



# *Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance*

Humberto Cantú Rivera y Laura Esparza García



Centro de Información sobre  
Empresas y Derechos Humanos



# Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance

---

Humberto Cantú Rivera y Laura Esparza García

Coordinación de contenido:

*Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos*

Diana Figueroa Prado

Representante e Investigadora para México, Centroamérica y el Caribe.

*Oxfam México*

Jorge Romeo León

Director de Programas

Roberto Stefani

Coordinador Industrias Extractivas y Derechos Humanos

*Autores:*

Humberto Cantú Rivera

Laura Esparza García

*Diseño Editorial:*

Keila Kraul Flores

Inés Giménez Delgado

Financiamiento:

Esta publicación fue financiada en el marco del proyecto “Comprensión y preparación para la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente en América Latina” implementado por el Centro de Información de Empresas y Derechos Humanos.

Dicho proyecto es beneficiario del [Fondo del Proyecto “Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe \(CERALC\)”](#), financiado por la Unión Europea (UE) e implementado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

Marzo 2021

La reproducción parcial o total de este documento debe contar con la autorización expresa de los autores u organismos aquí mencionados.



Centro de Información sobre  
Empresas y Derechos Humanos

.....

**P**ara el Gobierno de México, es una prioridad el “objetivo fundamental de lograr que los derechos humanos, establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte sean una realidad para las mexicanas y los mexicanos.”<sup>1</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo primero, es clara al puntualizar que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.”<sup>2</sup>

Por su parte, los compromisos internacionales demandan que los Estados respeten, protejan y realicen los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio y/o bajo su jurisdicción, hasta el punto de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidos los agentes económicos, en particular, las empresas tanto públicas como privadas, que son de vital importancia para el cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como de las metas de la Agenda 2030.

El compromiso de México por respetar los derechos humanos ha quedado plasmado en el Programa Nacional de Derechos Humanos 2020-2024, programa especial del Gobierno de México, que une las políticas públicas de la Administración Pública Federal en materia de derechos humanos y que se deriva del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.<sup>3</sup>

Es importante destacar que el PNDH, como instrumento rector de la política del Estado mexicano en materia de derechos humanos, se encuentra compuesto por 188 acciones puntuales, agrupadas en cinco objetivos prioritarios, que tienen como propósito atender de forma integral las causas estructurales de la crisis en derechos humanos por la que atraviesa México.<sup>4</sup>

Si bien, la agenda de derechos humanos en México ha sido reconocida por atender asuntos que han alcanzado mayor visibilidad, como la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, la protección de periodistas y personas defensoras de derechos humanos, el combate a las violencias contra las mujeres, entre otros, en la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación tenemos

---

<sup>1</sup> Programa Nacional de Derechos Humanos 2020-2024 (PNDH), Guía Ciudadana, disponible en [http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos\\_Humanos/PNDH/Documentos/GUIA\\_CIUDADANA.pdf](http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos_Humanos/PNDH/Documentos/GUIA_CIUDADANA.pdf)

<sup>2</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1

<sup>3</sup> PNDH 2020-2024, Guía Ciudadana, disponible en [http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos\\_Humanos/PNDH/Documentos/GUIA\\_CIUDADANA.pdf](http://derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos_Humanos/PNDH/Documentos/GUIA_CIUDADANA.pdf)

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

presente la existencia de otros retos de primer orden que es menester atender, entre los que se encuentra la responsabilidad de la empresas en materia de derechos humanos.

Por ello, el Programa Nacional de Derechos Humanos plantea, por primera vez, abordar de manera integral este reto, por lo cual ha incluido en su “Estrategia prioritaria 3.6. Impulsar políticas públicas orientadas a prevenir y disminuir los impactos negativos de la actividad empresarial pública, privada o mixta” líneas de acción específicas, entre las que se encuentran: “Promover y proteger los derechos humanos de los grupos históricamente discriminados o afectados en el contexto de las actividades empresariales. Promover la armonización del marco normativo que regula las actividades empresariales públicas, privadas y mixtas, conforme a los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos. Establecer mecanismos de prevención, evaluación y reparación integral para atender los impactos negativos en la salud producidos por la actividad empresarial pública y privada, con la participación de las personas y comunidades afectadas.”<sup>5</sup>

Por lo anterior, nos congratulamos en acompañar la publicación del estudio Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance, que tiene como objetivo analizar la compatibilidad y áreas de oportunidad para vincular la debida diligencia en derechos humanos con los mecanismos de compliance, realizada por el Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey, Oxfam México y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, por considerar que investigaciones como la presente contribuyen a delinear la agenda nacional de empresas y derechos humanos, y a promover buenas prácticas, a través de esquemas de organización, autorregulación y gestión empresarial encaminados a configurar empresas sólidas y sustentadas en la legalidad.

El estudio en mención cobra particular relevancia de cara a la implementación del PNDH y al cumplimiento de los compromisos internacionales en la materia, como es el de diseñar e implementar el Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, instrumento con el que promoveremos la incorporación de la perspectiva de derechos humanos y su debido respeto, en el contexto de la actividad empresarial, teniendo presente el espíritu de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

*Alejandro Encinas Rodríguez*

Subsecretario de Derechos Humanos, Población y Migración  
Secretaría de Gobernación



**V**ivimos en tiempos complicados y vertiginosos que demandan colaboración, compromiso, claridad y oportunidad en la acción colectiva para responder a los problemas que enfrentamos en México y en el mundo. La emergencia sanitaria derivada de la pandemia por la COVID-19, ha hecho más visible la importancia de actuar en concierto y con solidaridad a nivel global. En pocos ámbitos es esta colaboración tan relevante como en la concreción de un desarrollo sostenible.

El décimo aniversario de la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, nos invita a reflexionar sobre los avances en la recepción e instrumentación de dichos principios.

Para el gobierno de México aún hay muchos desafíos que enfrentar y camino por recorrer. La instrumentación de los Principios Rectores conlleva esfuerzos conjuntos con instancias de gobierno, organizaciones de la sociedad civil y del sector privado. Además, la emergencia demanda el involucramiento de actores no estatales y de empresas transnacionales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, algo que representa la necesidad de actuar bajo un nuevo paradigma.

En ese sentido, el presente trabajo, elaborado por Humberto Cantú Rivera y Laura Esparza García, aborda el tema de la debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance, como elementos esenciales en la construcción colectiva de condiciones óptimas para el desarrollo sostenible e incluyente en México. Ofrece además una propuesta de cambio de paradigma para generar condiciones al interior del país que promuevan mejores prácticas, rechazando la corrupción, mitigando eficazmente riesgos y asumiendo un compromiso con el medio ambiente, con la sostenibilidad y con los derechos humanos de las personas y comunidades, conforme a la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos.

Para México resulta crucial promover el respeto a los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial. Es por ello que la Cancillería, a través de la Dirección General de Derechos Humanos, participa activamente en las iniciativas sobre empresas y derechos humanos impulsadas en foros internacionales. En este sentido, recordamos que la aprobación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco del Consejo de Derechos Humanos, constituyó un parteaguas en el tema, consolidándose como una herramienta sumamente útil para encaminar los esfuerzos nacionales hacia la regulación de la conducta empresarial en materia de derechos humanos.

Es importante mencionar que además de los Principios Rectores, la conducta empresarial es regulada a nivel internacional por la Declaración Tripartita de principios sobre empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Mundial de Naciones Unidas (Global Compact), los Principios sobre responsabilidad social de las empresas de la Organización de Estados Americanos, así como por las diversas resoluciones adoptadas por el Consejo de Derechos Humanos.

En México consignamos la importancia de la debida diligencia en el marco del Programa Nacional de Derechos Humanos, que define como acción puntual “impulsar la debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos adversos generados por la actividad empresarial pública, privada o mixta, y para propiciar la transparencia y rendición de cuentas en las cadenas de valor”.

La creación de sinergias y espacios de diálogo entre múltiples actores, con el acompañamiento de los organismos internacionales relevantes, es crucial para la plena implementación y cumplimiento de la debida diligencia y los estándares internacionales de derechos humanos a las actividades que lleven a cabo las empresas en territorio nacional.

Finalmente agradecemos a Oxfam México, al Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos y a la Universidad de Monterrey por esta publicación, que esperamos se vuelva una herramienta útil para este debate.

*Martha Delgado*

Subsecretaria para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos  
Secretaría de Relaciones Exteriores

.....

**E**l momento histórico que nos impone la crisis de la Covid, en todas sus cepas y variaciones, hace más que nunca pertinente el texto “Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance”, elaborado por Humberto Cantú Rivera y Laura Esparza García. Las autoras traen a la discusión pública reflexiones sobre la oportunidad que puede significar el uso de mecanismos ya existentes en la práctica empresarial, tal como el “compliance”, para facilitar el entendimiento e implementación efectiva de las empresas en su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

Humberto y Laura invitan a conocer el desarrollo del marco normativo, internacional y regional, de las leyes de anticorrupción; y nos explican cómo las empresas se encontraron en la necesidad de atender internamente y de manera eficaz situaciones que puedan encuadrarse como actos de corrupción y afectar su práctica empresarial ya sea por litigios o en su reputación. Dan ejemplos claros de cómo diversas empresas han desarrollado metodologías internas de compliance y sus efectos preventivos, así como la lógica de las mismas para cumplir con la ley y estos mecanismos con tal de evitar a toda costa pérdidas económicas.

Es en este punto en donde se puede tejer una reflexión sustantiva de los retos que implica una visión diferenciada entre la Responsabilidad Social Corporativa y la Rendición de Cuentas Empresarial. Las autoras nos refieren hacia el contexto transnacional que se está definiendo sobre la vinculación entre la práctica empresarial y el respeto a los derechos humanos con el marco regulatorio en el ámbito europeo sobre debida diligencia que se definirá en el 2021 y en ese llamado reconocen el avance que se ha construido desde el 2005 con el nombramiento de Ruggie, los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos emitidos por la ONU, pasando por las líneas directrices de la OCDE, hasta los esfuerzos de la Ley Francesa del Deber de Vigilancia y la más reciente legislación alemana en materia de cadena de suministro.

Dichos esfuerzos como ellas lo mencionan se han alcanzado debido al trabajo de individuos, comunidades y organizaciones de la sociedad civil que están construyendo precedentes con las herramientas legales que ya existen, cuya experiencia es fundamental para garantizar que las nuevas regulaciones incorporen aprendizajes. En ese sentido, se identifican los riesgos del uso del “compliance” como un requisito más a cumplir así como a que sean utilizados para afectar aún más a las personas demandantes con la tendencia ubicada donde se revierte la carga de la prueba; es decir, que la persona o comunidad afectada es la que debe demostrar que la empresa obró mal. Son sin duda dos alertas a tomar en cuenta principalmente para la defensa de derechos humanos de comunidades afectadas y la desigualdad de poder en esta ecuación.



La pregunta que se insinúa es si es posible proponer el uso del compliance como herramienta que fortalezca la debida diligencia en el ámbito de las Empresas y los Derechos Humanos. Trasladando esta reflexión al contexto de un Estado capturado por las empresas (o, en mi opinión, de un Estado francamente corporativo) el grave problema de corrupción e impunidad en casi todos los ámbitos de acceso a la justicia y la desigualdad estructural que existe no solo en México sino en varios países del Sur Global hace que dicho ejercicio no sea ocioso.

En el modelo económico hegemónico, la tierra, el territorio y los bienes naturales aparecen como el elemento más importante en disputa. No es casualidad que, de los 331 asesinatos a personas defensoras de derechos humanos documentados por Front Line Defenders en 2021, casi el 70% se encontrara defendiendo la tierra, el territorio y los bienes naturales de comunidades agrarias y/o indígenas. Tampoco hay que dejar de lado las violaciones a los derechos humanos laborales y las violaciones específicas que sufren las mujeres, a quienes se nos imponen dobles o triples jornadas de trabajo y cuidados; el trabajo no remunerado de los hogares equivale al 23% del PIB en México, y las mujeres aportamos casi el 75% del mismo.

La apuesta de las autoras es construir un diálogo crítico entre las y los diversos actores sociales, pero principalmente hacia la práctica empresarial, a informarles e inclusive a educarles sobre la ganancia que puede significar en sus planes empresariales para la implementación de la debida diligencia recuperar los procesos de compliance que, al parecer, entienden de manera más orgánica. Así pues cierran el documento con una serie de recomendaciones que allanan el trabajo de las empresas para acercarse a una lógica de respeto a los derechos humanos, desde la complementariedad de los procesos de compliance y la debida diligencia.

El trabajo de Laura y Humberto pone de manifiesto la necesidad de reflexionar desde la academia y la práctica de la defensa de los derechos humanos, en dónde poner nuestro aporte para ir reduciendo el abuso del poder empresarial y para que todos los actores involucrados comprendan que el respeto a los derechos humanos debe ser una costumbre y no una excepción.

*Alejandra Ancheita*

Directora Ejecutiva

Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC)

.....

**L**as empresas enfrentan hoy día un contexto en el que observamos grandes transformaciones y desafíos en el que la única constante es el cambio, que han sido agravados ya por los impactos de la pandemia de COVID19.

Adicionalmente, las expectativas de los consumidores, las comunidades, los trabajadores, los inversionistas y la sociedad en general son cada vez más exigentes en relación al papel que las empresas desempeñamos en la sociedad. Se espera que las empresas, además de ser un motor de crecimiento económico y creación de empleo, también destinen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible, cumpliendo con las normas y los acuerdos internacionales de conductas responsables y de respeto por los derechos humanos.

