



**PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL
DE PERSONAS JURIDICAS
¿ES NECESARIO UN MODELO ESTANDAR?**

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Valparaíso

Bárbara Derderián Bahamondes
Sara Farías Rodríguez
Profesor Guía: Andrés Benavides Schiler
Entrega: 2 de marzo 2020

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	4
PALABRAS CLAVES	4
INTRODUCCION	5
CAPITULO I: La responsabilidad penal de las personas jurídicas:	
1.1. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile	6
1.1.1. Responsabilidad penal de la persona natural y la adecuación de la responsabilidad penal a la persona jurídica	7
1.2. Presupuestos de imputabilidad penal a las personas jurídicas	8
1.3. Defectos de organización y responsabilidad por el hecho ajeno	12
1.4 Exención de la responsabilidad penal de persona jurídica	15
CAPITULO II: <i>Compliance program</i> o programa de cumplimiento:	
2.1. Concepto de <i>compliance program</i>	17
2.2. Catálogo de delitos de la ley 20.393	17
2.3. Contenido de un programa de cumplimiento	20
CAPITULO III: Modelos de responsabilidad en Derecho Comparado:	
3.1. Estados Unidos	23
3.2. Reino Unido	26
3.3. España	27
3.4. Alemania	29
3.5. Italia	30
CAPITULO IV: Elementos dogmáticos de los programas de cumplimiento	
4.1. Recepción normativa de un programa de cumplimiento. ¿Dónde debería fijarse ese contenido?.....	33
4.2. Eficacia de programa de cumplimiento. ¿Quién debe decidir respecto de éste?	34
4.3. Deberes de dirección y supervisión.....	40
4.4. Certificación y fiscalización del programa de cumplimiento	43

CAPITULO V: ¿es necesario un modelo estándar?

5.1. Consecuencias y ventajas de la implementación de un modelo preventivo **46**

5.2. Obligatoriedad o voluntariedad del compliance **48**

5.3 Discusión y análisis de propuestas de solución a la necesidad de un modelo estándar **50**

CONCLUSIONES **53**

BIBLIOGRAFIA **55**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, específicamente refiriéndonos a los programas de cumplimiento o también llamados “*Compliance Programs*” como exenciones de esta responsabilidad penal. También efectuar un análisis crítico de la recepción de estos, su forma de regulación y fiscalización, para luego contrastarlos con diversos modelos del Derecho Comparado. Y finalmente, hacernos cargo de las consecuencias y desventajas de la implementación de un modelo preventivo y preguntarnos si es necesario o no un modelo estándar de estos programas de cumplimiento y las posibles vías para ello.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal de personas jurídicas; programas de cumplimiento; exención de responsabilidad penal; modelo preventivo; modelo estándar.

INTRODUCCION

Elaborar leyes es siempre una tarea difícil, más aún cuando se trata de leyes penales y las consecuencias que tiene declarar que una conducta es delictiva. Ahora, esta propuesta trasladada al ámbito económico se muestra con mayor claridad, donde ciertamente los designados como “delincuentes económicos”, no caben dentro de las características habituales de quien entendemos como delincuente común, características que se toman como patrones definitorios de la personalidad criminal; es más, muy por el contrario se trata de personas con un grado de integración normal en la sociedad y con un amplio poder económico y muchas veces político. Es por ello que durante muchos años estos delitos han sido invisibilizados por este mismo poder en el que se mueven, quedando relegada la forma operativa y de regulación de las empresas a un ámbito propio del área comercial o ciencias empresariales.

Sin embargo, es sabido que durante los últimos años el aumento y la intensidad en los delitos económicos se ha hecho presente y ha impulsado al Estado a tomar medidas ante dichas situaciones. En este contexto la empresa como foco de desarrollo industrial incorpora variantes que modifican ostensiblemente las relaciones sociales, así como la dialéctica entre las personas jurídicas y las naturales que la integran. Los atributos de cada una, los derechos y obligaciones que surgen en la interacción con el mercado, incorporan riesgos y potenciales violaciones a derechos adquiridos por los ciudadanos.

Es así como se introduce el concepto de responsabilidad penal de personas jurídicas con la promulgación de la Ley N° 20.393 en noviembre del año 2009. A través de la consagración legal de estas normas penales se pretende responsabilizar a las personas jurídicas en caso de incumplir los deberes de dirección y supervisión que establece esta Ley, siempre y cuando estos delitos sean cometidos directa e indirectamente en su interés o para su provecho, pero a la vez se faculta la posibilidad de adoptar modelos de autorregulación a las personas jurídicas cuya principal función es impedir o a lo menos dificultar la comisión de hechos punibles perpetrados por estos entes, a través de un mecanismo de programas de cumplimiento y es este punto el que nos convoca a hacer un análisis crítico de estos.

CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS:

1.1. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile

En noviembre de 2009, la responsabilidad penal de personas jurídicas ha sido regulada tras la aprobación y entrada en vigencia de la Ley 20.393, en el Título I de esta Ley. Este título “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, desarrolla y tipifica los sujetos a quienes se les pueden atribuir responsabilidad en los actos ilícitos que se ejecuten y en su artículo primero los delitos que contempla.

El alcance de dicha responsabilidad es aplicable tanto a personas jurídicas de derecho privado como a las empresas del Estado, con o sin fines de lucro y como la Ley no distingue, se entiende que es aplicable a todas las personas jurídicas, siempre que los delitos señalados en el artículo primero fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables o ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa, de los deberes de dirección y supervisión.

La finalidad del establecimiento de una responsabilidad penal a personas jurídicas pasa por dos grandes argumentos. Uno político criminal cuyos componentes principales son la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual; a la existencia de una irresponsabilidad organizada de sujetos individuales que actuaban bajo el paraguas jurídico de la persona jurídica y por último la falta de eficacia preventiva de formas de responsabilidad colectiva no penales como el derecho administrativo sancionador.¹

En Chile, el proyecto de esta Ley “express”, tenía como antecedente el creciente interés de la comunidad internacional por regular esta clase de responsabilidad, por lo que con el proyecto de esta Ley se expresó la voluntad de crear normas realmente eficaces para la

¹ Silva Sánchez, Jesús María “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español*”, Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia N° 65 (2012), pp.p11.

prevención, represión y disuasión de delitos vinculados al narcotráfico, terrorismo y corrupción.² Ciertamente es que Chile había asumido compromisos de regulación en estas materias con mucha anterioridad, pero sin haberlos materializado. La verdad es que la urgencia por contar con una herramienta legal obedeció más bien a la cercanía de la fecha en que la OCDE resolvería la inclusión de Chile a este organismo en calidad de miembro pleno, y a la premura con que el Ejecutivo gestionó el proyecto, más que una sincera convicción sobre su conveniencia. Como quiera que haya sido, la ley, como se verá a continuación, significa un paso adelante en la modernización de nuestra legislación y una puesta a tono con los estándares de países desarrollados.³

1.1.1. Responsabilidad penal de la persona natural y la adecuación de la responsabilidad penal a la persona jurídica

Es cierto que la teoría del delito tal cual se formuló, respecto de la responsabilidad penal de personas naturales, dificulta la aplicación de este a un ente colectivo como es la persona jurídica, no obstante el Derecho Penal y la teoría del delito son un medio por el cual se pretende dar solución a los problemas que se presentan, de lo contrario un derecho que fuera un conjunto de normas petrificadas no tendría en consideración su objeto final, esto es la realidad a la cual deben dar respuesta, es por ello que es sumamente valorado que el legislador reflexione y aborde temas de contingencia como este.

Las críticas a una responsabilidad propiamente penal de las personas jurídicas se basan principalmente en la ausencia y fricción con los elementos y presupuesto básicos elaborados por la teoría del delito que deben concurrir en todo sujeto a quien se le atribuye responsabilidad penal. Estos presupuestos a los que nos referimos son aquellos que ha ido elaborando la moderna ciencia jurídico-penal durante los últimos doscientos años.⁴

² Proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje n° 018-357, aprobado definitivamente como ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, de 02 de diciembre de 2009: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=20393>

³ Monsálvez Sepulveda, Andrea Paz, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, “Responsabilidad penal de la Empresa: su recepción en el Derecho Chileno”. Universidad de Valparaíso, año 2010.

⁴ Navas, Iván; Jaar, Antonia, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. Santiago, año 2018, pág.1030. Polit. crim. Vol. 13, N° 16 (Diciembre 2018) Art 10, pp. 1027-1054.

En efecto entre los principales presupuestos que ha elaborado la dogmática penal para asignar responsabilidad penal se encuentran en la capacidad de acción y la culpabilidad de la persona a quien se le atribuye la realización de la conducta típica. De ahí que exista un amplio y generalizado consenso en señalar que el delito parte por exigir una conducta humana típica, antijurídica y culpable.⁵

Evidentemente con la entrada en vigencia de la Ley 20.393, este punto se hace cada vez más controvertido, el adecuar el régimen penal creado en un principio para la persona natural, con sus presupuestos básicos inherentes a la persona, hacia la persona jurídica, la cual no actúa por sí misma, ni de quien se presupone que es libre, si no que quienes actúan son las personas físicas en nombre de la persona jurídica. Así surgen distintos presupuestos de imputabilidad a las personas jurídicas según cómo actúan, los cuales veremos en el acápite posterior.

1.2. Presupuestos de imputabilidad a las personas jurídicas

Los presupuestos para imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas se encuentran establecidos en el Art. 3 de la Ley 20.393. Antes de referirnos a los requisitos propiamente tal, debemos distinguir los modelos legislativos de responsabilidad de la persona jurídica. Estos modelos son básicamente dos, uno de *responsabilidad derivada* o modelo de responsabilidad por atribución del hecho de otro, y el otro denominado *modelo de responsabilidad autónoma u originaria* o modelo de responsabilidad por el hecho propio.

