

Derechos humanos, *compliance* e industrias extractivas en América Latina*

Dino Carlos Caro Coria**

Resumen: La conflictividad social protagonizada por el Estado, las empresas y la población de las zonas, “afectadas” o “beneficiadas” por los proyectos de extracción de recursos naturales ejecutados por las empresas con la aquiescencia del Estado, conlleva no solo la lamentable pérdida de vidas humanas o su calidad, sino también la suspensión de proyectos y la consiguiente pérdida de recursos directamente referidos a las actividades primarias de determinados países. En el presente trabajo, de la mano de diversas cuestiones más concretas, pretenderé demostrar que también en este ámbito, la incorporación de mecanismos preventivos de cumplimiento normativo puede constituir, entre muchas otras, una estrategia útil para la evitación de violaciones de derechos humanos, siempre que esta se halle compaginada con el ejercicio responsable de actividades económicas. Para ello habrá de exigirse una actuación conjunta del Estado y de las empresas que actúan en su territorio.

I. A modo de introducción

En la historia de los casos de violación de derechos humanos de poblaciones indígenas la experiencia latinoamericana ha sido, por razones estructurales, especialmente fecunda¹. Por consiguiente, todo abordaje de la cuestión debe partir por reconocer la

* Esta contribución corresponde a la ponencia presentada en Toledo el 20 de enero de 2017 en el Curso Derecho penal económico internacional y Derechos Humanos, en el marco de la XVII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha/España, y el 19 de julio de 2017 en el Seminario “Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina”, organizado por el CEPAL de la Universidad de Göttingen/Alemania.

** Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

¹ Aquí basta con hacer un pequeño resumen de algunos casos relevantes de los últimos tiempos (citados en Böhm, “Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina. Dificultades para su imputación y juzgamiento”, en: *Boletín Semestral GLIPGö*, 4, 2012, pp. 11 y ss.: a) Caso *Samarco*: Samarco Mineração S.A. es un *joint venture* de capitales brasileños, británicos y australianos. En noviembre de 2015, en Bento Rodríguez se destruyó una represa de Samarco, inundando comunidades locales y dejando considerables residuos mineros, lodo y agua. Estos residuos mineros destruyeron una pequeña ciudad de 650 personas y afectaron a más de una docena de ciudades ribereñas, causando además la muerte de unas 17 personas. El caso es considerado como la mayor tragedia ambiental provocada por el hombre en la historia del Brasil. Lamentablemente, la jurisdicción nacional no ha juzgado hasta la fecha a ninguno de los responsables; incluso, el Supremo Tribunal de Justicia procedió a suspenderlo, al encontrar una superposición y conflicto entre las esferas judiciales (regional o federal). De manera paralela, la empresa Samarco llegó a un acuerdo con las autoridades brasileñas, a fin de indemnizar a los afectados, no obstante, dicho acuerdo fue declarado nulo por no haber contado con la participación de las personas afectadas, en el proceso de negociación; b) Caso *Endesa*: En el año 2005, la

situación especialmente delicada en la que se encuentran numerosos pueblos y comunidades del ámbito latinoamericano. De hecho, el reconocimiento de la relevancia de esos derechos sirve como razón para deshacer el “dilema” implícitamente invocado al encarar la problemática, corrientemente identificada como la colisión irresoluble entre derechos fundamentales de los pueblos indígenas e intereses empresariales. Sin embargo, la otra razón radica en no olvidar el rol fundamental que cumplen las empresas en las sociedades industrializadas o en vías a serlo.² Pues la relevancia económica que tienen los proyectos de inversión desarrollados por las empresas

empresa Endesa construyó el embalse Ralco en el Alto Bio Bio (zona sur de Chile), bajo la protección militar del gobierno chileno. Durante el periodo de construcción del embalse, indígenas (pehuenche mapuche) fueron desplazados de sus tierras ancestrales a través de irregularidades administrativas y prácticas fraudulentas. Pese a ello, toda protesta era categorizada como “acto terrorista”. Debido a la participación del ejército chileno, la represión en la región fue de tal magnitud que, incluso, instó la aplicación de la Ley N° 18314, Ley Antiterrorista, contra el pueblo mapuche. Hasta la fecha, la identidad cultural del pueblo mapuche sigue en peligro, pues la zona está bajo el control de Endesa y no ha habido ningún proceso penal por fraude contra los responsables, estando pendiente un acuerdo entre las víctimas y la empresa, a partir de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; c) Caso *Chevron*: Un tercer caso emblemático es el caso Chevron. Entre los años 1972 y 1992, la empresa estadounidense Texaco construyó Gasoductos entre Lago Agrio y Puerto Esmeraldas, en Ecuador. Durante estos años, más de 18 mil millones de galones de tóxicos se derramaron en el Río Amazonas. La contaminación del área fue causada por la negligencia de la empresa Texaco, al infringir las normas técnicas de seguridad. Aunque la empresa se retiró de la región en el año 1995 e inició trabajos de limpieza de la zona, el daño ambiental persiste hasta la actualidad (residuos tóxicos, vías fluviales contaminadas, las vidas animal y vegetal quedaron devastadas, enfermedades, etc.). Ahora bien, respecto a la responsabilidad de los empresarios existe una gran dificultad probatoria para esclarecer la causalidad entre la actividad empresarial y la contaminación. En 1993 fue presentada una demanda colectiva en Estados Unidos, bajo el ATCA (*Alien Tort Claims Act*); no obstante, en el 2012 fue desestimada bajo el criterio del *forum non conveniens*, considerándose que la jurisdicción competente era la de Ecuador. En 2011 un Tribunal de Ecuador ordenó a Texaco el pago de 18,000 millones de dólares por responsabilidad en la contaminación, los cuales fueron reducidos posteriormente a 9,500 millones de dólares; sin embargo, en 2014 la decisión fue declarada inaplicable por el Tribunal del Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York con base en la ley RICO, por considerarse que la decisión judicial fue resultado de actividades de fraude en el Ecuador; d) Caso *Thyssen Krupp*: Finalmente, el último caso por mencionar es el de la empresa Thyssen Krupp (Alemania), la cual construyó la mayor siderúrgica de América Latina en la Bahía de Sepetiba en Río de Janeiro. A pesar de que la población no estuvo de acuerdo con este proyecto, la empresa llegó a tener mucho poder en la región a través de contratos fraudulentos y cuestionables. La contaminación que produjo la empresa fue con arsina y plomo sobre el suelo, agua y peces, lo que además causó un perjuicio a las familias que vivían de la pesca.

Los casos comentados no son los únicos. En la actualidad, algunos grupos activistas monitorean el avance de conflictos de esta naturaleza dentro de América Latina. Un ejemplo de ello es el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (v. al respecto: <http://www.conflictosmineros.net>). En dicha página se contabiliza un total de 217 conflictos, siendo el Perú el país que cuenta con más conflictos en la región (un total de 39), mientras que Guyana Francesa, Paraguay, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela son los países con menos conflictos, contando ellos solamente con 1 conflicto de esta naturaleza dentro de su territorio. Un conflicto de notable envergadura en el territorio peruano fue, por ejemplo, el caso del “Proyecto Minero Conga” en la ciudad de Cajamarca. Este conflicto socio-ambiental se inició en el año 2009, luego de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental. Los pobladores denunciaron que el proyecto afectaría a cuatro lagunas de la zona. La empresa minera Yanacocha respondió ofreciendo construir cuatro reservorios para reemplazar el agua de las lagunas, los cuales triplicarían su capacidad de reserva. Sin embargo, la población no confió en el ofrecimiento y surgió el conflicto. Los pobladores adujeron que la realización del proyecto sería una real amenaza para los recursos hídricos. El conflicto entre las fuerzas policiales y los campesinos dejó varios heridos.