Somos conscientes de los impactos que tenemos y del importante rol que tenemos para generar transformaciones positivas en la calidad de vida de las personas, y al mismo conocemos que tienen responsabilidades bien establecidas para respetar los derechos humanos con base en los principios, normas y leyes internacionales y nacionales en los países donde tienen operaciones.

En este contexto, como empresas debemos integrar el respeto por los derechos humanos en las operaciones empresariales más allá de evitar hacer daño, asumiendo un enfoque de prevención y remediación, que facilite que las empresas fortalezcan su legitimidad frente a la sociedad y garanticen la viabilidad de sus negocios a futuro.

Es con este enfoque que este reporte establece la relación muy cercana entre los necesarios procesos ya existentes en la práctica de las empresas como es el compliance y el proceso de debida diligencia que hace parte de la conducta social responsable que promovemos desde Pacto Mundial.

Así, podemos comprobar una relación directa entre aquellos procesos de cumplimiento que son más detallados y que incluyen los códigos éticos que establecen cómo las empresas internamente y en sus cadenas deben actuar para respetar no sólo la ley, sino también marcos de referencia globales tales como los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresas. Adicionalmente, estos procesos de compliance cuentan con un enfoque preventivo que incluye acciones de remediación tal y como establecen los citados principios rectores.

En definitiva, este reporte nos permite entender cómo las empresas que cuentan con procesos de compliance detallados ya cuentan con la base para poder de forma orgánica

implementar procesos de debida diligencia y respeto a los derechos humanos y cuáles son las principales áreas a tener en cuenta en esta implementación.

Como Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los derechos humanos continúan siendo parte fundamental de nuestro actuar y del acompañamiento que tenemos con las empresas. Ayudamos a nuestros adheridos en México a implementar procesos que les aseguren el respeto a los principios de derechos humanos con los que se comprometen y que pasan por apoyar y respetar la protección de los derechos humanos, así como de asegurarse de no ser cómplices de abusos.

Nos alineamos con las acciones globales y lanzamos iniciativas regionales y nacionales como el proyecto de empresas y derechos humanos en América Latina o la iniciativa de derechos humanos y empresas en México en colaboración con la UDEM.

Continuemos siendo conscientes, empresas comprometidas y responsables. Los derechos humanos son la herramienta fundamental que tenemos para ayudar a las sociedades a mantener su libertad. Las situaciones de conflicto y los impactos de la pandemia de Covid-19 que hoy vivimos ponen a prueba los avances y respeto a los derechos humanos. Son necesarios mecanismos de prevención como el que establece el marco de referencia de los Principios de Derechos Humanos y Empresas para poder tener los mecanismos de prevención y remediación adecuados que nos permitan actuar y proteger a las personas.

Quiero felicitar desde Pacto Mundial México a Oxfam México, la Universidad de Monterrey y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos por la elaboración de este reporte dentro del marco de comprensión y preparación para la debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente en América Latina.

*Martha Herrera*

Directora de Impacto Social de CEMEX  
Presidenta de Pacto Mundial México

# Contenido

01

Introducción

---

**Pág. 15**

02

El compliance como una herramienta de prevención de riesgos ligados a la corrupción **Pág. 20**

---

**Pág. 21**

A. El surgimiento y la lógica de los procesos de compliance para evitar la corrupción.

**Pág. 29**

B. La práctica del compliance en el marco de la lucha contra la corrupción.

# 03

El compliance como herramienta para una debida diligencia empresarial en derechos humanos **Pág. 37**

---

**Pág. 37**

A. El compliance como herramienta para la prevención de impactos a los derechos humanos.

**Pág. 42**

B. Los retos del compliance para una debida diligencia empresarial en derechos humanos.

# 04

Conclusión

---

**Pág. 47**

# R.

Recomendaciones para empresas

---

**Pág. 50**

# A.

Acerca de los autores

---

**Pág. 52**

# 01

## Introducción



# 01

## Introducción

“Los procesos de *compliance* involucran instrumentos y esfuerzos realizados por una empresa y sus agentes para asegurar que en sus actividades exista adhesión a las normas jurídicas y reglamentarias...”

El vínculo entre las empresas y los derechos humanos, una relación inicialmente distante, vio un acercamiento importante en las últimas dos décadas como resultado de las iniciativas multilaterales para crear una plataforma común que facilitara la comprensión del papel del sector privado, ante una cuestión tradicionalmente entendida en el marco de las acciones u omisiones del Estado.<sup>1</sup> Aunque la cuestión fue abordada previamente y de forma notable en distintos casos importantes durante la década de los noventa, el enfoque se centró ampliamente en la crítica de las campañas y políticas de responsabilidad social empresarial<sup>2</sup> que se desarrollaban por el sector privado ante impactos en los derechos humanos, en los derechos laborales o en el medio ambiente. Esta crítica generó reacciones importantes, que poco a poco se tradujeron en presión sobre el sector privado –y ciertamente sobre los gobiernos– para tener una mejor comprensión entre el vínculo de la actividad empresarial con los efectos que generan en los derechos humanos.<sup>3</sup>

De esta forma, los trabajos en el ámbito de las Naciones Unidas en la primera década del siglo XXI, propiciaron no solo un debate animado sobre si las empresas tienen responsabilidades en el ámbito de los derechos humanos,<sup>4</sup> sino sobre la manera en que dicha responsabilidad puede

<sup>1</sup>Ruggie, John Gerard, “Incorporating human rights: lessons learned, and next steps” en Baumann-Pauly, Dorothée y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principle to Practice*, Londres, Routledge, 2016, p. 64.

<sup>2</sup> Ballinger, Jeffrey, “The New Free-Trade Heel”, *Harper’s Magazine*, agosto de 1992, pp. 46-47. Véase también Morrison, John, “The social licence: one way of thinking about business and human rights” en Baumann-Pauly, Dorothée y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principle to Practice*, Londres, Routledge, 2016, pp. 101-103.

<sup>3</sup> Un efecto directo de lo anterior fue el lanzamiento del Pacto Mundial, la iniciativa de responsabilidad social empresarial más grande del mundo, creada por la Organización de las Naciones Unidas. Otras iniciativas similares han surgido a lo largo de los años, incluyendo la *Business Leaders Initiative on Human Rights*.

<sup>4</sup> Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (13 de agosto de 2003).

ser traducida en herramientas prácticas.<sup>5</sup> Tras el nombramiento del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas<sup>6</sup> (en adelante el Representante Especial) en 2005, su trabajo se centró en el desarrollo de herramientas metodológicas para explicar la manera en que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos –como expectativa social– podría ser implementada.<sup>7</sup> En ese sentido, se diseñó una metodología con la que las empresas proactivamente podrían identificar y abordar los posibles impactos adversos que sus actividades o relaciones de negocios pudieran ocasionar.<sup>8</sup> Dicha metodología encontró cabida en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos,<sup>9</sup> el informe final del Representante Especial, que fue respaldado políticamente por el Consejo de Derechos Humanos, y que identifica expresamente en su segundo pilar la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Ese reconocimiento de la responsabilidad empresarial encontró distintos ecos en

la práctica, en donde algunas empresas han hecho esfuerzos para implementar integralmente la metodología presentada en los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos.<sup>10</sup> Sin embargo, también se ha dado lugar a consideraciones sobre si los distintos mecanismos ya existentes y conocidos en la práctica empresarial podrían ser utilizados para el mismo fin. Aunque la discusión sobre esta cuestión no se ha agotado, uno de los elementos que progresivamente ha sido considerado como una potencial herramienta para la gestión de riesgos conforme al planteamiento de los Principios Rectores ha sido la utilización de procesos de *compliance*.<sup>11</sup>

Los procesos de *compliance* involucran instrumentos y esfuerzos realizados por una empresa y sus agentes para asegurar que en sus actividades exista adhesión a las normas jurídicas y reglamentarias, a la práctica del sector industrial, y a las políticas y normas internas de la empresa.<sup>12</sup> De tal manera, buscan prevenir que las empresas infrinjan los marcos normativos y de práctica aplicables, a través de procesos de detección, investigación y

<sup>5</sup> Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, E/CN.4/2005/91 (15 de febrero de 2005), p. 52.f.

<sup>6</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas*, E/CN.4/RES/2005/69 (20 de abril de 2005).

<sup>7</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos: Resolución de cuestiones metodológicas esenciales. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/4/74 (5 de febrero de 2007).

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

<sup>10</sup> Algunos ejemplos son Unilever (<https://www.unilever.com/sustainable-living/enhancing-livelihoods/fairness-in-the-workplace/advancing-human-rights-in-our-own-operations/>) o Nestlé (<https://www.nestle.com/csv/impact/respecting-human-rights>), que han desarrollado distintas metodologías basadas en los Principios Rectores.

<sup>11</sup> Pieth, Mark, “Corporate Compliance and Human Rights”, *Criminal Law Forum*, Vol. 28, 2018, pp. 595-601. Un ejemplo interesante de lo anterior es el caso de Audi, así como el de muchas empresas con actividades transnacionales: <https://www.audi.com/en/company/integrity-compliance-and-risk-management/compliance/human-rights.html>

<sup>12</sup> Root, Veronica, “The Compliance Process”, *Indiana Law Journal*, Vol. 94, 2019, p. 205.



reparación, con el objetivo de salvaguardar su integridad, y de protegerlas frente a riesgos jurídicos, financieros o de reputación. En ese sentido, los procesos de *compliance* se han convertido rápidamente en instrumentos empresariales para una buena gestión corporativa, y su utilización se ha expandido a distintas regiones como una buena práctica a ser adoptada por empresas proactivas.

Es justamente en la intersección de estos mecanismos y de la gobernanza corporativa con el debate sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, que se ha identificado una potencial asociación de objetivos y procesos, en particular, con respecto a dos cuestiones: la evaluación de impactos o riesgos, y la integración y seguimiento de medidas. La coexistencia de ambos elementos tanto en los procesos de *compliance* como en los de debida diligencia en derechos humanos, señalan una potencial alineación que podría facilitar su integración a nivel empresarial. Considerando que la responsabilidad empresarial en derechos humanos se basa en una adecuada gestión de riesgos desde una perspectiva de derechos humanos,<sup>13</sup> los procesos de *compliance* surgirían como aliados naturales para un mismo fin: contribuir a una conducta empresarial responsable. Así, aunque su génesis se encuentra íntimamente ligada a la lucha contra la corrupción, y su naturaleza los plantea como herramientas para la prevención de ese tipo de riesgos (II), es

necesario examinar si el *compliance* puede ser una herramienta para la implementación de la debida diligencia en derechos humanos por las empresas (III). Para ese fin, la presente investigación aborda las perspectivas y los desafíos a los que dicha herramienta se enfrenta para contribuir a la realización práctica de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

**“La coexistencia de ambos elementos tanto en los procesos de *compliance* como en los de debida diligencia en derechos humanos, señalan una potencial alineación que podría facilitar su integración a nivel empresarial”.**

Dicho enfoque es importante ante el histórico momento que se vive en términos del reconocimiento de la existencia de responsabilidades empresariales más allá de sus accionistas, y ante la sociedad en su conjunto. El replanteamiento del modelo empresarial que abarca desde perspectivas sobre el lugar y contribución de las empresas a la sociedad,<sup>14</sup> hasta la aparición de un horizonte normativo que establece la obligación de respetar ciertos bienes globales fundamentales –como los derechos humanos y el medio ambiente–,

<sup>13</sup> Ruggie, John Gerard, Rees, Caroline y Davis, Rachel, “Making ‘Stakeholder Capitalism’ Work: Contributions from Business & Human Rights”, *HKS Working Paper No. RWP20-034*, 2020, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3733228>

<sup>14</sup> Porter, Michael E. y Kramer, Mark R., “Creating Shared Value”, *Harvard Business Review*, Enero-Febrero 2011.

lleva a la conclusión de que la adopción de medidas y procesos para identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos adversos debe ser una exigencia expresa para todas las actividades empresariales, que debe instrumentarse por medio de mecanismos apropiados para tal fin. Es a través de la instrumentalización de esas expectativas que las empresas podrán contribuir directa y activamente al respeto y realización de los derechos humanos, y al desarrollo sostenible en general.

En términos de metodología, la presente investigación comprendió una revisión y análisis documental de carácter doctrinal (incluyendo con ello literatura jurídica, de gestión de riesgos, e informes de organizaciones internacionales), la revisión de publicaciones sobre las prácticas empresariales en relación con la materia del presente estudio, y entrevistas estructuradas a asesores en firmas jurídicas internacionales basados en Nueva York y París, con experiencia en temas de compliance anticorrupción y en procesos de debida diligencia en derechos humanos.

# 02

El *compliance* como una herramienta de prevención de riesgos ligados a la corrupción

**SAFETY FIRST**



# 02

## El *compliance* como una herramienta de prevención de riesgos ligados a la corrupción

“El desarrollo legislativo muestra la tendencia consistente en incluir estrategias de autorregulación corporativa para la disuasión y prevención de la corrupción”.