El primero de estos modelos supone la transferencia de la responsabilidad penal de los sujetos miembros de la organización a la persona jurídica misma, en virtud de algún criterio que permite este traspaso⁶; en este sentido, se trataría de un supuesto de imputación objetiva

⁵ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, t. I, 1997, p.193; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5° ed.,1996, 7/1, p.50; CURY URZÚA Enrique, Derecho Penal. Parte general, 10° ed.,2011, p.240; citado por Navas, Iván; Jaar, Antonia, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. Santiago, año, 2018, pag. 1030

⁶ Navas, Iván y Jaar, Antonia, op. cit., p. 1033.

e implicaría una violación al principio de responsabilidad por hecho propio⁷. Por su parte, en el modelo de responsabilidad autónoma u originaria, se hace responsable a la persona jurídica por un hecho que le compete a ella, la mayor de las veces, consistente en un defecto en la organización que permite o contribuye a la realización de conductas delictivas⁸; y en este sentido, estamos frente a un sistema de responsabilidad subjetiva, puesto que “la responsabilidad está basada en el defecto de organización que ha generado la aparición de un comportamiento delictivo en la persona física”⁹

Respecto al modelo adoptado en Chile, la doctrina parece estar conteste en que se ha adoptado un “modelo mixto”, que fusiona ambos modelos, tomando en consideración tanto elementos de instrumentos internacionales, como de ciertos países que han tenido cierta trayectoria en el desarrollo de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁰. Este sistema, que también podemos denominar “híbrido”, contempla la presencia de criterios vicariales (sistema de responsabilidad derivada), pero también considera criterios de responsabilidad autónoma o por el hecho propio. En este sentido, la actividad humana es relevante, en cuanto se configura como un presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica¹¹, sin embargo este no es el único criterio necesario al momento de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, ya que también es menester “un cierto estado de cosas” corporativo que contribuya a fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica¹². En este sentido, se cumplen los requerimientos del Derecho penal moderno, en el sentido de prohibición de la responsabilidad penal objetiva, extendiendo tal garantía a las personas jurídicas¹³.

El modelo mixto chileno, considera como elemento de atribución de responsabilidad de la persona jurídica, que el delito sea cometido por alguna de las personas que se mencionan en el Art. 3 de la ley 20.393. En este sentido, son los hechos delictivos de las personas físicas lo que propician el examen de una eventual responsabilidad penal corporativa. Sin embargo,

⁷ De Mendoza Sáinz de Ugarte, Javier Hermoso, “*Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*”, Pamplona, 2018, p. 12

⁸ Navas, Iván y Jaar Antonia, op. cit, p. 1033

⁹ De Mendoza Sáinz de Ugarte, Javier Hermoso, op. cit., p. 12

¹⁰ Salvo Ilabel, Nelly, “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*”, Barcelona, 2014, p. 103

¹¹ Ídem, p. 235

¹² Íbidem.

¹³ Ídem, p. 236

también debemos considerar que se exigen otros criterios adicionales, como el provecho, para entender que estamos frente a un delito corporativo¹⁴.

Ahora que ya podemos distinguir los modelos legislativos de imputabilidad de la responsabilidad penal, iremos a los requisitos establecidos en la Ley 20.393. Estos requisitos establecidos en el Art. 3 de la Ley 20.393, están consagrados de la siguiente manera:

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 en que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito en ventaja propia o a favor de un tercero.

Ahora, para poder analizar de mejor manera los requisitos de imputabilidad que establece esta norma, es conveniente desmenuzar el artículo de la siguiente manera:

- 1. Vinculación de la persona física con la jurídica:** este requisito supone un factor de conexión con la persona jurídica. Debe ser cometido por una persona perteneciente a determinado círculo de personas, compuesto por los dueños, los

¹⁴Ídem, p. 239

órganos directivos de la entidad y cualquier otra persona que se encuentre bajo la dirección o supervisión directa de los dueños u órganos directivos¹⁵.

Respecto a este elemento, los tribunales no se detienen a analizar si la persona natural realiza efectivamente actividades de administración y supervisión, en este sentido, es suficiente la mera “ostentación de un cargo formal”¹⁶. En este sentido, hace la precisión Héctor Basualto, que si bien la ley distingue entre sujetos que realizan la labor de administración y supervisión y quienes son relacionados, no se establece un régimen distinto para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos¹⁷. Sin embargo, nos vemos enfrentados a la situación de quienes se encuentran dirigiendo fácticamente la empresa, realizando labores de administración y supervisión, donde nos encontramos con la figura del “*administrador de hecho*”. Esta figura del administrador de hecho, no tiene necesariamente que realizar todas las actividades de administración y supervisión para estar comprendido dentro de la figura que establece el Art. 3 de la Ley 20.393, sino que basta únicamente con que realice algunas de ellas.

2. **Interés directo o inmediato de la persona jurídica:** en este sentido, el delito cometido por la persona física o natural debe ir en provecho de la persona jurídica. En atención a la redacción de la norma, los autores postulan que se trata de una exigencia subjetiva, en el sentido de que debería existir una intención por parte de los sujetos individuales con miras a la obtención de tal beneficio. Sin embargo, este criterio debiera ser mirado desde una perspectiva objetiva, en consideración si efectivamente se reportó o no un beneficio por el delito cometido¹⁸, y que considerarlo como una exigencia subjetiva tendría graves dificultades probatorias.¹⁹

Ahora, es del caso, establecer qué se entiende por “*interés directo*”. Del tenor literal del Art. 3º, no parecen quedar excluidos los casos en que no se trate únicamente de un

¹⁵ Hernández Basualto, Héctor; “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*”, en Polit.Crim., Vol. 5 N° 9, Santiago, 2010, p. 220

¹⁶ Navas, Ivan y Jaar Antonia, op. cit., p. 1035

¹⁷ Hernández Basualto, Héctor, op. cit., p.220

¹⁸ Navas, Iván y Jaar, Antonia, op. cit., p. 1036

¹⁹ Hernández Basualto, Héctor, op. cit., p. 221

beneficio pecuniario, sino que también quedan comprendidas otras formas de beneficios.²⁰

3. **Incumplimiento de deberes de dirección por parte de la persona jurídica:** este requisito el que da origen al sistema mixto chileno, que ya tuvimos la oportunidad de explicar más arriba. Es este defecto en la organización el que puede ser comprendido como un déficit en la autorregulación permanente que debe existir dentro de la persona jurídica. Este “déficit de regulación” precisamente consiste en la omisión de medidas preventivas necesarias para evitar que posteriormente se cometan delitos dentro del ejercicio de la actividad²¹

Algunos autores han asimilado a la estructura de la *actio libera in causa*, en la que la culpabilidad no está presente al momento de la realización por parte de una persona física, sino que se recurre a un momento anterior, donde no se tomaron medidas por parte de la persona jurídica que hubiesen evitado la comisión del hecho.²²

En cuanto a la exigencia de la norma chilena, para que se tengan por cumplidos los deberes de dirección y supervisión, es necesario que la persona jurídica haya implementado con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención con las características establecidas en el Art. 4 de la Ley 20.393²³

1.3. Defectos de organización y responsabilidad por el hecho ajeno

Anteriormente nos referimos respecto de la existencia de dos modelos de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica, en este punto nos convoca desarrollar el modelo de responsabilidad por el hecho ajeno o modelo de responsabilidad vicarial. Este modelo tuvo sus orígenes en la jurisprudencia británica de los S. XV y siguientes y supone que la

²⁰ Navas, Iván y Jaar, Antonia, op. cit., p.1036

²¹ Ídem, p. 1038

²² Ibídem

²³ Ibídem

acción culpable de la persona natural se “aplican” o “identifican” automáticamente como si fueran de la persona jurídica²⁴.

Sin embargo es importante precisar qué ocurre al momento de responsabilizar a la persona jurídica por estos hechos, así hay diversas posturas. Una de ellas es la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, lo que se podría fundar según algunos en argumentos como la ausencia de voluntad por parte de éstas, es decir, la imposibilidad de actuar con dolo. Otros argumentos se relacionan a la actuación de la empresa dentro del ámbito de los negocios, las relaciones comerciales que los rigen y en general dentro del espectro de nuestra sociedad. Para varios autores la atribución de responsabilidad penal a la empresa sigue siendo inclusive incompatible con la noción clásica de acción, culpabilidad y pena.²⁵

Imputar a la persona jurídica responsabilidad por algo que habría hecho de forma completamente autónoma un ser autoconsciente diferente, supondría hacerle responsable de un hecho ajeno. De un hecho que en realidad habría cometido un tercero, lo que llevaría a que dicha imputación violase una de las exigencias básicas derivadas del irrenunciable principio penal de culpabilidad, como es la exigencia de la personalidad de las penas.²⁶

Así es aceptado por gran parte de la doctrina que, el concepto de culpabilidad tal como lo conocemos, aplicable para la persona natural, no es aplicable a la persona jurídica. En tal sentido, una solución que se ha propuesto es que se formule un concepto de culpabilidad especial para las personas jurídicas y que sea coherente con el resto del sistema penal²⁷.

Una propia culpabilidad de la empresa consiste o se basa en una actuación o en un injusto también propio, que no depende de terceros. Por tanto, una alternativa en la construcción de un concepto de culpabilidad de la persona jurídica consiste en establecer un modelo de

²⁴ Segovia, Arancibia, A. “Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la ley N° 20.393”, en *Revista Jurídica*, Ministerio Público, N° 43, junio 2010, p. 226

²⁵ Caroca, Luengo, P y Ávila, Calderón, F., “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia condenatoria a Salmones Colbún Ltda. y a Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda.*”, en *Revista Jurídica*, Ministerio Público, N° 58, marzo 2014, p. 77

²⁶ Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2005, p.194; el mismo autor en “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, págs 01-9.

²⁷ Segovia, Arancibia, A., op. cit., p. 228

autorresponsabilidad penal empresarial, donde las empresas responden por su propio hecho, por su propio injusto, con independencia de la actuación de terceros²⁸.

