



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*:
ANÁLISIS DE LA PREVENCIÓN NORMATIVA PENAL EN CHILE

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DIEGO PEÑA VERDUGO
FABIÁN PIEDRA LERTORA

Profesor Guía: Vivian Bullemore Gallardo.

Santiago, Chile
2016

A nuestros padres, por la formación, cariño y su ejemplo de vida



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

Santiago, 3 de junio de 2016

Señor
Gonzalo Medina Schulz
Director
Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Presente

Estimado Señor Director:

Informo a usted la memoria presentada por los egresados de esta Facultad, **Diego Peña Verdugo** y **Fabián Piedra Lértora**, para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, intitulada “**Programas de *compliance*: análisis de la prevención normativa penal en Chile**”.

El tema elegido por los alumnos aparece como un interesante aporte, por lo novedoso, en una materia sobre la cual no se ha realizado, previamente, un trabajo de investigación de pregrado y que, además, revela el temple, el arrojo, la seriedad y la acuciosidad que le dedicaron los memoristas, toda vez que requiere conocimientos avanzados tanto de dogmática penal como de otras ciencias relacionadas.

En efecto, aparecía como necesaria una investigación sobre los programas de *compliance*, enfocada dentro de las materias de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como la que presentan los alumnos memoristas. Así las cosas, abordan, desde un punto de vista muy didáctico, un tema que, hasta ahora, no había sido sistematizado con la claridad

con que lo exponen los autores, por lo que aparece, ya a primera vista, como un instrumento de gran aplicación práctica.

Tal como señalamos, el tema de este trabajo, elegido por los alumnos, merecía una investigación profunda en una memoria de grado de nuestra Facultad, toda vez que aparece como necesario de analizar ante el escaso caudal de información, que se encuentra disperso, y la inexistencia de fallos relevantes, emanados de nuestros tribunales de justicia. Además, debe tomarse en consideración que las publicaciones de la doctrina comparada, sobre estas materias, son de data reciente y, por lo tanto, poco conocidas en nuestro medio, con excepción de los especialistas.

En efecto, al ser éste un conjunto de temas sobre los que se espera una creciente aplicación práctica en nuestra área, debido a las noticias que se tiene del inicio de persecución penal a diversas empresas cuyos administradores habrían incurrido en los tipos penales de los delitos que señala la ley 20.393, no se entiende que se encuentren aún carentes de una atención sistemática por parte de la doctrina nacional. Debemos señalar, al respecto, que este olvido se manifiesta en el escaso número de trabajos de carácter monográfico publicados en nuestro medio durante los últimos años.

Es así como aparece afortunado el esfuerzo de los memoristas por analizar los programas de cumplimiento en Chile desde un punto de vista eminentemente práctico, y que sirva de guía para futuros investigadores y estudiosos de nuestra ciencia.

Además, sin pretender adelantarnos a las conclusiones de este informe, y a la calificación de la memoria en análisis, debemos señalar que los postulantes manejan con acierto y ordenadamente todas las problemáticas relacionadas con la parte general del derecho penal, en especial su teoría del delito, adicionando al análisis sólidos conocimientos dogmáticos en la materia.

En cuanto a la forma, la memoria está dividida en una introducción, cinco capítulos y las conclusiones.

En el primer capítulo, de carácter introductorio, como lo señalan los autores en las páginas que lo preceden, se analizan brevemente la evolución histórica de los programas de cumplimiento en Chile, realizando un análisis comparativo con el caso norteamericano. Al respecto, realizan algunas interesantes apreciaciones finales, con críticas a la legislación nacional, y los problemas técnicos surgidos desde su dictación, resultando llamativo el buen uso de la bibliografía disponible que se manifiesta en las citas a pie de página..

El segundo capítulo, en el que se refiere a los programas de cumplimiento en la discusión parlamentaria, los memoristas, con abundantes citas extraídas de la discusión del proyecto de ley, dan cuenta de diversas materias útiles para analizar los defectos del sistema.

Así las cosas, se refieren a los contenidos de un programa de cumplimiento, al rol innovador de los programas de *compliance*, el alcance de los mismos y el catálogo de delitos, y la recepción normativa de un programa de *compliance*, referida a la discusión del contenido de la ley y la posibilidad de dejar su complemento a una reglamentación posterior. También hace referencia a la eficacia de los programas de cumplimiento, las certificaciones y la obligatoriedad de los mismos. Todo esto resulta en resumen sumamente útil para el lector que quiere adentrarse más profundamente en el tema.

El capítulo tercero, que está dedicado a los elementos dogmáticos previos al estudio de los programas de cumplimiento, contiene el estudio de los presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas, del sistema dogmático de imputación y de los conceptos de deber de dirección y deber de supervisión. Se trata de una explicación concisa y completa de los problemas que aborda, en donde destacan tanto el conocimiento de las materias como la capacidad de síntesis de los autores.

El capítulo cuarto constituye el cuerpo principal de esta memoria, y se refiere ampliamente al *compliance* o programas de cumplimiento. Estimamos que es un interesante esfuerzo, en el que cabe destacar la lucidez con que es expuesto el tema. Debe hacerse especial mención del

estudio del diseño de un programa de cumplimiento y la evaluación de riesgos, en que se analiza detalladamente cada paso.

Por ello consideramos que este capítulo constituye una muestra de excelencia de los autores, tanto por su capacidad de síntesis como por su claridad expositiva, inusual para un trabajo de esta naturaleza, como memoria de grado.

El capítulo quinto recoge las denominadas “consideraciones finales, como una suerte de conclusiones anticipadas, que se justifica en cuanto a análisis crítico de las instituciones estudiadas en este trabajo, y en el que tratan diversas materias que merecían una toma de postura de los autores, diversa a las conclusiones.

Culmina el trabajo con las conclusiones, en las que los memoristas reafirman los puntos de vista expresados en el cuerpo principal de la memoria, esbozando una propuesta dogmática interesante, como solución de los problemas que surgen al interpretar la ley.


En fin, no cabe a este informante sino aplaudir la construcción acabada y precisa de una investigación bien lograda.

En los aspectos más formales se trata de una memoria muy bien estructurada, con respeto tanto por la escritura como por las ideas de otros, debidamente representadas en las citas al pie, así como también en la utilización de abundante bibliografía -casi la totalidad de la que es relevante y se encuentra disponible en nuestro medio-.

Por tanto, y a pesar de las escasas observaciones más arriba realizadas y a que no concordamos con todos los puntos de vista expuestos por los memoristas, pero que respetamos, estimamos que no puede haber duda de la enorme utilidad que ha de prestar este texto a futuros investigadores que deseen profundizar en la materia que aquí se trata. Esta memoria de grado es un aporte interesante que no podrá quedar fuera de las citas bibliográficas que haga quien pretenda estudiar este tema. Por ello es que este trabajo merece nuestro

mayor elogio, que expresaremos como corresponde, reglamentariamente, en el párrafo que sigue.

En virtud de las consideraciones más arriba expuestas, y por los méritos del trabajo que se informa, que no son pocos, vengo en calificar la memoria que ha presentado don **Diego Peña Verdugo** y don **Fabián Piedra Lértora**, para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, intitulada “**Programas de *compliance*: análisis de la prevención normativa penal en Chile**”, como **aprobada**, con nota de **distinción máxima**, siete (7,00).



Vivian R. Bullemore G.
Profesor Guía

Santiago, 25 de agosto de 2016.

SEÑOR
DAVOR HARASIC YAKSIC
DECANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
PRESENTE

Señor Decano:

En mi calidad de Profesor Informante, tengo el agrado de informar la memoria de prueba que han presentado los egresados don **DIEGO PEÑA VERDUGO** y don **FABIAN PIEDRA LÉRTORA**, para optar al Grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales, y que han denominado ***"PROGRAMAS DE COMPLIANCE: ANÁLISIS DE LA PREVENCIÓN NORMATIVA PENAL EN CHILE"***.

Formalmente, la memoria consta de 143 páginas y está estructurada a base de índice, resumen, introducción, seguida de cinco capítulos, conclusiones, bibliografía y un anexo final.

El **primer capítulo** se refiere someramente a la evolución histórica de los programas de cumplimiento tanto en Estados Unidos como en nuestro país. Interesante resulta que los memoristas hayan tomado como punto de referencia la experiencia norteamericana, que como bien lo señalan, ha sido pionera en esta materia. Respecto de Chile, destacan el rol decisivo que tuvo su incorporación a la OCDE, que entre otras exigencias, precisamente contempló el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema que, hasta ese momento, había sido mayoritariamente resistido por la dogmática nacional.

En el **segundo capítulo**, se aborda la discusión parlamentaria del proyecto de ley que derivó en la Ley 20.393, resaltando que el eje de la discusión estuvo en torno a la conveniencia o no de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y no en el compliance. Ello explica el escaso debate legislativo que existió respecto de esta materia, el que ha sido de alguna manera suplido en los últimos años con la discusión académica y el análisis de casos concretos que han conocido nuestros tribunales de justicia. Este capítulo se complementa con un anexo final, en el cual se detallan los pasos seguidos durante la tramitación del proyecto de ley, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

En el **capítulo tercero**, se entran a revisar los elementos dogmáticos del artículo tercero de la ley, analizando los: (i) presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas; (ii) sistemas dogmáticos de imputación; y, (iii) deberes de dirección y supervisión, citando al efecto las distintas opiniones doctrinales, tanto nacionales como extranjeras, que existen sobre esos tópicos.

En el **capítulo cuarto**, que ciertamente es el más importante, los memoristas examinan los compliance o programas de cumplimiento. Parten refiriéndose a los objetivos fundamentales de estos programas, para luego adentrarse en su conceptualización. Posteriormente, abordan el diseño propiamente tal de un modelo, haciendo especial hincapié en que es necesario que éste sea hecho a la medida de cada empresa y no sea un mero diseño abstracto que solo exista en el papel. Dejan muy en claro que el corazón de un programa de cumplimiento radica en una efectiva identificación y control de los riesgos concretos a que una compañía está expuesta, los que deben estar siendo permanentemente actualizados y monitoreados por el oficial de cumplimiento.

Por último, el trabajo contiene las **consideraciones finales y conclusiones**, dentro de las cuales resaltan las ventajas de contar con un modelo de prevención, así como las consecuencias jurídico penales para la empresa que lo adopta, máxime cuando está certificado. Unido a lo anterior, formulan algunas recomendaciones, como son el ampliar el catálogo de delitos recogidos en la Ley 20.393, así como establecer la obligatoriedad de los programas. En definitiva, destacan la importancia de contar en nuestro país con una verdadera cultura del compliance, la cual se debería extender también a otras áreas del derecho, siguiendo al efecto el camino que han adoptado otras naciones.

En cuanto al fondo de la memoria, se está en presencia de un trabajo de envergadura intelectual que representa un evidente empeño académico en una materia novedosa, no exenta de complejos problemas penales y societarios, cuyas soluciones tanto legales como prácticas, no han sido precisamente pacíficas y fáciles de implementar.

El trabajo arroja una visión completa y detallada de la problemática que aborda y, sin duda, constituye un gran aporte para una discusión académica y judicial que está en pleno desarrollo y que necesariamente se irá decantando con el transcurso de los años. Sin desmerecer en nada el trabajo, lo único que este informante hecha de menos es que los memoristas hubiesen culminado su labor, con la confección de un borrador de modelo concreto de prevención, el que sin temor a equivocarme, habría sido de gran utilidad práctica.

En mérito de las consideraciones y razones expuestas en mi calidad de Profesor Informante, y atendido lo señalado reglamentariamente, evalúo la memoria presentada por los egresados don **DIEGO PEÑA VERDUGO** y don **FABIAN PIEDRA LÉRTORA** con nota de aprobación **siete (7,00)**.

Saluda atentamente al Sr. Decano


RODRIGO ZEGERS REYES
Profesor Informante



TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....p. 6

INTRODUCCIÓN.....p. 7

Capítulo 1 - EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PROGRAMAS CUMPLIMIENTO EN CHILE: UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL CASO DE ESTADOS UNIDOS.

1. Introducción.....p. 11
2. Los programas de cumplimiento en Estados Unidos.....p. 12
3. El caso de Chile.....p. 19

Capítulo 2 - LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 20.393

1. Introducción.....p. 27
2. Rol innovador de los programas *compliance*.....p. 28
3. Alcance de los programas de *compliance*. Ampliación del catálogo de delitos de la Ley 20.393.....p. 31
4. Recepción normativa de un programa de *compliance*: ¿dónde debe fijarse su contenido?.....p. 36
5. Contenido de un programa de cumplimiento.....p. 39
6. ¿Quién debe decidir finalmente acerca de la eficacia de un programa de cumplimiento?.....p. 41
7. ¿La implementación de los programas de cumplimiento es voluntaria u obligatoria?.....p. 42

Capítulo 3 - ELEMENTOS DOGMÁTICOS PREVIOS AL ESTUDIO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

1. Introducción.....p. 44
2. El artículo 3 de la Ley 20.393.....p.45
 - 2.1. Presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas.....p. 46
 - 2.2. Sistema dogmático de imputación.....p. 47
 - 2.3. Deberes de dirección y supervisión.....p. 54

Capítulo 4 – COMPLIANCE O PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

| | |
|--|-------|
| 1. Introducción..... | p. 59 |
| 2. Consideraciones iniciales..... | p. 60 |
| 3. Concepto..... | p. 62 |
| 4. Diseño de un programa de cumplimiento..... | p. 64 |
| 5. Evaluación y administración de los riesgos: foco principal en un programa de cumplimiento..... | p. 71 |
| 5.1. Primer paso. | |
| a. Estructura y funcionamiento interno..... | p. 72 |
| b. Actividades..... | p. 72 |
| 5.2. Segundo paso. | |
| a. Identificación de riesgos..... | p. 73 |
| b. Cuantificación de riesgos..... | p. 74 |
| c. Control de riesgos..... | p. 76 |
| d. Monitoreo, reporte y evaluación de riesgos..... | p. 77 |
| 6. Pasos para la implementación de un modelo de prevención de delitos: aproximación legal, dogmática y práctica..... | p. 77 |
| 6.1. La declaración y compromiso de la máxima autoridad administrativa..... | p. 78 |
| 6.2. Creación de un departamento propio de <i>compliance</i> y el nombramiento de un comisionado encargado..... | p. 79 |
| 6.3. Otorgamiento de medios y facultades al <i>compliance officer</i> | p. 83 |
| 6.4. Establecimiento de un código de ética y código de conducta..... | p. 85 |
| 6.5. Protocolos, procedimientos y sanciones..... | p. 88 |
| 6.6. Formación, comunicación y cultura corporativa..... | p. 92 |
| 7. Supervisión, actualización y certificación de un programa de cumplimiento..... | p. 94 |

CAPÍTULO 5 – CONSIDERACIONES FINALES

| | |
|--|--------|
| 1. Consecuencias y ventajas de la implementación de un modelo preventivo..... | p. 99 |
| 2. Ampliación de la visión acerca de la implementación de los programas de <i>compliance</i> | p. 102 |
| 3. Persona jurídica como actor directo del ilícito..... | p. 106 |

| | |
|--|--------|
| 4. Profesionalización y difusión de los programas de <i>compliance</i> | p. 106 |
| 5. Obligatoriedad de los <i>compliance</i> | p. 107 |
| CONCLUSIONES | p. 109 |
| BIBLIOGRAFÍA | p. 113 |
| ANEXO ESQUEMAS EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTICULADO RELEVANTE | p. 118 |

RESUMEN

La presente memoria tiene por objeto estudiar los programas de cumplimiento o *compliance*, un fenómeno enfocado en la autoorganización preventiva por parte de las personas jurídicas con el objeto de evitar que se cometan delitos al interior de éstas. El **capítulo 1** versa sobre la experiencia histórica legislativa de los programas de *compliance* en Chile en comparación con la evolución que éstos tuvieron en Estados Unidos, país precursor en la materia. En este capítulo analizamos tanto las razones políticas internacionales como legales que llevaron a nuestro país a promulgar la Ley n° 20.393, la que fija por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas y –en lo que respecta a esta memoria– la posibilidad de implementar programas de cumplimiento al interior de las empresas con el fin de excluir o disminuir su responsabilidad. En el **capítulo 2** profundizamos en los tópicos más importantes que se abordaron en la discusión del proyecto de la Ley n° 20.393 en relación a los programas de cumplimiento. Este capítulo da cuenta de cuáles fueron las materias que inicialmente se presentaron como importantes para discutir, incluyendo diversos tópicos que, no estando incluidos en la Ley finalmente aprobada, abordan aspectos relevantes para la actual discusión en relación a las carencias de la Ley n° 20.393 y de los *compliance* ya implementados en numerosas empresas. El **capítulo 3** presenta aquellos aspectos dogmáticos que fundamentan y dan origen a los programas de cumplimiento. Se explica sobre el sistema dogmático de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporado por la Ley n° 20.393 y la manera de ligarlo con los deberes de dirección y supervisión que penden sobre las empresas. Estos deberes son de máxima importancia puesto que, una vez imputada una persona jurídica, ésta deberá demostrar el hecho de haber cumplido satisfactoriamente sus deberes con el fin de excluir o disminuir su eventual responsabilidad penal. Como vemos, justamente la manera de cumplir con estos deberes será a través de la implementación de un programa de cumplimiento plenamente eficaz. El **capítulo 4** tiene como finalidad responder y explicar en profundidad las siguientes preguntas: ¿Qué es un programa de cumplimiento? ¿Cómo se diseña un programa de cumplimiento? ¿Cuáles son los pasos más relevantes en la implementación y monitoreo de un *compliance*? Para responder a estas preguntas se presentan las aproximaciones legales, dogmáticas y, en algunos casos, prácticas, con el fin de ilustrar de manera integral de qué tratan y cómo operan estos sistemas de prevención de delitos. Finalmente, el **capítulo 5** aborda aquellos temas que consideramos importantes de tratar una vez analizados en profundidad los programas de cumplimiento. En efecto, nos preocupamos de explicar las consecuencias y las ventajas de su implementación y abordamos diversos temas de actual discusión nacional como extranjera en relación a este sistema de prevención.

INTRODUCCIÓN

Los cambios que una sociedad experimenta en su devenir implican un gran desafío para el mundo político y, por cierto, del Derecho. Esta afirmación no es extraña para nosotros, ni mucho menos para la dogmática jurídica, pues con mayor frecuencia de la que esperaríamos, el Derecho ha tenido que reaccionar ante una nueva situación de relevancia jurídica, generada espontánea y muchas veces imprevisiblemente. De esa manera, se torna esencial estudiar dicha nueva situación, discutirla acabadamente y, cuando fuere necesario, normarla.

La reacción anterior, empero, no significa que existe una ignorancia o una incapacidad por parte de los actores que componen el mundo político y del Derecho para prever dichas situaciones. Tal fenómeno sucede más bien por la intrínseca naturaleza dinámica y desarrolladora de la sociedad, la que se vuelve más vertiginosa aún si la enfocamos específicamente en la esfera de los negocios. Estos cambios –la mayoría de las veces completamente naturales y legítimos– normalmente dan cuenta de una nueva costumbre mercantil o formalizan una situación concreta mediante la generación de un nuevo instrumento comercial que soluciona un problema determinado.

Sin embargo, parte de esta normal incapacidad de entender y aprehender el acelerado mundo de los negocios también se debe a la sorpresa y el desconcierto que producen aquellas acciones realizadas por quienes –buscando un provecho personal– realizan maniobras que, no estando prohibidas expresamente por la ley, son claramente reprochables; ya sea por la finalidad ulterior que persiguen o por la inescrupulosa manera mediante la cual se realizan. La expresión ‘hecha la ley, hecha la trampa’ da cuenta de aquello.

Es precisamente en ese contexto en el cual enmarcamos un fenómeno que ha sido denominado como la “sociedad del riesgo”¹. Rafael COLLADO revela que en el modelo post-industrial en el cual se encuentra y se desenvuelve nuestra sociedad hoy en día las personas buscan proteger aquellos bienes jurídicos que colectiva e individualmente consideran relevantes, organizándose para prevenir potenciales riesgos. En efecto, el autor señala que existen diversas causas de índole más bien

¹ Vid. COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 1-7.

externas al Derecho Penal –tales como razones políticas, filosóficas, económicas y culturales– que han funcionado como un detonador para el uso desmedido del Derecho Penal en desmedro de otras formas de control social. En ese sentido, se ha buscado desincentivar la comisión de delitos o la realización de actividades riesgosas para estados de cosas valorados como buenas, mediante la exacerbación del Derecho Penal como referente de una política criminal efectiva².

Uno de los resultados que ha tenido esta tendencia es que se han sincerado las dañosas consecuencias que las personas jurídicas, actores sumamente relevantes en la actualidad, producen en las más variadas esferas. En tal sentido, es por aquellas acciones generadoras de riesgos, o en ciertos casos derechamente delictuales, que múltiples países han dictado normas que imputan responsabilidad penal a las personas jurídicas, en algunos incluso –incluyendo nuestro país de tradición continental– borrando de un plumazo el principio de *'societas delinquere non potest'*³.

Precisamente en tal situación se encontraba Chile cuando pretendió ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) y se le instó a que aprobara una ley que hiciera responsable a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno con el objetivo de actualizar la legislación nacional y adecuarla a los estándares que imperaban en la materia. Fue justamente por la ingente proliferación de los delitos ‘de cuello blanco’ (que analizaremos en el primer capítulo) y por el importantísimo poder que las personas jurídicas pueden ejercer en el mundo contemporáneo, que tener una ley *ad-hoc* para combatir la criminalidad organizada radicada en el seno de las personas jurídicas era una necesidad.

Tal fenómeno del que hemos dado cuenta no se ha traducido solamente en la creación de un estatuto normativo que responsabiliza y sanciona a las personas jurídicas; sino que también, ya sea por la ineficacia de la regulación administrativa o civil para ciertas situaciones dañosas, o por la desconfianza ante un Estado gestor de una política criminal eficiente, se ha traducido en el desvanecimiento del protagonismo de este último, dando paso a un nuevo actor que, teniendo los incentivos correctos y siendo el más capacitado para realizar un autorregulación

² *Ibid.*, pp. 1-2.

³ Mientras que el inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal señala que “la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”, el inciso 3° del artículo 1 de la Ley n° 20.393 señala que “para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal”.

eficiente, ha sido llamado para gestionar preventivamente de mejor manera el delito: el mismo privado⁴.

En consecuencia, el legislador contempló una forma diversa de gestionar la prevención de estos hechos delictuales, mediante una forma mucho más eficaz: la cultura del *compliance* o de los programas de cumplimiento. Como ya adelantamos, este sistema consiste en una acabada autoorganización preventiva por parte de las personas jurídicas con el objeto de evitar que se cometan delitos al interior de éstas.

Sin embargo, más allá del trabajo del legislador, esta nueva manera de prevenir y gestionar riesgos normativos penales también ha sido paulatinamente adoptada en Chile por la indirecta influencia de empresas extranjeras que, teniendo la obligación de cumplir con estándares dados por sus respectivas leyes, han adoptado dichos estándares en sus filiales chilenas. La consecuencia de ello es clara: si una práctica empresarial se expande, se hace conocida, y si su efectividad es notoria, es imitada.

Junto a lo anterior, es posible sostener que la ‘responsabilidad social empresarial’ ha sido una insuficiente retribución por parte de las empresas para la sociedad en su conjunto. Ya no basta con que las empresas tengan un código de ética (que muchas veces se queda en las palabras) y que desempeñen labores de índole social con una mediana frecuencia. Es precisamente por el ‘derecho a emprender’ que la sociedad le otorga a las empresas, que éstas no sólo tienen la obligación de respetar estrictamente el derecho vigente, sino que también les correspondería desempeñar un papel mucho más activo en la prevención de los delitos que eventualmente puedan cometerse en su interior⁵.

Así, esta cultura preventiva, en palabras de COLLADO, “viene a refrendar una nueva forma de conceptualizar la relación entre ciudadano y Estado, pero acentuándola en un aspecto clave, que dice relación con la asunción por parte del mismo ciudadano

⁴ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 5.

⁵ Como veremos en el capítulo 2, el objetivo de armonizar los principios de la libertad empresarial y económica y de la responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público fue considerado en el debate legislativo. Por ejemplo, el mismo mensaje presidencial del proyecto de la Ley n° 20.393 considera el punto en su capítulo de fundamentos de la iniciativa. Historia de la Ley n° 20.393, Boletín n° 6.423-07, p. 8.

(corporativo) de tareas de control de riesgos que antes eran reservadas a la tarea fiscalizadora del Estado”⁶.

El autor afirma que si cada sujeto es responsable del alcance de fines colectivos –que son incentivados desde el Derecho Penal mediante la criminalización de las conductas que los ponen en riesgo– entonces debe ser el mismo sujeto el encargado de observar una conducta dentro del riesgo permitido para reducirlos. Por lo mismo, el Derecho Penal no sería ya una herramienta de corrección y represión, sino que de manejo y prevención de riesgos. Así, por esta característica de la nueva política criminal, el manejo del riesgo necesariamente debe caer en manos de los sujetos con mayores incentivos para prevenirlos, es decir, en los propios sujetos peligrosos a través de normas que les impongan sanciones por no prevenir correctamente estos riesgos de incumplimiento normativo. Este modo de pensar es lo que se denomina como la cultura del *compliance* o del *enforced self regulation*⁷.

Finalmente, el presente trabajo es vislumbrado y estructurado precisamente basado en el desarrollo evolutivo que la figura del *compliance* ha tenido en nuestro país. Primeramente hubo una evolución internacional de la figura la cual influenció e instó a nuestro país a que aprobara una ley que responsabilizara penalmente a las personas jurídicas y que creara la figura de los modelos de prevención de delitos. Luego, dado que dicha ley se refirió solamente en términos generales a los modelos preventivos, la dogmática penal –en el transcurso de estos últimos seis años– ha tenido que estudiar y expandir aquellos sucintos elementos tratados en el texto normativo. En último lugar, es la práctica en la adopción de modelos normativos al interior de las empresas la que nos ha demostrado no solamente la forma en que se diseña, implementa y monitorea un *compliance*, sino que también las ventajas y carencias que la misma ley ha revelado. De todo ello nos preocuparemos en lo que sigue.

⁶ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 15.

⁷ *Ibíd.*, pp. 15-17.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PROGRAMAS CUMPLIMIENTO EN CHILE: UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL CASO DE ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

Tal como veremos, la sociedad tuvo que reaccionar ante el creciente fenómeno de la criminalidad organizada al interior de las personas jurídicas. Los fraudes y las conductas reñidas con la ética de los negocios de comienzos del siglo XX fueron el primer aviso de que las empresas eran un relevante actor no sólo en el mundo de los negocios, sino que también en la esfera delictiva. A la postre, esta creciente preocupación convergió en el estudio, discusión y, finalmente, en la inclusión de las personas jurídicas como sujetos punibles por los ilícitos cometidos en su interior.

Sin embargo, responder ante la criminalidad de las empresas solamente sancionándolas resulta a todas luces insuficiente para combatirla efectivamente. Por lo anterior, junto a una reacción (*ex-post*) se hace necesario incorporar también una prevención (*ex-ante*). Así surge un sistema desarrollable en el seno de las empresas que permite prevenir las transgresiones normativas de éstas: los programas de *compliance*. Este sistema implicó una importante novedad, situando a la misma persona jurídica como protagonista en la prevención, rol que –hasta ese momento– estaba reservado al Estado.

El presente capítulo tiene como objetivo analizar el desarrollo de los programas de *compliance* desde la experiencia norteamericana –pionera en esta materia– para luego desembocar en el caso chileno que, naturalmente, tuvo sus propias causas y particularidades.

En el caso de Estados Unidos, podemos observar que los programas fueron primero establecidos por ley para velar por una correcta contabilidad como forma de evitar prácticas de corrupción (*Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 y *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988). Con posterioridad, el *compliance* fue reforzado por iniciativas privadas, implantando la necesidad de diseñar e implementar controles internos en todas las operaciones de las empresas (*Internal Control-Integrated Framework* de 1992). Adicionalmente los programas de prevención fueron tratados en las directrices sobre la dictación de sentencias (*Federal Sentencing Guidelines for*

Organizations de 1991), precisamente porque la implementación de un programa de *compliance* y su eficacia influyen en el *culpability score*. Finalmente, una nueva intervención legal fue necesaria, reforzando obligaciones y prohibiciones, así como sanciones (*Sarbanes-Oxley Act* de 2002), última y fundamental ley sobre la materia.

Por su parte, vemos que las razones que impulsaron a Chile a penar a las personas jurídicas y a establecer los programas de cumplimiento mediante Ley n° 20.393 de 2 de diciembre de 2009 (“Ley 20.393”) no derivaron primeramente de un real entendimiento del daño de la criminalidad empresarial y de la necesidad de contar con una solución eficaz, sino que más bien tuvieron que ver con un contexto y un anhelo político económico en particular: ser miembro de la OCDE.

2. Los programas de cumplimiento en Estados Unidos

A pesar del gran impacto y cobertura que genera hoy en día, el delito ‘de cuello blanco’ –término acuñado en 1939 por el sociólogo estadounidense Edwin H. Sutherland– no es en ningún caso un problema exclusivo de nuestra sociedad actual.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX, en pleno auge del explosivo desarrollo de Estados Unidos, se había popularizado la expresión ‘*Robber Barons*’ –barones ladrones– para denominar a los industriales y banqueros que generaron enormes fortunas no sólo a través de su innegable ingenio sino que también mediante conductas poco éticas, fraudes, monopolizaciones y otras violaciones a la ley⁸.

Como bien señala SUTHERLAND, el delito ‘de cuello blanco’ es aquel delito “cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación”⁹, rompiendo así la creencia de que el crimen se asocia exclusivamente a patologías personales (anormalidades biológicas o inferioridad intelectual) y sociales (nivel socioeconómico bajo). Además de su crítica al tratamiento diferenciado del delito ‘de cuello blanco’ respecto del que podríamos denominar ‘común’¹⁰, SUTHERLAND hace

⁸ El término parece haber sido introducido por la aún existente revista mensual *The Atlantic Monthly*. Luego, tras la gran depresión, la expresión fue nuevamente popularizada por Matthew Josephson, periodista estadounidense, en su libro de 1934 *The Robber Barons: The Great American Capitalists, 1861-1901*.

⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999, p. 65.

¹⁰ Para el autor, los métodos de cumplimiento de una ley irían aparejados a las características de los posibles violadores de ésta. Así, por una mezcla de miedo y admiración, por una homogeneidad cultural, los legisladores, jueces y funcionarios administrativos no podrían concebir a los hombres de

hincapié en cinco puntos relevantes. A saber: **(i)** la delincuencia de las corporaciones es persistente, existiendo un alto nivel de reincidencia en los delitos; **(ii)** la conducta ilegal es más extensa de lo que se presenta, siendo muchas veces generalizada dentro de la industria; **(iii)** el violador generalmente no pierde su *status* entre sus asociados ni ante la sociedad; **(iv)** los hombres de negocio sienten desprecio hacia la ley, el gobierno y su personal 'burócrata', a menos que requiera favores de ellos; y **(v)** los delitos 'de cuello blanco' no son sólo deliberados, sino que también pueden ser organizados¹¹.