La problemática de la corrupción afecta con gravedad a las sociedades modernas. Los efectos negativos trascienden al ámbito económico, pues distorsiona a los mercados, desincentiva la inversión, impide la competencia, al tiempo que afecta a la gobernanza, merma la capacidad institucional, la forma en que se administra el erario o la calidad con la que se prestan los servicios, y tiene como consecuencia más grave el aumento sostenido de los índices de pobreza.<sup>15</sup> Además, se caracteriza por “la apropiación de lo público para fines privados”.<sup>16</sup> En ese sentido, la morfología de la corrupción es cambiante, para lo cual se vale de distintos actos, como el tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, el cohecho<sup>17</sup> o la llamada “captura corporativa”.<sup>18</sup>

La corrupción debilita el Estado de Derecho y amenaza el disfrute de los derechos humanos en todas sus formas. El “círculo perverso” que crea, de acuerdo con Morales Antoniazzi, impide que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales de derechos humanos,<sup>19</sup> pues la disminución de la capacidad del Estado tiene vínculos causales con las violaciones a los derechos humanos, que al quedar impunes, erosionan la confianza

<sup>15</sup> Piovesan, Flavia et al., “La corrupción y los derechos humanos en Brasil”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 38.

<sup>16</sup> Vázquez, Daniel, Cardona, Luz y Ortiz, Horacio, *Estudio de los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014*, México, CNDH, 2017, p. 8.

<sup>17</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, artículo VI.

<sup>18</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción*, A/HRC/44/43 (17 de junio de 2020), pp. 23-24. En el informe se precisa que, aunque se encuentra a debate si la captura corporativa se considera un ilícito, pues varía dependiendo de la normativa de cada Estado, se distingue por la influencia empresarial en los procesos legislativos y de regulación, que los alejan de los objetivos del interés público.

<sup>19</sup> Morales Antoniazzi, Mariela, “Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 361.

en las instituciones y en el Estado<sup>20</sup> y la posibilidad de acceder a la justicia.

Estos actos ilícitos implican la participación de diversos actores. En algunos casos, la participación de actores no estatales –como las empresas– es determinante, como en el soborno. En ese sentido, el combate a la corrupción implica acciones tanto hacia la fortaleza e integridad del aparato gubernamental, pero también de los otros actores que intervienen en la vida pública.

Para América Latina, la corrupción es un problema endémico y arraigado en los sistemas de gobierno por factores históricos, sociales y económicos. La morfología de la corrupción evoluciona y afecta a nuevas estructuras y niveles de gobernanza, lo que dificulta la capacidad de detectarla y erradicarla.<sup>21</sup> En ese sentido, conocer e identificar los impactos de la actividad empresarial es fundamental para evitar las brechas en la gobernanza. Una importante respuesta desde la perspectiva de la empresa, son las iniciativas de procesos de compliance, un mecanismo comúnmente empleado para coadyuvar al combate a la corrupción.

Los marcos normativos de combate a la corrupción también han incorporado herramientas encaminadas a la prevención de estos actos por las empresas. Estas herramientas corporativas para la gestión

de riesgos de participación en actos de corrupción, tienen el propósito de prevenir la omisión de las obligaciones legales y atenuar la responsabilidad jurídica, a través del control autónomo del comportamiento de sus empleados, agentes y aliados comerciales. El desarrollo legislativo muestra la tendencia consistente en incluir estrategias de autorregulación corporativa para la disuasión y prevención de la corrupción.

En esta sección se argumenta que, aunque el impulso principal para la adopción de procesos de *compliance* se debe a su surgimiento normativo, la lógica de estos procesos se ha desarrollado para formar programas cada vez más robustos (A). En ese sentido, la ejecución de los programas se determina por el objetivo que la empresa pretende alcanzar, de lo cual depende en gran medida la estructura, procesos y nivel de permeabilidad en el gobierno corporativo (B).

#### **A. El surgimiento y la lógica de los procesos de compliance para evitar la corrupción**

A nivel global, la corrupción se ha combatido desde distintos frentes, tanto voluntario como normativo, y con la participación de actores gubernamentales y no gubernamentales. En el caso de las empresas, las acciones multiactor se han enfocado en el diálogo y estrategias para

<sup>20</sup> Peters, Anne, “Corrupción y derechos humanos”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 52.

<sup>21</sup> Véase, de forma general, Vázquez, Daniel et al., *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina. Ecuador, México y República Dominicana*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2020.

erradicar las prácticas corruptas que las involucran y, principalmente, para combatir el soborno.<sup>22</sup>

Los procesos empresariales de *compliance* implican ejercicios autónomos que descansan en la lógica de la vigilancia constante de sus propios actos para cumplir con la normativa aplicable, a través de programas o medidas de control. Tienen el efecto de prevención de los propios riesgos de comisión de actos ilícitos. Sin embargo, aunque son actividades principalmente internas, estructuradas por las propias empresas, su surgimiento se debe al impulso que le dio la legislación.

Para las empresas, las prácticas de *compliance* se han instalado como parte de la organización interna con el objetivo de vigilar que, a través de todos sus miembros, se cumpla con el marco jurídico. Aunque actualmente los procesos de *compliance* o cumplimiento normativo se emplean para el control de la actividad empresarial en diversos ámbitos –como laborales, ambientales, de competencia económica, entre otros–, su surgimiento está ligado al combate de la corrupción. En ese sentido, primeramente, se delinearán un marco temporal que permita identificar la lógica que subyace al origen de la práctica de instituir procesos de *compliance*, y la forma en que estos son utilizados con

frecuencia como mecanismos de combate a la corrupción.

El primer antecedente de los procesos de *compliance* por las empresas, proviene del incentivo de la legislación de los Estados Unidos de América. La Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977, es una de las primeras normas enfocadas en erradicar las prácticas comerciales internacionales lesivas, con el objetivo de generar condiciones de igualdad para las empresas y proteger a los inversionistas.<sup>23</sup> Esta disposición normativa introdujo la obligación para las empresas de prevenir la comisión de actos de corrupción en el extranjero por sus agentes y funcionarios.

Como respuesta a esto, la Cámara de Comercio Internacional publicó las “Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno” en 1977, para guiar a las empresas en la tarea de la autorregulación como una buena práctica comercial.<sup>24</sup> Así, mientras que desde el sector privado se implementaron estrategias y procesos para hacer efectiva la autovigilancia como parte de las medidas para evitar ser parte de la corrupción,<sup>25</sup> en 1991, el Gobierno de los Estados Unidos de América publicó las Directrices Federales para Sentenciar a Organizaciones (*Federal Sentencing Guidelines for Organizations* [FSGO]),

<sup>22</sup> Dávid-Barrett, Elizabeth, “Business unusual: Collective action against bribery in international business”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 71(2), 2019, p. 161. Véase también Pathak, Harsh, “Corruption and compliance: preventive legislations and policies in international business projects”, *Juridical Tribune*, Vol. 3(2), 2013, pp. 138 -139.

<sup>23</sup> Piovesan, Flavia et al., *op. cit.*, p. 103.

<sup>24</sup> Las Reglas de la ICC se han actualizado en diversas ocasiones para garantizar su vigencia y ser aplicadas por empresas a nivel mundial.

<sup>25</sup> Michael Josephson sostiene que fue entre 1985 y 1990 que las empresas comenzaron a desarrollar con más fuerza los programas de *compliance*, derivado de los escándalos de los sobrepagos pagados por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América a empresas. A partir de las recomendaciones derivadas de esos casos, se comienza a delinear la práctica de solicitar códigos de comportamiento ético a las empresas proveedoras del Estado. Josephson, Michael, “History of the Integrity, Ethics and Compliance Movement: A cautionary tale for CEOs and corporate directors”, *Ethikos*, 2014, p. 14.

aplicables para la impartición de justicia relacionada con las corporaciones. Estas Directrices incluyeron como un atenuante en los procedimientos jurídicos el contar con procesos de compliance al interior de las empresas. En consecuencia, se fomentó exponencialmente la implementación de estructuras cada vez más complejas para que las empresas gestionaran por sí mismas los impactos provenientes de sus actividades en materia de corrupción.<sup>26</sup>

A nivel regional, en 1996 se gestó la Convención Interamericana Contra la Corrupción.<sup>27</sup> Aunque este antecedente normativo no está dirigido exclusivamente a la actuación de las empresas, sino a la diversidad de actos corruptos que ponen en riesgo a la democracia y desarrollo de los Estados, representa un antecedente importante para la criminalización de los actos de corrupción, incluido el soborno. Así, plasmó el compromiso de tipificar las prácticas de la corrupción y el deber de cooperar internacionalmente para investigar y sancionar el soborno internacional, incluidos los cometidos por empresas o los derivados de transacciones económicas y comerciales.<sup>28</sup>

En el mismo escenario internacional, en 1997, la Organización para la Cooperación

y Desarrollo Económicos (OCDE) adoptó la Convención sobre el Combate de la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.<sup>29</sup> La Convención también incluyó el compromiso de los Estados de adoptar medidas para atribuir responsabilidad a las personas morales por la comisión o complicidad en el cohecho a funcionarios en el extranjero. Es relevante que este instrumento faculta a los Estados a determinar el tipo de responsabilidad jurídica adecuada para sus sistemas normativos, también les compromete a implementar estrategias disuasorias, incluida la publicidad de sus registros contables, bajo la premisa de que los recursos económicos utilizados para estos actos debían considerarse como lavado de dinero.<sup>30</sup>

Por otra parte, la promulgación de la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 en los Estados Unidos de América, trajo consigo nuevos estándares para la organización empresarial, incluido el deber de transparencia en los aspectos contables de las empresas y fidelidad en su auditoría.<sup>31</sup> También ocasionó que se reformaran las Directrices Organizacionales de Sentencias para incluir esas nuevas pautas para la conformación de los programas de *compliance*, fórmulas

<sup>26</sup> Root Martínez, Verónica, “Complex Compliance Investigations”, *Columbia Law Review*, Vol. 120(2), 2020, pp. 258-260, en donde desarrolla la tesis de Arlen y Kraakman sobre la intención de los regímenes de responsabilidad que buscan que las investigaciones rehabiliten la cultura empresarial.

<sup>27</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.

<sup>28</sup> *Ibid.*, artículos VII y VIII.

<sup>29</sup> Esto fue resultado del impulso legislativo en la materia por los Estados Unidos de América. Véase Piovesan, Flavia et al., *op. cit.*, p. 104.

<sup>30</sup> La Convención sirvió de catalizador para la reglamentación y trabajo legislativo de los Estados. Para el 2006, el 39% de los Estados que no tenían contempladas figuras jurídicas similares, las instituyeron, y el 59% que ya contaba con figuras jurídicas similares, las adaptaron o aplicaron conforme a la Convención. OCDE, *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report*, 2016, pp. 14-15. En el 2009, el Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, hizo recomendaciones sobre el contenido de los mecanismos de cumplimiento o ética de las empresas, en donde de forma consistente con las responsabilidades de publicidad de los estados financieros, se incluyeron temas como la transparencia, y se sugirió a los Estados proveer beneficios e incentivos a las empresas que los adoptaran, tales como ventajas en la contratación pública, subsidios o financiamiento. Actualmente, hay 44 Estados parte de la Convención.

<sup>31</sup> Véase Kecskés András, “The Sarbanes-Oxley act from a legislative viewpoint”, *The Theory and Practice of Legislation*, Vol. 4(1), 2016.

para contextualizarlos dependiendo del tamaño de las empresas, y los elementos para la publicidad de reportes verídicos sobre el estado financiero de la compañía.<sup>32</sup> Esta línea normativa puso de nueva cuenta sobre la agenda la atención a la actuación de las empresas y su potencial impacto en la sociedad, al tiempo que continuó propiciando las estrategias de autorregulación.

En 2003 se adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento que retomó el argumento de que, para combatir la corrupción, los Estados debían adoptar medidas disuasorias e imponer sanciones a las empresas que en el marco de sus actividades fueran partícipes de actos ilícitos. Dicha Convención también propuso que además de la responsabilidad jurídica que pudiera recaerles por dichas

conductas, los Estados deberían adoptar medidas para promover que las empresas publicaran tres elementos: su contabilidad, para evitar el uso de recursos para actos de corrupción; las medidas de control interno para detectar y prevenir la comisión de actos de corrupción; y auditorías para garantizarlo.<sup>33</sup>

En diversos países y regiones también se impulsaron estrategias de criminalización de actos de corrupción y mecanismos de autogestión de riesgos de corrupción y publicidad de información financiera.<sup>34</sup> Un caso relevante es la Ley sobre Soborno del Reino Unido (*UK Bribery Act*) de 2010, con un ámbito de aplicación local y extraterritorial. Esta regulación incluye la posibilidad de que los procesos de *compliance* sean utilizados como un elemento de defensa legal en procedimientos judiciales.

El Sistema Nacional Anticorrupción en México coordina a diversos niveles y poderes de gobierno para el combate a la corrupción, a través de políticas públicas y marcos normativos. Respecto a la participación empresarial en la materia, es destacable que, en el Objetivo Específico 7 del eje 3 de la política nacional, se propone: "Impulsar la adopción y homologación de reglas en materia de contrataciones públicas, asociaciones público privadas y cabildeo, que garanticen interacciones íntegras e imparciales entre gobierno y sector privado". Ello complementa el Código Penal Federal (artículo 11 Bis), donde se contemplan los delitos de cohecho y tráfico de influencia como imputables a las personas morales, el Código Nacional de Procedimientos Penales, que valora la prevención realizada por órganos de control (artículo 421), y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que considera la existencia de políticas de integridad en las personas morales para la determinación de la responsabilidad administrativa (artículo 25).

