta afirmación presupone, primero, que el hombre se desenvuelve bajo la guía de reglas de conducta, y segundo, que la vida está enmarcada en un mundo de normas. Esta última premisa reconoce que las normas jurídicas representan solo una parte de la experiencia normativa (reglas morales, religiosas, sociales, consuetudinarias, etc.), la diversidad de las reglas ya sea por su fin o su contenido, pero que tienen un elemento común: influir en el comportamiento de individuos y grupos.

Así mismo Bobbio (2005) agrega que el derecho no es totalmente predecible, este es cambiante y por tanto no sería posible reconocer la existencia de un sistema de normas en términos absolutos. Esto finalmente es que su estudio parte de una concepción o definición de derecho, el cual se construye a base de determinados saberes.

Para Bobbio (1990) los estudios del Derecho pueden agruparse en: a) reforma de la sociedad teniendo como base al hombre y principios

supremos de conducta; b) análisis y definición de los ordenamientos jurídicos y de sus elementos y fundamentos comunes (teoría general del Derecho); c) estudios del derecho como fenómeno social, fases de evolución, funciones y temas semejantes (sociología jurídica); d) estudios sobre ciencia jurídica y su relación con otras ciencias (metodología jurídica). En esa misma línea agrega Alexy (2003), que el derecho al ser una disciplina, quien estudia o trabaja con el derecho debe preguntarse al servicio de que o quien realiza su labor, pero también que perspectivas y saberes distintos al derecho pueden enriquecerla como disciplina. Por ello cuando se refiere a la filosofía del derecho empieza describiendo a la filosofía, señalando que la filosofía es reflexiva sobre las razones de la práctica humana de formar y pensar el mundo, pero también de la acción humana. Ahora esta reflexión debe recaer en preguntas generales o fundamentales, y debe ser de índole sistémica e incluir una dimensión crítica, analítica y holística o sintética. Motivo por el cual afirma que la filosofía del derecho es preguntar sobre la naturaleza del derecho.

Alexy (2003) advierte que esto parece ocasionar un problema, pues la filosofía del derecho no puede definirse sin considerar el concepto de derecho, pues razona acerca de su naturaleza para explicar ¿qué es el derecho? Ante esta situación plantea una solución: comenzar con una precomprensión establecida y luego elaborar otra mediante la reflexión crítica y sistémica.

Lo que necesariamente requiere un análisis sistémico del debate sobre la naturaleza del derecho Alexy (2003). Estos argumentos giran en torno a tres problemas. El primero respecto de las entidades que conforman lo que

llamamos derecho, es decir al concepto de norma y por ende al de sistema normativo. Este problema está abocado a responder la cuestión de ¿a qué llamamos derecho? Kelsen habría respondido que el derecho es la norma, y las normas como “deber ser” (Alexy, 2003). De lo cual se puede apreciar que la respuesta a este cuestionamiento depende de la orientación que se le dé al derecho.

El segundo problema, relativo al aspecto fáctico, vinculado a la expedición de normas por parte de una autoridad y por el fin social. Para Alexy (2003) estas dos propiedades son esenciales para el derecho: la coerción o fuerza (referida a la eficacia social del derecho), y la corrección o rectitud (referida a una dimensión ideal o crítica).

Esto pues debido a que están ligados al concepto de derecho y entre sí mismos. Alexy (2003) agrega que la coerción refleja una necesidad práctica, es necesaria, para que cumpla con los valores de certeza y eficacia jurídica; mientras que la necesidad de corrección está basada en una relación medio a fin.

Y finalmente Alexy (2003), el tercer problema, el cual está vinculado a la corrección o legitimidad del derecho, es decir, la relación entre el derecho y moral. La inclusión del elemento moral en el derecho a significado ayuda para resolver problemas, pero también ha creado diferentes inconvenientes. Los problemas que ayuda a solucionar son: fundamentar y justificar el derecho, la corrección del derecho (creación y aplicación), y los límites del derecho. Y las dificultades que puede ocasionar parten de la incertidumbre del razonamiento moral, o de la existencia del conocimiento moral.

2.2. UNA DISCUSIÓN NECESARIA: ETICIDAD Y MORALIDAD

2.2.1. Eticidad y Moralidad

Hablar acerca de ética o moral, trae a colación la noción de convivencia humana, así Giusti (2008) señala que la ética se refiere a la medida de las personas en la convivencia humana y a la conciencia de la existencia de límites (lo permitido y lo prohibido) que no deben sobrepasarse para hacerla posible. Estos límites han variado con el tiempo, y muchos de ellos no han estado exentos de polémicas. Sin embargo, esto nos dice que la convivencia humana solo cabe cuando existe un grado de conciencia e internalización de determinados límites.

El término ética puede entenderse de dos formas: la primera donde se llama ética a la manera que una persona o sociedad conciben su sistema de creencias valorativas (manera de hablar o concebir las cosas); y la segunda en la que se llama ética a la manera en que una persona o sociedad se comportan (manera de vivir).

De acuerdo con Giusti (2008) se entiende al término ética, como aquello que comprende a las acciones humanas en su conjunto, pues se trata de una pauta para diferenciar las acciones buenas de las reprochables, siendo entonces el criterio para establecer una jerarquización del valor de cada acción.

Así mismo Giusti (1992), suele señalar a la ética en tanto brinda lineamientos normativos para las acciones, se vincula al deber ser. Dicha noción se basa en primer lugar en que el deber ser se distingue del ser, y, en segundo lugar, de se sobreentiende que se

diferencia otras ciencias o disciplinas que no tematizan valores universales.

Empero, el término ética de forma habitual suele confundirse con el término de moral. Confusión que a nivel teórico representa uno de los debates contemporáneos. Giusti (1992) desde la etimología concluye que moralidad y eticidad resultan equivalentes. Moralidad viene del latín *mos, moris*, y eticidad del griego *ethos*; *mos* y *ethos* significan costumbre o hábito, es decir son palabras que no solo son sinónimas, sino que también, derivan del mismo significado. Empero, desde la mirada de las disciplinas filosóficas ambas tendrían un fundamento racional de dichas costumbres.

La filosofía moderna surge y genera un cambio profundo en la concepción del hombre, pero también de la racionalidad. Giusti (1992) refiere que, de este fin surgen diversas expresiones, siendo una de las más importantes la autofundamentación de la razón.

Desde la mirada de Giusti (1992), Descartes cuestiona todos sus conocimientos, lo que necesariamente implica repensar el mundo y a sí mismo, por ello afirma que sólo la razón es para sí misma criterio de lo que es y de lo que no es. Llevándolo a promover una moral provisional; del mismo modo señala que Hobbes cuestiona el mundo (en general, y el social) para buscar los postulados racionales (supervivencia individual) que hagan posible la reconstrucción de la filosofía, finalmente el querer sobrevivir nos hace dispuestos a renunciar al derecho absoluto que ostenta el

hombre sobre todas las cosas, y este resultaría ser el único secreto de la moral.

En ese sentido, el punto de arranque de la filosofía moral estaría en los individuos, en su voluntad racional, cuya principal característica está en no admitir dictamen externo, es decir, resulta suficiente la voluntad racional. Postulado que tuvo dificultades, principalmente por la definición de naturaleza humana, sobre la cual Kant buscó eliminarlas.

La propuesta de Kant en palabras de Giusti (1992) conserva el objetivo de encontrar la autonomía de la razón práctica, sino que también le atribuye un carácter autónomo. Para Kant la actividad racional humana no está limitada al conocimiento de los sujetos, es decir al uso teórico, sino que también considera que el ser humano debe conocer el ¿Cómo se debe obrar?, es decir tiene un uso práctico.

Si vemos a la razón desde lo meramente teórico, no cabe la afirmación de una razón totalmente autónoma pues depende de un factor externo, la experiencia, pues estamos usando la razón para el conocimiento de la realidad. Ahora cuando la razón busca la dirección de la conducta, nos encontramos en el ámbito práctico de la razón, acá la razón no genera juicios, sino imperativos y mandatos, es decir puede legislar resguardando total autonomía. Y es en este contraste, que se aprecia la capacidad de legislación de la razón, y por tanto su obligatoriedad. Claro esto apoyado una concepción moral del hombre, donde este sabe cómo ser racional,

sabe por tanto que sus decisiones pueden tener una motivación empírica y sabe cuándo dicha motivación es acorde a la propia razón y su universalidad.

Giusti (1992) señala que la diferencia entre Hobbes y Kant radica en que este último transfiere los roles de legislador (individuo racional), una ley (razón universal) y un objeto por legislar a un mismo sujeto. Lo cual posibilita reconocer la autonomía de la razón, pero también la posibilidad de que esta norme conductas, dándole así el nombre de imperativo categórico.

Kant y Hobbes al hablar de la autonomía de la razón lo que están haciendo es preguntarse sobre ¿Qué debemos hacer? Buscando responder ¿Qué es el bien? Giusti (1992) lo explica de la siguiente forma: Si el bien fuese la obtención de placer, serían suficientes nuestros instintos y deseos. Si el bien fuese un mandato divino, estamos ante una voluntad impuesta. Si se afirma que el bien puede estar vinculada o es una forma de vida, una actitud, un estado emocional o la estructura de una sociedad, surge el cuestionamiento ¿por qué como individuo estoy obligado a cumplirla o considerarlo un deber?

De esto es posible vislumbrar que se pretende definir el bien o el deber ser al margen de la capacidad de decisión de la voluntad humana. Es decir, se busca determinar el bien sólo después y por medio de la libertad, permitiendo así que la razón humana actúe con absoluta autonomía.

Es por ello, que Giusti (1992) afirmó que en el modelo de la moralidad no es viable encontrar una definición concreta del bien o de la justicia, pues toda definición tendría un carácter impositivo. Los hombres y sus dinámicas y seguir viviendo bajo estas, implica objetivos y actividades o medios para lograrlos. La lógica argumentativa de la moralidad tiene sus raíces en la búsqueda de la autofundamentación de la razón. Y es en este modelo moral en el que se reconoce a la ética y su forma de concebirla más difundida.

Tal como señala Giusti (1992), la moral actúa con el contraste entre la razón y la realidad; y que la fuerza reguladora de la moral radica en la total autonomía de esta con el objeto a juzgar.

Hegel estuvo muy conexo con la historia y la filosofía antigua, para quien las ideas y la razón están por encima de todo. No es extraño entonces que recurra a Aristóteles para criticar la concepción de moralidad. La ética de Aristóteles se basa en reconocer que lo único relevante para la ética es el bien realizable.

Para Giusti (1992) la posición de considerar al bien como una idea, resulta una crítica, pues para Aristóteles no cabe una definición teórica para un problema práctico, que necesita atender a sus particularidades. En la práctica no es posible la regularidad. Las personas están siempre en circunstancias diferentes y variables, frente a las cuales deben decidir y por tanto las acciones y medios a seguir según dicha decisión.

Para la moralidad la acción es irrelevante, en cambio para la eticidad adquiere una importancia central. Para Aristóteles, existe el fin último, aquel que es perseguido por todos. La comunidad política es el fin último pues permite alcanzar todas las formas de acción o comunidad y lo hace institucionalmente, esto en consideración a la definición del hombre como un animal político (Giusti, 1992).

Giusti (1992) consideró que el punto de partida depende de los autores, y esto pone en manifiesto una estructura, nos permite afirmar que una práctica depende de la vida o costumbre de determinada sociedad, son estos factores lo que determina el modo específico que adopte. Es decir, en el modelo de eticidad la organización particular de una sociedad es una expresión de racionalidad, una racionalidad que las personas han generado y por ende practican.

Hegel acuñó el término eticidad en contraposición al de moralidad. Criticó el formalismo de la ley moral, poniendo en cuestión el imperativo categórico de Kant, dado que no tendría utilidad o relevancia. Pues según la ley moral existe la obligación de elegir solo aquellas máximas con carácter universal, pero no se dispone de algún criterio que permita preferir un contenido de otro, es decir haría que todo sea una ley moral.

En esa línea Giusti (1992) también critica la oposición entre ser y deber ser, es decir la imposibilidad práctica de la pureza normativa del deber ser, pues al ordenar a ejecutar el deber ser, la ley moral

la traduce a un mero ser, pudiendo ordenar o prohibir su realización, no siendo más que dos caras de la misma moneda. Además, mencionó que Hegel señala que la moralidad puede convertirse en inmoralidad, pues solo el individuo es capaz de determinar si la máxima que sigue está de acuerdo con el imperativo categórico (Giusti, 1992). Lo que finalmente genera un desplazamiento de la universalidad normativa a una convicción subjetiva, posibilitando justificaciones para actos atroces.

Para Giusti (1992) el cuestionamiento más fuerte está en que para definir la razón, se lo tiene que hacer en contraposición a la experiencia, pues significa no solo la imposibilidad de realizarla, sino también reconocer que toda organización humana es irracional, es una negación de la realidad. Esto pues debido a que las acciones humanas son concretas.

Según Giusti (1992) de la eticidad hegeliana se desprende que el problema ético central de la modernidad está en la relación entre estado y sociedad civil. El estado es para Hegel un modo de articulación institucional de una sociedad, pero el estado no es la sociedad civil, esta es un terreno donde reina el libre albedrío y la libertad subjetiva.

De la contraposición de eticidad y moralidad, se busca demostrar que las acciones en sí mismas poseen racionalidad, pues existe un reconocimiento por parte de los hombres de las formas concretas e institucionalizadas de la acción. Así como también el que se debe entender por ética.

No existe ya defensores de una posición kantiana o hegeliana puras. Se reconocen insuficientes y por tanto buscan reemplazar algunos conceptos. Sin embargo, aún existe pugna, basada principalmente en la fundamentación de las normas y en la concepción de racionalidad.

Ahora, la pretensión de fundamentar un principio de universalización fracasa, ya sea porque la prueba no es concluyente, no encuentra aplicación, o incurre en una falacia naturalista. Por lo cual señala Giusti (1996) que cabe la pregunta ¿es esta pretensión conceptualmente inadecuada?

Fundamentar una norma es encontrar la forma de hacerla argumentativamente evidente para todos, es decir se vincula su calificación moral a las condiciones formales de la racionalidad (Giusti, 1996).

Los principios morales son caracterizados como ideales, por lo que indirectamente se desconocen las acciones humanas y por ende la racionalidad. Es en ese sentido, el querer reducir esta brecha resulta contradictorio, debido a que se centran en la fundamentación última del principio moral y de su aplicabilidad, relegando los procesos históricos a meras fases previas.

En todo caso, tal como señala Giusti (2008), es que el empleo de esto dos términos, exigen dar explicaciones sobre el porqué de ello. Siendo entonces más provechoso el uso indistinto de estos términos teniendo de un lado los valores de cada cultura y la reflexión sobre ellos. Pues el debate entre eticidad y moralidad nos

ha mostrado que lo que realmente debe importar, es que ambas están referidas a un sistema de prácticas, valores o costumbres de una comunidad, y que su surgimiento está relacionado con la valoración de la vida y no con su simple descripción.

2.2.2. Ética y valores

La ética tiene como objetivo definir cuál de entre todas resulta ser la mejor forma de vivir, es netamente concepción valorativa de la vida. Giusti (2008) mencionó que la ética en nuestro proceso de reflexión y en nuestras conductas cotidianas ocupa un lugar primordial, brinda las pautas de orientación y está presente de forma permanente en nuestras vidas. En la historia de la ética, ha habido muchas concepciones éticas que responden a la cuestión de la mejor manera de vivir.

Giusti (2008) mencionó que la primera respuesta es el llamado bien común, donde el conjunto de creencias es compartidas, perennes, comunicadas y mantenidas a lo largo del tiempo, respetando y cultivando el sistema de valores de determinada comunidad. Esto necesariamente implica reconocer que están implícitas en la vida social y en el orden legal, y son reconocidas y celebradas permanentemente.

Es este bajo el paradigma en el que se aloja el lenguaje sobre y de los valores, que originariamente designa un conjunto de conductas ejemplares concretas. Son presentados estos conceptos normativos en forma de un catálogo, expresando ideales de

conducta que gozan de reconocimiento por la comunidad y por tanto asociados a comportamientos específicos.

Para Giusti (2008) este es el sistema de virtudes, que requiere y espera adhesión, práctica, reconocimiento y respaldo, para que sean asimilados y convertidos en rasgos del hombre

De lo ya mencionado se puede extraer que otra característica de este paradigma de la ética es que en ella se involucran a los sentimientos y emociones de forma plena. Giusti (2008) refirió, por ello es concebida y formulada desde la óptica de la primera persona en plural (nosotros), dado que el nosotros es por naturaleza implícito a la comunidad.

La segunda respuesta es la construcción de una sociedad justa para todos los seres humanos. Esto basado en el principio de la libertad, que necesariamente demanda el respeto de la libertad de todos. Según Giusti (2008) este es el paradigma de la autonomía (capacidad del individuo para pensar y decidir en los márgenes de los otros), el cual surgió a inicios de la edad moderna, como alternativa al paradigma del bien común.

De ello se desprende que el sentido más general de justicia, pues una sociedad justa en estos términos sería aquella que estuviese regida por el principio de la autonomía. Es decir que permita que los individuos, sea cual sea su ética ejerzan su libertad sin perjudicar la de los otros individuos. Giusti (2008) traslada así la atención del contenido o los valores a la regla general de la

imparcialidad, cuya función es posibilitar la coexistencia de concepciones valorativas antagonistas entre sí.

Se trata pues de un paradigma procedimental, pues no solo otorga contenidos de valoración, sino que ofrece una forma o procedimiento para determinar si las acciones o decisiones no van contra la libertad.

En este punto es necesario señalar que los valores si o si están enlazados a una forma a una forma uniforme o homogénea de entender e interpretar el sentido de la vida. Y que a la vez reconocen un aprecio por conductas reconocidas como ejemplares, por lo cual los valores son sometidos a examen. Es decir, se introduce un parámetro más amplio y abstracto (principio o norma), que expresan con mayor precisión la exigencia moral de una adhesión libre y consentida de una regla de conducta general que exhibe neutralidad valorativa.

Giusti (2008) mencionó que por ello es que acá solo se encuentra un solo principio o una sola norma, lo que acá se exige es un acatamiento racional de la norma; esta es elaborada desde la perspectiva del tercero (el observador).

2.2.3. Bases neuróticas de la moral

En la búsqueda de un marco filosófico para las neurociencias existen diversos postulados como el de Cortina (2013) quien señala que la conducta moral es un ejemplo de la conducta social y que está ligada a una disposición innata a cuidar de los demás; los seres humanos estamos dotados de una estructura moral

íntimamente relacionada con la capacidad de reciprocidad; también afirma que nuestras intuiciones morales son resultado de nuestra historia evolutiva y que están basados en nuestra disposición cooperativa.

Cortina (2013) señala que no existe concepto que no se haya construido dejando de lado la experiencia adquirida a lo largo de la historia biosocial, a lo largo de la historia se ha ido aprendiendo moralmente. Siendo, por tanto, que se adopta una postura que considera que los seres humanos siempre están en relación, y que por ello no deben ser reducidos solo a medios. Entendiendo entonces por moral a las exigencias recíprocas que los seres humanos nos planteamos.

Entre los aportes de las neurociencias a la comprensión de la moral podemos rescatar: a) La moral como un mecanismo adaptativo, pues la evolución ha ido seleccionando las conductas que permiten la supervivencia, a las que ahora se les denomina morales; b) los juicios morales son instintivos y tienen una carga emocional; c) El paso del *homo economicus* al *homo reciprocans*, pues a pesar de la creencia exacerbada de los economistas en que únicamente se busca maximizar el beneficio, se demostró que los seres humanos cuentan con una estructura para reciprocidad y cooperar; d) el ser humano con su entorno social tiene una relación de dependencia. La ética del discurso presenta a la obligación moral como la conducta moral que los seres humanos nos planteamos mutuamente debido a que somos seres en estrecha relación,

tratándonos como fines en sí mismos. Esto es reconocerse recíprocamente como interlocutores válidos que deben tenerse en cuenta para llevar adelante sus planes de acción desde el acuerdo normativo (obliga también a tener en cuenta a los afectados de las normas).

En ese sentido Cortina (2013) asevera que: a) La vida humana no puede ser vista a través del lente del individualismo, somos seres vinculados mutuamente; b) Para interpretar la conducta de los seres humanos se requiere del modelo del *homo reciprocans*, predispuestos a cooperar, estamos preparados para vivir en sociedades contractualistas; c) El progreso moral actual no solo exige favorecer a determinado grupo, sino que entiende por disposiciones morales aquellas que favorezcan a cualquier ser humano; d) La moral no solo es una cuestión de cuidado y benevolencia, sino también una cuestión de justicia, de tener en cuenta a todos los seres humanos y por tanto se plantea la exigencia de morales universales.

La ética del discurso también devela que las normas constituyen la dimensión exigible del fenómeno moral, y por tanto universalizable. Las normas son centrales en la vida humana, son expectativas recíprocas de comportamientos generalizados, sobre los cuales organizamos nuestra vida.

Las críticas a la ética del discurso por poner en paréntesis las valoraciones y las emociones resultan acertadas, pues las normas como el procedimiento racional para determinar si una norma

resulta justa, está plagado de valores y emociones que a su vez repercuten en nuestra forma de cómo valoramos y sentimos.

Cortina (2013) mencionó que extrae la conclusión de que la indignación moral y el reproche a los infractores solo se puede dar cuando hay razones para que no se vulneren las normas.

No se dispone de una concepción moral a la luz de las cuales se juzguen los casos en concreto, sino que se formulan los juicios de manera intuitiva, para después buscar los argumentos que lo sustenten. Siendo entonces notorio que los sujetos reaccionan de forma diferente ante los dilemas personales y los impersonales.

Cortina (2010) refiere que, parece pues que contamos con códigos y mecanismos para ensamblar los razonamientos y juicios morales rápidos sobre una base emocional.

Distinguir entre el bien y el mal, parece ser una capacidad universal que tiene una función adaptativa. Cortina (2010), mencionó que el reconocer normas de conducta en la sociedad y aplicarlas, ayuda a sobrevivir, por lo tanto, la conducta moral sería entonces un mecanismo de adaptación, que permite la supervivencia y por ello las normas morales también tendrían la característica de ser adaptativas. Teniendo entonces una respuesta afirmativa a la pregunta ¿Podemos ser morales?

2.2.4. Objetivismo y relativismo moral

La pregunta a responder en este apartado es ¿hay respuestas morales correctas o todo es relativo? Y para dar respuesta a esta

pregunta primero debemos remitirnos a definiciones previas que nos permitirán dar un mayor entendimiento.

En la cotidianeidad los valores y normas morales, han hecho que mediante enunciados morales calificuemos en términos morales. Calificamos de bueno o malo, de justo o injusto tanto a las conductas como a las personas, y claro está a las normas y eventos. García Amado (2020) señala que los valores morales se predicen de conductas, sujetos, normas, relaciones o estados de cosas. Estos tienen unos contenidos propios y específicos, y su correspondiente contravalor. Mientras que las normas morales, que poseen distintos grados de abstracción o concreción, las más generales se refieren a la obligación de realizar el valor o no realizar su contravalor.

Es por ello, que la afirmación, todo valor moral da pie a una norma moral que la viabilice. Siendo entonces la norma moral, aquella que manda en abstracto cumplir con ese valor y por tanto evitar el contravalor.

Teniendo en cuenta lo ya señalado, al estar las normas morales dirigidas a conducir la conducta de las personas, es sobre estas normas que realizamos los calificativos propios de la cotidianeidad. Esto no sucede con los valores morales, pues estos pueden calificar sucesos o estados que no dependen del comportamiento humano.

Ahora cuando se hace referencia al pensamiento moral, se hace referencia al que se ocupa de la descripción y explicación de las

decisiones y su justificación. Esto supone serios aprietos pues la posición subjetivista toma un rol protagónico, y no precisamente se cuentan con métodos no controvertidos o bien desarrollados, para analizarlos. Por ello Nagel (2000) afirma que solo el esfuerzo de razonar sobre la moral del qué hacer y cómo vivir, puede encontrar estos métodos, razones y principios que no tenga que estar condicionada subjetivamente.

Para Nagel (2000) el razonamiento moral tiene como conclusiones deseos, intenciones y acciones, íntimamente interrelacionadas. Por lo que, si se trata de una práctica cultural, social o humana colectiva, cabe la afirmación: las convicciones se forman y dependen de la sociedad en el que las personas están inmersas. Es decir, las convicciones morales se aprenden.

Desde una posición subjetivista las convicciones morales pueden ser vistas como personales o limitadas a la comunidad moral a la que se pertenece. Sin embargo, para Nagel (2000) esta posición no puede tener cabida, pues niega que los juicios morales sean meras expresiones culturales y por contraposición afirma que son objetivos. Y por tanto pueden estar sujetos a cuestionamientos de veracidad o corrección, permitiendo escudriñar sobre algo más. Siendo por tanto absurdo el abandono o condicionamiento de su razonamiento moral, en razón a hechos históricos o antropológicos. Respecto de los deseos y sentimientos, los cuales vendrían a ser anteriores a la razón, no resulta apropiado ser evaluados por esta, debido a que se comportan como materia prima para los juicios.

Siguiendo este punto Nagel (2000) afirma que Hume se equivoca al afirmar que la razón estaba preparada para servir de esclava de las pasiones; sin embargo, frente al cuestionamiento de cuán relevantes resultan los deseos y sentimientos anteriores y si estos pueden ser considerados como las bases de las razones, responde que hay una razón práctica que gobierna las relaciones entre las acciones, deseos y creencias, y requieren de un material sobre el cual erigirse, ahora el problema fundamental es determinar si son fuentes de motivación o la manifestación de ciertos requerimientos racionales.