No alejada del diagnóstico anterior, la delincuencia 'de cuello blanco' siguió desarrollándose en Estados Unidos. A casos de libre competencia, financiamiento político y mercado de capitales, se le sumaron los escándalos de sobornos de Lockheed, Mobil Oil, Exxon, Gulf Oil, United Brands, Ashland Oil, y Northrop, entre otros¹².

Durante el nonagésimo cuarto Congreso de los Estados Unidos –llevado a cabo entre enero de 1975 y enero de 1977– y el comienzo del nonagésimo quinto –celebrado entre enero de 1977 y enero de 1979– los problemas de las prácticas de corrupción y de mala contabilidad interna fueron ampliamente debatidos.

Por ejemplo, el Comité de Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos del Senado (*Committee on Banking, Housing and Urban Affairs*) celebró varias audiencias relativas a pagos impropios a funcionarios públicos extranjeros por parte de empresas norteamericanas. El 12 de mayo de 1976 el Comité recibió de la *Securities and Exchange Commission* ("SEC") un *Reporte sobre pagos y prácticas corporativas cuestionables e ilegales*¹³, que desarrollaba los hallazgos de la SEC de conductas que involucraban el mal uso de dineros corporativos. Las consiguientes investigaciones que se llevaron a cabo para profundizar al respecto revelaron que pagos cuestionables –o derechamente ilegales– eran generalizados y representaban una grave violación al

negocios como delinquentes. Lo anterior, sumado al no uso de métodos penales y a un repudio social desorganizado, habría llevado a un tratamiento diferenciado del delito 'de cuello blanco' en comparación a los delitos comunes. *Ibid.*, pp. 97-109.

¹¹ *Ibid.*, pp. 261-265.

¹² Los escándalos transcurrieron durante las décadas de los 60' y 70' y afectaron a países como Japón, Alemania, Italia, Holanda, Honduras y Arabia Saudita, entre otros.

¹³ El *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices* se puede ver en: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf>

sistema de divulgación de información corporativa de la SEC, así como también a la confianza pública sobre la integridad del sistema de capitales¹⁴.

De acuerdo a dicho Comité, las más de 300 compañías que habían incurrido en pagos ilícitos, traían conflictos con gobiernos extranjeros, empañaban la imagen de la democracia estadounidense, deterioraban la confianza en la integridad financiera de las compañías y obstaculizaban el funcionamiento eficiente del mercado de capitales. Así, se hacía necesario “complementar el actual programa de contabilidad precisa de la SEC con una expresa declaración de política estatutaria”¹⁵.

Por otra parte, para otro proyecto de ley similar, un reporte hablaba de más de 400 empresas, dentro de las que –sorprendentemente– más de 117 se encontraban en el todavía vigente ranking de *Fortune 500*. El reporte también enunciaba otros perjuicios de las prácticas de corrupción, tales como daños a la imagen de la compañía, costosas demandas y cancelaciones de contratos, entre otros¹⁶.

Fruto de la discusión, en diciembre de 1977 se promulgó la *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”), el primer y relevante paso en esta materia. En ella, como lo sugiere su título, se establecieron responsabilidades civiles y criminales para ciertos individuos o personas jurídicas que hicieran pagos a funcionarios públicos extranjeros con el objeto de obtener o retener ciertos negocios.

Adicionalmente la FCPA estableció lo que sería el primer acercamiento a la imposición de un programa de cumplimiento. A la obligación de informar a la SEC periódicamente o cuando ésta así lo requiriese, se le sumó una obligación expresa y de carácter permanente de **(A)** llevar libros y registros de contabilidad que, razonablemente detalladas, de forma precisa y justa reflejen las transacciones y disposiciones de los activos de la compañía y **(B)** diseñar y mantener un sistema de contabilidad interna suficiente que razonablemente asegure que **(i)** las operaciones han sido llevadas a cabo con autorización, general o específica, de la administración; **(ii)** las transacciones se registren según sea necesario para permitir la preparación de los estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente

¹⁴ *Foreign corrupt practices and domestic and foreign investment improved disclosure acts of 1977*. Report of the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs to accompany S. 305 together with additional views, May 2 (legislative day, March 28), 1977, p. 2.

¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

¹⁶ *Unlawful Corporate Payments Act of 1977*. Report and minority views by Mr. Staggers, from the committee of conference, September 28, 1977, p. 2.

aceptados y para mantener la responsabilidad respecto de los activos; **(iii)** el acceso a los activos sea permitido sólo con la autorización, general o específica, de la administración; y **(iv)** la contabilidad sea comparada con los activos existentes en intervalos razonables y que se tomen medidas apropiadas en el caso en que haya diferencias. El texto original en inglés es del siguiente tenor:

“ACCOUNTING STANDARDS

SEC. 102. Section 13 (b) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78q (b)) is amended by inserting “(1)” after “(b)” and by adding at the end thereof the following:

(2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 15 (d) of this title shall—

(A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer; and

(B) devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that—

(i) transactions are executed in accordance with management’s general or specific authorization;

(ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for assets;

(iii) access to assets is permitted only in accordance with management’s general or specific authorization; and

(iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences; (...).”

La idea tras la legislación era simple: los delitos de cohecho eran ocultados por medio de la falsificación o del incorrecto funcionamiento de los libros de

contabilidad. Así, estableciendo un programa de cumplimiento respecto a éstos, la comisión de delitos sería más difícil de llevar a cabo¹⁷.

En 1988 se enmendó la FCPA mediante la *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*. Con ello, se buscó clarificar el enfoque de la FCPA y eliminar la innecesaria y costosa carga de papeleo generada por poco claros y excesivos estándares de contabilidad¹⁸. Así, en primer lugar, se estableció que no habría responsabilidad penal en el caso en que no se cumpliera con la obligación relativa a la contabilidad, a menos que se burlase o fallase su cumplimiento a sabiendas o que a sabiendas se falsificase algún libro o registro¹⁹.

Por otra parte, se estableció que para aquellos emisores que tuviesen el 50% o menos del poder de voto de una compañía, las obligaciones relativas a la contabilidad se cumplirían en el caso en que el emisor –de buena fe y dentro de lo razonable atendidas sus circunstancias particulares– usara su influencia para que la compañía elaborase y mantuviese un sistema de contabilidad interna²⁰.

¹⁷ *Foreign corrupt practices and domestic and foreign investment improved disclosure acts of 1977*. Report of the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs to accompany S. 305 together with additional views, May 2 (legislative day, March 28), 1977, p. 3.

¹⁸ House Conference Report No. 100-576, p. 1.

¹⁹ “(4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (4) of this subsection.

(5) No person shall knowingly circumvent o knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2)”. La enmienda buscó no imponer sanciones penales a quienes cometieran infracciones insignificantes o técnicas, o incurrieran en conductas inadvertidas.

²⁰ “(6) Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this titles or an issuer which is required to file reports pursuant to section 15(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuers’ circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise an maintain a system of internal accounting controls consistent with paragraph (2). Such circumstances include the relative degree of the issuer’s ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2)”. La enmienda buscó reconocer lo poco realista de esperar que un accionista minoritario aplique un grado de influencia alto sobre las prácticas contables de una empresa.

Finalmente, se buscó aclarar el ‘estándar de razonabilidad’ al que se refería la FCPA en esta materia. Así, se señaló que sería el nivel de detalle o de aseguramiento que utiliza un hombre prudente en sus propios negocios²¹.

Con posterioridad, en 1985, se formó el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (“COSO”) para respaldar a la *National Commission on Fraudulent Financial Reporting*, una iniciativa privada de cinco de las principales asociaciones e institutos de contabilidad estadounidenses. La iniciativa, aún vigente, tiene por objeto proveer liderazgo en materia de gobiernos corporativos, ética empresarial, control interno, gestión de riesgo empresarial, fraude e información financiera. Luego de su reporte de 1987²², el COSO publicó en 1992 el *Internal Control-Integrated Framework*, un modelo que hasta hoy –tras una actualización en 2013 y una serie de otros documentos complementarios– sirve como estándar base de los sistemas de monitoreo interno relativos a la FCPA.

Sus principios esenciales son cinco: **(i)** generar un ambiente de control dentro de la empresa (demostrar compromiso con los valores, crear estructuras, fijar autoridades e imponer responsabilidades); **(ii)** realizar análisis de riesgos (especificar objetivos e identificar riesgos); **(iii)** realizar actividades de control (contribuir a mitigar los riesgos); **(iv)** utilizar la información obtenida y comunicarla (usar la información para el funcionamiento del monitoreo y comunicar los hallazgos tanto interna como externamente); y, finalmente, **(v)** realizar actividades de monitoreo (evaluaciones del funcionamiento del programa)²³.

Por otra parte, en noviembre de 1991 se promulgaron las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*²⁴. Presentadas en mayo del mismo año por la *Sentencing Commission* –creada por la *Sentencing Reform Act of 1984*– significaron un valioso avance en lo relativo a los programas de cumplimiento, ya no sólo ligados a las

²¹ “(7) For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms ‘reasonable assurances’ and ‘reasonable detail’ mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs”.

²² El *Report of the National Commission on Fraudulent Financial Reporting* se puede ver en: <http://www.coso.org/Publications/NCFRR.pdf>

²³ Un análisis más detallado se puede ver en: <http://www.coso.org/documents/COSO%20ICIF%2011x17%20cube%20graphic.pdf>

²⁴ Se pueden ver en: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>

infracciones de la FCPA, sino que de cualquier delito cometido por una persona jurídica²⁵.

Las Guías –modificadas en 2004 y 2010 para fortalecerlas y ampliarlas– establecieron siete requisitos mínimos de un programa de cumplimiento: **(i)** los estándares y procedimientos internos deben ser establecidos para impedir la comisión de delitos; **(ii)** la alta dirección de la compañía debe conocer el contenido del programa y llevar a cabo la supervisión y control de éste; **(iii)** las responsabilidades deben ser cuidadosamente delegadas a personas probas; **(iv)** los estándares y procedimientos deben ser comunicados al personal, el que también debe ser entrenado efectivamente; **(v)** se debe establecer un programa de monitoreo y auditoría, incluyendo vías de denuncia; **(vi)** los violadores deben ser sancionados apropiadamente; **(vii)** en caso de problemas, se debe responder pronto, remediar la situación apropiadamente y modificar y fortalecer el programa de cumplimiento. Al ser efectivo, un programa de cumplimiento es considerado a la hora de calcular el *culpability score* y de analizar la opción de *probation*.

Finalmente, tras los escándalos de Enron²⁶ –en la década de los 90’– y de WorldCom –a principios de 2000²⁷– fue promulgada la *Sarbanes-Oxley Act of 2002*. La nueva ley

²⁵ Para un análisis más detenido, ver: MURPHY, Diana E. “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a decade of promoting compliance and ethics”, en: *Iowa Law Review*, vol. 87, n° 2, marzo 2002.

²⁶ Diaro El Mundo, de España, en una noticia del 25 de mayo de 2006, señaló que “Enron era firma era la mayor empresa energética de Estados Unidos, excluidas las petroleras, con unos ingresos anuales de 101.000 millones de dólares. Su reconocimiento era tal que la revista 'Fortune' le dio el título de Empresa Más Innovadora durante seis años consecutivos. Nació como una compañía de gas, pero pronto se diversificó entrando en el negocio de las infraestructuras de agua y, más tarde, se convirtió en una plataforma de negociación de instrumentos financieros vinculados a una amplia gama de productos. En 2002 se descubrió que la mayor parte de sus beneficios eran falsos, que la empresa tenía una deuda mayor de lo que se pensaba y que, en general, todo Enron era un gigantesco fraude. La compañía suspendió pagos y los accionistas que se creyeron las promesas de los directivos de Enron de que la empresa estaba saneada perdieron todo su dinero. Además, sus maniobras contables provocaron la práctica desaparición de una de las mayores auditoras por entonces y que se encargaba de sus libros, Arthur Andersen”. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/mundodinero/2006/01/30/economia/1138592963.html>

²⁷ Diaro El Mundo, de España, en una noticia del 13 de julio de 2005, señaló que “Era la segunda mayor compañía telefónica de larga distancia de EEUU, construida en los años 90 a base de fusiones y adquisiciones propiciadas por su fundador, Bernard Ebbers. En el punto más alto del 'boom' de las telecomunicaciones WorldCom estaba valorada en 180.000 millones de dólares, y tenía 80.000 empleados. Ebbers tenía una fortuna personal de 1.400 millones de dólares. El caso WorldCom, que supuso la mayor quiebra empresarial de la historia, salió a la luz en el verano de 2002, cuando una

obligó a las empresas a asegurar y hacerse responsables de la existencia de controles internos sobre divulgación de información y penó las influencias ilegítimas sobre las empresas de auditoría externa, las represalias contra los denunciantes, las faltas en los informes financieros y la obstrucción de investigaciones. A su vez, cuestionado por los costos que involucraría, la ley obligó a las empresas a emitir un reporte financiero (“ICFR” por sus siglas en inglés), el que además debe asegurar la existencia de una estructura y procedimientos de control interno para reportes financieros y un análisis de la efectividad de éste.

Tal como revisamos, Estados Unidos es uno de los países pioneros en lo relativo a programas de cumplimiento. La evolución de los negocios situó a los programas de *compliance* como parte esencial dentro de las empresas, existiendo además un alto nivel de promoción e incentivos suficientes para su debida observancia.

2. El caso de Chile

El 16 de mayo de 2007, el Consejo Ministerial de la OCDE decidió –entre otros– iniciar negociaciones con Chile Eslovenia, Estonia, Israel y Rusia con el objeto de “establecer los términos, condiciones y procedimiento para la adhesión de estos países a la OCDE para su posterior consideración y adopción por el Consejo”²⁸.

En la sesión de 30 de noviembre del mismo año, el Consejo aprobó la ‘hoja de ruta’ de la adhesión de Chile a la OCDE. El documento, de 3 de diciembre de 2007, dio el inicio oficial al proceso y tal como señala su primer párrafo “ofrece un proceso para permitir a los países Miembros evaluar la disposición y capacidad de Chile para asumir las obligaciones de la adhesión” y, como sigue, “apunta en última instancia a asistir al Consejo a alcanzar, al final del proceso de adhesión, una decisión en los

auditoría interna reveló que habían contabilizado de forma irregular más de 4.000 millones de dólares en gastos. La empresa indicó entonces que las irregularidades contables consistieron en gastos mal registrados como inversiones de capital, que inflaron artificialmente los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA). Así, los resultados de 2001 y del primer trimestre de 2002 deberían haber sido pérdidas netas: 6.300 millones de dólares el año pasado y 1.400 millones en el primer trimestre de 2002”. Recuperada de: <http://www.elmundo.es/mundodiner/2005/07/13/empresas/1121272803.html>.

²⁸ *OECD Council Resolution on Enlargement and Enhanced Engagement*. La resolución se puede ver en: <http://www.oecd.org/slovenia/oecdouncilresolutiononenlargementandenhancedengagement.htm>

términos y condiciones de la invitación para acceder a la Convención de la OCDE que podría desear extender a Chile”²⁹.

La entrega del memorando inicial sobre el *acquis* o conjunto de instrumentos legales de la OCDE (en septiembre de 2008), la recepción y respuesta a cuestionarios (desde junio de 2008), la visita de misiones a Chile (de junio de 2008 a marzo de 2009), los exámenes ante los órganos de la OCDE (de octubre de 2008 a diciembre de 2009), la firma del acuerdo sobre privilegios e inmunidades (en mayo de 2009) y la preparación de la posición final (noviembre de 2009) fueron parte del proceso de Chile para ingresar a la OCDE³⁰. Tras la invitación de 15 de diciembre de 2009³¹, el ingreso de Chile se materializó definitivamente con la firma del acuerdo de adhesión el 11 de enero de 2010³².

Sin embargo, la adhesión no estuvo exenta de problemas. Justamente, uno de dichos inconvenientes desembocó en uno de los temas del presente trabajo. Al iniciarse el proceso, la OCDE informó a Chile que debía implementar cuatro reformas o avances en la legislación. Una de ellas se refería al cohecho en transacciones comerciales internacionales, asunto de gran importancia para todos aquellos países ya afiliados³³.

A pesar de que la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (la “Convención”)³⁴, había

²⁹ C(2007)100/Final, *Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention*, adoptado por el Consejo en la sesión n° 1163. La ‘hoja de ruta’ se puede ver en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=C\(2007\)100/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=C(2007)100/final)

³⁰ Vid. SÁEZ, Raul. “La OCDE y el ingreso de Chile”, en: *Estudios Internacionales*, Vol. 43, n° 166, 2010, pp. 93-112 y su presentación *El Proceso de Ingreso de Chile a la OCDE* en la Universidad del Desarrollo el 13 de abril de 2010.

³¹ *Invitation to Chile to join the OECD*. El discurso se puede ver en: <http://www.oecd.org/about/secretary-general/invitationtochiletojointheoecd.htm>

³² *Agreement on the Terms of Accession of the Republic of Chile to the Convention on the Organisation for Economic Co-Operation and Development*. El acuerdo se puede ver en: <http://www.oecd.org/chile/44381035.pdf>

³³ Las otras tres se referían a: **(i)** la modificación del gobierno corporativo de la Corporación Nacional del Cobre (“CODELCO”) (Ley n° 20.392 de 14 de noviembre de 2009); **(ii)** la reforma a los gobiernos corporativos de empresas privadas (Ley n° 20.382 de 20 de octubre de 2009); y **(iii)** la reforma del secreto bancario, es decir, la posibilidad de que el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) acceda a información bancaria y la posibilidad de intercambiar dicha información con otras autoridades tributarias de países Miembro de la OCDE (Ley n° 20.406 de 5 de diciembre de 2009).

³⁴ *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997. Se puede ver en:

sido aprobada por el Congreso, ratificada ante la OCDE y promulgada por el Presidente en 2001³⁵, el grupo de trabajo de la OCDE sobre esta materia encontró ciertas deficiencias en la legislación relativas a “los elementos del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, el grado de las penas aplicables, la jurisdicción en razón del territorio y de la nacionalidad”³⁶. A su vez, el grupo señaló que Chile había implementado el articulado de la Convención en forma restrictiva³⁷.³⁸ Mediante la Ley n° 20.341 de 22 de abril de 2009 se solucionaron parcialmente los problemas planteados, derogando el artículo principalmente cuestionado (250 bis A del Código Penal), creando el nuevo artículo 251 bis y ajustando las otras formas de cohecho contempladas en el Libro II, Título V, Párrafo 9° de dicho Código.

Así las cosas, quedaba pendiente solucionar el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas. A ese respecto, cabe destacar que el tenor de la Convención es el siguiente:

“Artículo 2 Responsabilidad de las personas morales

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero”.

“Artículo 3 Sanciones

http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

³⁵ La Convención fue aprobada por el Congreso el 8 de marzo de 2001 (Oficio n° 3.222 de 8 de marzo de 2001 de la Honorable Cámara de Diputados), ratificada ante la OCDE el 18 de abril de 2001 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores n° 46 de 10 de octubre de 2001.

³⁶ MERINO, José Ignacio. “Impacto jurídico del ingreso de Chile a la OCDE”, en: *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010, p. 323.

³⁷ *Ibid.*, pp. 323-324. El artículo 250 bis A del Código Penal (hoy derogado) sólo establecía la figura de “ofrecer un beneficio económico”, mientras que la Convención obligaba sancionar el “ofrecer, prometer y dar un beneficio económico o de otra clase”.

³⁸ Además, el Mensaje de las Indicaciones del Ejecutivo de 11 de junio de 2008, señala que el grupo de trabajo hizo hincapié en la falta de claridad respecto de la obtención de una “ventaja ‘indebida’” y en la necesidad de excluir la limitación que significaba la redacción de “transacciones ‘comerciales’ internacionales”. Historia de la Ley 20.341, p. 11.

1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias. La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.
2. En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.
3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de éste de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.
4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero”.

Como se puede desprender, si bien podría entenderse que la Convención preferiría las sanciones penales (párrafo 1), expresamente otorga la posibilidad a los países Miembro que no contemplan en su régimen jurídico las sanciones penales a las personas jurídicas de imponer otro tipo de sanciones igualmente eficaces, proporcionales y disuasivas (párrafo 3).

Así, basándose en la falta de discusión dentro de la dogmática nacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una solución a la criminalidad

dentro del marco de la organización empresarial³⁹ y en el entonces actual artículo 58 del Código Procesal Penal⁴⁰, bien se podría haber optado por un régimen –por ejemplo– de responsabilidad administrativa.

Sin embargo, es necesario destacar que la responsabilidad penal de las empresas no ha sido totalmente ajena a la normativa Chilena, pues –como bien señala MATUS⁴¹– podría remontarse al antiguo Decreto Ley n° 211 (“DL 211”)⁴² o a algunas propuestas del Proyecto Labatut-Silva de 1937. Incluso podríamos remontarlo –y a nuestro juicio con aún más claridad– al título V de la Ley n° 13.305 de 6 de abril de 1959⁴³.

³⁹ BOFILL, Jorge. “Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica”, en: WILENMANN, Javier (coord.), *Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su Regulación*, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 177.

⁴⁰ “Artículo 58.- Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. Este artículo deriva del artículo 39 del antiguo Código de Procedimiento Penal: “Art. 39 (59) La acción penal, sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva a las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

⁴¹ MATUS, Jean Pierre. “Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”, en: MATUS, Jean Pierre (coord.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, Editorial Jurídica, Santiago, 2011, pp. 303. También disponible en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n° 21, 2009.

⁴² El artículo 1 del Decreto Ley n° 211 de 1973 establece un delito monopólico. A su vez, el artículo tercero señala que “Tratándose de personas jurídicas y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales o las personas naturales que por ellas obraron, podrá ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado”.

⁴³ Su artículo 173 señala: “Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores.

Los cómplices o encubridores serán penados con la multa señalada en el inciso anterior.

En el caso de personas jurídicas, si se tratare de reincidencia, además de la multa señalada en el inciso primero y de la responsabilidad penal que sea imputable a sus representantes, podrá el Tribunal aplicar, como pena accesoria la cancelación de la personalidad jurídica, la revocación de la autorización

De todos modos, el primer acercamiento actual a la responsabilidad penal de las personas jurídicas pareciese situarse en la discusión del proyecto que culminó en la Ley n° 20.818 de 18 de febrero de 2015⁴⁴. Dicho proyecto buscaba modificar la Ley n° 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero, ampliando las facultades del Ministerio Público para la persecución del delito de lavado de activos y otorgándole la facultad de levantar el secreto bancario⁴⁵.

Este proyecto inicial, bastante acotado, fue transformado integralmente mediante una indicación sustitutiva total de la Presidente, la que agregó un artículo con el objeto de sancionar con medidas –muy similares a las actuales– a las empresas si es que las personas naturales condenadas por los delitos previstos en la Ley n° 19.913, en el artículo 8° de la ley n° 18.314 o en los párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal, “tuviesen además la calidad de dueños, controladores, responsables, representantes o administradores de personas jurídicas de derecho privado, cuyo órgano administrador consintió en que éstas fuesen utilizadas o involucradas, a cualquier título, total o parcialmente en la comisión de dichos ilícitos”⁴⁶. A pesar de algunas críticas⁴⁷, el Ejecutivo presentó –y la Comisión aprobó por unanimidad– una nueva indicación para suprimir el artículo en cuestión, debido a que la materia ya había sido tratada en un nuevo proyecto.

Justamente, este nuevo proyecto fue que el finalmente derivó en la Ley 20.393 y que instauró en Chile la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En lo atinente a la presente memoria, fue precisamente dicho texto normativo el que también contemplo una institución que, de ser aplicada eficazmente, podría excluir o

de existencia si se tratare de una sociedad anónima o de una agencia de sociedad anónima extranjera, o la disolución anticipada en los demás casos. La sentencia que aplique estas penas, tratándose de una sociedad anónima o comercial o de una agencia de sociedad anónima extranjera deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada en el "Diario Oficial".

⁴⁴ Número de boletín 4426-07.

⁴⁵ Como vimos, el tema del secreto bancario para efectos de ser incorporados a la OCDE, ya había sido resuelto por medio de la Ley n° 20.406 de 5 de diciembre de 2009.

⁴⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que autoriza levantamiento de secreto bancario en investigaciones de lavado de activos, boletín 4426-07, p. 42.

⁴⁷ Por ejemplo, el Diputado Arenas consideró injusto que como consecuencia de la suspensión de actividades o la disolución de la empresa, se afectara a personas naturales que no tuvieron participación en los hechos. Para el Diputado Eluchans, lo planteado podía afectar el esquema normativo penal y procesal penal. Boletín n° 4426-07, p. 57.

disminuir la responsabilidad penal de las empresas en las que se cometiere uno de los delitos descritos en el artículo 1: los programas de *compliance*.

El catálogo de delitos incluidos en la Ley 20.393 se redujo exclusivamente a los contemplados en: **(i)** el artículo 27 de la Ley n° 19.913, acerca del lavado de activos⁴⁸; **(ii)** artículo 8 de la Ley n° 18.314, sobre conductas terroristas⁴⁹; y **(iii)** artículos 250 y 251 bis del Código Penal, sobre cohecho⁵⁰.

⁴⁸ Este artículo, ampliado en el año 2015, señala que se castigará al que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley n° 20.000 (drogas); en la ley n° 18.314 (terrorismo); en el artículo 10 de la ley n° 17.798 (control de armas); en el Título XI de la ley n° 18.045 (mercado de valores); en el Título XVII de la Ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178 n° 1 de la Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley n° 17.336 (propiedad intelectual); en los artículos 59 y 64 de la ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal (funcionarios públicos); en los artículos 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 366 quinquies, 367, 374 bis (delitos sexuales), 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies (tráfico de migrantes), y los artículos 468 y 470 n° 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal (estafa), o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

⁴⁹ El artículo 8 señala que se castigará al que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2 (homicidios, lesiones, secuestro, sustracción de menores, envío de artefactos explosivos, incendio y estragos, envenenamiento, descarrilamiento de trenes, apoderamiento o atentado contra medios de transportes, atentado en contra de la vida de autoridades, bombas y asociación ilícita). Todo lo anterior, siempre que el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

⁵⁰ El artículo 250 fija que el que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248 (cohecho), 248 bis (cohecho pasivo) y 249 (cohecho agravado), o por haberla realizado o haber incurrido en ellas. Por su parte, el artículo 251 bis señala que el que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales será sancionado. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas. Finalmente también será sancionado, el que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio.

Finalmente, aunque el trámite legislativo fue sumamente expedito –por las razones que ya esgrimimos– toda discusión parlamentaria implica un importante ejercicio argumentativo, de acuerdos y desacuerdos, que dan cuenta de las distintas opiniones que diversos actores tienen sobre una ley que emerge en el panorama político-jurídico. En concreto, la discusión en el parlamento sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la forma, contenido y alcances de los programas de cumplimiento fue sumamente variada. En efecto, tal como veremos en lo que sigue, en el debate se abordaron distintos tópicos de gran interés que ya en ese entonces dejaba entrever con claridad que este tema tendría un importante desarrollo e incidencia en el futuro.

CAPÍTULO 2

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 20.393

1. Introducción

Los debates relativos a los programas de *compliance* surgidos durante la discusión parlamentaria del proyecto de ley que derivó en la Ley 20.393 (el “Proyecto”) fueron el primer síntoma ostensible que manifestó que a pesar de que en nuestro país no había un conocimiento acabado sobre los sistemas preventivos, el interés en la materia era importante.

Si bien los programas de cumplimiento no fueron el tópico principal del debate – eclipsados, por ejemplo, por la discusión acerca de la conveniencia de adoptar una responsabilidad de carácter penal o no, o de los modelos de atribución– igualmente se destacó la innovación y el aporte de éstos en la prevención de delitos al interior de las empresas. Aunque en la discusión se abordaron algunos puntos interesantes, tal como apuntó la mayoría de sus detractores, el Proyecto fue poco debatido, por lo que los exiguos tópicos analizados acerca del *compliance* no fueron mayormente desarrollados, tal como quedará de manifiesto a continuación.

No obstante, la discusión al interior del Congreso sentó, en efecto, la primera piedra sobre la que se edificaría esta relevante institución. A partir de esto, podremos apreciar cómo en los últimos años ha habido un gran desarrollo, tanto desde el mundo de la academia, como de la experiencia concreta acerca de cómo diseñar, implementar y evaluar un programa de *compliance*.

Considerando que el análisis de este capítulo se desplegará por tema y no necesariamente por orden cronológico, indicaremos la instancia –a continuación del nombre del autor– en la que la discusión tuvo lugar, ya sea en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (“CC-CD”), la Sala de la Cámara de Diputados (“S-CD”); la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (“CC-S”) o la Sala del Senado (“S-S”). Para un estudio más acabado de la evolución cronológica del articulado más relevante de esta ley, revisar el Anexo al final de la presente memoria.

2. Rol innovador de los programas de *compliance*

Enfocar el tratamiento de los delitos de manera *ex-ante* y no sólo *ex-post* significó una gran innovación para el mundo empresarial nacional. Justamente, poner los incentivos en la prevención y no en la represión fue reconocido uno de los grandes aportes del Proyecto.

El entonces académico de la Universidad de Talca, Fernando Londoño (CC-CD), resaltó que la gran innovación que se proponía respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas decía relación con los incentivos para que éstas se organizaran adecuadamente⁵¹, innovación que justamente viene dada por los programas de *compliance*. Para él, “la respuesta que entregaba el proyecto constituía el principal aporte del mismo, por cuanto (...) constituía un incentivo para la generación de modelos idóneos de organización, un llamado a la empresa para que se organizara y auto regulara a fin de actuar como un ciudadano correcto”⁵². La lógica, como bien dijo, era simple: llamar a una cooperación para evitar que se comentan ilícitos y no para reaccionar una vez que tales hechos ocurrieran; es decir, una lógica más preventiva⁵³.

De todos modos, Londoño evidenció una incipiente autorregulación ya establecida en nuestra normativa en materia de prevención de riesgos y en materia de mercado de valores (información privilegiada, manipulación bursátil y conflictos de interés)⁵⁴. La primera se encuentra incorporada en el Título VII de la Ley n° 16.744 que establece Normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales y su Reglamento (Decreto n° 40), mientras que la segunda se establece, en otros, en el Art. 170 de la Ley de Mercado de Valores⁵⁵.

En la misma dirección, el también entonces profesor de la Universidad de Talca, hoy de la Universidad de Chile, Jean Pierre Matus (CC-CD), señaló que los programas

⁵¹ Historia de la Ley 20.393, Boletín n° 6.423-07, p. 37.

⁵² *Ibíd.*, p. 38.

⁵³ *Ídem.*

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 38-39.