² Siempre que se trate de una “actividad empresarial responsable” o “conforme al derecho”.

extractivas (en términos *cuantitativos*) puede terminar causando un impacto positivo (en términos *cualitativos*) para los ciudadanos y los propios miembros de las comunidades indígenas³, siempre que a esa actividad se le impongan mecanismos de control eficientes. Esta circunstancia es del todo pertinente a la hora de evaluar por qué al enfrentar la “cuestión empresarial” habrá de tenerse una disposición favorable a la activación de mecanismos que permitan arribar a un punto intermedio en la aparente disputa entre intereses de las empresas y los derechos fundamentales de los pueblos.

1. Los actores del conflicto

1.1. El Estado local y el Estado de origen de la empresa y del accionista

El Estado local es aquél en cuyo territorio se encuentra la empresa y es además el titular, administrador y garante de sus propios recursos naturales. A los Estados les incumbe un papel esencial en cuanto a la protección de derechos humanos, en tanto ellos tienen el deber de velar por su respeto. Por consiguiente, la operación de una empresa en su territorio y jurisdicción constituye un caso más en el que han de cumplir con ese deber. A este respecto, vale la pena señalar el informe elaborado en 2008 por Ruggie denominado “Proteger, respetar y remediar”⁴, en el cual se agrupan una serie de análisis e iniciativas que se hallaban dispersas hasta ese momento. Posteriormente, en el año 2011, Ruggie presentó al Consejo de Derechos Humanos los así denominados “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”⁵. En ese informe, se precisa que el Estado tiene que ocuparse (en ese orden) de prevenir, investigar, castigar y reparar casos de abuso contra los derechos humanos. Dicha precisión se lleva a cabo sobre el trasfondo del mencionado deber de protección que el Estado tiene respecto a sus ciudadanos, para lo cual hace falta, como es obvio, hacer cumplir las leyes a los potenciales infractores (en este caso, las empresas). Naturalmente, ese esfuerzo por

³ Esto requiere de un adecuado funcionamiento del Estado (por ejm. llevando a cabo proyectos especialmente dirigidos a las comunidades). No obstante, una realidad como la latinoamericana sugiere en el nivel de los pronósticos que esto, por decirlo de algún modo, no siempre se cumplirá. Esto, sin embargo, por un lado, no basta para derrotar el argumento consistente en el hecho de que la actividad empresarial también pueden crear condiciones favorables para los pueblos como potenciales beneficiarios finales, y, por el otro, muestra más bien claramente que en estos casos el reproche debería estar dirigido al Estado.

⁴ Ruggie fue nombrado por la Comisión de Derechos Humanos como Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, al finalizar su primer mandato. V. <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf> (última visita: 5/09/2017).

⁵ V. <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/UNGuidingPrinciples> (última visita: 5/09/2017).

materializar el cumplimiento de la ley puede manifestarse de diversos modos como, por ejemplo, una conducta activa dirigida al asesoramiento eficaz a las empresas referido al respeto de derechos humanos.

No obstante, un factor que no debe perderse de vista es que la empresa no siempre proviene del Estado en cuyo territorio desarrolla sus actividades. De hecho, una gran parte del protagonismo en el ámbito de los conflictos entre empresas y derechos humanos está reservada a las denominadas empresas transnacionales, cuya característica más resaltante es su mayor envergadura operacional y su mayor complejidad organizacional. Esto tiene implicancias del todo relevantes pues esa mayor organización no solo implica un riesgo mayor para los derechos de las poblaciones, sino que además ello agudiza el problema de la eventual determinación de la responsabilidad penal en el marco de la organización. En cualquier caso, más allá de esa circunstancia, la empresa tendrá el deber de adecuarse a la normativa nacional.

1.2. La empresa

La empresa es aquella organización titular del capital. Ella está obligada a abstenerse de infringir derechos humanos de terceros y a impedir que se produzca alguna vulneración. Por lo tanto, ella debe cargar con las consecuencias negativas que se han producido como producto de su actividad⁶. Es decir, la orientación general de una empresa debe estar configurada hacia la no infracción del derecho o neutralización de factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de hechos ilícitos⁷. Pues, en caso contrario, habría que cuestionar ya de entrada la constitución ontológica misma del colectivo y considerar más bien un caso propio de la criminalidad organizada.⁸ De todos modos, el comportamiento de la empresa se halla determinado en una medida para nada despreciable por su contexto operacional⁹. En efecto, éste definirá el plexo de derechos

⁶ Aquí vale la pena recordar lo señalado en la Guía práctica de la ONU: “El incumplimiento de una empresa de su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede tener consecuencias de carácter jurídico, financiero y para su reputación”, v. *Guía práctica* de la ONU, p. 16.

⁷ Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 193.

⁸ De todos modos, la empresa puede verse involucrada en la aparición de consecuencias negativas a través de tres formas, a saber: a) una causación mediante su propia actividad, b) una contribución por sí misma o por medio de otra y, c) su relación comercial con una empresa que provoca una consecuencia negativa. V. *Guía práctica*, p. 18.

⁹ Esto se reconoce explícitamente en la citada *Guía práctica* de la ONU en los siguientes términos: “(...) el sector y el contexto operacional en que se desenvuelva una empresa determinarán normalmente qué

humanos que adquieren un grado de vulnerabilidad mayor. Por consiguiente, las medidas a adoptar por parte de la empresa, dirigidas a evitar infracciones del derecho, deberán tener en cuenta esa vinculación material. Por supuesto, también habrá de considerarse una cierta proporcionalidad entre la dimensión de la empresa y los riesgos a los que ella se enfrenta. Pues si la explicación del especial riesgo de la empresa está guiada en gran medida por la complejidad propia de las organizaciones y esta es a su vez dependiente de la dimensión del colectivo, entonces el incremento de esa dimensión conllevará en principio un mayor riesgo. De todas maneras, esa dimensión no es absolutamente determinante, pues también una empresa pequeña o mediana podrá representar graves riesgos para los derechos humanos.¹⁰ Más bien, de lo que se trata aquí es solo de que el tamaño de la empresa sirva como un criterio genérico para establecer en un momento previo el tipo de procedimiento y el nivel de exigencia genéricos que debería adoptar la empresa para la mitigación de riesgos¹¹. Por otro lado, no bastará con implantar un mecanismo de prevención de vulneraciones de algún derecho humano en concreto, sino que será preciso que la empresa haga un seguimiento de su desarrollo y su eficacia para que, en caso de que esto último no sea el caso, se proceda al acondicionamiento inmediato del programa.