Según Nagel (2000) cuando se toma una decisión basada en todas las circunstancias, incluyendo la propia, da paso al libre ejercicio de la razón, dado que cuando nos vemos a nosotros mismos como sujetos que tienen deseos y ocupantes de posiciones objetivas, el determinar que hacer implica decidir el peso justificatorio de esos deseos.

La distancia entre los deseos y la decisión posibilita la razón, que desemboca en la demanda de una justificación generalizable. Cuando en lugar de simplemente actuar en base a impulsos o deseos nos detenemos a preguntarnos sobre el ¿qué debería hacer? o ¿qué debería creer? Es cuando el razonamiento deviene posible y por tanto necesario pues se detuvo la operación directa, y el decidir pone en movimiento las propias creencias y acciones a la luz del contexto.

Ahora como señala Nagel (2000) estas decisiones ya no son en primera persona, pues deberían permitir a cualquier persona cuál es el accionar dadas determinadas circunstancias. Siempre estamos en búsqueda del qué se debe hacer, teniendo en cuenta las circunstancias internas y externas, el cual no es exclusivo del yo.

Desde una posición subjetivista se tendría que demostrar que los juicios intencionadamente racionales de las acciones son expresiones de deseos racionalmente inmotivados o que no tienen ninguna injerencia normativa. Es decir, demostrar que la explicación normativa es desplazada por la explicación motivacional.

Según Nagel (2000) esta forma de entender los razonamientos morales es cuestionada a raíz del libre albedrío; se objeta que uno no puede hacer una elección libre y racional, si, existe un convencimiento de que sus decisiones se determinan por factores arbitrarios y luego a la luz de estos se pregunta sobre que debería creer o hacer, de acuerdo con Kant quien habló del hecho de la razón, que revela en la decisión la capacidad permanente que se tiene para contemplar diversos aspectos para responder ¿qué debería yo hacer? Y por tanto la decisión de libertad depende del hecho de que la decisión no sea tomada desde el punto de vista propio sino acorde a determinados estándares universales aplicables, los cuales están inmersos en un sistema colectivo.

Siendo estos estándares los que viabilizan el ubicarse fuera de uno mismo, esto pues debido a que una visión objetiva nos lleva a buscar la armonía con los demás y no implica renunciar a los motivos personales, estos permanecen; sin embargo, este planteamiento no resuelve el cuestionamiento hecho, pues no es posible evadir nuestra libertad, siempre está la opción de actuar o no de acuerdo con nuestros propios deseos o motivos.

Por ello, Nagel (2000) haciendo referencia a Kant piensa que la aplicabilidad de los conceptos morales respecto de nosotros es la consecuencia de nuestra libertad, una libertad que surge del vernos a nosotros objetivamente a través de la habilidad de tomar nuevas decisiones.

Para dar solución a este cuestionamiento Nagel (2000) propone seguir los siguientes pasos: i) Admisión de la generalidad de los juicios prácticos, lo que es equivalente a la admisión de la existencia de razones, cuya existencia se da solo si otras personas también la tuvieran; ii) La elección entre razones relativas y razones neutrales, debido a que la moral solo es posible para seres capaces de verse a sí mismos como individuos entre otros similares (demás).

Por su parte Rorty (2000) se cuestiona respecto del saber moral, en específico sobre si este puede transformar nuestro comportamiento. Su explicación parte del rechazo del fundacionalismo de los derechos humanos, tesis que sostiene que los derechos humanos están incorporados en la naturaleza de los

seres humanos; pues a su consideración lo que realmente marca la diferencia son los hechos del mundo - acontecimientos importantes históricos-, pues inicia su exposición señalando tres importantes distinciones: humano/animal; adultos/niños; mujeres/hombres, las cuales cuestionan la existencia de los derechos humanos solo por ser humanos.

Para Moreso (2003) la moralidad se fundó sobre la racionalidad, pero la mayor transformación de las intuiciones morales no es producto del aumento del saber, sino de la manipulación de nuestros sentimientos, que son consecuencia de hechos tristes y sentimentales. Por tanto, la idea de que la razón resulta más fuerte que el sentimiento, resulta enraizada pues aún se cree que es la capacidad para saber es la que nos vuelve humanos.

De acuerdo con Moreso (2003) cuya concepción es que nuestros juicios morales están conectados a lo que se debe hacer, además que la moralidad guarda relación con acciones que afectan al bienestar de los seres humanos, establece cinco presupuestos que subyacen a los conceptos morales.

Estos son: i) presupuesto de practicidad, el cual se refiere a que los juicios morales están íntimamente relacionados a lo que debemos hacer; ii) presupuesto de la pretensión de corrección; iii) presupuesto de superveniencia; iv) presupuesto de la sustancia; v) presupuesto de procedimiento.

Moreso (2003) denomina relativistas a aquellas concepciones de la moralidad que responden de forma negativa a la cuestión de la

objetividad. Siendo entonces que los juicios morales son incompletos y solo relativizándolo a sus marcos (conjunto de valores, estándares, principios, etc.); dado que esto es posible asignarles valores de verdad.

De los autores revisados podemos empezar a diferenciar las diversas posturas, ante el cuestionamiento de este apartado.

Para García (2020) el realismo moral, reconoce un contenido objetivo predeterminado en los valores morales, por lo que es independiente de creencias o presiones individuales o sociales; es decir, los valores morales gozan de un contenido propio, el cual es necesario, pero a la vez independiente de creencia o contenido mental del sujeto o de la sociedad. En cambio, creer que una respuesta moral es correcta porque hay razones es propio del objetivismo moral, un pensamiento que proviene del racionalismo.

Atienza (2020) señala que se entiende por objetividad, al hecho que los enunciados pueden tener a su favor razones concluyentes y por tanto cabe una argumentación racional; es decir, los enunciados morales pueden ser calificados como fundados o infundados, que en el fondo significa que pueden calificarse como falsos o verdaderos. García (2020) por su parte sostiene que el objetivismo diferencia a los juicios morales correctos o incorrectos, aun cuando esta corrección no dependa necesariamente de la concordancia del contenido de esos juicios y el contenido preexistente e independiente de los valores morales.

García (2020) refirió que, los constructivistas sostienen que los juicios morales son correctos o racionales o verdaderos, cuando su contenido es aceptado por cualquier conjunto de personas con una capacidad intelectual suficiente o normal y estén bajo condiciones de imparcialidad.

Siendo que los juicios morales resultarían correctos o racionales en razón al procedimiento a través del cual ha sido alcanzado, requiriendo un desprendimiento de nuestra subjetividad o individualidad.

Respecto del objetivismo se han esbozado objeciones tales como el subjetivismo, postura que señala que la verdad moral tiene que tener siempre la mirada en primera persona, es decir depende de cómo el sujeto ve las cosas, por tanto, la moral resultaría relativa al sujeto y a su visión. O el emotivismo que implica aceptar como respuesta moral a los resultados de las emociones, sentimientos o intuiciones del sujeto.

Desde el intuicionismo, se sostiene que los juicios morales son causados por intuiciones morales, seguidos por razonamientos morales. Y desde el imperativismo, se afirma que el deseo o propósito de reglamentar la conducta de los demás se expresan en los juicios morales.

García (2020) denominó corrientes escépticas a todas aquellas que niegan tanto el realismo moral como el objetivismo moral, como las ya descritas. Corrientes que principalmente propugnan que no es posible calificar de correctos o incorrectos los juicios morales.

Frente a estas corrientes o posturas, la respuesta como bien describe Nagel, están en reconocer que las emociones pueden formar juicios morales, más esto no es la generalidad y que por tanto el razonamiento moral no está limitado a las emociones o intuiciones. Así mismo respecto de las intuiciones, se alega que nuestras intuiciones son sensibles a la educación, y por tanto también nuestras intuiciones morales. Esto pues se reconoce la interacción social como un elemento importante en nuestra moral. Ahora también es necesario señalar que, desde el relativismo, que acepta los matices según el caso, es claro que resulta incompatible con un objetivismo moral absoluto. Pues sus variantes señalan que los conceptos morales son vagos (puede haber muchas respuestas correctas, o toman como elemento central las circunstancias fácticas).

Sin embargo, tampoco se puede sostener un relativismo radical, pues si se considera que no hay posibilidad de acuerdo respecto de los juicios morales. Todo sería relativo y por tanto nada verdadero, es una contradicción, pues se afirma la universalidad local sin creer en una posibilidad de juicios morales universales.

En este punto es necesario señalar que según García (2020) existe una diferencia entre éticas universalistas y no universalistas, donde las primeras reconocen y sostienen que el lugar, personas y cultura no definen que el enunciado moral sea correcto o verdadero mientras que las segundas, reconocen que varían según las personas, culturas, épocas o lugares, negando así que exista un

patrón único y universal de los enunciados morales; en ese sentido es correcto afirmar que todo realismo y objetivismo moral será universalista, y que todo relativismo moral será no universalista.

De lo ya señalado conviene traer a colación la propuesta de Atienza (2020), de un objetivismo moral mínimo; es decir, de juicios morales objetivamente acreditables como correctos, alcanzables por cualquier persona razonable. No se tratan de juicios personales, creencias o convicciones individuales, sino de un juicio que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con determinada formulación, aunque no todas lo estén.

De igual forma este mismo autor menciona que las personas que no están de acuerdo con estos juicios, no podrían tildarse en sí mismas no razonables, pues Atienza (2020) señala que existe una superioridad objetiva que determina que las personas estén de acuerdo con los juicios emitidos, y es que el denominar irrazonables a las personas, puede resultar discutible moralmente y jurídico-positivo reprochable, motivo por el cual cabe señalar que las normas que consagran juicios no razonables no son normas jurídicas genuinas o lo son pero resultan imperfectas.

Respecto de la noción de razonabilidad Atienza (2020) señala que se trata de una noción complicada, pero imprescindible. Por ello decide apelar a la idea intuitiva de que el común de las personas puede entender como razonable.

Al respecto García (2020) agrega que no hace alusión a que la única racionalidad sea la racionalidad científica, sino que resulta

necesario determinar a que nos estamos refiriendo. En ese sentido cabe señalar que existen verdades y falsedades de los juicios morales las cuales se pueden revelar a través de la razón y de la argumentación. Son las razones por tanto las que hacen que las afirmaciones o ideas sean consideradas como justificadas. Es decir, la objetividad es la objetividad de las razones, por lo que no todos los juicios morales o argumentos podrían ser válidos.

2.3. DERECHO Y MORAL

2.3.1. Corrientes del Derecho, una explicación de la relación entre derecho y moral

Según Barberis (2015) la codificación estableció una lista cerrada de fuentes del derecho, de esta lista fueron eliminados la doctrina, la jurisprudencia y el derecho natural o racional; es decir, la codificación marcó el auge del derecho positivo, aquel hecho por hombres (producidos por la legislación general, por el seguimiento de costumbres o precedentes judiciales).

Sin embargo, el derecho natural tuvo otra vez protagonismo en la era de postguerra, el descubrimiento de los campos de exterminio y la atribución de las atrocidades de la guerra al derecho positivo (vinculada a la actitud de obediencia estricta a la ley).

De acuerdo con Barberis (2015) esta idea de obediencia fue duramente criticada, pues el derecho positivo en palabras de Radbruch, por más derecho que sea no debe obedecerse cuando resulte intolerablemente injusto. La fórmula de Radbruch suponía

que el derecho nazi, dejaba de ser derecho, pues resulta en extremo injusto y por tanto no debió ser obedecido.

Se empezó a distinguir la ley positiva del derecho, sin embargo, no hubo una referencia directa al derecho natural, sino siempre al derecho o moral. Lo que constituyó un desafío para el positivismo jurídico. Los iusnaturalistas defendían la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, donde el derecho positivo solo es derecho si es moralmente justo.

Para Bobbio (2005), hablamos de la corriente del derecho natural cuando nos referimos al pensamiento jurídico en donde la ley para ser considerada como tal debe estar conforme a la justicia. Bobbio (2005) señala que el problema de las relaciones entre justicia y derecho se trata de una exigencia o un ideal que nadie puede desconocer la correspondencia entre el derecho y la justicia, sin embargo, esto no es un hecho.

En cambio, los positivistas partiendo de la tesis de separabilidad, sostienen que el derecho positivo y moral están conectados, pero son distinguibles. Esta distinción puede resultar inexacta, sin embargo, será adoptada.

El iusnaturalismo y el positivismo no son doctrinas homogéneas, son tradiciones de pensamiento heterogéneas. Según Barberis (2015) el iusnaturalismo es una filosofía cognitiva y normativa, es por lo que describen al derecho como el deber ser; en cambio el positivismo jurídico es una teoría cognitiva y por tanto describen lo que el derecho es.

El positivismo ha sido criticado por el realismo jurídico, de acuerdo con Barberis (2015) el eje de este reproche radica en el no haber abandonado la ideología de obediencia al derecho, Ross señaló que la teoría de validez de Kelsen resulta una invitación oculta a obedecer la ley. Pues la expresión de norma válida tiene también el sentido de norma obligatoria que los ciudadanos deben obedecer y los jueces aplicar, pero también puede interpretarse como una descripción de la pretensión de obediencia de los legisladores, así como, que es el derecho que precisamente puede requerir de obediencia.

Cabe traer a colación también al neoconstitucionalismo. Familia de teorías que tienen como objeto de investigación el derecho del Estado constitucional y una actitud normativa abocada a la reivindicación de la justicia y principios que garantizan los derechos humanos. Además de inspirar la formulación de teorías o filosofías que sostienen la conexión del derecho y la moral a través de los principios constitucionales.

Como se puede ver las relaciones entre el derecho y moral están en el centro del debate, y que puede ser abordado desde diversas perspectivas.

La tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral sostiene que el derecho injusto no es derecho y no debe ser obedecido. El derecho injusto no puede llamarse derecho pues se le atribuye al derecho el rasgo esencial de la justicia.

Sin embargo, tal y como señala Barberis (2015) esta definición hoy no corresponde más al uso efectivo de la palabra, pues solo funcionan con palabras (*dikaion, ius*) donde religión, moral y derecho son indistintos. Las palabras (*law, droit*) de lenguas y culturas contemporáneas, sirven para hablar de derecho justo e injusto. Decir entonces que el derecho injusto no es derecho, parece ser solo una formulación enfática.

La tesis iusnaturalista presenta dos variantes. La fuerte, donde el derecho injusto no es derecho, la débil donde no se puede considerar derecho solo al derecho intolerablemente injusto. El objetivismo ético desde otro ángulo sostiene que los juicios de valor son verdaderos o falsos, o al menos justos o injustos.

Está precisamente conectado a la tesis de la conexión necesaria, se cree en la objetividad de los valores como la justicia. Las críticas al derecho injusto pueden ser objetivas, y que no disminuyen la certeza del derecho. Empero esto solo parece posible en sociedades cerradas y tradicionales, tal y como afirma Barberis (2015).

La cuestión sobre el positivismo en palabras de Alexy (2013) es resultado de las relaciones entre la legalidad analizada a través del ordenamiento, la eficacia social y por último la corrección del contenido que claro esta incluye la corrección moral. Siendo que el concepto y naturaleza del derecho se encuentra en los dos primeros elementos.

Según la teoría del ordenamiento jurídico de Bobbio (1993), señalarían que estas se basan en los conceptos de unidad, coherencia y plenitud. A la característica de unidad se le objeta que no se trata de una concepción exclusiva del positivismo jurídico, pues el iusnaturalismo también concibe al derecho como un sistema unitario de normas (basado en una unidad del contenido de las normas).

Bobbio (1993) estableció que en el caso del positivismo se defiende una unidad formal, y por ello toca el modo en que una norma es o fue establecida.

El iusnaturalismo defendía la idea del derecho como sistema unitario pues todas sus normas pueden obtenerse mediante un ejercicio de lógica, hasta llegar a una determinada norma general (base del sistema y supuesto moral evidente).

En cambio, los iuspositivistas sostienen que el derecho puede ser entendido como una unidad debido a que todas ellas son establecidas por la misma autoridad y que el poder legitimado para crear derecho les otorga una fuente originaria.

La concepción iuspositivista de la unidad dice Bobbio (1993) remite a las fuentes jerárquicamente subordinadas y existe una sola autoridad que atribuye el carácter jurídico a todo el conjunto de normas.

Este planteamiento es cuestionado por ¿quién o qué cosa legitima el poder de establecer normas? La respuesta se encuentra en la teoría de la norma fundamental, que autoriza y legitima el poder

supremo para la dación de normas jurídicas. Esta teoría es criticada pues se empieza a cuestionar el origen y la fuerza del poder constituyente. La coherencia y plenitud están estrechamente relacionados. Existe incoherencia cuando en el sistema existe una norma y además otra incompatible con la primera. Mientras que la falta de plenitud se da cuando no existe ni una norma ni otra incompatible con ella.

La coherencia para el positivismo significa negar la posibilidad de antinomias. Postulando por tanto que la compatibilidad de una norma con su ordenamiento es una condición necesaria de validez, motivo por el cual pensaron en criterios para determinar cual resulta compatible y por tanto valida y aplicable.

Según Bobbio (1993) el positivismo tiene como eje central la certeza del derecho, y por tanto la característica de plenitud resulta de vital importancia; así mismo, el derecho es completo y afirmar que el ordenamiento jurídico es pleno significa negar la existencia de lagunas en la ley.

Por su parte las tesis de la separabilidad, como por ejemplo sostiene Salmerón (1996), señala una distinción conceptual entre derecho y moral, sin negar la influencia de las opiniones morales en el desarrollo de los sistemas jurídicos, así como también que los patrones morales han sido influidos por el derecho; nunca negaron la coincidencia entre los dos órdenes normativos, y afirmaron que las prescripciones jurídicas expresaban principios morales, y como

los tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir desde un punto de vista moral.

Esta tesis esta formulada en contraposición de la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria. Por lo que según Barberis (2015) el derecho moralmente injusto se llama siempre derecho, y no hay otro término para designarlo. No se habla de separación, sino de separabilidad, hay relaciones contingentes, mas no necesarias entre derecho y moral.

Hart marca distancia de los viejos positivistas, cuando se cuestiona sobre la carencia mínima de moralidad en un sistema entero de normas de derecho. Pero sobre todo deslinda de tesis utilitaristas, como la teoría imperativa del derecho Salmerón (1996). Para Hart la aceptación social de una regla tiene que ser objeto de un análisis sociológico para explicar esa aceptación, es decir no prueba por adelantado una justificación moral.

Esta tesis ha perdido su carácter definitorio, hoy es una tesis acerca de la identificación del derecho aplicable con referencia a sus fuentes y no a su justicia. Las fuentes son hechos, no valores y la identificación del derecho sería una actividad puramente cognitiva. La reflexión ha tendido a concentrarse en el derecho, dejando de lado la moral; sin embargo, según Barberis (2015) es posible tomarse más en serio la moral distinguiéndola del derecho por su función de evaluar la conducta o discurso típico (juicio de valor).

A su vez surge el subjetivismo ético, que es la negación del objetivismo ético iusnaturalista. Los juicios de valor son subjetivos

relativos a los sujetos que evalúan. Berberis (2015) señala que descende del objetivismo iusracionalista, pues si los valores son proyectados sobre las cosas por la razón humana, basta concebir esta última como subjetiva, diversa para los sujetos, por lo que los juicios de valor se convertirían en subjetivos.

De acuerdo con Barberis (2015) las tesis propias del positivismo teórico señalan que, el derecho siempre es positivo tiene una función normativa, distinguen las normas jurídicas de las morales, están ligadas al poder estatal, la doctrina es una verdadera ciencia del derecho, las normas jurídicas forman sistemas, los sistemas jurídicos son coherentes y completos, y finalmente afirman que las disposiciones jurídicas solo tienen una interpretación, esto se aprecia que su objeto es el derecho del estado legislativo.

El positivismo ideológico a su vez parte de la concepción del derecho como obligatorio, lo que lo hace ser obedecido y aplicado. Según Barberis (2015) este es sostenido al menos en dos formas: i) El legalismo ético, sostenido por Hobbes, quien sostenía que no existiendo parámetros racionales de justicia más objetivos que la ley del soberano, la misma ley sería siempre justa y obedecida, la moral se adecua al derecho; b) El legalismo sin calificación, que busca que la obediencia al derecho sean el medio necesario para alcanzar valores mínimos.

Mientras que el positivismo metodológico parte de una actitud científica y no evaluativa frente al derecho, la cual es típica de la teoría, aunque no de la doctrina positivista. De acuerdo con

Barberis (2015) la doctrina o la pretendida ciencia del derecho, interpreta el derecho y les atribuye sentido a sus disposiciones.

Desde el realismo jurídico se sostiene la tesis de la separación, pues afirman que el derecho está separado de la moral, pues el primero es entendido como un conjunto de hechos objetivos y el segundo como un conjunto de valoraciones subjetivas.

Por su parte desde el neoconstitucionalismo se sostiene que entre el derecho y la moral existen conexiones bastante importantes, profundas o típicas del Estado constitucional, sin afirmar si son necesarias o contingentes. No conciben a la constitución como normas de las normas, sino como una tabla de los valores morales de una sociedad.

Como señala Barberis (2015) los juicios de valor son intersubjetivos, resultados de la convergencia entre sujetos que comparten un procedimiento de discusión. Cabe señalar que no todos los autores etiquetados como neoconstitucionalistas no siempre comparten las mismas tesis.

Según Barberis (2015) mencionó que Dworkin sostuvo que derecho y moral están separados solo en referencia a las reglas, mientras que estarían conectados por medio de los principios.

Dworkin no solo tiende puentes conceptuales entre moral y derecho, sino que considera que el núcleo mismo del derecho está constituido por cuestiones morales (Salmerón, 1996).

Dworkin describe el esqueleto del positivismo contra el que argumenta en base a tres postulados: a) El derecho de una

comunidad es un conjunto de reglas usadas con el propósito de determinar qué conducta debe ser coaccionada o castigada por el poder público; b) Los casos no cubiertas por las reglas jurídicas (derecho) no pueden ser decididos aplicando el derecho, es necesaria una decisión discrecional; y c) En la ausencia de reglas jurídicas específicas que prescriban un derecho subjetivo, no es posible hablar de obligación jurídica (Salmerón, 1996). Otros han sostenido una triple conexión entre derecho y moral: respecto de su definición, justificación e interpretación.

La teoría positivista, ante el neoconstitucionalismo, ha buscado reinterpretar la tesis de separabilidad. Los positivistas creen que el derecho positivo es identificable a través de sus fuentes y al menos separable de la moral, concibiendo a la moral de tres maneras diferentes. La primera de ellas que responde a la reinterpretación del positivismo incluyente o débil, la cual establece que el derecho contingentemente puede ser identificado con base en la moral. Admite que las fuentes del derecho remiten a la moral. Se le critica por ser demasiado conciliadora.

Según Barberis (2015) al igual que el neoconstitucionalismo, termina admitiendo una conexión indefinida, sin restricciones, que incluso puede llevar al derecho a colapsar en la moral, pues esta conexión es respecto de cualquier moral, no solo una moral crítica. Las normas jurídicas se presumen pueden ser identificadas por sus fuentes, haciendo abstracción de la moral, excepcionalmente por medio de los valores morales, pero no de forma irrestricta. El

recurrir a la moral debe darse a través de los principios constitucionales.

Finalmente, Barberis (2015) refiere que, el derecho positivo lleva siempre dentro de sí una referencia imborrable a la moral, sin embargo, esta referencia no debe inducirnos a subordinar el derecho a la moral, estos están en una relación de complementariedad.

2.3.2. Separación conceptual entre derecho y moral

La característica fundamental del derecho, independientemente del tiempo y lugar es que implica que ciertas acciones o conductas pasan de optativas a obligatorias. Esta característica supuestamente simple es compleja, porque dentro del ámbito de acciones no optativas u obligatorias se puede identificar otras y diversas formas.

Según Hart (2009) la forma más básica y simple, en que la conducta deja de ser opcional, es cuando un hombre se ve obligado a realizar una orden de otro, pues este otro lo amenaza con consecuencias desfavorables si se niega o rechaza a hacer lo que este quiere.

Hart (2009) mencionó que, para algunos, esta situación en donde una persona emite o da una orden a otro y la respalda por una o varias amenazas, y de esta manera obliga a otra a cumplirla, evidencia la esencia del derecho.

¿Cuál es la diferencia entre el derecho y la obligación jurídica respaldadas por sanciones y como están relacionados entre sí?

Hart (2009) responde destacando de que las reglas morales imponen obligaciones y restringen ciertas áreas de conducta donde el individuo puede ejercer libertad. De manera similar, un sistema jurídico contiene elementos que están vinculados con aspectos de la moral. En ambos casos es complicado definir la naturaleza exacta de la relación, pero a menudo vemos una identidad por la conexión.

Hart (2009) refiere que, el derecho y la moral comparten un lenguaje común, lo que significa que es posible hablar de obligaciones, derechos y deberes tanto en un sentido moral como jurídico, además reconoce que los sistemas jurídicos en esencia incorporar principios morales fundamentales.

Además, existe una idea de la justicia, como elemento unificador de ambos campos. Pues la justicia es una virtud adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes. Hart (2009) menciona que hablamos de justicia en el ámbito del derecho y también de la justicia de las normas; estos hechos sugieren la perspectiva de que el derecho se comprende mejor como una rama de la moral, y que esto radica en la concordancia con los principios de la moral o de la justicia.