⁵⁵ “Artículo 170.- Los auditores externos que auditen los estados financieros de inversionistas institucionales o de los intermedios de valores, deberán pronunciarse acerca de los mecanismos de control interno que aquéllos y éstos se impongan, para velar por el fiel cumplimiento de las normas de este Título y de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 33 (...)”.

éticos o programas de regulaciones básicas al interior de una empresa en realidad no buscan condenar a éstas, sino que evitar que cometan delitos, reduciendo las oportunidades de delinquir⁵⁶. En ese sentido, Matus señaló que los instrumentos actuales de los que se valía el derecho habían demostrado ser insuficientes para evitar los delitos, por lo que el Proyecto era el primer paso para reducir las oportunidades para delinquir⁵⁷. Finalmente, estimamos relevante recalcar otra idea que resulta innovadora: el *Proyecto* “llevaría a los directores a esmerarse en que la sociedad no solamente hiciera buenos negocios sino también que no incurriera en delitos”. A nuestro juicio, esta idea es clave para la concepción del *compliance*.

Por otra parte, el diputado Jorge Burgos (S-CD) también fue claro acerca del rol innovador de los programas de cumplimiento: “la línea adoptada mediante esta iniciativa ha sido la de un sistema preventivo por sobre una sancionatorio meramente represivo. Se quiere prevenir la ocurrencia de esos hechos, no sólo reprimir”⁵⁸. Así, se estaría buscando instar a implementar sistemas que permitan a la empresa detectar tempranamente conductas delictivas.

Por su lado, la diputada Laura Soto (S-CD) estimó que la incorporación de los modelos de prevención de delitos era algo muy positivo⁵⁹. A su vez, para el diputado Enrique Jaramillo (S-CD), el rol de la auto regulación concilia la libertad de emprendimiento con la responsabilidad que les compete a las personas jurídicas en el respeto a la fe y orden público⁶⁰, línea ya señalada por Matus –como revisamos– y por el mismo mensaje del Proyecto: “el establecimiento de una normativa que permita responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos señalados servirá como una verdadero aliciente para que éstas adopten medidas de autorregulación, logrando de esta forma armonizar los principios de libertad empresarial económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público”⁶¹.

A su vez, el entonces Subsecretario General de la Presidencia, Edgardo Riveros (CC-S) también destacó el seguimiento de la línea de un modelo preventivo más que

⁵⁶ Historia de la Ley 20.393, Boletín n° 6.423-07, p. 47.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 128.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 135.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 142.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 8.

sancionatorio: “toda persona jurídica deberá mantener la dirección y supervisión de su organización y evitar que hechos delictivos se comentan en su interior”⁶².

En una nueva intervención de Jean Pierre Matus (CC-S), éste señaló que los modelos constituyen “el núcleo del proyecto de ley y su mayor fortaleza”⁶³. En el mismo sentido el abogado Ciro Colombara (CC-S), quien resaltó que la lógica esencial y novedosa del proyecto no es sancionar sino que prevenir⁶⁴.

René Muga (CC-S), de la Confederación de la Producción y el Comercio, enfatizó en que los programas de compliance se transformarían en “un incentivo de gran valor, llevar adelante estas sanas políticas de autorregulación sobre la base de un enfoque preventivo tratando o privilegiando más bien que los delitos no se cometan más allá de las sanciones que se apliquen por su comisión”⁶⁵. Muga también destacó la combinación de libertades con la de responsabilidad⁶⁶.

Finalmente, durante la discusión en Sala del Senado, se volvió a recalcar el asunto. Mientras que Carlos Hoffmann (S-S) señaló que “uno de los aspectos más llamativos de la iniciativa es que no sólo busca la represión de los delitos referidos, sino que también propone una forma para prevenirlos, lo que resulta muy importante”⁶⁷, Andrés Chadwick (S-S) recalcó que “el énfasis del proyecto –es bueno recordarlo– no está puesto tanto en la sanción, sino, fundamentalmente, en una visión de prevención del delito”⁶⁸.

Como pudimos advertir, el rol innovador de los programas de cumplimiento fue ampliamente destacado por políticos y académicos. El enfoque preventivo materializado en una autorregulación y autoorganización de las empresas se recalcó no sólo como un avance en política criminal, sino que también como una buena manera de reconocer la importancia de aumentar los estándares de exigencia legal a las personas jurídicas.

⁶² *Ibíd.*, 177.

⁶³ *Ibíd.*, p. 203.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 205 y 207.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 222.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 221.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 357.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 365.

En nuestra opinión, la discusión reveló que el creciente interés en los programas de *compliance* se debió tanto a la premura requerida en la tramitación del Proyecto como a la concepción –propia de la sociedad post-industrial en la que vivimos– de que el privado organizado corporativamente tiene tal relevancia en la sociedad, que los efectos por la comisión de un delito en su interior, exigía regular con un enfoque distinto y novedoso –no solamente mediante sanciones– la lucha contra la criminalidad organizada.

3. Alcance de los programas de *compliance*. Ampliación del catálogo de delitos de la Ley 20.393

El reducido catálogo de delitos incorporados al Proyecto fue parte de uno de los debates más intensos en relación al *compliance*. Como vimos, incluso hoy en día es tópico de discusión en nuevos proyectos.

La profesora de la Universidad de Chile y Directora de la Unidad de Asesoría Jurídica y de la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público, Marta Herrera (CC-CD), señaló que podía estudiarse la posibilidad de incluir figuras como fraude al fisco, negociación incompatible y violación de secretos, así como otras áreas como la salud pública y el medio ambiente⁶⁹.

René Abeliuk (CC-CD), destacado civilista de la Universidad de Chile, consideró positivo el Proyecto, por cuanto los delitos que sancionaba guardaban relación con el fenómeno de la globalización. De todos modos, no creía que en el país existieran grandes organizaciones delictuales dedicadas al lavado de dinero o al narcotráfico – éste último normalmente ligado al financiamiento del terrorismo– por lo que creía que la inclusión de aquel delito no fuera de gran importancia⁷⁰.

En la misma línea, Fernando Londoño (CC-CD) señaló incluso que la “iniciativa no tendría justificación” si sólo alcanzaba el lavado de activos, financiamiento al terrorista y cohecho, los cuales son raramente cometidos por las empresas. Para él, debían incluirse delitos económicos como el uso de información privilegiada, las falsificaciones, el fraude al Fisco y aquellos que afecten el patrimonio del Estado⁷¹.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁷¹ *Ibid.*, p. 40.

A su vez, para Miguel Soto (CC-CD), profesor de la Universidad de Chile, no podía establecerse responsabilidad de la persona jurídica para todos los delitos, pero creía que había otras conductas tanto o más reprobables que las tres del Proyecto, como las comprendidas en la criminalidad de las empresas, la delincuencia medioambiental y los carteles⁷².

El profesor de la Universidad Católica, Juan Carlos Dörr (CC-CD), detractor del Proyecto, señaló que en realidad éste sancionaba más de tres delitos, pues el artículo 27 de la Ley n° 19.913 incluía a su vez los comprendidos en la ley n° 19.366 o Ley de Drogas; en la ley n° 18.314, que determina las conductas terroristas; en el artículo 10 de la ley n° 17.798, sobre Control de Armas, en el Título XI de la ley n° 18.045, sobre Mercado de Valores y otros⁷³. En este mismo sentido informó el académico de la Universidad de Chile, Jorge Bofill (CC-CD), quien sin embargo no descartó una ampliación del catálogo⁷⁴.

Jean Pierre Matus (CC-CD) estimó que los alcances del Proyecto eran reducidos, por existir otros ámbitos en que se podían cometer delitos muy graves, como la contaminación ambiental o la salud pública⁷⁵.

Por otra parte, tanto los diputados Araya, Schilling y de Urresti, como Pascal con este mismo último (CC-CD), presentaron sendas indicaciones con el objeto de ampliar el abanico de delitos⁷⁶. Para Araya parecía “inadecuado limitar sus alcances

⁷² *Ibíd.*, p. 42.

⁷³ *Ibíd.*, p. 45.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 50.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 48.

⁷⁶ (i) La primera de ella buscó también sancionar en los caso de los de los artículos 168 y 171 de la ley n° 16.464 que sancionan la negación injustificada de ventas o la prestación de un servicio por parte de productores o comerciantes y el pago de sueldos o salarios inferiores al fijado por la autoridad; los de los artículos 28, 52, 61 y 67 de la ley n° 19.039, sobre propiedad industrial; los de los artículos 79, 80, 81 y 81 ter de la ley n° 17.366, sobre propiedad intelectual; los de los artículos 59,60, 61 y 63 de la ley n° 18.045, sobre mercado de valores; el del artículo 134 de la ley n° 18.046 sobre sociedades anónimas; los de los artículos 110 y 141 de la Ley General de Bancos; los de los artículos 135, 135 bis, 136, 136 bis y 137 de la Ley General de Pesca y Acuicultura; el del artículo 103 del decreto n° 3.500, infracciones a la obligación de reserva sobre los documentos y antecedentes de la Comisión Clasificadora; el del artículo 13 de la ley n° 17.322, sobre cobranza judicial de cotizaciones; los de la ley n° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática; los de los artículos 138 y 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; el del artículo 97 del Código Tributario; el del artículo 118 del Código de Minería; los de los artículos 250 y 251 bis A (cohecho) del Código Penal y los previstos en los párrafos 4°, 5°, 6°, 7°, 9° y 14° del Título VI del Código Penal que tratan de los embarazos a la ejecución de trabajos públicos; a

solamente a tres delitos en circunstancias que existía una serie de otros ilícitos de perpetración bastante más frecuente⁷⁷. Araya reconoció que el debate académico en nuestro país aún era escaso, pero que, por ejemplo, en la doctrina española se podían constatar la ausencia de razones de fondo para descartar la ampliación. A su vez, el asesor Aldunate señaló que la postura de Arata respondía a la posición de extender, en virtud de la idea de igualdad, la responsabilidad penal “a todos aquellos segmentos cuya operatividad real se encontraba fuera del sistema penal”⁷⁸.

De todos modos, finalmente las ampliaciones se rechazaron en ambos casos por 2 votos a favor y 7 en contra. Por el escaso debate académico, más razones de prudencia, el diputado Burgos (CC-CD) –apoyado por Soto, Ceroni y Harboe– aconsejó “empezar con pocos delitos y, luego, de un tiempo de aplicación, podría ampliarse el catálogo sobre la base de la experiencia recogida”⁷⁹.

Tanto Burgos como Araya (S-CD) insistieron sobre sus posturas durante la discusión en sala. El primero señaló que la responsabilidad penal no se aplicaba respecto de todo el catálogo de delitos del Código Penal de una sola vez, sino que establecería el gradualismo, es decir, empezando “por aquello que se pide internacionalmente y que parece necesario para adoptar acuerdos y para ver el funcionamiento de una reforma tan estructuras como ésta”⁸⁰. En ese sentido, siguió recalcando su convicción de que la progresión, el gradualismo, es el camino más seguro. Ejemplo de ello es el caso italiano, que empezó con sólo un delito y con el pasar de los años fue incorporando nuevos ilícitos al catálogo⁸¹.

Por su lado, el segundo afirmó que el avance fue bastante tímido, dado que el catálogo de tres delitos no era suficiente, omitiendo ilícitos relacionados con el

los crímenes y simples delitos de los proveedores; loterías y juegos prohibidos; crímenes y simples delitos relativos a la industria, el comercio y a las subasta públicas; los relativos a la salud animal y vegetal; los relativos a los crímenes y simples delitos contra la salud pública; los previstos en los párrafos 4, 6, 7, 8 y 9 del Título IX del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad, y los cuasidelitos previstos en el Título X del Libro II del mismo Código. (ii) La segunda indicación se refería al inciso primero los delitos ya mencionados de la ley n° 18.892, general de pesca y acuicultura; los de los artículos 30 y 31 de la ley n° 19.473, sobre caza, y los de los artículos 43, 46 y 47 de la ley n° 18.302, sobre seguridad nuclear.

⁷⁷ Historia de la Ley 20.393, Boletín n° 6.423-07, p. 59.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 60.

⁷⁹ *Ídem.*

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 125.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 126.

mercado de valores, la Ley General de Urbanismo y Construcción y con el medio ambiente, pues que la figura es la misma, es decir, personas jurídicas que se utilizaron para la comisión del delito y para obtener un provecho económico⁸². Así, la ampliación es necesaria “pues la señal es la misma: desbaratar las redes delictuales que se construyen con entes jurídicos formales, que actúan dentro de las instituciones jurídicas y que gestionan comercialmente determinadas actividades”⁸³.

El diputado Burgos (S-CD) concordó con la ampliación del catálogo de delitos. Sin embargo, el diputado destacó los problemas aparejados en ciertos casos en el que el delito aún no había sido correctamente tipificado: “por ejemplo, ¿alguien puede sostener en Chile que los delitos medioambientales están clara y precisamente configurados?”⁸⁴. Así, Burgos fue partidario del gradualismo, inclinándose por una posterior revisión en la práctica.

Finalmente, la discusión en sala presentó otra indicación similar las de Araya, Schilling, de Urresti⁸⁵, la que fue rechazada con 51 votos en contra, 6 abstenciones y 49 a favor. El artículo 1 inciso primero original, fue aprobado por 61 votos a favor y 47 abstenciones.

⁸² *Ibid.*, pp. 138-139.

⁸³ *Ibid.*, p. 139.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 144.

⁸⁵ “La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314, en los artículos 168 y 171 de la ley N° 16.464, en los artículos 28, 29, 52, 61 y 67 de la ley N° 19.039, sobre propiedad industrial, en los artículos 79, 80 y 81 de la ley N° 17.366, sobre propiedad intelectual, en los artículos 59, 60, 61, 62 y 63 de la ley N° 18.045, ley de Mercado de Valores, artículo 134 de la ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, artículo 110 del decreto con fuerza de ley N° 252, represivo de delitos concernientes a las actividades bancarias, en los artículos 135 y 136 del decreto N° 430, que fijo el texto refundido de la ley N° 18.892, general de pesca y Acuicultura, en el artículo 103 del decreto ley N° 3.500, el artículo 13 de la ley N° 17.322, sobre normas de cobranza judicial de cotizaciones, en la ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, el artículo 97 del Código Tributario, el artículo 118 del Código de Minería, en los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal, y los previstos en el Título IV del Código Penal, los previstos en los párrafos 3° (rotura de sellos), 4° (embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos), 5° (crímenes y simples delitos de los proveedores), 6° (loterías y juegos prohibidos), 7° (relativo a crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas), 9° (relativo a la salud animal y vegetal), 14 (relativo a crímenes y simples delitos contra la salud pública), del Título VI del Código Penal y los previstos en los párrafos 1 a 9 del Título IX del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad; el Título X del Libro Segundo del Código Penal, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad legal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas”.

María Inés Horvitz (CC-S), profesora de la Universidad de Chile, –a pesar de no estar totalmente convencida de la utilidad del Proyecto– también criticó la no inclusión de delitos mucho más graves e incluso cuestionó la utilidad de los delitos comprendidos⁸⁶. Por otra parte, Ciro Colombara (CC-S) también señaló que se deberían haber incluido más delitos económicos, pero a la vez señaló que el sistema penal tenía limitaciones y deficiencias graves para hacerse cargo de los delitos económicos⁸⁷.

A su vez, Bofill (CC-S) señaló que era muy probable que la aplicación de la ley se ampliara a otros ilícitos y que así “este sistema termine siendo el estatuto chileno general de responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁸⁸. Sin embargo, para ello se necesitaría abordar la materia de forma sistemática, coherente e integral. Esto no se cumpliría, por ejemplo, si en otras materias, conductas como las contempladas en el proyecto, son sancionadas por Superintendencias o tribunales especiales, como el caso del DL 211 o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o la de Valores y Seguros (“SVS”).

El Ministerio Público (CC-S) también insistió en que deberían considerarse otras figuras delictivas, como las que afectan a la salud pública, el medio ambiente, el patrimonio y otros delitos de corrupción⁸⁹. Como bien señala el Ministerio Público, las razones para mantener el catálogo reducido no se debe a razones dogmáticas o racionales, sino que por razones práctico-estratégicas, por lo que el debate se mantiene plenamente vigente⁹⁰.

Sin que se hayan expresado razones, el Senado aprobó reemplazar en el inciso primero del artículo 3, los vocablos “averiguación” y “penas” por “investigación” y “sanciones”, respectivamente. Recordemos que en el caso de “sanciones”, así se había sido expresado en el Proyecto original, pero había sido modificado por la Cámara de Diputados.

Finalmente, el diputado Harboe (S-CD), durante el tercer trámite constitucional, reiteró la necesidad de pensar en ampliar el catálogo de los delitos en el futuro, como

⁸⁶ Historia de la Ley 20.393, Boletín n° 6.423-07, p. 191.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 206-207.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 209.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 226.

⁹⁰ *Ídem.*

en los casos de daño ambiental y vulneración a los derechos de propiedad intelectual⁹¹.

En conclusión, el reconocimiento del aporte que sería incorporar a las personas jurídicas como sujetos susceptibles de ser responsables penalmente por los delitos de cohecho de funcionario público, lavado de activos y financiamiento al terrorismo fue unánime. Sin embargo, la preocupación por la eventualmente escasa aplicación de la Ley 20.393 fue un tema recurrente en la discusión en sus distintas etapas. En tal sentido, vimos que se indicaron otras transgresiones que se consideró importante incluir en el Proyecto, las que –sin perjuicio de que no resultaron agregadas al texto definitivo– dieron cuenta de una inquietud más que justificada.

Destacamos este apartado pues nos permite reconocer que la actual Ley 20.393, al incluir solamente los tres ilícitos ya nombrados, es limitada en sus alcances considerando el amplio catálogo de trasgresiones que se pueden cometer en el seno de una empresa y que pueden ser entendidas como penalmente reprochables. Sin embargo, estimamos que normar todos los posibles delitos que hagan responsables a las personas jurídicas únicamente en dicha Ley resulta injustificado, toda vez que, a partir del objetivo genuinamente perseguido –sancionar penalmente a las empresas y prevenir riesgos normativos mediante la implementación de un programa de cumplimiento– éste también se lograría eficazmente incluyendo otros delitos en nuevas leyes o modificando las ya existentes.

4. Recepción normativa de un programa de *compliance*: ¿dónde se debe fijar su contenido?

Más allá de señalar que la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas descansa, entre otros, sobre el supuesto de “incumplimiento, por parte de la persona jurídica, con su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito”⁹², el Mensaje Presidencial no repara en los programas de cumplimiento. Como vimos en el capítulo 1, el Mensaje tiene un claro enfoque hacia la importancia de la incorporación de Chile en la OCDE.

Sin embargo, creemos que el primer reconocimiento legal de los *compliance* merecía un análisis más profundo y acabado. De todos modos, parece que el Ejecutivo quiso

⁹¹ *Ibid.*, p. 395.

⁹² *Ibid.*, p. 9.

evitar esta materia, pues el artículo 4 original dejaba la regulación del diseño y supervisión de los modelos para prevenir los delitos a un “reglamento” dictado por Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Hacienda, “el que podrá realizar distinciones por categoría, tamaño y complejidad organizativa de las distintas personas jurídicas”⁹³. Además, el artículo señalaba que “dicho reglamento establecerá los estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta delictiva; el ejercicio de una supervisión eficiente por parte de la dirección de la persona jurídica; la evaluación permanente del cumplimiento de la finalidad y los mecanismos que permitan el anonimato y la confidencialidad, a objeto de asegurar que los miembros de la persona jurídica puedan informar respecto de conductas delictivas presentes o potenciales”⁹⁴.

Para Fernando Londoño (CC-CD), el artículo 4 original no contenía una especie de ley penal en blanco “por cuanto su contenido sería similar a los criterios valorativos aplicados por los jueces para juzgar la corrección de un determinado acto médico, materia sobre la que no hay norma que regule los requisitos exigibles”⁹⁵.

Para Miguel Soto (CC-CD), en cambio, si el modelo de responsabilidad que adoptaba la ley era el de defecto de organización, la base de tal modelo y sus presupuestos fundamentales deberían estar en la ley y no un reglamento, el que –de todos modos– podía ser complementario⁹⁶.

Por su parte, Jorge Bofill (CC-CD) estimó que lo relativo al Ministerio de Hacienda parecía vago. Para él, las directrices debían ser más completas, a fin de evitar una ley penal en blanco⁹⁷. Para Gonzalo Medina (CC-CD), de la Universidad de Chile, también se debía establecer por ley los modelos de organización, pues si su correcta aplicación podía llevar a desaparecer toda responsabilidad de la empresa por el delito, resultaba necesaria su regulación legal, independiente de la flexibilidad que se quisiera otorgar a tales modelos⁹⁸.

Durante la discusión en particular de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el diputado Burgos, considerando las críticas realizadas, señaló que “se

⁹³ *Ibíd.*, p. 12.

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 38.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 42.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 51.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 54.

había estimado como algo esencial la tipificación del delito, la fijación del modelo organizativo, por cuanto ello evitaría la antijuricidad de la conducta de la persona jurídica. Asimismo, se había coincidido en que los tres o cuatro criterios o directrices generales que entregaba el proyecto para la determinación del modelo, no podrían ser materia de un decreto supremo sino que debía, como parte de la conducta sancionada, figurar su descripción en la ley, a riesgo de incurrir en un vicio de constitucionalidad⁹⁹. Así, junto a los diputados Soto, Ceroni, Harboe y Schilling presentaron una indicación sustitutiva. La nueva redacción, que también tomó una indicación del Ejecutivo acerca del inciso final (a su vez basada en la parte final de una propuesta de los diputados Cardemil y Cristián y Nicolás Monckeberg) fue aprobada por 7 votos a favor y 3 en contra.

Por su parte, la Corte Suprema –al informar favorablemente sobre el Proyecto– reconoció que había existido una notoria mejora en éste. Mientras que el original sólo se limitaba a disponer la dictación de un decreto supremo, el nuevo se establecía y regulaba un sistema para la prevención de delitos¹⁰⁰. A su vez, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado estimó que de las enmiendas realizadas lo más relevante en cuanto al fondo fue la consagración de un programa de *compliance*, que antes estaba encargado a un reglamento¹⁰¹.

Para María Inés Horvitz (CC-S), la entrega de lo relativo a los deberes de vigilancia a un reglamento pugnaba con el principio de legalidad, pues involucraba “conceptos como responsabilidad, culpa y eximentes”¹⁰².

Finalmente, el Ministerio Público (CC-S) también señaló que la remisión a un reglamento generaba dudas de constitucionalidad, pues podría dar lugar a una calificación de ley penal en blanco¹⁰³.

En suma, pensamos que la importancia de la discusión previamente expuesta radica en que, por la relevancia del tema debatido y la posibilidad de generar una ley penal en blanco, la recepción normativa más *ad hoc* para los modelos preventivos o de cumplimiento fue la legal en perjuicio de la reglamentaria. No obstante lo anterior, veremos que los elementos del *compliance* –sea que se contengan más generalmente

⁹⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 192-193. También ver p. 195.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 227.

en una ley o más detalladamente en un reglamento– nunca podrán ser considerados como un estándar fijo máximo, pues siempre deben adaptarse a la realidad de cada persona jurídica.

5. Contenido de un programa de cumplimiento

Habiendo decidido que el contenido de los programas de *compliance* debía ser fijado por ley, cabe preguntarse acerca del contenido del programa en sí.

Como señalamos, si bien Fernando Londoño (CC-CD) estimó que el Proyecto Original no constituía una ley penal en blanco, creyó necesario detallar más el contenido de los programas de cumplimiento, establecer impunidad para los denunciantes y fijar códigos de conducta. Además, manifestó la necesidad de clarificar mejor el rol de Hacienda, en el sentido de si sólo propondrían modelos de organización o si sólo los supervisaría¹⁰⁴.

René Muga (CC-S) resaltó la creación del “encargado de prevención” dentro del modelo, quien contaría con una autonomía para actuar en el ejercicio de sus funciones con la suficiente independencia. El representante de la Confederación de la Producción y el Comercio señaló que la incompatibilidad entre el encargado de prevención y el de contralor o auditor interno, evitando una carga mayor para las empresas y permitiendo un uso adecuado de sus recursos humanos¹⁰⁵. En el sentido contrario opinó el Ministerio Público (CC-S), el que consideró que el auditor interno ejerce un control “sobre todos los procedimientos que existan en una determinada persona jurídicas y entre ellos, también, aquellos relacionados con el buen cumplimiento de las labores del encargados de prevención”¹⁰⁶.

Por otra parte, Muga promovió un modelo de *compliance* que combine el menor costo para las personas jurídicas y la mayor eficacia (entendida como el menor riesgo de comisión de delitos)¹⁰⁷. Como vimos en el Capítulo 1, los costos de implementar un programa de cumplimiento también fueron un problema en Estados Unidos.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 222.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 227.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 223.

Para Muga, una alternativa sería dejar las mismas empresas la libertad de buscar la forma más ajustada a sus propias estructuras y organización¹⁰⁸. Como señalamos, un programa es un ‘traje a la medida’, por lo que cada persona jurídica sería la más apta para implementar el *compliance* que más le convenga.

Sin embargo, estimamos que una absoluta libertad, sin ningún tipo de pauta o requisitos mínimos, generaría una gran dificultad de análisis, puesto que el juez tendría que estudiar de sobremanera una empresa para saber si el programa implementado resultó eficiente de acuerdo a su realidad. A su vez, sin parámetro de guía alguno, sería difícil sostener que a pesar de haberse cometido un delito, un programa fue eficiente y correctamente aplicado, lo que desincentivaría su implementación.

Por otra parte, Muga señaló que una segunda alternativa era la recogida en el proyecto: “un modelo de prevención definido en la ley y cuya efectividad no será determinada por la comisión o no de delitos en su beneficio sino la adecuada conformidad a la ley del citado modelo, que permitiría a la empresa mostrar en un proceso judicial, que se tomaron todos los resguardos debidos (...)”¹⁰⁹.

Al respecto, no consideramos que la efectividad de un programa de *compliance* se base sólo en la conformidad a la ley, pues ésta sólo da parámetros generales de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión y algunas definiciones de carácter más bien mínimas. Así, dentro de cada tópico, se deberá medir la eficiencia al caso en particular en el funcionamiento del sistema preventivo. Lo anterior, si bien genera dificultades de análisis (al igual que en el caso de una libertad absoluta en cuanto a los elementos), consideramos que en esta alternativa son las dificultades normales a las que debe enfrentarse cualquier juez.

Entendemos y compartimos el hecho de que los programas de cumplimiento son verdaderos ‘trajes a la medida’. En ese sentido, no existe un programa ‘tipo’ que pueda ser automáticamente adoptado por todas las empresas, sino que cada una – conociendo su estructura interna, su funcionamiento y los riesgos en su rubro particular, entre otros– debe diseñar un programa propio que satisfaga sus necesidades particulares. Así, los lineamientos de la ley sirven sólo como criterios

¹⁰⁸ *Ídem.*

¹⁰⁹ *Ídem.*

generales o una base mínima sobre la cual desarrollar un programa de cumplimiento completo y eficiente.

6. ¿Quién debe decidir finalmente acerca de la eficacia de un programa de cumplimiento?

En relación a este punto se discutió muy someramente sobre la necesidad de contar con certificadores de los programas de cumplimiento y el rol que tendrían los tribunales de justicia a la hora de analizar la calidad de éstos.

Fernando Londoño (CC-CD), acerca del Proyecto Original, manifestó la necesidad de clarificar mejor el rol de Hacienda, en el sentido de si sólo propondrían modelos de organización o si sólo los supervisaría¹¹⁰.

Bofill (CC-CD) señaló que como los órganos públicos penales eran los que determinaban si existía o no responsabilidad penal por parte de la empresa, ellos mismo eran, en definitiva, los llamados a decidir sobre la calidad de la organización empresarial¹¹¹.

De todos modos, para Bofill, no se podía suponer que éstos tendrían la experiencia o el conocimiento técnico necesario para determinar si la empresa de encontraba bien o mal organizada, siendo, la SVS un órgano que daría mayores seguridades para aplicar criterios de racionalidad y experiencia al determinar la suficiencia o no de la organización. Volvió a reiterar el punto en la Comisión de Constitución del Senado¹¹².

De la mano, Horvitz (CC-CD) destaca lo curioso de la eximente. Si el modelo de prevención hubiese sido realmente adecuado no se habría cometido el delito. Así, “será muy relevante el control que se mantenga de los mecanismos de prevención, de manera de verificar que ellos sean realmente eficientes y, de esa forma, pueda la empresa legítimamente exculparse de responsabilidad penal”¹¹³. Para ella, habría que definir cuidadosamente si se va a tratar de un órgano unipersonal, uno colegiado o una Superintendencia, para que “verdaderamente esos modelos cumplan su

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 51.

¹¹² *Ibid.*, p. 212.

¹¹³ *Ibid.*, p. 192.

función preventiva y no se reduzcan simplemente a medidas cosméticas que se cumplen formalmente, que no evitan la comisión de delitos, pero que habilitan a la empresa para excusar su responsabilidad penal”¹¹⁴.

Si bien es cierto lo señalado acerca de la experiencia a que se refería Bofill, estimamos que igualmente los órganos penales van a tener que analizar la calidad de la organización, independientemente de que existan certificadores. De estimar lo contrario, la tarea de los tribunales de justicia se volvía casi vana, pues el análisis del requisito de atribución sería dado a un órgano ajeno, quedando el tribunal completamente sujeto a su decisión.

En definitiva, suscribimos con la idea de que son los tribunales los que, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica, deben examinar en concreto los antecedentes particulares la causa que permitan comprobar si la persona jurídica imputada, aún teniendo un programa de *compliance* implementado, cumple adecuadamente con sus deberes de dirección y supervisión. En otras palabras, la prerrogativa de determinar la culpabilidad de una persona lógicamente debe radicarse en un tribunal, independientemente de que existan instituciones –en este caso, las empresas certificadoras y la SVS– que participen directa e indirectamente en los programas de cumplimiento.

7. ¿La implementación de los programas de cumplimiento es voluntaria u obligatoria?

En un principio, la naturaleza de la aplicación de los programas de *compliance* no era clara. Tal como señaló Axel Buchheister (CC-S) del Instituto Libertad y Desarrollo, de acuerdo al silencio del entonces vigente artículo 4, la aplicación de los programas sería obligatorio, pero a su vez, considerando los artículos 3 y 7 letra c, la aplicación sería voluntaria.

Para Buchheister, la última opción es la que parecía razonable, debido a los costos y rigideces que puede suponer la aplicación de dicho modelo: “el empresario o administrador de la persona jurídica bien puede decidir no incurrir en aquéllos al evaluar que el riesgo de incurrir en responsabilidad es bajo o nulo. En la gran

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 193. Ver también p. 195.

mayoría de las entidades, basta una instrucción superior prohibiendo –por ejemplo– el cohecho para que sea debidamente cumplida”¹¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que tendría que haber ciertas excepciones a la voluntariedad relativas a ciertas actividades como bancos, grandes exportadores o grandes contratistas del sector público¹¹⁶.