Elaboración Propia

<sup>32</sup> Directrices Organizacionales de Sentencias, §8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program, disponible en <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>.

<sup>33</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003. El artículo 12 hace referencia a la auditoría de la información presentada, a las sanciones y medidas de control interno que deben adoptar las empresas.

<sup>34</sup> Los instrumentos regionales en la materia son el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (de 1998) y el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (de 1999), así como la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003). Algunos otros ejemplos de legislación que proliferaron bajo esa estrategia son las siguientes: La Ley Sapin-II (No. 2016-1691) del 9 de diciembre de 2016, adoptada en Francia, que se enfoca en la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica, y que aplica aproximadamente a 1600 empresas que cuentan con más de 500 empleados y cuyas utilidades exceden los €100 millones.



Ejemplos de legislaciones latinoamericanas con modelos de responsabilidad empresarial y combate a la corrupción		
<b>Chile</b>	Ley 20.393 de 2009	Establece responsabilidad penal de las personas jurídicas por cohecho, lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.
<b>Brasil</b>	Ley 12.846 de 2013 (Ley Anticorrupción)	Contempla la responsabilidad de personas jurídicas por actos lesivos a la administración pública.
<b>Colombia</b>	Ley 1778 de 2016 (Ley Anti soborno)	Aborda la responsabilidad y sanciones administrativas a personas jurídicas por corrupción.
<b>Argentina</b>	Ley 27.401 de 2017	Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho y otros delitos.
<b>México</b>	Código Penal Federal, reformado en 2018	Incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a actos de corrupción.

La interconexión de las actividades empresariales con las jurisdicciones antes descritas, impulsó que las empresas formularan procesos de *compliance* para la gestión interna, a fin de cumplir cabalmente con la legislación y combatir la corrupción, específicamente el soborno.<sup>35</sup> Por otra parte, desde el sector empresarial también se impulsaron iniciativas para fomentar el uso de procesos de *compliance* como práctica comercial deseada. Estas acciones impulsaban su implementación por empresas en distintas latitudes, con el objetivo de unificar las prácticas en el mercado, pues la corrupción dentro de las economías de libre mercado afecta también a sus participantes.<sup>36</sup>

Los antecedentes descritos permiten argumentar que la instrumentación de procesos de *compliance* para prevenir actos de corrupción se gestó en los sistemas jurídicos nacionales

<sup>35</sup> Un ejemplo de lo anterior ocurrió en Colombia en 1990, cuando la Confederación de Cámaras de Comercio (CONFECÁMARAS) realizó un proyecto para establecer reglas y códigos de conducta para más de 1000 empresarios, acompañados de acuerdos con el gobierno. Pacto Mundial y UNODC, *Business Against Corruption – Case Stories and Examples*, 2006.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

e internacionales, que incluyeron la obligación de prevenir la corrupción, y la responsabilidad jurídica de las empresas y sus sanciones correlativas como medidas disuasorias. En consecuencia, los mecanismos de control interno se basan principalmente en el establecimiento de medidas para vigilar que la actuación de todos los agentes de la empresa sea conforme a derecho.

Estas obligaciones y medidas de exigibilidad fomentaron la instauración de procesos de *compliance* en el seno de las empresas, como una práctica probatoria del compromiso en el cumplimiento estricto de la ley. Aunado a ello, la criminalización de los actos de corrupción, en donde cada vez más legislaciones lo tipifican como delito y determinan la responsabilidad de las empresas por su comisión, tuvo el impacto de incidir con más fuerza en la implementación de robustos programas empresariales, en donde se incluyen políticas de prevención, evaluaciones de riesgo y de autosaneamiento.

Como ha sido posible advertir, la lógica de los procesos de *compliance* contemporáneos es el resultado de una transición. En consecuencia, globalmente se han desarrollado distintos modelos de *compliance*, de donde se puede dar cuenta que han pasado de ser mecanismos de prevención a través de la auto vigilancia del cumplimiento de la ley, a constituir una herramienta para el desarrollo de una cultura organizacional, acompañada de

políticas internas para instaurar valores y criterios éticos dentro de las empresas que, a su vez, coadyuvan a prevenir prácticas de corrupción.

En la inclusión inicial de los procesos de *compliance* por la legislación, la lógica se centraba en la prevención de omisiones a la legislación, en donde el reproche jurídico era sobre el resultado, es decir, en si habían cumplido o no con la legislación. Este tipo de regulación incentivó a las empresas a organizarse de forma libre, bajo la premisa de que son ellas quienes mejor tienen la posibilidad de prever la comisión de los delitos o actos ilícitos y controlar las áreas en donde sus actividades pueden representar mayor riesgo. En ese sentido, cuando los procesos de *compliance* usan modelos que se acotan a las obligaciones legales, las estrategias pueden replicarse en otras obligaciones, como las ambientales, laborales o de competencia económica.

Con la criminalización de los actos de corrupción en general y del soborno en particular, la lógica de los procesos de *compliance* se transformó a una valoración de los medios tomados por la empresa para prevenir los ilícitos. En este sentido, la regulación no considera a las prácticas ilícitas como actos individuales desvinculados de las corporaciones, sino como el efecto del control de la administración de la empresa sobre sus agentes.<sup>37</sup> Por lo tanto, los programas de *compliance* se conceptualizaron como un mecanismo para integrar la conducta

<sup>37</sup> Bueno señala que la responsabilidad jurídica de las empresas también tiene el propósito de evitar las brechas que pudieran generarse en la investigación de estos hechos ilícitos, debido a que en ocasiones es imposible identificar de forma individual a la persona responsable de ellos, porque se conjuntan una serie de decisiones internas en la empresa. Bueno, Nicolás, "Swiss Multinational Enterprises and Transnational Corruption: Management Matters", *Swiss Review of Business Law*, No. 2, 2017, p. 202.

ética en la cultura empresarial y provocar al interior de la empresa acciones de saneamiento cuando se identifiquen prácticas que pudieran considerarse ilícitas. Así, los regímenes de responsabilidad jurídica no se enfocaron únicamente en el resultado, sino en la falla en prevenirlo. En consecuencia, este tipo de normativas faculta a las autoridades competentes a ponderar la idoneidad y diligencia de las medidas tomadas por la empresa. Entonces, para la corporación, los procesos de *compliance* funcionan como medidas de defensa legal ante investigaciones vinculadas al soborno.<sup>38</sup>

Esta lógica propició que los modelos de procesos de *compliance* anticorrupción ampliaran su espectro, e incluyeran el cumplimiento de la legislación *per se* y de las políticas propias de la empresa sobre el comportamiento ético corporativo. La lógica del *compliance* contemporáneo se sustenta en que la empresa construye una cultura ética que se implementa en sus empleados, agentes y aliados comerciales, que además tiene como consecuencia el respeto a la ley. Así, los procesos de *compliance* se subsumieron a las políticas internas de ética corporativa, las cuales añaden aspectos de valores que la empresa considera necesarios para la conducta responsable. En esta conceptualización, el *compliance* privilegia la creación de

incentivos y estructuras internas que reduzcan las situaciones cotidianas de riesgo,<sup>39</sup> y los controles internos se extienden a verificar su cumplimiento a través de auditorías e investigaciones internas. Estos elementos, además, son representativos de la calidad del gobierno corporativo.<sup>40</sup>

Es destacable que esta lógica ya no se encuentra únicamente sostenida por el fomento de la regulación del combate a la corrupción, sino por la intención del sector empresarial de conformar esquemas de comportamiento responsable en los negocios. El objetivo es que la implementación de este tipo de medidas se extienda a todas las empresas para generar redes comerciales de bajo riesgo en este rubro. Lo anterior se debe a que, conforme a un estudio reciente de la OCDE, las autoridades supervisoras han establecido la responsabilidad de empresas por actos de sus aliados comerciales, si es que la empresa investigada no implementó medidas para prevenir esas conductas. En ese sentido, la gran mayoría de las empresas que cuentan con programas de corrupción incluyen medidas de supervisión con los terceros que forman parte de su cadena de valor,<sup>41</sup> en las cuales incluyen procesos de debida diligencia comercial que verifican los antecedentes legales y de reputación.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Véase Root Martinez, Veronica, “Complex...”, *op. cit.*, pp. 258 - 260, en donde desarrolla la tesis de Arlen y Kraakman sobre la intención de los regímenes de responsabilidad que buscan que las investigaciones rehabiliten la cultura empresarial.

<sup>39</sup> Jorge, Guillermo y Basch, Fernando, “How has the private sector reacted to the international standard against transnational bribery? Evidence from corporate anticorruption compliance programs in Argentina”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 60(2), 2013, p. 196.

<sup>40</sup> Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el G20 establecen que el gobierno corporativo se compone de la mezcla del marco jurídico aplicable, los lineamientos voluntarios y los sistemas de autorregulación. OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, 2016, pp.13-14.

<sup>41</sup> OCDE, *Corporate Anti-Corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*, 2020, p. 43.

<sup>42</sup> ICC comments UN consultation Business and Human Rights and Anti-corruption, 2020, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/2020Survey/Civil\\_society/ICC.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/2020Survey/Civil_society/ICC.pdf).

Esas intenciones son compartidas entre el sector empresarial y el de inversionistas, pues advierten la materialidad de los riesgos en la reputación corporativa por escándalos de corrupción (incluso los provocados por aliados comerciales).

Por lo tanto, emprenden acciones colectivas y multisectoriales de autorregulación del

comportamiento responsable frente a la corrupción.<sup>43</sup>

Este entendimiento de la autorregulación empresarial provoca que sea implementado voluntariamente como un mecanismo de protección cuando las empresas operan en zonas de gobernanza débil, en donde los procesos de *compliance*

Impactos de escándalos de corrupción de grandes empresas<sup>44</sup>

Empresa	Pérdidas estimadas (US \$)	Fecha	Escándalo	Impacto
Volkswagen	87 mil millones	2015	Producción de automóviles con un dispositivo para alterar niveles en las pruebas de emisiones.	- Impacto del escándalo de corrupción continúa. - Daño significativo a la marca y al sector automotriz.
Petrobras	21 mil millones	2015	Presunta desviación de recursos a cuentas de la empresa para uso de los ejecutivos o para pagar a funcionarios públicos.	- Impacto del escándalo de corrupción continúa. - Daño significativo a la marca y al país como destino de inversión. - Disminución en calificación de crédito.
Varios bancos internacionales (Barclays, CitiGroup, JP Morgan, RBS, USB y Bank of America)	9 mil millones (en multas)	2012	Manipulación de la tasa LIBOR de referencia.	- Multas y procesos legales. - La pérdida de confianza del público puede reducir las ganancias de la industria financiera durante años.

<sup>43</sup> La Global Reporting Initiative, a través de su trabajo sobre la publicidad de información no financiera, promueve los aspectos de combate a la corrupción como parte de los informes empresariales. Otra iniciativa importante, la *Partnering Against Corruption Initiative* (PACI) del Foro Económico Mundial, se enfoca desde 2004 al compromiso público de las empresas con principios antisoborno, a fin de dar señales positivas a los mercados, instituciones financieras y el público en general. Otro instrumento son los Principios de Inversión Responsable de 2005, en donde la comunidad internacional de inversionistas ha propuesto incluir las implicaciones sociales, ambientales y de gobernanza (o ESG) en la toma de decisiones y administración de activos.

<sup>44</sup> Fragmento de Tabla "Reported losses from large company corruption scandals" en Principles for Responsible Investment, United Nations Global Compact, *Engaging on Anti-Bribery and Corruption. A Guide for Investors and Companies*, 2016.

fungen como una defensa legal frente a una investigación. Además, les permiten instaurar salvaguardas internas para que sus acciones no contribuyan a afectaciones en el lugar en que operan, a fin de prevenir tanto problemáticas legales como de reputación.<sup>45</sup>

La evolución de la lógica que subyace a los procesos de *compliance* también ha tenido como consecuencia un desarrollo en la forma en que se instrumentaliza, y aunque la tarea no es menor, el objetivo de prevenir los actos de corrupción no ha cambiado, pues sus impactos adversos en las estructuras sociales permanecen en nuestros días.<sup>46</sup> En atención a que la normativa promueve la autorregulación de las empresas, es necesario prestar atención a la forma y retos en el diseño de los procedimientos, al tipo de información que se reporta, y a los procesos de identificación, evaluación y mitigación de los riesgos.

### ***B. La práctica del compliance en el marco de la lucha contra la corrupción***

El desarrollo internacional de marcos normativos de combate a la corrupción y de las iniciativas de las asociaciones empresariales, provocó que se generalizara el uso de procesos de *compliance* para combatir la corrupción y el cohecho desde

las empresas. Sin embargo, para el sector empresarial hay una gama de motivos para establecer los programas y los modelos a utilizar. El reporte de la OCDE sobre Compliance Anticorrupción identifica que, para la mayoría de las empresas, los principales motivos para instaurar procesos de *compliance* son dos: evitar acciones legales y proteger la reputación de la empresa.<sup>47</sup> En ese sentido, indica que el objetivo de los procesos de *compliance* va más allá de prevenir que un acto de corrupción se ejecute por algún miembro de la empresa; busca evitar todo tipo de riesgos, por lo que debe ser eficaz para detectar cuando estos ocurran, a fin de solucionarlos antes de que sus consecuencias sean mayores.<sup>48</sup>

Los objetivos que se pretenden alcanzar con el proceso de *compliance* impactan en la forma en que ese proceso se diseña y en sus alcances. En algunos casos, el objetivo es cumplir con un requisito legal; en otros, mitigar riesgos o, incluso, generar una cultura de ética al interior de la empresa. Es de resaltar que contar con procesos de *compliance* no garantiza que los actos de corrupción no sucedan,<sup>49</sup> con independencia de si es una obligación legal o si se implementa de forma voluntaria por las empresas. El *compliance* no es una solución única para el problema de la corrupción, sino que permite a la

<sup>45</sup> Véase OCDE, *Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones*, 2006.