No obstante, en este contexto, las teorías que buscan la asimilación del derecho con la moral suelen confundir o mezclar las categorías de conducta obligatoria y dejan insuficiente espacio para las diferencias entre las reglas morales de las legales, y claro está de sus requerimientos.

Así, la afirmación de que una norma jurídica catalogada de injusta no es en realidad una norma jurídica, puede resultar exagerada y paradójica, e incluso falsa (Hart, 2009); a primera vista puede parecer que el enunciado de que el sistema jurídico consiste, al menos en su mayoría en reglas, no debería ser objeto de debate ni de difícil comprensión.

Tanto aquellos que consideran que la comprensión del derecho se encuentra en las órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la relacionan con la moral o la justicia, hablan de derecho cuyo componente principal son las reglas. Sin embargo, existe confusión e incertidumbre sobre una noción que parece no ser problemática, pero que radican en torno a la naturaleza del derecho.

Preguntas tales como ¿qué son las reglas? ¿qué significa una regla existe y que se afirme su existencia? ¿quiénes aplican las reglas? ¿los tribunales aplican reglas o simulan hacerlo? Una vez que se ha comenzado a cuestionar esta noción surgen profundas diferencias y divergencias de opinión (Hart, 2009).

Hart (2009) refiere que, las llamadas reglas pueden originarse de diversas maneras y generar relaciones muy distintas con la conducta a las que hacen referencia. Así, incluso dentro del propio ámbito del derecho, hay reglas creadas a través de proceso legislativos y otras que no. Lo que resulta más crucial es que algunas reglas son obligatorias pues imponen ciertos comportamientos sin tener en consideración si estas desean

ajustarse a ese comportamiento o requieren hacerlo para cumplir con sus deseos.

Esto es que, puede que una regla no exista o exija algún comportamiento, sin embargo, puede ser una conducta que se dan en los grupos sociales. Según Hart (2009) lo señalado corresponde a las expresiones tener que (*must*), y deber (*should* o *ought to*), cuyo común denominador es la existencia de una regla que exige determinado comportamiento.

Se ha argumentado que la diferencia entre ambas expresiones está en la reacción hostil, el deber será castigado por funcionarios mientras que el tener no tiene un reproche o sanción. Desconociendo que aún sin tener la categoría de jurídica hay reglas que produzcan una reacción de este tipo.

Al respecto Hart (2009) refirió que lo que sucede en el caso de las reglas jurídicas es que la consecuencia resulta ser predecible, precisa y organizada, lo que no sucede en el caso de las reglas no jurídicas. Sin embargo, cuando se analiza de cerca la actividad del funcionario cuando imparte un castigo, puede considerar las reglas no jurídicas y que desvirtúan la predictibilidad de la sanción.

Hart (2009) arguye que, desde la perspectiva del juez, la predictibilidad de la regla es irrelevante, pero su función como guía y justificación son esenciales. Esto también aplica a los reproches informales por la desviación de conducta contrariando reglas no jurídicas, las cuales tampoco son meras reacciones predecibles,

sino una consecuencia de la existencia de la regla, que en última instancia la justifica.

Hart (2009) refiere que, el fondo de las conductas y la reacción son los sentimientos, los que actúan como catalizadores para comportarnos de acuerdo con las reglas y a repeler contra quienes no lo hacen. Es por ello que finalmente afirma que las leyes no son parte del derecho, sino son una fuente (Hart, 2009).

Según García (2020) desde la óptica del iuspositivismo las normas jurídicas no tienen como condición de validez a su correspondencia o compatibilidad con los valores morales o contenido de las normas morales. Este postulado también quiere decir que una norma sigue siendo jurídica, es válida cuando cumple con las condiciones del ordenamiento jurídico así resulte incompatible o contradictoria con valores o normas morales.

El positivismo separa conceptualmente derecho y moral, sin perjuicio de existir múltiples relaciones e influencias en el plano fáctico. Por lo cual lo moral y lo jurídico no se desvirtúan entre sí. Esta postura de García (2020) es negada por las teorías iusmoralistas del derecho, las cuales sostienen una vinculación conceptual entre derecho y moral. Esto es que norma jurídica de contenido inmoral o que supere el estándar moral, es formalmente válida y hasta efectiva, pero no resulta una verdadera norma de derecho.

Atienza (2020) señala que la identificación e interpretación del derecho requiere de juicios morales, afirmando que si nos

empeñamos a separar el derecho de la moral, el primero no podría cumplir con determinadas funciones sin recurrir al segundo, pues en un sistema jurídico es estrictamente necesario para que los individuos se conduzcan conforme a los valores individuales, afirmando finalmente que se trata de conceptos conjugados, sin que esto implique que el derecho sea un aspecto de la moral.

En esa misma línea señala Atienza (2020) que el derecho puede ser injusto, agregando que un sistema jurídico que prescindiera de una noción de justicia no podría existir como tal o no podría perdurar. Agregando, inclusive, que los criterios de validez muchas veces son morales o tienen un origen moral.

Ante estos argumentos, García (2020), sostiene que, afirmar que cuando los jueces deciden o tienen que decidir sobre la base de argumentos morales, no desmiente la separación conceptual entre Derecho y moral, al igual que el recurrir a preceptos económicos. De igual manera el perseguir valores económicos también es una condición necesaria para la vida en sociedad, sin embargo, esto no implica la negación de la separación conceptual entre derecho y economía.

2.3.3. El debate entre García Amado y Manuel Atienza, una reflexión contemporánea sobre el derecho y moral

García (2020) señala que no existe una correlación necesaria entre iuspositivismo y antiobjetivismo moral o este último con el iusmoralismo.

El objetivismo moral no obliga a adscribirse al iusmoralismo, de cierta forma desde el objetivismo moral se estaría llevado a afirmar que no puede ser jurídica una norma cuyo contenido resulta objetivamente injusto o inmoral. Por el contrario, desde el iuspositivismo no se acepta que no cabe que una norma jurídica resulta objetivamente injusta o inmoral, pues al asumir la separación conceptual, la validez jurídica y la validez moral, no rechaza la posibilidad de sostener que una norma jurídicamente válida resulte inmoral o injusta.

Sin embargo, como señala García (2020) cuando el concepto del derecho es cargado de elementos morales, necesariamente lo jurídico se corresponde con esos elementos morales y que se trata de una moral objetivamente correcta. Sin embargo, lo que puede cambiar es la actitud del sujeto y esto en razón a la fuente en la que se basa el objetivismo.

Por su parte Atienza (2020) señala que la compatibilidad entre el positivismo jurídico y el objetivismo moral es evidente, pues su pensamiento parte de una concepción en la que existe una separación entre la teoría del derecho se separa de la teoría de la justicia.

Afirmar un moralismo no objetivista equivale a afirmar que la norma formalmente jurídica inmoral no es verdaderamente jurídica, pero también que el contenido de lo moral es relativo y por tanto los juicios morales no serían objetivamente correctos o incorrectos. Es decir, al negarle validez a la norma jurídica se le está negando

obligatoriedad y por tanto obligatoriedad para ajustarse a esa norma y aplicarla por los operadores del derecho.

Para García (2020), el caso de un iusmoralismo radicalmente relativista es inconcebible, pues los sistemas jurídicos serían tales como personas existan. Por otro lado, es necesario señalar que tradicionalmente los iuspositivistas resultan relativistas. En todo caso se establece que es que los iusmoralistas sean objetivistas y universalistas, realistas no.

Es decir que hay juicios morales objetivamente correctos o no, que se puede conocer la veracidad de los juicios morales sin depender de circunstancias individuales o culturales, y por tanto la validez de la norma jurídica depende de la moral objetivamente correcta.

Por ello García (2020) señala que desde el iusmoralismo el contenido de los valores morales es objetivo y universal, independientemente de que tal contenido este mutando. Eso significa que los no objetivistas no son carentes de creencias morales, no se oponen a ellas, o las dejan de lado, un no objetivista es quien piensa que sus creencias morales o la de los demás puede resultar validada, compatible, acorde o a fin a la de los demás o, todo lo contrario, pero no busca una corrección objetiva o verdad plena (García Amado, 2020).

Por su parte Atienza (2020) defiende un objetivismo ético de carácter mínimo, donde los juicios morales son objetivamente acreditables como correctos, alcanzables por cualquier persona razonable.

La réplica de García (2020) señala que no se tratan de juicios personales, creencias o convicciones individuales, sino de un juicio que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con determinada formulación, aunque no todas lo estén.

Las personas que no están de acuerdo con estos juicios no podrían tildarse en sí mismas no razonables, pues Atienza (2020) señala que existe una superioridad objetiva que determina que las personas estén de acuerdo con los juicios emitidos, y es que el denominar irrazonables a las personas, puede resultar discutible moralmente y jurídico-positivo reprochable.

García (2020) refiere que este es suficiente motivo por el cual cabe señalar que las normas que consagran juicios no razonables no son normas jurídicas genuinas o lo son, pero resultan imperfectas.

Posteriormente agrega que la razonabilidad es una noción difícil de definir, pero a la vez es imprescindible. Atienza (2020) así mismo recalca que no está apelando a una concepción innata o común a todas las personas, sino que la calificación de irrazonable a determinada postura es resultado de una contrariedad patente a un precepto normativo, basándose en otro de igual naturaleza.

Ante este argumento García (2020) señala que no se está refiriendo a que la única racionalidad válida sea la de carácter científico, sin embargo, establece que es necesario determinar el fundamento suficiente o razones concluyentes de determinado juicio moral.

Por ello sostiene que las personas aún calificadas de irracionales tienen los mismos derechos que las calificadas de racionales, sus derechos valen lo mismo y que apoyados en un sistema democrático para dirimir las discrepancias, y el respeto de estas decisiones por parte de los jueces, lo que finalmente implica desconocer la relevancia del objetivismo moral en la ética como en el derecho.

García (2020) señala que en Atienza se puede identificar la pretensión de que los jueces tienen la obligación de aplicar las normas jurídicas y que esta es una obligación moral. Pues, aunque esta tenga un origen jurídico, los jueces moralmente pueden decidir ajustarse a esa obligación, cuyas razones últimas siempre serán netamente morales.

Ello debido a que el juez tiene el deber de motivar sus decisiones lo que necesariamente implica una decisión ajustada a la moral, es decir en términos objetivos acorde al derecho y con la moral que justifica aplicar ese derecho.

Para García (2020) el postulado de Atienza sobre que la aplicación del derecho es una obligación moral, le resulta incomprensible. En primer lugar, porque el tenor de las normas que obligan a los jueces o funcionarios a aplicar las normas tiene una justificación en el mismo sistema jurídico en específico, y esto acompañado de la idea donde no todas las razones son capaces de soportar la calificación de moral.

Lo cual también le puede suceder en los casos en los que los jueces deciden apartarse de lo que dicen las normas. Es pues entonces claro que cuando los jueces aceptan la obligación de aplicar las normas jurídicas, tendrán razones morales tras esa aceptación cuando dichas razones lo sean. Siendo igual cuando se trata de razones morales o no para no aplicar las normas jurídicas. Es decir, que los comportamientos estén movidos por razones morales, pero ello no significa que la moral es siempre un componente objetivo de muchos de los comportamientos y que todos ellos deben pasar por un filtro moral, esto es pues que las razones morales no moralizan las normas.

Según García (2020) Atienza no es iusnaturalista, pero que ha recurrido a incluir elementos discretamente para convertirlos en ejes centrales, se adscribe al constructivismo ético (lo objetivamente correcto sería alcanzado por el consenso, fruto de una discusión donde prime la imparcialidad).

Atienza (2020) por su parte concibe que al motivar una decisión judicial presupone la pretensión de que la decisión es correcta y que esto es presupuesto por los jueces, siendo por tanto objetivistas éticos. Es decir, sostiene que un juez toma una decisión porque cree que es objetivamente correcta y no porque crea que es una decisión que no tenga razones lo suficientemente fuertes para desvirtuarla.

Y esto en general aplicaría para la persona, sosteniendo que la idea de objetividad esta incorporada a nuestro lenguaje moral. Así

mismo, reconoce que una cosa es pretender que algo sea correcto y otra que se trate de algo correcto, sino que debe valerse de los criterios de corrección para ser tal.

Sostiene Atienza (2020) que una consecuencia de asumir la tesis de la unidad de la razón práctica implica reconocer que toda justificación judicial presupone una premisa de carácter moral, y que por tanto las razones morales son las razones últimas.

Esto trae a colación el debate sobre que los criterios para determinar cuál es el derecho válido, por un lado, Hart sostiene que el criterio para determinar es el derecho validado puede ser uno que no sea moral, mientras que Nino sostiene que, las razones jurídicas son insuficientes o no son razones per se y que necesitan de una apoyo o premisa moral.

Agrega Atienza (2020) que García desconoce la diferencia entre motivos y razones, mientras la primera explica, la segunda justifica, siendo que, si las razones morales tienen un carácter necesario o central, es posible afirmar que la moral es un componente objetivo de esta actividad, del derecho.

Ante este argumento señala García (2020) que el argumento que señala que las únicas razones justificativas son las razones morales, sin embargo, lo califica de artificioso, raro e inútil, empero rescata la idea implícita que diferencia el justificar jurídicamente de justificarlo moralmente.

Respecto a la relación entre el positivismo y objetivismo moral, García (2020) parte de la afirmación de Atienza en la que los

componentes de la definición de derecho son: práctica social y objetivos y valores morales. Esto quiere decir que en el derecho hay instrumentos o herramientas tales como las normas, jurisprudencia, tesis e instituciones, pero que nada de eso sería en esencia jurídico.

Esto pues como señala García (2020), que Atienza concibe al derecho como una práctica argumentativa cuya finalidad es la solución justa de conflictos sociales.

Para García (2020) un juez que ponga su conciencia moral sobre la ley está faltando el respeto a sus conciudadanos y se va en contra de la legitimación democrática del derecho, es pues finalmente un juez de un estado de su moral.

Atienza (2020) señala que García plantea una diferencia entre legislación y jurisdicción, idea que señala que un juez no puede buscar criterios de justicia, pues esta le compete al legislador. Argumenta que se trata de una postura errónea, pues no se trata de una diferencia en la exclusividad de esta función, sino más bien del alcance de la misma, siendo la primera la más amplia, pues los jueces finalmente tienen que recurrir a interpretar y ponderar.

Atienza (2020) aclara que no defiende un juez activista, reconoce que este no puede saltarse los límites que le impone el derecho, sin embargo, precisa que el concepto de derecho que defiende es más amplio y que por ello en determinados casos pueden calificarse como activismo judicial, pero que no lo sería.

Finalmente afirma que las discrepancias con García derivan de que ambos parten de ideas distintas del derecho, mientras que este último lo concibe como un conjunto de normas con determinadas características, él lo concibe como un sistema normativo, que tiene como objetivo cumplir con ciertos fines o valores. Lo que explicaría porque la segunda posición no puede separarse radicalmente de la moral (Atienza, 2020).

2.3.4. Algo más acerca de la relación entre el derecho y moral

Hablar de un ordenamiento jurídico se trata de hablar del derecho tal y como es, y bajo esta perspectiva, el positivismo jurídico no puede explicar el funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos, no solo porque se basa en cómo estos deberían ser, sino porque rechaza la vinculación entre el derecho y la moral.

Las posturas que defienden la separación entre el derecho y la moral son diversas. Una de tipo conceptual, la cual señala que al buscar incluir elementos morales en la definición del derecho, es una restricción a la denotación del término derecho (los sistemas jurídicos injustos serían excluidos). Y la otra de tipo práctico, pues se argumenta que el rechazo de la separación conceptual implicaría que la conciencia moral del individuo respecto de su posición frente al ordenamiento jurídico y su debilidad frente a los gobernantes.

Roca (2007), sostiene que, para asumir la postura de la conexión conceptual entre derecho y moral, como lo hizo Ernesto Garzón,

quien parte de los participantes en un sistema jurídico y como estos incluyen las reglas jurídicas en sus razonamientos prácticos.

Lo puede hacer de dos maneras: la primera preponderando la aceptación, que responde a un punto de vista interno; y la segunda preponderando la obediencia, que responde a la mirada externa. Agregando que la obediencia se debe a razones extrajurídicas y últimas: en definitiva, razones morales. Sobre las primeras no cabe duda, pues el aceptante, considera a estas reglas como correctas. La conducta de aceptación constituye entonces en eje central para explicar la noción de regla, y por tanto de Derecho.

Garzón (1990) señala que Philip Soper ha puesto en debate que, si una teoría del derecho tiene que incluir una descripción de las pretensiones normativas de quienes aceptan o aplican el sistema jurídico, es incompatible con la que la tesis que niega la conexión necesaria entre derecho y moral. Es decir, la esencia del positivismo, la negación de la conexión necesaria es incompatible con la esencia del derecho, que rescata tal conexión.

De acuerdo con Garzón (1990) para el positivismo, los sistemas jurídicos existentes necesitan que las autoridades y funcionarios se adhieran a este. Siendo que la actitud que adoptan quienes obedecen el sistema jurídico por razones prudenciales y quienes son observadores externos, sería el punto de vista externo.

Esto pues debido a que se concibe que las sociedades que cuentan con un sistema de reglas jurídicas o no que rigen su vida, hace aparecer probablemente una tensión entre quienes se ajustan a las

reglas de forma voluntaria y por tanto las aceptan y cooperan, habiéndolas por tanto interiorizadas, y quienes se ajustan a ella por un temor o aspiración.

Garzón (1990) menciona que los primeros han aceptado las reglas como pautas de comportamiento y esto no significa que su fundamento sea una creencia en que las normas coinciden con las reglas morales de justificación y orientación del comportamiento; es por ello es quienes se apartan de las reglas será visto como un delincuente moral, pues significa que se está alejando de la moralidad pública (buena o mala).

Ante esta afirmación cabe la crítica de que las autoridades y funcionarios solo se limitan a aplicar las normas válidas según el procedimiento establecido. Sin embargo, es posible preguntar porque se considera que determinada norma es válida y por ende su procedimiento (Garzón Valdez , 1990).

Finalmente, si se desea salvar este cuestionamiento se llega a la afirmación de porque lo que la norma establece es correcto, siendo este un criterio de corrección propio del punto de vista externo, que sirve como una justificación última, y que se trata de una justificación de naturaleza moral.

Garzón (1990) refiere que, los legisladores y funcionarios sostendrán que la moral coincide con su sistema jurídico, y por tanto consideran a las normas que la componen como correctas y por tanto tienen una obligación de aplicación para con estas, que también resulta una actitud de naturaleza moral.

Ahora, si se niega el aspecto volitivo para ajustarse a las normas, debido a la presencia de otros elementos propios del sistema jurídico (miedo) que hacen que aún ante una eventual incoherencia entre las creencias y las normas, se prefiere continuar aplicando las reglas. Siendo este un argumento propio del punto de vista externo, y que ante su intervención haría que todo el sistema colapse (Garzón Valdez , 1990).

Hart ya había pensado en la posibilidad de una obediencia, uso y actitudes frente a las normas motivadas por inercia, tradición, intereses personales, temor o una obligación moral (externa e independiente). Pero Garzón (1990) considera que no resulta ser una cuestión independiente, puesto implicaría que no existieran creencias acerca de cómo deberían ser las reglas, caso contrario existiría una confrontación entre el deber ser y el ser, es decir nunca se plantearían la pregunta de ¿por qué actúan así?

Todos estos cuestionamientos, son hechos para afirmar que entre el derecho y la moral existe una relación conceptual, lo que Garzón (1990, p. 118) señala como: “el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento”.

Para ello parte de la premisa que las sociedades para mantenerse cohesionadas necesitan de una estructura jurídica, y que esta establezca los parámetros de lo que se considera justo. Es decir, esta estructura dogmática es la que posibilita la convivencia entre los individuos en el colectivo que integran. Estructura dogmática que está en manos de los legisladores y funcionarios.

Mientras que el problema de sostener la tesis de la separación conceptual es que se deja de lado la estructura dogmática y su función, pues el rol de corrección este asignado a la autoridad y la estructura dogmática a una constitución.

De acuerdo con Garzón (1990) esto genera dos complicaciones para quienes sostienen la separación conceptual entre derecho y moral, pues la adhesión de las normas tendría que ser moral y no prudencial o por inercia, sino que para que se dicten y apliquen las normas es necesario un mandato moral.

En esa línea es preciso también señalar que no es posible alejarse de las connotaciones morales, pues esto implicaría que se aplique una norma, sin adherirse al contenido de la misma, solo por ser vinculantes. Y es que los legisladores pueden consentir ciertas normas, aun sabiendo su incorrección moral, por razones prudenciales, pero esto sería desconocer al derecho como es y cómo funciona.

Cabe agregar que, en el caso del punto de vista externo, la validez de las normas se da cuando recurre a la moral de quienes dictan y aplican las normas, y puede suceder que entren en desacuerdo el punto de vista interno y el punto de vista externo.

Para la ética las personas son considerados autónomas, en el sentido que atendiendo a evaluaciones personales pueden adoptar obediencia o no a las normas jurídicas. Garzón (1990) quiere mantener la tesis de que la separación, se debe a razones morales. La primera referida a un temor sobre ordenamientos jurídicos con

justificación ilícita y la posibilidad de atentar contra la capacidad crítica de las personas.

Y la segunda en base a que el sostener que las normas son moralmente correctas, puede llevar a que un juez como parte de los funcionarios se adhiera a las reglas del sistema se contradiga con sus concepciones morales. Mientras que en el caso de los ciudadanos puede suceder que sus creencias morales coincidan con las normas, caso contrario se adhieren a las normas por razones prudenciales.

2.4. BASES LIBERALES DEL DERECHO

2.4.1. Liberalismo

Según Nussbaum (2016) describe dos tipos de liberalismo, el perfeccionista y el político. El perfeccionista es descrito como una perspectiva político-liberal que aborda la naturaleza del valor moral (entendiendo al valor como un concepto para medir lo bueno o éticamente correcto) y la vida buena, para recomendar principios político-construidos sobre estos valores.

Pero complementa esta posición con la mirada conexa de Joseph Raz, quien parte del concepto autonomía para defender que existen formas incompatibles de vivir, pero que todas estas son buenas, en términos morales. Mientras que el segundo es descrito como una alternativa al liberalismo perfeccionista, definido como un liberalismo que basan los principios políticos en una doctrina

integral de la vida humana que abarca la conducta humana en general (Nussbaum M. C., 2016).

Al abordar el valor fundamental de la moral, surge el monismo, en contraposición el pluralismo. Según Nussbaum (2016) el primero referido a que existe solo una verdadera respuesta acerca de la fuente fundamental del valor moral, y el segundo que sostiene que hay muchas maneras en las cuales el hombre puede intentar o ser racional, y capaz de entenderse el uno al otro.

En palabras de Nussbaum (2016) quien argumenta en favor de una versión del liberalismo perfeccionista centrado en la autonomía, establece que esa es la clave para entender a las vidas como valorables y por tanto el eje de una sociedad liberal, lo que implicaría que el Estado provea de opciones y de tolerancia a vidas repulsivas entre sí.

Larmore, citado por Nussbaum (2016) presupone la existencia de un desacuerdo razonable. Las personas buscaran fundar una moral política, en una moral que una cantidad de personas puedan aceptar a pesar de estar en desacuerdo, siendo esto el centro del liberalismo político. Postura que posteriormente es alimentada por la idea del respeto, entendida como una forma de ver y tratar a las personas, vinculada a la idea de persona como un fin en sí mismo, o la idea de dignidad o un valor de la humanidad.

Para Nussbaum (2017) tanto Rawls como Larmore insisten en que los principios políticos de una sociedad no son neutrales y que tienen un contenido moral definido, caso contrario no existiría un

consenso. Bajo esta perspectiva surge el contenido de lo razonable.

2.4.2. Estado Moderno

De acuerdo con Cárdenas (2017) el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza, el desarrollo de finanzas internacionales, el fin del sistema feudal, el fin del monopolio de la iglesia, la constitución de ejércitos, entre otros factores influyeron en la construcción del Estado moderno (sustracción de los medios de autoridad y administración del ámbito privado al ámbito público).

Estos cambios aunados a la transformación del sistema feudal a un sistema capitalista y la formalización de un único ordenamiento jurídico para todas las personas de un territorio. Es pues una de las características del Estado Moderno el considerar al Estado como un sujeto de derecho organizado jurídicamente y que detenta el ostenta el monopolio de la producción normativa y organizativa.

En síntesis Cárdenas (2017) sostiene que las principales características son: i) La delimitación territorial del ejercicio del poder estatal; ii) El reconocimiento del pueblo o nación como elemento del Estado; iii) Existencia de una coerción legítima, de provisión de bienes y servicios al pueblo; iv) El reconocimiento del ordenamiento jurídico como elemento legitimador; v) Estructura política basada en los principios de la democracia; y vi) El deber de cumplir con la voluntad popular a través de una estructura gubernamental pero también administrativa.

Desde la perspectiva marxista, el origen del Estado moderno, esta principalmente – y no desconoce los anteriores- en los antagonismos sociales y en que la clase dominante ostenta el poder (Cárdenas Gracia, 2017). Esto es, ser o facilitar la explotación de la clase oprimida en el modelo de producción capitalista.

En opinión de Cárdenas (2017) desde el marxismo, el Estado tiene los siguientes elementos: i) El Estado es una ideología al servicio de la clase que ostenta el poder; ii) El Estado tiene una tendencia a la conservación y a la continuidad; y iii) el origen, cambios, desarrollo y destrucción del Estado dependen de la lucha de clase. Durante el siglo XVIII, surge cuestionamientos al Estado absoluto, para reclamar más espacios de libertad y poder, donde la economía tiene un rol preponderante. Siendo que la sociedad es concebida como un sistema de relaciones jurídico-privadas de contenido económico y el papel del estado es colaborar a que este sistema se mantenga.