Pero hasta aquí solo se ha hablado de las actividades contextualizadas a la actividad propia de la empresa. En tiempos de un creciente recurso a la asociación con otras empresas también adquiere relevancia la cuestión por la redefinición del ámbito riesgoso (para los derechos humanos) provocado por esa asociación. Pues la contracara de la ampliación del marco de funcionamiento causado por la asociación de las empresas está constituida por un mayor riesgo de violación de derechos humanos.¹²

derechos humanos corren mayor riesgo de sufrir consecuencias negativas durante el desarrollo normal de sus actividades”. *Guía práctica*, p. 24.

¹⁰ Quizás incluso mayor, como puede ser el caso de las pequeñas empresas, a veces incluso menos controladas que empresas de medianas o grandes dimensiones. Es el caso por ejemplos de la llamada minería ilegal que opera en Bolivia, Perú y Colombia.

¹¹ El mencionado informe de Ruggie describe el “cómo” y ofrece las pautas de la actuación de las empresas a efectos de respetar los derechos humanos. Con relación a este principio describe específicamente tres puntos importantes: i) la existencia de un compromiso político, b) un proceso de diligencia debida y, c) un proceso que permita reparar consecuencias.

¹² Naturalmente, la imputación de responsabilidad penal quedará afectada por la naturaleza del vínculo trazado entre las empresas. Así, por ejemplo, habrá que tener en cuenta si la empresa cumple funciones de provisión, financiación, etc. de la empresa en cuyo ámbito de actuación se producen las violaciones de derechos humanos y verificar si en algún caso la actividad de la empresa que se vincula a otra se halla en el marco de lo que se denomina el riesgo permitido.

1.3. La población afectada

Las actividades de las empresas entran permanentemente en conflicto con los intereses protegidos de comunidades, que en la mayor parte de casos se hallan en una situación de vulnerabilidad debido a un abandono sistemático por parte del Estado. Esta constituye una razón privilegiada a la hora de explicar la reacción de algunas comunidades frente a la actividad extractiva de diversas empresas: pues las experiencias pasadas (en las que se ha generado un daño enorme al entorno de las comunidades) y la ausencia de una verdadera intervención reparadora o represiva del estado contribuyen en muchos casos a la activación de mecanismos de “autodefensa” frente a esa amenaza. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, el programa normativo de respeto al ordenamiento jurídico deberá incluir, como se verá más adelante, una dimensión comunicativa apropiada respecto a la población potencialmente afectada para así, en un momento previo, procurar disolver un elemento que contribuya al conflicto.

2. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN FRENTE A VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Para absolver el problema de la colisión de los intereses de la empresa (que busca la seguridad de sus inversiones y que se haga respetar el principio de autoridad) y los de la población hay que adoptar en principio soluciones multidireccionales basadas en las reglas provenientes de diversos ámbitos jurídicos.

2.1. El ámbito del derecho nacional

Las disciplinas jurídicas a las que debe recurrirse como *prima ratio* para evitar el surgimiento de conflictos y lesiones de bienes jurídicos son el derecho administrativo sancionador, el derecho civil, el derecho constitucional, etc. De hecho, ya la evitación del surgimiento mismo del contexto que da lugar al conflicto constituye un desafío que debería enfrentarse en la arena de la política estatal. Lo cual significa, que ya de entrada la producción del conflicto supone una clara muestra del fracaso de la gestión igualitaria de los ámbitos de desarrollo de los diversos grupos sociales. Con todo, una vez que surge el conflicto se abre la puerta para el recurso a una solución jurídica. Desde esta perspectiva, todos esos ámbitos jurídicos deben constituir el punto de referencia de la instauración de un programa de *compliance* que permita evitar la vulneración de

derechos humanos, antes de y durante la situación conflictiva. En el caso peruano, las empresas están obligadas a la implementación de modelos de prevención respecto a actividades relacionadas con el lavado de activos, pero no con el ámbito de los derechos humanos, lo cual en vista de la creciente conflictividad social representa cuando menos una cuestión pendiente para el legislador. Si bien la instauración de programas de cumplimiento normativo no es dependiente del régimen de responsabilidad (penal) de las personas jurídicas, en el ámbito peruano se ha regulado recientemente la responsabilidad administrativa respecto al cohecho activo transnacional¹³, la cual ha sido ampliada a los delitos de cohecho activo genérico (art. 397 CP peruano), cohecho activo específico (art. 398 CP peruano) y las modalidades de lavado de activos y financiamiento del terrorismo¹⁴. Como se verá más adelante también podría resultar beneficioso que el Estado imponga u obligue a las empresas a la implementación de un *compliance* para prevenir futuras lesiones de derechos humanos considerando que estos constituyen una zona de alto riesgo para las actividades empresariales.

2.2. Ámbito internacional

Si bien la vulneración de derechos humanos puede dar lugar a la activación de una persecución en el ámbito internacional, lo cierto es que también en este nivel existe una serie de limitaciones que terminan hablando a favor de la conveniencia de la implementación de programas de cumplimiento normativo. En tal sentido, aunque el Estatuto de Roma (ER) se allana a la persecución de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, cuya concurrencia no es del todo imposible en el marco de la actividad de las empresas, lo cierto es que el art. 25 ER solo hace referencia a la responsabilidad individual y no a la corporativa. Por otro lado, aunque los sistemas de protección de derechos humanos regionales existentes en Europa y América Latina ofrecen cierto nivel de protección frente a violaciones de derechos humanos, sin embargo, ellos se hallan limitados a la responsabilidad de los Estados.

¹³ Mediante la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, accesible en <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/> (último acceso: 10.10.2017)

¹⁴ Por medio del D.L. N° 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, accesible en <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/> (último acceso: 10.10.2017)

3. DERECHOS HUMANOS Y ACTIVIDAD EMPRESARIAL: APENAS *SOFT LAW*

Actualmente no existe consenso en la comunidad internacional respecto a si las empresas se hallan sometidas a obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos en el marco del derecho internacional.¹⁵ Este debate se originó en la década de los setentas del siglo pasado. En 1973 fue establecida una Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, que preparó un proyecto de Código de Conducta de Naciones Unidas para Empresas Transnacionales, el cual finalmente fracasó en su intento de establecer pautas sociales y ambientales para las empresas. Tres años después, en 1976, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) adoptó las Directrices para empresas Multinacionales. En 1997, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales, la cual por vez primera abordó explícitamente temas de derechos laborales considerados en el catálogo universal de derechos humanos.¹⁶

Un segundo momento relativo a la determinación de obligaciones en materia de derechos humanos para las empresas puede identificarse con la adopción del Pacto Mundial, gestado a partir de la propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan pronunciada en 1999 ante el Foro Económico Mundial. El Pacto Mundial no posee fuerza vinculante sino que más bien constituye un instrumento de *soft law*. Por consiguiente no impone funciones de vigilancia, ni fiscaliza, ni evalúa las acciones de las empresas. Con todo, a través del Pacto Mundial se fijó diez principios que gozan de cierto consenso universal debido a su procedencia de tratados de derechos humanos¹⁷.

¹⁵ V. en este volumen el artículo de Bradi, Juan Manuel, “La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos”.

