

# Compliance programs: una visión panorámica

Adán Nieto Martín



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

---

**Resumo:** Realiza-se uma exposição panóptica do compliance, apresentando suas origens e seu atual desenvolvimento na generalidade dos países. Discorre-se sobre o conteúdo e os pilares dos programas de compliance, os diversos ramos do Direito que impõem obrigações de conformidade às organizações empresariais, bem como os seus elementos gerais e transversais (preventivos, reativos e organizativos). Ademais, são analisadas as relações entre o compliance e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas e a responsabilidade penal de dirigentes, bem assim as transformações que as estratégias de conformidade estão trazendo para as administrações públicas (*public compliance*). Ao final, discorre-se sobre o porvir do compliance e a evolução que dele se espera em diversas questões, em especial a confluência entre o cumprimento normativo e a responsabilidade social corporativa.

**Palavras-chave:** Direito penal empresarial; gestão de riscos; metodologia do compliance; responsabilidade corporativa.

---

## 1. Concepto y orígenes.

Los programas de cumplimiento son herramientas de gestión válidas en cualquier tipo de organización, pública o privada, desde empresas, fundaciones, partidos políticos a administraciones públicas o compañías religiosas. Su función es que directivos, empleados e incluso terceros que se relacionan con la organización, como proveedores o socios de negocio, respeten las normas legales que regulan su actividad o los compromisos éticos o autorregulatorios que ésta haya asumido. Así, por ejemplo, en el caso más obvio, una empresa de construcción puede implantar un programa de cumplimiento para evitar la corrupción y un colegio religioso podría hacerlo para evitar abusos sexuales.

La función del cumplimiento normativo se basa en la capacidad de autorregulación que toda organización tiene. En el caso de las empresas, organizaciones donde más arraigo tiene la implantación de programas de cumplimiento, lo que caracteriza a la función de cumplimiento



normativo frente a otras tradicionales como asesoría jurídica, es que se dota de normas propias, de controles, de mecanismos de investigación de las violaciones e incluso de sanciones para asegurar el cumplimiento con la legalidad.

En la cultura empresarial y jurídica de muchos países el cumplimiento normativo viene asociado a la responsabilidad penal *ex crimen* de las personas jurídicas. Sin embargo, son fenómenos diversos. Para entender correctamente el desarrollo de los programas de cumplimiento deben distinguirse dos fases. La primera es aquella en la que aparecen las funciones de cumplimiento. En diversos sectores de la organización empresarial las empresas, por diversas razones, fueron adoptando controles internos y otras medidas de autorregulación y nombrando responsables sectoriales. Los sectores donde aparecen funciones de cumplimiento son muy variados: medio ambiente, protección de los trabajadores, blanqueo de capitales, protección de datos, mercado de valores, planes de igualdad etc. Estos controles internos y medidas de autorregulación están ligados a diferentes formas de intervención administrativa, que generalmente no guardan ninguna relación con el derecho penal. También desde las últimas décadas del siglo XX la responsabilidad corporativa y la ética de empresa comienzan a extenderse e implantarse en muchas organizaciones. Se trata en este caso de una autorregulación voluntaria, pero que también genera sus propios responsables, como los comités o los oficiales de ética.

Los programas de cumplimiento aparecen en una segunda fase, en la que se sistematizan y coordinan todas estas funciones de cumplimiento que estaban desperdigadas en el interior de la organización. En este momento aparecen también los oficiales y, en las empresas más grandes, los departamentos de cumplimiento, cuya función es coordinar y supervisar la correcta ejecución de estas diversas funciones.

En la mayoría de los países, la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido el factor que ha desencadenado el tránsito de las funciones del cumplimiento a los programas. A partir de los años noventa del pasado siglo, pero sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, las normas que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas describen los elementos comunes o transversales a las diversas funciones de cumplimiento. El Capítulo 8 de las *Guidelines for sentencing organizations* fue paradigmático, pero también lo fue en la UE el art. 6 del Dec.-leg. 231 Italiano o la *Bribery Act*. Todas estas normas han tenido una influencia considerable en la UE y Latinoamérica.

Estas prescripciones, aunque centradas en la prevención de delitos, evidenciaron los elementos básicos y comunes a las diversas funciones de cumplimiento por lo que sirvieron para conectar y coordinar distintas islas del archipiélago preventivo. La descripción que hacen las normas penales, o los estándares y guías ligados a la responsabilidad penal de las empresas, no innovan demasiado. Sin embargo, tienen la virtud de sistematizar elementos comunes que de alguna manera estaban ya “en el aire”. La agrupación de las distintas funciones de cumplimiento en un departamento creado *ad hoc* y con un responsable al frente, el oficial de cumplimiento o el *chief compliance officer*, les ha dado mayor peso y visibilidad dentro de las empresas, sobre todo cuando este se sitúa entre los puestos de alta dirección o al menos en estrecha conexión con ellos.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha servido también para extender el cumplimiento normativo a nuevas áreas y actividades. A medida que crecen los delitos por los que las personas jurídicas pueden ser hechos responsables, la necesidad de cumplimiento normativo se hace omnipresente en todas las actividades de la empresa y deja de esta focalizada en sectores en los que existían obligaciones administrativas previas. Además, el cumplimiento penal, en muchos ámbitos, no es sino el colofón lógico del cumplimiento en materias como la prevención de riesgos laborales o el medio ambiente.

En lo que sigue se expondré con algo más de detalle esta evolución, que podría describirse como el paso de las funciones al programa.

La aparición de las funciones de cumplimiento está estrechamente ligada a la aparición en los Estados Unidos de las agencias administrativas, durante la época del *Progressivism*, el *New Deal* y posteriormente a partir de la IIGM durante el desarrollo del *Administrative State*. Ya en los años treinta la recién creada SEC impuso a las empresas cotizadas y a los intermediarios financieros el establecimiento de controles internos, con el fin de evitar conductas como el *insider trading*. En esta primera fase las funciones de cumplimiento responden a la capacidad de supervisión de las agencias estatales, que podían, por ejemplo, denegar la licencia para ejercer como intermediario financiero si no existían controles adecuados o imponer sanciones administrativas o *civil penalties*. En este escenario, los contenidos del cumplimiento normativo se fijan con frecuencia por las agencias supervisoras a través de guías o recomendaciones, pero también a través de normas de obligado cumplimiento. En la UE este factor ha tenido un peso diferente. Las agencias independientes tienen una configuración y poder distintos, al menos en términos cuantitativos que a las americanas. No

obstante, y pese a ello, en sectores como el mercado de valores, la normativa antitrust o la protección de datos, se han ido impulsando la implantación de controles modelo, como parte del ejercicio de los poderes de supervisión.