Apoyada por el impacto de la reforma protestante que incluye elementos como el individualismo, tolerancia y el surgimiento de una moral burguesa afín con el capitalismo, y que, con los cambios derivados de la explotación y la explotación del nuevo mundo, despertaron una visión utilitaria de la vida, alineada a los reclamos de derechos y libertad (Cárdenas Gracia, 2017).

Según Cárdenas (2017), la consolidación de la ilustración en el siglo XVIII, con una clara inclinación naturalista (afiliación a

posturas contractualistas del estado y el reconocimiento de la dignidad de la persona), y el liberalismo económico son el principal fundamento teórico y filosófico del Estado Liberal.

2.4.3. Los tipos de Estados y su impacto en los modelos jurídicos

El fin del modelo económico feudal, marcado por su objetivo centrado en la búsqueda de la, aunado a los cambios ocasionados por el mercantilismo, desembocaron en exigencia de una economía dinámica, enfocada en la producción de bienes y prestación de servicios sin obstáculos, y una garantía de libre comercio.

El Estado por tanto debía garantizar la autonomía privada, libertad de contrato, propiedad y herencia, en contraposición al Estado absolutista, pues el nuevo enfoque implicaba ver a la propiedad como una condición para el goce de otras libertades (Cárdenas Gracia, 2017).

Las ideas de propiedad y libertad fueron pensadas en un espacio, el mercado, que no necesita de intervención estatal porque es el centro de intercambios, intereses, voluntades, armonizados libremente. La característica de la autorregulación deviene en el bienestar general, claro está bajo condiciones de competencia.

De acuerdo con Cárdenas (2017) la abundancia fue una condición necesaria del bienestar general de la nación, la posibilidad de una distribución equitativa garantiza la satisfacción, pero requiere una creciente división y especialización del trabajo y una expansión del mercado.

Es decir, el progreso económico requiere de estos elementos, pero también de un Estado cooperador, que eliminase cualquier obstáculo para el libre intercambio de bienes o servicios, pero no solo era una reducción del estado a cooperar con los actores del mercado, sino que se lo relegaba a obras y servicios de orden público.

Este pensamiento fue cuestionado, principalmente porque los factores, elementos y actores para el mercado en los términos económico-liberales no eran factibles para todos, no todos eran propietarios, existían relaciones de desigualdad contractual y/o subordinación.

Pero sobre todo por la contradicción entre la acumulación de riqueza y en términos liberales de ampliación del trabajo – explotación- no es compatible con la idea de competencia (Cárdenas Gracia, 2017). Las sociedades eran asimétricas y desiguales, no existiendo por tanto como señala un estándar de hombre económicamente independiente y políticamente emancipado.

Movimientos intelectuales como enciclopedia o la Ilustración, veían al ser humano como inteligente, capacidad que le permitía realizar sus propios planes y proyectos, un ser capaz de generar un contrato para la creación del Estado, sin que esto implique una renuncia a derechos inherentes, sino que se genera un instrumento que los salvaguarda.

De acuerdo con Cárdenas (2017) se optó por una visión naturalista, es decir por reconocer que el Estado y la sociedad son posteriores a los derechos, por lo cual estos solo serían los mecanismos para concretar esos derechos, y para garantizar esta postura existen controles, los cuales son: i) primacía de la legalidad; ii) división de poderes; iii) gobiernos representativos; y iv) posibilidad de revocación de los representantes.

Estas ideas definen las condiciones de las sociedades capitalistas, que se ven enmarcadas por la invención del dinero y por la transabilidad de la fuerza de trabajo. Según Cárdenas (2017) con la irrupción del utilitarismo, se empezaron a distinguir entre intereses según prioridad, en busca de la satisfacción de un mínimo nivel de vida, es decir se requiere mitigar la desigualdad.

El Estado liberal de derecho concretado post revoluciones liberales, significó la concreción de la delimitación y racionalización de la autoridad. La propiedad y la libertad de contratación se consagraron como derechos sobre los cuales el Estado no puede limitarla sino y solamente apoyarla. Es por ello que el sistema jurídico estaba abocado a categorías precisas: i) División de Poderes; ii) Consagración de los derechos humanos; iii) primacía de la legalidad; y iv) independencia de los jueces.

Cárdenas (2017) señala que se reconocen otras categorías como al de autonomía de la voluntad. Categorías que tienen en común, una finalidad de organizar y limitar el poder desde los principios generales y de la generalidad de los hombres. Generando y/o

consolidando características de los derechos humanos, en torno a una dotación de universalidad, preexistencia al Estado y al orden jurídico, y la naturaleza moral y jurídica de estos.

La división de poderes (división de funciones del estado y la relación de cooperación a través de controles mutuos), en teoría resguardaba el equilibrio del poder, de la representación del interés general y manifestación de la razón, empero realmente se trata de la manifestación del poder la burguesía (Cárdenas Gracia, 2017).

Y el ejercicio de ese poder se hacía a través de la legalidad que fungía de límite para la arbitrariedad y discrecionalidad del ejecutivo. En el caso del poder judicial, debido a que la exégesis predominaba, el papel de los jueces se redujo a un papel mecánico, aplicadores de la ley, mas no interpretadores.

Cárdenas (2017) mencionó que el principio de legalidad toma principal relevancia, pues es impedía la arbitrariedad, pero también al desglosar el sentido formal y material de la ley, implicaba que tenía que ser aprobada por el órgano legislativo y conforme a los procedimientos determinados, y que tenía que poseer la característica de generalidad (aplicable a todas las personas) y abstracta (permanente y no retroactiva).

Otro principio de vital importancia es el de reserva de ley, donde solo una ley y a través de una ley se puede regular derechos, delitos, penas, impuestos. Fungía de una garantía para la clase burgués que impida que la administración regulase materias

contrarias al mercado y a la propiedad, y mucho menos la libertad (Cárdenas Gracia, 2017).

Pero también existía un corolario, el principio de autonomía de la voluntad, que supone la autorización para actuar de las personas, siempre y cuando no hubiese una ley que restringiese esa conducta. La ley entonces era el regulador de los intereses públicos e intereses particulares (derechos particulares vs interés público). Se buscaba unidad, coherencia, sistemática, basada en la razón, generalidad y abstracción.

Por su parte el poder judicial, estaba subordinado a la ley, no podían alejarse de la literalidad de la ley y mucho menos tenían autoridad para reformular el sistema jurídico, su papel es aplicar la ley y voluntad del legislador. No es posible hablar de interpretación o de argumentación, sino más de inferencias, era un rol pasivo, que no tenía legitimidad democrática.

De acuerdo con Cárdenas (2017) el estado de bienestar se apoya en conceptos y categorías como: i) incorporación en la constitución y en las leyes de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; ii) aumento de la burocracia, administración pública y del gasto público; iii) Ejercicio legislativo del ejecutivo por delegación; iv) entendimiento normativo de la constitución; v) control de constitucionalidad y fuero constitucional fortalecido.

En este orden de ideas Cárdenas (2017) mencionó que, estos elementos responden a dos grandes razones, el mercado genera grandes desigualdades y el estado debía intervenir, y por ende la

noción de Estado sin derechos económicos y sociales insostenibles, el estado de bienestar debe entonces garantizar la libertad, pero maximizar la igualdad, aun cuando estos últimos resulten costosos.

Si bien se fueron reconociendo otros derechos, se enfrentaron a la realidad, una donde la estructura jurídica del estado respondía a esquemas de estado liberal y por tanto represento un desafío para garantizar la estructura económica y jurídica de la sociedad. poniendo así de manifiesto que la eficacia de los derechos humanos de igualdad está condicionada por la presencia de una estructura económica fundamental como ha indicado el marxismo. El estado logró el reconocimiento de los derechos de igualdad, pero no pudo cumplir con su satisfacción debido a la influencia del sistema capitalista lo que impidió alcanzar sociedades justas. Uno de los logros fue el crecimiento y consolidación de la administración pública.

En los años setenta comenzó a elaborarse la teoría del estado constitucional, cuyos enfoques y preocupaciones dependen de la cultura jurídica. En la actualidad se expresa como una concepción fortalecida de los derechos humanos, considerándolos como el fundamento y fin último del estado y del orden jurídico.

Se refuerza la noción de constitución normativa, es decir un conjunto de reglas que se basan en respeto pleno de los derechos humanos, o en algunos casos una propuesta para lograr la igualdad, inclusión y justicia, enmarcados en un contexto

supranacional e importancia destacada del razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, y respeto de la pluralidad jurídica (Cárdenas Gracia, 2017).

La asunción de la ductilidad constitucional y todo lo que implica, como la aceptación de principios liberales y sociales, comunitarios e individualistas, libertad e igualdad, donde ninguno per se es superior a los demás, para dar solución a un posible conflicto se requieren métodos claros y definidos que se apliquen para cada caso de forma específica.

Como señala Cárdenas (2017) el estado constitucional reformula el sistema de las fuentes jurídicas, donde las constituciones y los tratados reconocen derechos humanos y los articulan de manera normativa a través de principios y valores. Estos documentos, están orientados a la protección más amplia de las personas y se espera que el Estado, en todas sus acciones promueva, garantice, proteja y repare las violaciones derechos humanos, y para ello instauran los tribunales constitucionales.

También implica una manera de entender al ordenamiento jurídico, entre reglas, principios y valores. O de reelaboración conceptual de las categorías jurídicas a la luz del carácter de los derechos humanos. Es importante el contexto, los procedimientos deliberativos y pragmáticos.

Para Cárdenas (2017) las bases filosóficas del Estado constitucional son: a) la trascendencia de la moral en el mundo jurídico, b) la observancia irrestricta de los derechos humanos y a

la democracia, c) el poder de los jueces constitucionales, d) la instauración del principio de proporcionalidad como método para resolver conflictos entre derechos, e) pretensión de globalización constitucional.

2.5. COMPLIANCE Y DERECHO

2.5.1. Compliance o Cumplimiento

No siempre la amenaza de sanción genera altos niveles de cumplimiento. Sin embargo, resulta necesario verificar que sucede si se incorporara la obligación moral en este esquema.

Sutinen y Kuperan (1999) mencionan que, desde el análisis económico, se considera que el individuo viola una ley, siempre y cuando los beneficios de la violación resultan superiores a los beneficios del cumplimiento, caso contrario el individuo cumple con la ley.

Sin embargo, este análisis deja de lado las concepciones morales personales, en este mismo orden de ideas mencionó que hacer lo correcto expresa la obligación de obedecer a un conjunto de valores, y es que la obligación moral resulta ser muy común y a la vez lo suficientemente fuerte para explicar un comportamiento acuerdo a ley, menciona que, “*we now turn to incorporating intrinsic motivation into the basic deterrent model*” [Traducción: pasamos ahora a incorporar la motivación intrínseca al modelo básico de disuasión] (Sutinen y Kuperan 1999, p. 178).

En su mayoría, desde la óptica económica se ignoran las concepciones morales del comportamiento económico, lo que nos plantea si estamos ante un enfoque mal fundamentado o incompleto. Es claro que la moral y las normas morales influyen claramente en los resultados económicos (Sutinen y Kuperan, 1999).

Fuera del ámbito económico y del jurídico, se establece que el cumplimiento de las reglas está relacionado a las concepciones internas y a las influencias externas del entorno. La teoría cognitiva señala que una de las variables para el cumplimiento son la moralidad del individuo y el nivel de desarrollo moral, mientras que desde la teoría del aprendizaje social se centra en los efectos condicionantes del medio ambiente.

De acuerdo con Sutinen y Kuperan (1999) en la literatura sociológica se tiene dos perspectivas sobre el cumplimiento, el instrumental referido a que los individuos son impulsados puramente por el interés propio y por los incentivos, mientras que desde la perspectiva normativa se centra en la concepción de los individuos de lo justo, lo moral, lo equitativo y la consistencia de la ley con las normas internalizadas.

Los actos morales están motivados de manera intrínseca, implica sacrificio de beneficios, están referidos a intenciones y a la forma de alcanzar resultados. Ahora estos actos, también son alimentados por una preocupación por la reputación.

Tal como señalan Sutinen y Kuperan (1999, p. 181) “*like enforcement authorities, peer groups can reward and punish their members, either by withholding or conferring signs of groups status and respect, or more directly by channeling material resources toward or away from a member of the group*” [Traducción: Al igual que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, los grupos de iguales pueden recompensar y castigar a sus miembros, ya sea negándoles o concediéndoles signos de estatus y respeto, o más directamente canalizando recursos materiales hacia un miembro del grupo o alejándolos de él].

Al igual que la posición moral personal, mientras más fuerte la posición social, menos violación de las reglas. Tal parece que las normas de comportamiento están dadas de forma exógena, sin embargo, desde el *compliance* podemos ver que la posición moral y social, está estrechamente relacionada a la regulación; es necesario evaluar que el éxito del derecho estaría en la posibilidad de controlar el comportamiento.

2.5.2. Corrientes económicas

Se supone que cada agente económico tiene un comportamiento maximizador porque las personas son racionales, y la racionalidad exige la maximización.

Cooter y Ulen (2016) mencionó que, este pensamiento está arraigado a la idea de un equilibrio en la interacción de actores maximizadores, ciertamente, no pretenden que se produzca un equilibrio, simplemente intentan maximizar lo que les interesa; no

obstante, la interacción de los agentes maximizadores suele desembocar en un equilibrio.

A estas ideas se suma la idea de eficiencia, los cuales constituyen fundamentales para explicar el comportamiento económico.

De la revisión de la literatura, se aprecia el concepto de *crony capitalism* o *cronysim*, para hacer referencia al capitalismo de compadres o al amiguismo respectivamente.

Sin embargo, Aligica y Tarko (2014, p. 158) refiere que, lo resaltante de ello es que “*is closely connected to the idea of rent seeking and corruption*” [Traducción: está estrechamente relacionada con la idea de búsqueda de rentas y corrupción], es decir, se han incorporado juicios éticos para una descripción de determinada situación económica o un sistema de corrupción.

De acuerdo con Aligica y Tarko (2014) menciona que, el capitalismo fue concebido como una política que para el bienestar general puede resultar ineficaz, también puede resultar eficaz respecto de ganancias, sin embargo, es necesario diferenciar que no funciona del mismo modo en todas las economías pues en los países desarrollados la corrupción y conductas no éticas forman parte como complemento de la economía formal, mientras que en los países en desarrollo son complemento de la economía informal.

Ello pues que estos comportamientos suelen ser medios para alcanzar beneficios en la economía oficial de manera más fácil, sin embargo, en los países en desarrollo estos comportamientos son utilizados para mantenerse al margen de la economía oficial.

El capitalismo y sus fallas ya sean en países desarrollados o en desarrollo, son resultado de una búsqueda de rentas, en un ámbito de desregulación (Aligica y Tarko, 2014).

2.5.3. Capitalismo y derecho

En la edad antigua, se mantuvieron la supremacía de los valores morales sobre los valores económicos. Termes (1992) señala que cuando Aristóteles describe el camino hacia la felicidad a través de las obras puestas por las virtudes, se toma como base para la fundamentación de la denominada lucha competitiva por la excelencia. La conducta del hombre que lucha por alcanzar la buena vida (suficiencia material) sin dañar la vida buena (virtud y ley).

En palabras de Termes (1992) mencionó que, en el medioevo, Tomas de Aquino, postula la filosofía del obrar; y esta trata del esfuerzo del hombre para el bien, siendo que considera a la propiedad privada acorde con el derecho natural y la justifica en la razón humana; sin embargo, pone límites a la facultad de usar condicionándola a la satisfacción de las necesidades de los demás. En cuanto al comercio este cambio en la forma de ver las cosas, se afirma que los comerciantes pueden proponerse lícitamente el lucro como una remuneración por el trabajo y no como fin último.

De acuerdo con Termes (1992) en esta cuestión está el tema del valor y precio, se elabora la teoría del justiprecio, reconociendo que el precio de las cosas depende de varios factores y por tanto los precios del mercado sin que medie interferencia alguna resultarían

justos; de igual forma menciona que con la presencia de la filosofía realista, a la concepción medieval del precio justo se agrega que es necesario hay suficiente número de compradores y vendedores, motivo por el cual desaprobaban la intervención estatal.

Durante esta época, se inicia a concebir al dinero en función del tiempo, reconociendo la importancia del interés y su debido resarcimiento.

Y es que, de todos estos tópicos, bien señala Termes (1992) se aprecia que la economía de libre mercado no tiene en sí misma nada de inmoral; distinguían en la actividad económica: la naturaleza de la actividad, la intencionalidad del agente, y el beneficio que la actividad genera; este beneficio solo será legítimo si se ha logrado sin fraude o coacción, e ilegítimo si se obtenido con actividades contrarias al bien común o empleando procedimientos en contra de la dignidad humana.

De igual manera el capitalismo no tenía de por sí una carga negativa desde el punto de vista moral; así mismo, los cuestionamientos venían por la materia del negocio o la intención del negociante, mas no al negocio o al beneficio.

Termes (1992) mencionó que la irrupción de la doctrina contractualista implica un cambio en la forma de ver al capitalismo. Hobbes con su sistema moral basado en la naturaleza egoísta del hombre, Rousseau concibe el contrato social a partir de un hombre naturalmente altruista. Locke, propone un punto intermedio al considerar a la naturaleza humana como aquella compuesta por

individuos racionales que en su mayoría son razonables y se encuentran en disputa entre el egoísmo y la generosidad.

Para llegar a Smith es necesario detenerse en la filosofía moral de Hume quien acepta la libertad de espontaneidad (ausencia de coacción o violencia). Al trasladar este pensamiento al espíritu del capitalismo, resultaría difícilmente aceptable para quienes piensan que el hombre, por naturaleza es capaz de distinguir y elegir entre el vicio y virtud; por lo que, a partir de Adam Smith, se entiende que todas las formas de entender el capitalismo suponen necesariamente aceptar el enfoque humano.

Adam Smith basa su teoría en la cuestión de la virtud, en que consiste (noción de virtud) y como se determina si una acción es virtuosa (principio de aprobación). Smith se refiere al interés propio como una de las motivaciones del obrar humano, no se trata de un principio absoluto y que su persecución debe realizarse dentro de un determinado orden económico, jurídico, sociológico y ético. Respecto del principio de aprobación, toma a la simpatía como único principio de valoración, el cual es aplicado por un observador que actúa como juez.

Termes (1992) dijo que, cuando juzga sus actos propios, se convierte en un espectador imparcial, cuyo juicio aprobatorio no puede deducirse de la utilidad, aunque también afirme que las acciones virtuosas son útiles mientras que las ociosas no.

Según Termes (1992), Smith se mueve en dos planos, la realidad que observa y la que le gustaría que fuera, por lo cual no considera

que el sistema de economía de mercado tenga como ingrediente principal al egoísmo y a la vulneración de los valores morales. Pues es notorio que Smith habla de un individuo que contribuye sin querer al orden espontáneo, puede o debe ser un individuo con las más altas virtudes.

Ahora el sistema funciona con los individuos que existen, y no precisamente son el ideal virtuoso. El orden espontáneo conduce a grados de bienestar mayor prosperidad- a la concepción constructivista (alcanzar el bien común).

De acuerdo con Termes (1992) mencionó que Stuart Mill, tiene una vertiente moralista que impacta en su pensamiento político. Mill defiende una libertad de pensamiento y expresión como una garantía de la libertad de acción para lograr el bien de la sociedad -sociedad que deseaba igualitaria.

Termes (1992) sostiene que no es posible afirmar que los males observables en la realidad no son imputables al sistema de economía de mercado, pero también que, dada la interrelación entre los sistemas éticos, culturales e institucionales con el sistema económico, este último difícilmente producirá los resultados que deseamos si los otros sistemas no evolucionan adecuadamente.

Se trata entonces de una necesaria renovación moral de las sociedades contemporáneas y las instituciones que la acompañan, el centro de ello es el hombre mismo. El discurso ético está en auge en el campo de los negocios, cuyo riesgo central es solo centrarse en la rentabilidad. Sin virtudes morales no hay comportamiento

racional. Termes (1992) afirma que el capitalismo no tiene por qué ser amoral, lo que requiere es de individuos moralmente correctos. Foucault (1976) señaló que, a raíz de las nuevas formas de acumulación de capital, relaciones de producción, propiedad, significó una transición del ilegalismo de los derechos al ilegalismo de los bienes. La sociedad capitalista ocasionó por un lado que las clases populares recurran al ilegalismo de los bienes (transferencia violenta de la propiedad), y por otro que la burguesía el ilegalismo de los derechos (posibilidad de eludir las leyes).

2.5.4. El impacto económico, ideológico y jurídico del neoliberalismo

El neoliberalismo puede ser visto desde varias ópticas. La ideológica, que sostiene una percepción idealizada del libre mercado, presume a las personas como egoístas y descontextualizadas, recela la intervención económica del Estado. Desde una perspectiva gubernamental el neoliberalismo se fundamenta en la promoción de la competencia, la descentralización, el fortalecimiento del poder individual y la restricción a los poderes.

Desde la óptica de Cárdenas (2017) las medidas económicas del neoliberalismo se basan en desregularizar la economía. Ahora estas ópticas requieren de instrumentos necesarios, el orden jurídico y la estructura estatal, se expresa política y jurídicamente.

La globalización crea redes jurídicas, no tienen per se una jerarquía como en el derecho nacional, con un origen privado que sustituyen las fuentes jurídicas tradicionales.

Cárdenas (2017) mencionó que las sociedades nacionales, inmersas en los sistemas normativos, producto de intereses transnacionales, no participan en su formulación o las legitiman, pero si afecta sus vidas, las redes jurídicas son de origen preponderantemente privado, sobre el derecho contractual, donde quien ostenta más poder ganar más terreno. Modelos jurídicos que operan simultáneamente y son multifuncionales, la globalización es pues también un ejercicio de geopolítica.

En el amplio entretejido jurídico resultado de la globalización y el neoliberalismo, se pueden vislumbrar redes jurídico-económicas supra-gubernamentales y las redes privadas de autorregulación.

Cárdenas (2017) acotó que, esta red jurídica no se basa en criterios convencionales, sino en criterios puramente económicos y son los mismos los que respaldan y dotan de fuerza normativa para que sean adoptados, observados y aplicados. Se caracterizan por ser flexibles, para que se puedan adaptar a múltiples procesos y operaciones, pretenden dar institucionalidad y reducir los márgenes de incertidumbre a los procesos económicos globales, y que finalmente impacta en el derecho interno.

2.5.5. La desregulación y los orígenes del *compliance*

Después de la segunda guerra mundial experimentó un desarrollo industrial caracterizado por la desregulación de los sistemas

legislativos, cuyo impacto fue a nivel de política estatal. Esto propició un espacio económico en el que cada vez las empresas transnacionales, los acuerdos comerciales multilaterales, liberalización de los flujos de inversiones, facilitando la movilidad de las empresas y a la vez una extensión sin precedentes del mercado.

Gendron (2014) refiere que, las empresas desarrollaron estrategias que les permita beneficiarse de ese contexto, el escaso o nulo marco legal, que incluso ha llevado a que se forme una cultura de tolerancia de prácticas consideradas reprochables, incluso se han resistido a los intentos de regulación.

Sin embargo, hoy se apresuran a adoptar normas de conducta, códigos de ética, políticas de integridad, desbordan en un entusiasmo por la ética y un comportamiento socialmente responsable.

Grandes escándalos corporativos como el caso Enron, Sony Ericsson, *AirBus*, o el mismo *Watergate* han originado que los medios de comunicación y el Estado se preocupen por el mercado. Como señala Stelzer (2004, p. 19) la frase "*There oughta be a law*" [Traducción: debería haber una ley], por lo que se resume el espíritu del impulso que en la legislación causaron en esos escándalos. Una búsqueda de nuevas reglas y prácticas, que sean difíciles y costosas de transgredirlas. Respuestas desde las políticas públicas al comportamiento empresarial.

De igual manera Stelzer (2004) refiere que existen argumentos como la necesidad de intensificar la regulación, mayor intervención en el gobierno corporativo o el aumento de las sanciones, así mismo afirma que ninguna cantidad de intervención del gobierno puede sustituir el comportamiento relacionado con los demás.

La preocupación por el comportamiento hace necesario reforzar el comportamiento moral, una necesidad de una respuesta adecuada que incluya cuestiones morales.

Gendron (2014) refiere que, la empresa durante la década de 1970 ya enfrentaba una presión social, que en los últimos años se han intensificado, hasta llegar a cuestionar su legitimidad cuyos beneficios cada vez resultaban más inciertos, así mismo nuevos movimientos socioeconómicos han calado en la forma de hacer empresa, de igual manera se han visto obligadas a nuevas preocupaciones, más allá del rédito económico, hacía un verdadero enfoque de contribución con la sociedad.

Esto ha significado una ruptura con la ética sobre la cual se fundamenta el capitalismo, según el cual el bienestar está asegurado por la búsqueda de intereses individuales de los agentes económicos y no por un bienestar colectivo.

Según Gendron (2014) esta ruptura se ve plasmada en la adopción de compromisos con sus grupos de interés que van más allá o superan las obligaciones legales, tal es así que menciona *“ce qui est présenté comme une démarche éthique est en fait bien souvent la réponse à des pressions sociales plus ou moins*

institutionnalisées auxquelles l'entreprise n'a pas vraiment le choix de répondre" [Traducción: lo que se presenta como un planteamiento ético es en realidad muy a menudo una respuesta a presiones sociales más o menos institucionalizadas a las que la empresa no tiene más remedio que responder] (2014, p. 19) . De hecho, son la respuesta al reclamo de regulación de la empresa globalizada.