Luego, durante la votación, Andrés Chadwick (CC-S) preguntó si la adopción de los programas sería voluntaria, a lo cual el Ejecutivo respondió afirmativamente. Por ello, solicitó que así se explicitase en el texto, para evitar interpretaciones en contrario¹¹⁷.

Por su parte, el diputado Burgos (S-CD) denunció un intento de “suavizar la responsabilidad en las empresas”, por cuanto la adopción de los programas de cumplimiento se dejó como meramente potestativo, al igual que sobre la certificación del modelo de prevención¹¹⁸. Harboe (S-CD) opinó lo mismo, lamentando la laxitud aplicada por el Senado¹¹⁹.

Aunque ahondaremos sobre este punto en el Capítulo 5, estimamos necesario anticipar ésta discusión, pues indica que la obligatoriedad de la implementación de un programa de *compliance* era considerada trascendental por algunos. En efecto, aunque en definitiva la Ley 20.393 solamente estableció como voluntaria la instauración de un sistema preventivo, por el creciente interés que ha habido en la implementación de éstos en variadas empresas nacionales y por la última reforma del Código Penal español, país referente en esta materia, creemos que en el futuro se volverá a discutir sobre este asunto.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 219.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 219-220.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 245.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 393.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 397.

CAPÍTULO 3

ELEMENTOS DOGMÁTICOS PREVIOS AL ESTUDIO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

1. Introducción

El vertiginoso mundo de los negocios siempre ha ido cambiando más rápido que la legislación en la que se sustenta. La manera en que la globalización y la tecnología han influido en la forma de hacer negocios ha materializado un complejo escenario de instrumentos y relaciones mercantiles, escenario en el que la comisión de delitos ha sabido penetrar de buena manera. Es en este devenir vertiginoso y cambiante, propio del ámbito comercial, en el que se sitúa la problemática que, en parte, los programas de cumplimiento intentan remediar: ¿cómo mantener una cultura empresarial transparente y limpia?

Bien es conocida aquella afirmación que atribuye a la economía de mercado el bienestar que hemos gozado desde la década de los años 40. Sin embargo, junto al crecimiento sostenido que muchos países han tenido en su PIB –en el que Chile es un claro ejemplo– las crisis financieras que han traspasado las fronteras de las potencias mundiales, los escándalos de corrupción política y la criminalidad organizada han mantenido un patrón en común: la desregulación.

En este contexto empresarial, aquel en que la regulación siempre viene tras algún escándalo de notoriedad pública, es donde Chile se ha situado en los últimos años. En efecto, cada vez escuchamos con más frecuencia en la prensa sobre los delitos ‘de cuello blanco’ y de sus respectivas consecuencias. Junto con ello, cada vez nos decepcionamos más del Estado por la insuficiencia de leyes y de estrategias político-criminales con miras a evitar que la criminalidad ‘de cuello blanco’ actúe impunemente¹²⁰.

Antes de analizar los programas de cumplimiento propiamente tales, consideramos fundamental examinar el artículo 3 de la Ley 20.393, toda vez que, a partir de dicho análisis legal, **(i)** se entenderán cabalmente las razones por las que una persona

¹²⁰ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 5.

jurídica adoptaría eventualmente un programa de cumplimiento; y **(ii)** se comprenderá cuál es la norma a partir de la cual se desprende esta nueva institución preventiva.

2. El artículo 3 de la Ley 20.393

Tal como adelantamos, si bien no es el foco de nuestra investigación, el estudio del artículo 3° de la Ley 20.393 resulta relevante como un primer acercamiento a los programas de *compliance*, pues nos permite comprender por qué una persona jurídica estaría interesada en implementar un programa preventivo.

“Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

De la transcripción anterior podemos desprender que los elementos dogmático-legales tratados en el artículo 3° serían los siguientes:

- a. Presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas
- b. Sistema dogmático de imputación
- c. Concepto de deberes de dirección y supervisión

A continuación analizaremos cada elemento.

2.1. Presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas

Como regla general, para imputar penalmente a una persona, sea natural o jurídica, se deben cumplir con aquellos elementos objetivos y subjetivos del tipo que permiten establecer indubitadamente la comisión del delito. En ese sentido, sólo cuando se den tales presupuestos va a ser posible perseguir penalmente a una persona. Recordemos que el delito es “una acción u omisión típica, antijurídica y culpable”, por lo que no habría delito sin culpabilidad¹²¹.

En el caso específico de las personas jurídicas, es del tenor literal del artículo 3° de donde podemos desprender los presupuestos para perseguirlas penalmente. Pasemos a revisarlos a continuación.

- a) **Delitos.** En primer lugar, la comisión de sólo ciertos delitos puede conllevar la responsabilidad de una persona jurídica. Aquéllos son los que expresamente señala el artículo 1 de la Ley 20.393, a saber: **(i)** los delitos del artículo 27 de la ley n° 19.913; **(ii)** del artículo 8 de la ley n° 18.314; y **(iii)** de los artículos 250 y 251 bis del Código Penal. La comisión de cualquier otro delito cae fuera de la esfera de la Ley 20.393.
- b) **Sujetos activos.** En segundo, la comisión del hecho punible deber ser llevado a cabo por alguna de las personas que la propia ley determina, a saber: **(i)** dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión; o **(ii)** los trabajadores que están directamente supervisados por las personas naturales antes mencionadas.

¹²¹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Parte General, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 211.

- c) **Beneficio.** En tercer lugar, el hecho ilícito debe ser cometido directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica. *A contrario sensu*, tal como explicita el inciso 4º, podemos aseverar que si la persona natural actuó exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero, no se configuraría el tipo penal y, por ende, la persona jurídica no podría responder penalmente.
- d) **Deberes de dirección y supervisión.** El cuarto y último presupuesto incorpora el incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. Es justamente la infracción de los deberes de vigilancia lo que se le reprocha al ente moral y por lo que debe responder penalmente: no haber ejercido los deberes de dirección y supervisión para evitar la comisión de delitos en su seno. El mismo artículo destaca que los deberes de supervisión y vigilancia se entenderán cumplidos si, con anterioridad a la comisión del delito, la entidad supo implementar modelos de organización y supervisión que permitiesen prevenir el ilícito, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º.

Hasta aquí hemos descrito cuáles son los presupuestos que deben darse para la atribución de la responsabilidad penal de aquella empresa en la cual –bajo su alero, por su desorganización en la prevención normativa– se ha cometido un delito¹²². En lo que sigue, tendremos como tarea explicar el tratamiento dogmático y la materialización legal del sistema de imputación elegido por el legislador, el cual fundamenta la persecución penal de las personas jurídicas.

2.2. Sistema dogmático de imputación

Si bien no es el objetivo de nuestra memoria, resulta importante referirnos –someramente– acerca del modelo dogmático de imputación que nuestro país adoptó, con el fin de comprender de mejor manera los desafíos que tendrá el legislador a futuro para fortalecer la persecución y prevención del delito penal en las personas jurídicas.

¹²² En el mismo sentido, ORTÚZAR, Andrés. “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley n° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, p. 233.

El inciso primero del artículo en comento establece novedosamente para la legislación penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²³. Sin embargo, sabemos que cuando el legislador establece definitivamente esta responsabilidad penal, también debió contemplar, al momento de discutir el respectivo Proyecto, un modelo dogmático (con sus respectivos argumentos jurídico-filosóficos) en el cual sustentar este significativo avance, más o menos desconocido hasta ese entonces.

Tal como vimos en la introducción del Capítulo 2, la discusión parlamentaria no estuvo exenta de discrepancias sobre, en primer lugar, determinar si era posible sancionar penalmente a una persona jurídica y, en segundo lugar, en relación al modelo que, según las experiencias en el derecho comparado, nuestro país debía adoptar para su conveniencia.

Como dijimos, no es objeto de esta memoria ahondar en los argumentos esgrimidos para elegir uno u otro modelo, ni tampoco detallar cada uno de ellos, pero –como paso previo necesario para llegar al estudio de los programas de cumplimiento– nos referiremos al modelo que finalmente nuestro país acogió.

El modelo para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas que nuestro país finalmente adoptó se ha denominado como “mixto”¹²⁴, toda vez que une, en una sola teoría, dos visiones diversas mas no antagónicas acerca del porqué es posible sancionar a una empresa cuando sus trabajadores cometen un delito en su interior.

¹²³ Como ya revisamos, en el mensaje presentado por el ejecutivo se denominaba responsabilidad “legal” de las personas jurídicas, palabra que fue cambiada por “penal”, por ser más coherente con el espíritu y objetivo de la ley.

¹²⁴ Sobre este punto y sobre la discusión en general ver: **(i)** HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en: *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010, pp. 216-228; **(ii)** BOFILL, Jorge. “Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica”, en: WILENMANN, Javier (coord.), *Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su Regulación*, Santiago, LegalPublishing, 2011, p. 184; **(iii)** MATUS, Jean Pierre. “Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”, en: MATUS, Jean Pierre (coord.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, Santiago, Editorial Jurídica, 2011, pp. 306-307. También disponible en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n° 21, 2009; **(iv)** ORTÚZAR, Andrés. “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley n° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, pp. 231-254; **(v)** GARCÍA, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012, pp. 67-68. En contra: VAN WEEZEL, Alex. “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010, pp. 114-142.

La primera teoría que compone el modelo mixto, supone una ‘trasferencia de responsabilidad’ a la persona jurídica por los delitos cometidos por personas físicas relacionadas de alguna manera con ella. Esto, como podemos deducir, se justifica simplemente por el vínculo laboral que existe entre ambos y que, en definitiva, haría traspasar la responsabilidad del trabajador a la empresa.

Este tipo de modelo se denomina de la ‘heterorresponsabilidad’, pues no se requiere ningún acto propio por parte de la persona jurídica para hacerla responsable, ni tampoco ningún acto que realice puede implicar para ella una absolucón. En tal sentido, los terceros que harían responsable a la persona jurídica típicamente serían sus representantes personas naturales o los subordinados de estos representantes, siempre que su conducta sea constitutiva de delito. Este sistema se conoce como uno de “responsabilidad objetiva o vicarial” ya que no requiere un comportamiento doloso o culposo de parte de la persona jurídica¹²⁵.

Adán NIETO señala al respecto que este modelo “vicarial o de transferencia de responsabilidad: consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico que puede encontrarse en el Reino Unido, el Código penal francés y también en el actual art. 31 del CP español. Pese a que como vamos a ver es fácil de refutar, ocurre, lo que casi siempre pasa con los clásicos, que acaban teniendo parte de razón”¹²⁶.

Finalmente, como podemos anticipar, adoptar únicamente un modelo de tipo objetivo no se entendería con una política que promueva la adopción de modelos preventivos, toda vez que ningún incentivo tendría una empresa para implementarlo, ya que si el delito se verifica la responsabilidad penal quedaría fijada sin posibilidad alguna de eximirse.

La segunda teoría recogida por el modelo mixto se denomina de la ‘autorresponsabilidad’ y supone hacer penalmente responsable a la empresa por un hecho típico, antijurídico y culpable propio. Lo anterior, supone construir un sistema que impute un hecho generado por la persona jurídica y que renuncie a cualquier

¹²⁵ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 44.

¹²⁶ NIETO, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en: *Nueva Doctrina Penal*, n° 1, Buenos Aires, 2008, p. 8.

tipo de transferencia¹²⁷. En concreto, la fundamentación de la culpabilidad de la empresa podría tener varias razones, pero podemos mencionar que, en el caso nuestro, se trataría de un defecto en la organización en la empresa lo que haría posible imputarle su responsabilidad.

En ese sentido, según BOFILL:

“(…) ya no trata de hacer coincidir la posibilidad de sanción penal de la persona jurídica y de la persona natural, sino imputarle un defecto de organización a la primera por el hecho que la segunda cometió un delito en interior. Una solución de este tipo partiría de la base de que lo que hay al interior de la persona jurídica que permite que se comentan delitos es un defecto en su forma de organizarse. Ese tipo de defectos sistemáticos sería lo que permitiría que exista o surja una cultura de realizar las cosas de una manera contraria a lo que el ordenamiento jurídico establece y, por lo tanto, sería sancionable”¹²⁸.

En efecto, como señala NIETO “la forma más clásica de entender la culpabilidad de empresa es concebirla como un defecto de organización”¹²⁹. No obstante –sigue– la definición de ‘defecto de organización encontramos’ puede tener tres variantes: **(i)** En primer lugar, aquella que dice que es una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa, reprochando el haber generado una lesión de bienes jurídicos por no haber organizado correctamente sus procesos. **(ii)** En segundo, como la ausencia de un responsable individual (por ejemplo, el Código Penal suizo indica que la empresa es responsable si la “falta de adscripción del hecho a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna”, fijando una responsabilidad subsidiaria de la empresa que deriva de la no identificación o inexistencia de un responsable individual. En Chile, en el caso del artículo 5 inciso final de la Ley 20.393 se recogería esta visión). **(iii)** Finalmente, una tercera posibilidad analiza la falta de organización en no haber puesto todas las medidas organizativas razonables

¹²⁷ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 48.

¹²⁸ BOFILL, Jorge. “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”, en: *Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación*. Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 183.

¹²⁹ NIETO, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en: *Nueva Doctrina Penal*, n° 1, Buenos Aires, 2008, p. 9.

e indispensables para impedir la infracción cometida, relacionándolo a acciones dolosas e imprudentes de los empleados de la persona jurídica¹³⁰.

Siguiendo la misma idea, Percy GARCÍA afirma que “posiblemente la formulación doctrinal que inicia esta línea de argumentación es la llamada “culpabilidad por defecto de organización” (Organisationsverschulden), formulada originariamente en el ámbito de las contravenciones por Tiedemann y que pone como punto de referencia de la culpabilidad de la persona jurídica a su organización. Esta culpabilidad radicaría esencialmente en una carencia o deficiencia organizativa de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización”; y continúa señalando que tendría lugar “(...) cuando la persona jurídica ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo, por lo que los hechos individuales de sus órganos o representantes se considerarán delitos de la persona jurídica”¹³¹.

GARCÍA explica que para evitar que la referencia al hecho del órgano o representante lleve de vuelta al modelo de la responsabilidad por el hecho de otro y así mantener la imputación en la persona jurídica, se acude a la figura de la ‘omisión’ y de la ‘*actio libera in causa*’¹³².

En definitiva, este ‘defecto de organización’ de la persona jurídica, por un incumplimiento del órgano administrativo de sus deberes de dirección y supervisión, implicó que, en la práctica, la empresa resultó desorganizada en su interior y permitió que se cometiera el ilícito en su seno. Dicho de otra manera, como la empresa no se autorreguló lo suficientemente bien para la prevención de delitos, un trabajador pudo perpetrar un ilícito bajo su alero.

Así las cosas, el modelo que finalmente adoptó Chile es de naturaleza mixta ya que sería posible sancionar penalmente a una persona jurídica cuando se verifique que un trabajador relacionado con ella, cometió un delito en provecho de la empresa y

¹³⁰ *Ídem*.

¹³¹ GARCÍA, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6, Santiago, 2012, p. 7.

¹³² *Ídem*.

que esto, a su vez, fuere consecuencia de un defecto en la organización de la empresa.

En tal sentido, “el mixto aúna factores de ambos: en su versión más extendida parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa. Es el modelo de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones de los USA, que ha inspirado en Europa la Ley Italiana de 2001”¹³³.

En efecto, lo que resultaría de la acción de la persona natural, sería una vinculación directa entre la vulneración de los deberes de supervisión y dirección de la persona jurídica con el accionar ilícito de la persona que forma parte de la empresa.

Tal como señalan GÓMEZ y LICHTENBERG:

“El sistema de imputación mixto, desarrollado por la ley N° 20.393, a través del artículo 3º, posibilita que la empresa sea responsable penalmente por la comisión de un hecho propio, derivado en un primer momento del accionar ilícito de uno o más de sus agentes. La imputación penal de la persona jurídica requiere, necesariamente del accionar de la persona natural, pero al mismo tiempo incorpora los presupuestos necesarios que impiden que tal sistema se transforme en vicarial, para lograr añadir el elemento preventivo y de auto regulación necesario para que la persona jurídica sea incentivada a tener capacidad de regulación, prevención y control, ejerciendo la cuota de responsabilidad de manera justa, a la luz del principio de culpabilidad, el cual ocupa un rol protagónico dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal”¹³⁴.

Por su parte, COLLADO señala que los modelos mixtos se ubican en un punto intermedio entre los dos modelos detallados anteriormente. Sostiene que existen cada vez más experiencias legislativas que han optado por este tipo de solución, en parte porque significa el comienzo de un camino –permite a los legisladores hacer aplicables los tipos penales para las personas físicas a las personas jurídicas al mantener cierta transferencia de hechos– y al mismo tiempo incentiva a las personas jurídicas a evitar ciertos comportamientos que puedan conducir a la comisión de

¹³³ NIETO, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en: *Nueva Doctrina Penal*, n° 1, Buenos Aires, 2008, p. 8.

¹³⁴ GÓMEZ, Marisol y LICHTENBERG, Constanza. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, p. 181.

delitos en su interior, al hacerlas responsables por conductas que podrían haber evitado. Chile claramente, y España con mayor grado de dificultad, pueden ser vistos desde una perspectiva teórica como modelos mixtos, ya que ninguno de los dos ordenamientos jurídicos renuncia a momentos de transferencia de los agentes a la persona jurídica, pero exigen a las empresas comportamientos directos que deben llevar a cabo para evitar ser condenadas¹³⁵.

A su vez, de acuerdo a BOFILL, es posible señalar que este sistema mixto es similar al de defecto en la organización de la empresa, pero la diferencia que existiría es que la norma de sanción del delito de la persona jurídica tiene sus requisitos propios y, por lo tanto, sus defensas propias¹³⁶. En otras palabras, la norma que sanciona a la persona jurídica tendría requisitos propios y, en consecuencia, esta podría defenderse de la eventual imputación de responsabilidad esgrimiendo y demostrando que ha existido una organización preventiva según los cánones que la misma Ley 20.393 le sugiere y, en consecuencia, cumplió cabalmente con los deberes de dirección y supervisión que se le imponen.

Sobre lo anterior, Osvaldo ARTAZA ha afirmado que:

“Resulta especialmente relevante la Historia de la Ley 20.393, en donde se refleja la intención del legislador de adoptar un modelo de imputación denominado como **“defecto de organización”**. Este deber se originaría, de acuerdo a esta postura, a partir de un nuevo concepto de culpabilidad que atendería a un sentido más amplio que el “dogmático tradicional” destinado a responder a las exigencias jurídicas que recaen sobre las empresas en la actualidad. **El reproche social hacia la empresa se fundamentaría en el fallo organizativo que vulneraría ese deber general que recaería en la empresa de organizarse correctamente**”¹³⁷.

Así las cosas, el modelo adoptado por la Ley 20.393 permitiría una mayor y más eficiente probabilidad de imputar penalmente a la persona jurídica. Lo anterior, ya

¹³⁵ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 59.

¹³⁶ BOFILL, Jorge. “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”, en: *Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación*. Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2011, p.184.

¹³⁷ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 547.

que con la sistematización de ambas teorías y con lo estipulado al final del artículo 5 –imposibilidad de difuminar la responsabilidad por falta de identificación del responsable– la persecución penal de la persona jurídica sería más satisfactoria y, en consecuencia, la criminalidad organizada al interior de las empresas tendría razones contundentes para desistir en cometer delitos.

Finalmente, el sistema incentiva la implementación de programas de cumplimiento en las empresas puesto que, como la responsabilidad de la persona jurídica es considerada de forma autónoma respecto a la persona física y, además, posee sus propios requisitos, al cumplir ésta con sus deberes de dirección y supervisión perfectamente –esto es, diseñando, implementando y monitoreando frecuentemente un programa de cumplimiento– podría eventualmente eximirse de la responsabilidad penal, situación que claramente le interesaría a cualquier empresa que busca disminuir sus riesgos y sus consecuentes pérdidas.

2.3. Deberes de dirección y supervisión

Cuando una empresa está autorregulada u organizada correctamente en la prevención de riesgos normativos está cumpliendo sus deberes de dirección y supervisión; deberes claves para poder argumentar que no existe culpabilidad por parte de la empresa y, en consecuencia, ser eximida por el juez de la instancia de algún tipo de sanción penal.

Justamente la Ley 20.393 se refiere a los deberes de dirección y supervisión para señalar que son éstos los que el órgano de administración de la empresa debe cumplir para tener la posibilidad de excluir o disminuir la eventual responsabilidad penal que pueda recaer sobre ella. Más que describir qué se entiende por deberes de dirección y supervisión, lo que hace el legislador es señalar cómo se entenderán cumplidos tales deberes. En este caso, se entenderán cumplidos por la implementación de un modelo de organización que tenga como objetivo prevenir la comisión de delitos al interior de la empresa.

En ese sentido –tal como veremos en el siguiente capítulo– la persona jurídica y, en concreto, la administración, debe hacer un análisis profundo sobre los posibles riesgos normativos que pudiesen suceder en su ejercicio para que, a partir de ello, se implemente un programa de cumplimiento o *compliance* que permita prevenir, detectar y responder eficazmente a cualquier situación que no corresponda con el cumplimiento de la ley.

El cumplimiento por parte de la empresa de los deberes de dirección y supervisión, en palabras de PIÑA, importa pues nuestro ordenamiento estableció expresamente la posibilidad de que la empresa se exima de responsabilidad –se den por cumplidos sus deberes de supervisión y dirección– cuando hayan diseñado e implementado un modelo de prevención de delitos. En efecto, señala que tal sistema nos diferencia tanto de los ordenamientos continentales, donde en general no se contemplan mecanismos equivalentes, como de los sistemas angloamericanos, que generalmente reconocen estos mecanismos, bien para efectos de atenuación, bien como estándares para obtener beneficios como la suspensión de condena (como vimos en el Capítulo 1)¹³⁸.

Al respecto, es fundamental señalar que la responsabilidad penal no derivaría directamente del ilícito cometido por las personas descritas en el artículo primero de la Ley 20.393. La responsabilidad penal que enfrentaría la empresa sería consecuencia directa y exclusivamente del incumplimiento de sus ‘deberes de dirección y supervisión’, los que tendrían como consecuencia un defecto en su organización. En concreto, la culpabilidad de la persona jurídica se desprendería de la deficiente o inexistente implementación de un *compliance* o programa de cumplimiento al interior de la empresa y, precisamente por tal negligencia, es que ha existido una imposibilidad total o parcial de prevenir de forma eficaz la comisión de delitos.

Es por el defecto en la organización de la empresa que ha sido posible la comisión de uno de los delitos que trata el artículo 1 de Ley 20.393 e incluso otros ilícitos no contemplados en dicho texto normativo (si queremos ampliar el *compliance* más allá de la Ley 20.393). Sólo entendiendo lo anterior es posible dilucidar que estos deberes de dirección y supervisión se entenderán cumplidos –y por lo tanto, la empresa se encontrará organizada para prevenir delitos normativos– cuando la corporación cuente con un programa de cumplimiento adecuado a las actividades que realiza.

Desde un punto de vista legal, es necesario explicitar y concordar el artículo 3 de la Ley 20.393 con lo señalado en el inciso primero del artículo 4 para poder entender cabalmente a lo que se hace referencia en los párrafos anteriores:

¹³⁸ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*. AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012, p. 2.

“Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia (...)”.

Este apartado tiene gran relevancia para el objeto de esta investigación, puesto que es aquí donde se materializa una de las innovaciones de la Ley 20.393: la sugerencia¹³⁹ de implementación de un *compliance* o programa de cumplimiento al interior de la empresa para que, cumpliendo con los deberes de dirección y supervisión, la persona jurídica pueda eximirse de la eventual culpabilidad a que pueda ser objeto.

De la misma manera lo destaca PIÑA, quien señala que la procedencia de los modelos de prevención de delitos emana de la concordancia de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.393. PIÑA remarca que mientras el artículo tercero establece su efecto como causa de atipicidad, el cuarto establece los requisitos mínimos que deben contener los programas de cumplimiento. Los efectos de un adecuado diseño, implementación y de control efectivo son, según el modelo chileno, la impunidad de la corporación. El autor sostiene que se trata de una causa de atipicidad pues para la imputación de responsabilidad corporativa debe concurrir un elemento positivo: la infracción de los deberes de supervigilancia y dirección. Así lo dispone expresamente la ley cuando exige que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Finalmente, concluye, si los deberes están cumplidos, el hecho resulta atípico y por ello no es posible asignar responsabilidad alguna a la persona jurídica. En definitiva, el cumplimiento de tales deberes demuestra que la persona jurídica no ha generado más riesgos que los que el derecho le permite generar¹⁴⁰.

A lo mismo se refiere ARTAZA cuando relaciona el principio de culpabilidad con la inobservancia por parte de la dirección de los deberes de dirección y supervisión:

“Acá se partirá de la base que por mandato del principio de culpabilidad, al igual como sucede en el caso de la atribución de responsabilidad penal individual, de las disposiciones jurídicas que permiten la imposición de responsabilidad penal a la empresa emana un verdadero deber, dirigido a la empresa, de prevenir en cierta

¹³⁹ Ya vimos el debate a este respecto en el Capítulo 2.

¹⁴⁰ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*. AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012, p. 7.

medida las posibles conductas delictivas que puedan cometerse a propósito de su actividad. Por lo mismo, el problema más desafiante que se presenta a la hora de interpretar estas mismas, es el de delimitar o dotar de contenido a este deber que se dirige a la organización y que justificaría en caso de inobservancia la atribución de responsabilidad penal”¹⁴¹.

Sobre el mismo tema, interesante es la visión sobre la fundamentación de la culpabilidad de la persona jurídica que tiene COLLADO, quien menciona que tampoco es posible igualar la culpabilidad de las personas físicas, radicada en la capacidad de evitar hechos, respecto de entes que sólo tienen capacidad de organizar un estado de cosas dentro de los límites impuestos por el derecho. El autor sostiene que existirían buenos argumentos para considerar que el legislador chileno fundó la culpabilidad de las personas jurídicas en la conducción deficiente de su vida empresarial. En tal sentido, señala que lo que hace el legislador chileno es reprochar una determinada forma de conducción en la sociedad más allá de lo permisible. En efecto, si el delito es cometido como consecuencia de la omisión de los deberes de dirección el hecho de la persona natural es un indicio del carácter defectuoso de la organización, siendo fundamento de la condena la capacidad de la persona jurídica de organizarse de otra manera, es decir, un reproche por su carácter defectuoso el que es producto de una conducción de su vida por parte de la empresa, intolerable. Finalmente, argumenta que esta forma de culpabilidad está mejor equipada para reprochar estados de cosas, permitiendo superar la crítica de que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas por la comisión de hechos. Si lo anterior es cierto, también lo es que el reproche bajo esta conceptualización no es sobre hechos, sino sobre una determinada forma de organización¹⁴².

En conclusión, la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el legislador ha tenido y tendrá una indudable trascendencia sobre la organización empresarial. Esta afirmación se sustenta en que las empresas, en su afán de prevenir riesgos normativos y su consecuente imputación, deberán asumir, mediante una autorregulación, un rol activo en la prevención. Esta función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento y en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados,

¹⁴¹ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 546.

¹⁴² COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 153-155.

beneficiarán a las empresas en la medida en la que reducirá sensiblemente el riesgo de su propia responsabilidad¹⁴³.

La importancia de cumplir con los deberes de dirección y supervisión a los que hemos hecho referencia, estriba en que si la empresa se encontraba organizada con un programa de cumplimiento preventivo con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, le es posible esgrimir aquello en un eventual juicio de responsabilidad penal y, si así lo estima el juez de la causa, excluir o disminuir su responsabilidad en ilícito¹⁴⁴.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 107-109.

¹⁴⁴ Aunque igualmente podrá argumentar que el ilícito fue cometido exclusivamente en ventaja propia de la persona natural que lo cometió o de un tercero ajeno a la empresa.

CAPÍTULO 4

COMPLIANCE O PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

1. Introducción

Varios años han transcurrido desde la promulgación de la Ley 20.393 y, como era de suponer, la puesta en práctica del texto normativo encontró a un país ajeno a este tipo de forma de autorregulación preventiva.

Considerando su novedad, la implementación de modelos de cumplimiento ha ido tomando fuerza paulatinamente, a nuestro juicio, principalmente debido a que: **(i)** las empresas nacionales han observado detenidamente el panorama internacional y han pretendido estandarizar sus operaciones siguiendo tal ejemplo; **(ii)** las relaciones y acuerdos comerciales con diversas empresas extranjeras y con filiales de empresas extranjeras que funcionan en Chile han permitido una mayor experiencia en seguir ciertos protocolos y procedimientos provenientes de programas preventivos ya implementados; y **(iii)** los recientes escándalos financieros y las condenas de distintos ejecutivos importantes han persuadido a las empresas a adoptar este tipo de modelos para evitar, a la postre, una sanción que ponga el peligro el negocio.

Lo anterior ha derivado en que más empresas nacionales han considerado estrictamente necesario implementar programas de cumplimiento al interior de las mismas. Una vez tomada tal decisión, el primer paso consistirá en determinar específicamente cuál es el ámbito de competencia comercial de la empresa –más conocido como giro– con el objetivo de dilucidar cuáles son los típicos riesgos o deficiencias normativas que pueden resultar de la actividad de la empresa. Identificado un catálogo más o menos completo de situaciones normativamente riesgosas, se procederá a cuantificar la frecuencia y magnitud de tales riesgos para que luego, a partir de un sistema de control, se establezcan medidas apropiadas para la minimización de los mismos. En otras palabras, una vez que se establece el tipo de negocio y las operaciones que la empresa realiza, se pueden crear los protocolos, reglas y procedimientos adecuados para prevenir riesgos normativos.

En definitiva, lo que buscan las empresas bien establecidas es evitar una corrupción sistemática; es decir, tienden a organizar sus empresas de forma tal que las reglas y la fiscalización interna evite –si no, al menos desincentive– que los miembros de la

corporación conciban a la misma como una organización donde es posible cometer ilícitos sin una sanción proporcionada y que logre el cometido planteado: evitar transgresiones a la normativa vigente.

2. Consideraciones iniciales

Ya hemos estudiado en el capítulo anterior que el fundamento y mandato jurídico de los programas de cumplimiento proviene del artículo 3 de la Ley 20.393. Allí se menciona de qué manera se entenderán cumplidos los deberes de dirección y supervisión al interior de la empresa, esto es, instaurando un *compliance*.

Por su parte, también adelantamos que el artículo 4 de la Ley 20.393 establece los elementos mínimos que deberá contener el programa de cumplimiento. Sin embargo, aunque importa un mandato de 'autorregulación' para las personas jurídicas, el programa de cumplimiento debe cumplir con ciertos elementos esenciales básicos para éste que tenga efectivamente las características propias de un modelo preventivo de delitos.