¹⁶ Cfr. López, C., “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”, en: *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, 2011, p. 7.

¹⁷ A saber: i) Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia, ii) Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos, iii) Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, iv) Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción, v) Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil, vi) Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación, vii) Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente, viii) Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental, ix) Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente, y, x) Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno, V. al respecto: <http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/> (último acceso: 4.01.2017).

Por otro lado, en el 2003, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos adoptó las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”¹⁸. A pesar de que estas normas se inscriben en el marco del *soft law*, ellas establecen por vez primera obligaciones internacionales (aunque políticas) para las empresas, afirmándose que: “Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando porque las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos (...)”¹⁹.

Posteriormente, en el año 2011 Ruggie presentó al Consejo de Derechos Humanos de la ONU los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, los cuales representan a la fecha, la “experiencia de investigación, sistematización y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada a escala global”.²⁰ En palabras de Ruggie, “[l]a aportación normativa de los Principios Rectores no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; en integrarlas en un modelo único lógicamente coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del

¹⁸ Aprobada en el 22º periodo de sesiones, el 13 de agosto de 2003. Véase el parágrafo 20 de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”. De acuerdo con dicho instrumento es aplicable tanto a empresas transnacionales como a otras empresas comerciales, definiéndose “empresa transnacional” como una entidad económica que realiza actividades en más de un país o como un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad y ya sea que se le considere individual o colectivamente. Asimismo, se define “otra empresa comercial” como cualquier entidad comercial, sea cual fuere el ámbito internacional o nacional en que desarrolla sus actividades, si se trata de una empresa transnacional, contratista, subcontratista, proveedor, concesionario o distribuidor, de su forma de asociarse o integrarse, de cualquier otra forma jurídica utilizada para constituir esa entidad comercial o del tipo de derecho de propiedad de la entidad. Cabe destacar que dentro de esta definición, se precisa que se presumirá la aplicabilidad de las normas, en caso la empresa comercial tuviera algún tipo de relación con una empresa transnacional, o si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales ni supusieran violación alguna del derecho a la seguridad.

¹⁹ Véase el preámbulo de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”.

²⁰ V. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Proteger, Respetar y Remediar”, 2012, p. 7, accesible en: <file:///C:/Users/LAPTOP0005/Downloads/PNUDArgent-Gu%C3%ADa-Empresas-DDHH-final.pdf> (último acceso: 10.10.2017).

actual sistema y las mejoras posibles”²¹. También en el año 2011 fueron revisadas las “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, las cuales constituyen recomendaciones dirigidas por los Estados a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos.²²

4. PRINCIPIOS RECTORES: OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los riesgos de la empresa para los derechos humanos se hallan circunscritos a las actividades empresariales que los afectan directamente. Por consiguiente, para su prevención, las empresas deben hacerse cargo de una correcta gestión de riesgos que minimice la real y/o potencial consecuencia negativa de afectación a los derechos humanos. Volviendo al punto, intensamente debatido en el ámbito internacional, referido a la cuestión respecto a la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos,²³ los esfuerzos mencionados de la ONU²⁴ así como los de la OIT mediante la *Declaración Tripartita de Principios sobre empresas Multinacionales* muestran claramente que el esfuerzo por lograr una regulación normativa por parte de organizaciones internacionales ha sido una preocupación constante. No obstante, ese esfuerzo no ha cobrado una fuerza decisiva debido al carácter de *soft law* de los intentos regulatorios, con lo cual el aseguramiento de sanciones contra las empresas ha quedado ayuna de una base jurídica efectiva.

²¹ Véase el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, de 21 de marzo de 2011, Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones Tema 3 de la agenda, parágrafo 14.

²² Respecto a las directrices la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señala lo siguiente: Se encuentran constituidas por principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover. V. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011, OECD Publishing, 2013. Las mencionadas normas “no constituyen obligaciones jurídicas internacionales para las empresas, toda vez que no cuentan con mecanismos, órganos o procedimientos que permitan establecer responsabilidades empresariales derivadas de su desconocimiento o incumplimiento; estas normas se limitan a consagrar un tipo de responsabilidad de orden político mas no jurídico”, v. Galvis, M., “La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, p. 12.

²³ V. al respecto en este volumen el artículo de Bradi, Juan Manuel, “La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos”.

²⁴ Cfr. López Hurtado, Carlos, “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, p. 7.

De cualquier modo, la discusión ha asumido una perspectiva que distingue la posición que ocupa, por un lado, el Estado y, por el otro, las empresas. En ese sentido, la estructura del Informe Final de Ruggie ha identificado a los actores, sus obligaciones así como las medidas que han de tomarse en caso de vulneración de algún derecho. El Informe Ruggie circunscribe el rol de la empresa con relación al respeto de los derechos humanos, identificando al Estado como portador del rol “principal”.²⁵ En ese contexto cabe señalar que la obligación concreta de la empresa consiste en abstenerse de infringir derechos humanos así como de hacerse cargo de las consecuencias negativas cuando dicha infracción ya se ha producido.²⁶ Si bien el principio 14 parte de la idea central de que todas las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos de terceros, sin embargo, no dice nada acerca de cómo esto se lleva a cabo. Por consiguiente, aquí vienen en consideración diversos criterios: i) en principio, las medidas a adoptar por parte de la empresa para evitar infracciones deben respetar el principio de proporcionalidad entre su tamaño y los riesgos. Lo cual significa, que la dimensión de la empresa constituirá un elemento definitorio de la extensión y de las características del programa de cumplimiento; ii) por otro lado, la declaración relativa a la disposición de la empresa a respetar los derechos humanos debe provenir de la más alta dirección como signo de la considerable relevancia que esto posee para la empresa, iii) dicha declaración debe provenir ciertamente de un asesoramiento especializado (ya sea interno o externo) pues la especialización resulta vital a la hora de identificar potenciales ámbitos de peligro para los derechos humanos. Asimismo, no debe perderse de vista que el contenido de la declaración debe estar pensado para el dinamismo característico de la situación de los derechos humanos. Este principio es extensivo e involucra no solo al personal que labora en la empresa, sino también a los terceros que puedan relacionarse con ella. El objetivo es alcanzar con una adecuada dosis de efectividad la instancia social previa caracterizada por la desconfianza (justificada) de las poblaciones normalmente afectadas y revertirla hasta lograr que la colectividad

²⁵ De acuerdo con el informe en el caso que una empresa esté bajo el control de un Estado o sus actos puedan atribuirse por alguna razón a éste, el Estado (ante la comisión de una violación por parte de la empresa) podría verse implicado, al considerarse que la violación es suya, lo que principalmente dependerá de la proximidad entre ambos actores. Así también, Böhm indica que “la responsabilización de los Estados en casos sus empresas participen en la violación de derechos humanos dependerá únicamente del grado de vinculación entre el Estado y la actividad empresarial”, v. Böhm, M., “Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina-Dificultades para su imputación y cumplimiento”, en *Boletín semestral GLIPGö N°4*, (Julio-Diciembre 2012), p. 21.