<sup>46</sup> Transparencia Internacional documenta que la corrupción vinculada a las empresas se presenta en formas como el soborno, el tráfico de influencias y el lavado de dinero. Al encontrarse presente en diversos sectores y procesos a nivel mundial, afecta el Estado de derecho, los procesos legislativos, judiciales e, incluso, las elecciones. Véase Transparency International, *Exporting Corruption – Progress Report 2018: assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, 2018, disponible en: <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2018>

<sup>47</sup> OCDE, *Corporate Anti-Corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*, 2020, p. 16.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>49</sup> Piovesan, Flavia et al., *op. cit.*, p. 82.

empresa gestionar de forma autónoma la forma en que hace frente a los riesgos de involucrarse en ella.<sup>50</sup>

El tamaño y nivel de operaciones de una empresa puede generar variantes en la forma en la que se conceptualicen los procesos de *compliance* y sus motivos para implementarlo; por ejemplo, para algunas empresas, estos procesos les son solicitados para establecer alianzas con otras empresas.

Así las cosas, la obligatoriedad que establecen los instrumentos normativos dio un impulso evolutivo a los procesos de *compliance*, y ayudó a permearlos dentro de la comunidad empresarial como parte del combate a la corrupción en distintas latitudes. Sin embargo, las iniciativas desde el sector empresarial, a través de asociaciones empresariales y la sociedad civil, tuvieron un rol determinante para, por una parte, dar lineamientos o mejores prácticas sobre los contenidos y procesos para el diseño de los programas de *compliance*, y por otra, generar acciones colectivas con el efecto de alentar a las empresas a adoptar estos procesos.<sup>51</sup>

Para algunas empresas, la captación de inversión también es un incentivo para

tomar medidas de mitigación de riesgos frente a escándalos de corrupción; por ello, es un elemento que se engloba por el gobierno corporativo.<sup>52</sup>

Los procesos de *compliance* modernos son procedimientos para la gestión empresarial de los riesgos de corrupción, en donde se aplican los principios propios de la gestión de riesgos al rubro de la corrupción.<sup>53</sup> En ese sentido, se enfocan a los riesgos de infracción al ordenamiento jurídico externo, así como a los códigos o prácticas instauradas al interior de la empresa, y se toman medidas para su prevención.<sup>54</sup> Actualmente existe una diversidad de modelos para los procesos de *compliance*, elaborados tanto por la regulación como por estándares del sector privado u organizaciones de la sociedad civil.

Pese a ello, no son modelos rígidos; estos advierten que deben ser adaptados a las circunstancias de las empresas que los implementen para lograr su efectividad. Pese a las diferencias, hay indicios de un consenso: para que el programa sea efectivo, debe basarse en una evaluación de riesgos de corrupción. La evaluación es un proceso que debe acompañar a los procesos de *compliance* desde su creación,

<sup>50</sup> La empresa francesa Total, por ejemplo, cuenta con un Código de Conducta, un Comité de Ética, capacitaciones a los proveedores y subsidiarias. El Comité de Ética también tiene la función de recibir denuncias de proveedores o subsidiarias, para dar asesoría sin represalias, a diferencia de las líneas de denuncia anónima que utilizan otras empresas. Además, para asegurar el cumplimiento, realiza auditorías externas y comparte los resultados de la implementación de su programa con las redes de Pacto Mundial. Pacto Mundial y UNODC, *Business Against Corruption – Case Stories and Examples*, 2006.

<sup>51</sup> Dávid-Barrett, Elizabeth, *op. cit.*, p. 161. Véase también Pathak, Harsh, *op. cit.*, p. 160.

<sup>52</sup> World Economic Forum, *Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*, 2020, p. 51.

<sup>53</sup> U4 Anti-Corruption Resource Centre, *Overview of corruption risk management approaches and key vulnerabilities in development assistance*, 2016, disponible en <https://www.u4.no/publications/overview-of-corruption-risk-management-approaches-and-key-vulnerabilities-in-development-assistance.pdf>

<sup>54</sup> Piovesan, Flavia et al, *op. cit.*, p. 124.

y que debe hacerse periódicamente, de tal forma que permita que el programa se adecue a las necesidades de la empresa.<sup>55</sup>

La evaluación de riesgos se caracteriza por componerse de las siguientes fases:

- ✔ Identificación de los riesgos. Este estudio debe abarcar las actividades, procesos, modelo de negocio, el contexto en el que opera la empresa y sus alianzas comerciales frente al marco normativo aplicable a la empresa, y ser capaz de identificar el tipo de riesgo (soborno, nepotismo, abuso de poder).
- ✔ Evaluación de los riesgos. Consiste en una etapa de valoración del riesgo, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, así como su probabilidad de suceder.
- ✔ Mitigación de los riesgos. Consiste en acciones diseñadas para disminuir los riesgos detectados y monitorear esas medidas.<sup>56</sup>

En la fase de diseño de los procesos de *compliance* anticorrupción se establecen medidas y estrategias que abarquen todas las actuaciones de la empresa para mitigar o eliminar los riesgos detectados y asegurar un comportamiento apegado a derecho. Aunque no hay un modelo único para este

tipo de programas, la literatura de cultura organizacional señala que debe contener lineamientos de tres tipos: estructurales, de composición y de procesos.

Los lineamientos estructurales implican que se adapte a la forma de organización de la empresa y las responsabilidades de cada área; los lineamientos de composición plantean que la ejecución del programa sea encomendada a personas con habilidades y conocimientos adecuados; y los de procesos, que establecen la secuencia de acciones que deben ejecutarse.<sup>57</sup> Estos tres elementos pueden desarrollarse utilizando los distintos estándares existentes.

La autonomía en la gestión de los riesgos ha sido defendida frente a la sobrelimitación de la regulación, principalmente por quienes argumentan que deben ser procesos autónomos apegados a las necesidades y capacidades de las empresas, y que la sobreregulación implicaría que las empresas que operan en varias jurisdicciones deban desarrollar y poner en práctica distintos modelos. Esto ha generado una proliferación de herramientas para las empresas, como el Manual para empresas de ética anticorrupción y *compliance*,<sup>58</sup> la norma ISO 37001: Sistemas de gestión antisoborno;<sup>59</sup> la Iniciativa de Transparencia en las Industrias Extractivas;<sup>60</sup> la guía

<sup>55</sup> UNODC recomienda integrar esta evaluación de riesgos de corrupción a otros procesos similares, por ejemplo, los de salud e higiene en el trabajo. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Viena, 2013, p. 11. Por otra parte, el Pacto Mundial de Naciones Unidas ha desarrollado una guía específica para este tipo de evaluaciones: UN Global Compact, *A Guide for Anti-Corruption Risk Assessment*, 2013, disponible en <https://www.unglobalcompact.org/library/411>

<sup>56</sup> Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Viena, 2013. Véase también Stenberg Johnson, Jesper, *The basics of corruption risk management: A framework for decision making and integration into the project cycles*, U4 Anti-Corruption Resource Centre-Transparency International, 2015, p. 5.

<sup>57</sup> Root Martinez, Veronica, "Complex Compliance...", *op. cit.*, pp. 265-272.

<sup>58</sup> OCDE, UNODC y Banco Mundial, *Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento: Manual para empresas*, 2013.

<sup>59</sup> ISO 37001:2016, *Sistemas de gestión antisoborno – Requisitos con orientación para su uso*.

<sup>60</sup> Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI), disponible en <https://eiti.org/es>

Sin embargo, la OCDE ha dado cuenta de que los elementos comunes a los estándares más utilizados para programas de compliance anticorrupción son los siguientes:

1. Un código de conducta.
2. Una política explícita que prohíba la corrupción.
3. Mecanismos de capacitación y mecanismos de vigilancia para empleados.
4. Mecanismos de supervisión para socios, proveedores, consultores y otros agentes de la empresa.
5. Políticas y procedimientos para prevenir y detectar las formas más comunes de corrupción a las que se enfrenta la empresa.
6. Procedimientos para enfrentar los presuntos incidentes de corrupción.<sup>64</sup>

práctica sobre anticorrupción y compliance de la UNODC;<sup>61</sup> las Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción;<sup>62</sup> los Principios Empresariales para contrarrestar el soborno,<sup>63</sup> entre otras.

Es entonces que el motivo por el cual la empresa decida establecer el proceso de *compliance* dictará la lógica sobre su

diseño. Por ejemplo, los programas que surgen para verificar el cumplimiento de la legislación serán procesos instaurados en las áreas legales o de auditoría, con una composición de especialistas en la normativa y de procesos basados en la inspección. Por otro lado, los programas que pretendan generar cultura para la toma de decisiones éticas por parte de sus empleados tendrán procesos que involucren a las áreas operativas de la empresa. En ese sentido, los procesos pueden utilizar combinaciones de estrategias, por ejemplo, procesos de *check list*, clausulado en contratos con proveedores, líneas de denuncia, auditorías externas, entre otros. En estas condiciones, el objetivo repercutirá en los elementos de estructura, composición y proceso.

No obstante, la falta de coherencia en el programa implementado o sus estrategias puede generar un riesgo aún mayor del que se pretende corregir, pues puede impedir la toma de decisiones empresariales sostenibles para la prevención de la corrupción. Es decir, puede existir la percepción de una aparente solución a la problemática detectada; sin embargo, estas pueden ser temporales o aisladas, permitiendo que problemáticas estructurales crezcan.

Según apunta Root Martínez,<sup>65</sup> la producción de información en silos es uno de los grandes retos a los que una empresa se enfrenta cuando involucra a diversas áreas

<sup>61</sup> Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Viena, 2013.

<sup>62</sup> ICC, *Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción*, 2011.

<sup>63</sup> Transparencia Internacional, *Principios Empresariales para contrarrestar el soborno*, 2008.

<sup>64</sup> OCDE, *Corporate Anti-Corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*, 2020, Box 8.

<sup>65</sup> Root Martínez, Verónica "Complex Compliance...", *op. cit.*, pp. 266-272.



para los programas de autorregulación. Ello es especialmente relevante cuando son empresas con estructuras complejas u operaciones multinacionales o en varias sedes. Por ejemplo, al centralizar el diseño de las medidas de mitigación, es posible que las decisiones tomadas puedan desconocer otros aspectos relevantes, como el contexto sociopolítico en donde operan algunas de las filiales.

Otro reto se encuentra en la elaboración de evaluaciones de riesgos, pues pueden carecer de profundidad si no se logran transversalizar a lo largo de la cadena de suministro, o son desarrolladas por personal sin capacitación técnico-jurídica.

Las auditorías e investigaciones internas implican un deber de diligencia para mitigar o eliminar el riesgo detectado. Su relevancia es que, además de los efectos sobre el problema a solucionar, sirven para evaluar la implementación del programa. Los procesos de *compliance* se encuentran en constante fortalecimiento, y esto solo puede lograrse con la integración de los resultados de su implementación. También implica un aprendizaje constante, a través de las investigaciones internas por sospecha de actos de corrupción, por las denuncias o las investigaciones por las autoridades.

En ese sentido, los retos para el diseño e implementación de procesos de *compliance* no son menores, y miden su efectividad en la capacidad de prevenir y proteger a la empresa frente a riesgos legales y de reputación, en especial si son

utilizados como herramientas de defensa legal.

Cuando se usan los procesos de cumplimiento como defensa jurídica para probar la diligencia en la gestión de los riesgos, la evaluación de la razonabilidad será realizada por un juzgador *ex post*. Como se ha dado cuenta, la reglamentación tiende a establecer parámetros amplios sobre las cualidades que los programas de *compliance* deben tener, como “procesos razonables” o “diligencia en la prevención”. De esta manera, la interpretación recaerá en el juzgador frente al caso concreto. Esto genera la posibilidad de que existan decisiones judiciales inconsistentes o contradictorias sobre la razonabilidad o diligencia de los procesos, dependiendo de las circunstancias particulares del caso y su apreciación por el juez, lo que no garantiza que la empresa sea absuelta de la responsabilidad jurídica.

El Instituto Británico sobre Derecho Internacional y Comparado (*British Institute of International and Comparative Law* [BIICL]) ha desarrollado estudios sobre la aplicación de la Ley sobre Soborno del Reino Unido, en donde incluyen algunos aspectos sobre los procesos de *compliance* como defensa legal frente a la responsabilidad jurídica. En sus estudios señalan que la posibilidad de este tipo de defensas permite a la empresa revertir la carga de la prueba al demandante, en donde éste último deberá comprobar la falta de razonabilidad del programa de *compliance* frente al hecho lesivo.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Pietropaoli, Irene et al., *A UK Failure to Prevent Mechanism for Corporate Human Rights Harms*, British Institute of International and Comparative Law, 2020, p. 52.