A partir del tratamiento legislativo de los modelos preventivos, es posible afirmar que éstos son abordados con un carácter abierto y general: solamente se señalan los pilares o elementos esenciales básicos que debe contener una política de prevención. Lo anterior puede ser visto como una gran ventaja pues, al haber una mayor flexibilidad en su diseño, permitiría su continua adaptación a la actividad empresarial y a los cambios que una empresa pudiese enfrentar en el futuro en relación a las operaciones que realiza y a los múltiples ámbitos en la que se desarrolla.

En tal sentido, ARTAZA señala que "el contenido en concreto de estos instrumentos será variable de acuerdo al sector de la actividad empresarial del que se trate. Si bien se puede apreciar ciertas exigencias mínimas, es decir, aspectos a los cuales se debe atender a la hora de diseñarlos, pueden existir importantes diferencias, sino también por las características estructurales de las mismas y la legislación en la que se desenvuelven"¹⁴⁵.

¹⁴⁵ ARTAZA, Osvaldo. "Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal", en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 550.

A su vez, sobre este punto, Bofill remarca que “al establecer sólo criterios generales para la creación de este modelo, el legislador transfirió a las empresas la obligación de regular. Si se quiere, esta norma constituye una obligación de auto-regularse. Por cierto, la auto-regulación en cuestión no es completamente autónoma. En algún sentido hay heterorregulación desde el momento en que el Estado ha establecido criterios generales y estableció, por lo demás, la obligación de que la propia persona jurídica constituya una regulación propia. Pero lo central es que el Estado ha determinado que el sistema auto-regulatorio sea el mecanismo de defensa central para dar cuenta de la ausencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con eso, constituye a la propia empresa en responsable de la prevención de delitos”¹⁴⁶.

Observado el carácter general contemplado en la Ley 20.393 para los programas de cumplimiento, es importante destacar –tal como anticipamos en el Capítulo 3– que el fundamento de estos modelos emana de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.393:

“Mientras el artículo tercero establece su efecto como causa de atipicidad, el cuarto establece los requisitos mínimos que deben contener. Los efectos de un adecuado diseño, implementación y control efectivo son, según el modelo chileno, la impunidad de la corporación. Se trata de una causa de atipicidad pues para la imputación de responsabilidad corporativa debe concurrir un elemento positivo: la infracción de los deberes de supervigilancia y dirección. Así lo dispone expresamente la ley cuando exige que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Luego, si los deberes están cumplidos, el hecho resulta atípico y por ello no es posible asignar responsabilidad a alguna persona. El cumplimiento de sus deberes muestra que la persona jurídica no ha generado más riesgos que los que el derecho les permite generar”¹⁴⁷

Ahora bien, comprendiendo lo anterior, será posible ahondar más detalladamente en las distintas definiciones dogmáticas que han tenido los programas de cumplimiento; la manera de diseñarlos; implementarlos y, finalmente, monitorear su eficacia.

¹⁴⁶ BOFILL, Jorge. “Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica”, en: WILENMANN, Javier (coord.), *Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su Regulación*, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 189.

¹⁴⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago: Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2012, p. 7.

3. Concepto

Antes de pasar a conceptualizar los modelos de prevención de delitos, consideramos necesario señalar que el objetivo de estos programas es –en realidad– mucho más amplio que la mera ‘prevención’ de ilícitos. En efecto, los objetivos fundamentales son la ‘detección’, ‘prevención’ y ‘disuasión’ de las conductas constitutivas de delitos. En definitiva, su objetivo no es impedir el surgimiento de la responsabilidad penal corporativa –esa es una consecuencia– sino que objetivo es impedir delitos¹⁴⁸.

Tratar en extenso el concepto de los programas de cumplimiento tiene una importancia menor para esta investigación. Lo desafiante y el propósito central de este trabajo será entender su fundamento y, por cierto, los pasos más relevantes en su diseño e implementación. No obstante lo anterior, nos referiremos sucintamente a algunas definiciones con el objetivo de cimentar conceptualmente las bases de lo que vendrá.

Por una parte, ARTAZA ha definido los programas de cumplimiento como “un conjunto de medidas adoptadas por la empresa para controlar dentro de lo exigible los peligros de infracción al ordenamiento jurídico que pueden derivar de su misma actividad”¹⁴⁹. A su vez, ha señalado que “el programa de cumplimiento consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendentes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por ésta no vulneren la legislación aplicable” y sigue “Desde la óptica de la administración empresarial, los programas de cumplimiento serían otro ejemplo de los sistemas de calidad que operan en toda actividad empresarial, por lo que contienen aspectos relacionados tanto con la estructura organizacional, distribución de responsabilidades, procedimientos y los recursos utilizados por la empresa para asegurar la calidad de la dirección de ésta”¹⁵⁰.

Por otra parte, para la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), un *compliance* “corresponde a aquellas políticas, procedimientos, directrices y mecanismos

¹⁴⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Modelos de prevención de delitos en la empresa, Santiago: Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2012.P. 29.

¹⁴⁹ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 545.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 548.

adoptados por un agente económico para dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de libre competencia”¹⁵¹.

Además, los Programas de cumplimiento han sido definidos por el Comité de Basilea como “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras, o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos “leyes, reglas y estándares”)”¹⁵².

PIÑA señala que los “modelos de prevención son formas de organización que adopta la persona jurídica con dos objetivos, por una parte, impedir la comisión de delitos y, por la otra, para blindarse del surgimiento de responsabilidad penal por los hechos cometidos por alguno de sus integrantes en caso que ello ocurra”¹⁵³.

Por otra parte, para COLLADO, los programas de *compliance*, “son el método en que las personas jurídicas se auto-organizan para evitar cometer ciertos hechos desaprobados por la regulación”¹⁵⁴.

Finalmente, BALMACEDA y GUERRA se refieren a una ‘política de prevención’ y no a un ‘modelo de prevención’, “pues pretenden dar a conocer aquellos puntos necesarios –y que son comunes– para la implementación, planificación y aplicación de un modelo de prevención a la realidad específica de “cualquier” empresa”. Los autores continúan señalando que se diferencian, “porque entrega una visión general que busca ejemplificar por medio del análisis de la Ley 20.393 y de casos jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como extranjero, cómo enfrentar estas situaciones de manera práctica, con el propósito de evitar graves sanciones a la organización”¹⁵⁵.

¹⁵¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*, Materia de Promoción n° 3, 2012, p. 6.

¹⁵² Ver en: <https://www.iaia.org.ar/revistas/elauditorinterno/04/articulo1.html>

¹⁵³ PIÑA, Juan Ignacio, *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Santiago: Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2012, p. 2

¹⁵⁴ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 20.

¹⁵⁵ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 15-16.

4. Diseño de un programa de cumplimiento

A la hora de establecer e implementar un programa de cumplimiento hay que repetir que la Ley 20.393 solamente sugiere la autorregulación de las empresas y señala ciertos mínimos. Es por ello que resulta del todo lógico que cada empresa, dependiendo su giro y la forma en que opera, instaure un *compliance* a su medida, pero siempre respetando aquellos elementos tratados en el artículo 4° de la misma ley.

Al respecto, PIÑA apunta:

“Es imprescindible que el modelo contenido en la documentación sea un fiel reflejo de la forma de existir y operar de la compañía”¹⁵⁶.

Los tres grandes propósitos esenciales de toda política de prevención y, en consecuencia, de un modelo de prevención eficaz, serían en palabras de BALMACEDA y GUERRA: **la detección, prevención y disuasión de riesgos normativos**.

La **detección** se plasma en el descubrimiento de riesgos asociados al comportamiento delictivo en el seno de la compañía. Esto, materializado en un sistema de controles que permita generar alertas oportunas cuando se produzca una violación de los protocolos que establezca el sistema. La **prevención**, por otro lado, atiende fundamentalmente a la implementación de medidas destinadas a eliminar las condiciones o factores desencadenantes de la comisión de delitos en el interior de la organización. Finalmente, la **disuasión** pretende el conocimiento de la existencia de un efectivo sistema de controles internos que desaliente a todos los miembros de la organización de la eventual comisión de delitos que expongan a la entidad¹⁵⁷.

Sin embargo, es preciso señalar que, según el texto legal, los elementos mínimos que deberá contener un sistema de prevención normativa, serían los siguientes¹⁵⁸:

¹⁵⁶ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 19.

¹⁵⁷ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 27.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 15.

- a. Identificación de actividades o procesos de la entidad (habituales o esporádicos) que generen riesgos de comisión de delitos. Esto es lo que habitualmente se conoce como 'gestión de riesgos' o *risk assesment*. Si bien la Ley 20.393 no lo ha establecido expresamente, debe subentenderse dentro de estos 'procesos' la ubicación orgánica de los riesgos.
- b. La existencia de reglas, protocolos y procedimientos de manera que los actores puedan prevenir la comisión de delitos.
- c. La existencia de procedimientos de administración o auditoría que impidan la utilización de los recursos de la compañía en la comisión de delitos.
- d. La existencia de sanciones administrativas, procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias de las personas que incumplan los reglamentos de prevención.

En opinión de COLLADO, un sistema de prevención de delitos debería contener¹⁵⁹:

- a. Mecanismos de identificación de actividades riesgosas.
- b. Reglas y procedimientos específicos que prevengan la posibilidad de comisión de delitos.
- c. Mecanismos de identificación en los sistemas de administración y auditoría de los flujos de dinero que permitan prevenir el uso de estos montos en los delitos.
- d. Sistema de sanciones administrativas internas en caso de incumplimiento del modelo de prevención.
- e. Sistema interno de denuncia (*whistleblowers*).
- f. Sistema de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplen el modelo de prevención.

¹⁵⁹ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 174.

Por otra parte para BALMACEDA y GUERRA los criterios generales para establecer una Política de Prevención de delitos serían¹⁶⁰:

- a. Códigos de conducta que contemplen los estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.
- b. El órgano de gobierno deberá estar plenamente informado sobre el contenido y funcionamiento del programa de ética y cumplimiento, y ejercerá una supervisión razonable sobre su implementación y efectividad.
- c. Miembros de la alta dirección tendrán asignada una responsabilidad general sobre el programa de ética y cumplimiento.
- d. Personal específico tendrá delegada la responsabilidad operacional del día a día respecto del programa de ética y cumplimiento. Para cumplir tal cometido, el órgano deberá proveerlo de medios y facultades para realizar el encargo.
- e. La entidad dará los pasos necesarios para comunicar periódicamente y de forma práctica sus estándares y cualquier otro aspecto de su programa de ética y cumplimiento a todos los miembros de la corporación. Esta tarea se realizará por medio de programas efectivos de formación y, asimismo, proveyendo a cada individuo con la información apropiada teniendo en cuenta sus respectivos roles y responsabilidades.
- f. La entidad dará los pasos para i) asegurar; ii) evaluar; y iii) instaurar y publicitar, el programa de ética y cumplimiento al interior de la empresa.
- g. El programa de ética y cumplimiento será promovido y ejecutado de forma consistente en el seno de la entidad por medio de: i) un sistema de incentivos y ii) un sistema de medidas disciplinarias.
- h. Respuesta de la empresa ante una conducta irregular detectada para prevenir hechos similares en el futuro.

¹⁶⁰ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 37-38.

A su vez, como elementos básicos de los programas de cumplimiento, BACIGALUPO contempla:

- a. La cultura de *compliance*;
- b. Objetivos de *compliance*;
- c. Organización de *compliance*;
- d. Identificación de riesgos;
- e. Programa de *compliance*;
- f. Comunicación;
- g. Sistema de supervisión y mejoramiento; y
- h. Sistema disciplinario que incluya, en su caso, sanciones internas¹⁶¹.

El autor continúa señalando que “en este sentido se entiende que los elementos de un sistema de <<corporate compliance>> son: <<un análisis de los riesgos jurídicos; la declaración del Consejo de Administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades (*mission statement*); una organización, es decir un departamento propio de compliance y el nombramiento de un comisionado de compliance; la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa (p. ej. mediante cursos y circulares) y la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas>>”¹⁶².

Desde el punto de vista internacional, específicamente en Estados Unidos, Artaza recuerda que las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, que vimos en el Capítulo 1, “sólo señalan ciertas características que estos programas deben tener para que puedan ser considerados efectivos (única forma en que cumplen con su función atenuatoria de la responsabilidad de la empresa). Por ejemplo, la implicación de los altos directivos de la empresa en su implementación; el establecimiento adecuado de sistemas de selección y capacitación del personal, tanto

¹⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 121.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 106.

en lo relacionado con la actividad desarrollada como en relación con los contenidos del programa de cumplimiento; la adopción de sistemas de auditoría interna; la existencia de sanciones disciplinarias al interior de la empresa, etc.”¹⁶³.

Por su parte, el recientemente reformado Código Penal español, en su Artículo 31 Bis, señala específicamente cuáles son los requisitos mínimos que deben cumplir los modelos de organización y gestión. A saber:

- a. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- b. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- c. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- e. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- f. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En relación a lo anterior, BANACLOCHE, GÓMEZ-JARA y ZARZALEJOS, a propósito de los requisitos que debiera reunir un buen modelo de organización, señala que *–a priori–* estos sistemas “deben reflejar los esfuerzos de la persona jurídica en promover una cultura de respeto a la legalidad, debe tener en cuenta factores como

¹⁶³ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 550.

el tamaño de la organización o el tipo de actividad que desarrolla, debe cumplir con los estándares estatales o de la industria que rijan en el ámbito en que se desenvuelve o debe ser actualizado periódicamente”¹⁶⁴.

En concreto, para los autores, un buen programa de cumplimiento debe “seguir siete pilares básicos, a saber: 1) Existencia de estándares y procedimientos relativos al Compliance especialmente un código de conducta escrito. 2) Supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado. 3) No delegación de los poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva. 4) Comunicación efectiva de los estándares y procedimiento contenidos en los códigos de conducta. 5) Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría. 6) Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios. 7) Adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción”¹⁶⁵.

Para ejemplificar de mejor manera lo anteriormente expuesto, el siguiente cuadro, tomado de la empresa Fullsix Italia e incluido en el trabajo de ARTAZA¹⁶⁶, ilustra la estructura general a la que nos hemos referido:

| Unidad | Contenido |
|---------------|--|
| Introducción | <ul style="list-style-type: none"> - Premisa. - Descripción de los principios generales contenidos en disposiciones legales relacionadas a la imposición de responsabilidad a la empresa. - Exigencias legales para la implementación del programa de cumplimiento. |
| Parte General | <ul style="list-style-type: none"> - Descripción de estructura del programa de cumplimiento. - Principios generales de control interno. - Organismos de Vigilancia. - Difusión del programa de cumplimiento. - Reglas relativas a la modificación y actualización del programa. - Sistema sancionatorio o disciplinario. |

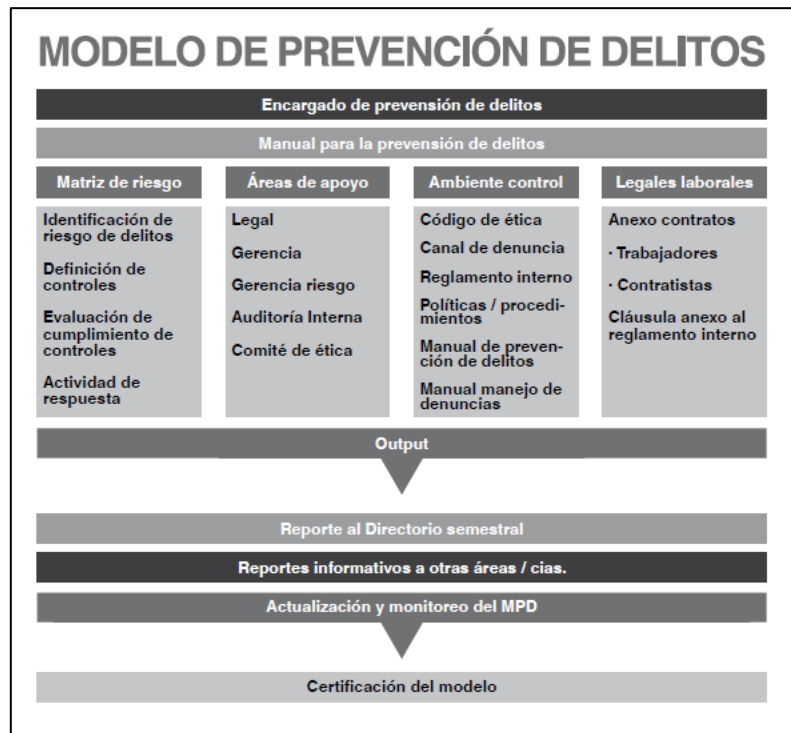
¹⁶⁴ BANACLOCH, Julio; ZARZALEJOS, Jesús; y GÓMEZ-JARA, Carlos., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 94 y ss.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 94.

¹⁶⁶ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 551.

| | |
|----------------|---|
| Parte Especial | <ul style="list-style-type: none"> - Definición de las actividades riesgosas (procesos sensibles) de la empresa). - Código Ético (Código de Conducta). - Descripción de los procedimientos y protocolos propios del programa. - Reglas específicas para la prevención de los delitos en particular: <ul style="list-style-type: none"> • Descripción del tipo delictivo. • Principios generales de comportamiento. • Actividades riesgosas en particular y prescripciones específicas. • Sistema de delegación de poder. |
|----------------|---|

Sumado a lo anterior, y para apreciar de mejor manera las diversas actividades que contempla un modelo de prevención de delitos en concreto, el siguiente cuadro fue tomado del modelo de prevención de delitos de Antofagasta Minerals S.A¹⁶⁷:



En conclusión, cabe destacar que tal como señala PIÑA, la eficacia misma de un modelo de prevención de delitos se encuentra en que no se lo entienda ni como un mecanismo cosmético ni como un diseño abstracto contenido en un papel. No

¹⁶⁷ Modelo de Prevención de Delitos de Antofagasta Minerals S.A., marzo de 2012.

produce efecto preventivo un dibujo orgánico (un organigrama corporativo) si no puede acreditarse efectivamente su existencia más allá de la documentación que se encuentra en el área de Recursos Humanos. Lo mismo ocurre con las descripciones de cargo que deben poder acreditarse como descripciones reales de funciones y no como una aspiración corporativa. PIÑA señala que esto constituiría un verdadero problema en la implementación de modelos efectivos, pues la naturaleza de estos documentos muchas veces es de carácter aspiracional, es decir, constituyen una prescripción de la dirección y no una descripción del modo de funcionamiento corporativo. Termina señalando que, en términos muy sencillos, muchas veces estos documentos dan cuenta de cómo la corporación quiere ser y no de cómo es¹⁶⁸.

5. Evaluación y administración de los riesgos: foco principal en un programa de cumplimiento

La gestión de los riesgos es el corazón del programa de cumplimiento. De la correcta identificación y control de los mismos dependerá la efectividad del sistema, lo cual se traducirá en una eficiente prevención de delitos. La administración eficaz de los riesgos es una tarea constante, demanda para el encargado de cumplimiento el mayor de los cuidados y su desatención puede ser la causa de la ineficacia de un programa de cumplimiento y, como resultado, de la responsabilidad penal de la empresa.

Recordemos que a nivel legal, la Ley 20.393 sólo se refiere a este importante aspecto en los siguientes términos:

“a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°”.

Como podemos observar, la Ley 20.393 sólo hace hincapié a la identificación de las actividades o procesos riesgosos y no profundiza en la gestión o administración del riesgo. De todas formas, pasaremos a analizar este importante paso en la planificación de un modelo de prevención.

¹⁶⁸ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 21.

5.1. Primer paso

En primer lugar, se debe estudiar el funcionamiento de la empresa y la forma en que opera en el mercado.

- a) **Estructura y funcionamiento interno.** El primer paso lógico que el encargado de cumplimiento realizará será estudiar la corporación en su estructura y funcionamiento interno, esto es: **(i)** analizando sus órganos de administración; **(ii)** identificando el método y la formalidad en la que los jefes de departamento o ejecutivos responsables toman las decisiones en la empresa; y **(iii)** clarificando la forma en que los empleados desempeñan sus funciones diarias. De este primer análisis, se podrá determinar el organigrama de la persona jurídica y cómo se toman las decisiones al interior de la misma, aspectos de gran relevancia al momento de comenzar con la elaboración de un *compliance*.

PIÑA destaca la importancia de lo anterior al señalar que “los roles son el cúmulo de expectativas que se dirigen a quien ocupa una posición dentro de la corporación” y luego sigue: “una adecuada descripción de cargo es fundamental para determinar dónde se alojan los nudos de riesgo dentro del organigrama. Ello permite, por ejemplo, determinar quiénes son los que en el marco de sus funciones interactúan con funcionarios públicos (y, por ende, alojan un riesgo de cohecho) o quiénes captan capitales de terceros para invertirlos o supervisan esas inversiones (y, por ende, alojan riesgo de blanqueo o de financiamiento del terrorismo)”.¹⁶⁹

- b) **Actividades.** Un segundo paso será examinar el funcionamiento de la empresa en su esfera comercial. En ese aspecto, el encargado de prevención identificará cuáles son las actividades que la empresa ejecuta según su giro, seguido del procedimiento de toma de decisiones y la formalidad de las mismas. En otras palabras, como el comisionado tiene la obligación de crear un *compliance* a la medida de la empresa, éste debe realizar un estudio acerca del giro y tipo de negocio que ésta realiza en el mercado para que, teniendo eso como base, se diseñe un programa de cumplimiento que busque prever riesgos normativos en relación a las posibles actividades riesgosas en que la empresa pueda incurrir.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 39.

Al identificar los factores señalados, el agente económico podrá reconocer cuáles son sus propias fortalezas y debilidades, para así crear e implementar un programa acorde a sus propias características y necesidades. En ese sentido, todo sistema de prevención debe cumplir con “las características de seriedad, completitud y ser adecuado a la realidad del agente económico (...)”¹⁷⁰.

La FNE menciona que “los riesgos identificados determinarán las características del Programa de Cumplimiento a adoptarse e, incluso, el nivel de intrusión en cada área de la empresa. Se sugiere clasificar el nivel o grado de riesgos (por ejemplo, “menor riesgo”, “mediano riesgo”, y “alto riesgo”), brindando más apoyo y supervisión a aquellas áreas catalogadas de mediano y alto riesgo.

Sólo mediante la identificación y evaluación de los riesgos puede definirse qué tipo de Programa de Cumplimiento es efectivo para un determinado agente económico, siendo necesario, cada cierto tiempo o bajo un cambio de circunstancias, revisar los peligros ya identificados y evaluar la posible aparición de nuevos riesgos”¹⁷¹.

5.2. Segundo paso

Habiendo dilucidado el funcionamiento de la empresa y la forma en que opera en el mercado, se procederá a realizar cuatro procesos: **(i)** identificación de riesgos; **(ii)** cuantificación de riesgos; **(iii)** control de riesgos; y **(iv)** reporte y evaluación de riesgos¹⁷². En nuestra opinión, esta es la etapa más importante cuando se diseña un programa de cumplimiento, toda vez que de la correcta gestión de los riesgos dependerá la eficacia del modelo.

a) Identificación de riesgos. Consiste en el análisis detallado de todas las capas orgánicas de la empresa y sus operaciones vinculantes con la finalidad de determinar todas aquellas situaciones riesgosas que puedan manifestarse en las actividades que la misma realiza.

¹⁷⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*, Materia de Promoción n° 3, 2012, p. 6.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁷² PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 35.

En esta etapa, el objetivo es hacer un diagnóstico certero respecto de las exposiciones de riesgo que presenta una determinada actividad, según sus propias características y forma de organización. Se trata de un paso fundamental, pues entendidos los modelos de prevención como una orientación para el funcionamiento de la persona jurídica, es imprescindible identificar dónde se alojan los riesgos tanto en la cadena de operación como en los cargos que participan en ella¹⁷³.

Para llevar a cabo el diagnóstico, primero será necesario “hacer una identificación acabada de la operación normal de la corporación y de las personas potencialmente expuestas en esa operación, de modo de apreciar la exposición a riesgos que sufran. Segundo, será conveniente analizar el historial de la corporación, no solo en lo que a la comisión de estos delitos se refiere (cohecho, lavado de activos y financiamiento al terrorismo), sino también de otras infracciones de carácter administrativo o al historial de otras compañías de similar giro forma de operación, los que servirán como importante fuente de información para la prevención de delitos futuros”¹⁷⁴.

En este sentido, PIÑA destaca la importancia de la definición de los ‘procesos decisorios’, los cuales ilustran la manera en que la empresa operará en realidad. Sostiene que “estas descripciones [la toma de decisiones], por tanto, deben ser lo más acuciosas posibles para identificar efectivamente los potenciales riesgos de decisiones que entrañen responsabilidad para la persona jurídica”¹⁷⁵.

- b) **Cuantificación de riesgos.** Establecidas las actividades de la empresa que podrían eventualmente implicar situación de riesgo relevante en su despliegue, el siguiente paso será la cuantificación –otorgar un valor– al mismo. Esto importa de sobremanera pues cada riesgo debe controlarse de distintas maneras. Del valor asignado al riesgo dependerá el protocolo que se implementará para su prevención.

La cuantificación de riesgos consistirá entonces “en la asignación de un valor a un riesgo conforme a dos parámetros: frecuencia de la exposición y grado de la

¹⁷³ *Ibid.*, p. 38.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 38.

exposición. La adecuada identificación de esta ratio es la que entrega un análisis de probabilidad certero y a través de él es posible luego un control efectivo”¹⁷⁶.

Profundizando lo anterior, PIÑA señala que la frecuencia es sencilla de cuantificar, pero no necesariamente fácil de evaluar, pues ello depende de la propia operación corporativa. El grado de exposición es un parámetro más complicado, pues su evaluación no puede realizarse sin una previa revisión del carácter crítico, relevante o de baja relevancia del propio proceso involucrado. Eso, porque a mayor criticidad del proceso, mayor alineación de la motivación para llevarlo adelante sin contención de riesgos. A modo de ejemplo, la obtención de una patente comercial o la autorización de venta de ciertos productos de la que pende la apertura y funcionamiento de un establecimiento de comercio, es un proceso crítico que entraña riesgo de cohecho y, por lo tanto, eleva su potencial de probabilidad. Por el contrario, un permiso de construcción para obras menores en ese mismo establecimiento puede ser entendido como un proceso de escasa relevancia para estos efectos. Sin embargo, ese mismo permiso para una pequeña constructora puede ser crítico. Luego, ni la frecuencia ni el grado de exposición se construyen sobre la base de números absolutos, sino que deben atender a una serie de consideraciones propias de la operación corporativa y contar con una metodología contrastable y demostrable frente al órgano persecutor de delitos. De este modo, la cuantificación de probabilidad debe poder fundamentarse conforme a parámetros establecidos previamente y señalados expresamente en el modelo de prevención¹⁷⁷.

Por su parte, BALMACEDA y GUERRA identifican esta etapa como de ‘evaluación de riesgos’ para dar prioridad a determinadas áreas de mayor exposición para comisión de delitos en favor de la empresa. El identificar estos procesos por medio de una adecuada evaluación de riesgos permitirá enfocar de forma eficiente los recursos y esfuerzos del encargado de prevención de delitos al interior de la estructura empresarial.

Para evaluar los riesgos se utilizarán los parámetros de **(i)** impacto y **(ii)** probabilidad en una escala de 1 a 5. Se entiende por ‘impacto’ el efecto o el

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 41-42.

¹⁷⁷ *Ídem.*

daño sobre la organización en caso de materializarse un riesgo y por ‘probabilidad’ el nivel de certeza con que se puede materializar el riesgo¹⁷⁸.

A modo de ejemplo, una matriz de modelo de evaluación, en la que 5/5 se encontrarían los riesgos más altos y en 1/1 los riesgos más bajos, sería más o menos así:

| Probabil. Impacto | Catastrófico | Mayor | Moderado | Menor | Bajo |
|----------------------|--------------|-------|----------|-------|------|
| Casi certeza | 5/5 | 5/4 | 5/3 | 5/2 | 5/1 |
| Probable | 4/5 | 4/4 | 4/3 | 4/2 | 4/1 |
| Moderado | 3/5 | 3/4 | 3/3 | 3/2 | 3/1 |
| Improbable | 2/5 | 2/4 | 2/3 | 2/2 | 2/1 |
| Muy Improbable | 1/5 | 1/4 | 1/3 | 1/2 | 1/1 |

En este sentido, 5/5 se encontrarían los riesgos más altos y en 1/1 los riesgos más bajos.

- c) **Control de riesgos.** Consiste en todos los mecanismos, sugerencias, protocolos, medidas, políticas y reglas que se deberán seguir al realizar una actividad catalogada de riesgosa.

¹⁷⁸ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 57-58.

Para PIÑA, dicho control debería tomar en cuenta **(i)** la probabilidad de ocurrencia de los riesgos (más o menos probables) y **(ii)** los procesos y cargos en los que se alojan los riesgos (más o menos difusos), resultando una matriz como la siguiente¹⁷⁹:

| Calificación | Remedio |
|-------------------|------------------------------|
| -Probable/+Difuso | Política |
| +Probable/+Difuso | Norma de conducta genérica |
| -Probable/-Difuso | Norma de conducta específica |
| +Probable/-Difuso | Medida de control |

- d) Monitoreo, reporte y evaluación de riesgos.** Observar críticamente el funcionamiento de los controles es el paso final para que la política de prevención de delitos sea eficaz y actualizada. La retroalimentación de la información y la evaluación del resultado de los mecanismos implementados implicará mantener un programa certero y que cumpla con el objetivo trazado.

Esta suerte de monitoreo de riesgos “consiste en el seguimiento de aquellos riesgos previamente identificados, cuantificados y controlados. Si bien es un mecanismo que permite en parte la evaluación del propio modelo de prevención se refiere estrictamente a los riesgos específicos de la corporación”¹⁸⁰.

Finalmente, no está demás señalar que el análisis y la gestión de los riesgos recaerá en el encargado de cumplimiento, quien deberá revisar y actualizar periódicamente este ítem fundamental en la elaboración del *compliance*, puesto que –como sabemos– a partir de él se construirá todo el sistema de reglas, protocolos y procedimientos.

6. Pasos en la implementación de un modelo de prevención de delitos: aproximación legal, dogmática y práctica

A continuación, señalaremos cuales son –a nuestro juicio– los pasos mínimos que se deberán tener en cuenta al diseñar, implementar y supervisar un programa de cumplimiento. La manera en que estructuraremos lo que sigue será una combinación

¹⁷⁹ Vid. PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 43 y ss.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 45.

entre aquellos elementos que la Ley 20.393 exige, lo que la dogmática ha profundizado y, en algunos casos, cómo se ha materializado en la práctica.

6.1. La declaración y compromiso de la máxima autoridad administrativa

Es relevante que la máxima autoridad de administración de la empresa no sólo tenga la inquietud y las buenas intenciones de implementar un *compliance* al interior de la misma, sino que junto con aquello, realice una declaración formal –y manifestaciones constantes– donde exprese indubitadamente su compromiso de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades que se presenten en la actividad comercial de la persona jurídica.