²⁶ V. al respecto el Principio N° 11. Nótese que el mandato es contundente: no hacer, evitar. Asimismo debe recordarse que “el incumplimiento de una empresa de su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede tener consecuencias de carácter jurídico, financiero y para su reputación”.

pueda confiar en que la actividad de la empresa se orienta efectivamente al respeto de los derechos humanos. Esto presupone enfatizar en la identificación de la política contenida en la declaración con un valor general de la empresa, es decir, el fundamento que informa la cultura empresarial que a su vez impregna la actividad de los trabajadores y los colaboradores.

Para ello habrá que prestar atención a la denominada debida diligencia en materia de derechos humanos²⁷. Como se ha mencionado, toda empresa se encuentra obligada a controlar los riesgos generados por su propia actividad²⁸, frente a los cuales habrá que adoptar las correspondientes medidas de prevención²⁹. Puesto que dicha diligencia puede caracterizarse como el proceso consistente en la contemplación y ejecución de todos aquellos mecanismos que hagan previsible alguna vulneración de derechos humanos por parte de la empresa y que permitan demostrar que la empresa tomó medidas razonables para impedirlo, entonces el momento ideal para llevarla a cabo será desde el momento del planeamiento de la realización de la actividad empresarial. De todos modos, como ya se ha dicho no bastará con implementar un mecanismo de prevención frente a la vulneración de derechos humanos sino que será preciso que la empresa realice un seguimiento de su desarrollo y del grado de eficacia para la evaluación de eventuales modificaciones³⁰.

5. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS RESPECTO A LA PREVENCIÓN DE CONDUCTAS CONTRARIAS AL DERECHO INTERNACIONAL

A los Estados les atañe el papel de velar por la protección de los derechos humanos. Si uno asumiera la tarea de expresar una breve fórmula general respecto a la posición de estados y empresas en relación con los derechos humanos, entonces tendría que afirmarse que mientras los Estados los protegen, las empresas los respetan. Esta

²⁷ V. al respecto el Principio N° 17.

²⁸ El debido control implica que la empresa trate de organizarse de tal forma que en su actuación no se produzcan daños delictivos en su favor. No se trata de evitar todo riesgo, sino los riesgos no permitidos, y que los permitidos no rebasen el límite de lo tolerable, Cfr. Lascuráin, Juan Antonio, “*Compliance, debido control y unos refrescos*”, en Arroyo Zapatero, Luís / Nieto Martín, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 125.

²⁹ La ONU ha entendido la “debida diligencia” como “la medida de prudencia, actividad, o asiduidad que cabe razonablemente esperar y con la que normalmente actúa una (persona) prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos a los casos en cuestión. V “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. V. Black’s Law Dictionary, 6 ed. St. Paul, Minnesota, West, 1990.

³⁰ Tal y como consta en el Principio n° 20.

circunstancia es del todo relevante pues el Estado que tenga dentro de su jurisdicción a una empresa asumirá el deber de proteger los derechos humanos frente a cualquier escenario de violación. Esto se halla reconocido por el mismo Informe Ruggie³¹ en el cual se señala que el Estado ha de ocuparse (en ese orden) de prevenir, investigar, castigar y reparar las infracciones contra los derechos humanos. Como puede observarse fácilmente, esto no es otra cosa que la concreción del deber general que tiene el Estado de proteger a sus ciudadanos, para lo cual ha de hacer cumplir las leyes a todos los potenciales infractores (en este caso, las empresas). De todos modos, ese aspecto debería verse complementado con una conducta activa dirigida al asesoramiento eficaz respecto al efectivo respeto de los derechos humanos.³²

5.1. *Compliance*: ¿Cómo se autorregulan las empresas para prevenir daños al medio ambiente o la violación de derechos humanos?

De acuerdo con el Informe Final de la ONU ha quedado establecido que las empresas deberán organizarse de una manera tal que el riesgo implícito de sus actividades económicas no termine vulnerando derechos humanos. De hecho, esto resulta aún más exigente cuando se trata de empresas dedicadas a las actividades extractivas puesto que este tipo de actividades no solo ponen en riesgo a las personas sino también al medio ambiente. Esta tarea de prevención de riesgos deberá ser asumida por medio de un programa de *compliance*. Como se sabe, el *compliance* consiste en un programa de cumplimiento de las exigencias normativas plasmadas en el respectivo ordenamiento jurídico por parte del legislador. Para ello, la misma empresa deberá asumir la función de vigilar, supervisar y controlar los focos de riesgo generados por su actividad³³. Es decir, las empresas deben implementar una cultura de cumplimiento eficaz a efectos de prevenir aquellas conductas irregulares que puedan generar vulneraciones de derechos humanos. Para que las empresas adopten un adecuado programa de *compliance* deberá

³¹ Cfr. Principio N° 1

³² El Principio N° 7 sigue esa misma lógica del Estado respecto de la empresa. Ello está pensado para aquellos casos en los que nuevas empresas lleguen a territorios extranjeros, en los que es posible que éstas desconozcan el ordenamiento jurídico territorial (leyes, reglamentos, políticas, etc.). Aquí resulta lógico que el activismo estatal en cuanto a la asesoría sea considerado necesario.

³³ De este modo, los programas de *compliance* ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas criminógenas (que puedan tener incluso efectos penales), Cfr. Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero, Luis / Nieto Martín, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 91.

tomarse en cuenta diversos aspectos³⁴. Pues además de la dimensión de la empresa, a la que se ha aludido *supra*, habrá que considerar el giro del negocio, el capital empresarial con el que se cuente, el tipo de lugar en el que se llevan a cabo las operaciones, entre otros factores que pueden depender de la actividad concreta desarrollada por la empresa³⁵. Por supuesto, aquí también rige plenamente la exigencia general a todo programa de *compliance*: es decir, la implementación del programa debe representar la voluntad real de la empresa de constituir un sistema idóneo para la prevención de resultados lesivos y no un mero pretexto para impedir o debilitar la imputación de responsabilidad penal de los directivos.³⁶ Ello implica que los esfuerzos del programa de cumplimiento normativo deberán dirigirse realmente a la evitación de vulneraciones de derechos humanos. Tanto las Directrices de la OCDE como los Principios Rectores de la ONU han introducido en la elaboración de sus trabajos el desarrollo de los modelos de prevención respecto a la vulneración de derechos humanos. De hecho, aun cuando desde una perspectiva puramente deontológica esto podría resultar cuestionable, lo cierto es que a la empresa también le conviene la asunción de un programa efectivo de cumplimiento normativo puesto que lo contrario podría traducirse en consecuencias tan peligrosas (por ejemplo, un alto coste reputacional) que podrían llevar incluso a la

³⁴ En profundidad sobre las características centrales y contenido esencial de los programas de cumplimiento, Véase, Artaza Varela, Osvaldo, “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en Mir Puig, Santiago / Corcoy Bidasolo, Mirentxu / Gómez Martín, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 239-265.

³⁵ En líneas generales, cuanto mayor sea la organización, más formal y extenso debe ser el programa de cumplimiento. En este tipo de grandes organizaciones, el *compliance* deberá ser llevado por un departamento distinto al resto de los sectores de la organización. Asimismo, el tipo de actividad o actividades a las que se dedica la empresa debe focalizar qué riesgos detectar y hacia dónde orientar los controles. Finalmente, se debe analizar los supuestos donde la persona jurídica se ha visto envuelta en un procedimiento penal, dicho análisis proporciona claves sobre las áreas de su actividad que están más expuestas al riesgo penal, Cfr. Bajo Fernández, Miguel / Feijoo Sánchez, Bernardo / Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 207.