El derecho de la contratación pública utilizó también el cumplimiento normativo, como herramienta para la prevención de los fraudes en la contratación. En la pequeña historia del cumplimiento normativo es particularmente relevante la aparición de la *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct*. Se trata de una iniciativa empresarial originada por los fraudes de la industria armamentística en sus contratos con el Departamento de Defensa en los años finales de la guerra fría. El Ministerio de Defensa empezó a exigir que las empresas que participaban en licitaciones públicas contaran con programas de cumplimiento. En el sector sanitario pronto se adoptó también una estrategia similar para prevenir el fraude. El sistema de *debarment* o listas negras del Banco Mundial responde, en materia de contratación pública, a una idea similar. Las empresas que realizan algún tipo de fraude en contratos financiados con los fondos del banco incluyen en una prohibición temporal o definitiva de volver a contratar, que en el caso de prohibición temporal puede ser levantada si la empresa implanta un problema de cumplimiento y mejora su cultura de control. En la normativa europea de contratación pública los programas de cumplimiento juegan también un papel relevante con el fin de permitir a las empresas cuyos directivos han sido sancionados por delitos relacionados con la corrupción volver a participar en licitaciones públicas.

La legislación sobre blanqueo de capitales fue un detonante importante en la conformación de las funciones de cumplimiento. En Estados Unidos la Ley de Secretos Bancarios enumeraba ya las obligaciones de autorregulación de las empresas de manera muy parecida a lo que representa hoy el estándar común de los programas de cumplimiento. Las primeras reglas sobre las medidas de control de blanqueo de capitales fueron adoptadas a mediados de los 80 por el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea. A partir de 1989, el GAFI (FATF) empieza a emitir sus recomendaciones que después se han ido trasladando a la legislación nacional y europea en esta materia.

En materia de protección de datos o de prevención de riesgos laborales encontramos una forma similar de establecer el cumplimiento normativo. Las normas administrativas en estos sectores establecen con bastante grado de detalle en ocasiones, los controles que las organizaciones y empresas deben disponer.

Esta forma de intervención administrativa es la denominada autorregulación regulada y es también utilizada en otros sectores como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el mercado de valores o el medio ambiente. Los objetivos que persigue la regulación pública se consiguen utilizando la capacidad de autorregulación de las organizaciones. Las normas administrativas contienen metanormas, que describen las líneas generales de las normas que las empresas han de adoptar y es frecuente también que contengan sanciones administrativas, para las organizaciones que no las implementan o lo hacen de manera defectuosa.

Una forma singular y moderna de impulsar la implantación de programas de cumplimiento por parte de agencias o órganos administrativos es el denominado cumplimiento cooperativo. Se trata de una técnica de *enforcement* que altera la relación tradicional que existe entre las empresas y las agencias administrativas o los cuerpos de inspección. En vez de fundamentar la inspección en una estrategia policial, tendente a descubrir irregularidades y sancionar, el cumplimiento cooperativo trata de establecer un clima de confianza entre los supervisores y los sujetos obligados con el fin de que se comuniquen con lealtad los problemas que pueden tener para cumplir con una determinada regulación o las dudas que le surgen al interpretarla. Los programas de cumplimiento normativo dentro de esta nueva estrategia constituyen una herramienta para crear ese clima de confianza, de buena relación, entre la agencia administrativa y las empresas que supervisan. En Estados Unidos esta forma de supervisión fue acogida por la agencia competente en materia de medio ambiente, la famosa EPA. La OCDE recientemente dentro de su política contra el fraude fiscal realizado por las grandes corporaciones está impulsando también una estrategia similar, que ya encuentra reflejo positivo en algunos ordenamientos. El *Tax Compliance* que se ha desarrollado con fuerza en los últimos años es una manifestación más del cumplimiento cooperativo.

Como puede apreciarse tras esta breve historia, las funciones de cumplimiento e incluso los programas de cumplimiento estaban ya presentes en muchas empresas antes de que se vincularan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello tuvo lugar por primera vez, como ya adelanté, con la aprobación en 1992 de las *Guidelines for Sentencing Organizations*, un texto cuya naturaleza jurídica es discutida, pero que consideraba que contar con un programa de cumplimiento eficaz podía implicar una importante rebaja en la pena. El Capítulo 8 de las Directrices se inspiró fundamentalmente en el modelo propuesto por la *Defense Industry Initiative* que estaba ya extendido en muchas empresas norteamericanas. Una parte importante

de la doctrina considera que las *Guidelines* fueron todo un triunfo del lobby empresarial. De hecho, algunos años antes la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 no consideró oportuno dar relevancia a las medidas de cumplimiento a la hora de establecer o calibrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La implantación de los controles internos que requiere la FCPA no conlleva ningún tipo de atenuación, sino que, al contrario, su no implantación da lugar a una sanción independiente.

La aparición de las Directrices marcó un punto de inflexión en la reflexión acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos autores comenzaron a mantener que su responsabilidad derivaba de un hecho propio, de una culpabilidad propia, que se traducía en un defecto de organización o en una mala cultura corporativa. *El D. leg. 231 de 2001* en Italia y después la *Bribery Act* en el Reino Unido se hicieron eco de esta idea. A partir de la primera década del siglo XXI la mayoría de los países que introducen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consideran de algún modo que el epicentro de su responsabilidad consiste en la no implantación o implantación incorrecta de programas de cumplimiento. Este hecho es el que, como explicaba anteriormente, ha llevado a identificar cumplimiento normativo y responsabilidad penal de personas jurídicas como fenómenos paralelos. Hemos comprobado que no es así.

## 2. Metodología.

Pese a la importancia que hoy tienen los programas de cumplimiento no existe una “ciencia” que determine cómo diseñarlos e implantarlos. Qué funciona y no funciona depende de la práctica, del ensayo y del error. Lo único que sabemos a ciencia cierta es que su confección es multidisciplinar.