Como señala Gendron (2014) refiere que los códigos de conducta resultan siendo no solo autorregulación, sino que también pueden ser correulación y que finalmente significa establecer un marco normativo privado pero vinculante, en medio de un ambiente de desregulación, los cuales finalmente nos hacen ver que la producción legislativa y el potencial regulatorio de las empresas existe.

Goldman (2018) señala incluso que la aparición de los programas de *compliance* y las consecuencias penales atribuibles a la empresa son consecuencia de un proceso de expansión del derecho penal y que pone en juego la noción tradicional del derecho penal liberal. Señala que son una "respuesta frente a la impotencia de un Derecho Penal que carece de herramientas materiales y conceptuales para dar solución a la innumerable cantidad de problemáticas". Es dentro de una lógica disuasiva donde se ve al *compliance* como la respuesta menos onerosa a la satisfacción de las demandas sociales.

Este enfoque resulta un tanto limitado, pues el *compliance* no está enmarcado solo en el ámbito penal. Pues bien, como señala Sanclemente-Arciniegas (2020, p. 97) “la complejidad del *compliance* radica no tanto en su novedad, sino en intentar fundir en una sola institución influencias provenientes de diferentes lógicas (liberalismo-estatismo) y categorías jurídicas (derecho público-derecho privado) y actores”. Y es que finalmente el *compliance* pone en juego las tensiones entre libertad y la protección del interés general.

Ahora bien, con respecto a los orígenes del *compliance* lo encontramos en el iusnaturalismo. Massini (2018) mencionó que, existe una relación entre el iusnaturalismo y el *compliance* donde esta debe ser entendida como la necesidad de que las empresas y organizaciones respeten no sólo las leyes y regulaciones aplicables a su actividad, sino también a los principios éticos y morales universales que sustentan el derecho natural.

Es decir, el cumplimiento normativo no debe ser entendido como una mera obligación legal, sino como una expresión concreta de la ética y la responsabilidad social que deben guiar la actuación de las empresas y organizaciones en un contexto de derecho natural. Massini (2018) refirió que, por otro lado, el iusnaturalismo también puede tener implicaciones en cómo se diseñan los sistemas de *compliance*, ya que éstos deben ser diseñados no sólo para cumplir con las leyes y regulaciones aplicables, sino también para

garantizar una actuación ética y responsable en todos los ámbitos y brazos de la actividad empresarial.

En definitiva, el iusnaturalismo y el *compliance* tienen una visión crítica sobre el papel del derecho en la sociedad. La importancia de respetar los principios éticos y morales que recogen pueden aportar significativamente a una cultura de valores que impacte en la cultura empresarial y trascienda el cumplimiento normativo.

2.5.6. Negocios y ética

Para Raith (2018) toda economía está incrustada en la llamada economía moral. La economía moral se trata de intuiciones morales que aplicamos cuando tomamos una decisión sobre lo que sucede alrededor, la forma más visible es el caso de la indignación, el cual ha sido un indicador que algo anda mal y es un iniciador para el cambio.

Pues esta es una señal de que existe un conflicto entre lo que se considera económicamente sólido y moralmente justificable, de igual manera también menciona que el funcionamiento de las instituciones económicas no está aislado del contexto cultural, sin embargo, muchas veces la teoría económica es ignorante de su contexto y de sus consecuencias. Algunas normas son contingentes culturalmente y afines al sistema económico al que pertenecen.

Blumenthal (1977) escribió en base a la ola de revelaciones de actos de corrupción corporativos, sobre la ética en el mundo corporativo moderno. Abordó la moralidad en los negocios,

apoyándose en los cambios que la sociedad había experimentado y que impactarían en el ámbito tradicional de los negocios. Afirmó: “*Activities once considered as normal practices are now unacceptable*” [Traducción: Las actividades que antes se consideraban prácticas normales ahora son inaceptables] (1977, p. 103).

Hablar de negocios en un determinado país implica necesariamente hablar de negocios en el mundo en general, las economías son interdependientes y las empresas han crecido en tamaño y complejidad. Diversos factores han hecho evidente que no es posible saber con certeza si todos los empleados están observando los procedimientos operativos y las normas mínimas de conducta que han sido promulgadas en los consejos superiores de determinada empresa.

También han cambiado las comunidades donde las empresas operan y su toma de decisiones debe considerar el impacto que pueden tener en la comunidad, acompañado de la noción de empresa socialmente responsable, la cuestión ha hecho que se tomen en cuenta los impactos en la vida de las personas.

Por ello Blumenthal (1977, p. 103) afirma que

Some people have interpreted the recent disclosures of bribes and kickbacks as conclusive evidence that business morality has deteriorated. This isn't true. Certain practices that were once acceptable are no longer considered proper because the rules and expectations of society have changed. [Traducción: algunas personas han interpretado las recientes revelaciones de sobornos y coimas como evidencia concluyente de que la moralidad empresarial se ha deteriorado; esto no es cierto, dado que ciertas prácticas que alguna vez fueron aceptables ya no se consideran apropiadas porque las reglas y expectativas de la sociedad han cambiado].

Finalmente, Blumenthal (1977, p. 103) afirma que,

People in business have not suddenly become immoral. What has changed are the contexts in which corporate decisions are made, the demands that are being made on business, and the nature of what is considered proper corporate conduct. Corporation executives today are held accountable to many different constituents and overseers—the board of directors, other members of management, shareholders, customers, employees, the news media, and others. In short, business has become everybody's business. [Traducción: “La gente de negocios no se ha vuelto inmoral de repente. Lo que ha cambiado son los contextos en los que se toman las decisiones corporativas, las demandas que se hacen a los negocios y la naturaleza de lo que se considera una conducta corporativa adecuada. Los ejecutivos de las corporaciones hoy en día son responsables ante muchos electores y supervisores diferentes: la junta directiva, otros miembros de la gerencia, accionistas, clientes, empleados, los medios de comunicación y otros. En resumen, los negocios se han convertido en asuntos de todos].

De acuerdo con Friedman (2005) a lo largo del tiempo, la globalización ha evolucionado en tres etapas, en la primera, entre 1492 y 1800, los países buscaron recursos y expansiones imperiales, en la segunda, de 1800 a 2000, las empresas se centraron en mercados y mano de obra, la tercera etapa, iniciada alrededor de 2000, está acortando distancias y nivelando el terreno, impulsada por individuos y grupos diversos; a diferencia de las dos etapas anteriores lideradas por empresas y países europeos y estadounidenses, la globalización 3.0 se caracteriza por la participación global de personas de diversos orígenes y colores.

A veces, las normas evolucionan con el tiempo, como se vio con la creciente expectativa en los países desarrollados de que las empresas reduzcan su contaminación. Cambios en el comportamiento empresarial pueden alterar rápidamente las

expectativas, poniendo en riesgo la reputación de quienes no se adaptan.

Las expectativas de los interesados pueden divergir, complicando definir normas aceptables. Las empresas culpan a cambios en reglas, ignorando señales de cambio y subestimando actitudes de determinados grupos (Eccles et al., 2007).

Las pautas evolucionan con el tiempo, como la creciente anticipación en naciones industrializadas de que las compañías reduzcan su contaminación al mínimo. Cambios en compañías líderes pueden modificar rápidamente las expectativas y perjudicar la reputación de aquellos que no se adaptan (Eccles et al., 2007).

Eccles et al. (2007) mencionó que, las diferencias en las expectativas y agendas de las partes interesadas complican la definición de normas aceptables. Las empresas culpan a los cambios normativos, ignorando indicios de cambio y subestimando actitudes.

Según Friedman (1970) el debate en torno a la responsabilidad social de la empresa se destaca por su falta de rigor y escaso análisis crítico. Las corporaciones son una persona artificial y, en este sentido, puede tener responsabilidades artificiales, pero no se puede decir que un negocio tenga responsabilidades. Además, en un sistema de propiedad privada y de libre empresa, un ejecutivo corporativo es un empleado de los propietarios de la empresa, y estos tienen solo la responsabilidad directa con sus empleadores de llevar a cabo los objetivos e intereses vinculados a la empresa.

Friedman (1970) señala que existe una dificultad de ejercer la “responsabilidad social” pues en un mercado libre ideal toda cooperación es voluntaria. Siendo tajante en el sentido que los valores “sociales” y las responsabilidades “sociales” son solo valores compartidos de los individuos.

Friedman (1970) por tanto afirma que existe una y sólo una responsabilidad social de las empresas: maximizar sus recursos. Esto es la utilización de sus recursos, a búsqueda de ganancias, pero siempre respetando las reglas y en un ámbito de libre competencia y sin fraude de por medio.

2.5.7. Corrupción, *compliance* y normalización

Rose-Ackerman y Palifka (2016) refirieron que, la corrupción había sido vista principalmente como problema vinculado al mal funcionamiento de las instituciones públicas. Estos análisis coincidían en considerar a la corrupción como un fenómeno derivado de instituciones públicas débiles, ya sea por su diseño o crecimiento desmesurado, no eran capaces de aplicar de forma imparcial las reglas.

Al ser este el punto de vista se pensó que la mejor forma de solucionar el problema es a través de la calidad, con el fin de resguardar que estas cumplan con el interés general y no sean desviadas al interés particular. Ahora, si a este punto de vista se le añade la concepción del *compliance* se lo hace más completo, pues reclamaría e incluiría a actores privados.

Dentro de esta rama, Sanclemente-Arciniegas (2017) observó que las empresas han emergido como nuevos sujetos con un poder económico que, en algunas ocasiones, supera el poder del Estado. Se ha argumentado que las empresas tienen que asumir un rol importante y responsabilidades en la protección de bienes jurídicos relevantes. Sin embargo, el derecho del *compliance* lo desborda y va más allá de los instrumentos del *soft law*, que previamente instaban a las empresas a adoptar comportamientos socialmente responsables.

Cortina (2000) que las normas de *compliance* obligan y requieren de las empresas interiorizar asuntos como la lucha contra la corrupción como una función interna y que gira en torno a todas sus actividades. Se trata de una tendencia que exige legalmente que las empresas refuercen la vigilancia y supervisión sobre su propia conducta.

Esas obligaciones legales se han visto fortalecidas por la introducción de la normalización como mecanismo de ejercicio del poder en el campo del derecho económico (Sanclemente-Arciniegas, 2020)

Siguiendo la perspectiva de Foucault (1976), este fenómeno representa un cambio significativo en la forma en la que se disciplina el mercado. En ese sentido, el estado ya no se limita a promulgar leyes prohibitivas o que autorizan, abandonando así la *governance* por la vía negativa, que implicaba abstenerse de intervenir o imponer prohibiciones.

Para Sanclemente-Arciniegas (2020) la normalización se adopta como un enfoque positivo para ejercer influencia, debido a que implica la implementación de diversas normas, regulaciones estatales, códigos de conducta y estándares técnicos.

Sanclemente-Arciniegas (2020) reconoce que la incorporación de las empresas en la lucha anticorrupción tiene tres elementos esenciales: a) la *Foreign Corrupt Practices Act* y su rol al prohibir el uso de la corrupción como medio para la consecución de ventajas, b) la penalización y criminalización de la corrupción empresarial, y c) la aplicación de elementos y mecanismos propios del *compliance* para lograr la eficacia de esa ley

Antes de esta norma las grandes corporaciones multinacionales se encontraban habilitadas fácticamente para pagar sobornos en los países donde tenían operaciones y contabilizarlos como si fueran gastos. Esta norma ha influido significativamente en la lucha global contra este problema, empresas de todo el mundo han enfrentado sanciones por corrupción por parte de autoridades estadounidenses, sin importar la ubicación (Sanclemente-Arciniegas, 2020).

Es la aplicación supranacional de las leyes estadounidenses uno de los elementos más importantes en la incorporación de normas de *compliance*, buscando así una forma de proteger las empresas. Por ello, se asevera que el *compliance* convierte a las empresas en agentes con roles que normalmente corresponden al estado, como la lucha contra la corrupción, en la visión legal estadounidense.

Se reconoce que esta transformación no ocurre de manera automática ni solo por conciencia empresarial, sino que se necesitan estrategias para garantizar que los actores económicos cumplan con las normas.

Sanclemente-Arciniegas (2020) mencionó que, el *compliance* no se limita a emitir leyes y esperar que se cumplan voluntariamente, en su lugar, se desarrollan herramientas para asegurar la efectividad de las regulaciones.

El enfoque legal en Estados Unidos para promover el cumplimiento implica: a) identificar riesgos específicos, como la corrupción, que las empresas deben abordar; b) impulsar reformas en la estructura administrativa para enfrentar dichos riesgos; y c) fomentar la implementación de normativas internas en las compañías, como códigos éticos o de conducta o programas de *compliance*, para mostrar su compromiso con las normas (Sanclemente-Arciniegas, 2020).

Las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* son un hito al establecer pautas para que las organizaciones adopten los programas de cumplimiento, impulsaron cambios notables en el comportamiento de las organizaciones (resaltaron la importancia de cuestiones éticas en el cumplimiento legal) y al brindaron incentivos para reestructurar internamente y evitar incumplimientos normativos (2020).

Desde esta perspectiva es viable la afirmación de Sanclemente-Arciniegas (2020), pues la introducción de herramientas de

compliance para fortalecer la lucha contra la corrupción modifica la comprensión básica de lo que es una empresa, reavivado la discusión de empresas socialmente responsables y una nueva sistematización de regulación en la globalización.

Desde esta perspectiva como establece Sanclemente-Arciniegas (2020), los programas de cumplimiento buscan asegurar el respeto de normas legales y valores jurídicos importantes y que impacta significativamente en las estructuras organizativa de las empresas desde una perspectiva ética, esto va más allá del cumplimiento legal, buscando integrar la ética en la esencia de la organización. Lo que finalmente implica que se estén transformando instituciones clave del derecho.

2.5.8. Los elementos del *compliance* y su vinculación con el derecho

Según Montiel et al. (2019) los elementos del *compliance* pueden variar entre autores, dado que cada quien tiene su propia perspectiva y dependen del enfoque sobre el cual preponderen su estructura. Sin embargo, es posible encontrar como elementos comunes vinculados a: i) Compromiso declarado de la alta dirección; ii) Procesos para la gestión de riesgos; iii) Políticas internas (normativa interna en general); iv) Controles; v) Comunicación; vi) Canales de denuncias; vii) Supervisión y monitoreo, y mejora continua; y viii) Oficial de *compliance*.

Todos estos elementos son presentados de diferente forma, sin embargo, el contenido es similar. Por ejemplo, en la guía para la

implementación de “*The Bribery Act 2010*” (Ministry of Justice, 2011) son tratados a través de seis principios:

i) Procedimientos proporcionales, es decir que los procedimientos para la prevención del soborno tienen que ser adecuados al tamaño, naturaleza y complejidad de la organización;

ii) Compromiso de alto nivel, es decir que debe involucrar a los órganos de gobernanza de las empresas, y quienes lo componen deben estar comprometidos con la prevención del soborno;

iii) Evaluación de Riesgos, este elemento implica que la organización debe evaluar los riesgos internos y externos a los cuales está expuesta, y que debe ser periódica y documentada;

iv) Debida diligencia, elemento referido a que la organización debe implementar procedimientos para conocer a las personas y organizaciones con las que se relaciona;

v) Comunicación y entrenamiento, referido a que debe comunicar todas las políticas y procedimientos referidos a los compromisos de prevención del soborno, incluyendo capacitaciones y entrenamientos al personal;

vi) Monitoreo y revisión, elemento enfocado en el monitoreo y evaluación del sistema de *compliance*.

En el caso de Estados Unidos a través de las guías para la evaluación (U.S. Securities and Exchange Commission, 2012) de programas de *compliance* establece como elementos a:

i) Compromiso de la alta dirección y su articulación con la política contra la corrupción, exigiendo un liderazgo en la instauración de una cultura de *compliance* y un efecto cascada en toda la organización;

ii) Código de conducta y políticas y procedimientos de *compliance*, buscando que estas normas sean claras, concisas, y accesibles para todos los empleados, y que además establezcan los compromisos de control, auditoría y procedimientos disciplinarios cuando corresponda;

iii) Fiscalización, autonomía y recursos, es decir que las organizaciones deben asegurar la implementación del programa de *compliance* a través de una posición de alta dirección, que cuente con la autonomía, autoridad y recursos;

iv) Evaluación de riesgos, en la cual reconocen la importancia de esta acción dentro de un programa de *compliance* fuerte, y que este sea acompañado de adecuados procedimientos de debida diligencia;

v) Entrenamiento y asesoramiento continuo, reconocen que las políticas y procedimientos no pueden funcionar a menos que sea comunicada, incluyendo a través de una

capacitación periódica en todos los niveles, focalizadas o no, pero privilegiando siempre el público objetivo;

vi) Debida diligencia y pagos a terceros, este elemento reconoce que los terceros suelen ser los medios para la comisión de fraude y corrupción y por tanto deben procurar relacionarse siempre con organizaciones cuya reputación no se vea comprometida.

Entre las iniciativas de la OCDE, Banco Mundial y UNDOC, está un manual para empresas que aborde temas de ética, anticorrupción y elementos de *compliance* (2013), en dicho manual se abordan elementos tales como: evaluación y gestión de riesgos, apoyo y compromiso de la alta dirección en la prevención de la lucha contra la corrupción, desarrollo de un programa integral y funcional de lucha contra la corrupción, vigilancia y supervisión permanente del programa, establecimiento de políticas claras, visibles y de fácil acceso que prohíban la corrupción.

De igual forma consideran las políticas detalladas y específicas para áreas de riesgos específicas, extensión del programa anticorrupción a los socios comerciales, implementación de controles internos y registros adecuados, comunicación y capacitación, fomento del comportamiento ético y de cumplimiento, establecimiento de vías y mecanismos para la orientación, detección y denuncias de violaciones a los compromisos anticorrupción, gestión de las denuncias y reportes, y revisiones y evaluaciones periódicas del programa (2013).

Todos estos elementos propios de un enfoque preventivo, más allá de la vigilancia y el disciplinamiento, sino que están centrados en la generación de espacios adecuados para la promoción de una cultura, en este caso contra la corrupción.

2.5.9. Nuevo capitalismo: *compliance* y respeto a la legalidad

El capitalismo tuvo todos los elementos para generar que la legalidad esté al servicio de la empresa, sin embargo, este enfoque cambió radicalmente. Un nuevo derecho, uno en el cual la empresa ya no quedaba libre de control y sanciones. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, no solo significó una ruptura en las concepciones tradicionales, sino que también fue el inicio del respeto por la legalidad.

Nieto (2013) señala que en el siglo XXI estamos viviendo una remodelamiento del modelo capitalista, en donde el *compliance* toma un rol preponderante, pues genera y representa la estrategia de control de comportamiento empresarial, garantizar la eficacia de las leyes, reglamentos, disposiciones es el nuevo reto y el *compliance*, forma parte del nuevo capitalismo, uno que armoniza lo público y lo privado.

De acuerdo con Sieber (2013) esta tendencia, constituye una reacción a los escándalos propios del capitalismo tradicional, así mismo, el orientar el hacer empresa hacia los valores éticos y la implementación de un enfoque preventivo han formado tendencias que ya no solo van hacia el respeto de la legalidad, y buscar

superar sus exigencias. Y es el *compliance* el llamado a velar por el respeto de objetivos legales y éticos.

Cortina (2000) mencionó que, en los años setenta, la *Business Ethics* surgió en Estados Unidos, extendiéndose como ética de la empresa en Europa, América Latina y Oriente; las empresas reconocieron la conexión entre ética y competitividad, formando una ética de la empresa postindustrial.

Esta ética se basa en valores que unen a *stakeholders* y permite a la empresa mantener su viabilidad en un mercado global; los programas de cumplimiento y códigos éticos refuerzan esta ética empresarial (Sanclemente-Arciniegas, 2020).

Sin embargo, la transición hacia la sociedad informacional y el capitalismo de Internet presenta nuevos desafíos, como la cultura de la red y la vulnerabilidad laboral, a pesar de estos desafíos, los líderes éticos ven oportunidades en estos cambios y se esfuerzan por hacer que la ética empresarial sea clara y necesaria en la sociedad actual.

2.5.10. El *compliance* y la ley

Bacigalupo (2012) refirió que, las crisis financieras abarcan aspectos económicos, legales y éticos; analizarlas permite identificar daños pasados y cambios futuros en sistemas normativos, la adaptación de conductas al sistema legal y cambios es crucial, considerando la complejidad de la teoría del derecho y la proliferación de normas que rigen diversas áreas sociales.

Bacigalupo (2012, p. 31) acotó que, “la noción de que el derecho escrito será universalmente conocido y seguido se ha vuelto obsoleta”; esto ha cambiado la concepción empresarial, que ya no se limita a riesgos económicos, permitiendo que la empresa opere en un entorno normativo más amplio, no solo legal.

Bacigalupo (2012) refiere que, la responsabilidad de la empresa ya no se limita al incumplimiento legal; dado que “los valores también son relevantes y forman una ética normativa empresarial con reglas de conducta específicas”; y es que las conductas serán finalmente juzgadas en base un juicio ético, y por tanto el derecho no se agota en su mero cumplimiento.

De acuerdo con Sanclemente (2017), el *compliance* ya no está limitada a la cuestión legal, sino que le atañe la ética y la económica; el concepto de *compliance* implica un proceso de control de riesgos normativos basado en la experiencia técnica, los nuevos controles abarcan normas técnicas, de conducta, leyes y regulaciones de otras empresas.

La autorregulación empresarial no solo crea nuevas obligaciones, sino que refleja la internalización de valores legales-éticos; el cumplimiento legal es crucial para la relación entre empresas y gobiernos, los programas de *compliance* se adaptan a las necesidades empresariales y a las demandas sociales.

Es por esta razón que, Gendron (2014) afirma que ya no es solo un tema de respetar el derecho y ética, sino de un cuestionamiento constante de las conductas a la luz de ideales de justicia e igualdad;

la base actual del derecho se centra en el interés propio y egoísta del ser humano, lo que puede generar conflictos que se resuelven mediante normas que asignan derechos basados en la previsión de eventos y valoración de intereses.

Frison (2004) menciona que, sin embargo, la globalización trajo consigo mucha movilidad e interdependencia, efectos que resultan un desafío para el derecho; el derecho requerirá de acelerar su aplicación, y por tanto la ley debe revisar su naturaleza y ya no debe limitarse solamente a recoger situaciones jurídicas.

De acuerdo con Frison (2004, p. 128) *“Il - Il ne s'agit pas de viser d'une façon excessivement générale l'intervention de la règle juridique pour organiser des rapports entre personnes, le droit pouvant alors être tout entier présenté comme un mode de régulation sociale”* [Traducción: No se trata de apuntar de manera excesivamente general a la intervención de la norma jurídica para organizar las relaciones entre las personas, presentándose entonces el derecho enteramente como un modo de regulación social].

Es decir, el derecho tendrá que avocarse a ordenar a la sociedad, lo que finalmente significa reelaborar la propia definición de derecho.

Anderson y Waggoner (2014) mencionaron que, existen cambios estructurales respondiendo a delitos corporativos, pautas refuerzan modificaciones sistémicas, libertad condicional puede ser sentencia adecuada para organizaciones, asegura implementación de

sanciones y medidas internas anti-delitos futuros; estas pautas impulsan programas de cumplimiento y ética para prevenir y detectar actos delictivos, fomentando conducta ética y legal.

2.5.11. El *compliance* y la ética

Sevillano (2021) menciona que, en el ámbito del derecho, el *compliance* y la ética son primordiales para garantizar el cumplimiento y eficacia de las leyes y la protección de los derechos de los sujetos involucrados; en otras palabras, el *compliance* y la ética son herramientas esenciales para fomentar la responsabilidad social y la transparencia en el mundo empresarial y legal.

De acuerdo con Ewing (2021) refirió que, el cumplimiento normativo y la ética son valores fundamentales en la práctica del derecho contemporáneo. Por lo tanto, es importante que los profesionales del derecho comprendan la importancia de la implementación del *compliance* en sus prácticas legales y se aseguren de que sus clientes estén cumpliendo con las leyes y regulaciones aplicables.

Sanclemente (2021) refirió que, además, la implementación del *compliance* puede ayudar a prevenir violaciones de los derechos de las partes involucradas, reducir los riesgos legales y financieros, y aumentar la confianza del público en una empresa o en el sistema legal en general.

Los códigos de conducta generalmente contienen obligaciones no establecidos por ley y adoptados voluntariamente, así como los valores organizacionales, en última instancia resulta la codificación de un pensamiento ético, y estos no están dirigidos a generar un

proceso moral. Lo que nos lleva al siguiente cuestionamiento: estamos hablando realmente de ética.

Como señala Gendron (2014) se trata de una instrumentalización con fines comerciales y financieros, y por otro lado las obligaciones que superan los estándares estatales también son calificadas de éticas, sin embargo, no es propiamente una obligación ética sino reciben esta calificación por el lugar donde se encuentran.

De acuerdo con Ramírez (2022) tanto el *compliance* como la ética son herramientas esenciales para garantizar el cumplimiento de las leyes y la protección de los derechos de las personas que forman parte del circuito empresarial. Es importante que los profesionales del derecho comprendan la importancia de estos valores y los implementen en sus prácticas legales.