³⁶ Al respecto, ROTSCH, precisa que “Quién [...] tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de *Compliance* dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, *la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados*. La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde un punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (Palabras clave: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva. Un concepto de *Compliance* dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva”, v. Rotsch, Thomas, “Criminal Compliance”, InDret 1/2012, pp. 5 y 6.

aniquilación del colectivo³⁷. Por otro lado, el programa de *compliance* deberá considerar la circunstancia de que en el caso de las empresas dedicadas a actividades extractivas (o de singular complejidad), la cadena de comercio se extiende y, por lo tanto, deberá incluir medidas orientadas a mitigar los riesgos que surgen de esa asociación³⁸.

6. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL COMPLIANCE

Como he señalado en otra ocasión³⁹, a simple vista el *criminal compliance* aparenta ser una derivación o una consecuencia del moderno principio precautorio, tan conocido en el Derecho Ambiental o en la responsabilidad por el producto defectuoso⁴⁰, según el cual, partiendo del viejo principio romanista “*quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*”⁴¹, entonces “*quien genera la posibilidad, el riesgo o el peligro de daño, está obligado a controlarlo*”. Así expuesto, el *compliance* apenas se perfila como parte de un programa racional de reducción del llamado “coste de los accidentes”⁴² en general y de los delitos en particular⁴³. Sin embargo, la evolución de los sistemas de “autorregulación” en los últimos 40 años no ha sido precisamente obra de una regulación autoimpuesta, los empresarios no despertaron un día pensando que sus empresas también debían contribuir a la “construcción de un mundo mejor”, sin criminalidad empresarial, sin delitos de cuello blanco. El *compliance* es un producto inacabado ante la convergencia de múltiples factores⁴⁴: 1) las legislaciones estatales o también supranacionales, algunas incluso a nivel de simple *soft law*, en concretos

³⁷ Así, el cumplimiento del derecho, finalmente, no se agotará en una cuestión ética, sino que adquirirá, también una significación económica, traducida en pérdidas que pueden afectar a la empresa en su capital, su autorización para operar y reputación, por la imposición de sanciones de índole administrativas o penales, Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Compliance y derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 34.

³⁸ Cfr. Slack, Keith, “Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina”, en: *Aportes DPLF*, N° 15, Año 4, setiembre, 2011, p. 4. De acuerdo con un informe de Slack, la actividad extractiva en la región sudamericana ha experimentado un incremento. El autor indica que países como Perú y Chile han visto aumentar su índice de crecimiento gracias a la exportación de minerales, que el petróleo, en el caso de Venezuela y Brasil, hizo que se proyectaran al plano mundial, y que países donde la actividad extractiva no era una de sus principales características tales como Argentina, Guatemala, Honduras y El Salvador, han despertado el interés de empresas transnacionales que pretenden aprovechar los altos precios del oro, petróleo y otros minerales. No obstante, el autor postula también que, a contrapartida de la bonanza económica, el precio que se debe pagar es muy alto y está representado por las violaciones de derechos humanos en perjuicio de las comunidades donde se desarrolla la actividad extractiva.

³⁹ Caro Coria, Dino Carlos, “Recensión”, *ZIS* 2/2016, p. 152.

⁴⁰ Caro Coria, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente*, Lima, Horizonte, 1999, pp. 131-132.

⁴¹ Inst.4.3, con referencia a la Ley Aquilia. De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I., Lima, PUCP, 1988, pp. 29-30.

⁴² Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 44-46, en especial los costes de prevención o costes primarios.

⁴³ Caro Coria, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente*, Lima, BM&U, 1995, p. 81.

⁴⁴ En adelante, Nieto Martín, Adán, “Problemas fundamentales del compliance y el Derecho penal”, en Kuhlen, Lothar / Montiel, Juan Pablo / Ortíz de Urbina, Iñigo (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 23-26.

ámbitos para la prevención del lavado de activos, la corrupción pública y privada, riesgos laborales, ambientales, etc., que imponen a las empresas un sistema de autorregulación regulada; 2) el buen gobierno corporativo orientado a la “lucha contra el abuso de poder en las corporaciones”; 3) los códigos de ética impulsados por organismos como la ONU o la OCDE, como medio para prevenir la criminalidad de empresas globales; 4) el desarrollo de la llamada Responsabilidad Social Empresarial; 5) la expansión de los sistemas de auditoría interna; 6) y de los mecanismos de certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, etc.); y, 7) la responsabilidad penal de la persona jurídica con el mensaje de que un adecuado sistema para prevenir y detectar eventos delictivos, puede exonerar o atenuar la pena corporativa. El banco donde se ha puesto a prueba el valor de los programas de cumplimiento así gestados, no ha sido otro que la ya profusa casuística comparada, que da cuenta en general del fracaso total o parcial de dichos programas en la prevención de riesgos penales, y de su excepcional valía para evitar la comisión de delitos o en su caso las consecuencias penales, civiles y reputacionales, contra la empresa y sus órganos de gestión.

Dicha casuística, la confirmación práctica de que estos casos existen y están en cierto modo “a la mano”, como quedó reflejado en el escándalo de Siemens –por citar el caso más conocido en Alemania-, retroalimenta esos fundamentos del *compliance* desde sus bases en el sistema americano, esto es la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, que es el instrumento más potente en el mundo para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional, y que ha inspirado e inspira hasta la actualidad las regulaciones europeas e iberoamericanas, su interpretación y aplicación práctica, con especial intensidad en los últimos años al punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a ese gran mal que es la criminalidad empresarial. Así, se habla por ejemplo, no sin exageración y con cierta ligereza, de un Derecho penal en la “era del *compliance*”, o de una ciencia penal del *compliance*, cuando son más las preguntas que las respuestas en torno a lo que el Derecho penal puede aportar en el desarrollo del *compliance*⁴⁵, y me refiero con ello sobre todo a la parte que no es en estricto Derecho penal ni se relaciona directamente con la labor del jurista, como la elaboración de matrices de riesgo, la

⁴⁵ Rotsch, Thomas, “Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance”, en ADPE/2015, passim.

identificación de medidas de mitigación de esos riesgos, el monitoreo de los programas de prevención y su certificación, etc.

En ese contexto, el sistema de *compliance* es entendido en la actualidad como una autorregulación regulada.⁴⁶ Esto significa que la adopción del modelo de prevención dentro de una empresa no puede ser voluntaria sino más bien obligatoria⁴⁷. Esa regla debe ser impuesta en primera línea por el Estado receptor (o Estado local), y es que considerando la transcendencia de los bienes jurídicos involucrados no podría entenderse, en términos de proporcionalidad, como los Estados obligan legalmente a determinados sujetos a implementar modelos de prevención del lavado de activos o la corrupción, y no establecen la obligación jurídica de sostener modelos para prevenir daños ambientales (*compliance* ambiental), a los trabajadores (*compliance* laboral y anti trata de personas) o a los derechos humanos en general (*compliance* en derechos humanos). De modo similar, tampoco resulta razonable que los Estados suscriban con las empresas cláusulas de estabilidad jurídica, estabilidad tributaria o cláusula anticorrupción, y no se incluya en esos mismos contratos cláusulas que obliguen a las empresas a prevenir cursos lesivos para los derechos humanos.