En primer término, su elaboración conecta con la ética de empresa. La mayor parte de los programas de cumplimiento parten de que generar una cultura ética o de la legalidad dentro de la organización es la base para la prevención de comportamientos desviados. Sobre esta base deben implementarse los procedimientos y controles elaborados por los departamentos de auditoría, control interno, prevención de riesgos laborales, blanqueo etc.. Aunque existe una conocida dicotomía que distingue entre programas de cumplimiento orientados a la ética y orientados al control, lo que está claro es que ambos elementos – cultura de la legalidad + procedimientos y controles – son necesarios. El modelo COSO de control interno, que es hoy

el paradigma dominante, establece en este sentido que el ambiente ético es en realidad un control interno más, necesario para que el resto de controles sean totalmente eficientes.

Ciencias del comportamiento, como la psicología social o la pedagogía pueden ser de una gran utilidad a la hora de diseñar programas de formación que consigan aumentar el razonamiento moral, elegir adecuadamente el personal que debe actuar en un entorno peligroso o, más en general, entender los factores que llevan al comportamiento desviado. Es lo que hoy se conoce como *behavioural compliance* y que en realidad aproxima la elaboración de programas de cumplimiento al ámbito de las ciencias sobre las que se ha construido la criminología. Esta nueva orientación integra también herramientas como la estadística o la inteligencia artificial, con el fin de crear herramientas predictivas, lo que conecta los programas de cumplimiento con lo que hoy se denomina política criminal actuarial o gerencialismo.

Además de ética empresarial, control interno y ciencias del comportamiento, en determinados sectores los programas de cumplimiento se valen de otras técnicas que provienen por ejemplo de las Ciencias políticas, como especialmente las acciones colectivas. Ocurre por ejemplo para prevenir la corrupción en entornos donde está ampliamente extendida, y ninguna empresa por sí sola puede tener éxito en esta tarea. Pero también son de gran importancia en las materias relacionadas con lo que se denominad “moderna esclavitud” o la erradicación trabajo infantil. Así por ejemplo hay interesantes acciones colectivas en el sector de las empresas textiles o del sector de la alimentación. En ellas se establecen medidas de cumplimiento comunes y en ocasiones también se generan órganos comunes de supervisión, con el fin de asegurar que los compromisos sean efectivamente cumplidos.

### 3. Marco jurídico.

Los programas de cumplimiento no sólo son metodológicamente pluridisciplinarios, sino que también lo es su marco normativo. Son varias las áreas del ordenamiento jurídico que regulan qué es lo que se puede hacer, pero también qué límites existen.

El Derecho del trabajo juega un importante papel a la hora de diseñar aquellas disposiciones de los programas de cumplimiento que se dirigen a los empleados. Los controles sobre los empleados se fundamentan en el poder de supervisión que la normativa laboral concede al empresario. Las sanciones disciplinarias que se imponen en caso de incumplimiento del Código ético o de otras obligaciones que se derivan de los programas de cumplimiento y sus controles encuentran también su marco de referencia normativo en el Derecho del trabajo.

Más también el derecho del trabajo establece límites, por ejemplo, a la hora de utilizar programas de predicción de comportamientos o técnicas como el *profiling*, establecer deberes de denuncia generalizados, reglas de comportamiento presentes en los códigos éticos ajenas a la relación laboral o garantías en la imposición de sanciones disciplinarias. Muchos de estos límites se fundamentan en última instancia en la protección de Derechos constitucionales, como la intimidad y la protección de datos, y más concretamente de la modulación que estos derechos constitucionales experimentan en las relaciones laborales. El derecho del trabajo es también esencial a la hora de regular las investigaciones internas, como posteriormente se indicará.

Del Derecho de sociedades deriva la obligación del consejo de administración de impulsar y supervisar la implantación de programas de cumplimiento. Para el Derecho de sociedades el cumplimiento normativo forma parte de la gestión de riesgos. En las sociedades cotizadas la gestión de riesgos es, en la mayoría de los países, competencia del consejo de administración, quien además no puede delegar esta responsabilidad. En el resto de formas societarias la gestión de riesgos forma parte del deber de diligencia de los administradores. La implantación del programa de cumplimiento supone la forma en que los administradores cumplen con este deber. Por esta razón no implementar y supervisar el programa de cumplimiento da lugar a que se interpongan acciones de responsabilidad social contra administradores. El importante papel que auditoría interna desempeña en la evaluación de los programas de cumplimiento deriva precisamente de la conexión entre el cumplimiento normativo y la gestión de riesgos legales.

El gobierno corporativo, también parte esencial del Derecho de sociedades, sirve para determinar las funciones y responsabilidades de los órganos y encargados de cumplimiento. La función del órgano de administración es, como hemos indicado, impulsar la aprobación del programa y, posteriormente, aprobar sus elementos esenciales. Más a partir de este momento, lo normal es que delegue. La implementación de controles y su ejecución se delega en diversos responsables, los denominados dueños del control, repartidos por toda la organización. Los responsables de los controles en materia de protección de la salud de los trabajadores son diferentes obviamente de los controles medioambientales o los relativos a la corrupción.

La teoría de la delegación de poderes, cuyos contenidos son comunes a muchos países, establece que cuando se delega una función (en nuestro caso, la implementación de un control), surge en el delegante una obligación nueva, la supervisión de su correcto funcionamiento. Como resulta imposible que el órgano de administración ejerza de propia mano esta supervisión

la delega a su vez en un delegado u oficial de cumplimiento. La función principal de esta nueva función es por tanto vigilar que los diversos controles creados por el órgano de administración funcionan correctamente, pero también normalmente al lado de este cometido realiza funciones de coordinación entre los diversos dueños y responsables de los controles e impulsa la mejora del programa.

El ejercicio de estas funciones exige, además de conocimientos técnicos, ocupar un puesto elevado en la jerarquía de la entidad. No resulta sencillo, ni creíble, que quien está situado en un nivel medio/bajo dentro de la organización, pueda supervisar la actuación de sus superiores. Por eso es necesario que en cualquier caso tenga comunicación directa con el órgano de administración o alguno de sus miembros.

En las empresas que cuentan con un departamento de control interno, éste departamento también se encarga de revisar la idoneidad de los controles y su efectiva vigencia. Los departamentos de control interno en las empresas cotizadas dependen de la comisión de auditoría, que se encarga por tanto también de ejercer una supervisión de segundo nivel. Por esta razón algunas comisiones de auditoría se han comenzado a denominar, comisión de auditoría y cumplimiento. La característica principal de esta segunda línea de supervisión es que se realiza desde una posición de cierta independencia dentro de la organización. Las comisiones de auditoría se componen mayoritariamente de consejeros independientes y no dominicales. Se trata por tanto de un control adicional al que se realiza a través del oficial de cumplimiento.