En resumen, se enfatiza la necesidad de una comprensión clara de la ética y la moral en la práctica del derecho y la implementación del *compliance* para garantizar la responsabilidad social y la transparencia en el mundo empresarial y legal.

Villarán (2019) refirió que, cuando se pronuncia sobre los escándalos del financiamiento privado a las campañas electorales no solo aborta el debate legal y político, sino que también aborda el de la mentira, el tercer elemento a abordar, el componente ético alrededor de los conflictos de interés que surgen por la relación de financiamiento entre la empresa y el político financiado, que impacta en su toma de decisiones.

Sin embargo, el componente ético también abarca a la normalización de la mentira, esto se toma como ejemplo lo ocurrido en las campañas electorales, que van desde declaraciones públicas hasta una manipulación de la realidad y que a la vez está vinculada a interpretaciones tendenciosas a desnaturalizar voluntades normativas (Villarán, 2019).

Villarán (2019) además agrega que, la inmoralidad de la mentira pareciera que se ha olvidado, así como de sus impactos negativos en la dignidad y la confianza. Situación que no es normal, pues en una sociedad en la que se puede mentira a gran escala no tiene gran futuro y que la única solución es normalizar la ética.

2.5.12. El *compliance* y la capacidad reguladora del estado

El *compliance* y la conciencia moral del mundo empresarial, ha generado una preocupación relacionada al debilitamiento o disminución de la capacidad reguladora de los estados.

Gendron (2014) señala que se trata de una contribución al orden normativo propio de la era de la globalización y además estas normas no se oponen a la ley, pues transmiten las obligaciones legales a los grupos de interés de las empresas; sin embargo, esta visión no elimina en modo alguno el potencial regulador de los códigos de conducta, pues si bien estas normas son adoptadas de manera voluntaria, incluye una dimensión obligatoria que finalmente puede ser vigilada por el estado.

De acuerdo con Sanclemente (2017) menciona que, en esa línea es necesario señalar que no es posible reducir la noción de

regulación jurídica a la presencia de reglas sobre determinada cuestión, así mismo, es necesario mirar hacia la creación de parámetros de comportamientos que dan lugar a la creación de reglas, por lo que resulta necesario evitar reducir la regulación de la sociedad de forma exclusiva a las normas jurídicas.

Sancllemente (2017) menciona que desde la visión de la economía liberal, la regulación estatal resultaría negativa, en oposición a ello se ha observado que las crisis hacen necesaria la intervención del estado, de acuerdo con este autor menciona que en la economía neoliberal se postula la necesidad de una intervención activa y constante del Estado a través de la regulación para preservar el funcionamiento adecuado del mercado, pues la regulación sería un factor que permite superar las crisis del capitalismo.

Así mismo Sancllemente (2017) menciona que, desde el discurso económico se visualiza a la regulación como una forma de intervención moderna en el mercado, sin embargo, desde una perspectiva económica resalta el alcance hacía los valores y principios propios de la lógica económica, garantizando que el mercado funcione garantizado el respeto de asuntos fuera de la lógica mercantil y atención a tópicos tradicionalmente excluidos.

Ahora la existencia del estado y su rol ahora se plantea en razón a la eficacia en la gestión de la economía, ya desde la segunda guerra mundial la legitimación en base a la soberanía popular, se fueron desplazando hacia la buena gestión.

De acuerdo con Sanclemente (2017) el crecimiento económico, prosperidad y desarrollo, resultaron los nuevos factores de legitimidad del estado, pero dichos factores surgieron en un modelo estatal donde la intervención era limitada y se buscaba respecto irrestricto de la libertad económica, de tal manera que la capacidad reguladora del estado termino siendo relegada.

Frison (2004) señala que, no existe ninguna contradicción para que una economía liberal esté sujeta a regulación, siempre y cuando sus principios sean respetados, el problema está en que la normatividad legal no coincida con los mercados, asociado directamente a la globalización, dado que las regulaciones públicas han perdido fronteras y se transfirieron a los privados, es decir a la autorregulación y a la apelación de un comportamiento ético.

De acuerdo con Sanclemente (2017) quien menciona que, resulta entonces claro, que el estado ha cedido espacio ante la iniciativa privada, pero sigue siendo el garante del interés general, de los valores y principios que fundamentan la vida social.

Sin embargo, también resulta necesario ver que esta nueva dinámica cambia el rol del estado y uno de esos resultados es el *compliance*, las expectativas sobre las funciones o rol del estado son parte de cualquier sistema económico, y por ello es que es innegable que responden a una ideología pues depende de ella como es que se afronta un problema, lo que es permitido y lo que no, lo que se debe cumplir y lo que no y como finalmente se gestiona el cumplimiento.

Carrigan et al. (2015) al referir que, el estado tiene un recurso básico, el poder coaccionar. Poder que puede desplegarse de tal manera que beneficie a unos a expensas de otros, así mismo, tampoco se puede obviar el poder de las empresas sobre la regulación, sin embargo, no se le puede atribuir de plano una captura de la regulación, pues existen otros factores que afectan la regulación.

Según Carrigan et al. (2015) refiere que, “*regulation is itself not a monolithic phenomenon, but refers to a complex set of behaviors: policy-making, institution-building, enforcement, and more*” [Traducción: la regulación no es en sí misma un fenómeno monolítico, sino que se refiere a un conjunto complejo de comportamientos: elaboración de políticas, creación de instituciones, aplicación de la normativa, etc.].

Por tanto, la regulación se puede estructurar de diferentes maneras, momentos y necesidades, la regulación tiene diferentes facetas, y el estado debe saber elegir cuál de ellas resulta adecuada.

2.5.13. El derecho, un artefacto

Atria (2016) acotó algunos de los cambios en la concepción del derecho, en la época premoderna, la ley era central; en la moderna, se reevalúa la ley es una norma emitida por un soberano, representando voluntad, no necesariamente razonable; en el derecho moderno, el enfoque es positivado. La ley dejó de describir el derecho para pasar a constituirlo, la ley crea, modifica o extingue

los derechos y deberes, puede cambiar lo prohibido y hacerlo obligatorio o viceversa.

Atria (2016) considera que, el positivismo del derecho es humano, político y formal; la ley es estándar con consecuencias específicas al cumplirse condiciones. Agrega que la ley es ciega ante detalles individuales pero clarividente en su impacto. La ley imputa voluntad a la población, pero no asegura que sea la voluntad del pueblo, sino si ha sido generada conforme al procedimiento establecido.

Atria (2016) así mismo, es de la postura en donde la ley se basa en su estructura, no en su función. La estructura refleja la voluntad del soberano en forma de condiciones; las decisiones legislativas conectan casos con soluciones, genéricas o específicas, dado que los jueces simplemente declaran si una situación coincide con la ley, simplificando su función a un proceso mecánico.

La noción de que algunas instituciones jurídicas son artefactos no es novedosa y se relaciona con la creación intencional, aunque la concepción de que el derecho en sí mismo es un artefacto ha sido poco mencionada.

Burazin (2020) mencionó que, se explora el concepto de derecho como artefacto al considerar el sistema jurídico, se distingue entre objetos naturales y humanos, centrándose en los últimos que son intencionalmente producidos por humanos, dado que estos objetos dependen de la comprensión y actividad humanas, atribuyendo a los creadores un papel fundamental en su creación.

Según Burazin (2020) los objetos institucionales son productos del reconocimiento colectivo de reglas constitutivas; estas reglas afectan a personas u objetos materiales, creando funciones nuevas o patrones de comportamiento, el reconocimiento colectivo equivale a la aceptación de estas reglas, que establecen condiciones relevantes y guían la participación comunitaria en su aplicación.

Los artefactos pueden ser formales, creados por instituciones con autoridad, surgidos de prácticas o inventados por autores, también pueden ser informales, basados en normas implícitas o creencias mutuas, reconocidos por sus autores.

Bajo esta perspectiva Burazin (2020) dijo que, los sistemas jurídicos son artefactos institucionales y, por lo tanto, el concepto de derecho se refiere a un artefacto sujeto a cambios según los intereses humanos, lo que implica cambios en sus conceptos; las reglas constitutivas y la comunidad relevante determinan la naturaleza de un sistema jurídico.

Por su parte Crowe (2020) anota el debate sobre el derecho como artefacto es importante para comprender su concepto, ver al derecho como un artefacto implica reconocer que su aceptación por la comunidad relevante influye en aspectos como su forma, estructura, origen, peso normativo, alcance, autoridad, promulgación y aplicación; la ley establece límites de conducta social, ya sea por coerción u obligación, actuando como guía y

estándar crítico de comportamiento, el derecho no solo impone límites, sino que también tiene fuerza normativa real y obligatoria.

Brunet (2019) dijo que, la perspectiva realista del derecho y el rol del juez admiten la incertidumbre e indeterminación del derecho, instando a los juristas y otros a abandonar la idea del formalismo como garantía de seguridad jurídica; la crítica de Hart a los realistas fomentó la visión del derecho como práctica social y el análisis del razonamiento jurídico como parte de esta práctica colaborativa.

El derecho resulta de la interacción entre diversos actores y abarca procedimientos, instituciones y reglas con una finalidad interpretativa basada en valores; esta concepción afecta la percepción, comunicación y práctica del derecho al enfatizar la identificación y seguimiento de reglas como elemento central (Brunet, 2019).

Al adentrarse en el debate sobre el *soft law* y *hard law*, Brunet (2019), rescata que más allá de las discusiones sobre el fundamento y fuentes normativas, es necesario estar atento al carácter político del derecho, es decir como este es un medio estratégico para que los estados admitan ciertas normas.

El derecho contemporáneo ahora desde una mirada global o transnacional es de dar directrices sin obligar, apelando a la carga emotiva del lenguaje, a conferirle un estatus favorable al derecho y buscar que sus destinatarios se adhieran.

Bunge (2000) destaca que el derecho no solo se va transformando de manera pasiva, sino que también funciona como una

herramienta de cambio y modificación social. Reconoce que la promulgación de una ley tiene un impacto en la conducta de las personas y esto depende de la regresividad o progresividad de la norma. Si la norma es regresiva la conducta puede tornarse conservadora, en cambio sí es progresista, obliga a la gente a modernizarse, a adoptar una actitud más prosocial.

Esto implica que el derecho no solo refleja la sociedad, sino que, a su vez, la moldea. Si se prohíbe determinada conducta es necesario que se habiliten los mecanismos y medidas provisionales para ayudar al cumplimiento de la norma (Bunge, 2000).

En resumen, no es aceptable que el legislador, los(as) expertos legales y los(as) abogados(as), ignoren las condiciones sociales. El derecho no tiene un poder absoluto, el imperio de la ley no es sino una ilusión. La ley puede influir, detener, obstaculizar, cambiar o acelerar los procesos sociales, pero por sí sola no es suficiente (Bunge, 2000). En otras palabras, el imperio de la ley es puramente imaginario.

2.5.14. Integridad: más allá de *legal compliance*

Chen y Soltes (2018) al abordar los programas de *compliance*, señala que las empresas invierten grandes sumas en cumplimiento corporativo a través de programas de formación, líneas de denuncia y otras estrategias para evitar infracciones legales.

Las empresas adoptan políticas internas para prevenir y abordar malas conductas como respuesta a la normativa y la presión de la industria. Existieron incentivos para que las empresas implementen

programas de *compliance*, sin embargo, estos no tenían un impacto real, sino eran una simple formalidad.

Agregan Chen y Soltes (2018) que las políticas de cumplimiento tienen importancia legal, pero que el solo enfocarse en la conformidad, implica limitar su capacidad de influir en el comportamiento de sus actores. Por ello cuando abordan la pregunta de ¿cómo crear modelos confiables para evaluar programas de cumplimiento?

Agregan también que, aunque muchas organizaciones lo ven como tema legal, el cumplimiento es en realidad una ciencia del comportamiento, se reconoce que cumplir con obligaciones legales y éticas es complejo (Chen y Soltes, 2018).

Es por eso que Paine (1994) señala que los líderes de las empresas u organizaciones a menudo ven la ética como algo personal y separado de la gestión, las inconductas son explicadas por la existencia de empleados deshonestos, separándolo por completo de la responsabilidad corporativa. Sin embargo, la administración está vinculada a la ética (cultura), por lo que es personal como organizativa.

Las empresas implementan programas de ética centrados en el cumplimiento, pero la ética va más allá de la legalidad, por ello que la nueva apuesta es por un enfoque basado en la integridad (Paine, 1994).

Según Paine (1994) las consecuencias de una falla ética pueden ser graves y extensas (procedimientos legales y sufrir daños en su

reputación y relaciones), la obediencia a la ley fundada en la creencia de su legitimidad moral, terminan siendo insuficientes para inspirar compromiso moral y excelencia.

Por ello cuando sostiene que el enfoque de integridad se basa en el autogobierno y principios rectores, está haciendo referencia a la definición de valores, la creación de un entorno ético y fomentar la responsabilidad compartida (Paine, 1994). Llegando incluso a afirmar que el compromiso ético ha impulsado la competitividad, la moral de los empleados y relaciones sólidas y que la mejor manera de alcanzar una conducta ejemplar es generando un entorno ético

CAPÍTULO III

DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación tuvo como objetivo determinar la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* normativo en la concepción del Derecho. Desde la contextualización y el planteamiento del problema se vislumbraron los impactos de los elementos y fundamentos del *compliance* en el Derecho; por lo que se formuló como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuál es la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* normativo sobre la concepción contemporánea del Derecho?

Con la finalidad de dar respuesta a esta pregunta se trazó como objetivo el determinar la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del contenido del *compliance* sobre la concepción contemporánea del Derecho. En ese sentido se planteó como hipótesis que, la incidencia que tienen los fundamentos y elementos del *compliance* normativo en la teoría contemporánea del derecho es modificatoria de la concepción del mismo puesto que la ubica como una herramienta de normalización de conductas.

Para lograr demostrar la hipótesis formulada, apoyándose en el método histórico-lógico y dogmático se desarrollaron desde una perspectiva evolutiva la concepción del derecho, verificando que la construcción histórica del derecho y por tanto la concepción contemporánea son resultado del movimiento de la sociedad, cuyo principal eje los constituyen los elementos económicos y morales. Así mismo a través del método hermenéutico y el inductivo-deductivo se desarrolló los fundamentos y elementos del *compliance* para describir la

preocupación de las organizaciones para amoldar su conducta y así poder cumplir con sus compromisos y obligaciones de sus principales grupos de interés. Sin embargo, este amoldamiento de las conductas no fue espontáneo, sino que es resultado de una cultura propia del sistema del derecho liberal, modelo económico capitalista y de la normalización de conductas contrarias a las normas.

Finalmente, a través del método analítico-sintético se analizaron algunos elementos propios del mundo actual en el que conviven el *compliance* y el derecho, abordando sus encuentros y desencuentros y como es que impactan los elementos morales y prácticos del *compliance* en el Derecho.

En ese sentido, en el estudio del derecho y su vinculación con el *compliance* se estableció la incidencia de los elementos del *compliance* en la concepción del derecho y como esto ha implicado que el derecho pueda ser entendido como una herramienta de normalización de conductas, cumpliendo así el objetivo planteado para la presente investigación.

3.1. El derecho como una herramienta de normalización de conductas

El derecho ha sido entendido desde una dicotomía entre la natural y lo positivo y es resultado de un purismo intelectual que busca el extremo de la objetividad olvidándose que es un producto social que responde a necesidades de determinados contextos sociales, culturales y económicos. La búsqueda de tal objetividad ha hecho que otras miradas del Derecho resulten excluidas. Lo abstracto del concepto derecho y su función e impacto han sido sustraídos y por tanto alejados de la concepción de este.

Se considera que la corrupción y otras conductas antiéticas son normales, son aceptadas -pesé a la crítica- como parte del normal desenvolvimiento de la sociedad y de los negocios. Se reconoce conductas antiéticas, pero la acción o reacción ya sea habilitada por una norma o por la sociedad, termina siendo relegada a una aspiración que solo sucederá cuando determinado grupo deje el poder, cuando determinada generación cuestione lo suficientemente fuerte para solicitar un cambio o cuando simplemente el estado se vea obligado a actuar.

La estructura económica de la sociedad, y todas las herramientas que permiten su permeabilidad se apoyan en la normalidad, que tiene estrecha relación con quien detenta el poder. Los criterios legales o sociales dependen de quien detenta el poder, y es notorio por ejemplo cuando vemos el cambio sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, que depende de una voluntad externa al empresariado. Esta obligación es impuesta por el Estado y responde a sus propias necesidades.

Pero también lo podemos ver cuando cierta regla de lucha contra la corrupción de un determinado país va siendo incorporado en los ordenamientos jurídicos y económicos de otros países sujetos al poder de este. La normalización resulta esencial para la sociedad, y las normas recogen lo que la sociedad requiere y entiende por normal y lo acompañan de una amenaza o exigencia de amoldamiento.

En ese sentido es válido afirmar que las normas recogen aspiraciones de quienes detentan formal o informalmente el poder, que legitima su ejercicio

y que en caso de no generar el comportamiento deseado recurren a sujetos (funcionarios o no) para la sumisión a las aspiraciones que recogen.

Ahora dentro de este esquema tradicional de entender la normalización, propio del compliance y su apuesta por los enfoques preventivos -sin relegar a los sancionadores- se incluye como elemento importante el convencimiento y los incentivos. Pasamos de la obligación al compromiso, se lo hace a través de una educación y así respondamos a las intenciones implícitas a las normas.

Lo normal está definido por la adaptación del sujeto a la norma jurídica o no. Pero la afirmación de que el derecho es una herramienta de normalización de conductas pasa por reconocer su instrumentalidad y que de forma individual o aislada es insuficiente para generar la normalidad. Y a la vez que está al nivel de las demás herramientas para encaminar y aleccionar socialmente.

Es precisamente desde este punto en que se busca caracterizar la concepción del derecho como una herramienta de normalización de conductas, una concepción contemporánea y producto de la irrupción del *compliance* en el mundo jurídico y de las empresas que bajo determinados ámbitos no tiene la posibilidad de dictaminar el comportamiento correcto, sino lo reconoce.

3.2. La vinculación del derecho con discursos no jurídicos

Han existido reclamos -en el mundo del derecho- por la respuesta que tiene el legislativo ante los movimientos sociales, poco se toca los modelos

económicos y sus fallas, sin embargo, el reconocimiento jurídico de los movimientos sociales a través de una nueva norma, una modificación, una aclaración o supresión, significan impactos en el modelo jurídico existente, pero sobre todo en el modelo pensado e implantado por quienes detentan el poder para hacerlo.

Los movimientos sociales y económicos siempre traen consigo discursos que pueden o no estar alejados de lo que el derecho (lo jurídico) reconoce. Y uno de estos casos es el *compliance*, que es resultado de uno de los más importantes discursos extrajurídicos del mundo contemporáneo, la denominada responsabilidad social empresarial.

El abordar la responsabilidad social empresarial fue la excusa para traer a colación la importancia de la no separación de la moral y el derecho, y esto debido a que se habla de la no separación de la moral y los negocios. La inclusión de elementos éticos en dinámicas puramente económicas generó no solo una ruptura en la noción de empresa y de sus responsabilidades -y no se limita a la responsabilidad penal de las personas jurídicas- con la sociedad.

Es decir, se las empezó a considerar como actores éticos con responsabilidades éticas (hacerse cargo de sus impactos en las sociedades donde operaban). Pero esto no sólo implicó un impacto en la noción de empresa y su funcionalidad, sino que dotaron a la sociedad y al derecho de una justificación para que puedan hacer que cumplan la ley, haciendo así una especie de privatización del poder público.

Si bien se había discutido a nivel de juristas sobre la obligación de cumplir con la ley, es hasta la noción de responsabilidad social empresarial en la que se entendió que cumplir la ley no sólo es resultado de una fuerza estatal o una obligación moral individual.

Las empresas resguardadas por su función económica no eran actores preponderantes para una cultura de legalidad, y mucho menos de moralidad. Pero con la noción de responsabilidad social, esto cambió, si el estado no ejercía presión para lograr que las empresas y sus dependientes cumplan con la ley, si lo hiciesen sus grupos de interés, apoyados en la industria y en la sociedad organizada.

No resultaban sostenibles modelos de negocios contrarios o al margen del derecho, la sostenibilidad se empezó a formar en base a la reputación. Y la reputación no fue solo un discurso local o por un grupo minoritario de empresas que apostaban por un modelo económico diferente del capitalismo tradicional, era una necesidad, controlar los actos de ilegalidad o inmoralidad cometidos dentro o a través de las empresas.

La eficacia del derecho era un problema, pero no existían acciones claras para lograr que esto cambiara, y no se hace nada mientras los discursos externos no sean lo suficientemente fuertes como para que el Estado empiece a desplegar políticas y acciones concretas de carácter ejecutivo o legislativo.

Siendo entonces los discursos fortalecidos con legitimidad los que finalmente logran que los estándares mínimos -impuestos o reconocidos- en la ley sean cumplidos. Pero también que se generen nuevos estándares,

superiores a los regulados a través de disposiciones normativas abiertas que no solo les dan cabida, sino que también reconocimiento jurídico.

La responsabilidad social como tal no solo significó que se entienda de forma diferente la forma de hacer empresa, sino que mostró la necesidad de contar con enfoques que permitan viabilizar estos nuevos compromisos asumidos. Esto es reconocido por el Estado, uno de los principales ejes en la concepción moderna del derecho. El Estado tuvo que asumir un rol secundario, pues ya no define las reglas de juego, sino que las reconoce.

Existe un cúmulo de normativa vinculada a buenas prácticas, certificaciones, lineamientos y directrices para cumplir estándares mínimos y generar estándares propios fortalecidos. Se han formado instituciones y organizaciones con presencia internacional dedicadas a idear, construir y/o mejorar sistemas de responsabilidad social, cumplimiento legal y gestión de sistemas basados en integridad. Y esto debido a que es una exigencia no solo del mundo corporativo, sino que es una exigencia de la sociedad en la que están implantada.

Esta exigencia que resulta implícita al momento de hacer negocios no solo se debe a que se dan a conocer estas buenas prácticas o prácticas responsables, sino que hay todo un aparato que las promueve, ese aparato es la red del derecho creado por privados para privados y que ahora busca escalar al aparato estatal.

Esto no implica que sea un derecho exclusivo, sino que ha tenido una formación paralela a la de la tradicional. El derecho contemporáneo responde a intereses globales cuya efectividad no se basa en la amenaza

de sanción, sino en incentivos positivos o negativos. Las normas que regulan criminal *compliance* regulan los beneficios legales y procesales de su implementación, y esto significa que reconoce los beneficios económicos atrás de un programa de *compliance*.

Los incentivos negativos o positivos, económicos o legales, tangibles o intangibles, responden a un enfoque que no solo impacta en lo legal, sino que trasciende en las estructuras organizacionales.

El *compliance* estuvo vinculado principalmente al enfoque de responsabilidad social, pero con el tiempo se ha fortalecido que ahora es un enfoque que goza de su propio discurso extrajurídico, que reconoce su origen en la respuesta a los múltiples escándalos de corrupción, cuyo trasfondo es un problema ético social profundo.

Este discurso supone que las normas son insuficientes para lograr que los comportamientos se ajusten o adecuen a la ley, respeten los derechos y que no instrumentalice a las personas y organizaciones para fines ilícitos o inmorales.

El *compliance* tiene como finalidad lograr los cambios en el comportamiento de las personas y las organizaciones, procurando que las conductas no solo sean lícitas, sino que también sea éticas. Y esto pasa por reconocer que las personas y por tanto las organizaciones, enfrentan dilemas en el que deben considerar lo legal y lo ético.

Esto representa el desafío clave de la relación entre el derecho con los discursos no jurídicos, la búsqueda del balance entre cumplir con la pretensión normativa y los comportamientos éticos esperados que no son

jurídicos propiamente, y así enfrentar los desafíos de la sociedad actual, que se reajusta y redefine muy rápidamente.

3.3. El reconocimiento legal del *compliance*

El *compliance* tradicionalmente está limitado a la prevención de delitos de corrupción y de lavado de activos – el denominado *criminal compliance*- sin embargo, a raíz de su fortalecimiento se ha ido expandiendo a otros sectores y acentuando una estructura de *compliance*, pero también reconociendo la existencia estándares superiores a los reconocidos legalmente y que no se limitan a lo legal puramente, sino que refieren a temas organizacionales y/o de prevención de riesgos.

3.3.1. *Compliance* y normas peruanas vinculadas a la prevención del lavado de activos

El 12 de abril de 2002 se promulgó la ley N.º 27693, mediante la cual se crea la Unidad de Inteligencia Financiera peruana (UIF-Perú) que consiste en una persona jurídica abocada a la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo. Esta persona jurídica estatal cuenta con funciones para acceder a la información a instituciones y empresas, supervisar y sancionar, emitir lineamientos, entre otros encargos.

El lineamiento legal de esta ley se centra en la obligación de algunos sujetos obligados según las actividades que desarrollan a brindar determinada información sobre actividades sospechosas de lavado de activos o financiamiento al terrorismo. Así mismo regula la

obligación de registro de operaciones, señalando las características que debe contener.

De igual forma señala quienes componen y cómo funcionará el sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo. Motivo por el cual regula la figura del oficial de cumplimiento. Sobre esto se hará un desagregado de la redacción de esta norma y poder verificar no solo el discurso del *compliance* sino el impacto a nivel organizacional.

El lavado de activos es uno de los principales problemas que enfrentan los países desarrollados y por tanto han puesto sobre el derecho internacional una cara para empezar a controlarlo, no solo por los impactos en los modelos económicos, sino porque está vinculado a actividades ilícitas.