La individualidad de la persona jurídica, en el ámbito jurídico penal, son culpables cuando manifiestan una autoorganización en infracción a los roles que socialmente les corresponden por su participación en el tráfico jurídico-patrimonial. Por tanto, su injusto consistiría en su organización defectuosa, que es diferente al injusto de sus órganos o representantes y que puede producirse aun en ausencia de la comisión de un delito por parte de una persona física²⁹.

Este modelo donde se responsabiliza a la empresa por su defecto organizacional tiene como beneficio el poder hacer frente a la irresponsabilidad organizada y efectivamente responsabilizar a la empresa por un hecho propio y no ajeno. La culpabilidad de la propia empresa, donde se reconoce a las personas jurídicas cualidades de autoorganización y autonomía, permitiría fundar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en principio, resulta adecuado sistemáticamente y aplicable en el marco del principal sistema de imputación contenido en la Ley 20.393.

En cuanto al modelo adoptado por la Ley 20.393 este contiene dos supuestos de imputación a las personas jurídicas: el defecto de organización, contemplado en los Arts. 3, 4 y 5 de la Ley; y otra como sanción accesoria respecto del delito de asociación ilícita, contemplado en el Art. 294 bis del Código Penal y en el Art. 28 de la Ley 19.913³⁰. Esto supone que nuestro ordenamiento contempla dos sistemas de imputación que obedecen a lógicas distintas³¹.

En esta oportunidad nos haremos cargo únicamente del supuesto del defecto de organización. Este modelo fundamenta la culpabilidad de la empresa en un defecto de la organización, que consiste en no impedir adecuada o idóneamente la comisión de delitos por parte de sus directivos. La responsabilidad se encuentra estrechamente vinculada a la comisión del delito por parte del agente, es decir, la responsabilidad de la persona jurídica no

²⁸ Ídem, p. 229

²⁹ Ibídem.

³⁰ Ídem. p. 230

³¹ Ibídem.

puede surgir sino se hace efectiva la responsabilidad de la persona natural³². En este sentido, la participación de la persona natural constituye una condición objetiva de punibilidad (COP).

1.4. Exención de responsabilidad de persona jurídica

Con la dictación de la Ley 20.393 se produce un cambio en la legislación penal chilena, al considerar la posibilidad que las empresas o personas jurídicas también puedan tener responsabilidad penal. Esta Ley, si bien da un giro en la tradición penal del país, también permite que las empresas eviten o atenúen su responsabilidad.

Para efectos de esta tesis nos centraremos en los programas de cumplimiento o “*compliance program*”, la existencia de estos junto con el comportamiento postdelictivo de la empresa, especialmente la colaboración con la investigación, da lugar en muchos casos a que no se entable acción alguna.³³

Lo que buscan estos modelos de *compliance program* es ser una forma de colaboración con el legislador penal, y es en este sentido que guarda una estrecha relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, el efecto del modelo de prevención no es la evitación de la comisión del delito, sino que su objetivo es delimitar si con el programa se ha conseguido disminuir u obstaculizar el riesgo de comisión de delitos³⁴. Es en este contexto que los modelos de prevención de delitos deben ser construidos en consonancia a los estándares establecidos en la ley penal.

Ahora, es del caso analizar cómo es la configuración de los modelos de prevención en el sistema chileno. En el Art. 3 de la ley 20.393 se establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica se configura cuando el delito es cometido tanto por los directivos como por los subordinados de la misma, siempre que la comisión de éstos sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los *deberes de dirección y supervisión*³⁵. En

³² Ídem, p. 231

³³ Nieto Martín, A., 2008: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, p. 191.

³⁴ Salvo Ilabel, Nelly, op. cit., p. 325

³⁵ Ídem, p. 335

nuestro sistema, en definitiva, se condiciona la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica a la comisión del delito por alguna de las personas mencionadas, en interés de la misma persona jurídica, y a la infracción de los deberes de supervisión que se encuentran referidos a la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos³⁶. En cuanto a la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El modelo de prevención en cuanto a su contenido está regulado en el Art. 4 de la ley 20.393, donde se le otorga fuerza excluyente de la responsabilidad penal si la implementación y aplicación han resultado idóneas aún cuando se haya cometido el delito³⁷, de lo que se colige que si el delito resulta no ser consecuencia del incumplimiento de los deberes de supervisión, la empresa no puede ser sino, eximida de toda responsabilidad en el ámbito penal.

Es en este sentido, que la legislación chilena ha resultado ser pionera, por cuanto se excluye en los modelos de prevención de delitos la responsabilidad penal. Si bien el sistema preventivo chileno no posee un carácter obligatorio para las empresas, en caso de que sea adoptado, debe cumplir con ciertos requisitos para entender que los deberes de dirección y supervisión han sido cumplidos³⁸.

El proyecto presentado por el Gobierno de la época, no contenía la regulación de los contenidos específicos que debía reunir el modelo de prevención de delitos para que el mismo tuviera fuerza excluyente, sino que dejaba en manos de un reglamento la regulación de tales aspectos, pues por su especificidad se consideraba que debía tener un desarrollo autónomo³⁹, sin embargo, se estimó necesario contemplar los requisitos en la misma ley.

³⁶ *Ibíd*em

³⁷ *Ibíd*em

³⁸ *Ídem*, p.336

³⁹*Ídem*, p. 337

CAPITULO II: *COMPLIANCE PROGRAMO* PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

2.1. Concepto de *Compliance Program*.

Los *Compliance Programs* son sistemas organizativos que incluyen principios, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización.⁴⁰ Para efecto de nuestro estudio, los compliance programs constituyen un sistema de organización empresarial, por tanto hablamos de un modelo que comprende, o más bien que debiera contener una serie de medidas normativas, institucionales y técnicas dirigidas a los propios miembros de la empresa regulada con el fin de disminuir el riesgo de que la empresa perpetre un delito económico organizacional y así evitar daños de reputación para la empresa, detectando a tiempo el ilícito al interior de la organización.

Estos programas constituyen una ordenación intraempresarial vinculante para los trabajadores y directivos de la entidad, por lo que, a pesar de su naturaleza privada, cabe señalar que revisten un valor cuasi-normativo. De hecho se afirma que, el criminal compliance, en la medida en que persigue el respeto de la legalidad penal y la neutralización de los riesgos penales, asume cierto carácter de orden público.⁴¹

2.2. Catálogo de delitos de la ley 20.393

El artículo 1º de la Ley 20.393, establece el contenido de esta, señalando que la presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de diversos delitos que se

⁴⁰ NEIRA PENA, Ana Maria, “*La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*”, Polit. Crim., Vol 11 N° 22 (2016), pp 469. Cfr. además BOCK, Dennis “*Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*”, en: KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo(Eds), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial pons, 2013, pp.107-124, pp. 107 y s.

⁴¹ Goñi Sein, J. L, “Programas de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales”, cit nota n° 3, p. 383, en: Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Gómez Martín, Víctor (Dir); Hortal Ibarra, J. C y Valiente Iváñez, Vicente (coord), “*Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*”, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2014. Citado por Pena Neira, Ana María, “*La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*”, Polit. Crim., Vol. 11 N° 22 (2016), p. 32

han ido incorporando a través de una serie de modificaciones contempladas en los siguientes cuerpos normativos.

Con fecha 31 de enero de 2019, siendo la más reciente modificación, con la publicación y entrada en vigencia de la Ley 21.132, que moderniza el Servicio Nacional de Pesca, se incorporan a la Ley 20.393 cuatro nuevos delitos:

1. Delito de contaminación de aguas (Artículo 136 Ley de pesca)
2. Comercialización de productos vedados (Artículo 139 Ley de pesca)
3. Pesca ilegal de recursos del fondo marino (Artículo 139 bis Ley de pesca)
4. Procesamiento, elaboración y almacenamiento de productos colapsados o sobreexplotados sin acreditar origen legal (Artículo 139 ter Ley de pesca).

Incorporados estos nuevos delitos, cabe cuestionarnos ¿porque la introducción de tipos penales de la Ley de pesca a la Ley de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas? De acuerdo a la historia de la Ley 21.132, el mensaje presidencial que da tramitación a esta norma, tiene en cuenta la importancia de la pesca como actividad económica en nuestro país por la generación de empleos, ingresos y exportaciones, considera a la pesca ilegal como una de las infracciones más cuestionables al ordenamiento nacional, debido a que pone en riesgo los recursos hidrobiológicos de nuestras costas. En este sentido, el mensaje presidencial considera a la pesca ilegal como la actividad pesquera extractiva efectuada por embarcaciones nacionales o extranjeras, en aguas bajo la jurisdicción nacional o en alta mar, en contravención a la normativa pesquera nacional vigente o aquella establecida por organismos regionales o internacionales. También considera como pesca ilegal el uso de recursos hidrobiológicos contraviniendo la normativa nacional vigente, en las actividades de transformación, elaboración, transporte, almacenamiento y comercialización de recursos hidrobiológicos o productos derivados de éstos.

En cuanto al Servicio Nacional de Pesca propiamente tal, este proyecto busca: (i) mayor efectividad del proceso fiscalizador; (ii) generar incentivos al cumplimiento voluntario de los agentes sectoriales y; (iii) incrementar los efectos disuasivos sobre conductas que transgreden los cumplimientos normativos, reforzando las facultades fiscalizadoras y el procedimiento sancionatorio.

El mensaje del proyecto de ley, en lo que nos interesa, propuso que se fortaleciera el Servicio Nacional de Pesca; también contempla nuevas obligaciones para los agentes pesqueros, los que deben completar la información requerida para realizar seguimiento de las capturas en procesos posteriores; además incorpora figuras infraccionales delictuales específicas que sancionan conductas particularmente graves cometidas principalmente en las etapas de procesamiento, elaboración, almacenamiento y comercialización. Respecto de las nuevas figuras delictuales, hasta antes de la dictación de esta ley, no existían infracciones específicas aplicables a elaboradores, comercializadores y transportistas; además, con la finalidad de disuadir de las concertaciones sobre pesca ilegal, se establece también un nuevo delito de asociación ilícita en materia pesquera.