En determinados sectores los programas de cumplimiento tienen una regulación más detallada que, tal como ya se ha indicado, se encuentra en el derecho de protección de datos, de prevención del blanqueo de capitales, de riesgos laborales, el derecho del medio ambiente etc.. Las normas jurídicas en estos casos contienen una meta-regulación en la que se establecen los objetivos y los elementos generales que después cada organización debe desarrollar y concretar a partir de un análisis de riesgos previo y, posteriormente, a partir de revisiones periódicas del sistema. En estas normas administrativas se incorporan también elementos importantes de todo programa de cumplimiento como los flujos de información, la asignación de responsabilidades etc..

Especialmente interesante es el modo en que en ocasiones estas normas diseñan a los responsables del cumplimiento en estos sectores específicos. Ha aparecido en ellas una nueva tipología de responsable de cumplimiento que ocupa una posición institucional dentro de la

organización que lo aproxima más a un representante de intereses públicos que a un delegado de cumplimiento, que ejerce su función a las órdenes del órgano de dirección. En efecto, en blanqueo de capitales, protección de datos o, en algunos países como Alemania, dentro de la legislación del mercado de valores, este responsable de cumplimiento específico tiene la obligación de reportar o denunciar las irregularidades directamente ante la autoridad pública, sin tener que pedir autorización o comunicarlo al órgano de administración.

La regulación de los programas de cumplimiento no solo se realiza por normas jurídicas. También tienen una gran importancia las normas de estandarización que se están elaborando en esta materia. Existen ya normas ISO relativas a los aspectos generales de los programas de cumplimiento (ISO 1600), pero también a aspectos singulares como la prevención de la corrupción (ISO 37001) o el *Tax Compliance* (UNE 19602). Incluso en existe normas de estandarización sobre aspectos singulares de los programas de cumplimiento como es la elaboración de canales de alertas (ISO 37002). Las normas de estandarización están también presentes en algunos sectores de la autorregulación regulada como en medio ambiente (ISO 14001) o la protección de la seguridad en el trabajo (ISO 45001).

Estas normas de estandarización mejoran la autorregulación interna, en cuanto que miden la eficacia del sistema de gestión. Las normas de estandarización no determinan normalmente el contenido de los controles con que deben contar las empresas. Su cometido principal es establecer las competencias de los miembros de la organización, objetivos que deben cumplirse, tareas a realizar, flujos de información etc. La obtención de un certificado incrementa las oportunidades de negocio de la empresa. En determinados sectores pueden ser un factor importante para que la empresa sea elegida como proveedor. Es lo que ocurre por ejemplo en el marco de la prevención de la corrupción, donde contar con la certificación es relevante para enfrentar los procedimientos de diligencia debida, que las empresas realizan para contratar determinados proveedores. Igualmente, y en líneas más generales, contribuye a su *Good Will*.

Las normas de estandarización en materia de cumplimiento normativo no son un conjunto aislado, sino que tienen puntos de intersección con el ordenamiento jurídico. En lo que atañe a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el debate se ha centrado además en su papel como medio de prueba de la eficacia de los programas. La ley chilena de responsabilidad penal de personas jurídicas regula expresamente la certificación de los programas de cumplimiento, aunque no se pronuncia sobre este aspecto. Para parte de la

doctrina, la certificación puede constituir una suerte de prueba pericial anticipada sobre la idoneidad de un sistema de gestión.

#### 4. Contenidos.

Los contenidos de un programa de cumplimiento pueden dividirse en contenidos transversales o generales y contenidos singulares o especiales. Estos últimos atienden a los específicos riesgos que tenga una empresa y suelen expresarse a través de políticas de empresa, como la política anticorrupción, de protección de datos, *tax compliance*, de medio ambiente, protección de la salud de los trabajadores, blanqueo de capitales etc.. Es muy poco frecuente que exista una obligación legal de contar con los elementos generales, mientras que por el contrario sí que existe obligación legal de implantar políticas especiales, lo que conecta con el fenómeno de la autorregulación regulada al que antes se hacía referencia.

En empresas bien organizadas, tal como se indicó anteriormente, los elementos especiales se coordinan a través del programa de cumplimiento, donde se establecen además los elementos transversales de manera común (por ejemplo, la regulación del canal de denuncias, las investigaciones internas, las directrices básicas a la hora de asignar responsabilidades etc..). Esto no impide que existan empresas donde algunos sectores especiales se establezcan de manera separada, por ejemplo, en protección de datos, blanqueo o abuso de mercado. Existen empresas, donde por el contrario se ha creado un programa de cumplimiento específicamente penal desconectado del resto de elementos preventivos.

Los elementos generales o transversales de los programas de cumplimiento pueden dividirse en elementos preventivos, reactivos y organizativos.

El primero de los elementos preventivos es el análisis de riesgos. Consiste básicamente en (1) atender a las distintas actividades que realiza la empresa, (2) analizar en relación a cada una de ellas cómo pueden aparecer diversos hechos ilícitos, (3) estudiar los controles existentes y comprobar su eficacia, (4) determinar la probabilidad de aparición de cada riesgo, con el fin de priorizar las áreas que de manera más urgente necesitan una mejora de los sistemas de control. El análisis de riesgos aporta racionalidad y ahorro de costes. Los controles que se establezcan en la organización deben ser proporcionados al nivel de riesgos. Ello evita que el cumplimiento normativo sea percibido como pura burocracia sin sentido que entorpece la actividad de la empresa.

El código de conducta o ético es la otra parte esencial del cumplimiento normativo. Si el análisis de riesgos es el cerebro, el código de conducta es el corazón. Existe acuerdo generalizado en que los programas de cumplimiento deben partir de la promoción de valores éticos. A mayor introyección de valores éticos, menos procedimientos y controles burocráticos serán necesarios. La existencia de un código ético es parte esencial para conseguir esta tarea y debe servir para orientar a los empleados acerca de como actuar en situaciones en las que les pueda surgir un dilema ético. Pero también el código ético es la base del conjunto de normas de cumplimiento que después se irán fijando de manera más detallada en las políticas de cumplimiento sectoriales. Se dice a menudo que el código ético es la constitución y las políticas sectoriales las leyes que lo desarrollan.