Perú en el 2002 con la creación de la UIF-Perú no solo se incorpora como tal a este movimiento de prevención del lavado de activos, sino que reconoce la importancia de contar con un organismo estatal para paliar los efectos de estas conductas contrarias a lo regulados por el derecho. El sistema está basado en la detección y el procesamiento de la información vinculada a operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Esta ley no solo regula que tienes que registrar, sino reportarlo, pero a la vez hace un llamado a un estándar mínimo pero que abre la posibilidad a tener estándares propios más fuertes, pues en el

numeral 9.3 literal b¹ que regula las características de este registro se señala que los sujetos obligados deben adoptar medidas razonables para obtener, registrar y actualizar la información sobre la identidad de sus clientes y operaciones comerciales.

Las medidas razonables no son descritas, son solo señaladas, quedan a criterio de los sujetos obligados, quienes finalmente son los que deciden cuales son las medidas y mecanismos para lograr el estándar mínimo reconocido por esta ley y su ente regulador, sino también para satisfacer sus propios intereses.

Esta norma establece un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SPLAFT) que no solo representa una exigencia de la industria, sino que impacta directamente en las organizaciones, la ley hasta este momento es el mecanismo o herramienta para lograr esta demanda socioeconómica del mundo globalizado.

Se crea la función de cumplimiento, en el artículo 10, numeral 10.2.1 literal a² el cual señala que tanto el directorio como gerencia general de los sujetos obligados son los responsables de implementar el sistema para detectar operaciones sospechosas de LAFT, pero también de designar a un funcionario a dedicación exclusiva para

¹ b) Los sujetos obligados deben adoptar medidas razonables para obtener, registrar y actualizar permanentemente la información sobre la verdadera identidad de sus clientes, habituales o no, y las operaciones comerciales realizadas a que se refiere el presente artículo.

² a. El Directorio y el Gerente General de los sujetos obligados a informar serán responsables de implementar en las instituciones que representan, el sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o del financiamiento de terrorismo, así como, de designar a dedicación exclusiva a un funcionario que será el responsable junto con ellos, de vigilar el cumplimiento de tal sistema.

que sea responsable junto a ellos de vigilar el cumplimiento de esta obligación.

Para que el sistema funcione, es necesario contar con recursos y debido a que el Estado no cuenta con la capacidad para tenerlo no solo trasladó a los privados esta responsabilidad, sino que creó una función, ajena al mundo corporativo peruano. Pero la importancia es que dicha función se avoca al cumplimiento de las obligaciones del SPLAFT, esto necesariamente implica el reconocimiento de que las empresas y sus dependientes pueden o no cumplir con la obligación y por tanto es necesario contar con una persona que vigile que la conducta sea acorde a la exigencia legal mínima y/o los estándares que la misma organización se haya autoimpuesto.

Esta norma también reconoce el mecanismo de incentivos pues señala expresamente una exención de responsabilidad, el cual se puede apreciar en el artículo 13 numeral 13.1³. Dicha exención aplica para todas las personas en los niveles que la organización tenga y es de carácter penal, civil y administrativa. Está vinculada principalmente a que se haya cumplido la ley, pero también a que se revele información.

Otra norma vinculada a la prevención de lavado de activos es la Resolución de la SBS N.º 2660-2015 la cual regula el Reglamento

³ 13.1. Los sujetos obligados por la presente Ley, sus trabajadores, directores y otros representantes autorizados por la legislación, están exentos de responsabilidad penal, civil o administrativa, según corresponda, por el cumplimiento de esta Ley o por la revelación de información cuya restricción está establecida por contrato o emane de cualquier otra disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, cualquiera sea el resultado de la comunicación.

de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. Mediante esta resolución se modifica y aprueba las normas correspondientes con la finalidad de establecer criterios en materia de prevención del LA/FT, que permitan incrementar la eficacia y eficiencia del sistema de prevención del LA/FT, considerando los estándares internacionales, las mejores prácticas sobre la materia, así como aquellos aspectos identificados como producto de la labor de supervisión.

En esta norma nos detendremos en el artículo 3⁴ que aborda el SPLAFT, esto precisamente porque dicho artículo señala expresamente que este sistema tiene dos componentes, el de cumplimiento y el de gestión de riesgos. Al definir el componente de cumplimiento hace referencia a los estándares internos de las empresas como políticas y procedimientos, que responden a las obligaciones legales impuestas por la ley y normas vinculadas, pero también a las medidas establecidas por las empresas para garantizar sus deberes vinculados a SPLAFT.

⁴ Artículo 3°. - Sistema de prevención del LA/FT

Las empresas deben implementar un sistema de prevención del LA/FT con componentes de cumplimiento y de gestión de riesgos de LA/FT a los que se encuentran expuestos.

El componente de cumplimiento se encuentra conformado por las políticas y procedimientos establecidos por las empresas en el marco de la Ley, el Reglamento de la Ley, la Ley General en lo que corresponda, el Reglamento y demás disposiciones sobre la materia, así como las medidas establecidas por la empresa para garantizar el deber de reserva indeterminado de la información relacionada al sistema de prevención del LA/FT.

El componente de gestión de riesgos de LA/FT comprende, entre otros procedimientos y controles detallados en el Reglamento, aquellos vinculados a la detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas, con la finalidad de evitar ser utilizadas con fines vinculados con el LA/FT

Y cuando define el componente de gestión de riesgos, ya no solo hace referencia a procedimientos, sino que agrega la definición de controles, claro está vinculados a la detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas.

Si bien ambas definiciones suelen ser un tanto restrictivas comparadas con las definiciones actuales de estos componentes, es claro que desde las leyes y normas vinculadas se viene reconociendo la posibilidad de superar los estándares mínimos, pero también por una imposibilidad de regular todas las particularidades asociadas al sector, tamaño y modelo de negocio implementado.

3.3.2. *Compliance* y normas peruanas vinculadas a anticorrupción y programas de prevención

La ley N.º 30424 publicada el 01 de abril del año 2016 que busca regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional es una de las principales normas que reconocen al *compliance* en el Estado peruano, gestada en el marco de la incorporación del Perú a la OCDE.

Esta norma establece como supuesto de responsabilidad el hecho que se hayan cometido en su nombre o por cuenta de ellas el delito de cohecho activo transnacional y que producto de este actuar hayan obtenido un beneficio directo o indirecto, cuando tales actos sean cometidos, por administradores o representante y personas naturales, en ejercicio de su cargo o cuando haya fallado el deber de

vigilancia. Además, señala cuáles serían las medidas administrativas aplicables y criterios a observar para su aplicación.

A la actualidad dicha norma regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos tales como contabilidad paralela⁵, colusión simple o agravada⁶, cohecho activo genérico⁷,

⁵Artículo 199. Contabilidad paralela

El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁶ Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional."

⁷ Artículo 397. Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

cohecho activo transnacional⁸, tráfico de influencias⁹, pero también involucra delitos vinculados al patrimonio cultural o aquellos vinculados a la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, delitos aduaneros, ley penal tributaria o actos de terrorismo¹⁰.

Todos estos actos comunes al actuar ilícito de empresas y grandes corporaciones, pero también alineadas a disposiciones como las contenidas en la FCPA, como la contabilidad paralela o el tráfico de influencias.

⁸ Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, teniendo la nacionalidad peruana o la representación de una persona jurídica domiciliada en el Perú, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público extranjero donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”

⁹ Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 ; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa

¹⁰ Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas nacionales o extranjeras en el proceso penal por los delitos previstos en los artículos:

- a. 199, 226, 228, 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal.
- b. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado.
- c. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10 de la Ley 28008, Ley de los delitos aduaneros.
- d. 1, 2, 4, 5, 5-A, 5-B, 5-C y 5-D del Decreto Legislativo 813, Ley Penal Tributaria.
- e. 2, 3, 4, 4-A, 5, 6, 6-A, 6-B y 8 del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio. El régimen de consecuencias accesorias, previsto en el Código Penal, se aplica a las personas jurídicas involucradas en los delitos no comprendidos en el presente artículo.

Si bien esta norma en su artículo traslada la responsabilidad a las empresas para controlar o mitigar estos actos, también la acompaña de incentivos negativos para que esto sea aplicado. Esto a través de las medidas administrativas aplicables¹¹ que van desde las multas hasta la disolución.

Al analizar el cálculo de la multa en el caso de no ser posible determinar el monto del beneficio obtenido por el actuar ilícito se han definido como criterios a considerar el incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados, la omisión de vigilancia, la extensión del daño causado, el tamaño, la naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica, denuncia espontánea, el comportamiento posterior a la comisión del delito y la disponibilidad a mitigar o reparar el daño¹².

¹¹ Artículo 5. Medidas administrativas aplicables

El juez, a requerimiento del Ministerio Público, impone, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1:

a. Multa, conforme al artículo 7 de la presente ley.

b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades: 1. Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años. 3. Para contratar con el Estado de carácter definitivo.

c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.

d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.

e. Disolución.

¹² Artículo 7. Multa

La multa se calcula de la siguiente manera:

1. Cuando se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito, la multa es no menor al doble ni mayor al séxtuplo de dicho monto.

Cada uno de ellos correspondientes a un elemento del *compliance*, es decir: políticas y procedimientos internos, compromiso desde lo alto, responsable de la supervisión y función de cumplimiento, enfoque de riesgos, respuesta ante crisis, canales de denuncia y procedimientos de investigación, y acciones tendientes a mitigar los riesgos.

Es decir, se ha otorgado un incentivo para que exista *compliance* en las organizaciones, y que este sea lo suficientemente efectivo para que no estén sujetos a responsabilidad o sanciones administrativas.

Este incentivo es más claro cuando dicha norma regula las eximentes y circunstancias atenuantes¹³.

2. Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito, la multa es no menor de diez (10) ni mayor de diez mil (10 000) unidades impositivas tributarias (UIT).

Los jueces imponen la multa, de forma motivada, atendiendo a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. El incumplimiento de reglas y procedimientos internos.
2. La cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito.
3. La omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes.
4. La extensión del daño causado.
5. El monto de dinero involucrado en la comisión del delito.
6. El tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.
7. La denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna.
8. El comportamiento posterior a la comisión del delito.
9. La disposición para mitigar o reparar el daño.

La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.

En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva, prevista en el numeral 2 del literal b) del artículo 5."

¹³ Artículo 12. Eximente y circunstancias atenuantes

La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1 si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y

Pues toda persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si adopta e implementa con anterioridad un modelo de prevención adecuado, con las salvedades, pues no aplica si el delito es cometido por personas con capacidad de control de la persona jurídica. Así como también se regula que es una atenuante que se adopte e implemente el modelo de prevención después de la comisión del delito, pero antes del inicio del juicio oral.

Finalmente regula la implementación del modelo de prevención¹⁴, el cual debe responder a un perfil de riesgo, adecuado a su tamaño,

características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Es inaplicable la referida eximente cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica; en este caso, el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento.

Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

- a. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia.
- b. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
- c. La reparación total o parcial del daño.
- d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.
- e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.

La confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, tiene como efecto que el juez pueda rebajar la medida establecida en los literales a), b) y d) del artículo 5 hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de medidas temporales. Este supuesto es inaplicable en caso de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso o cuando se haya configurado la reincidencia de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 13

¹⁴ Artículo 17. Implementación del modelo de prevención

17.1. La persona jurídica elabora su modelo de prevención en base a su perfil de riesgo que identifica y evalúa los riesgos inherentes y residuales, conforme a su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones.

17.2. El modelo de prevención debe contar con los siguientes elementos mínimos:

17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Acciones de mitigación de riesgos identificados.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

naturaleza, características y complejidad de sus actividades. Los elementos mínimos requeridos son: i) Encargado de prevención; ii) Acciones de mitigación de riesgos identificados; iii) Implementación de procedimientos de denuncia; iv) Difusión y capacitación periódica; v) Evaluación y monitoreo continuo. Elementos que son parte de un programa o modelo de *compliance*.

Un agregado importante es que se reconoce que en ejercicio de su autorregulación las personas jurídicas pueden implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento o mecanismos según lo requiera. Así como también señala que en el caso de las empresas estatales o de sociedades de economía mixta son implementadas sin perjuicio del Sistema Nacional de Control. Siendo estos dos elementos que confirman no solo el reconocimiento de estándares diferentes o superiores a los regulados, sino que también se escala de forma primigenia a la estructura estatal.

El reglamento de la Ley N.º 30424, el Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS, parte de una clasificación de las personas jurídicas. Dicha norma establece principios para el diseño, aprobación, implementación, monitoreo y mejora de los programas de prevención. Esta norma hace énfasis en la gestión de los riesgos y

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

17.3. La persona jurídica, en el ejercicio de su autorregulación, puede implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento conforme a su perfil de riesgos y diseñar los mecanismos que resulten necesarios. En el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características.

17.4. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.5. El contenido del modelo de prevención se desarrolla en el reglamento de la presente ley."

para ello aterriza en el modelo de prevención determinando las características y elementos mínimos que esta debe contener.

Desde los principios del modelo de prevención que reconoce se puede detectar cómo es que se busca ir más allá de la ley:

i) Al referirse a la accesibilidad, señala que la estrategia del modelo de prevención y los elementos que la componen deben ser de fácil acceso, formuladas en un lenguaje claro y comprensible, de tal forma se garantice el conocimiento por parte de los grupos de interés;

ii) Al referirse a adaptabilidad están señalando que los modelos de prevención deben ser formulados e implementados en base a las características propias de la organización, haciéndola lo suficientemente específica para que responda a la naturaleza, necesidades, tamaño, estructura, modelo comercial y demás características concretas;

iii) Al referirse al compromiso y liderazgo, que requiere de los órganos de gobierno y alta dirección un compromiso y apoyo firme, activo y visible con los programas de prevención. Esto refuerza no solo el hecho que el *compliance* es ir más allá de la ley, sino que es una necesidad que vayan más allá de la ley y por ello requieren de compromisos reales para que funcionen y cumplan su finalidad.

Si bien lo anterior no es explícito, basta con revisar los artículos que regulan el perfil del riesgo, sin el cual no se puede elaborar un

modelo de prevención. Este perfil de riesgo según el artículo 13 numeral 3 se construye a partir de los contextos internos y externos de las organizaciones¹⁵ en el marco de su actividad comercial u objeto social¹⁶.

Pero aún más importante teniendo en cuenta que los criterios para identificar riesgos son entre otros, los factores sociales, culturales, políticos, legales, reglamentarios, financieros, tecnológicos, económicos y ambientales, ya sea nivel local, nacional o internacional. La norma tal cual está escrita no dice cuáles son esos estándares, existe una limitación para que los identifique, pero obliga a las empresas y organizaciones a que los tomen en cuenta y no sólo los legales sino todos aquellos extrajurídicos.

En el reglamento también se incluye la definición de modelo de prevención¹⁷ sobre el cual se desagrega en: i) Componente normativo: al referir que se trata de un sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos; ii) Enfoque preventivo: pues todo el componente normativo debe tener un enfoque preventivo primigeniamente, pero también reconoce la vigilancia y control, pues

¹⁵ (...) 3. A partir de los contextos internos y externos aplicables a la persona jurídica se determina las causas o agentes generadores del riesgo.

¹⁶ Artículo 14.- Identificación de riesgos

La persona jurídica identifica los factores y tipos de riesgos a los que puede estar expuesta. Asimismo, debe detectar, reconocer y describir los riesgos en sus procesos más relevantes en el marco de su actividad comercial u objeto social. Para tal efecto, sin perjuicio de otros que puedan determinarse en su autorregulación, pueden basarse en los contextos internos y externos a los que hace referencia el artículo 17 del presente reglamento.

¹⁷ (...) 13. Modelo de prevención: sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas.

están destinados a mitigar el riesgo de comisión de delitos; iii) Autorregulación, al reconocer que son implementados voluntariamente; iv) Componente ético, al referirse a la promoción de la integridad y transparencia en la gestión de personas jurídicas.

Por su parte cuando referimos al reconocimiento legal y a la dotación de seguridad¹⁸ sobre el modelo de prevención la norma señala que, una vez adoptado, este tiene un carácter obligatorio y debe aplicarse sin excepción alguna, es decir el sistema de prevención que reconoce esta norma no es el que necesariamente ha pauteado, sino aquel que fue diseñado por las organizaciones, requiriendo solo que tenga consistencia normativa¹⁹.

También de esta norma podemos verificar que los modelos de prevención tienen una finalidad distinta de las normas, pues el reglamento en su artículo 30²⁰ señala específicamente que este se orienta primordialmente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y cumplimiento normativo. Esto no solo refuerza el hecho de que el *compliance* supera las limitaciones de la ley, sino

¹⁸ Artículo 28.- Obligatoriedad y aplicación general

Una vez adoptado el modelo de prevención su cumplimiento es de carácter obligatorio y debe aplicarse, sin excepción alguna y de forma igualitaria, a todos los niveles, áreas y ámbitos funcionales de la persona jurídica.

¹⁹ Artículo 26.- Consistencia normativa

El modelo de prevención debe ser consistente con la normativa nacional y con la de los países extranjeros en los que la persona jurídica realiza operaciones, solo en el caso de haberse identificado riesgos de la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Su diseño debe ser revisado periódicamente para cautelar y preservar dicha consistencia.

²⁰ Artículo 30.- Cultura organizacional

El modelo de prevención se orienta prioritariamente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo, en todos los niveles de la persona jurídica, por sobre un enfoque represivo y de excesivo control.

que impacta realmente en las organizaciones, refuerza el componente ético y el enfoque preventivo.

Al desarrollar los elementos mínimos del modelo de prevención requiere que se cuente con una política, la cual no es definida, pero se entiende que es el documento normativo que expresa el compromiso de rechazo hacía la comisión de delitos y que trae consigo un código de conducta en el que todos los miembros de la organización se comprometen a no incurrir en este tipo de conductas y a la vez coadyuvar a que el modelo de prevención funcione.

Además, agrega que dicho documento normativo es aplicable a los socios comerciales y a las partes interesadas, de conformidad al último párrafo del artículo 32 del reglamento.

Y es este último párrafo el que grafica cómo funciona el derecho contemporáneo, aquel que es gestado en un ente privado, cuyo contenido refleja compromisos y obligaciones propias pero que por motivo de relaciones comerciales o de cooperación son adoptadas por adhesión. Esto es reforzado cuando se explicita que el modelo de prevención se debe integrar en los procesos comerciales de la persona jurídica, en las relaciones o vínculos con socios comerciales y partes interesadas.

Finalmente, al terminar el articulado de esta norma se regula la intervención de la SMV²¹, quien es el ente regulador que analiza la

²¹ Artículo 46.- Requisitos para el requerimiento del informe técnico a la SMV
De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), únicamente a solicitud del Fiscal, analiza la implementación y funcionamiento

implementación y funcionamiento del modelo de prevención, quien emite un informe técnico sobre el modelo de prevención.

Mediante resolución SMV N ° 006-2021-SMV/01 el 29 de marzo del año 2021 se aprueban los lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, la cual constituye una herramienta referencial para que las empresas según sus características puedan implementar un modelo de prevención. Para tal efecto, se proporciona un listado referencial de acciones y ejemplos que podrían adoptarse. Mostrando así el papel del Estado en el mundo del derecho contemporáneo.

3.3.3. *Compliance* y normas peruanas vinculadas al derecho laboral

Hasta el momento se han descrito normas vinculadas a la prevención de delitos, sin embargo, el *compliance* tiene presencia en diferentes ámbitos, uno de ellos es el laboral.

Mediante la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ley N.° 29783, se regula la seguridad y salud en el trabajo, basada en la prevención de riesgos. Estableciendo la política y sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, bajo un enfoque de prevención, planificación y constante mejora. Motivo por el cual establece las obligaciones del empleador y derechos y obligaciones del trabajador.

Cuando esta norma describe el principio de prevención señala que el empleador debe garantizar en el centro de trabajo se cuente con los medios y condiciones para proteger la vida, salud y bienestar de

del modelo de prevención adoptado por las personas jurídicas a que se refiere el artículo 2 de la citada Ley. (...)

las y los trabajadores. Y que para ello deben considerarse factores sociales, laborales y biológicos, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de riesgos en la salud laboral.

El objeto de esta ley es textualmente el promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, a través de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y organizaciones sindicales, a través del diálogo social.

Esta norma al igual que las vinculadas al criminal *compliance* también responde a un enfoque de prevención, centrado en compromisos con los grupos de interés y claro esta dar cumplimiento de la ley.

De igual forma es notorio que tiene una finalidad que es de lograr un impacto a nivel cultural en todas las industrias y empresas. Pero a la vez reconoce que se requieren de tres actores, los empleadores (empresas), la sociedad (trabajadores y movimientos sindicales) y el Estado (fiscalizador), para que se alcance el objetivo de trascender a nivel cultural.

El reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º005-2012-TR, define qué es cultura de seguridad o cultura de prevención, entendiéndola como un conjunto de valores, principios y normas de comportamiento y conocimiento respecto de la prevención de riesgos en el trabajo.

Esta norma hace referencia al reconocimiento de estándares blandos propios e internos pues en el artículo 3 cuando se refiere a las normas mínimas, se está refiriendo a la libertad de autorregulación de las empresas y trabajadores para que puedan establecer niveles de protección que mejoren lo que esta norma regula²².

Esto se ve reforzado con lo regulado en el artículo 3 de su reglamento, en el cual señala que, por convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empleador se pueden establecer niveles de protección superiores a los contemplados en la ley e incluso aplicar estándares internacionales para situaciones no previstas.

Cuando se refiere a la política del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo señala que esta debe ser específica y apropiada para la organización en tamaño y naturaleza de las actividades. Además de ser concisa, redactada con claridad, difundida y accesible. Los principios que debe incluir esta política y que resultan importantes para el *compliance* son: i) la protección de la seguridad y salud de todos los miembros de la organización mediante la prevención; ii) el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, programas voluntarios, de la negociación colectiva y de otras suscritas por la organización.

²² Artículo 3. Normas mínimas

La presente Ley establece las normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales, pudiendo los empleadores y los trabajadores establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en la presente norma.

Siendo entonces que hasta este punto vemos como las normas vinculadas a salud y seguridad en el trabajo responden a un enfoque basado en *compliance* no solo por la estructura del sistema de prevención, sino porque reconoce la importancia de tener como objetivo impactar a nivel cultural y reconocer que esto va de la mano con el reconocimiento de los nuevos roles del Estado y de la ley.

Esto además se confirma con lo dispuesto en la Resolución Ministerial N.º 448-2020-MINSA, que versa sobre los Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19, en donde también se estipula que los empleadores deben implementar un plan de vigilancia, prevención y control de la COVID 19 en el trabajo, pero que este puede recoger mayores medidas a las reguladas, en relación a las características de la actividades económica y de su personal.

3.3.4. *Compliance* y normas peruanas vinculadas a la protección del medio ambiente

La ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, publicada el 13 de octubre del año 2005, regula lo referente a la protección del medio ambiente, planteando derechos y obligaciones para los diferentes actores para lograr una gestión ambiental adecuada y proteger al medio ambiente. Regulando para ello diferentes instrumentos que contribuyen a la gestión ambiental.

Regula aspectos importantes tales como el rol de garante del Estado a través de sus entidades y órganos correspondientes para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades legales. Todo ello en torno a la prevención de riesgos y daños ambientales y con el fin de lograr un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Esta ley, en su artículo 79 llega a reconocer que el Estado, en coordinación con gremios y organizaciones empresariales, promueven la elaboración y adopción de normas voluntarias, reconociendo además la importancia de la autorregulación para que mejore su desempeño ambiental, claro está sin contradecir los estándares normativos regulados.

Esta norma, si bien no hace referencia al *compliance*, reconoce la importancia de los consensos de las industrias o empresas para adoptar estándares superiores a los legales.

3.3.5. *Compliance* y normas peruanas vinculadas a la libre competencia

El Decreto Legislativo N.º 1034 de fecha 24 de junio de 2008, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Norma mediante la cual se regulan las conductas anticompetitivas bajo un enfoque de promoción comercial, señalando el alcance de la misma, principios, definiciones y criterios para identificar estas conductas, estableciendo los lineamientos generales en defensa de la libre competencia.

Dicha norma tiene como finalidad la promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, señala en su artículo 46 que es posible imponer como medida correctiva el desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia, el cual es una modificación que responde a una recomendación de la OCDE²³ como lo precisan en su exposición de motivos.

Por su parte la Resolución N.º 006-2020-CLC-INDECOPI mediante la cual se la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, definen a los programas de cumplimiento como mecanismos de autorregulación, cuya finalidad es garantizar que las organizaciones cumplan de manera sostenible con sus obligaciones legales y compromisos voluntarios asumidos (INDECOPI, 2020). Cuyo objetivo final recae en lograr un cambio en su cultura organizaciones, siendo esta la forma en que sus trabajadores cumplan con la ley los compromisos voluntarios asumidos (INDECOPI, 2020).

Son de estas definiciones y finalidades las que más se acercan al entendimiento del *compliance*. Al ser una guía emitida por un ente

²³ (...)Que, por su parte, el literal e) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley N° 30823, faculta al Poder Ejecutivo a legislar con el fin de fortalecer el funcionamiento de las entidades del Gobierno Nacional, del gobierno regional o del gobierno local, a través de precisiones de sus competencias, regulaciones y funciones, de acuerdo, entre otros, con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

regulador está tratando de decir cómo hacer para cumplir con las normas, pero también como hacer *compliance*.