Esta declaración no sólo cumple un papel simbólico importante, sino que también estriba un compromiso contundente de actuar contra toda irregularidad que se presente en la empresa. No es una declaración de principios, sino que una obligación y un acta que da legitimidad a todo el programa de cumplimiento.

Esta declaración o promesa puede estar contenida, en algunos casos, en el código de ética y, en otros, en el *compliance* propiamente tal. Esta declaración será emitida, por regla general, por las máximas autoridades de la empresa y describirá aquellos motivos principales que tuvieron presente al implementar el programa de cumplimiento y, por cierto, los valores y compromisos éticos que tienen como empresa.

En tal dirección, se observan en aquellas declaraciones una serie de medidas tendientes a asegurar el fomento de una cultura organizacional respetuosa con la ley, destacándose por su relevancia práctica la presencia de un código de ética o de conducta, por medio del cual se explicita el conjunto de valores propios de la organización, así como un sistema de capacitación e interiorización del modelo conducente a reforzar tal forma de comportamiento. En este sentido, se ha señalado que, por ejemplo en España, el fin primordial de este instrumento debe ser “promover una cultura dentro de la organización que más allá de asegurar el cumplimiento de la ley, anime a que la actividad en general de la empresa se corresponda con determinados patrones éticos”¹⁸¹.

¹⁸¹ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 553.

En relación a esto, PIÑA, señala que “gran parte de la eficacia de esta agencia (el encargo a una persona de la implementación de un programa de cumplimiento), depende de un llamado al cumplimiento bien difundido por parte de las esferas superiores de la organización. Un programa efectivo permitirá afirmar a la corporación que el cumplimiento legal es un aspecto crítico en su desempeño y que usa las mismas técnicas y recursos que se destinan al resto de las preocupaciones críticas de la administración. En caso de faltar este compromiso de la parte alta del organigrama, los empleados que se encuentran en esferas más operativas y menos decisorias, no entenderán el deber de cumplimiento como inserto en sus roles ni tampoco como comprendido dentro de sus metas”¹⁸².

En tal sentido, el autor señala que para cumplir cabalmente con tal anhelo –un sistema que permita permear a la organización en sus deberes de prevención y formar una cultura corporativa correcta– se deben observar tres objetivos fundamentales: **(i)** Lograr que los empleados de las zonas operacionales de la organización reciban efectivamente indicaciones acerca de lo que deben o no deben hacer para cumplir con sus deberes de prevención y las asuman como críticas dentro de sus descripciones de cargo; **(ii)** Contar con un modelo eficaz de monitoreo para garantizar que en el desempeño de sus labores operativas se están tomando las necesarias medidas de prevención; y **(iii)** Contar con un sistema de bonificaciones, compensaciones y sanciones que alienten el cumplimiento de esos deberes de prevención¹⁸³.

6.2. Creación de un departamento propio de *compliance* y el nombramiento de un comisionado encargado

El segundo paso que tomará la empresa al momento de decidir la implementación de un programa de cumplimiento será el crear un departamento especializado en el diseño y aplicación del mismo. Dicho departamento deberá cumplir las funciones mandatadas por la máxima autoridad administrativa de la empresa y seguir estrictamente las normas y procedimientos contemplados en el código de conducta.

¹⁸² PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 20.

¹⁸³ *Ídem*.

Como tratamos en el capítulo anterior, lo dicho precedentemente se relaciona de forma directa con los deberes de dirección y supervisión, los cuales han sido comprendidos con mayor frecuencia como una prioridad en la máxima administración de una persona jurídica. En relación a esto, BACIGALUPO ha señalado que en la teoría se considera que los consejos de administración deben cuidar que la empresa y sus órganos se desenvuelvan en consonancia con el derecho vigente y que esta función es a la que se refiere el concepto de *corporate compliance*. Sin embargo, este concepto no se remite sólo al deber trivial de observar los mandatos jurídicos – deber de legalidad– sino que también al “deber de instaurar un departamento especial de control y de vigilancia así como los procedimientos especiales en la empresa que aseguren la observancia de los mandatos jurídicos”¹⁸⁴.

Una vez creado este departamento con fines organizativos, se debe nombrar a un comisionado de *compliance* (*compliance officer* u *ombudsman*), quien será la persona responsable de la supervisión y gestión del programa de cumplimiento en todas sus fases:

“Este oficial de cumplimiento o encargado de prevención debe tener autonomía, ascendencia y acceso a la alta administración, sin perjuicio que pueda ser trabajador de la propia empresa. No hay problema con externalizar esta función y de hecho muchas empresas prefieren hacerlo para lograr una mayor independencia, en especial en las investigaciones que se desarrollen como consecuencia de las denuncias”¹⁸⁵.

En ese sentido, el número 1° del artículo 4 de la Ley 20.393 hace alusión al nombramiento de un “encargado de prevención”, en los siguientes términos:

“1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la

¹⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 105.

¹⁸⁵ REYES, Rodrigo. *Elementos básicos del programa de compliance*, El Mercurio Legal. Disponible en: <http://prelafit.cl/elementos-basicos-del-programa-de-compliance/>

Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención".

De la transcripción precedente se puede aseverar que la Ley 20.393 se refiere de forma muy general al encargado de prevención, es por eso que respecto a las funciones generales que cumple este comisionado de *compliance*, se "puede afirmar que el Chief Compliance Officer (CCO) es el **arquitecto y administrador de la estrategia de cumplimiento de la empresa, la estructura y los procesos**. Como líder de las tareas relativas al cumplimiento y experto en la materia, el Director de Cumplimiento es responsable de establecer las normas y la aplicación de los procedimientos para asegurar que los programas relativos al mismo en toda la organización son eficaces y eficientes en la identificación, prevención, detección y corrección de las faltas de cumplimiento con las normas y reglamentos aplicables"¹⁸⁶.

BACIGALUPO, por su parte, señala que "las funciones básicas del compliance officer son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, que no sólo deben alcanzar al cumplimiento de la ley y los reglamentos, sino también a las directivas y principios éticos internos y a los standards de conducta internacionales"¹⁸⁷.

A su vez, PIÑA señala que los encargados de prevención son funcionarios designados expresamente por la administración de la persona jurídica para el diseño, implementación y control de los modelos de prevención. Considera como obligaciones de estos encargados: **(i)** velar por la implementación efectiva del

¹⁸⁶ *Ídem*.

¹⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 107.

programa de prevención; **(ii)** velar por la permanente adecuación y actualización de los programas, y **(iii)** velar porque los empleados estén adecuadamente entrenados y formados en las obligaciones legales orientadas a la prevención de delitos. En concreto, señala que esto incluiría el establecimiento de estándares de conducta, la comunicación de esos estándares, la reducción de las brechas y el monitoreo y aseguramiento de que toda la organización respalda esos estándares, incluida la administración superior de la corporación¹⁸⁸.

Según COLLADO, en relación a la designación de un encargado de prevención, se debe tener en cuenta¹⁸⁹ que:

- a. Debe ser designado necesariamente por la máxima autoridad de la persona jurídica (dependerá de la empresa pero la Ley 20.393 señala al directorio, administrador, gerente, ejecutivo principal);
- b. Durará hasta 3 años en el cargo, plazo que podrá ser prorrogable; y
- c. Debe contar con autonomía respecto de la administración de la persona jurídica. No obstante, señala la Ley 20.393, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna. Este requisito se elimina si la persona jurídica tiene ingresos anuales que no superen una cantidad de dinero.

Respecto a la autonomía, PIÑA señala que el encargado “deberá contar con autonomía respecto a la administración, sus dueños socios, acciones o controladores. Si bien por adecuadas razones de pragmatismo –pues debe cuidarse mucho en este ámbito de establecer exigencias que, según las distintas realidades corporativas, sean imposibles de cumplir– se renuncia a esta autonomía si la compañía tiene ingresos anuales por menos de 100.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM)”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 55.

¹⁸⁹ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 173.

¹⁹⁰ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 14.

6.3. Otorgamiento de medios y facultades al *compliance officer*

Sabemos que el encargado de cumplimiento tiene un rol protagónico en la elaboración, instauración y ejecución del programa de *compliance*. Podemos considerarlo como una suerte de responsable táctico y operativo para lograr que el programa tenga la eficacia correcta. El n° 2 del artículo 4 de la Ley 20.393 señala respecto al encargado de prevención:

“2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

- a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
- b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente”.

A partir de lo anterior, consideramos que las funciones más relevantes que deberá realizar el oficial para desempeñar cabalmente su encargo, serían:

- a. Diseñar y aplicar controles, normativas y procedimientos internos que permitan garantizar el cumplimiento de la legislación y normativa aplicables;
- b. Gestionar las auditorías e investigaciones sobre cumplimiento y normativas o responder a las solicitudes de información de los organismos reguladores;
y

- c. Supervisar el cumplimiento de los códigos de conducta voluntarios de las compañías¹⁹¹.

En ese sentido, resulta lógico que la empresa provea de medios y otorgue facultades especiales al encargado de prevención para un desempeño satisfactorio en tales funciones. Esto es crucial, puesto que sin los medios económicos suficientes, la autonomía del departamento de cumplimiento será quimérica; y sin las facultades especiales para el desempeño de su encargo, la instauración del *compliance* será únicamente teórica.

En relación a esto mismo, COLLADO considera que el encargado (i) debe contar con recursos y medios materiales necesarios para la realización de sus labores; y (ii) debe tener acceso directo a la administración de la persona jurídica para informales oportunamente y por un medio idóneo las medidas y planes implementados¹⁹².

El autor continúa señalando que “esta propuesta resulta relevante, ya que la dotación de medios es un factor relevante en la teoría de las posiciones de garante, en particular de aquellos deberes que permanecen en el delegante y cuyo cumplimiento puede acarrear su responsabilidad penal”¹⁹³.

A mayor abundamiento, PIÑA señala que la administración debe proveer al encargado de prevención de medios materiales y recursos suficientes para el cumplimiento de su cometido, siempre en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica. En efecto, considera necesario que estos recursos queden correctamente establecidos en las correspondientes partidas presupuestarias para poder acreditarlo en caso de ser necesario. Respecto de sus facultades, argumenta que se ha establecido como mínimo el acceso directo a la administración para informar adecuadamente de los planes y medidas implementadas y, además, la obligación de una rendición semestral de cuenta de su gestión¹⁹⁴.

¹⁹¹ PUYOL, Javier. *El responsable de cumplimiento normativo o ‘compliance officer’ en la empresa*, en: <http://ecixgroup.com/el-grupo/el-responsable-de-cumplimiento-normativo-o-compliance-officer-en-la-empresa/>

¹⁹² COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 173.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 174.

¹⁹⁴ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 57.

Por su parte, BACIGALUPO ha esgrimido que “en teoría se considera que los Consejos de Administración deben cuidar que la empresa y sus órganos se desenvuelvan en consonancia con el derecho vigente y que esta función es a la que se refiere el concepto de <corporate compliance>”. Pero agrega, que el “<corporate compliance> no es sólo el deber trivial de observar los mandatos jurídicos (deber de legalidad), sino –en el derecho de sociedades– el deber de instaurar un departamento especial de control y de vigilancia así como los procedimientos especiales en la empresa que aseguren la observancia de los mandatos jurídicos”¹⁹⁵.

En conclusión, hemos demostrado que este paso resulta crucial para el fundamento, autonomía y operatividad de un modelo preventivo. En efecto, la designación del encargado de cumplimiento no sólo nace de una obligación legal de implementar un programa de cumplimiento que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por la Ley 20.393; sino que también, su trabajo otorga legitimidad y estabilidad al sistema (control y revisión constante del modelo). Además, resulta fundamental la provisión de medios y facultades suficientes pues le permitirá aquella autonomía, sin la cual la implementación del *compliance* se circunscribiría simplemente a un papel sin utilidad ni eficacia alguna.

6.4. Establecimiento de un código de ética y un código de conducta

En primer término, es necesario hacer presente que la mayoría de las empresas de cierta magnitud ya cuentan con un código de ética instaurado como canon y reglamento de comportamiento. Este código, en ciertos casos, describe de forma general ciertos principios y modelos de comportamiento que la empresa hace propios y que pretende que sus empleados respeten y sigan, es decir, la declaración de principios que se trató en el punto 6.1. Sin embargo, también existen empresas con un mayor compromiso que, junto con esta declaración de principios, han contemplado normas y procedimientos aplicables ante hechos de relevancia legal.

Un ejemplo del primer caso, es el siguiente anexo que da cuenta de la declaración de valores contenida en el código de ética de Cencosud¹⁹⁶:

¹⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 106.

¹⁹⁶ Ver en: <http://www.cencosud.com/wp-content/uploads/2012/06/Codigo-Etica-CHILE.-3-10v3.pdf>

Declaración de valores:

- Vivimos por y para nuestros clientes: su satisfacción es nuestra misión y obligación, continuamente buscamos satisfacer sus expectativas.
- Promovemos y valoramos la actuación responsable, transparente y honesta con cada uno de nuestros grupos de interés: accionistas, proveedores, reguladores, colaboradores, clientes, consumidores y la comunidad en general.
- Realizamos nuestras labores buscando la excelencia en cada uno de los resultados, brindando las bases, pero confiados en la autoexigencia que se impone a cada colaborador.
- Estamos conscientes de que en un ambiente de respeto y trabajo en equipo, obtenemos los mejores resultados.
- Ser líderes en el mercado no nos debe enorgullir: la austeridad y humildad han sido y serán parte del comportamiento esperado de cada uno de quienes integramos CENCOSUD.
- Daremos siempre lo mejor de nosotros en beneficio de la Compañía, demostrando así nuestro constante compromiso.

En relación al papel que tienen los códigos de ética, Rodrigo Reyes ha señalado que: “los códigos de conducta en los negocios o códigos de ética han sido considerados la primera piedra en la construcción de un sistema de compliance, pero se necesitará algo más que este código”¹⁹⁷.

Esta expresión ratifica lo esbozado al comienzo de este apartado. El código de ética no es suficiente en la lucha preventiva contra la criminalidad organizada, y es por ello que la empresa deberá establecer un código de conducta que contenga una serie de protocolos, reglas y procedimientos especiales, en atención al tipo y magnitud de la empresa, para prevenir eficiente y eficazmente la comisión de los delitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 20.393. Incluso, como veremos en el capítulo final, se pueden utilizar para prevenir cualquier tipo de delitos, aunque no impliquen una imputación penal a la persona jurídica en los términos actuales de la Ley 20.393. En ese sentido, es importante destacar que la adopción un código de

¹⁹⁷ REYES, Rodrigo. *Elementos básicos del programa de compliance*, El Mercurio Legal. Disponible en: <http://prelafit.cl/elementos-basicos-del-programa-de-compliance/>

ética, así como un código de conducta, revela una buena cultura empresarial que, en palabras de ARTAZA, “se ha transformado en uno de los pilares de un programa de cumplimiento efectivo”¹⁹⁸.

La diferencia que existiría entre el código de ética y un código de conducta implica entender la naturaleza y el fin pretendido. Los códigos de ética, son superrogatorios, es decir, establecen deberes que exceden de los mínimos de cumplimiento legales. A modo de ejemplo, un código de ética empresarial no debe contener prescripciones relativas a la evitación de delitos, pues de ello se encargan las leyes, pero sí debe contener, por ejemplo, la obligación de denunciar delitos al interior de la empresa. En definitiva, estos códigos pretenden estandarizar ciertas conductas impropias y promover **(i)** conductas honestas y conformes con principios éticos, incluyendo el tratamiento ético de cualquier conflicto de interés actual o posible entre las personas y sus obligaciones profesionales; y **(ii)** conductas que van más allá del cumplimiento de obligaciones legales y reglamentarias.

Por otro lado, el código de conducta establecerá la forma de cumplimiento de obligaciones legales, como por ejemplo, las obligaciones de supervigilancia y dirección. Esto implicará que este tipo de código deberá incorporar prescripciones amplias, específicas y concretas¹⁹⁹.

En definitiva, ya sea que las conductas que se pretenden normar estén incluidas en el código de ética o en el código de conducta, éstas deberán cumplir con las siguientes funciones:

- a. Reforzar el mandato normativo legal, dejando en claro que el cumplimiento de éste es más importante que otros fines que pueden resultar aparentemente prioritarios (como cumplimientos de meta de ventas);
- b. Democratizar la norma abstracta dentro de la cultura corporativa con el uso de ejemplos y casos que la ilustren en las actividades cotidianas de los empleados y su interacción con las fuentes de riesgos; y

¹⁹⁸ ARTAZA, Osvaldo. “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013, p. 556.

¹⁹⁹ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 48-53.

- c. Comunicar a quienes entran en contacto con la empresa, el conjunto de valores de su cultura corporativa y su apego tanto a la ley como a normas éticas²⁰⁰.

Para BACIGALUPO, el contenido mínimo de un código de conducta debería abarcar las siguientes materias: **(i)** exclusión de conflicto de intereses; **(ii)** corrupción, estafa y defraudaciones; **(iii)** derecho de la competencia; **(iv)** observancia de derechos humanos; **(v)** ética y protección contra la discriminación; **(vi)** confidencialidad y protección de datos; **(vii)** corrección de la contabilidad y facturación y derecho fiscal; **(viii)** seguridad de la disponibilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de las informaciones; **(ix)** cumplimiento de las exigencias de protección del medio ambiente y de la salud; y **(x)** regulación de las denuncias internas de irregularidades (*whistleblowing*)²⁰¹.

Con todo, la simple declaración de principios y valores –como sabemos– no ha sido suficiente para prevenir eficazmente la comisión de delitos. En efecto, el papel relevante que tienen los programas de cumplimiento hoy en día se debe precisamente a que éstos pretenden solucionar el déficit de los códigos de ética; esto es, no sólo incluir una declaración de principios que la empresa y sus trabajadores deben seguir, sino que plasmar, concretamente, la manera en que tales patrones de conducta se llevarán a cabo a cualquier evento. Dicho de otra manera, sólo a través de la implementación de un *compliance* que contemple reglas, protocolos, procedimientos y sanciones, se asegurará el cumplimiento de un código de ética y, en consecuencia, una mejor cultura empresarial.

6.5. Protocolos, procedimientos y sanciones

La consecuencia natural de la identificación y evaluación correcta de los riesgos normativos se traducirá en protocolos, procedimientos y sanciones que se implementarán para prevenir ilícitos.

Primeramente, el artículo 4 numeral 3° de la Ley 20.393 señala que todo programa de cumplimiento deberá contener:

²⁰⁰ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 52.

²⁰¹ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 115.

“(…) protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos”.

Evidentemente, la implementación del programa de cumplimiento deberá contemplar un sistema disciplinario adecuado. De lo anterior se hace cargo el artículo ya estudiado, señalando como misión primordial del encargado de prevención:

“c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma”.

Como hemos señalado, ante cualquier situación sospechosa, denuncia o descubrimiento flagrante por parte del departamento de cumplimiento, la empresa deberá iniciar una investigación interna con el objetivo de dilucidar la efectividad de la transgresión. Para ello, como cualquier proceso, se deberá contar con medios de pruebas suficientes para buscar acreditar el ilícito y, en lo posible, identificar al actor.

Las sanciones resultantes deben ser adecuadas y justas en los casos de contravención a las normas. Así como también es importante que las empresas instauren mecanismos de delación anónima con el objetivo de que, dentro de la misma

empresa, exista una cultura de prevención y persecución de delitos. Aparte de las sanciones, en muchas ocasiones se instauran bonos en forma de premios en las remuneraciones para quienes cooperen en mantener y resguardar una cultura corporativa limpia.

En otras palabras, el control de los riesgos se materializará en las más diversas maneras atendiendo las actividades que la empresa que realiza y el riesgo que implicará su ejecución. A modo de ejemplo, la autoridad norteamericana ha señalado la importancia de que:

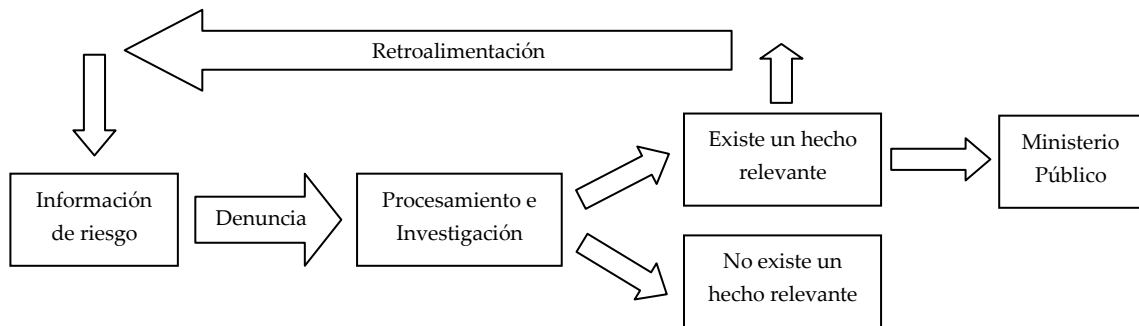
“existan documentos escritos, traducidos al lenguaje local, claros, concisos y accesibles a todos los empleados e incluso terceros que actúan por la compañía. Estos documentos deben ser revisados periódicamente y actualizados. Las políticas y procedimientos deben detallar responsabilidades, controles internos, prácticas de auditoría y sanciones acordes con la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica y en especial acerca de los riesgos asociados al negocio, el modelo de negocio, productos y servicios, terceros, clientes, vínculos con entidades gubernamentales, riesgos del sector específico y geográficos”²⁰².

Sin embargo, hay que sumar a lo anterior que para que estos protocolos tengan eficacia pretendida, el procedimiento investigativo en el cual se sustentan reviste vital trascendencia. Esto es a lo que PIÑA ha denominado “Proceso de distribución y procesamiento de los riesgos”. En concreto, señala que el sistema debe tener un canal de entrada, canal de denuncia, y un canal de salida, comunicación a la corporación del resultado de la operación del modelo de prevención²⁰³.

²⁰² REYES, Rodrigo. *Elementos básicos del programa de compliance*, El Mercurio Legal. Disponible en: <http://prelafit.cl/elementos-basicos-del-programa-de-compliance/>

²⁰³ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 64.

La siguiente figura utilizada por dicho autor ejemplifica este proceso:



Con todo, el procedimiento deberá contar con: **(i)** canal de denuncia expedito, confidencial y eficaz; **(ii)** procedimiento de investigación que se detone cuando exista una denuncia o sospecha de la comisión de algún delito, comprometa o no la responsabilidad penal de la empresa; y **(iii)** comunicación de resultados a través de dos vías: por una parte, la denuncia a la autoridad competente y, por la otra, la difusión interna que retroalimente la cultura corporativa²⁰⁴.

Interesante descripción de los principios y reglas que deberá seguir un procedimiento tipo realiza PIÑA:

- a. Las denuncias entregadas por los trabajadores o colaboradores deben ser recibidas por el Encargado de Prevención o centralizados por él si existen intermediarios en la recepción.
- b. Una vez recibida la denuncia, debe realizarse un análisis preliminar de su contenido y de los méritos para ser investigada. Enfocándose en la Ley 20.393, deben investigarse siempre las denuncias o hechos que puedan dar cuenta de la comisión del delito de cohecho, lavado de activos o financiamiento al terrorismo. Es imprescindible que el mecanismo de selectividad de esas denuncias esté firmemente preestablecido, de modo de blindar la decisión de todo atisbo de arbitrariedad.
- c. Además de las denuncias recibidas a través del canal de denuncias establecido en el modelo de prevención, deben abrirse investigaciones respecto de todas aquellas situaciones que pudieran dar cuenta de la

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 65-70.

comisión de delitos y que se detectaran por los mecanismos de control de excepciones o transacciones inusuales establecidos.

- d. En caso de estimarse plausible la denuncia –sea por la forma de ella o por los antecedentes aportados– se debe dar inicio a la investigación, bien encabezada por el propio encargado, bien designando a un auditor interno con experiencia, según las posibilidades corporativas. En cualquier caso ella se realizará en forma estrictamente confidencial y bajo la supervisión del encargado de prevención. Requisito esencial de esta designación es la imparcialidad en la investigación y, por tanto, debe escogerse a un empleado cuyas funciones no estén directamente vinculadas con los procesos o cargos expuestos en la investigación.
- e. Tanto el auditor interno asignado como el encargado de prevención deben mantener una estricta confidencialidad sobre todas las materias investigadas y las personas involucradas.
- f. Una vez concluida la investigación, debe emitirse un informe confidencial y reservado con las conclusiones de la misma, al cual solo tendrán acceso los miembros de la administración de la persona jurídica, velando siempre por la integridad y seguridad de los denunciantes, testigos y de los propios denunciados investigados.
- g. Si la investigación concluye que existen hechos delictuales demostrados o una sospecha fundamentada de violación a la ley 20.393, el encargado de prevención deberá denunciar los hechos investigados al Ministerio Público correspondiente e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando corresponda²⁰⁵.

6.6. Formación, comunicación y cultura corporativa

No sólo la formación técnica del encargado de *compliance* es clave para cumplir con los objetivos trazados al instaurar un programa de cumplimiento, también es necesario que exista una fluida comunicación mediante todo tipo de soportes, en la que la organización informe –y forme– constantemente a su personal acerca de todas aquellas asuntos relevantes para prevenir los riesgos normativos y, en efecto, evitar

²⁰⁵ *Ibíd.*, 68-69.

que se aplique un procedimiento sancionatorio a partir de una infracción al código de ética.

En concreto, es misión del *compliance officer* y del departamento que lidera, de transmitir de forma clara y oportuna todo lo relacionado al programa de cumplimiento en su esfera conductual, procedimental y sancionatoria. Esta misión trasunta un carácter medular en el desempeño del encargado, puesto que internalizar a toda persona que forma parte de la empresa de su deber particular en la prevención de delitos implicaría, a la postre, instaurar, definitivamente, una buena cultura corporativa²⁰⁶.

En tal sentido, y a propósito de los eventuales atentados contra la libre competencia que pueden imputarse a una persona jurídica, la FNE ha señalado que:

“los programas son un mecanismo eficiente y efectivo de prevención, de detención y de control de daños, ya que brindan pautas internas acerca de las correctas formas de reacción, permitiendo así la no ocurrencia o la reducción de los efectos negativos del actuar anticompetitivo tanto para la empresa como para la sociedad. Brindar información y educación a los trabajadores acrecienta las posibilidades de identificar tempranamente las situaciones de riesgo, incrementándose asimismo la posibilidad de adoptar oportunamente las medidas necesarias para evitarlas o mitigarlas.

Con todo, la entrega de información a los miembros de un agente económico con miras a educarlos en materia de competencia no resulta suficiente para prevenir los riesgos que el Programa de Cumplimiento pretende aminorar. En este sentido, la entrega de información debe necesariamente complementarse con un programa activo de prevención y con la adopción de políticas comerciales alineadas con un comportamiento competitivo”²⁰⁷.

Por su parte, PIÑA afirma que “este sistema de prevención deberá estar incorporado en los reglamentos de la compañía y comunicarse a los empleados. Del mismo modo, deberá incorporarse a los contratos de trabajo y de prestación de servicios, incluidos los máximos ejecutivos de la misma. Sin embargo, más allá de las

²⁰⁶ Para más información acerca de métodos concretos, consultar el Capítulo IX de PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012.

²⁰⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*, Materia de Promoción n° 3, 2012, p. 4.

manifestaciones formales, lo relevante es una efectividad incardinada en la operación cotidiana de la compañía”²⁰⁸.

A este respecto, BALMACEDA y GUERRA señalan que la “promoción de esta nueva cultura corporativa busca evitar y reducir los riesgos empresariales para la comisión de hechos delictivos por parte de sus miembros. Esta cultura descansa en el argumento consistente en que tanto los trabajadores como los directivos deben hacerse parte de esta tarea de prevención de delitos en la empresa (democratización de todo el sistema). Así, la cultura empresarial debería reflejar un trato respetuoso para con el Ordenamiento jurídico y debería plasmarse en una voluntad general de cumplimiento de las buenas prácticas en todos los niveles de la organización. Por ende, es necesario que todos los miembros de la empresa asimilen los procedimientos o protocolos internos de prevención y utilicen adecuadamente los medios de asesoría, información y denuncia que tengan a su disposición”²⁰⁹.

En suma, el sistema de información debe contemplar mecanismos claros y precisos de descubrimiento y demostración de delitos. En tal sentido, se necesitarán cauces de información efectivos para la denuncia interna de irregularidades (*whistleblowing*) y procesos institucionalizados de tratamiento de la información (anónimos y confidenciales, filtrados estandarizadamente, etc.). Lo mismo respecto de los reportes y denuncias²¹⁰.

7. Supervisión, actualización y certificación de un programa de cumplimiento

Ningún programa de cumplimiento que tienda a prevenir una eventual vulneración a las normas podrá tener el efecto presupuestado si no existe una completa supervisión durante la ejecución del mismo. Esto implica que el *compliance officer*, persona encargada de la materialización del *compliance*, supervise personalmente todas las etapas del desarrollo del programa de cumplimiento; así como también –de ser necesario– encargue auditorías externas con el fin de contar con una supervisión tanto interna como externa del estado completo de la empresa.

²⁰⁸ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 16.

²⁰⁹ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 20-21.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

Hemos señalado que la implementación teórica del *compliance* no es suficiente para lograr a cabalidad la misión que se propone la autoridad administrativa de la empresa: prevenir riesgos normativos. Es entonces relevante que se produzca una supervisión por parte del departamento de cumplimiento, de forma constante, escalonada en el tiempo. En otras palabras, ningún programa de cumplimiento tendrá los efectos deseados si no se verifica cada cierto tiempo si los protocolos tienen los efectos anhelados.

Al respecto, PIÑA señala que “el encargado de prevención y la administración de la corporación deberán establecer mecanismos para controlar la aplicación efectiva del modelo para detectar y corregir sus fallas. Esta exigencia no solo impone deberes de auditoría, sino que cumple una función de actualización, pues por su propia naturaleza un modelo de prevención es eminentemente dinámico, y subordinado a las variaciones que sufra la organización o los procesos de la corporación a otros factores extremos que puedan incidir en su eficacia, como modificaciones legales o administrativas relevantes. Un modelo debe aprender de su propia experiencia y estar atento al entorno jurídico en que se desenvuelve”²¹¹.

Lo anteriormente referido está considerado explícitamente en la Ley 20.393 que en su artículo 4 numeral 4° nos señala que:

“4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad”.

Tal como el texto normativo señala, esta etapa es fundamental al momento de evaluar y, en palabras de la misma Ley 20.393, actualizar el *compliance*. Como señalamos en la Introducción, con el avance y los cambios en la forma de hacer negocios en el mundo cada vez más global, las empresas pueden verse enfrentadas a

²¹¹ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 16.

nuevos riesgos normativos que, de no identificarlos a tiempo, harían ineficaz e inoficioso el programa de cumplimiento.