Los códigos tienen un papel esencial en muchos países para la aplicación de las sanciones disciplinarias ligadas al sistema de cumplimiento. Las normas de conducta que establece el código ético deben considerarse órdenes de trabajo que el empleador da sus trabajadores o compromisos con relevancia jurídica que asumen los directivos. Por esta razón, su infracción puede dar lugar a sanciones disciplinarias – despidos - o la revocación del cargo.

Los códigos de conduta establecen como acabamos de ver normas vinculantes en la relación laboral o directiva, pero para que el programa de cumplimiento funcione también es necesario la implantación de controles internos. La naturaleza de los controles depende del riesgo que se quiera prevenir. Unos pueden tener carácter financiero, otros establecerse en el momento de la selección del personal, otros como ocurre en materia medioambiental o de prevención de riesgos laborales son esencialmente técnicos etc.. Muchos controles deben insertarse en los procedimientos de gestión ordinarios que cada empresa, por pequeña que sea suele tener, como la selección de proveedores, la realización de pagos, el control horario etc.. A esto nos referimos cuando señalamos que el cumplimiento normativo debe tener un carácter transversal en la actividad de la empresa.

La formación resulta en cierto modo una forma de control más, es una *conditio sine qua non* para que los controles funcionen. En el modelo ético de cumplimiento normativo resulta esencial para el desarrollo moral de los empleados. Pero también es necesaria para instruir acerca de los riesgos de la empresa y el funcionamiento de los diversos controles existentes. Sin formación los controles no son efectivos.

Al lado de los elementos preventivos, los programas de cumplimiento contienen también elementos reactivos, cuya función es el descubrimiento y la sanción de las

irregularidades e infracciones al programa de cumplimiento. El primero de estos elementos es el canal de alertas. La mayoría de los países no cuentan con normas legales que regulen la figura del alertador y establezcan las medidas de protección y derechos de los que goza. Por esta razón, los programas de cumplimiento a partir de la autorregulación empresarial son los que han acabado estableciendo los sistemas de protección del alertador, con base en el derecho del trabajo, el derecho de protección de datos personales etc. En la UE la Directiva 2019 supone un cambio importante de modelo de regulación, al establecer unos requisitos mínimos de garantías para los alertadores.

Las investigaciones internas representan otro componente imprescindible de la parte reactiva de los programas de cumplimiento. También aquí existe un vacío legal acerca de los requisitos o garantías mínimas de una investigación interna, por ello se realizan a partir de protocolos internos basados en la autorregulación.

Para entender el marco jurídico de las investigaciones internas es imprescindible atender a cuál es el objeto principal de la investigación. Una investigación cuya finalidad sea imponer una sanción disciplinaria tiene un marco jurídico, basado en el derecho del trabajo, diferente a la investigación interna cuya finalidad es poner de manifiesto los defectos y lagunas que puedan existir en el programa de cumplimiento.

Las más complejas de todas son, como antes ya se apuntaba, aquellas que tienen como finalidad colaborar con el proceso penal, aportando pruebas que van a servir para la condena de los responsables individuales del delito. Este tipo de investigaciones, que en algunos países van vinculadas a la práctica de acuerdos procesales (*Deferred Prosecutions Agreements*), pueden suponer un serio peligro para las garantías del proceso penal. El derecho procesal penal tiene un conjunto de garantías, basadas en derechos fundamentales, que establecen las reglas que el estado debe seguir cuando investiga comportamientos delictivos de los ciudadanos. En las investigaciones internas colaborativas estas reglas se sustituyen por otras totalmente distintas: las que regulan la redacción empresario y empleado. Por esta razón, la realización de las investigaciones internas, cuyo objetivo sea aportar pruebas al proceso penal, debe respetar garantías similares a las del proceso justo. En algunos países como Alemania o Francia las asociaciones de abogados han publicado directrices para su realización.

## 5. Cumplimiento normativo y responsabilidad penal de personas jurídicas.

El breve repaso acerca del origen de los programas de cumplimiento que se realizaba anteriormente muestra como estos son independientes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La idea, por tanto, de que existe un *criminal compliance* lanzada por un sector de la doctrina y que han asumido algunas empresas no resulta correcta. La prevención de ilícitos penales no puede desligarse en modo alguno de la prevención de otros ilícitos administrativos, de la responsabilidad civil o más en general incluso de las obligaciones que ha asumido la empresa a través de su código ético o de conducta o sumándose a una acción colectiva.

La relación de los programas de cumplimiento con la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede adoptar varias formas, situadas unas en el derecho procesal, otras en el derecho material y otras en el marco de la determinación y ejecución de la pena.

En el marco procesal los programas de cumplimiento pueden ser un factor importante que se tenga en cuenta allí donde rige el principio de oportunidad. Poseer un programa de cumplimiento que se considere eficaz puede ser tenido en cuenta por los fiscales para formular una acusación contra la persona jurídica. Igualmente, los programas de cumplimiento desempeñan un papel importante en los acuerdos de suspensión del procedimiento que, a partir del modelo de los Estados Unidos, cada vez se extienden por más países. En el sistema de *debarment* del Banco Mundial existe un sistema de *probation* de características similares. La implantación o la mejora del programa de cumplimiento suele ser un requisito frecuente de estos acuerdos. Es también habitual que el fiscal, como fruto de estos acuerdos se confiera la capacidad de supervisar su implantación, a través del nombramiento de un interventor.

En el ámbito del derecho penal material son cada vez más los países que consideran el programa de cumplimiento y su eficacia como el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta opinión está también muy extendida entre la doctrina, tanto en Europa, como en Latinoamérica. No es sencillo ordenar, el sin fin de opiniones y matices diferentes que existen entre las diversas legislaciones y, mucho más complejo aún, entre los diversos autores. Una clasificación sencilla podría hacerse atendiendo a dos parámetros.

El primero de ellos es la relación que debe existir entre el hecho cometido por la persona física (delito de conexión) y el programa de cumplimiento. De acuerdo con algunos modelos teóricos y legislativos entre el delito conexión y el programa de cumplimiento debe existir una

relación muy estrecha. El programa de cumplimiento sólo evita la responsabilidad de la empresa en cuanto que haya servido para evitar o dificultar considerablemente la comisión del delito de conexión que en concreto se ha cometido. De este modo, sería indiferente para la exculpación de la persona jurídica, el que el canal de alertas de la empresa funcione de manera correcta, la implicación de sus directivos en la implementación del programa, las horas de formación impartidas etc.