En ese mismo sentido, la defensa legal de contar con mecanismos robustos anticorrupción, puede tener el efecto de reconocer la esfera de influencia sobre los actos de subsidiarias y, en consecuencia, ser responsable por sus actos. Un ejemplo de lo anterior ocurre cuando los procesos de *compliance* establecen vínculos estrechos de supervisión a través de las capacitaciones, auditorías, programas centralizados o similares, que puedan ser considerados por el juzgador como vínculos de control.<sup>67</sup>

Aún con esto, muchas empresas prefieren contar con el reconocimiento normativo de la obligación de prevención a través de procesos de autorregulación como el *compliance*, basados en principios, es decir, que guíen, sin restringir, los elementos que deban contener esos programas.<sup>68</sup> Con ello, pretenden que su amplitud dé cabida a distintos tipos de empresas y contextos de operación.<sup>69</sup>

A la par, desde el sector privado, a través de asociaciones empresariales o de inversionistas, se han impulsado directrices para que los procesos de *compliance* formen parte del buen gobierno corporativo, y lo hacen exigible a través de sus inversiones.<sup>70</sup> El concepto tradicional del gobierno

corporativo apuntaba a la gestión, rendición de cuentas y transparencia sobre la administración y otros elementos relativos a la operación de la empresa que doten de seguridad a los accionistas e inversionistas. El Foro Económico Mundial señala que las tendencias contemporáneas sobre el gobierno de la empresa buscan que esté dirigido a la relación de valor a largo plazo, en donde el desempeño de la empresa esté alineado al fortalecimiento de su legitimidad, lo cual lleva como premisa el cumplimiento de la legislación y específicamente la abstención y prevención de actos de corrupción. En ese sentido, es actualmente un indicador del gobierno corporativo contar con procesos de *compliance* anticorrupción.<sup>71</sup>

La proliferación de la inversión responsable, en gran medida impulsada por el deber fiduciario existente en diversas legislaciones, ha conducido a que los administradores de capitales presten atención a los criterios no financieros, como lo es el gobierno corporativo.<sup>72</sup> Ello tiene como resultado dar preferencia a aquellos que cuentan con mecanismos y procesos de prevención frente a la corrupción. La relevancia de este tipo de prácticas de la comunidad internacional de inversionistas es que repercute en el comportamiento de

<sup>67</sup> Sobre esta línea de ideas, los autores abordan el caso *Lungowe vs Vedanta* dirimido en la Corte Suprema del Reino Unido. *Ibid.*, p. 264.

<sup>68</sup> Control Risks, *A Submission to the UN Working Group on Business and Human Rights from Control Risks*, 2020, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/2020Survey/Civil\\_society/Control\\_Risks.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/2020Survey/Civil_society/Control_Risks.pdf)

<sup>69</sup> El estudio presentado aborda también otras ventajas que las empresas consideran frente a la regulación, como facilitar que se tome como un estándar no negociable frente a otras empresas con las que se vinculan comercialmente. Smit, Lise et al., "Business Views on Mandatory Human Rights Due Diligence Regulation: A Comparative Analysis of Two Recent Studies", *Business and Human Rights Journal*, Vol. 5(2), 2020, p. 266.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>71</sup> *World Economic Forum, Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*, 2020, pp. 21-23.

<sup>72</sup> Gutterman, Alan S., "Corporate Governance and Sustainability" en Lindsay, Rae y Martella, Roger (eds.), *Corporate Social Responsibility – Sustainable Business: Environmental, Social and Governance Frameworks for the 21st Century*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, pp. 17-19.

las empresas a nivel global, principalmente en aquellas que buscan financiamiento. Los Principios de Inversión Responsable y el Pacto Mundial<sup>73</sup> señalan que la comunidad de inversionistas ha prestado atención a la corrupción en general, porque aumenta el costo de hacer negocios a nivel global; de ahí que sea rentable que los negocios en los que invierten tomen medidas activas para enfrentarla.

Para los inversionistas y las empresas receptoras de los fondos, tener procesos de *compliance* para la detección de riesgos de corrupción y la rectificación oportuna de los procesos empresariales para evitarla, es una forma de buscar la estabilidad en el desempeño financiero de la empresa a largo plazo. En ese sentido, los procesos de *compliance* se incorporan a criterios no financieros que se comunican por las empresas a través de sus informes de sustentabilidad o de criterios ESG.<sup>74</sup>

Finalmente, al pretender dar cuenta del desarrollo y permeabilidad del desarrollo de los procesos de *compliance*, no debe perderse de vista su función original de prevención. La innovación en los mecanismos utilizados debe evaluarse frente a la efectividad para lograr que los agentes de la empresa y sus aliados comerciales no formen parte de actos de corrupción. Aunque la base para los programas son las expectativas gubernamentales contenidas en la legislación, es necesario hacer uso

del conocimiento propio del ambiente en donde se opera. La multiplicidad de modelos de negocio, estructuras, procesos y contextos en donde las empresas operan aumenta el espectro de elementos que la empresa debe considerar para llevar a la práctica modelos efectivos de prevención. Una vez descritas las coyunturas que han propiciado la adopción de procesos de *compliance* en las empresas, es destacable que la articulación entre las legislaciones nacionales, las empresas e inversionistas posicionaron esta práctica no sólo como deseable jurídicamente, sino que resaltan su utilidad para mitigar riesgos financieros en las empresas. Esta estrategia que ha resultado útil en el rubro de la autovigilancia para el combate a la corrupción, puede implementarse para hacer avances sólidos en otras agendas, como la de derechos humanos.

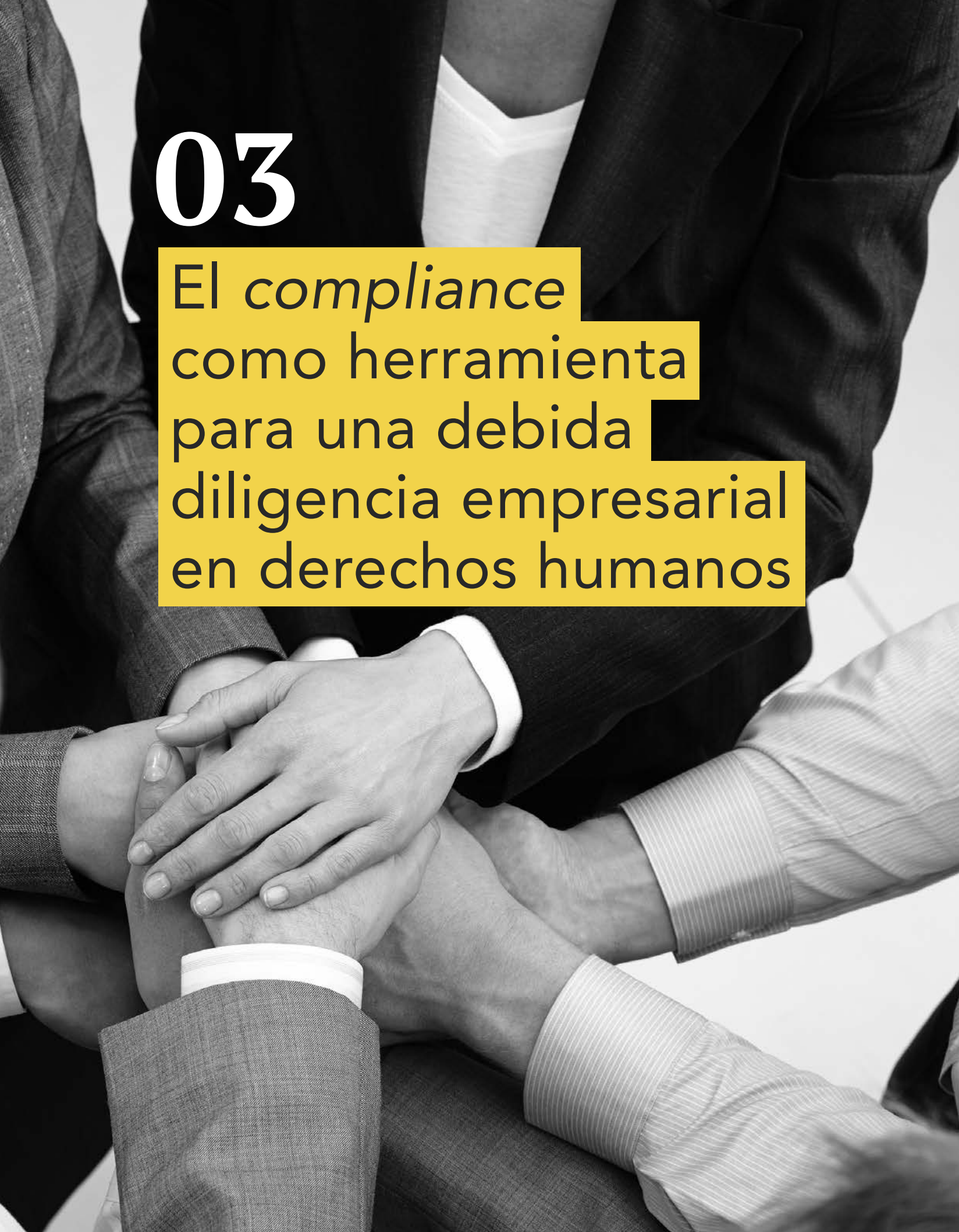
Aunque contar con procesos de *compliance* no garantiza que las empresas no incurran en actos corruptos ni que sean eximidas de la responsabilidad jurídica, las normativas modernas para el combate a la corrupción muestran una tendencia de no sólo prohibir que “cause daño”, sino a propiciar que las empresas sean capaces de gestionar prácticas de riesgo y de controlar que su actuación sea acorde a derecho.

<sup>73</sup> Principles for Responsible Investment, United Nations Global Compact, *Engaging on Anti-Bribery and Corruption. A Guide for Investors and Companies*, 2016.

<sup>74</sup> Por ejemplo, en su informe de sostenibilidad de 2019, British Petroleum publica información sobre la cantidad de empleados despedidos por comportamiento antiético y la cantidad de denuncias recibidas por su línea de denuncia anónima. *Energy with Purpose: BP Sustainability Report 2019*, disponible en: <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/sustainability/group-reports/bp-sustainability-report-2019.pdf>

# 03

El *compliance* como herramienta para una debida diligencia empresarial en derechos humanos



# 03

## El *compliance* como herramienta para una debida diligencia empresarial en derechos humanos

“Los procesos de *compliance* pueden ser un vehículo relevante para introducir la lógica y el discurso de los derechos humanos en las herramientas de gestión empresarial”.

Aunque la práctica del *compliance* surgió en el contexto de los esfuerzos por prevenir y combatir la corrupción, su práctica se ha extendido a otros ámbitos de la actividad empresarial. Con la importante consolidación de la agenda de empresas y derechos humanos a nivel mundial en la última década, existe una presunción sobre su expansión y utilización para abordar estas cuestiones, como parte de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Existen a la fecha pocos estudios que vinculan formalmente los procesos de *compliance* con los temas de derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial, por lo que esta sección se concentra en analizar su potencial para prevenir impactos (A), así como en los retos a los que se enfrenta para lograr su propósito (B).

### A. El *compliance* como herramienta para la prevención de impactos a los derechos humanos

Como se indicó en la introducción, la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos<sup>75</sup> por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, marcó una nueva ruta para entender la relación entre las empresas y los derechos humanos, contando con el respaldo de la comunidad internacional.<sup>76</sup> Los Principios Rectores plantean tres pilares: la obligación de protección de los derechos humanos, incluso frente a

<sup>75</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

<sup>76</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

los impactos adversos provocados por la actividad empresarial, a cargo del Estado (pilar I); la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y de prevenir, mitigar y reparar los abusos que cometan o a los que contribuyan directa o indirectamente (pilar II); y finalmente, la necesidad de contar con mecanismos de reparación, sean estos de carácter judicial, extrajudicial o no estatal (pilar III). Estos tres pilares estrechamente interrelacionados, sirven como un diagnóstico sobre las áreas de oportunidad para los Estados (notablemente en lo que respecta a los pilares I y III),<sup>77</sup> y también constituyen una hoja de ruta para que las empresas tomen medidas para prevenir impactos adversos que resulten de sus actividades o relaciones comerciales.

La adopción de los Principios Rectores fue un hito importante en esta temática,<sup>78</sup> pues no solamente fueron respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sino que han incidido directamente en la manera en que otras organizaciones internacionales, regionales, asociaciones empresariales, organizaciones de la sociedad civil, instituciones nacionales de derechos humanos y otros actores han abordado la cuestión. En particular, las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y la

Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT fueron reformuladas para reflejar el segundo pilar de los Principios Rectores.

El segundo pilar plantea la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos,<sup>79</sup> y contempla tres elementos principales: la adopción de una política empresarial sobre derechos humanos; el desarrollo de medidas que conduzcan a la empresa a actuar y crear una cultura de debida diligencia en derechos humanos; y establecer y contribuir a mecanismos de reparación legítimos. Es el segundo elemento, la debida diligencia en derechos humanos, al que se ha dedicado una mayor atención,<sup>80</sup> pues plantea que las empresas deben evaluar los riesgos reales y potenciales que puedan generar en los derechos humanos de personas y comunidades, y tomar medidas adecuadas para integrar los resultados de dichas evaluaciones. Además, se espera que las empresas den seguimiento a la integración de dichas medidas en sus procesos y actividades, y comuniquen la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

Aunque los Principios Rectores reconocen que dentro de sus procesos de prevención

<sup>77</sup> Cantú Rivera, Humberto, *Herramienta de diagnóstico sobre la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial*, San José, IIDH, 2020, pp. 9-24.