3.3.6. *Compliance* y normas peruanas vinculadas a protección del consumidor

El Código de protección y defensa del consumidor, aprobado mediante ley N.º 29571 se regulan los aspectos referidos a la protección y defensa del consumidor, conforme a lo señalado por la Constitución Política del Perú. Fijando como tal las reglas mínimas, derechos y obligaciones de los agentes de la relación de consumo ya sea de salud, educación, servicios inmobiliarios y servicios financieros. Así mismo establece el procedimiento administrativo que garantiza el cumplimiento de sus normas.

Dicha norma en su artículo 112, al enunciar las circunstancias atenuantes señala como una de ellas el hecho de que la organización cuente con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación de dicho código²⁴. Este programa de cumplimiento debe contar con una política y procedimientos, mecanismos internos de entrenamiento y capacitación, mecanismos de monitoreo,

²⁴ (...). Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

- a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
- b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
- c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
- d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
- e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
- f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

auditoría y reporte de incumplimiento, mecanismos disciplinarios y que no exista una cultura de incumplimiento.

Es decir, se está regulando todo lo correspondiente al *compliance* reconociéndolo como el mecanismo idóneo para hacer efectivas las disposiciones normativas sobre protección y defensa del consumidor.

Otra norma vinculada es el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial. En esta norma de forma primigenia el Estado está tomando un rol de promotor, más que de regulador, pues se aboca a lograr la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial²⁵.

Cuando definen a los programas de cumplimiento normativo lo hacen rescatando el componente normativo, pues señalan que se trata de un conjunto de políticas y procedimientos cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas. Pero también el enfoque preventivo pues señalan que tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa.

25 Artículo 1. Objeto

El presente reglamento tiene por objeto promover y regular la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial

Esta norma recoge principalmente los componentes de un programa de cumplimiento, pero resulta más importante que se puede verificar el rol que tiene el Estado. En su artículo 13 se señala que INDECOPI podrá suscribir convenios para que pueda brindar apoyo técnico en la implementación de programas de cumplimiento²⁶.

Es decir, para esta entidad es de vital importancia contar con *compliance* sobre protección al consumidor, por lo que está habilitado para usar sus recursos con la finalidad de lograr su implementación.

3.3.7. Compliance y normas peruanas vinculadas al buen gobierno corporativo

El gobierno corporativo es regulado en la Resolución N.º 272-2017 – SBS, que aprueba el Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos y establecen otras disposiciones. Esta norma entiende al gobierno corporativo como el conjunto de procesos, políticas, normas y prácticas que definen como una organización, empresa o grupo son dirigidos, gestionados y controlados.

Más allá de lo referido al escalamiento en la toma de decisiones, es importante resaltar que esta norma regula la función de cumplimiento

²⁶ Artículo 13. De la suscripción de convenios

El Indecopi podrá suscribir convenios con organizaciones empresariales con la finalidad de brindar apoyo técnico en la implementación de programas de cumplimiento en sectores o actividades que impacten favorablemente en los consumidores o en los que se advierta la existencia de incumplimientos significativos. Los programas de cumplimiento que se implementan en virtud de los convenios contienen, en lo que resulta aplicable, los elementos establecidos en el presente reglamento.

normativo, la cual está abocada a la evaluación y monitoreo del cumplimiento de toda la normativa aplicable.

Sin embargo, el cumplimiento normativo no está restringido a la normativa legal, pues tal como lo establece su artículo 28 párrafo primero esta función debe alertar a las áreas correspondientes sobre las normas externas que impacten en sus actividades y funciones, pero también las internas vinculadas, de tal forma se tomen las medidas necesarias requeridas.

Si bien esta resulta ser una visión propia del mundo bancario y desde una perspectiva de control interno, es importante rescatar que el gobierno corporativo asegura la cultura y valores corporativos, es decir reconociendo los componentes éticos del *compliance* y del gobierno corporativo.

En todos los casos de interacción entre las leyes y el *compliance*, se puede vislumbrar la caracterización del derecho contemporáneo.

3.4. De la ley a la ley, consensos y autorregulación

Las normas descritas en el acápite anterior han mostrado una tendencia del derecho a reconocer la importancia de la autorregulación y de los consensos. Estos que serán en extremo contextuales, pero que además representan los principales compromisos y obligaciones de los actores del derecho.

Más allá de una transformación del enfoque centrado en la ley a un nuevo enfoque se ha llegado a reconocer la relación entre esta, la autorregulación y los consensos, que finalmente dan forma a las primeras. Los consensos

alimentan el derecho, surgen antes y se regulan antes, el derecho los transforma en norma y en principios, sin embargo, requiere de otros actores para canalizarlos o aplicarlos.

Con ello no se quiere referir al fracaso de las normas y los principios, estos son necesarios y parte de la cultura jurídica, sino que la irrupción del *compliance* lo que hace es cuestionar la inamovilidad de esas reglas y principios. No solo por la caracterización previa de ser los requisitos mínimos, sino porque muchas veces estos resultan estáticos.

El *compliance* no es el derecho, mucho menos un mecanismo para que las reglas se cumplan, puede haber sido esta una finalidad, pero en la actualidad esto lo sobrepasa. *Compliance* no es lo mismo que cumplimiento normativo, este es un ápice de su estructura; sin embargo, la importancia del *compliance* está en las conductas.

El foco y la mirada del derecho en las reglas ha dejado de lado que las reglas y principios están sujetos a personas, y las personas no se las entiende fuera de sus contextos, no la puedes separar de su ética. El reclamo no es por la existencia de una ley, el reclamo está en que esa ley sea comprendida y replicada en la conducta de las personas.

El cúmulo normativo puede resultar hasta abrumador, y sigue creciendo, cuando lo que se requiere es dotar de dinamicidad y movilidad a las normas ya establecidas. Eso es lo que hace el *compliance*, ha separado los lineamientos de los procedimientos, ha separado las directrices del ¿Cómo se tiene que hacer?

El *compliance* se empezó a preocupar por los comportamientos y los estímulos, más que por la amenaza o la existencia de una regla. Las reglas están, juridificadas o no, estas existen, pero aun existiendo no son replicadas en las conductas.

Las normas no jurídicas, están basadas en reciprocidades a legitimidad, a práctica constante y a una moral dominante. El *compliance* trae a colación nuevos imperativos morales, es resultado de una queja común y de un nuevo consenso. Es por lo que el derecho toma conocimiento de estas dinámicas y ha optado por trabajar con listas abiertas que reconozcan los elementos de los consensos y de la autorregulación.

Es decir, hemos cambiado de paradigma, de regular a decir cómo hacer *compliance*. Por lo que existe un esfuerzo del legislador y de los entes reguladores para definir estándares mínimos vinculados a *compliance*.

La definición de principios, elementos mínimos y estándares implícitos o explícitos de *compliance* y de su operativización son el principal foco de la producción normativa. Pero esta producción normativa es solo una respuesta a la autorregulación y consensos explícitos o implícitos de las industrias.

Es un reconocimiento de un legislador que no puede prever el comportamiento de las personas y de las organizaciones, o la falta de reconocimiento de las tendencias conductuales. Por lo cual se ve imposibilitado a dar el catálogo estricto de comportamientos, sino que recoge los mínimos esperados para alinearse y ante esta imposibilidad sólo se limita a lo estructural que funcione para el actual sistema jurídico. Esto

último puede resultar riesgoso porque implicaría una incapacidad para responder a los mandatos y consensos globales.

3.5. El mundo de los compromisos y de las obligaciones

El *compliance* no es cumplimiento de la ley, ni tampoco cumplimiento de normas, es un enfoque centrado en el cumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente y las obligaciones impuestas. Es ir más allá de la ley, superar los estándares normativos reconocidos, pero que una vez superados gozan de exigibilidad jurídica.

Esto necesariamente implica reconocer que el Estado liberal fundado en la división de poderes y en la teoría contractualista, ha decidido reconocer y devolver el poder a los particulares. Esto como parte de la nueva estructura jurídica propia del derecho contemporáneo, donde las redes jurídicas privadas son más dinámicas.

El derecho recoge reglas y principios, mientras el *compliance* implica cumplir las normas, pero incluye enfoques de ética e integridad (enfoque preventivo). Ir más allá es normalizar comportamientos y reconocer compromisos mayores a los estándares regulados.

El derecho es consciente que se trata de un tema cultural, pero se ha visto limitado a decir que es lo que tienes que hacer, mientras que el *compliance* está abocado a enseñar cómo hacerlo. La premisa del derecho es modelar la sociedad, dar pautas de actuación y motivar a que se sigan estas pautas. Sin embargo, han fracasado, por ello requieren de otros elementos para lograrlos. El primero de ellos es reconocer el resquebrajamiento del monopolio estatal para emitir normas, no solo por la autorregulación, sino

también por la incorporación de los compromisos voluntarios que son asumidos.

Y esto pasa porque los compromisos voluntarios resultan ser igual o mucho más importantes para las organizaciones que la misma norma. Esto es darle un mayor peso al rol que desempeñan y a su respuesta ante sus principales grupos de interés, de los cuales dependen para seguir funcionando.

Es decir, se reconoce la funcionalidad normativa de la ley y de las normas propias de la concepción moderna del derecho, estas permiten que se adapten al sistema legal o administrativo, y por tal tenga la capacidad de funcionamiento. Sin embargo, dicha capacidad resulta poco oficiosa si no responden a los objetivos y compromisos que asumen.

Este proceso para dar fuerza a la voluntad declarada, sin importar el ámbito que hacen las organizaciones y porque esa voluntad declarada tiene que venir desde lo más alto y bajar hasta el operario. Para dar fuerza a ese compromiso, pero también para dar garantía que dicho compromiso será esencial y se ajustará al modelo de actividades de determinada organización.

Es por ello que el *compliance* no se ha visto limitado a lo legal, sino que este es un elemento dentro de todo su enfoque, y esto no solo se debe a la fortaleza del estándar que asumen, sino a la reputación y relaciones de confianza que requieren para mantenerse operativas -sostenibles-.

3.6. ¿Cómo el derecho puede normalizar conductas?

Del análisis normativo y de la caracterización del derecho contemporáneo se destaca la importancia de la finalidad cultural del *compliance* sin que esto resulte excluyente a la del derecho.

En el acápite anterior se mostró que el *compliance* es el mecanismo mediante el cual se democratiza el derecho. El derecho no solo es para aquellos que los estudian o lo ejercen, el derecho es para todos. Por ello, los puntos centrales del *compliance* radican en la creación normativa que se ajuste a la normativa externa, pero que privilegia los estándares internos que responden a sus compromisos y obligaciones.

El *compliance* pone sus esfuerzos en hacer entendible el derecho, en manifestar conductas que se ajustan a la ley y generar espacios para que la ley no solo sea cumplida, sino que sea vea superada. Uno de los principales elementos es el de capacitaciones, pero esto es mediante un lenguaje sencillo y claro, entendible para todas las personas, y la mejor forma de hacerlo es a través de la ética y la moral.

Hemos visto cómo las relaciones capitalistas contemporáneas han hecho que el derecho deje de simplemente regular conductas a ser un instrumento que ayude a crear cultura y moldear determinados caracteres de la población.

Desde el *compliance* hay elementos como la constante capacitación, que esto implica dos puntos:

- i) Adecuado: El fracaso del derecho per se para generar cultura, está en que pertenece a un grupo cuyo conocimiento esta reducido,

acompañado de un lenguaje complicado. Por tanto, el *compliance* exige que estos elementos sean comprensibles, aterrizados y realistas. Por lo cual busca un enfoque democratizador y genera apropiación de las normas y por tanto propende una cultura donde la ética y moral estén normalizadas;

ii) Constante: El *compliance* está basado en un programa constante, permanente, las organizaciones de forma constante. Normalizar conductas no es una tarea de un día, no es suficiente con que se conozca una norma y se presuma que es conocida. Requiere de un esfuerzo colectivo, cuyo principal actor son los privados.

Todo ello se alinea con un elemento en común (la ética) la promoción de comportamientos de consensos populares. Por ello es que el derecho te dice como hacer *compliance*. Podría decirse que el *compliance* nos dice cómo construimos mientras que el derecho formaliza -lo dicho por los procesos constitutivos a tras de él- lo que tenemos que construir.

El derecho contemporáneo entonces también está en las pautas para el cumplimiento de la norma. Sin embargo, el mundo contemporáneo requiere que se cambie el cumplir por la incorporación de conductas. El foco es generar y dejar una capacidad instalada en las personas a través de sus elementos preventivos y sensibilizadores, más que en la sanción o la amenaza de la misma, la cual sigue reservada al Derecho, pero con sus matices.

La hipótesis plateada dice que la irrupción del *compliance* ha modificado la concepción contemporánea del derecho, y que ahora es concebida como

herramienta de normalización de conductas. En efecto no es que el derecho como tal haya desaparecido, sino que se integra con nuevos enfoques. El derecho está redactado en un tono sancionador y prohibitivo. Sin embargo, el *compliance* lo que hace es prevenir, poner sus esfuerzos en generar cultura, ha interiorizado el ir de la regulación a la normalización y al estar amarrados ambos enfoques, el derecho también incorpora elementos para una normalización de conductas.

CONCLUSIONES

1. El *compliance* ha surgido como un enfoque transformador que complementa al derecho contemporáneo, abriéndose paso hacia un paradigma más amplio y holístico en la regulación de conductas. Mientras que el derecho tradicional se enfocaba en establecer normas sancionadoras y prohibitivas, el *compliance* busca ir más allá de la mera regulación legal para centrarse en la normalización de conductas éticas y el cumplimiento voluntario de compromisos asumidos, este cambio de perspectiva ha permitido reconocer la importancia de la autorregulación y los consensos como elementos fundamentales en la creación de cultura.
2. En el marco del derecho contemporáneo, se ha evidenciado una tendencia hacia una mayor flexibilización y adaptación en la aplicación de las normas. Producto de las necesidades del mercado, que requieren de un nuevo ordenamiento social, una reconfiguración estructural del medio donde los actores económicos se desenvuelven.
3. El *compliance* destaca por su carácter preventivo y sensibilizador, busca generar un cambio cultural y normativo, que trascienda las estructuras legales y sociales definidas previamente. Es por ello, que el derecho contemporáneo ha pasado de un enfoque centrado únicamente en la regulación de conductas a buscar crear una cultura jurídica y moldear conductas, que sean adecuadas al mundo social, económico y político al que responden.
4. El *compliance* hace clara la relación instrumental entre los discursos económicos y el derecho. Atrás del reconocimiento de la autorregulación y

de la incorporación de estándares éticos, está el objetivo de fomentar una mayor participación de los actores privados en la creación de normas.

5. La irrupción del *compliance* ha modificado la concepción del derecho contemporáneo, demostrando la insuficiencia del carácter sancionador y prohibitivo para enfocarse en la normalización de conductas éticas y el fomento de una cultura basada en valores. La respuesta a la insuficiencia del derecho es el *compliance*, que se presenta como una herramienta efectiva para lograr una mayor eficacia en la aplicación de las normas y para generar cambios positivos en la conducta y comportamiento de las personas y organizaciones. Siendo entonces esto confirmatorio de la instrumentalidad alrededor del derecho y su insuficiencia como herramienta para crear y recrear realidades.
6. La irrupción del *compliance* también pasa por reconocer un elemento importante en la creación de cultura y la función del derecho, y es el reconocimiento de la persona como elemento central dentro de las estructuras sociales, y su relación con la capacidad del Estado y del mercado. El derecho contemporáneo y el *compliance* son las herramientas de la reestructuración de la unidad económica y jurídica, pero cuyo eje es la persona y por ello difieren de la visión moderna o tradicional del derecho y la regulación de conductas.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar a los(as) investigadores(as) aborden e investiguen la naturaleza instrumental del derecho y su rol dentro de la creación de estructuras sociales, culturales y económicas.
2. Recomendar a los(as) investigadores (as) exploren como el *compliance* influye en las organizaciones, para monitorear el impacto real en el comportamiento de los actores económicos.
3. Recomendar a las autoridades o responsables del área de investigación de las facultades de derecho fomenten los estudios multidisciplinarios en el derecho, que permitan dimensionar el rol e impacto de las herramientas en la creación de estructuras sociales.
4. Recomendar a las autoridades y docentes fomentar la capacitación y sensibilización en *compliance* a nivel de formación universitaria, de tal forma se logre un acercamiento con otras miradas y herramientas vinculadas a la normalización de conductas.
5. Recomendar a los/(as) legisladores(as) integren elementos propios del *compliance* a sus disposiciones normativas para reforzar su rol y función en la sociedad, garantizando su accesibilidad y entendimiento.
6. Recomendar a los(as) líderes de las organizaciones públicas o privadas integren el *compliance* en la gestión organizacional como elemento complementario para alcanzar conductas adecuadas a la legislación y a su impacto en logro de objetivos organizacionales.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abreu, J. L. (2012). Hipótesis, método & diseño de investigación (hypothesis, method & research design). *Daena: International Journal of Good Conscience*, pp. 187-197.
- Alexy, R. (2003). La naturaleza de la filosofía del Derecho. *Doxa*, pp.147-159.
- Alexy, R. (2013). Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos. *Signos filosóficos*, pp.153-171.
- Aligica, P. D., y Tarko, V. (2014). Crony capitalism: Rent seeking, institutions and ideology. *Kyklos*, pp.156-176.
- Anderson, M. y Waggoner, I. (2014). *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*. California: Rand Corporation.
- Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *TEORDER*, pp.44-57.
- Atria, F. (2016). *La forma del Derecho*. Madrid : Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2012). *Compliance» y derecho penal*. Buenos Aires: Hanmurabi S.R.L.
- Balcázar Nava, P., Gonzáles-Arratía López-Fuentes, N. I., Gurrola Peña, G. M., y Moysén Chimal, A. (2013). *Investigación cualitativa*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al Estudio del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Blumenthal, W. (9 de Enero de 1977). Business Morality Has Not Deteriorated— Society Has Changed. *The New York Times*, p. 103.

- Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*. (A. Ruiz Miguel, Trad.) Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1993). *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría General Del Derecho* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Brunet, P. (2019). *Para un análisis del discurso jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bunge, M. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, pp.122-137.
- Burazin, L. (2020). ¿Puede existir una Teoría del Derecho como artefacto? En S. Ortega Gomero, y C. Arturo Hernández, *El derecho como Artefacto* (pp. 13-54). Mexico: Derecho Global.
- Cardenas Gracia, J. (2017). *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. Mexico: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.
- Carrigan, C., y Coglianese, C. (2015). *George J. Stigler, 'The theory of economic regulation'*. En S. J. Balla, M. Lodge, y E. C. Page (Edits.). Inglaterra: The Oxford handbook of classics in public policy and administration (pp. 287-299). OUP Oxford.
- Chen, H., y Soltes, E. (2018). Why compliance programs fail—and how to fix them. *Harvard Business Review*, pp.116-125.
- Cooter, R., y Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (Sexta ed.). Berkeley: PEARSON.

- Cortina, A. (28 de Noviembre de 2000). Las tres edades de la ética empresarial. *El País*. Obtenido de <https://acortar.link/jPu0PF>
- Cortina, A. (2010). Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política? *ISEGORÍA*, pp.129-148.
- Cortina, A. (2013). Ética del discurso: ¿un marco filosófico para la neuroética? *ISEGORÍA*, pp.127-148.
- Crowe, J. (2020). El derecho como un tipo de artefacto. En S. Ortega Gómeo, y C. Arturo Hernández , *El derecho como Artefacto* (pp. 77-119). Mexico : Derecho Global .
- Del Carpio Solórzano, O. L. (2020). *El criminal compliance como forma de prevenir los delitos empresariales y regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Perú-2019*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.
- Eccles , R., Newquist, S., y Schatz, R. (Febrero de 2007). Reputation and Its Risks. *Harvard Bussinnes Review*, pp.104-114. Obtenido de Harvard Bussinnes Review.
- Ferré Olivé, J. C. (2020). Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa. *Revista Penal México*, pp. 63-84.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Tucuman: Siglo XXI.

- Friedman, M. (13 de Septiembre de 1970). A Friedman doctrine-- The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits. *The New York Times*, pp. 32-33.
- Friedman, T. (3 de April de 2005). It's a flat world, after all. *The New York Times*, pp. 33-37.
- Frison, R. (2004). Définition du droit de la régulation économique. *Recueil Dalloz*, pp.126-129.
- García Amado, J. A. (2020). Objetivismo moral y derecho. Argumento para el debate con Manuel Atienza. *TEORDER*, pp.14-43.
- Garzón Valdez , E. (1990). Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. *DOXA*, pp.111-130.
- Gendron, C. (2014). Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques: la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation. *Chaire de responsabilité sociale et de développement durable*, Montreal.
- Giusti, M. (1992). Moralidad o Eticidad. Una vieja disputa filosófica . *Estudios de Filosofía*, pp.49-64.
- Giusti, M. (1996). ¿Puede haber conciliación entre moralidad y eticidad? *Arete*, pp. 25-64.
- Giusti, M. (2008). *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética* . Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Goldman, H. (2018). Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal. *IUS ET VERITAS*, pp.14-28.
- Hart, H. L. (2009). *El concepto de Derecho* (Tercera ed.). (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Hernández Manríquez, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. Mexico: DR. Universidad Nacional Autónoma de México.
- INDECOPI. (2020). *Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia*. Lima: INDECOPI.
- Griffith, S. (2016). Corporate Governance in an Era of Compliance. *William & Mary Law Review*, 57, pp. 2075-2140. doi: <https://acortar.link/7fSaOj>
- Koehler, M. (2012). The story of foreign corrupt practices act. *Ohio St.LJ*, 73, pp. 929- 1013.
- Laufer, W. S. (1999). Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance. *Vanderbit Law Review*, pp.1341-1419.
- Massini, C. (2018). *Sobre iusnaturalismo y validez del derecho*. Mendoza: Repositorio Universidad de Mendoza.
- Milkes Sanchez, S. (2018). *Los programas de cumplimiento o compliance program en Colombia: ¿una amenaza para la plena garantía de los derechos constitucionales?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miller, G. P. (2016). *The law governance, risk management and compliance*. New York: Wolter Kluwer.

- Ministry of Justice. (2011). *The Bribery Act 2010*. Londres: Ministry of Justice.
- Montiel, J., Kuhlen, L., y Ortiz, I. (2019). *Compliance y teorías del derecho penal*.
Barcelona: Marcial Pons.
- Moreno Cruz, R. (2012). ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, POR QUÉ Y PARA QUÉ. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 165-192.
- Moreso, J. J. (2003). El reino de los derechos y la objetividad de la moral. *Análisis Filosófico*, pp.117-150.
- Nagel, T. (2000). *La última palabra*. Barcelona: Gedisa.
- Nieto, A. (2013). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nussbaum, M. C. (2016). Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político (Parte I). *Ius Et Veritas*, pp.370-383.
- Nussbaum, M. C. (2017). Liberalismo Perfeccionista y Liberalismo Político (Parte II). *IUS ET VERITAS*, pp. 322-338.
- OCDE-UNODC-Banco Mundial. (2013). *Manual de Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento*. OCDE-UNODC-Banco Mundial.
- Paine, L. S. (1994). Managing for Organizational Integrity. *Harvard Business Review*, pp.106-117.
- Raith, D. (2018). *Business Ethics?: A Critical Companion*. Marburg: Metropolis Verlag.

- Ramírez, S. (2022). *Ética y Derecho*. Nuevo México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Roca Perez , V. (2007). ROCA PÉREZ, Victoria. Una mirada a «Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral»(1992) de Ernesto Garzón Valdés. *DOXA*, pp. 165-170.
- Rodríguez Jiménez , A., y Pérez Jainto, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Ean*, pp.179-200.
- Rojas Crotte, I. R. (2011). Elementos para el diseño de técnicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de educar*, pp. 277-297.
- Rorty, R. (2000). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. *Verdad y progreso*, pp. 219-242.
- Rose-Ackerman, S., y Bonnie , J. (2016). *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Salmerón, F. (1996). Sobre moral y derecho, apuntes para la historia de una controversia . *ISONOMÍA*, pp. 79-105.
- Sanclemente, J. (2017). *Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿Identidad o antagonismo?* *Misión Jurídica*, 10(13), pp. 237-263.
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). El derecho comercial: de la regulación al compliance. *Estudios Socio-Jurídicos*, pp. 87-116.

- Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional. *DERECHO PUCP*, pp. 9-40.
- Sevillano, E. (2021). Compliance: clave de la legalidad y la ética corporativa. *El País*, pp. 5-6
- Sieber, U. (2013). *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Valencia: En L. Arroyo Zapatero (Ed.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 63-109). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Stelzer, I. M. (2004). The corporate scandals and American capitalism. *Public Interest*, pp. 19-31.
- Sutinen, J., y Kuperan, K. (1999). A socio-economic theory of regulatory compliance. *International journal of social economics*. *International journal of social economics*, pp. 174-193.
- Tam , J., Vera, G., y Oliveros Ramos , R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. *Pensamiento y acción*, pp. 145-154.
- Tantalean Odar, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, pp.1-37.
- Termes Carrero, R. (3 de Noviembre de 1992). *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Obtenido de Discursos de ingreso desde 1962: <https://acortar.link/BtfYwd>

U.S. Securities and Exchange Commission. (2012). *FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Washington: Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the.

Villarán, A. (11 de Noviembre de 2019). *La normalización de la mentira*. Obtenido de El comercio: <https://acortar.link/ywAujy>

Zarate-Amaro, R. (2019). *¿Deben las obligaciones ambientales formar parte del “Compliance Empresarial”? respuesta desde la regulación de la pesquería industrial peruana*. Lima: Universidad de Lima.