El quinto delito contemplado en esta Ley, se encuentra en la Ley 19.913 que crea la unidad de análisis financiero (UAF) y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, incorporando el delito contemplado en el artículo 27 el cual hace referencia en su letra a) al delito de ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes y en su letra b) al que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito, estableciendo al mismo tiempo las penas de los respectivos delitos.

En sexto lugar, de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, la ley 20.393 regula el delito contemplado en el artículo 8º, que dice relación con el financiamiento del terrorismo y su penalidad.

Finalmente, esta Ley regula una serie de delitos contemplados en el Código Penal, partiendo por la regulación del artículo 240, que dice relación con los fraudes y exacciones ilegales, estableciendo la sanción para los determinados sujetos y el artículo 251 bis respecto del cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

En noviembre de 2018, con la ley 21.121, se introdujo una serie de modificaciones al Código Penal y se incorporaron a la Ley 20.393 cuatro nuevos delitos;

1. Cohecho del particular (Artículo 250 Código Penal).
2. Corrupción entre particulares (Artículo 287 bis)

3. Corrupción entre particulares (Artículo 287 ter)
4. Administración desleal (Artículo 470 n° 1 y 11)

En cuanto a la Ley 21.121, el fundamento principal de las modificaciones introducidas, consiste en poner a tono la Ley 20.393 con las nuevas penalidades introducidas por esta nueva norma, debido a que la convención de la OCDE plantea que las penas del delito de cohecho deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas

Como asimismo la incorporación del artículo 456 bis A del Código Penal, que regula el delito de receptación, el cual fue incorporado a la Ley 20.393 el año 2016 por la modificación introducida en el artículo 16 de la Ley 20.931.

Contemplando así la Ley en estudio un catálogo de 13 delitos de diversos cuerpos normativos de los cuales regula el procedimiento para la investigación, el establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de esta. Y en lo no previsto por esta ley, son aplicables de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales antes señaladas, en lo que resultare pertinente.

Así, es de esperar que el catálogo continúe aumentando a delitos que protejan bienes jurídicos de diversa índole, puesto que si bien los proyectos de ley mencionados anteriormente son de suma relevancia, aún se justifica la necesidad de incluir delitos de mayor impacto económico y social.

2.3. Contenido de un programa de cumplimiento

No se puede decir con precisión cuál es el contenido exacto de un programa de cumplimiento, lo que puede ser visto como una ventaja en la medida que su carácter abierto permitiría su continua adaptación a la realidad cambiante de la actividad empresarial, y también a la consideración de las diferenciaciones que se dan al interior de esta misma

(debido a los diversos ámbitos en que se desarrolla).⁴² Con todo, esta amplitud y poca claridad en su contenido también implicaría una mayor inseguridad jurídica en relación con la concreción de los deberes de la empresa que deben ir plasmados en estos mismos programas⁴³.

Ahora, para desarrollar estos programas de cumplimiento es necesario revisar el artículo 4° de la Ley N°20.393 y así establecer el núcleo central del programa de *compliance*, el cual contempla requisitos mínimos;

- 1) Se debe designar un encargado de prevención de los delitos, que se indican, como posibles de ser cometidos. Se hace presente que debiera ser una persona que tenga conocimientos jurídicos o el empresario debe asesorarse de quien los posea.
- 2) Se deberá definir los medios y facultades del encargado de prevención, es decir se indica que la administración de la persona jurídica, debe proveer a esta persona de medios suficientes para el desempeño de sus funciones, así como las facultades suficientes para el desempeño de tales funciones.
- 3) Es necesario el establecimiento de un sistema de prevención de delitos, el cual como mínimo debe contener:
 - a. Determinación de las actividades o procesos de la entidad.
 - b. Indicación expresa del establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos.
 - c. Se indica que se deben identificar los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros.
 - d. Finalmente se indican como requisitos, las sanciones administrativas internas y los procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias.

⁴² 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”. Polit. crim. Vol 8, N° 16 (Diciembre 2013), Art 6, pp. 549. Además en este sentido GORDON, S., “Implementation of Effective Compliance and Ethics Programs and the Federal Sentencing Guidelines”, en: VV.AA., Corporate Compliance Answer Book 2010, Estados Unidos. Capítulo 2 disponible en Web: http://www.pli.edu/product_files/booksamples/26962_sa,ple2.pdf, p. 34.

⁴³ Ídem, pág. 550.

- e. Se señala en el inciso final, que las obligaciones, prohibiciones y sanciones internas, se deben indicar en los reglamentos de la persona jurídica, dictados al efecto. Estos reglamentos deben comunicarse a los trabajadores. Así, también se debe incorporar en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios. Esto debe entenderse aplicable respecto de todos quienes presten servicios para la persona jurídica.
- 4) La supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos, requisitos que veremos con más ahondamiento en el acápite de los deberes de supervisión y certificación.

CAPÍTULO III: MODELOS DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO COMPARADO

Aparte de nuestro ordenamiento jurídico, los programas de cumplimiento o *compliance programs*, han sido regulados expresamente en otros ordenamientos importantes de revisar en nuestro trabajo, acerca de la forma como se les dota de contenido a dichos modelos. Para ello, a continuación analizaremos brevemente la regulación de los modelos de cinco países.

3.1. Estado Unidos

En Estados Unidos hablamos de una doble realidad del sistema, en el sentido de contemplar dos Derechos penales, uno federal y otro estatal. Desde el punto de vista de la responsabilidad penal corporativa a nivel estatal, las distintas legislaciones penales varían en su enfoque, por lo que su análisis es más complejo. Eso sí, algunos estados han adoptado disposiciones legales más sofisticadas, basándose en el *Model Penal Code*⁴⁴, lo que explicaría el desarrollo más o menos uniforme en la materia. Por lo tanto, podría apreciarse una tendencia de estos Estados de adaptar sus códigos para que la responsabilidad sea más cercana a la federal del *respondeat superior*.⁴⁵

Ese modelo de responsabilidad asumido en algunos Estados, se caracteriza por la aplicación del mecanismo de imputación de responsabilidad propio de la responsabilidad vicarial y permite a una empresa ser condenada por una infracción si el delito fue solicitado, autorizado o imprudentemente tolerado, por parte del consejo de administración o por un alto directivo que ha actuado en nombre de la entidad dentro del ámbito de su cargo o empleo.

A nivel de ley federal, se impone la doctrina de la responsabilidad corporativa creada en el *Common Law* que, está basada en la legislación civil. En virtud de la doctrina de *respondeat superior*, se entiende que el empleador o director es responsable de los actos ilícitos del

⁴⁴ Allens Arthur Robinson, “*Corporate Culture*” as a basis for the Criminal Liability of Corporations, p. 30.

⁴⁵ Wells, C., *Corporations and Criminal Responsibility (2nd Edition)*, Oxford, Editorial Oxford, 2001. pp. 132s.

empleado o agente que han sido llevados a cabo en el ámbito del empleo o agencia.⁴⁶ De esta forma se traslada la responsabilidad al "maestro" (empleador) por los actos de su "sirviente" (empleado), hablándose, por tanto de una responsabilidad derivada hacia quien no ha participado efectivamente en el acto ilegal.

Esta dualidad de normas tanto a nivel federal como local, contemplan modelos de compliance como atenuantes de sanciones penales. Ejemplo de ello son la *Sarbanes-Oxley-Act 2002* (en adelante: "SOA")⁴⁷, el cual fue dictado por el Congreso de los Estados Unidos, estableciendo deberes de vigilancia y sistemas de *compliance* más estrictos para las corporaciones y el capítulo 8 de las *Federal Sentencing Guidelines* (en adelante: "USFSG").

Mediante una regulación altamente detallada, la SOA establece el deber de crear estructuras de compliance para fortalecer la dirección y control empresarial, lo cual debe reflejarse en todas las funciones y niveles de la empresa. La ley le impone normas de comportamiento entre otras a empresas que cotizan en bolsas de valores estadounidenses y a sociedades auditoras externas, con el objeto de evitar acciones fraudulentas y auditorías de estados financieros incorrectas. La efectividad del sistema de controles debe acreditarse mediante una documentación comprehensiva.⁴⁸

El campo de aplicación de la SOA abarca a todas las empresas cotizadas en bolsas de valores de los Estados Unidos, es decir, todas aquellas cuyos títulos sean transados en la "New York Stock Exchange" (NYSE), "National Association of Securities Dealers Automated Quotation" (NASDAQ) y "American Stock Exchange" (AMEX), o sean ofrecidos en forma pública en los Estados Unidos. También se incluyen aquellas empresas sometidas a la supervigilancia de la "Securities and Exchange Commission" (en adelante: "SEC"). *En este esquema, el domicilio de la*

⁴⁶ Nanda, Ved., "Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?", p. 70, en: PIETH, Mark; IVORY, Radha, Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk, Heidelberg: Springer, 2011, pp. 63-89. Citado por Bedecarratz Sholz, Francisco, "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", Polit. crim, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018, 218.

⁴⁷ 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909). Resumen en Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way", en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Gomez Martin, Victor (dirs.), Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid: Edisofer S.L, 2014, pp. 35-88, pp. 41 y ss. Citado por Bedecarratz Sholz, Francisco, "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", Polit. crim, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018, 218.

⁴⁸ Bedecarratz Scholz, Francisco, "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", Polit. crim, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018, p. 218

empresa es en principio irrelevante, pues también sociedades chilenas pueden resultar afectadas, en caso de que ella o su sociedad matriz se encuentren bajo supervisión de la SEC.⁴⁹

Por otra parte, las USFSG son un conjunto de normas dictadas por la *United States Sentencing Commission* que tienen por objeto uniformar a nivel federal los criterios de determinación de las penas y medidas de seguridad. El capítulo 8 establece normas para la determinación de las penas y medidas de seguridad aplicables a organizaciones, las cuales pueden consistir en la reparación del daño causado por la conducta criminal (*“remediating harm from criminal conduct”*, §8B USFSG), la multa penal (*“fines”*, §8C USFSG) y la condena condicional (*“organizational probation”*, §8D USFSG).