Para otros modelos, teóricos y legislativos, el delito cometido por la persona física tiene como función únicamente dar paso al examen del modelo de cumplimiento, con el fin de analizar su idoneidad en relación a delitos de una naturaleza similar al que se ha cometido. Lo importante es que los controles sean razonables, es decir, proporcionales a la luz de un análisis de valoración del riesgo, donde intervienen criterios de costes y beneficios.

En España e Italia, por ejemplo, en relación al delito cometido por miembros de los órganos de administración o alta dirección, se requiere un mayor examen del funcionamiento de los controles en el caso concreto. Es necesario mostrar como el autor individual elude la aplicación de un control específicamente diseñado para impedir su delito. Por el contrario, cuando el delito es cometido por un subordinado, la eficacia del modelo de cumplimiento se mide de manera más global. Lo importante es que los controles que se han diseñado e implementado por la empresa sean considerados suficientes o eficaces.

Las relaciones entre el programa de cumplimiento o, su reverso, el fallo de organización de la empresa, y el comportamiento del autor es también peculiar en el caso de delitos imprudentes. En este ámbito se admite en algunos ordenamientos que la persona jurídica pueda ser castigada con independencia de si existe un comportamiento negligente de una persona física con la suficiente gravedad para ser castigado penalmente. Esta variante es especialmente importante en relación a los accidentes laborales. El *Homicide Manslaughter Act* del Reino Unido ejemplifica esta variante. Lo importante es demostrar que el suceso guarda relación con el “*strategic management of organizational activities*” e igual ocurre en la regulación de los delitos imprudentes en el CP Australiano (*Division 12.4, Criminal Corporate Liability. Negligence*).

Los programas de cumplimiento tienen también relevancia en muchos países en la determinación de la pena. El ejemplo más conocido es el del *Guidelines for sentencing organizations*. En USA el sistema de imputación continúa siendo el sistema vicarial y la eficacia del programa de cumplimiento puede dar lugar a una atenuación muy significativa de la

sanción, dentro de un sistema muy complejo de determinación de la pena. En algunos países, cuando la empresa tiene un programa de cumplimiento antes de la comisión del delito, pero este no se considera totalmente eficaz, puede dar lugar a una rebaja de la pena. También la implantación de un programa de cumplimiento con posterioridad a la infracción es relevante en otros ordenamientos para la atenuación de la pena.

Los programas de cumplimiento pueden tener gran importancia no sólo en la determinación de la pena de multa, sino también en la elección de la sanción. Determinadas sanciones (interdicción, supervisión...) sólo pueden ser impuestas si se constata la peligrosidad de la persona jurídica. Debe demostrarse que es probable que en el futuro la organización pueda cometer hechos delictivos similares al realizado. La existencia de un programa de cumplimiento, aunque la empresa lo haya implantado tras la comisión del hecho delictivo, impedirá normalmente que puedan imponerse este tipo de penas que se basan más en la peligrosidad de la organización, que en el hecho cometido.

Finalmente, la implantación de un programa de cumplimiento puede consistir en una sanción que se impone como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. La pena de imposición de un programa de cumplimiento se prevé en el CP francés y se impone a las personas jurídicas responsables penales de delitos de corrupción. En Francia la responsabilidad de la persona jurídica sigue basándose en un sistema vicarial y no se tiene en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento.

Los programas de cumplimiento en el marco de la responsabilidad *ex crime* de la persona jurídica plantean fricciones con principio de determinación de la ley penal, que exige una descripción lo más precisa posible del comportamiento prohibido. Esto ocurre en aquellos sistemas en los que la *organizational failure* es el elemento clave a la hora de determinar la responsabilidad. La eficacia del programa de cumplimiento en estos modelos de imputación es el núcleo del injusto realizado por el ente, por lo que aquí las exigencias de taxatividad deben ser máximas. Por el contrario, estas exigencias son menores cuando el programa de cumplimiento es parte del sistema de *probation* o simplemente un factor a tener en cuenta en la determinación de la pena.

Son varios los caminos que se han seguido para solucionar este primer problema. El legislador ha intentado compensar la falta de seguridad jurídica describiendo los elementos esenciales de los programas de cumplimiento. Incluso en algunos países, como Perú, se han aprobado reglamentos detallados regulando de manera pormenorizada sus diversos requisitos.

En el caso del Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado directrices que sirven para orientar a las empresas. Estas y otras soluciones pueden servir para acomodar la responsabilidad de las personas jurídicas al principio de determinación.

Un segundo problema que también afecta a los sistemas de responsabilidad basados en la *organizational failure* es determinar la carga de la prueba relativa a su eficacia. En países como Italia esta cuestión está ligada a la naturaleza de la sanción. El hecho de que las sanciones contra las personas jurídicas tengan naturaleza administrativa ha permitido invertir la carga de la prueba. Cuando la persona física que cometió el delito fue un administrador o alto directivo (*appicale*), la carga de la prueba recae sobre la persona jurídica. En otros países, la carga de la prueba está relacionada con la función que tenga el programa de cumplimiento dentro de la estructura de la responsabilidad penal. De este modo, si el defecto de autoorganización se entiende como el delito propio cometido por la organización la carga de la prueba recae sobre la acusación, que debe demostrar la inexistencia o ineficacia del modelo de cumplimiento más allá de toda duda razonable.

En aquellos ordenamientos en los que la existencia de un programa de cumplimiento opera en la determinación de la pena, el estándar de prueba es el de la *preponderance of evidence* y además la carga de la prueba recae sobre el acusado. También esta es la tendencia, cuando el programa de cumplimiento se califica como *defense*, como ocurre en el art. 7 de la *Bribery Act* del Reino Unido.

## 6. Cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas físicas.

Los programas de cumplimiento afectan también a la responsabilidad penal de las personas físicas. En primer término, nada impediría crear una infracción de *organizational failure* cuyos autores fueran las personas responsables en cada organización de implementar programas de cumplimiento. Si se opta por la responsabilidad de la persona jurídica es porque se considera más efectivo situar la sanción en la organización, que en sus responsables individuales.

Las normas de autorregulación en sectores determinados conforman igualmente estándares de diligencia debida en delitos imprudentes. Es lo que ocurre con los planes de prevención de riesgos laborales. En materia de homicidios o lesiones imprudentes de los

trabajadores, el empresario puede ser hecho responsable de contar con un plan de prevención adecuado, mal implementado o por no haber proporcionado una información adecuada

El ámbito más controvertido es la responsabilidad en comisión por omisión de los oficiales de cumplimiento por no impedir los hechos delictivos contemplados en el programa de cumplimiento. La discusión en este punto depende en primer lugar de las funciones del oficial de cumplimiento y del tipo de conducta que realiza. Su responsabilidad no plantea problemas especiales cuando su aportación al delito consiste en un comportamiento activo doloso. Por ejemplo, da una información falsa o incompleta a los administradores, sobre la eficacia del programa, con el fin de facilitar la tarea de quien está defraudando a la entidad.