La actualización del modelo de prevención de delitos es clave para mantener un funcionamiento eficaz del mismo. Sabemos que a partir de los cambios que el mercado experimenta, las empresas modifican consecuentemente la manera en que se comportan. En ese sentido, la manera en que los ejecutivos o los trabajadores que pretenden cometer delitos al interior de las personas jurídicas también implica un actuar creativo y vanguardista por parte de ellos, pues justamente actuarán con el fin de que el ilícito no sea descubierto y, en definitiva, ellos no resulten sancionados.

Por todo ello, la actualización de los modelos de prevención constituye entonces un deber permanente:

“Las corporaciones tienen el deber de mantener el alcance de sus programas de cumplimiento adoptados con las modificaciones legales, especialmente con la incorporación sucesiva de delitos al catálogo. Adicionalmente, la adecuación del programa a los cambios en los esquemas de riesgos (cambios en el giro, en las estructuras corporativas, en el organigrama que genere una modificación o aumento de los riesgos contemplados en el programa original)”²¹².

Según PIÑA, la evaluación del enfoque y éxito de un modelo de prevención (su correcto funcionamiento y actualización), implicará revisar una serie de características que indican que el programa se está aplicando de buena manera:

“1) Los esfuerzos frecuentes por parte de los ejecutivos de cumplir su compromiso de prevención, tanto a través de sus capacitaciones, asignación de recursos de sus áreas, reportes o denuncias.

2) Las evaluaciones periódicas de los delitos detectados a través de los mecanismos de control del Modelo de Prevención de Delitos, incluyendo análisis de las investigaciones corporativas, la disciplina interna, las revelaciones a las autoridades públicas (administrativas o encargadas de la persecución penal) y las reformulaciones consecuentes.

²¹² *Ibid.*, pp. 33-34.

3) El involucramiento del personal en los estudios e investigaciones de cumplimiento que tengan, por una parte, una formación adecuada y, por la otra, los recursos para hacer evaluaciones de cumplimiento preciso y riguroso.

4) La inclusión efectiva en el Modelo de Prevención de Delitos de medios bien publicitados para reportes de irregularidades que hagan los denunciantes (*whistleblowers*), así como la implementación de mecanismos de protección efectiva a los denunciantes de cualquier forma de represalia.

5) Registros que documentan las auditorías y las investigaciones concluidas, como parte del programa y las áreas de operaciones de la corporación que han sido evaluadas.

6) Los análisis que permitan determinar las causas de los delitos cometidos o de las infracciones a las prescripciones del modelo de prevención, a pesar de los esfuerzos de cumplimiento de la empresa y las formas en que los esfuerzos de cumplimiento se pueden mejorar

7) La ausencia de patrones frecuentes de comisión de delitos o infracciones a las prescripciones del modelo de prevención en los informes referidos a los empleados, gerentes, proveedores y prestadores de servicios externos, o el estudio de sus causas, en caso de haberlos.

8) Las respuestas de la corporación y su tiempo de evacuación (tanto de investigación como de mitigación y remedio) a los informes de irregularidades de los denunciantes y de terceros"²¹³.

Siguiendo el espíritu de mantener un programa de cumplimiento a la altura de los requerimientos que la misma sociedad, en su actuación comercial, va requiriendo, y con el advenimiento de más casos en que empresas de diversa índole, junto a sus máximos ejecutivos, se han visto envueltas en juicios penales de relevancia nacional, la idea de implementar programas de cumplimiento y de certificarlos acorde a las reglas estipuladas por la Ley 20.393, ha sido una práctica cada vez más cotidiana. Es así como variadas empresas usualmente externalizan las auditorías en otras empresas que, siendo especializadas y autorizadas por la SVS, cumplen con tal tarea.

²¹³ *Ibid.*, p. 87.

Esta certificación del *compliance*, que debe cumplir con los requisitos y elementos mínimos estipulados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 4 la Ley 20.393, resulta importantísima para la empresa al momento de evitar un eventual juicio contra la empresa. Esto, puesto que habiendo existido un programa de cumplimiento certificado y en completamente en orden, es posible que, la persona jurídica pueda excluir –o al menos disminuir– su responsabilidad penal por haber cumplido satisfactoriamente sus deberes de dirección y supervisión.

Para ilustrar de mejor manera lo anterior, transcribiremos lo dicho en la letra b) de la Ley 20.393:

“b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador”.

La certificación a la que hemos hecho alusión ha sido algo novedoso a nivel mundial en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas. El hecho que un tercero especializado observe, analice y certifique que la empresa está cumpliendo con un modelo de prevención delictivo que satisface estándares técnicos de prevención del delito es una de las grandes novedades del sistema.

CAPÍTULO 5

CONSIDERACIONES FINALES

Para terminar, nos gustaría referirnos a algunos tópicos relevantes relacionados a los programas de cumplimiento que hemos revisado a lo largo del presente trabajo.

1. Consecuencias y ventajas de la implementación de un modelo preventivo

La implementación de un programa de cumplimiento puede tener variadas consecuencias positivas para las empresas. En este apartado resumiremos algunas posturas que se han pronunciado al respecto en relación a los efectos judiciales (impedir que se le atribuya la responsabilidad penal a la empresa), así como a las consecuencias inmateriales las que, muchas veces, pueden ser más importantes para la expansión y desarrollo futuro de la corporación.

En cuanto a los beneficios concretos que podrían resultar para las empresas, podemos señalar que implementar un programa de cumplimiento lograría: **(i)** promover adecuadamente una cultura empresarial de compromiso en el cumplimiento de la legalidad vigente y de impedir la comisión de delitos en la compañía; **(ii)** mejorar la gestión de los riesgos y proteger a la organización de eventuales daños financieros; **(iii)** proteger la reputación de la empresa; **(iv)** disminuir los daños provocados por estar sometida una empresa a un proceso penal y a un juicio público sobre su imagen; **(v)** preparar a las empresas para acceder a los mercados internacionales por los requerimientos de diferentes legislaciones; **(vi)** fortalecer los lazos entre distintas partes: empresa con sus proveedores, con los clientes, con el gobierno; y **(vii)** subir el estándar competitivo del mercado²¹⁴, entre otros.

Por otro lado, cabe recordar que los programas de cumplimiento “despliegan importantes efectos a la luz de la legislación chilena, tanto en el ámbito propiamente material –verdaderas causales de atipicidad en la responsabilidad penal de la persona jurídica si es que estos modelos se implementaran con anterioridad al hecho delictivo, o circunstancias atenuantes una vez que se ha cometido el delito y antes del proceso judicial respectivo iniciado contra la empresa– como en la esfera procesal

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 142-146.

–uno de los criterios para la determinación de la pena que debería efectuar el juez, y como una de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento”²¹⁵.

En relación al valor en específico que se le puede dar a la certificación, COLLADO señala que “queda por determinar qué valor debe entregársele a la certificación de modelo de prevención establecido en la Ley, ya que si la implementación es optativa, y el cumplimiento del estándar de buen ciudadano corporativo será siempre una cuestión de hecho a demostrar por la persona jurídica y a juzgar por el juez, el hecho de certificar el modelo pareciera no tener valor alguno (...), pareciera que la intención del legislador fue otorgar a la certificación del modelo la capacidad de invertir la carga de la prueba por presumirse el cumplimiento del estándar por parte de la persona jurídica. Es decir, cuando no se haya certificado el modelo la persona jurídica deberá demostrar el cumplimiento de sus deberes de supervisión y dirección, y cuando la certificación se haya realizado será misión del Ministerio Público la prueba del incumplimiento”. A su juicio, “la certificación descarga a la persona jurídica de la prueba de la existencia y funcionamiento efectivo del modelo de prevención, pero mantiene a su cargo la prueba de la operatividad del modelo en los hechos concretos, para de esta manera demostrar que su organización no se vincula con el hecho de la persona natural”²¹⁶.

Por su parte, PIÑA se manifiesta señalando que “la implementación de estos modelos, sin embargo, se entiende como una facultad, de modo que no es el único mecanismo posible para conseguir la exención de responsabilidad. Precisamente el giro de que se sirve la ley en el artículo 4º deja extremadamente claro que las empresas “podrán adoptarlo” como modo de organización. De este modo, adoptarlo no implica garantía de indemnidad si no se da una serie de condiciones de efectividad. Como contrapartida, no adoptar expresamente un modelo de prevención tampoco implica forzosamente responsabilidad de la corporación si bien deberá ésta desplegar una mayor intensidad probatoria para acreditar que sus procesos y organización no son los que brindan el marco para comisión de los delitos del catálogo. Esto no debe interpretarse, sin embargo, como una inversión a la carga de la prueba ni como una presunción de responsabilidad corporativa. Aun

²¹⁵ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 245-246.

²¹⁶ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 178-179.

cuando una persona jurídica no cuente con un MPD, acreditar más allá de toda duda razonable que la comisión del delito no ha sido consecuencia de ese incumplimiento debería redundar en ausencia de tipicidad. Desde esta perspectiva pueden disponerse equivalentes funcionales a los modelos de prevención. Es decir, otros mecanismos de dirección y supervigilancia distintos de los sancionados en la ley pero que, por cumplir la misma función, pueden producir el mismo eximente (...). No es posible, por tanto, afirmar la responsabilidad penal de las corporaciones que cuenten con un modelo de cumplimiento eficaz, aunque se haya cometido un delito en el marco de su operación. O se demuestra que el modelo es en realidad inadecuado o ineficaz o no cabe más al juez que declarar atípica la conducción corporativa²¹⁷.

Adicionalmente, BACIGALUPO argumenta que “la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el legislador tendrá una indudable trascendencia sobre la organización empresarial, porque las empresas deberán asumir privadamente una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento (compliance), en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados. De esta forma los programas de prevención beneficiarán a las empresas en la medida en la que reducirá sensiblemente el riesgo de su propia responsabilidad²¹⁸.”

BALMACEDA y GUERRA señalan que “se espera que el establecimiento de una Política de Prevención de delitos opere de manera satisfactoria en todos los niveles de la empresa y sea adapte a los cambios del mercado, con el propósito de demostrar ante la autoridad que el Modelo de Prevención tiene una aplicación efectiva. Lo anterior, con el propósito de que el programa de cumplimiento sirva a la empresa para establecer una eximente de responsabilidad o una atenuante en caso de enfrentar un proceso judicial²¹⁹.”

Finalmente, para dichos autores, los beneficios de implementar una política de prevención serían los siguientes²²⁰:

²¹⁷ PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 8-10.

²¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 109.

²¹⁹ BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 18.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 142-147.

- a. **Exención de responsabilidad por atipicidad.** La empresa no respondería de los delitos cometidos por parte de alguna de las personas físicas relacionadas e indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 30 de Ley 20.393. La constatación de un delito base por parte de un miembro de la empresa no tendrá correspondencia con la forma de organización atribuida a la empresa y ésta no sería responsable en virtud de una causal de atipicidad.
 - b. **Circunstancia atenuante.** La persona jurídica gozaría de una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal si es que la empresa: **(i)** colabora sustancialmente en la investigación; **(ii)** adopta, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de una misma clase de delitos objeto de la investigación.
 - c. **Criterios de determinación judicial de la pena.** El cumplimiento de la normativa plasmada en modelos de prevención de delitos se configura como uno de los criterios de determinación judicial de la pena. En efecto, al momento de determinar la cuantía y naturaleza de la pena, el tribunal atenderá al grado de sujeción y cumplimiento de la normativa.
 - d. **Suspensión condicional del procedimiento.** Los modelos de prevención de delitos, con sus respectivos elementos mínimos contenidos en la Ley 20.393, fungen como una de las condiciones dispuestas por el juez de garantía en la suspensión condicional del procedimiento.
2. **Ampliación de la visión acerca de la implementación de los programas de *compliance***

Siguiendo la tendencia mundial y claramente reconociendo los beneficios que la implementación de los programas de cumplimiento trae a las empresas y a la economía en general, han ingresado cuatro proyectos que buscan ampliar el catálogo de delitos recogidos en la Ley 20.393. Lamentablemente, no han tenido mucho protagonismo:

- a. El Boletín 7265-07 de octubre de 2010, se encuentra actualmente en tramitación, no existiendo más avance que la presentación del proyecto. Con éste, se busca incorporar los delitos previstos en la ley 19.223, en los artículos 79, 80, 81 de la ley 17.336, en los artículos 59, 60, 61 y 63 de la ley 18 045, en el artículo 134 de

la ley 18.046, en el artículo 97 del Código Tributario, y por los delitos contra la salud pública y contra las personas.

- b. El Boletín 8114-07 de diciembre de 2011 busca incorporar el artículo 285 del Código Penal –la alteración fraudulenta de precios– al catálogo. Fue archivado luego de su ingreso (por falta de pronunciamiento de la Comisión a cargo), pero desarchivado a principios de 2015.
- c. El Boletín 9657-13 de octubre de 2014 tiene como objetivo incorporar los casos de accidentes del trabajo que configuren cuasidelitos de homicidio o de lesiones.
- d. Finalmente, el Boletín 10204-07 de julio de 2015 que además de incorporar la penal de “prohibición temporal o perpetua de adquirir, usar y gozar, a cualquier título, de toda clase de concesiones mineras, marítimas, portuarias, de acuicultura, sanitarias, eléctricas, de gas, de obras públicas, de casinos de juego, de telecomunicaciones, y de toda otra índole”, busca introducir los numerales 4, 5 y 24 del artículo 97 del Código Tributario y el inciso segundo del artículo 13 de la Ley n° 20.544.

Al respecto, COLLADO argumenta positivamente señalando que “de *lege ferenda*, y para romper con el carácter meramente simbólico de esta legislación, se hace necesario ampliar el catálogo de delitos al menos a las actividades claramente criminales en las que se utilizan personas jurídicas (tráfico de drogas, prostitución y corrupción de menores, trata de personas), y analizar las zonas de riesgos permitido actuales en las que se prefiera convertir a las personas jurídicas en garantes de esos ámbitos de organización”²²¹.

MAÑALICH también considera se requiere una ampliación decidida del catálogo de la Ley 20.393, puesto que éste “es demasiado restringido, resultando excluidos “los delitos de mayor trascendencia relacionados con la actividad empresarial”. Lo cual se ve agravado por los defectos que muestra la tipificación legal de una de las tres

²²¹ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 151-152

formas delictivas sí incluidas, lavado de activos. Ello parecería aconsejar una ampliación decidida del catálogo en cuestión”²²².

Por su lado, HERNÁNDEZ cree que “se trata de un catálogo extraordinariamente restringido, que en lo fundamental abarca sólo las materias respecto de las cuales existía obligación internacional de sancionar a las personas jurídicas, las que, por lo demás, tienen una relativa escasa aplicación práctica, sin perjuicio del ámbito no despreciable de aplicación que debería asegurar la consideración del soborno doméstico”²²³. Tal como vimos en el Capítulo 2, el autor también destacó el debate que hubo durante la tramitación de la Ley 20.393 acerca de este punto.

Por nuestra parte, si bien creemos necesario que el catálogo de delitos de la Ley 20.393 se vaya ampliando a medida de que vayan surgiendo nuevas realidades y necesidades, nos gustaría –sin embargo– recalcar lo siguiente: a nuestro juicio, la implementación de los programas de *compliance* no debe bajo ninguna circunstancia limitarse a la Ley 20.393 y a los delitos que ésta contemple.

A pesar de que la Ley 20.393 otorga un gran incentivo a las personas jurídicas a implementar programas de cumplimientos (la exclusión o reducción de su responsabilidad penal), igualmente existen otras importantes áreas del Derecho a las que no les sería aplicable la lógica detrás de la Ley n° 20.393, pero que –sin embargo– no deberían estar ajenas a esta nueva visión acerca de la prevención de delitos. Veamos, por ejemplo, el área de Libre Competencia.

En primer lugar, el DL 211 contempla sanciones administrativas, por lo que no podrían ser incorporadas al catálogo de delitos de la Ley n° 20.393. En segundo, no sólo las personas naturales son sujetos activos de ilícitos de libre competencia –como ocurre con los delitos del artículo 1 de la Ley n° 20.393– sino que también las personas jurídicas. En ese sentido, no sería aplicable el ejercicio lógico de la condenación de la persona natural, por ejemplo, por coludirse con la competencia y, por su parte, a la persona jurídica por haber infringido los deberes de dirección y supervisión, y así haber permitido que un empleado se haya coludido, pues de todas

²²² MAÑALICH, Juan Pablo. “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en: *Revista Chilena del Derecho*, vol. 38, n° 2, 2011, p. 306.

²²³ HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en: *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010, pp. 215-216.

formas, actualmente se podría imputar y sancionar directamente a la persona jurídica por la colusión.

Ante la imposibilidad de que el DL 211 entre en la esfera de la Ley 20.393, la pregunta que entonces surge es si acaso no se debe incentivar la implementación de los programas de *compliance* en materia de Libre Competencia. La respuesta a todas luces es negativa.

Sin perjuicio de que la implementación de un programa de *compliance* no podrá ser utilizada como una eximente en un eventual juicio de libre competencia, el tratar de evitar un costoso y complejo procedimiento, una multa de hasta 30.000 UTA, indemnizaciones civiles y un enorme daño reputacional debería ser un incentivo suficiente para implementar un programa de *compliance*.

La FNE es de igual opinión. En junio de 2012 publicó el Material de Promoción n° 3, sobre *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*²²⁴, en la que analizó los programas, fijó sus requisitos esenciales, sugirió sus elementos e identificó los potenciales beneficios. Incluso ya un año antes, en la sentencia n° 115/2011, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia había considerado la necesidad de implementar un “programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo” en el caso de argumentar una defensa en ese sentido.

Las personas jurídicas nacionales no han sido ajenas a este fenómeno, evidenciándose una creciente búsqueda de asesoramiento en las operaciones y prácticas frecuentes, así como en la implementación de programas de *compliance* enfocados específicamente en materias de libre competencia. Estas empresas, al igual que como planteamos en este punto, están consientes de que el enfoque de la Ley 20.393 es muy reducido y que –bajo ninguna circunstancia– la búsqueda de la prevención de delitos debe limitarse sólo a los delitos contemplados por dicha ley.

De todos modos, es necesario recalcar que ninguno de estos proyectos se refiere a los programas de cumplimiento propiamente tales, sino que a la ampliación del catálogo de conductas bajo el control de éstos. Al respecto, creemos que al tratarse de

²²⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*, Materia de Promoción n° 3, 2012.

una materia que por su naturaleza se trató de manera general en la Ley 20.393 no veremos proyectos de ley en un futuro cercano, a menos que de la aplicación privada o jurisprudencial se haga evidente que un mayor desarrollo legal es fundamental, lo que no ha ocurrido en los aproximadamente 6 años que lleva vigente la Ley 20.393. En ese sentido, estimamos más probable, de haberlo, un avance en materia reglamentaria.

3. Persona jurídica como actor directo del ilícito

Sabemos que según el artículo 1 de la Ley 20.393 los responsables de los delitos de lavado de activos, cohecho de funcionario público o financiamiento al terrorismo podrán ser los “dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión”.

A este respecto, se ha escrito acerca de la posibilidad de incluir a las personas jurídicas como actor directo de los delitos descritos en la Ley 20.393. En efecto, a partir del complejo escenario financiero que existe hoy en día –en el que ya no sólo participan empresas, sino que grupos empresariales o *holdings* con muchas empresas interrelacionadas– se puede difuminar responsabilidad al no poder determinarse específicamente qué empresa fue la verdaderamente responsable de los ilícitos.

Apoyando esta postura se encuentra COLLADO, quien señala que la creación de personas jurídicas administradoras podría causar la irresponsabilidad de la cabeza del *holding*, debiéndose considerar a las personas jurídicas como actores directos de determinados hechos delictivos²²⁵. En consecuencia, agregar a la persona jurídica como actor principal sería una correcta adecuación a los tiempos y podría solucionar futuras desavenencias entre la empresa intermediaria-herramienta penada efectivamente y la empresa que, teniendo el dominio de la acción, resultó impune.

4. Profesionalización y difusión de los programas de *compliance*

Creemos que difundir la necesidad y ventajas de los programas de *compliance* es clave para generar un cambio de paradigma en el seno de las personas jurídicas. Como vimos, la FNE ha estado realizando una labor enfocada en dicha dirección, advirtiendo a las empresas de la importancia de elaborar un programa de

²²⁵ COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 209

cumplimiento –o al menos contar con asesoría especializada– en materia de libre competencia.

A su vez, estimamos que al menos las tres instituciones públicas que están más relacionadas con los programas –la SVS, el Ministerio Público y el Poder Judicial– deberían contar con profesionales capacitados y actualizados en relación a la presente materia. Por ejemplo, la SVS debe tener expertos que tengan pleno dominio de la materia a la hora de registrar a las empresas certificadoras y analizar la documentación que éstas deben entregarle²²⁶. El Ministerio Público también debe tener fiscales expertos, pues son ellos los que tendrán que probar más allá de toda duda razonable que el programa de cumplimiento de la persona jurídica acusada no ha sido eficaz. Finalmente, es el juez en materia penal, quien dictará sentencia y analizará si el sistema de prevención ha resultado eficaz o no, por lo que ciertamente también debe conocer la materia en profundidad, incluso si utiliza a un perito experto que lo oriente en su decisión.

Finalmente, consideramos una buena iniciativa incluir a la SVS no solamente en la aprobación de ciertas empresas certificadoras de programas de cumplimiento, sino que también, en realizar una fiscalización periódica (*v.gr.* anual y a empresas de cierta magnitud) con el objetivo de evitar que todos los aspectos relevantes en la implementación de los programas de cumplimiento queden exclusivamente en manos de las mismas empresas.

5. Obligatoriedad de los *compliance*

Otro aspecto a considerar de *lege ferenda* es la obligatoriedad en la implementación de un programa de *compliance* en sociedades anónimas de gran tamaño, con el objeto de conseguir un estándar homologado en aquellas empresas en que los efectos de la comisión de un delito puedan ser importantes para el mercado y la sociedad en general.

En este sentido, consideramos que la aprobación de la Ley 20.393 fue un primer y significativo paso para nuestro país en la prevención penal. En efecto, la práctica así lo ha demostrado, con un creciente número de empresas que implementan

²²⁶ Al respecto, ver la Norma de Carácter General n° 302 de 25 de enero de 2011, modificada por la Norma de Carácter General n° 407 de 14 de marzo de 2016, en: http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf y http://www.svs.cl/normativa/ncg_407_2016.pdf

programas de cumplimiento año tras año y con numerosas empresas certificadoras y estudios de abogados, expertos en esta materia.

Sin embargo, pensamos que es posible seguir el ejemplo español y exigir que aquellas empresas que cumplan con ciertas características tengan como obligación la implementar un sistema de prevención de delitos. En España esto se materializó en “la reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo y en vigor desde el 1 de julio de 2015, la cual establece por primera vez que los administradores sociales deberán adoptar y ejecutar modelos eficaces de vigilancia y control para la prevención de delitos, cuyo cumplimiento eximirá de responsabilidad penal a la sociedad, si es total, o en su caso, la atenuará, si es parcial. Dicho de otro modo, para que administradores y empresarios puedan quedar exentos de la responsabilidad penal por la comisión de un delito producido en su organización, deben contar con un Manual de Prevención de Delitos en su empresa.

En la práctica se trata de redactar unos protocolos de gestión preventiva, que deben prever el ámbito subjetivo de las personas cuyos actos pueden conllevar responsabilidad para la compañía. Esto incluye a todos los empleados de la organización y a cualquier otra persona que pueda actuar en nombre de la empresa, con independencia de su vinculación legal (incluyendo expresamente a los administradores de hecho)²²⁷.

El ejemplo inglés también debe ser observado. La *Bribery Act* de 2010 del Reino Unido se aplica a las compañías inglesas y sus operaciones en el extranjero, así como también a compañías de otras nacionalidades que tengan negocios con Reino Unido. Así, por ejemplo, están bajo su jurisdicción firmas como Antofagasta PLC –listada en la Bolsa de Londres– y las viñas chilenas que tienen oficinas en Inglaterra. Recientemente BHP Billiton, que opera Minera Escondida, anunció que modificó procesos internos para adecuarse a la normativa²²⁸.

²²⁷ ALONSO, Raúl. *Nuevas obligaciones del empresario tras la reforma del Código Penal*. Recuperado de: <http://www.bh-compliance.com/nueva-ley-inglesa-anticorrupcion-impacta-en-chile/>

²²⁸ BH COMPLIANCE. *Nueva ley inglesa anticorrupción impacta en Chile*. Recuperada en: <http://www.contunegocio.es/gestion/nuevas-obligaciones-del-empresario-tras-la-reforma-del-codigo-penal/>

CONCLUSIONES

La manera en que hemos sistematizado la presente memoria, en la que hemos tratado los programas de cumplimiento desde su génesis hasta sus aspectos más prácticos, nos ha permitido vislumbrar de mejor manera cuál es la posición que ocupan estos sistemas de prevención tanto en el Derecho Penal como en la actividad comercial en general.

1. En primer término, revisamos que la criminalidad ‘de cuello blanco’ no es en ningún caso un problema exclusivo de nuestra sociedad actual. Ya en la primera mitad del siglo XX en Estados Unidos se comenzó a estudiar seriamente el fenómeno, concluyendo con una legislación enfocada en la prevención de riesgos y el *compliance* que comenzó a tomar forma por los años 70. Por lo mismo, nos hemos referido a la experiencia legal del país norteamericano pues nos permitió ilustrar de mejor manera la evolución y la experiencia sobre la criminalidad al interior de las empresas, asunto fundamental para comprender que las razones que justificaron la promulgación de la Ley 20.393 no se sustentaron solamente en la urgencia de Chile por entrar a la OCDE, sino que también en la necesidad de hacerle frente a un problema ampliamente conocido en el extranjero.
2. En nuestro caso, las razones esgrimidas anteriormente precipitaron a que Chile legislara para hacer responsable penalmente a las personas jurídicas en las que en su interior se cometieren los delitos de cohecho de funcionario público, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. A pesar de que en la discusión y tramitación del proyecto de la Ley 20.393 fue escueta, varios tópicos inherentes a los programas de *compliance* fueron tratados, justamente por tratarse de un punto clave en la eximición de responsabilidad de las personas jurídicas. Lo anterior dejó en claro el importante avance que implicó la nueva legislación en nuestro país, sembrando la incipiente relevancia que tendría la cultura del *compliance* en la conducción de los negocios.

Importante es reiterar que en la sociedad post-industrial en la que vivimos, la gran preocupación, tanto del Estado como de la sociedad en general –y por cierto de las empresas– es prevenir los riesgos que puedan ocasionar efectos dañosos. En tal sentido, la desconfianza hacia el Estado en la misión de regular y en la de prevenir la comisión de delitos al interior de las empresas y la rapidez

con que el mundo de los negocios va cambiando, convirtió a la misma empresa como un actor fundamental, mediante su autorregulación, en la prevención de delitos.

3. La manera en que el legislador fundamentó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 3 de la Ley 20.393 se basó en un modelo que, en nuestra opinión, combina de buena manera dos visiones opuestas. Por una parte, aquella en que la empresa sería automáticamente responsable por consumarse un delito en su interior por ciertas personas, y por otra, aquel modelo que justifica la culpabilidad de la empresa en el hecho de no cumplir diligentemente sus deberes de dirección y supervisión, lo que se manifestaría en haber buscado, por todos los medios, que ninguna transgresión de la normativa se configurara en su interior.

Como revisamos, justamente este último punto se traduce en que la empresa debe diseñar e implementar un programa de prevención de delitos en su interior. Dicho programa debe ir liderado por un encargado de cumplimiento o *compliance officer*, quien tiene como principal objetivo identificar y gestionar todas aquellas situaciones riesgosas que pudiesen acaecer en el normal desenvolvimiento de la empresa, las que pudiesen traer como consecuencia la comisión de uno de los delitos establecidos en la Ley 20.393 e incluso otras transgresiones no necesariamente descritas en dicha ley.

4. Consideramos que a pesar de lo sucinto que pudiera parecer el texto normativo al referirse sobre los programas de cumplimiento, éste abarca de buena manera sus aspectos esenciales. Como cada empresa tiene sus propias particularidades y riesgos; así como distintos agentes que se relacionarán en el ejercicio del negocio, establecer reglas rigurosas y pretender que exista un 'modelo tipo' aplicable indistintamente a toda empresa que busque prevenir riesgos sería contraproducente para los fines ulteriores de la norma: diseñar un programa de cumplimiento 'hecho a la medida' de una empresa, para que así prevenga eficazmente los riesgos normativos a que esté sujeta en concreto.

A este respecto, abordamos lo que en nuestra opinión es la médula en el diseño de un programa de cumplimiento: la identificación, cuantificación, control y monitoreo de los riesgos normativos que puedan manifestarse en una empresa. Anticipamos desde ya que sobre este punto se han volcado y volcarán los esfuerzos tanto desde el mundo de la academia, como de las empresas

especializadas en diseñar programas de *compliance* y, ciertamente, por las empresas que los han adoptado. Lo anterior, puesto que la correcta anticipación a los nuevos desafíos en el vertiginoso mundo de los negocios –y sus consiguientes riesgos– implica una ingente tarea, ya que éstos deben responder satisfactoriamente a los estándares nacionales para excluir o disminuir su responsabilidad penal y, por cierto, a los cánones internacionales propios de un mundo global.

También hemos tratado de manera estructurada todos los pasos que, en nuestra visión, una empresa debería seguir al diseñar e implementar un *compliance*. A saber, nos hemos referido acerca de **(i)** el compromiso de las máximas autoridades de la empresa en relación a la prevención normativa; **(ii)** la creación de un departamento propio de *compliance* y el nombramiento de un comisionado encargado; **(iii)** el otorgamiento de medios y facultades al *compliance officer*; **(iv)** el establecimiento de un código de ética o de conducta que regule las conductas de los miembros de la empresa; **(v)** los protocolos, procedimientos y sanciones que se deberán seguir; **(vi)** la formación, comunicación y cultura corporativa, aspecto muy relevante en la implementación; y finalmente **(vii)** la supervisión, actualización y certificación de un programa de cumplimiento, última fase que cerrará el ciclo diseño, implementación y monitoreo de un *compliance* efectivo.

5. Las consecuencias legales y las ventajas de implementar un sistema de prevención normativa han sido el foco del último apartado de esta investigación. Pues bien, hemos advertido que la creciente preocupación de las empresas de instaurar programas de cumplimiento al interior de las mismas no ha sido con el genuino objetivo de prevenir riesgos normativos o de ser parte de una política criminal nacional que combata los delitos ‘de cuello blanco’; sino más bien, como sabemos que las personas se mueven por incentivos, lo que las empresas en realidad han pretendido ha sido impedir ser sancionadas penalmente por delitos que hayan sido cometido en su interior. En otras palabras, mediante el análisis costo-beneficio, las empresas han llegado a la convicción de que enfrentar las consecuencias de un proceso penal –no sólo por las sanciones, sino por el daño a su reputación– excederá con creces los costos de implementar y monitorear un programa de cumplimiento.
6. Asimismo, consideramos relevante mencionar algunos tópicos que posiblemente serán discutidos en el mediano plazo en nuestro país. Aspectos como **(i)** ampliar el catálogo de delitos de la Ley 20.393; **(ii)** agregar a la misma

persona jurídica como actor directo del ilícito; **(iii)** la profesionalización y difusión de los programas de *compliance* en diversas instituciones claves; y **(iv)** la obligatoriedad de éstos programas en empresas que cumplan ciertas características.