La implementación de un programa efectivo de compliance y de ética está prevista como una importante atenuante en §8C2.5. (f)(1) USFSG, pudiendo ocasionar una reducción de hasta un 60 % de la multa base aplicable al delito. Para ello debe cumplir con los requisitos mínimos establecidos en §8B2.1. USFSG. En ese sentido, debe ejercer una debida diligencia en la prevención y detección de conductas criminales a través de las siguientes medidas: (1) estableciendo estándares y procedimientos para prevenir y detectar conducta criminal; (2) involucrando a los directivos, personal de alto nivel y especialistas en el diseño, implementación y supervisión del programa; (3) ejerciendo una política de selección de personal adecuada a través de herramientas de *due diligence*; (4) comunicando periódicamente y de una forma práctica los estándares y procedimientos a las personas involucradas mediante capacitaciones y difusión ad-hoc; (5) monitoreando el cumplimiento del programa, evaluando periódicamente su efectividad y estableciendo un sistema de denuncias para los empleados y agentes de la organización que garantice su anonimato; (6) creando incentivos y medidas disciplinarias para asegurar su cumplimiento; y (7) tomar medidas tras la detección de conductas criminales.

Existen sin embargo dos causales que excluyen la reducción de la pena de los programas de *compliance* y ética. La organización debe en primer lugar detectar el hecho punible y además auto-denunciarse frente a las autoridades gubernamentales competentes. En caso de que la corporación haya demorado injustificadamente la auto-denuncia (*“unreasonably delayed*

⁴⁹ Ibidem. p. 219.

reporting”), no se aplicará la rebaja (§8C2.5. (f)(2) USFSG). Lo mismo ocurre en caso de que un directivo, personal de alto nivel de la organización o especialista en el diseño e implementación del programa ha participado en el delito, lo ha tolerado tácitamente o era conscientemente ignorante de su comisión (§8C2.5. (f)(3) USFSG).

3.2. Reino Unido

En Reino Unido existen dos estatutos recientes aplicables a entidades corporativas, sobre homicidio involuntario corporativo (2007, CMCHA), y la Ley de Soborno de 2010, “*Bribery Act 2010*” (en adelante “UKBA”) enfocada en los sistemas de gestión y controles de una entidad corporativa.

En particular, la Ley de Soborno o la UKBA impone responsabilidad por no evitar un acto de soborno, salvo que la entidad corporativa demuestre que tenía procedimientos adecuados para evitar que tal acto ocurriera. Esta ley tiene alcance extraterritorial y también se aplica a empresas no británicas.

Según el § 7 UKBA, una organización comercial relevante (“*relevant commercial organisation*”) es culpable de no impedir cohecho, en caso de que una persona asociada a la misma soborne a otra con la intención de obtener o retener un negocio o una ventaja en la conducción de negocios para la organización. En este caso, para la organización operará no una presunción de inocencia sino que de culpabilidad, pues la organización responderá por el solo hecho de haberse cometido un cohecho activo (simple o a funcionario extranjero) por parte de una persona ligada a ella. Esto constituye en toda regla un caso de responsabilidad penal objetiva de la organización.

Sin embargo, la sección 7 (2) UKBA consagra una excepción perentoria (“*defence*”) en favor de la organización. Establece la posibilidad de que esta se exima de responsabilidad, si prueba que ha implementado procedimientos adecuados (“*adequate procedures*”) para prevenir que personas asociadas a ella ejecuten las conductas penadas por la sección 7 UKBA⁵⁰.

⁵⁰ Cabe destacar que un motivo más para el análisis de la norma es su aplicabilidad al interior de nuestro país. La sección 7 (5) UKBA incluye dentro de las organizaciones comerciales relevantes, no solo las empresas y asociaciones británicas,

La UKBA no define lo que debe entenderse bajo el concepto de “procedimientos adecuados”, razón por la cual el Reino Unido publicó en marzo del año 2011 una Guía confeccionada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido, explicando el sentido y alcance de ciertas disposiciones, todo ello en conformidad con la sección 9 UKBA⁵¹ En este documento se establece que los “procedimientos adecuados” a implementar por parte de la organización deben reflejar seis principios: los procedimientos deben ser proporcionales al riesgo de cohecho que enfrenta la organización y a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades (*proportionate procedures*); los directivos principales deben comprometerse con las tareas de prevención de cohecho de las personas asociadas a la organización (*top-level commitment*); un análisis del riesgo de cohecho al que se está expuesto que sea periódico, informado y documentado (*risk assessment*); una selección y examen proporcionado y basado en el riesgo de las relaciones comerciales (*due diligence*); el aseguramiento de que las políticas y procedimientos de prevención del delito de cohecho han sido difundidos y comprendidos al interior de la organización (*communication – including training*); y un constante monitoreo, evaluación y revisión de los procedimientos de prevención de cohecho (*monitoring and review*)⁵².

3.3. España

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en virtud de la Ley Orgánica (en adelante: “L.O.”) 5/2010 del 22 de junio de 2010, que regula por primera vez en el Código Penal Español (CPE), la responsabilidad penal de personas jurídicas por delitos cometidos en su nombre por sus representantes, administradores, empleados y trabajadores contratados.

sino que a empresas y asociaciones extranjeras que ejerzan en todo o en parte un negocio en el Reino Unido. , SCHOLZ, Francisco, op. cit. p. 220.

⁵¹ Wittig, Petra, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª edición, München: C.H. Beck, 2014. § 8, N° 12. Citado por Bedecarratz Scholz, Francisco, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Polit. crim.*, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018, p. 221

⁵² Bribery Act 2010 Guidance, cit. nota n° 42, p. 20 y ss. Cfr. además a KAPPEL, Jan; LAGODNY, Otto, “Der UK Bribery Act – Ein Strafgesetz erobert die Welt? –Ein kritischer Diskussionsanstoß–”, *Strafverteidiger*, T. 32, fascículo n° 11 (2012), pp. 695-701, p. 697. Cfr. HUGGER, Heiner; RÖHRICH, Raimund, “Der neue UK Bribery Act und seine Geltung für deutsche Unternehmen”, *Betriebs-Berater*, año 2010, pp. 2643-2647, pp. 2645 y s.; y además a DEISTER, Jochen; GEIER, Anton, “Der UK Bribery Act 2010 und seine Auswirkungen auf deutsche Unternehmen”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, fascículo N° 1 (2011), pp. 12-18, pp. 15 y ss.

La piedra angular del modelo de atribución lo constituye el art. 31 bis CPE, el cual, similar a lo establecido en la Ley N° 20.393, prevé dos modalidades de comisión: la primera de ellas es la comisión por representantes legales, personas investidas de capacidad de decisión o con facultades de decisión, organización o control al interior de la persona jurídica (sujetos en posición apical). La segunda modalidad prevé la comisión por sujetos sometidos a la autoridad de las personas mencionadas en la modalidad anterior (sujetos subalternos). En este último caso se requiere además que el hecho punible haya podido ser cometido a causa del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por los sujetos en posición apical⁵³.

El art. 31 bis CPE establece la posibilidad de que la persona jurídica se exima de responsabilidad penal cuando haya adoptado y ejecutado eficazmente, previo a la comisión del delito, de un modelo de organización y gestión idóneo o adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión.

En caso de que el delito haya sido perpetrado por individuos sometidos a supervisión, vigilancia o control, la adopción y ejecución efectiva del modelo es por sí sola capaz de producir la exención de la persona jurídica; por el contrario, en caso de comisión por un representante legal o por personas naturales con facultades decisorias, de organización o control al interior de la organización, resulta además necesario que se cumplan las demás condiciones enumeradas en el art. 31 bis, apartado 2, CPE. Ello, pues la comisión de un delito por parte de los líderes de la persona jurídica se identifica con la comisión de un delito por parte de la persona jurídica misma, al erigirse estas personas como su órgano decisorio.

⁵³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Die strafrechtliche Haftung von juristischen Personen nach spanischem Strafrecht”, en: KEMPF, Eberhard; LÜDERSEN, Klaus; VOLK, Klaus (Eds.), Unternehmensstrafrecht, Berlin: Walter de Gruyter, 2012, pp. 59-70, p. 63.

3.4. Alemania

En el modelo alemán existe la discusión respecto a si la ley penal debe aceptar la posibilidad de que las personas jurídicas tengan responsabilidad penal, primando la postura de que ello no es posible, dado a que se afecta la esencia del derecho penal, que se funda en la noción de culpabilidad individual, adscribiendo de esta manera el principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, se acepta la aplicación de multas administrativas como sanción suficiente a las infracciones cometidas por personas jurídicas⁵⁴

Las circunstancias en las que es posible sancionar penal o administrativamente a una entidad son en el caso en que funcionarios o empleados sean sancionados por ofensas criminales o administrativas, sin perjuicio de las sanciones individuales que les quepan; la confiscación sin necesidad de condena previa, con la condición de que existan indicios de la comisión del delito en el contexto de empresa, aplicándose sobre los ingresos brutos, sin reducir gastos; y la multa de hasta 1 millón de euros si la Fiscalía y los tribunales encuentran que un alto ejecutivo o empleado de la entidad ha cometido delitos penales o infracciones administrativas, enriqueciéndose y/o violando obligaciones legales específicas de dicha entidad, pudiendo esta multa verse incrementada en caso de que el presunto delito haya reportado un beneficio superior al millón de euros.