En el caso de que se trate de una ejecución negligente de su tarea o realice un comportamiento omisivo, debe atenderse exactamente a las funciones que el oficial de cumplimiento desempeña en la empresa. La discusión principal acerca de su responsabilidad se ha producido en aquellos casos en los que el *compliance officer* tolera la realización de hechos delictivos, siendo consciente de que los controles diseñados para impedirlos no funcionan por las causas que sean. Como antes señalábamos el oficial de cumplimiento no es el dueño del control, sino simplemente quien supervisa su correcta ejecución. Por esta razón, la tolerancia de hechos delictivos puede suponer una responsabilidad como partícipe del responsable principal. En cualquier caso, y en la práctica, apenas si existen supuestos de responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento.

## 7. Los programas de cumplimiento en las organizaciones públicas: el *public compliance*.

Los programas de cumplimiento pueden implantarse en cualquier tipo de organización y no sólo en empresas. También pueden implantarse en administraciones públicas, en lo que se ha venido en llamar *public compliance* y que ha adquirido gran importancia en la lucha contra la corrupción y las malas prácticas administrativas. El germen de la *public compliance* se encuentra en el desarrollo de la ética pública en los Estados Unidos y los países anglosajones a partir de los años 80 del siglo XX. A su extensión por otros países ha contribuido la actividad de organizaciones internacionales como la OCDE y, muy especialmente, la Convención de Naciones Unidas para la corrupción.

Esta Convención, que cuenta con un amplio número de ratificaciones, exige que en la administración pública se implanten medidas de prevención de la corrupción similares a las que

existen en las empresas, lo que incluye la realización de análisis de riesgos, aprobación de códigos de conducta, formación de los empleados públicos y el establecimiento de otros controles basados en la capacidad de autorregulación. La similitud de los programas de cumplimiento y las medidas anticorrupción de las administraciones públicas queda de manifiesto por ejemplo en la Ley anticorrupción italiana (*Legge n. 190/2012, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*) donde las medidas de control de la corrupción que obliga a establecer en las organizaciones públicas se inspiran en la regulación de los programas de cumplimiento.

Especialmente importante en el seno del *public compliance* ha sido el desarrollo de la protección de los *whistleblowers*. Mientras que en las empresas su protección se establece en los propios programas de cumplimiento y por tanto proceden de su capacidad de autorregulación, en las administraciones públicas aparecieron pronto normas legales. Los países anglosajones fueron pioneros en su protección. La Unión Europea a través de su Directiva 2019/1937, a la que ya nos hemos referido, ha establecido un marco común para los alertadores, con independencia de que sean de empresas, administraciones públicas o cualquier otro tipo de organización.

En los últimos años en muchos países han proliferado las agencias anticorrupción, cuyos rasgos esenciales se encuentran en los art. 5 y 6 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. Su función básica consiste en ayudar, impulsar y controlar que las administraciones públicas implementen correctamente medidas de prevención de la corrupción. Para ello por ejemplo realizan análisis sectoriales de riesgos, proponen medidas de control a las distintas organizaciones o supervisan los planes de prevención implantados por las administraciones. También suelen establecer canales de alertas externos. En algunos países, las agencias anticorrupción se han conformado como cuerpos especializados en investigar la corrupción administrativa. No obstante, lo habitual es que la actividad de supervisión que efectúan las agencias se encamine a examinar la idoneidad de las medidas de prevención y no al descubrimiento o la investigación de concretos supuestos.

## 8. Posibles desarrollos del cumplimiento normativo.

Los programas de cumplimiento, en la mayoría de los países, aunque son un fenómeno reciente se están asimilando con rapidez por la cultura empresarial y jurídica. Una mirada retrospectiva pone de manifiesto que cada vez las funciones de cumplimiento tienen una mayor

importancia dentro de la empresa. En los últimos años hemos asistido a una eclosión de los programas de cumplimiento, que se evidencia en la ingente producción académica sobre este tema, muy marginal hace solo una década. Los programas de cumplimiento están por ello lejos de haber alcanzado la edad madura, más bien son aún adolescentes, cuya configuración futura es difícil de predecir. No obstante, y pese a ello, adelantaré

Aunque es difícil predecir cuál serán sus desarrollos, pueden apuntarse algunas líneas de reflexión para el futuro, en general todas apuntan a una confluencia del cumplimiento normativo con la Responsabilidad Social Corporativa.

La primera línea de evolución hace referencia a la institucionalización del cumplimiento normativo en la empresa. Hasta ahora, como se ha explicado, el cumplimiento normativo suele tener dos ramas. Una rama ejecutiva que procede directamente del órgano de administración y en la que se encuentra el oficial de cumplimiento. Y una segunda rama, que realiza una supervisión de segundo nivel, que normalmente desempeña la comisión de auditoría y el control interno. Este segundo nivel debiera evolucionar en el futuro y conformarse como un control específicamente orientado al cumplimiento normativo, independiente y autónomo de las funciones del control interno.

El control interno al igual que las comisiones de auditoría dentro del órgano de administración responden a problemas muy concretos dentro del gobierno corporativo. Se trata de la tensión, la tensión por antonomasia dentro del derecho de sociedades, entre la administración, los socios y los inversores.

El cumplimiento normativo responde, o en realidad debe responder, a una tensión distinta. Cumplir con la legalidad no es solo un objetivo se deba perseguir con el fin de evitar riesgos legales, que puedan impedir que la empresa alcance sus objetivos económicos o estratégicos. La tensión a la que da respuesta el cumplimiento normativo es similar a la que se gestiona a través de la Responsabilidad Social Corporativa, la tensión entre los objetivos de la empresa y los intereses sociales y personales que la rodean o, si se prefiere, la tensión que existe con los *stakeholders*. Por esta razón, el desarrollo del cumplimiento normativo y, más concretamente, su institucionalización dentro de la entidad, debiera vincularse en el futuro al debate relativo a la institucionalización de la responsabilidad social corporativa, profundizando en el *stakeholders capitalism*.