Pero además de ello, el *compliance* en derechos humanos debe ser impuesto por el Estado del cual provienen las inversiones, por ejemplo, por medio de mecanismos que permitan el levantamiento del velo societario o la primacía de la realidad en el caso de las *offshore*. Esta implementación del modelo de prevención es independiente de la existencia o no del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, por la simple razón de que más allá del modelo de responsabilidad penal adoptado por un Estado

⁴⁶ El fenómeno de autorregulación regulada o *enforced self regulation* alude a la exigencia legislativa orientada a la adopción de medidas organizativas para la prevención de delitos en el seno de la empresa, medidas que responden al interés público y que son controladas *ex post* por el Estado. La empresa se convierte así en un *colaborador* del legislador penal. Por todos, Sieber, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *ibídem*, p. 77; Silva Sánchez, Jesús María, *ibídem*, pp. 192 y 193; Nieto Martín, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 218 y ss.; González Sierra, Pablo, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 384 y ss.; Coca Vila, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez, Jesús María (Dir.) / Montaner Fernández, Raquel, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 51; Balcarce, Fabián / Berruezo, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 144.

⁴⁷ “Esta estrategia confía en que imponiendo una consecuencia jurídica desfavorable a una empresa, ésta modificará su organización y con en ello su comportamiento en el sentido deseado. Para el *intervencionismo* no representa ningún tabú regular cómo debe organizarse internamente la empresa” (Nieto Martín, Adán, *ibídem*, p. 219).

habrá que prevenir (mediante un programa de *compliance*) la producción de resultados lesivos contra bienes jurídicos. Esta tarea de prevención supone la elaboración de un programa de cumplimiento interno de la empresa, el cual deberá identificar los riesgos a los que se enfrenta la actividad de la empresa y la forma de impedir que ellos se plasmen en resultados lesivos.

Además de ello, el *compliance* involucra al Estado local en el diseño de procesos trascendentales para la evitación de esos riesgos. Un ejemplo de tales procesos podría ser la aprobación de estudios de impacto ambiental, licencias o mecanismos de consulta previa. El estudio de impacto ambiental (EIA) es un procedimiento de carácter técnico que estudia, identifica y calcula los posibles efectos negativos (referidos siempre al medio ambiente) que podrían venir en consideración como consecuencia de un determinado proyecto. Los resultados de dicho estudio permiten a la administración pública determinar la aceptación, el rechazo o la modificación de la solicitud. Sin embargo, la ejecución de este procedimiento conlleva algunas dificultades. Así tenemos: i) el Estado local presenta muchas veces debilidades en cuanto a las técnicas para evaluar los EIA, pues muchas veces no se cuenta con la logística necesaria (personal adecuado y suficiente para evaluar con prontitud cada proyecto); ii) además de ello, la manipulación de los datos en el marco de la evaluación como consecuencia de actos de corrupción constituye un factor que no ha de perderse de vista. Esta última circunstancia se agrava en países con Estados débiles, Perú por ejemplo, donde la administración se caracteriza por una cultura burocrática inundada de trámites “necesarios” para la obtención de una autorización⁴⁸. Por otra parte, la consulta previa constituye un mecanismo de consulta a los pobladores que se lleva a cabo con anterioridad a la implementación de una medida legislativa o administrativa que afecte directamente el territorio y el medio ambiente en el cual viven, además de su calidad de vida, identidad cultural, derechos colectivos, etc. Este mecanismo se desarrolla por la vía de un diálogo entre las autoridades estatales y los mismos pobladores para evitar conflictos futuros.⁴⁹

⁴⁸ Las poblaciones juegan un rol importante y frente a la implementación de una actividad extractiva dentro de su territorio pueden en lo general conducirse de dos maneras: de un modo pasivo u oponerse absolutamente a la ejecución de los proyectos.

⁴⁹ Este mecanismo constituye una concretización de la denominada participación ciudadana, la cual tiene como fundamento el derecho de todo ciudadano a formar parte de las decisiones públicas (más aún cuando ella tiene una directa repercusión en su vida diaria). Los titulares de este derecho serán los representantes legítimos de la población (pueblos indígenas u originarios) que vivan dentro del ámbito territorial respecto al cual se halla planificada la realización de un proyecto extractivo y que puedan resultar afectados por éste.

Si bien ambos mecanismos podrían ser de utilidad para reforzar el diseño de las exigencias impuestas a los programas de compliance y así evitar que los riesgos propios de toda actividad empresarial terminen plasmándose en resultados lesivos. Sin embargo, hay que reconocer que la forma en la que habrá que concretar dichas exigencias constituye, sin embargo, una tarea librada a los diversos aspectos que rodean la actividad concreta de la empresa y dependiente del contexto en el que ésta actúa, sin olvidar, por supuesto, la realidad de cada sociedad en la que se presente la necesidad de resolver un conflicto. De hecho, la misma entidad transnacional de las operaciones impone de entrada la necesidad de adaptación de la empresa a la realidad concreta de cada país donde ella opera.

No obstante, más allá de ese desafío de adaptación propiciado por la operación a escala internacional, cuya superación, como se ha mencionado, exige un ejercicio serio de introspección empresarial y de análisis del entorno donde la organización opera, hay que afirmar que los programas de cumplimiento normativo se constituyen como una alternativa útil a la hora de enfrentar situaciones en las que la actividad empresarial pudiera representar riesgos para los derechos humanos. Naturalmente, el éxito de esa estrategia de mitigación de riesgos se basa en el diseño, implementación y seguimiento inclusivo de factores (varios de ellos mencionados en esta contribución) y en el involucramiento de todos los actores del conflicto, en especial, del Estado, como especial portador del deber de protección de sus ciudadanos. Pues solo de esa forma, es posible garantizar una anticipación de la empresa a los eventuales resultados lesivos de su actividad y, con ello, plasmar de modo pleno la necesidad de compaginar las actividades económicas y el respeto de los derechos de los miembros de todas las comunidades. De hecho, una tal anticipación constituye la manifestación más palmaria de la seriedad del esfuerzo por impregnar la actividad de la empresa con una cultura de cumplimiento del ordenamiento jurídico y puede servir para demarcar en el futuro la separación entre empresas que se esfuerzan por respetar los derechos humanos y organizaciones orientadas por el lucro a toda costa, las cuales, sin duda, tampoco han de tener cabida en sociedades respetuosas de los derechos humanos.