Debemos tener en consideración que la institución de la confiscación es bastante relevante dentro del ordenamiento alemán junto con la del comiso. Se encuentra regulado en el art. 74 del Código Penal alemán y supone el poder confiscar los objetos que se hubieren utilizado como medios para la comisión del delito o para su preparación⁵⁵. La aplicación de esta sanción solamente puede ser ordenada con culpa, por lo que nos enfrentamos a una sanción cuasicriminal⁵⁶

El ordenamiento alemán contempla una causal de exculpación general que se manifiesta en una aplicación discrecional de multas cuando se considere que la empresa ha tomado las

⁵⁴ Cavada Herrera, J.P. “Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EE.UU y países de Europa”, en *Departamento de estudios, extensión y publicaciones*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, octubre 2017, p. 5

⁵⁵ Salvo Ilabel, Nelly, op. cit, pag. 118

⁵⁶ *Ibidem*.

medidas adecuadas para evitar tales infracciones⁵⁷. Además, para poder sancionar a la persona jurídica, debe existir una relación entre la responsabilidad de la misma y sus directores, siendo necesario que se constaten previamente la existencia de infracciones cometidas por los funcionarios de la entidad⁵⁸. En consecuencia, la persona jurídica no responde por cualquier delito cometido, sino que es necesario que exista un vínculo específico entre la comisión del hecho y la propia persona jurídica, los cuales son el incumplimiento por parte de la entidad de las obligaciones y deberes legales que le han sido impuestos a la misma; o bien, que se haya enriquecido o que existiera la expectativa de ese enriquecimiento⁵⁹

Otras sanciones que se contemplan son la inclusión de la empresa en “listas negras”, quedando impedidas de recibir ofertas de autoridades públicas o contratar con las mismas; también se prevé el que la empresa quede incluida dentro de un registro de empresas infractoras, donde únicamente tiene acceso la autoridad corporativa y la propia empresa. La inclusión dentro de este registro no es aplicable para empresas que reciban como multa una suma inferior a 200 euros, asimismo, las empresas que han sido incluidas dentro de este registro deben ser borradas luego de tres años para aquellas empresas que han sido multadas con sumas inferiores a 300 euros y luego de cinco años en caso que la multa supere tal cantidad⁶⁰.

3.5. Italia

El modelo italiano ha considerado legislar esta materia vía administrativa, a través del Decreto Legislativo N° 231 del año 2001. Anterior a este decreto únicamente existía la responsabilidad vicarial⁶¹. Este sistema es particularmente relevante para nuestro ordenamiento, ya que ha servido de modelo para la consagración de la responsabilidad colectiva en nuestro país.

⁵⁷ Cavada Herrera, J.P., op. cit, p. 5

⁵⁸ *Ibíd*em

⁵⁹ Salvo Ilabel, Nelly., op. cit., p. 120

⁶⁰ Cavada Herrera, J.P., op. cit., p. 6

⁶¹ *Ídem*. p. 11-12

Hay que ser consciente de las objeciones que ha tenido esta regulación, debido a que de acuerdo a la Constitución italiana, en su artículo 27, se establece la concepción de un derecho penal humano, y consecuentemente la responsabilidad personal⁶², existiendo la imposibilidad de consagrar la responsabilidad penal colectiva⁶³. En definitiva, el modelo italiano de responsabilidad de la persona jurídica ha optado por una responsabilidad administrativa, aunque con características particulares, dándole parte de la doctrina un carácter de *para-penal*⁶⁴. La creación de tal responsabilidad corporativa tiene como objetivo, por un lado, el armonizar y agilizar respuestas sancionatorias entre los Estados; y por otro, el reprimir lo que actualmente es una de las manifestaciones más importantes y peligrosas del delito, que se da en las empresas, a través de estructuras organizadas y complejas⁶⁵.

Para que una entidad corporativa sea responsabilizada penalmente, el delito debe haberse cometido, al menos en parte, en interés o beneficio de dicha entidad corporativa; y a contrario sensu, la empresa no es responsable si el empleado ha actuado exclusivamente en su interés o en el de un tercero⁶⁶. Una empresa solamente puede ser considerada penalmente responsable solo por los delitos señalados taxativamente.

En este sentido, la responsabilidad del ente gira en torno a la construcción de modelos organizativos, donde los *compliance programs* cumplen una función preventiva, dado que estimula al ente hacia el respeto de “modelos de comportamiento específicamente dirigidos a impedir, a través de la fijación de reglas de conducta, la comisión de determinados delitos”⁶⁷. La empresa puede eximirse de responsabilidad si, antes de la comisión del hecho, ha adoptado e implementado un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir el delito que se cometió⁶⁸. Aparentemente, el criterio subjetivo sobre el que se constituye la responsabilidad del ente se sienta en una culpa de organización⁶⁹.

⁶² Seminara, S; “Compliance y derecho penal: la experiencia italiana” en Hortal Ibarra, J. C. y Valiente Iváñez, Vicente (coord.), *“Responsabilidad de la empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal”* Edisofer, Montevideo, 2014, p. 128

⁶³ Salvo Ilabel, Nelly, op cit., p. 122

⁶⁴ Seminara, S; op.cit, p. 129

⁶⁵ Salvo Ilabel, Nelly, op. cit, p. 123

⁶⁶ Cavada Herrera, J.P., op. cit, p. 12

⁶⁷ Seminara, S; op. cit., pp. 132 - 133

⁶⁸ Cavada Herrera, J.P., op. cit., p. 12

⁶⁹ Seminara, S; op. cit., p. 134

En cuanto a la exigencia de una adopción y efectiva implementación de los *compliance programs*, el juicio de idoneidad de los modelos de organización tiene por objeto tanto su configuración como su ejecución⁷⁰. Para que un *compliance program* pueda ser calificado como idóneo, debe ser adecuado para: (1) identificar aquellas áreas de actividad donde los delitos pertinentes podrían cometerse; (2) establecer protocolos de capacitación e implementación; (3) identificar formas de manejo de los recursos financieros que pudieran provenir de la comisión de los delitos pertinentes; (4) asegurar que exista comunicación interna adecuada, e; (5) introducir un sistema adecuado de sanciones para el incumplimiento de los controles pertinentes⁷¹. Además de esto, se exige un órgano interno, al que se le confía la ejecución, el que debe tener poderes autónomos de iniciativa y control⁷².

La entidad corporativa puede ser responsable si el individuo que cometió el crimen no ha sido identificado específicamente, siempre que se acredite que se cometió el delito por alguien que trabaja dentro de la entidad; si el presunto delincuente es inimputable; y si la responsabilidad penal personal se ha extinguido⁷³.

Como sanciones aplicables, el tribunal puede imponer una multa lo suficientemente elevada para tener un impacto relevante en la entidad corporativa. Además, el tribunal puede ser condenada a: (1) suspensión de licencias y autorizaciones; (2) la prohibición de llevar a cabo determinadas actividades empresariales; (3) prohibición de suscripción de contratos y de publicidad de productos; (4) exclusión o cancelación de financiación de condiciones especiales o pagos de sumas destinadas al bienestar de grupos generales o determinados; (5) incautación de ganancias, e incluso de propiedades adicionales en caso de ser necesario para alcanzar el valor de las ganancias obtenidas gracias a la comisión del delito; (6) publicidad de la sentencia⁷⁴

⁷⁰ Ídem, p. 137

⁷¹ Cavada Herrera, J.P., op. cit., p. 12

⁷² Seminara, S; op cit., p. 137

⁷³ Cavada Herrera, J.P., op. cit., p. 13

⁷⁴ Ibídem

CAPITULO IV: ELEMENTOS DOGMATICOS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

4.1. Recepción normativa de un programa de cumplimiento. ¿Dónde debería fijarse ese contenido?

Conforme a como se señala en la Ley, a fin de disminuir la sanción a la persona jurídica, se debe cumplir con un requisito sencillo pero necesario, contar con un “manual” que constituye un “modelo de prevención”. Este “modelo de prevención” puede ser uno ad-hoc, uno elaborado exclusivamente para la empresa por una consultora al efecto, o uno que se adapte por el empresario del rubro⁷⁵, no obstante como hemos visto, es el artículo 4º de la Ley 20.393 el que recoge un elenco de elementos que han de contener los programas de prevención de delitos. Sin embargo, se trata en cualquier caso de requisitos orientativos, que indican el contenido mínimo que, en principio, debería tener el modelo de gestión empresarial para ser considerado efectivo en la función de prevención y detección delictual.

El artículo 4º de la Ley 20.393 solo establece los requisitos mínimos de las medidas a implementar para que luego una persona jurídica, según su contexto particular, concrete y de forma final a los programas. El principio fundamental radica en que no se describen todos los aspectos del modelo de autorregulación, pues una propuesta legislativa específica no sería adaptable a los innumerables tipos de actividades económicas, que a su vez generan riesgos penales específicos. Sin embargo, la indeterminación de los programas de compliance, considerada como necesaria para garantizar su efectividad para la prevención de riesgos penales, resulta difícilmente conciliable con el principio de legalidad penal⁷⁶.

Por tanto es conveniente destacar, aun cuando pudiera resultar evidente, que a mayor precisión de la regulación legal en relación con los contenidos de los programas de cumplimiento, mayor seguridad jurídica para las personas jurídicas, tanto en lo relativo a los

⁷⁵ Peña Neira, Sergio, “*La responsabilidad penal de las empresas en Chile*”. Editorial Metropolitana 2010. p. 49.

⁷⁶ Bedecarratz Scholz, Francisco. op. cit., p. 211.

deberes de control que deben asumir, como en lo relativo a los efectos que la adopción de un modelo de prevención de delitos puede tener en la determinación de su responsabilidad⁷⁷.

Sin embargo, a la vez debemos tener en consideración que la organización empresarial no es un ente estático, como tampoco son los riesgos a los cuales pueden estar expuestos. Creemos que es preciso verificar o examinar de forma periódica una visión dinámica de estos modelos, tal vez a través de estándares de cumplimiento mediante una normativa de categoría infra-legal, en la cual se establezcan contenidos específicos de los modelos de prevención de delitos, con lo cual podríamos asegurar estándares técnicamente adecuados según la actividad que se realiza y el riesgo al cual está afecta la persona jurídica, estableciendo patrones de identificación de riesgos comunes y cómo prevenir estos, a través de un catálogo de medidas preventivas como circunstancias atenuantes.