Esta nueva etapa del cumplimiento normativo exigiría la creación de un nuevo tipo de órganos dentro del órgano de administración – comisión de responsabilidad social - y la

aparición de consejeros vinculados a la defensa de los intereses públicos, que la empresa en su funcionamiento pudiera afectar. Esta nueva tipología de comisiones y consejeros de intereses públicos ejercerían un poder de supervisión y control creíble sobre los comportamientos de los órganos de administración y de la alta dirección de la empresa, que ha sido hasta ahora sin duda el Talón de Aquiles de los programas de cumplimiento.

En efecto, salvo excepciones, los programas de cumplimiento actuales son buenos supervisando los comportamientos de los subordinados, pero no lo son a la hora de controlar a la alta dirección de la empresa. La razón es que la autosupervisión siempre resulta difícil (¿Quién vigila al vigilante?). Las comisiones de auditoría y los consejeros independientes no dan una adecuada respuesta a este problema, pues como hemos indicado responden a un problema distinto, por lo que también lo es su cualificación profesional.

En este punto se encuentra la razón última que lleva a muchas legislaciones a no excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la persona física que ha cometido el delito pertenece al órgano de dirección o a la alta dirección. No es creíble que en estos casos pueda existir un programa de cumplimiento eficaz. Sólo el D. leg. 231 en Italia, y en su senda el art. 31 bis del CP en España, han afrontado este problema a través de la creación de un órgano de cumplimiento específico, el denominado órgano de vigilancia. Un desarrollo coherente de este órgano, enmarcado dentro del debate más amplio del gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa, podría dar lugar a una institucionalización del cumplimiento normativo en la línea que aquí se propone.

La segunda línea de evolución de los programas de cumplimiento es el incremento de la transparencia. Se ha superado ya la época en que se consideraba que estos habían de ser secretos. Cada vez los mercados, pero también los consumidores, exigen mayor información sobre su implantación y desarrollo dentro de la empresa. En la Unión Europea, la Directiva 2014/95 sobre información no financiera obliga a las grandes empresas a publicar los “estados no financieros” como parte de sus cuentas anuales. En ellos deben darse cuenta de las medidas de cumplimiento, como mínimo, relacionadas con la corrupción, el medio ambiente y el respeto a los derechos humanos. En el resto de sociedades cotizadas, aunque no de un modo tan visible, también debe informarse normalmente de la evolución de los programas de cumplimiento.

La transparencia de los programas de cumplimiento es una prueba más de su aproximación a la Responsabilidad Social Corporativa. De hecho, la información a que hace referencia la Directiva europea del 2014 ha figurado normalmente en los informes de

Responsabilidad Social Corporativa. El reto que ello plantea es la generación de informes no financieros con información homogénea y comparable y un régimen de auditoría, de revisión externa, del programa de cumplimiento que tenga un nivel de eficacia y seriedad similar a la auditoría financiera. Lógicamente, y en lo que afecta al derecho penal, todo ello abre el debate relativa a la sanción de las informaciones falsas.

En los últimos años hemos asistido a la eclosión de las obligaciones de *due diligence* o cumplimiento de terceros. Bajo este término se analizan las prácticas de cumplimiento normativo que afectan a proveedores, socios de negocio de la empresa o incluso clientes. La *due diligence* jugaba un papel limitado a la evitación de los riesgos de corrupción y sobre todo del blanqueo de capitales. La expansión de la *due diligence* a otros sectores a la que estamos asistiendo descansa en la aparición de la cadena de aprovisionamiento global y la deslocalización de la producción por parte de muchas empresas. En un mundo globalizado, controlar que las empresas respeten estándares de legalidad básicos, como los derechos humanos, el medio ambiente, la no utilización de mano de obra esclava, el trabajo infantil, solo puede conseguirse si se les impone la obligación de asegurar que sus proveedores directos o indirectos no incurrir en este tipo de prácticas.

Las prácticas de diligencia debida utilizan la capacidad de influencia de las empresas que dominan las cadenas de suministro con el fin de que a través de diversos controles aseguren de manera razonable que sus proveedores o, en general socios de negocio, también respetan estos niveles básicos y universales de cumplimiento.

En la Unión Europea, pero también en otros lugares como Canadá o Australia, se han promulgado normas de diligencia debida que extienden los programas de cumplimiento más allá del perímetro tradicional de la empresa. Las normas de diligencia debida son de dos tipos. Unas se basan en la transparencia, como la *Modern Slavery Act* en el Reino Unido o la *Supply Chain Act* de California, y lo que piden a las empresas es que informen de las medidas de diligencia que han implantado para evitar el trabajo infantil o los trabajos forzados. Otras normas en cambio exigen la implantación de medidas de diligencia debida a las empresas en relación a proveedores y filiales, concretando además los aspectos básicos de lo que podríamos denominar el cumplimiento normativo de terceros

Francia con la Ley de vigilancia empresarial en el 2017 fue pionera. Recientemente Alemania ha aprobado también una normativa similar (*Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*), mientras que la Unión Europea prepara un proyecto de directiva que ha sido presentada por el

Parlamento Europeo y que se sumaría a normas de diligencia debida ya existentes como en el sector de los diamantes (Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, DO L 358/28) minerales (Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DO L 130, 19.5.2017, p. 1) o la madera (Reglamento (UE) n° 995/2010 de 20 de octubre de 2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, DO L 295/23). El fin de todas estas normas reside, precisamente en implementar políticas destinadas a evitar este tipo de riesgos que deben asumir los proveedores y otros socios de negocio, la implantación de estas políticas exige a las empresas a asegurar la trazabilidad de sus cadenas, evaluar los riesgos existentes en ellas, posibilitar que sus canales de alertas sean también utilizados por proveedores o terceros como activistas, realizar formación, auditorias y otro tipo de controles a lo largo de la cadena.

Las consecuencias del incumplimiento del cumplimiento normativo de terceros o *due diligence* está todavía en discusión. En algunas jurisdicciones (Holanda, Reino Unido, Francia) estas normas han permitido fundamentar acciones de responsabilidad civil contra empresas multinacionales por daños cometidos en sus cadenas de suministros, mientras que en otras (Alemania) por el contrario se insiste en que estas obligaciones no son determinantes para la responsabilidad civil. También se han abierto puntualmente procesos penales a empresas textiles por utilización de mano de obra esclava. Pero hasta ahora no se ha aclarado aún la forma en que se sancionará la violación de este tipo de medidas de cumplimiento.