Finalmente, creemos que ha quedado de manifiesto la importancia que tienen y tendrán los programas de cumplimiento en nuestro país. La creciente atención y desarrollo que han tenido en los últimos años así lo demuestra; y, por cierto, la homogenización de estándares internacionales de comercio, a la postre, obligará a nuestro país a poner nuevamente en el centro de la atención a los programas de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Autores

ALONSO, Raúl. *Nuevas obligaciones del empresario tras la reforma del Código Penal*. Recuperado de: <http://www.bh-compliance.com/nueva-ley-inglesa-anticorrupcion-impacta-en-chile/>

ARTAZA, Osvaldo. "Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal", en: *Política criminal*, vol. 8, n° 16, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014.

BANACLOCH, Julio, ZARZALEJOS, Jesús, y GÓMEZ-JARA, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

BOFILL, Jorge. "Estructuras de Imputación y Prevención de Delitos al interior de la Persona Jurídica", en: WILENMANN, Javier (coord.), *Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su Regulación*, Santiago, LegalPublishing, 2011.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Parte General, LexisNexis, Santiago, 2007.

COLLADO, Rafael. *Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013.

GARCÍA, Percy. "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, Santiago, 2012.

GÓMEZ, Marisol y LICHTENBERG, Constanza. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.

HERNÁNDEZ, Héctor. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en: *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010.

MAÑALICH, Juan Pablo. "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno", en: *Revista Chilena del Derecho*, vol. 38, n° 2, 2011.

MATUS, Jean Pierre. "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en: MATUS, Jean Pierre (coord.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo*, Editorial Jurídica, Santiago, 2011, pp. 303. También disponible en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n° 21, 2009.

MERINO, José Ignacio. "Impacto jurídico del ingreso de Chile a la OCDE", en: *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010.

MURPHY, Diana E. "The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a decade of promoting compliance and ethics", en: *Iowa Law Review*, vol. 87, n° 2, marzo 2002.

NIETO, Adán. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal", en: *Nueva Doctrina Penal*, n° 1, Buenos Aires, 2008.

ORTÚZAR, Andrés. "Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley n° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 16, 2012.

PIÑA, Juan Ignacio. *Modelos de prevención de delitos en la empresa*. AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012.

PUYOL, Javier. *El responsable de cumplimiento normativo o 'compliance officer' en la empresa*, Recuperado de: <http://ecixgroup.com/el-grupo/el-responsable-de-cumplimiento-normativo-o-compliance-officer-en-la-empresa/>

REYES, Rodrigo. *Elementos básicos del programa de compliance*, El Mercurio Legal. Recuperado de: <http://prelafit.cl/elementos-basicos-del-programa-de-compliance/>

SÁEZ, Raul. "La OCDE y el ingreso de Chile", en: *Estudios Internacionales*, Vol. 43, n° 166, 2010, pp. 93-112.

SÁEZ, Raul. Presentación *El Proceso de Ingreso de Chile a la OCDE* en la Universidad del Desarrollo de 13 de abril de 2010.

SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999.

VAN WEEZEL, Alex. "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Política Criminal*, vol. 5, n° 9, 2010.

Informes

OCDE. *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, 1997.

OCDE. *OECD Council Resolution on Enlargement and Enhanced Engagement*, 2007.

OCDE. C(2007)100/FINAL, *Roadmap for the accession of Chile to the OECD Convention*, 2007.

OCDE. *Invitation to Chile to join the OECD*, 2009.

OCDE. *Agreement on the Terms of Accession of the Republic of Chile to the Convention on the Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 2009.

NATIONAL COMMISSION ON FRAUDULENT FINANCIAL REPORTING, *Report of the National Commission on Fraudulent Financial Reporting*, 1987.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, 1976.

Textos legales y otros

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.341.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley n° 20.393.

Código Penal chileno.

Código Penal español.

Código Procesal Penal chileno.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, *Internal Control-Integrated Framework* de 1992 y 2013.

Decreto Ley n° 211 que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

DE ESTADOS UNIDOS, CASA DE LOS REPRESENTANTES. *Unlawful Corporate Payments Act of 1977*. Report and minority views by Mr. Staggers, from the committee of conference, September 28, 1977.

DE ESTADOS UNIDOS, SENADO. *Foreing Corrupt Practices and Domestic and Foreing Investment Improved Disclosure Acts of 1977*. Report of the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs to accompany S. 305 together with additional views, May 2 (legislative day, March 28), 1977.

DE ESTADOS UNIDOS, *Federal Sentencing Guidelines for Oganizations* de 1991, 2004 y 2010.

DE ESTADOS UNIDOS, *Foreing Corrupt Practices Act* de 1977.

DE ESTADOS UNIDOS, House Conference Report No. 100-576.

DE ESTADOS UNIDOS, *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988.

DE ESTADOS UNIDOS, *Sarbanes-Oxley Act* de 2002.

DE REINO UNIDO, *Bribery Act* de 2010.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*, Materia de Promoción n° 3, 2012.

Ley n° 18.314 que determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad.

Ley n° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos.

Ley n° 20.382 que introduce Perfeccionamientos a la Normativa que Regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas.

Ley n° 20.392 que modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las Normas sobre Disposición de sus Pertenencias Mineras que no Forman Parte de Yacimientos en Actual Explotación.

Ley n° 20.406 que establece Normas que Permiten el Acceso a la Información Bancaria por Parte de la Autoridad Tributaria.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. Norma de Carácter General n° 302 de 25 de enero de 2011.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. Norma de Carácter General n° 407 de 14 de marzo de 2016.

Prensa

Diario El Mundo, España. Caso Enron, Recuperado de: <http://www.elmundo.es/mundodinero/2006/01/30/economia/1138592963.html>.

Diario El Mundo, España. Caso WorldCom. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/mundodinero/2005/07/13/empresas/1121272803.html>.

ANEXO ESQUEMAS EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTICULADO RELEVANTE

I. Artículo 1, inciso primero

| Proyecto de Ley original | Texto aprobado por la Cámara de Diputados. | Texto aprobado por el Senado |
|---|---|--|
| <p>Artículo 1°.- <i>Contenido de la ley.</i> La presente ley regula la responsabilidad legal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal; el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad legal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.</p> | <p>Artículo 1°.- <i>Contenido de la ley.</i> La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las penas procedentes y la ejecución de éstas.</p> | <p>Artículo 1°.- <i>Contenido de la ley.</i> La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.</p> |

Indicaciones Comisión Constitución Cámara de Diputados

- Soto, Araya, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling: sustituir las expresiones “responsabilidad legal”, “sanciones” y “sanción” todas las veces que figuraran en el articulado y que así correspondiere, por “responsabilidad penal”, “penas” y “pena”, respectivamente.

Aprobada por mayoría de votos. (6 a favor, 1 en contra y 2 abstenciones). Votaron a favor Soto, Ascencio, Burgos, Ceroni y Schilling. Votó en contra Nicolás Monckeberg. Se abstuvieron Cardemil y Eluchans.

- Soto, Araya, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling: sustituir en este artículo el guarismo “251 bis A” por “251 bis”.

Aprobada por mayoría de votos (8 a favor y 2 abstenciones) Votaron a favor Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Cardemil, Ceroni, Harboe y Schilling. Se abstuvieron Eluchans y Nicolás Monckeberg.

- Araya, Schilling y De Urresti: sustituir el inciso primero a fin de agregar al listado de delitos que regula este proyecto como susceptibles de dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los siguientes: artículos 168 y 171 de la ley n° 16.464 que sancionan la negación injustificada de ventas o la prestación de un servicio por parte de productores o comerciantes y el pago de sueldos o salarios inferiores al fijado por la autoridad; los de los artículos 28, 52, 61 y 67 de la ley n° 19.039, sobre propiedad industrial; los de los artículos 79, 80, 81 y 81 ter de la ley n° 17.366, sobre propiedad intelectual; los de los artículos 59,60, 61 y 63 de la ley n° 18.045, sobre mercado de valores; el del artículo 134 de la ley n° 18.046 sobre sociedades anónimas; los de los artículos 110 y 141 de la Ley General de Bancos; los de los artículos 135, 135 bis, 136, 136 bis y 137 de la Ley General de Pesca y Acuicultura; el del artículo 103 del decreto n° 3.500, infracciones a la obligación de reserva sobre los documentos y antecedentes de la Comisión Clasificadora; el del artículo 13 de la ley n° 17.322, sobre cobranza judicial de cotizaciones; los de la ley n° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática; los de los artículos 138 y 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; el del artículo 97 del Código Tributario; el del artículo 118 del Código de Minería; los de los artículos 250 y 251 bis A (cohecho) del Código Penal y los previstos en los párrafos 4°, 5°, 6°, 7°, 9° y 14° del Título VI del Código Penal que tratan de los embarazos a la ejecución de trabajos públicos; a los crímenes y simples delitos de los proveedores; loterías y juegos prohibidos; crímenes y simples delitos relativos a la industria , el comercio y a las subasta públicas; los relativos a la salud animal y vegetal; los relativos a los crímenes y simples delitos contra la salud pública; los

previstos en los párrafos 4, 6, 7, 8 y 9 del Título IX del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad, y los cuasidelitos previstos en el Título X del Libro II del mismo Código.

Rechazada por mayoría de votos (2 a favor y 7 en contra). Votaron a favor Araya y Schilling. En contra Soto y Ascencio, Burgos, Cardemil, Ceroni, Harboe y Nicolás Monckeberg.

- Pascal y de Uresti: agregar en el inciso primero los delitos ya mencionados de la ley n° 18.892, general de pesca y acuicultura; los de los artículos 30 y 31 de la ley n° 19.473, sobre caza, y los de los artículos 43, 46 y 47 de la ley n° 18.302, sobre seguridad nuclear.

Rechazada por mayoría de votos (2 a favor y 7 en contra). Votaron a favor Araya y Schilling. En contra Soto y Ascencio, Burgos, Cardemil, Ceroni, Harboe y Nicolás Monckeberg.

Votado en definitiva el artículo con las indicaciones aprobadas, se lo **acogió** por mayoría de votos (7 a favor y 2 abstenciones). Votaron a favor Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling. Se abstuvieron Cardemil y Nicolás Monckeberg.

Indicaciones Sala Cámara de Diputados

- Araya y Schilling: sustituir el inciso primero del artículo 1º por el siguiente: “La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8º de la ley N° 18.314, en los artículos 168 y 171 de la ley N° 16.464, en los artículos 28, 29, 52, 61 y 67 de la ley N° 19.039, sobre propiedad industrial, en los artículos 79, 80 y 81 de la ley N° 17.366, sobre propiedad intelectual, en los artículos 59, 60, 61, 62 y 63 de la ley N° 18.045, ley de Mercado de Valores, artículo 134 de la ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, artículo 110 del decreto con fuerza de ley N° 252, represivo de delitos concernientes a las actividades bancarias, en los artículos 135 y 136 del decreto N° 430, que fija

el texto refundido de la ley N° 18.892, general de pesca y Acuicultura, en el artículo 103 del decreto ley N° 3.500, el artículo 13 de la ley N° 17.322, sobre normas de cobranza judicial de cotizaciones, en la ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, el artículo 97 del Código Tributario, el artículo 118 del Código de Minería, en los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal, y los previstos en el Título IV del Código Penal, los previstos en los párrafos 3º (rotura de sellos), 4º (embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos), 5º (crímenes y simples delitos de los proveedores), 6º (loterías y juegos prohibidos), 7º (relativo a crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas), 9º (relativo a la salud animal y vegetal), 14 (relativo a crímenes y simples delitos contra la salud pública), del Título VI del Código Penal y los previstos en los párrafos 1 a 9 del Título IX del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad; el Título X del Libro Segundo del Código Penal, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad legal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas”.

Rechazada por mayoría de votos (49 a favor, 51 en contra y 6 abstenciones).

Votado en definitiva el artículo original presentado por la Comisión de Constitución, se lo **acogió** por mayoría de votos (61 a favor, 0 en contra y 47 abstenciones).

Indicaciones Comisión Constitución del Senado

- El Ejecutivo: Reemplazar, en el inciso primero, las palabras “averiguación” y “penas” por “investigación” y “sanciones”, respectivamente.

Aprobada por mayoría de votos (4 a favor y 1 abstención). Votaron favorablemente Alvear, Chadwick, Espina y Muñoz Aburto. Se abstuvo Gómez.

Indicaciones Sala del Senado

No hubo. Se aprobó en particular el proyecto completo con 21 votos a favor.

Indicaciones Sala de la Cámara de Diputados

No hubo. Se aprobó el proyecto completo por 90 votos a favor y 1 abstención.

II. Artículo 3.

| Proyecto de Ley original | Texto aprobado por la Cámara de Diputados. | Texto aprobado por el Senado |
|--|---|--|
| Artículo 3°.- <i>Atribución de responsabilidad legal.</i> Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento por parte de ésta, de los deberes de dirección y | Artículo 3°.- <i>De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.</i> Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizaren, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha | Artículo 3°.- <i>Atribución de responsabilidad penal.</i> Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia |

| | | |
|--|---|---|
| <p>supervisión.</p> <p>Bajo los mismos presupuestos, serán también responsables dichas personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, anteriormente a la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.</p> <p>Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hayan cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o en favor de un tercero.</p> | <p>persona jurídica, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.</p> <p>Bajo los mismos presupuestos, serán también responsables dichas personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior o quien actúe por cuenta de la persona jurídica.</p> <p>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</p> <p>Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.</p> | <p>del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.</p> <p>Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.</p> <p>Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.</p> <p>Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.</p> |
|--|---|---|

Indicaciones Comisión Constitución Cámara de Diputados

- Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Cardemil, Ceroni, Nicolás Monckeberg y Schilling: sustituir el artículo 3 por el siguiente:
“Artículo 3°.-Atribución de responsabilidad. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizaren, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos, serán también responsables dichas personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior o quien actúe por cuenta de la persona jurídica.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

Aprobada por unanimidad de votos. Votaron a favor Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Cardemil, Ceroni, Harboe, Nicolás Monckeberg y Schilling.

Indicaciones Sala Cámara de Diputados

No hubo. Se aprobó en particular el proyecto completo con 68 votos a favor y 42 abstenciones.

Indicaciones Comisión Constitución Senado

- El Ejecutivo: Presentó indicación para, por una parte, agregar, en el inciso primero, a “los ejecutivos principales” como sujetos que pueden cometer los delitos señalados en el artículo 1° y, por otro lado, suprimir, en el mismo inciso primero, como tales, a quienes “de hecho” realicen actividades de administración y supervisión.

También el Ejecutivo propuso reemplazar, en el inciso segundo, la expresión “quien actúe” por “por quienes actúen”.

La Comisión aprobó tanto las enmiendas propuestas por el Gobierno como las proposiciones de los Senadores señores Espina y Gómez.

Para materializar estos acuerdos, sustituyó los incisos primero y segundo, por los siguientes: “Artículo 3°. Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.”.

Asimismo, eliminó, en el inciso tercero, el adverbio “eficientemente”.

Aprobada por mayoría de votos (4 a favor y 1 abstención). Votaron favorablemente Alvear, Chadwick, Espina y Muñoz Aburto. Se abstuvo Gómez.

Indicaciones Sala del Senado

No hubo. Se aprobó en particular el proyecto completo con 21 votos a favor y 1 abstención).

Indicaciones Sala de la Cámara de Diputados

No hubo. Se aprobó el proyecto completo por 90 votos a favor y 1 abstención.

III. Artículo 4.

| Proyecto de Ley original | Texto aprobado por la Cámara de Diputados. | Texto aprobado por el Senado |
|--|--|--|
| Artículo 4º.- Modelos de organización, administración y supervisión. El diseño y supervisión de los modelos para prevenir | Artículo 4º.- <i>Modelo de prevención de los delitos.</i> El modelo de prevención de los delitos a que hace referencia el inciso | Artículo 4º. Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las |

| | | |
|---|--|---|
| <p>los delitos señalados en esta ley, a que hace referencia el inciso tercero del artículo anterior, se regulará en un reglamento dictado por Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Hacienda, el que podrá realizar distinciones por categoría, tamaño y complejidad organizativa de las distintas personas jurídicas.</p> <p>Dicho reglamento establecerá los estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta delictiva; el ejercicio de una supervisión eficiente por parte de la dirección de la persona jurídica; la evaluación permanente del cumplimiento de la finalidad y los mecanismos que permitan el anonimato y la confidencialidad, a objeto de asegurar que los miembros de la persona jurídica puedan informar respecto de conductas delictivas presentes o potenciales.</p> | <p>tercero del artículo anterior, deberá estructurarse sobre la base de lo siguiente:</p> <p>a) Designación de un encargado de prevención.</p> <p>La máxima autoridad en términos de administración de la persona jurídica, sea ésta su directorio, socio administrador, gerente, administrador, liquidador, representante, propietario, dueño o socio, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante “el Administrador de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención. El encargado de prevención será designado por períodos de hasta tres años, prorrogables sólo por un período adicional consecutivo, de igual duración máxima.</p> <p>El encargado de prevención deberá contar con la suficiente autonomía del Administrador de la Persona Jurídica y de</p> | <p>personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:</p> <p>1) Designación de un encargado de prevención.</p> <p>a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la “Administración de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.</p> <p>b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de</p> |
|---|--|---|

| | | |
|--|---|--|
| | <p>sus dueños, propietarios, socios, accionistas o controladores de la entidad, así como de las demás personas que realizan actividades de administración y supervisión en ella, que le permitan actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>El encargado de prevención no podrá cumplir funciones de administración y supervisión de la respectiva persona jurídica ni podrá desempeñarse en ella como director, gerente, administrador, liquidador, representante legal, ejecutivo principal o Administrador de la Persona Jurídica. Con todo, no habrá incompatibilidad con el ejercicio de funciones de contraloría o auditoría interna.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el dueño, propietario, socio o accionista controlador podrá designarse a sí mismo encargado de prevención en el</p> | <p>sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.</p> <p>En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.</p> <p>2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.</p> <p>La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:</p> <p>a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente</p> |
|--|---|--|

| | | |
|--|--|---|
| | <p>caso de las micro y pequeñas personas jurídicas, entendiéndose por aquéllas a las entidades con fines de lucro cuyos ingresos anuales no excedan de 25.000 unidades de fomento y que no sean sociedades de inversión ni tengan participaciones de capital en otras personas jurídicas. El valor de los ingresos anuales que se considerará para estos efectos, será el del año anterior al de la designación del encargado de prevención y se calculará descontado el valor correspondiente al impuesto al valor agregado. Asimismo, en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, el encargado de prevención podrá integrar el directorio.</p> <p>b) Definición de los medios y facultades del encargado de prevención.</p> <p>El Administrador de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención de los medios y atribuciones</p> | <p>sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.</p> <p>b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.</p> <p>3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.</p> <p>El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:</p> <p>a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|---|--|
| | <p>suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:</p> <p>i) Los recursos y medios materiales necesarios para que pueda realizar adecuadamente sus labores, tomando en consideración el tamaño y capacidad económica de la persona jurídica, y</p> <p>ii) Acceso fluido y directo con el Administrador de la Persona Jurídica, para informar oportunamente de los antecedentes que estime necesario dar a conocer, así como para rendir cuenta de su gestión y reportar permanente y periódicamente, por escrito, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido.</p> <p>c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.</p> <p>El encargado de prevención, en acuerdo con el Administrador de la Persona</p> | <p>esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.</p> <p>b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.</p> <p>c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.</p> <p>d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el</p> |
|--|---|--|

| | | |
|--|--|--|
| | <p>Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la respectiva persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:</p> <p>i) La identificación de las diversas actividades, procesos o eventos, sean habituales o esporádicos en la actividad de la entidad, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°;</p> <p>ii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades, procesos o eventos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus gestiones de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos;</p> <p>iii) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros de la entidad que impidan o dificulten sustancialmente su utilización en los delitos señalados, y</p> <p>iv) La existencia de sanciones</p> | <p>sistema de prevención de delitos.</p> <p>Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.</p> <p>4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.</p> <p>a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberán establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus</p> |
|--|--|--|

| | | |
|--|--|---|
| | <p>administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de perjuicios en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de riesgos, sea que ello determine o no la comisión de los delitos señalados.</p> <p>El sistema de prevención de los delitos deberá consignarse en un manual que deberá estar a disposición y ser conocido por todas las personas que deban aplicarlo.</p> <p>d) Supervisión del sistema de prevención de los delitos.</p> <p>El encargado de prevención y el Administrador de la Persona Jurídica, deberán establecer métodos para la efectiva supervisión del funcionamiento del modelo de prevención de los delitos, de manera de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.</p> | <p>fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.</p> <p>b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.</p> <p>Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|--|---|
| | <p>Las grandes personas jurídicas, entendiéndose por aquéllas a las entidades con fines de lucro cuyos ingresos anuales excedan de 100.000 unidades de fomento, descontando el valor correspondiente al impuesto al valor agregado, deberán someter su sistema de prevención de los delitos a una revisión o auditoría externa, al menos una vez cada cinco años, la que deberá ser encargada a una persona o entidad no relacionada y que cuente con las capacidades profesionales o técnicas suficientes para efectuar tal evaluación.</p> <p>Las superintendencias y demás supervisores institucionales, por medio de instrucciones o normas de general aplicación, deberán velar porque las personas jurídicas bajo su supervigilancia y fiscalización establezcan sistemas de prevención de delitos, efectivos y oportunos, pudiendo en caso de incumplimiento, aplicar las sanciones</p> | <p>c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|---|--|
| | <p>administrativas que correspondan de acuerdo a sus facultades, sin perjuicio de las penas que se puedan imponer a la persona jurídica en virtud de lo dispuesto en esta ley. El incumplimiento por parte de los órganos encargados de la supervigilancia y/o supervisión, dará lugar a la responsabilidad administrativa que fuere procedente, pero no eximirá a la persona jurídica de la responsabilidad que le correspondiere de acuerdo a los términos de esta ley.</p> | |
|--|---|--|

Indicaciones Comisión Constitución Cámara de Diputados

- Burgos, Soto, Ceroni, Harboe y Schilling: indicación sustitutiva del siguiente tenor: “Artículo 4°.-Modelo de prevención de los delitos. El modelo de prevención de los delitos a que hace referencia el inciso tercero del artículo anterior, deberá estructurarse sobre la base de lo siguiente:
 - a) Designación de un encargado de prevención. La máxima autoridad en términos de administración de la persona jurídica, sea ésta su directorio, socio administrador, gerente, administrador, liquidador, representante, propietario, dueño o socio, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante “el Administrador de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención. El encargado de prevención será designado por períodos de hasta tres años, prorrogables sólo por un período adicional consecutivo, de igual duración máxima.

El encargado de prevención deberá contar con la suficiente autonomía del Administrador de la Persona Jurídica y de sus dueños, propietarios, socios, accionistas o controladores de la entidad, así como de las demás personas que realizan actividades de administración y supervisión en ella, que le permitan actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones.

El encargado de prevención no podrá cumplir funciones de administración y supervisión de la respectiva persona jurídica ni podrá desempeñarse en ella como director, gerente, administrador, liquidador, representante legal, ejecutivo principal o Administrador de la Persona Jurídica. Con todo, no habrá incompatibilidad con el ejercicio de funciones de contraloría o auditoría interna.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el dueño, propietario, socio o accionista controlador podrá designarse a sí mismo encargado de prevención en el caso de las micro y pequeñas personas jurídicas, entendiéndose por aquéllas a las entidades con fines de lucro cuyos ingresos anuales no excedan de 25.000 unidades de fomento y que no sean sociedades de inversión ni tengan participaciones de capital en otras persona jurídicas. El valor de los ingresos anuales que se considerará para estos efectos, será el del año anterior al de la designación del encargado de prevención y se calculará descontado el valor correspondiente al impuesto al valor agregado. Asimismo, en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, el encargado de prevención podrá integrar el directorio.

b) Definición de los medios y facultades del encargado de prevención. El Administrador de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención de los medios y atribuciones suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

i) Los recursos y medios materiales necesarios para que pueda realizar adecuadamente sus labores, tomando en consideración el tamaño y capacidad económica de la persona jurídica, y

ii) Acceso fluido y directo con el Administrador de la Persona Jurídica, para informar oportunamente de los antecedentes que estime necesario dar a conocer, así como para rendir cuenta de su gestión y reportar permanente y periódicamente, por escrito, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido.

c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos. El encargado de prevención, en acuerdo con el Administrador de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la respectiva persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

i) La identificación de las diversas actividades, procesos o eventos, sean habituales o esporádicos en la actividad de la entidad, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°;

ii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades, procesos o eventos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus gestiones de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos;

iii) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros de la entidad que impidan o dificulten sustancialmente su utilización en los delitos señalados, y

iv) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de perjuicios en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de riesgos, sea que ello determine o no la comisión de los delitos señalados.

El sistema de prevención de los delitos deberá consignarse en un manual que deberá estar a disposición y ser conocido por todas las personas que deban aplicarlo.

d) Supervisión del sistema de prevención de los delitos. El encargado de prevención y el Administrador de la Persona Jurídica, deberán establecer métodos para la efectiva supervisión del funcionamiento del modelo de prevención de los delitos, de manera de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

Las grandes personas jurídicas, entendiéndose por aquéllas a las entidades con fines de lucro cuyos ingresos anuales excedan de 100.000 unidades de fomento, descontando el valor correspondiente al impuesto al valor agregado, deberán someter su sistema de prevención de los delitos a una revisión o auditoría externa, al menos una vez cada cinco años, la que deberá ser encargada a una persona o entidad no relacionada y que cuente con las capacidades profesionales o técnicas suficientes para efectuar tal evaluación.

Las superintendencias y demás supervisores institucionales, por medio de instrucciones o normas de general aplicación, deberán velar porque las personas jurídicas bajo su supervigilancia y fiscalización establezcan sistemas de prevención de delitos, efectivos y oportunos, pudiendo en caso de incumplimiento, aplicar las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a sus facultades, sin perjuicio de las penas que se puedan imponer a la persona jurídica en virtud de lo dispuesto en esta ley. El incumplimiento de esta obligación en ningún caso eximirá a la persona jurídica de la responsabilidad penal que le corresponda.”.

- El Ejecutivo: sustituir el inciso final de la propuesta parlamentaria por “Las superintendencias y demás supervisores institucionales, por medio de instrucciones o normas de general aplicación, deberán velar porque las personas jurídicas bajo su supervigilancia y fiscalización establezcan sistemas de prevención de delitos, efectivos y oportunos, pudiendo en caso de incumplimiento, aplicar las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a sus facultades, sin perjuicio de las penas que se puedan imponer a la persona jurídica en virtud de lo dispuesto en esta ley. El incumplimiento por parte de los órganos encargados de la supervigilancia y/o supervisión, dará lugar a la responsabilidad administrativa que fuere procedente, pero no eximirá a la persona jurídica de la responsabilidad que le correspondiere de acuerdo a los términos de esta ley”.

Aprobada la indicación con la corrección del Ejecutivo, por mayoría de votos (7 a favor y 3 en contra). Votaron a favor Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling. En contra, Cardemil, Cristián y Nicolas Monckeberg.

- Cardemil y Cristián y Nicolás Monckeberg: para sustituir el artículo 4° por el siguiente: “Artículo 4°.- Sistema de prevención de los delitos. El sistema de prevención de los delitos a que hace referencia el inciso tercero del artículo anterior, deberá estructurarse sobre la base de:

a) El deber de supervisar, velar por el funcionamiento, constante actualización y el respeto del sistema de prevención de los delitos, considerando al efecto el establecimiento de un órgano de la persona jurídica a quien se le encomienden dichas tareas, con atributos de independencia de la gestión de la misma.

b) El deber de velar porque no existan omisiones o faltas de diligencias en las actividades realizadas por el órgano señalado en la letra anterior.

El sistema de prevención de los delitos deberá contemplar como mínimo:

a) La identificación de las actividades en cuyo contexto se pudieren cometer los delitos señalados en el artículo 1°;

b) El establecimiento de protocolos específicos respecto de la programación e implementación de la toma de decisiones de la persona jurídica en relación a la prevención de los delitos;

c) La identificación de los procedimientos de administración de los recursos financieros de la persona jurídica, con el fin de implementar y ejecutar medidas eficaces en materia de prevención de los delitos señalados en esta ley; y

d) La existencia de sanciones administrativas internas para los casos de incumplimiento de las instrucciones o disposiciones indicadas en el sistema.

El sistema de prevención de los delitos que cada persona jurídica adopte deberá estar acorde a su naturaleza legal, tamaño, complejidad organizativa, capacidad económica y exposición al riesgo con relación a los delitos de que trata esta ley y, para fines de publicidad, consignarse en un manual.

En aquellos casos en que la persona jurídica se encontrare sujeta a la supervigilancia y/o fiscalización de algún órgano estatal creado por ley, éstos deberán, por medio de instrucciones o normas de general de aplicación, velar porque las personas jurídicas bajo su supervigilancia y fiscalización establezcan dicho sistema de prevención, de manera efectiva y oportuna, pudiendo, en caso de incumplimiento, aplicar las sanciones administrativas que correspondieren de acuerdo a sus facultades, sin perjuicio de las sanciones que pudieren imponer a la persona jurídica en virtud de lo dispuesto en esta ley.

El incumplimiento, por parte de los órganos encargados de la supervigilancia y/o supervisión, dará lugar a la responsabilidad administrativa que fuere procedente, pero no eximirá a la persona jurídica de la responsabilidad que correspondiere de acuerdo a los términos de esta ley.”.

Rechazada la indicación por mayoría de votos (3 a favor y 7 en contra). Votaron a favor Cardemil, Cristián y Nicolas Monckeberg. En contra, Soto, Araya, Ascencio, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling.

Indicaciones Sala Cámara de Diputados

No hubo. Se aprobó en particular el proyecto completo.

Indicaciones Comisión Constitución Senado

- Ejecutivo con sugerencias de la Comisión y Bofill: sustituir el artículo 4° por el siguiente: “Artículo 4°. *Modelo de prevención de los delitos*. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la “Administración de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

- a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
 - b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.
- 3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

- a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.
- b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.
- c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica deberán establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

Aprobada por mayoría de votos (4 a favor y 1 abstención). Votaron a favor Alvear, Chadwick, Espina y Muñoz Aburto. Se abstuvo Gómez.

Indicaciones Sala Senado

No hubo. Se aprobó en particular el proyecto completo con 21 votos a favor.

Indicaciones Sala de la Cámara de Diputados

No hubo. Se aprobó el proyecto completo por 90 votos a favor y 1 abstención.