El análisis del funcionamiento del *compliance* norteamericano y de las instituciones que le dan soporte, es un punto de partida necesario para posteriores trabajos

comparativos y de acercamiento con los desarrollos que se vienen dando en sistemas como el alemán, donde solo desde hace pocos años el *compliance* ha merecido la atención de la comunidad científica, apreciándose una progresiva sistematización de los principales aspectos dogmáticos, de parte general y especial –si cabe la expresión-, y procesales del *compliance*⁵⁰. El valor de esta tarea se extiende a ordenamientos como el español, donde se vienen realizando similares esfuerzos de sistematización⁵¹ con el añadido, a diferencia de Alemania, que rige desde 2010 la responsabilidad penal corporativa, ampliada o perfeccionada recientemente con la Ley Orgánica 1/2015 vigente desde 1 de julio y que establece por ejemplo la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa que cuente previamente con un adecuado sistema de cumplimiento, o una reducción de la pena si el *compliance program* es imperfecto o se instauró solo con posterioridad al hecho delictivo, dejando con ello abiertas importantes cuestiones como si dicha exclusión de pena puede fundamentarse dogmáticamente en criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, o si el hecho que se permita una reducción de la pena cuando el programa se instaura *ex post* acaso implica asumir una regla solo explicable a nivel de la punibilidad, desde la teoría de la pena, o conforme a criterios de eficiencia procesal, lo que podría verse reforzado por el dato de que incluso cuando el programa es anterior al evento delictivo, este debe contemplar, para acceder a la exclusión de pena, que los órganos de la empresa han de observar una conducta de permanente cooperación con la justicia y las autoridades en momentos muy posteriores a la comisión del delito, durante el proceso penal, como da cuenta el famoso caso Morgan & Stanley⁵².

7. CONCLUSIONES

En el ámbito del derecho internacional no está definida la existencia de obligaciones jurídicas vinculantes para las empresas con respecto a los derechos humanos, sino más bien obligaciones de índole político que vinculan a las empresas privadas con el respeto y garantía de derechos fundamentales. Estas obligaciones políticas o de buena voluntad

⁵⁰ Vid. por todos Rotsch, Thomas (ed.), *Criminal compliance, Handbuch*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

⁵¹ Vid. especialmente Nieto Martín, Adán, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

⁵² Carrión Zenteno, Andy, *Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*, Thomson Reuters, Lima, 2015, pp. 100-102.

emanan de instrumentos internacionales propios del denominado *soft law*. Por consiguiente, no se ha establecido la competencia de tribunales internacionales para conocer eventuales violaciones de derechos humanos por parte de empresas, por lo cual el análisis de la responsabilidad internacional se circunscribe únicamente a los estados. Frente a ello, los modelos de prevención (*compliance*) constituyen una herramienta valiosa de la cual pueden valerse las empresas para hacer frente a los riesgos que durante el desarrollo de su actividad pudiesen ocasionar graves y directas repercusiones en los derechos humanos. Con ese fin, la instauración y el mantenimiento de los programas de cumplimiento normativo deberán tener en cuenta los elementos concretos de la conflictividad que podría generar su actividad extractiva, para lo cual pueden resultar de valiosa ayuda algunos mecanismos ya conocidos como la consulta previa o los estudios de impacto ambiental.

En un mundo económico sin límites, antes que el riesgo de un “*compliance* sin límites”⁵³, existe el peligro de una criminalidad económica y empresarial también ilimitada o desbordada, que en muchos casos adquiere los matices o se entremezcla con formas de criminalidad organizada y estatal, como ha quedado expuesto por ejemplo en las primeras condenas por los casos Petrobras y Odebrecht en la región latinoamericana, empresas brasileras en las que, como en el caso Siemens, la existencia de medidas de cumplimiento, códigos de conducta y sistemas de denuncias internas que ahora se antojan como de simple fachada o “*saludo a la bandera*”, no impidieron que sus funcionarios se coludan con particulares en las contrataciones y licitaciones, a cambio de millonarias sumas de dinero que durante años fueron maquilladas en las contabilidades como pagos por servicios diversos a empresas *off shore*, y lavadas mediante complejos esquemas de ingeniería financiera. Ello pone sobre la mesa nuevas preguntas, ¿pueden el Estado y sus entidades asumir verdaderos programas de cumplimiento, incluso en derechos humanos?, ¿es conveniente la autorregulación estatal?, ¿debe el *compliance* limitarse a la prevención del riesgo penal empresarial o debe extenderse a la prevención de la criminalidad organizada empresarial? La literatura parece aún por detrás de estas cuestiones prácticas, si el *compliance* implica la instauración de una cultura corporativa de cumplimiento, en

⁵³ Rotsch, ADPE/2015, p. 29.

países que enfrentan altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública, esa realidad conspira contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal, lo que hasta aquí permite formular una pregunta final, ¿cuál es entonces la capacidad de rendimiento del *compliance* en contextos especialmente caóticos, de debilidad institucional, pública y privada?. No parece que la respuesta se pueda esbozar con la ayuda del Derecho penal, la pregunta parece devolvernos al terreno de la criminología del control social, y ello quizás nos permita entender por ejemplo porque una empresa alemana como Siemens no fue capaz de cometer actos de corrupción en Alemania, pero si en Argentina, Bangladesh y Venezuela⁵⁴.

⁵⁴ Carrión Zenteno, Andy, *Criminal Compliance*, nota 325, pp. 95-98.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MONROY, María Paula

- 2013 Empresas y derechos humanos: una responsabilidad en construcción.
En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 4, N° 118.

ARTAZA VARELA, Osvaldo, “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en MIR PUIG, Santiago / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / GÓMEZ MARTÍN, Víctor (directores), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y derecho penal*, Aranzandi, Pamplona, 2011, p. 34).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

BALCARCE, Fabián / BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

BÖHM, María Laura

- 2012 Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina – Dificultades para su imputación y juzgamiento. En: *Boletín Semestral GLIPGö*, 4, pp. 11-24.
- 2016 Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach. En: *Beltz Juvental. Krim. Journal*, 48, Jg, pp. 272-293.

BRADI, JUAN MANUEL,

- 2017 “La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos”, en este volumen.

COCA VILA, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) / MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 51

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2012 Sentencia “caso Sarayaku vs, Ecuador”, 2012, párr. 177.

GALVIS, M.

2011 La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional. Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso, 15, pp. 7-11.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Triant lo Blanch, Valencia, 2014.

LASCURAÍN, Juan Antonio, “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO, Luís / NIETO MARTÍN, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LÓPEZ, C.

2011 Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. En: *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, pp. 7-11.

NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

ROTSCH, Thomas, “Criminal Compliance”, InDret 1/2012.

RUGGIE, JOHN

2011 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, de 21 de marzo de 2011, Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones.

SIEBER, Ulrich, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO ZAPATERO, Luís / NIETO MARTÍN, Adán (directores), *El derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

NORMAS SOBRE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS HUMANOS, DE LA SUB COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

2013 Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Revisión 2011, OECD Publishing.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD)

2012 Proteger, Respetar y Remediar. (en línea). s/f. Consulta 02 de enero de 2017, accesible en:

<file:///C:/Users/LAPTOP0005/Downloads/PNUDAgent-Gu%C3%ADa-Empresas-DDHH-final.pdf>

RICCO, Víctor

2011 Las directrices de la OCDE para Las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión? Aportes DPLF, N° 15, Año 4, setiembre, 2011.

SLACK, Keith.

2011 Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina. Aportes DPLF, N° 15, Año 4, setiembre, 2011.