<sup>78</sup> Groulx, Elise, Regan, Mitt y Parance, Beatrice, “Business and Human Rights as a Galaxy of Norms”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 50(2), 2019, p. 315.

<sup>79</sup> El segundo pilar ha sido objeto de un minucioso análisis doctrinal, y de discusiones en el sector privado. Véanse Nolan, Justine, “From Principles to Practice: Implementing Corporate Responsibility for Human Rights” en Martin, Jena y Bravo, Karen E. (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>80</sup> Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018). Véase también Cantú Rivera, Humberto, “Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones” en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017.

de riesgos las empresas cuentan con metodologías que podrían resultar útiles para la prevención de impactos en derechos humanos, hay una diferencia fundamental: el enfoque de los procesos. Mientras que en las prácticas empresariales la mayor parte de los mecanismos de gestión de riesgos se enfocan en prevenir riesgos para la empresa,<sup>81</sup> el planteamiento de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos es a la inversa, donde se espera que el enfoque de la empresa sea hacia la prevención de impactos en los derechos de personas y comunidades que pudieran resultar de la actividad empresarial.<sup>82</sup> Independientemente de que la práctica crecientemente reconoce que puede haber coincidencia y sinergias importantes entre el esfuerzo por prevenir impactos en los derechos humanos y la prevención de riesgos para la empresa,<sup>83</sup> es importante no perder de vista que el enfoque es distinto, y ello puede llevar a situaciones en donde ambos objetivos no coincidan.

Aunque no existe una práctica específica ni estandarizada de *compliance* para la cuestión de derechos humanos y empresas, la utilización de procesos de *compliance* para abordar riesgos potenciales o reales

a derechos humanos ha sido señalada con mayor frecuencia en los últimos años, en particular, por la posibilidad de cubrir algunos (y en particular dos) elementos incluidos en la debida diligencia en derechos humanos: las **evaluaciones de impacto**, por una parte, y la **integración de medidas** y la **comunicación**, por la otra.

En cuanto al primer punto, es evidente que existe similitud en el objetivo de identificar y medir riesgos, a fin de lograr su prevención. En ese sentido, si los procesos de *compliance* o de gestión miden los riesgos conforme a ciertos parámetros nacionales e internacionales, por ejemplo, existe una posibilidad de lograr convergencia con las evaluaciones de impacto en derechos humanos, en especial si el marco de análisis se puede ampliar para incluir los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables –tanto tratados como otros instrumentos no vinculantes con un amplio respaldo político. Además, los procesos tanto de *compliance* como de la debida diligencia en derechos humanos comparten ciertas similitudes: mientras que los primeros se enfocan en la prevención, detección, investigación y reparación,<sup>84</sup> los segundos abordan la prevención, mitigación y reparación.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Comentario al Principio 17.

<sup>82</sup> *Ibid.*, “La debida diligencia en materia de derechos humanos puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos.”

<sup>83</sup> De cierta manera, ese es el enfoque planteado por la estrategia de la OCDE en la materia, donde se reconocen beneficios para el desempeño de las empresas que integren procesos de prevención de impactos en derechos humanos: OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, 2018, p. 18. Véase también Addo, Michael K., “The Mandate of the UN Working Group on Business and Human Rights: Preliminary Thoughts” en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *The Special Procedures of the Human Rights Council*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 97-98, al discutir el “business case” o “interés empresarial”; Morrison, John, *The Social License*, Londres, Palgrave Macmillan, 2014.

<sup>84</sup> Véase Root Martínez, Verónica, “The Compliance Process”, *op. cit.*, pp. 219-227.

<sup>85</sup> Addo, Michael K., “Is Business and Human Rights Suitable for the Compliance Function?”, *The University of Chicago Law Review Online*, 2020, disponible en <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/01/07/is-business-and-human-rights-suitable-for-the-compliance-function-by-michael-k-addo/>

Esa cercanía metodológica en los procesos de implementación, supone una ventaja importante para la introducción de la debida diligencia y de la evaluación e identificación de impactos en derechos humanos en los procesos de gestión empresarial.

Lo anterior impone la necesidad de conocer y comprender el contenido de los derechos humanos, como se recomienda expresamente por el comentario a los Principios Rectores.<sup>86</sup> De igual manera, representa un área de oportunidad importante, pues puede existir un desfase entre el conocimiento técnico o práctico de una industria y la manera en que los diferentes derechos humanos pueden ser afectados por la empresa, o bien, tener conocimiento sobre algunos derechos, pero ignorar el significado y contenido—y en consecuencia el potencial impacto— sobre otros derechos humanos. No obstante, los procesos de *compliance* pueden ser un vehículo relevante para introducir la lógica y el discurso de los derechos humanos en las herramientas de gestión empresarial, facilitando su internalización y adopción en los procesos productivos y en la toma de decisiones.

El segundo punto, de igual relevancia, consiste en la integración de medidas para prevenir o mitigar los impactos, y la comunicación que se debe sostener con las

diferentes partes interesadas al respecto. La coincidencia de estos elementos de la debida diligencia en derechos humanos con el *compliance* (y sus procesos de gestión de riesgos) es evidente, pues el objetivo principal, una vez identificados los riesgos potenciales o reales, es tomar las medidas adecuadas que permitan su prevención o mitigación, a fin de garantizar la conformidad de la práctica empresarial con el marco normativo o regulatorio aplicable.<sup>87</sup> De tal manera, si de la gestión de riesgos surgen elementos que puedan representar impactos reales o potenciales a los derechos humanos, la adopción de medidas para mitigar o prevenirlos podría ser equivalente a la integración de medidas planteadas por el principio 17 de los Principios Rectores.

La comunicación, en particular con otras partes interesadas, no forma parte de la lógica tradicional del *compliance*, pero puede considerarse como una de las medidas para aliviar las potenciales fallas que puedan conducir a una falta de conformidad o a un impacto en los derechos humanos. A final de cuentas, si en el marco del *compliance* surgen medidas correctivas que deben comunicarse e implementarse por distintos departamentos de un grupo empresarial, ello podría utilizarse para incluir el diálogo con las partes potencialmente afectadas, independientemente de que sean

<sup>86</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), Comentario al Principio 12.

<sup>87</sup> Esta recomendación también deriva de la postura de la OCDE sobre la conducta empresarial responsable, que señala que cuando esté disponible, debe usarse información de la propia empresa o de terceros que derive de otros mecanismos y sistemas, incluyendo las evaluaciones de impacto ambiental y social, las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos, los sistemas de gestión de cumplimiento con respecto a la corrupción, las auditorías financieras o inspecciones, entre otras. OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, 2018, p. 30.



externas a la empresa. Lo anterior podría ayudar a tener una mejor comprensión de los distintos elementos y características específicas de las personas o grupos potencialmente afectados, que la empresa debería tomar en cuenta para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, y podría ser útil para acercar los procedimientos plasmados por los Principios Rectores a la lógica de la gestión empresarial.

Asimismo, un aspecto que puede ser particularmente útil para vincular ambos procesos es la similitud sustantiva en los elementos que se buscan cubrir.<sup>88</sup> En las diferentes áreas e industrias en que se utiliza el *compliance*, ya se llevan a cabo acciones que cubrirían el contenido temático de diversos derechos humanos. Esto es particularmente evidente en cuestiones laborales (incluyendo cuestiones de seguridad e higiene en el trabajo), en procesos relativos a la producción de alimentos, en cuestiones ambientales, en cuestiones de privacidad y tratamiento de datos personales, entre otros.

Si existe esa coincidencia y se practica como parte de las obligaciones jurídicas que una empresa debe respetar conforme a las normas aplicables para su industria, es evidente que el potencial elemento a cubrir será la identificación y vinculación de esas normas con las obligaciones de derechos humanos, entendiendo desde luego que podría existir un desfase en la manera en que la norma nacional captura la esencia del derecho humano en cuestión. De tal forma,

el hecho de que las empresas tomen como punto de referencia y marco de acción las normas y parámetros internacionales en la materia<sup>89</sup> podría facilitar que, a través de los procesos de *compliance*, se avance en la implementación de la responsabilidad de respetar los derechos humanos, a la vez que facilite el cumplimiento del marco jurídico interno.

Lo anterior implica que, aunque en ciertas circunstancias, la traducción de las obligaciones de derechos humanos a mecanismos empresariales, pueda generar ciertas resistencias o dudas, su elaboración como parte de los procesos de *compliance* puede contribuir a su difusión y comprensión en el ámbito empresarial. De esta forma, si esta difusión contribuye a la adopción e internalización en los procesos empresariales, puede no solamente servir para proteger los intereses de la empresa, sino para contribuir indirectamente a la protección de terceras partes.

Por último, debe resaltarse que una correcta implementación de la debida diligencia en derechos humanos, incluso ayudándose para algunas fases de esta con herramientas como los procesos de *compliance*, puede contribuir directamente a la sostenibilidad –y no sólo corporativa, sino de la contribución de la empresa al desarrollo sostenible. En ese sentido, es importante tomar en consideración que el desarrollo sostenible y, en particular, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, tienen una base sólidamente fundamentada en distintos derechos humanos reconocidos

<sup>88</sup> Addo, Michael K., “Is Business and Human Rights...”, *op. cit.*

<sup>89</sup> Esta es la recomendación expresa de los numerales 12 y 23 de los Principios Rectores, incluso cuando pueda haber un desfase entre la norma nacional y la norma internacional.

internacionalmente. Por ello, una manifestación expresa de compromiso empresarial con la sostenibilidad pasa necesariamente por la adopción de medidas de identificación y prevención de impactos adversos a los derechos humanos.

## B. Los retos del compliance para una debida diligencia empresarial en derechos humanos

A pesar del importante potencial de los procesos de *compliance* para facilitar la integración del enfoque de derechos humanos en la gestión empresarial, es innegable que subsisten importantes dificultades e incluso riesgos para generar una adecuada alineación entre ambos conceptos en la práctica del sector privado.

Un primer elemento, de particular importancia para el contexto de México –y de América Latina en general–, es la dificultad inherente de la implementación por el sector empresarial de cuestiones que no cuentan con un referente legislativo expreso.<sup>91</sup> Este no es un problema nuevo, pero sí resalta la necesidad de transitar de un modelo basado en buenas prácticas, donde algunas empresas genuinamente interesadas por estas cuestiones realizan esfuerzos significativos por integrar una dimensión de derechos humanos en sus procesos de gestión de riesgos, a una práctica jurídicamente obligatoria, que

permita dar claridad a la dimensión de la obligación empresarial de respetar los derechos humanos<sup>92</sup> –como es el caso de los recientes desarrollos en Europa, con la adopción de la Ley francesa sobre el deber de vigilancia<sup>93</sup> en 2017, y los anuncios de desarrollos normativos que deben tener lugar en 2021 por medio de una Directiva europea sobre debida diligencia en derechos humanos y medio ambiente, y de una legislación alemana sobre cadenas de suministro. Aunque en el contexto mexicano existen elementos en materia civil, penal y administrativa que incitan a la adopción y establecimiento de procesos de *compliance* por las empresas, y que podrían ser un vehículo para la integración del enfoque de derechos humanos en sus actividades y relaciones comerciales, la falta de claridad sobre la vinculación entre ambas cuestiones puede limitar el potencial de alineación de ambas agendas.

Una problemática importante ligada a lo anterior reside en el hecho de que, de forma general, en la práctica empresarial se consideran las cuestiones de derechos humanos como deberes morales, no como obligaciones jurídicas –a pesar de una creciente práctica judicial que indica lo contrario.<sup>94</sup> Lo anterior tiene implicaciones en la manera en que las empresas interpretan e integran esas cuestiones en sus procesos internos, pues puede llevar a la decisión de no abordarlas desde una perspectiva estratégica, sino como una

<sup>90</sup> Addo, Michael K., “Is Business and Human Rights...”, *op. cit.*

<sup>91</sup> Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018), párs. 31-34, 63-78. Lo anterior también ha sido reconocido en el principal estudio realizado a la fecha sobre el tema: European Commission, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, 2020, p. 16.

<sup>92</sup> European Commission, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, 2020, p. 17.

<sup>93</sup> *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.*

<sup>94</sup> Cantú Rivera, Humberto, “The Mexican Judiciary’s Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016.

responsabilidad facultativa o discrecional.<sup>95</sup> Esa decisión puede conllevar importantes repercusiones para las empresas – financieras, jurídicas, reputacionales–, como se ha demostrado en numerosas ocasiones a lo largo de toda la región latinoamericana.

Sin embargo, ello no significa que la adopción de un marco legislativo baste para introducir exitosamente la obligación de desarrollar prácticas empresariales de identificación y gestión de riesgos a los derechos humanos. Por el contrario, la traducción tanto de los elementos del pilar II de los Principios Rectores como de los distintos derechos humanos al marco jurídico interno, se enfrenta a dificultades importantes cuando al grado de seguridad jurídica y coordinación con otras normas existentes, así como al riesgo de dilución de las expectativas planteadas por los Principios Rectores y las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE.<sup>96</sup> En consecuencia, es necesario que, además de identificar las características y viabilidad de un modelo normativo específico en un contexto nacional determinado, exista una internalización e implementación gradual de estas prácticas en el seno empresarial con base en los parámetros internacionales, a fin de desarrollar las capacidades internas para poder cumplir de forma efectiva con el respeto a los derechos humanos, y de conformidad con las expectativas plasmadas en los Principios Rectores.