4.2. Eficacia del programa de cumplimiento. ¿Quién debe decidir respecto de éste?

En cuanto a este punto, es necesario tener en consideración que la adopción del tal modelo, no es un indicio o indicador de la eficacia del mismo. La regulación chilena se refiere al establecimiento de métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de delitos en el artículo 4º número 4 letra a) de la Ley 20.393, como requisitos legales mínimos.

En este sentido hay que considerar que el cumplimiento de estos requisitos son insuficientes para que podamos hablar de eficacia del programa o modelo de prevención, sino que tal modelo debe ser idóneo para reducir los específicos riesgos delictivos de su actividad a niveles jurídicamente aceptables⁷⁸. Por lo tanto, eficacia no puede asimilarse a la infalibilidad en la prevención y evitación de los delitos. En definitiva, para poder valorar la eficacia del programa de cumplimiento la organización debiese considerar los siguientes puntos, que desarrollaremos a continuación:

- 1) La eficacia que se exige para los programas de cumplimiento normativo es una eficacia relativa

⁷⁷ Neira Pena, Ana Maria, op. cit., p. 475.

⁷⁸ Ídem, p. 478

- 2) Que el modelo se adapte a las características particulares de cada organización y a los específicos riesgos de su actividad
- 3) Que el modelo esté en efectivo funcionamiento y debe ser dinámico

4.2.1. Eficacia relativa de los programas de cumplimiento

Se debe tener presente que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema. En este sentido, considerarse que un factor importante para valorar tales programas sea la capacidad de detectar las infracciones que se cometen y de reaccionar adecuadamente ante tales fallas⁷⁹. Apoya este razonamiento la Circular 1/2016 de la FGE, que sostiene que la comisión del delito puede ser interpretada como una muestra inicial de ineficacia del modelo, no puede por ello desecharse automáticamente como ineficaz⁸⁰

Es necesario realizar un diagnóstico organizacional para determinar el ambiente interno de la compañía, en el que se determine si la empresa ha adoptado los resguardos adecuados respecto a factores asociados a Recursos Humanos⁸¹. También para poder hablar de un programa de cumplimiento eficaz es necesario observar las políticas de compensación que ha establecido la compañía, en cuanto a que se podría estar incorporando, indirectamente factores que pudiesen incidir en un ambiente interno que propicie conductas contrarias a la ley⁸²

También debe considerarse que los programas de cumplimiento no tienen como objetivo neutralizar absolutamente el riesgo de la comisión de delitos, exigiéndosele a lo sumo, que sirvan a la hora de gestionar los riesgos de comisión de infracciones; mientras que a la organización se le exige que establezca y opere de tal forma que los riesgos penales asociados a su actividad estén adecuadamente controlados, actuando con la debida diligencia para minimizar el riesgo de comisión de ilícitos penales⁸³. En definitiva, la idoneidad o eficacia del

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Magro Servet, V., *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 167

⁸¹ Artaza Varela, O. y Torres Cepeda, J.P., “Planificación estratégica e identificación de riesgos”, en Artaza Varela, O. (director), *Compliance Penal: sistemas de prevención de la corrupción*, Ediciones DER, Santiago, 2019, p. 107

⁸² Artaza Varela, O. y Torres Cepeda, J.P., op. cit., p. 109

⁸³ Neira Pena, A.M., op. cit., pp. 478 - 479

programa de cumplimiento tiene un carácter relativo, debido a que se admite como un modelo eficaz a aquel que permite reducir en forma significativa el riesgo de comisión del delito⁸⁴. Prueba del carácter relativo de la eficacia del programa del cumplimiento lo encontramos en la Guía Práctica de buenas prácticas de investigación de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Ministerio Público establece que las diligencias de los organismos persecutores se orientarán a determinar si el modelo es realmente eficaz, refiriéndose a si “ha sido construido de manera adecuada a la empresa y a la actividad que desarrolla, y si este ha sido correctamente implementado”⁸⁵.

4.2.2. Modelo adaptado a las características particulares de cada organización y a los riesgos específicos de su actividad

Es de suma importancia que el modelo responda a la *“idiosincrasia de la organización o cultura organizacional o corporativa”*, es decir, que considere las circunstancias particulares de la empresa o institución en la que se va a poner en marcha⁸⁶, lo que se traduce en tomar en cuenta el conjunto de hábitos, costumbres, creencias y valores impregnados en la organización; los que influyen en la conciencia del personal de la empresa⁸⁷. La cultura corporativa se traduce en las normas sociales prevaletentes que se expresan en reglas informales de conducta⁸⁸.

Se debe partir de la base de que los riesgos que debe afrontar cada tipo de empresa difieren en función de su estructura organizativa, de su tamaño y, sobre todo, de la naturaleza de su actividad. No basta que estos modelos se exhiban en “vitriñas”, sino que lo verdaderamente relevante es que aquellos modelos se integren en el negocio, y cómo los ejecutivos y el resto de empleados lo apliquen⁸⁹. En este sentido, la preocupación primordial de la empresa debe ser el reflejar que la observación del ordenamiento jurídico es una política corporativa⁹⁰, y esto se debe materializar evaluando la compañía o empresa la propensión al riesgo y la

⁸⁴ Magro Servet, V., op. cit., p. 167

⁸⁵ Portales González, M., “Supervisión, monitoreo y actualización de los programas de compliance penal”, en Artaza Varela, O. (director), *Compliance Penal: sistemas de prevención de la corrupción*, Ediciones DER, Santiago, 2019, p. 210

⁸⁶ Neira Pena, A.M., op. cit., p. 479

⁸⁷ Albertz Arévalo, P., “Identificación, análisis, evaluación y control de riesgos de corrupción en la empresa”, en Artaza Varela, O. (director), *Compliance Penal: sistemas de prevención de la corrupción*, Ediciones DER, Santiago, 2019, pp. 130-131

⁸⁸ Albertz Arévalo, P., op. cit., p. 131

⁸⁹ Magro Servet, V., op. cit., p. 174

⁹⁰ Albertz Arévalo, P., op. cit., p. 131

actitud de la alta dirección en relación a la prevención de tales riesgos, enfatizando en la cultura organizacional y las políticas corporativas que la conforman⁹¹. En relación a la prevención de tales riesgos es necesario que la empresa analice si genera o no condiciones que pudiesen desincentivar el cumplimiento de la ley, como también si cuenta con la estructura organizacional de control interno adecuada para adecuar a su funcionamiento políticas de prevención de la corrupción⁹².

En definitiva, la finalidad de la implementación de los programas de prevención es la implementación de una *cultura empresarial ética*, trayendo consigo la consecuencia de la exención o atenuación de la eventual responsabilidad que pudiere recaer sobre la empresa⁹³.

4.2.3. Modelo en efectivo funcionamiento y dinamismo

Una de las claves para que el modelo de prevención de delitos sea eficaz, es que se encuentre efectivamente implementado en la estructura y en las dinámicas de la organización. No siendo suficiente el adecuado diseño del programa, sino que también es menester el establecimiento de un sistema de incentivos y sanciones coherente con los principios y reglas de actuación definidos en el mismo; instaurar protocolos de minimización o prevención de riesgos delictivos para formalizar los subprocesos en los que la comisión de infracciones es más probable; reaccionar de forma adecuada ante eventuales incumplimientos de las normas del programa; sancionando a los responsables y; en su caso, reportando a la autoridad la comisión de delitos y, en definitiva, *adaptar la propia estructura organizativa de la entidad a los principios y protocolos definidos en el programa*⁹⁴, y para ello es necesario adecuar las estructuras organizacionales y adaptar el comportamiento de los miembros de la misma institución, donde se requiere la implementación de sistemas de sanciones e incentivos, además de instrumentos de información y capacitación de empleados y directivos.⁹⁶

⁹¹ Albertz Arévalo, P., op. cit., p. 132

⁹² Artaza Varela, O. y Torres Cepeda, J.P., op. cit., p. 106

⁹³ Ídem, p. 175

⁹⁴ La cursiva es nuestra

⁹⁵ Ídem, pag. 480

⁹⁶ Ibídem

Respecto al establecimiento de protocolos definidos en el programa de cumplimiento, es necesario instruir al personal de la empresa respecto de las conductas prohibidas y las limitaciones; cuáles son los canales de denuncia interna e información; regulación de los flujos de información y reporte⁹⁷. En este sentido, resulta indispensable la capacitación del personal de la empresa, para que esté en pleno conocimiento del sentido y alcance que tiene este programa de cumplimiento, a su vez el establecimiento de canales de denuncia resultan esenciales para un programa de prevención, por lo que debe comprender a todas aquellas personas, especialmente personal de la empresa, que se vean afectadas por el programa de prevención para poder enfocar todas las acciones necesarias con el objetivo de que todas aquellas personas tomen conocimiento del contenido del programa⁹⁸. Con este objetivo, es que el plan de formación sea establecido con la finalidad de fomentar el comportamiento ético y la prevención de los delitos⁹⁹, buscando, en definitiva lograr una cultura del cumplimiento dentro de la empresa.

Ahora bien, al momento de preguntarnos quién debe decidir respecto de la eficacia de los programas de cumplimiento, debemos tener claro que si bien la Ley 20.393, señala en su artículo 4º número 1) letra a) que la responsabilidad de esta actividad de supervisión corresponde al Encargado de Prevención de Delitos, dicha función está orientada a la adopción, implementación, administración, actualización y supervisión del Modelo de Prevención de Delitos, pudiendo el Directorio considerar como rol y responsabilidad del Encargado de Prevención de Delitos *“Evaluar permanentemente la eficacia y vigencia del Modelo de Prevención de Delitos adoptado y su conformidad con las leyes y demás regulaciones atinentes, informando al Directorio de la Empresa Pública sobre la necesidad y conveniencia de su modificación, si correspondiere”*.¹⁰⁰ En principio hablamos de una función facultativa para el Encargado de Prevención de Delitos, así al no existir ningún procedimiento de verificación ex ante de la eficacia de los programas de cumplimiento, ni estándares jurisprudenciales consolidados sobre que ha de

⁹⁷ Dopico Gómez-Aller, J., “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, en Arroyo Zapatero, L y Nieto Martín, A (Directores), *El derecho penal económico en la era compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 177

⁹⁸ Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de Ugarte, *“Legal Compliance: El manual de prevención de riesgos penales”*. Universidad Pública de Navarra.. España, Enero 2018. p.20

⁹⁹ Ídem“. p.31.