Otra dificultad importante en este ámbito es la posible existencia de un enfoque pasivo en la identificación y tratamiento de riesgos regulatorios, que es propia del *compliance*, pero que no necesariamente responde a la lógica de la debida diligencia en derechos humanos. Esta plantea un enfoque progresivo, en el que la empresa continuamente evalúe y mida sus posibles impactos adversos y tome medidas para integrar los resultados.<sup>97</sup> Lo anterior implica en consecuencia, la necesidad de no enfocarse únicamente en la conformidad normativa, es decir, en cumplir con los parámetros legislativos aplicables en el lugar donde opera la empresa, sino en medir cuestiones que en muchas ocasiones son extrajurídicas, y en adoptar medidas transversales en la empresa para asegurar que se responda o aborde de forma efectiva el riesgo potencial o real a los derechos humanos. En ese sentido, al ser un proceso de carácter continuo y permanente, exige una inversión de recursos financieros, humanos y materiales para identificar las posibles afectaciones que titulares de derechos – ajenos o externos a la empresa– puedan sufrir como resultado de las actividades de esta.

Lo anterior, en general, implica diferencias metodológicas importantes frente a los procesos de *compliance*, que tienden a entenderse como auditorías y a tener un carácter instantáneo (en vez de progresivo), para reflejar el comportamiento de la

<sup>95</sup> Addo, Michael K., “Is Business and Human Rights...”, *op. cit.*

<sup>96</sup> Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas*, A/73/163 (16 de julio de 2018), párs. 77-78.

<sup>97</sup> *Ibid.*, párs. 10-14. Véase también: ACNUDH, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*, 2012, p. 38.

empresa frente a un marco jurídico específico en un período temporal determinado. En sí, si el enfoque del *compliance* está en prevenir la falta de conformidad con el marco normativo aplicable, se pueden perder de vista tanto los riesgos que por ley no sean expresamente exigibles a la empresa –a pesar de la existencia de normas internacionales que reconozcan derechos humanos–, como la oportunidad que tiene la empresa tanto de identificar y prevenir riesgos, como de contribuir a la realización de los derechos humanos.<sup>98</sup>

Asimismo, otro riesgo existente para la vinculación de la debida diligencia con el *compliance* es la distribución de responsabilidades al interior de una empresa. Mientras que en el segundo caso, y en particular en empresas grandes, existe un departamento exclusivamente encargado de la función de conformidad de la empresa con el marco regulatorio, en la debida diligencia el objetivo es que sean los diferentes departamentos de una empresa que se involucren proactivamente y de forma coordinada en la identificación de riesgos y adopción de medidas.<sup>99</sup> Precisamente por ello, los Principios Rectores plantean que se desarrolle a nivel directivo una política empresarial de derechos humanos, que oriente la actividad

de la unidad económica de forma expresa hacia la integración y el desarrollo de capacidades en la materia, con el objetivo final de crear una cultura transversal de derechos humanos en las actividades y procesos de la empresa,<sup>100</sup> así como en sus relaciones comerciales.

También es importante tomar en consideración la manera en que los procesos de *compliance* se materializan en la práctica, lo cual puede ser especialmente distante de la lógica de la debida diligencia. Los procesos de *compliance* tienden a desarrollarse a través de indicadores, con los que se busca medir el desempeño de la empresa respecto de ciertos parámetros definidos para cumplir con una meta preestablecida. Un problema notable, sin embargo, es la potencial deficiencia de dichos indicadores para medir el desempeño de la empresa frente a posibles riesgos de derechos humanos, primero porque estos tienden a ser subjetivos –es decir, responden a necesidades particulares de los distintos individuos y grupos–, y, en consecuencia, de difícil traducción en herramientas de esa naturaleza; y segundo, porque tienden a ser minimalistas. En ese sentido, un enfoque minimalista, de cumplimiento, puede fácilmente orientarse a una práctica

<sup>98</sup> OHCHR, *The business and human rights dimension of sustainable development: Embedding “Protect, Respect and Remedy” in SDGs implementation. 10 key recommendations to Governments and businesses from the UN Working Group on Business and Human Rights*, 2017, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR\\_SDGRecommendations.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf)

<sup>99</sup> Dicho riesgo se reconoce expresamente en el comentario al Principio 19: “La integración horizontal en toda la empresa de las conclusiones específicas de la evaluación de las consecuencias sobre los derechos humanos solo puede ser eficaz si el compromiso político de la empresa con los derechos humanos ha calado en todas las funciones pertinentes de la empresa. Esto es imprescindible para que se entiendan correctamente, se tomen debidamente en cuenta y se apliquen las conclusiones de la evaluación.” Véase también ACNUDH, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*, 2012, pp. 54-55; OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, 2018, p. 27.

<sup>100</sup> Véase Drewert, Joanna y Banerjee, Kaustuv, *Linking Human Rights and Anti-Corruption Compliance*, UN Global Compact, 2016, p. 9. Un paralelo interesante se puede encontrar en Langevoort, Donald C., “Cultures of Compliance”, *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017.

de marcado de casillas (*tick-the-box*) y a la concentración de esfuerzos de la empresa para cumplir con un parámetro específico,<sup>101</sup> que puede resultar contraproducente si no logra capturar de forma adecuada la esencia de los posibles impactos en derechos humanos.

Además de lo anterior, un tema que no ha ocupado aún una gran parte de la discusión de la debida diligencia en derechos humanos es la forma de asegurar su desarrollo e implementación por las empresas pequeñas y medianas (PyMEs), las necesidades y ajustes que deben hacerse conforme a su tamaño y el alcance de sus operaciones y relaciones comerciales.<sup>102</sup> En ese sentido, ante la potencial limitación de recursos disponibles en las PyMEs para abordar esta cuestión, existe una amplia probabilidad de que se le dé prioridad a las obligaciones de carácter jurídico –en muchos contextos considerados únicamente como aquellas que se encuentran explícitamente identificadas en los marcos legislativos. Ello es ciertamente un reto, que exige creatividad para abordar adecuadamente los desafíos a los que se enfrentan las PyMEs. Sin embargo, también es importante destacar el rol que a ese respecto pueden desempeñar las empresas más grandes, a través de exigencias contractuales, pero también de una función de guía que facilite la priorización de los impactos más graves

que se identifique que pueden tener lugar en esa industria y contexto determinado.

Por último, a pesar del potencial del *compliance* como una plataforma para abordar cuestiones de derechos humanos, es necesario coordinar la forma en que interactúa con la serie de medidas planteadas por los Principios Rectores y por la Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable de la OCDE, a fin de que en realidad contribuya a la prevención de impactos adversos en personas y comunidades. En ese sentido, ubicar el *compliance* dentro de los procesos de identificación y evaluación de impactos a derechos humanos puede representar una oportunidad para que las empresas tomen las medidas necesarias para integrar las conclusiones de esos procesos en sus actividades, y comunicarlas de forma adecuada con las distintas partes interesadas. También es una oportunidad para hacer un análisis y posible replanteamiento sobre la evolución de los procesos de *compliance*, de forma que puedan responder a las necesidades tanto de las empresas como de la sociedad y comunidades con las que interactúan y, en particular, a la importancia de respetar los derechos humanos.

<sup>101</sup> Addo, Michael K., “Is the Business and Human Rights...”, op. cit. Véase también European Commission, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, 2020, p. 107, donde un ejemplo refleja las complejidades y obstáculos del enfoque de *compliance* para abordar el contenido de los Principios Rectores.

<sup>102</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/35/32 (24 de abril de 2017), párs. 14, 34, 74, donde a pesar de advertir limitaciones, se recomienda aprovechar la experiencia acumulada en otros mecanismos de gestión de riesgo, como los procesos y mecanismos de *compliance*.

04

Conclusión



# 04

## Conclusión

“Una adecuada integración de la perspectiva de derechos humanos en los mecanismos empresariales de gestión de riesgo debería dar como resultado el desarrollo de una cultura organizacional basada en valores”.

Como se ha abordado en el presente estudio, la integración del *compliance* a los procesos en la lucha contra la corrupción, ofrece una potencial alternativa para facilitar la incorporación de una perspectiva centrada en los derechos humanos y su respeto en el contexto de la actividad empresarial.

La progresiva consolidación de la agenda anticorrupción generó una serie de cambios de paradigma, que comenzaron a través de su incorporación a marcos jurídicos nacionales, y con el aumento de la práctica en la materia, paulatinamente se consolidaron en convenciones internacionales. Ello condujo, a su vez, al desarrollo de herramientas de verificación de cumplimiento o de conformidad (*compliance*) que, por medio de procesos de detección, investigación y reparación, permiten a las empresas contar con medios para prevenir su involucramiento en actos de corrupción.

La aparición de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en 2011, y el marcado énfasis en los procesos que una empresa debe desarrollar para actuar con debida diligencia en derechos humanos- y con ello cumplir con su responsabilidad de respeto-, han generado interrogantes sobre las metodologías más apropiadas para lograr un desempeño exitoso en la materia. Aunque no existe una metodología única, se puede observar que emergen ciertas similitudes de los procesos de evaluación de impacto, integración y seguimiento de resultados, comunicación, mitigación y reparación, es decir, de los elementos cuya adecuada realización conducirían a una debida diligencia en derechos humanos, con los procesos de *compliance*.

En virtud de lo anterior, estos procesos, mientras integren la perspectiva de derechos humanos conforme a los Principios Rectores y otros parámetros internacionales, como las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y su Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, podrían facilitar que las empresas utilicen sistemas de gestión de riesgos con los que ya tienen familiaridad. En específico, una adecuada integración de la perspectiva de derechos humanos en los mecanismos empresariales de gestión de riesgo debería dar como resultado el desarrollo de una cultura organizacional basada en valores, que permita no solamente luchar contra la corrupción y contribuir al desarrollo sostenible, sino contribuir de forma adecuada a procesos sociales más amplios, incluyendo al respeto y realización de los derechos humanos por medio de la prevención de impactos adversos.

Por otra parte, la progresiva aparición de marcos normativos en materia de debida diligencia en derechos humanos abre una ventana para la reflexión sobre la similitud entre los procesos actuales y las experiencias en materia anticorrupción y la consolidación de una práctica de *compliance*, y lo que puede significar para la agenda de derechos humanos y empresas y su implementación en la práctica. En principio, existen elementos para afirmar que, a partir de la aparición de obligaciones concretas por vía legislativa y de otra índole (como fue en el caso de la lucha contra la corrupción), habrá cada vez una mayor presión desde distintos frentes –gobiernos, inversionistas, sociedad civil, entre otros– para que las

empresas desarrollen y pongan en práctica procesos de debida diligencia en derechos humanos. Lo anterior evidentemente invita a una mayor proactividad por parte del sector empresarial para involucrarse expresamente en la adopción de medidas y estrategias; incluyendo la evaluación y replanteamiento de procesos internos, que les permitan cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.





R

Recomendaciones  
para empresas

# R

## Recomendaciones para empresas

“El rediseño de los procesos de compliance deberá establecer mecanismos de evaluación y mejora continua...”

- ✓ Desarrollar capacidades del personal para identificar los riesgos desde una perspectiva de derechos humanos, de forma que se facilite su comprensión y acción preventiva en casos concretos.
- ✓ Rediseñar los modelos y/o procesos de *compliance* para que, en vez de limitarse a un esquema de cumplimiento normativo, incluyan etapas de evaluación de riesgos, implementación y seguimiento desde una perspectiva de derechos humanos, y de medidas de mitigación cuando resulte pertinente, que se aborden transversalmente en la organización de la empresa, sus actividades y modelo de negocio. El rediseño de los procesos de *compliance* deberá establecer mecanismos de evaluación y mejora continua, que detecten y aborden fallas u omisiones oportunamente.
- ✓ Orientar la identificación y análisis de riesgos legales más allá del riesgo para la empresa, para incluir los impactos adversos que se puedan producir en otras personas o grupos como resultado de la actividad empresarial. Para ello, será particularmente importante impulsar que el análisis de cumplimiento regulatorio incluya trabajo de campo, que permita recolectar y analizar información sobre los riesgos que la empresa pueda generar a otras partes interesadas. Esto debería incluir enfoques centrados en los derechos potencialmente vulnerados, así como en las voces de las personas trabajadoras, comunidades y grupos.
- ✓ Participar activamente en las discusiones con las distintas partes interesadas respecto de la implementación de la debida diligencia en derechos humanos en las actividades empresariales, así como en los eventuales procesos de desarrollo normativo sobre la cuestión a nivel nacional e internacional.



A

Acerca de  
los autores



**Humberto Cantú Rivera**

Profesor-investigador de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey y Director Ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Dirige la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, y es miembro del Consejo Editorial de la revista Business and Human Rights Journal. Doctor en Derecho por la Universidad de París 2. Miembro nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT.



**Laura Esparza García**

Profesora de asignatura de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey, e Investigadora de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Formó parte del Programa de Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y ha participado en proyectos de investigación y consultoría para organismos internacionales. Es Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho de la Empresa por la Universidad de Monterrey, y Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

.....



La producción de esta publicación ha sido financiada por la Unión Europea a través del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC). Sus contenidos son responsabilidad exclusiva de sus socios, y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Unión Europea.