¹⁰⁰ Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *“Elementos básicos para modelo de prevención de delitos en empresas públicas - Ley 20.393”*. Documento Técnico N° 78, versión 0.2, diciembre 2016, pág 8.

entenderse por control debido, y siendo normalmente los mecanismos de control de riesgos penales de carácter técnico y específico para cada actividad empresarial, finalmente será labor de los tribunales verificar, en el contexto de un juicio penal, si un determinado sistema de cumplimiento se ajusta o no a la ley, mas ello no permitirá sacar conclusiones generales, atendida la complejidad adicional de nuestro sistema judicial., en que no existen los precedentes obligatorios y las sentencias son en definitiva solo la solución al caso concreto.¹⁰¹

En este sentido resulta interesante cuestionarnos el sistema de fiscalización de la eficacia de estos modelos, puesto que la regulación chilena contempla la posibilidad de que la eficacia de los *compliance* sea auditada o certificada ex ante por organismos especializados, independientes de la entidad (art. 4º.4) b) Ley 20.393). Este aval de una entidad externa, que acredite la eficacia y la idoneidad del modelo de prevención de delitos implementado por la organización, sin embargo, lo cierto es que, al menos hasta el momento, el valor de tales certificaciones en un eventual proceso penal resulta incierto. Esto se explica, en primer lugar, porque la certificación está en manos de empresas privadas, algunas de las cuales comparten intereses comerciales de diversa índole con las entidades certificadas. En segundo lugar, por la inexistencia de un procedimiento de certificación estandarizado, que obliga al juzgador a valorar casuísticamente como se ha realizado la certificación y el seguimiento de la entidad. Y, en tercer lugar, por la escasa o nula jurisprudencia al respecto, que impide conocer la posición de la fiscalía y la judicatura sobre el valor de las certificaciones.¹⁰²

Creemos debiese existir una entidad externa estatal que regule los modelos de prevención, tal como dicen estos, de una forma preventiva. Que se regule su eficacia antes de la comisión del delito, de forma periódica en el tiempo, para no dejar así la carga de probar la eficacia de estos ante sede judicial, en el contexto de un juicio penal, cuando ya se haya configurado el delito. Y en este punto resulta relevante destacar la labor de fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo, que en un dictamen se pronunció negativamente respecto a la adopción de un modelo organizativo de prevención de delito realizado por una empresa ante la oposición de uno de sus sindicatos por afectar los derechos de los trabajadores. En este

¹⁰¹ Fernández Aracena, H. "Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos al interior de una empresa", en *Revista Jurídica*, Ministerio Público, N° 54, marzo 2013, p. 87

¹⁰² Neira Pena, Ana Maria, op. cit, p. 495.

dictamen¹⁰³ la Dirección del Trabajo se dio a la tarea de analizar el modelo de prevención que se pretendía instaurar a la luz de las disposiciones de la Ley 20.393, detectando una serie de defectos, que le llevaron a sostener que el sistema impuesto por la empresa no resultaba idóneo a los fines perseguidos.

Esta decisión, abre entonces la posibilidad que no solo serán los Tribunales de Justicia Penal los que evaluarán la suficiencia e idoneidad de un modelo organizativo de prevención de delitos, sino que, aunque en una esfera vinculada a la protección de derechos laborales, la Dirección del Trabajo se constituye en un referente a tener en consideración, y sin perjuicio de los pronunciamientos que por vía del recurso de protección puedan realizar nuestros Tribunales Superiores de Justicia.¹⁰⁴

4.3. Deberes de dirección y supervisión

Siguiendo con el análisis del Art. 4° de la Ley 20.393, este señala aspectos a tener en cuenta para que se estime que los deberes de dirección y supervisión han sido cumplidos. Estos aspectos son:

- La designación de un encargado de prevención
- La definición de medios y facultades para el desarrollo de las funciones de prevención de delitos
- La adopción de un sistema de prevención de delitos y su supervisión.

4.3.1 Designación de un encargado de prevención de delitos. Figura del *Compliance Officer*

Este cargo del encargado de prevención de delitos o como se denomina en el ámbito anglosajón, *Compliance Officer*, tiene entregadas las facultades y medios para el desarrollo de actividades que tienen que ver con la detección de las áreas de riesgo corporativo, debiendo mantener una relación fluida con los órganos de dirección de la entidad¹⁰⁵.

¹⁰³ Dictamen N° 3199 de la Dirección del Trabajo de 18/07/12.

¹⁰⁴ Fernández Aracena, H. "Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos al interior de una empresa", en *Revista Jurídica*, Ministerio Público, N° 54, marzo 2013, p. 88

¹⁰⁵ Salvo Ilabel, Nelly., op. cit., p. 338

Sus funciones son principalmente: (1) la configuración, implementación y vigilancia de programas que permitan a la empresa cumplir con la legalidad y prevenir la comisión de delitos; (2) la formación de los miembros de la persona jurídica; y (3) la permanente comunicación con la dirección. En síntesis la labor de éste encargado, reside principalmente en la adopción, la implementación de los modelos y en la formación en materia de prevención de delitos.¹⁰⁶

En este sentido, es sumamente importante que el encargado cuente con todos los materiales que la empresa pueda suministrarle. Además del necesario ejercicio del cargo con total autonomía e independencia de la administración de la entidad.¹⁰⁷ Esto se encuentra expresamente establecido en el Art. 4 n° 1 letra b) de la misma ley, sin embargo el inciso segundo de la letra b) en comento, establece que en caso de personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de 100.000 UF (\$2.795.300.000 app), el dueño, socio o accionista controlador puede asumir personalmente el ejercicio de la función del encargado de prevención de delitos. Este encargado de prevención de delitos, según el mismo Art. 4 n°1, pero de la letra a), establece que durará en su cargo un periodo de tres años, pudiendo ser prorrogado por tres años más.

En síntesis, con lo anotado precedentemente, tenemos que el encargado de prevención puede ser, en definitiva, un órgano interno de la empresa, en el caso de las pequeñas empresas; o un órgano externo contratado para tal fin (encargado de prevención propiamente tal o una empresa externa de auditoría).

4.3.2 Definición de medios y facultades para el desarrollo de las funciones de prevención de delitos

La ley señala en el Art. 4 n° 2 letras a y b) que la empresa debe proveer al encargado de prevención los medios y facultades para el desempeño de sus funciones. En este sentido el *compliance officer* debe tener un acceso directo a la administración de la persona jurídica a fin de

¹⁰⁶ Ibídem

¹⁰⁷ Ibídem

poner en conocimiento las medidas y planes que se han implementado así como para rendir cuentas de su gestión, lo que debe realizarse al menos cada seis meses¹⁰⁸.

4.3.3 Adopción de un sistema de prevención de delitos y su supervisión

El Art. 4 n° 3 de la ley, establece la exigencia del establecimiento de un sistema de prevención de delitos, y además señala cuáles son los requisitos mínimos que este modelo debe contener.

Estas exigencias son establecidas en el contexto de la gestión de riesgos, pero deben ser trasladados al ámbito concreto de riesgo delictivo dentro de la persona jurídica. Por tanto, el encargado de prevención de delitos o *compliance officer* debe conocer a cabalidad los procesos corporativos como la función de los integrantes de dicha corporación¹⁰⁹. Esto implica que la gestión de riesgos es un proceso continuo que requiere de un monitoreo constante del sistema de prevención y el reporte de tales resultados.¹¹⁰ En esta línea, es menester la inclusión de protocolos que funcionan como estándares de conducta deseados o esperados dentro de la empresa. Estos protocolos así como las sanciones internas frente a la infracción del modelo de prevención de delitos deben ser incluidos en un reglamento interno que debe ser dictado por la empresa y comunicado a los empleados¹¹¹, además de estar expresamente establecido en el inciso final del n°3 del Art. 4 que estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deben ser incorporadas expresamente en los respectivos contratos de trabajo.

Las conductas concretas y precisas que se prohíban o incentiven, es decir, estándares éticos no están señalados en la ley, sin que es la empresa quien debe determinar cuáles actividades son riesgosas, y cuáles conductas pueden implicar mayor peligro de comisión de delitos¹¹².

¹⁰⁸ Ídem, p.339

¹⁰⁹ Ídem, p. 340

¹¹⁰ Ibídem

¹¹¹ Ídem, pag. 341

¹¹² Ibídem

En síntesis, tenemos que la ley establece que para dar cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión, la empresa debe contar con un *compliance officer*, que puede ser un agente externo a la empresa o, en el caso de las pequeñas y medianas empresas, un agente interno que desempeñe la función; quien junto con a la administración de la persona jurídica deben establecer métodos o protocolos para la aplicación efectiva de modelo de prevención de delitos y su supervisión con el fin de detectar y corregir sus falencias, así como la actualización constante de acuerdo a la situación actual de la respectiva entidad.

4.4. Certificación y fiscalización del programa de cumplimiento

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de “certificación” de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, estos deberán indicar que el modelo de previsión o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos” establecidos por la ley, en relación “a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.¹¹³

El artículo 4 de la Ley 20.393, regula la certificación de los programas de cumplimiento, uno de los puntos más controvertidos en la discusión parlamentaria, esta es considerada como un elemento mínimo de los criminal *compliance*, sin embargo a la luz de su regulación es facultativo, se encuentra regulado en el n° 4 letra b) del presente artículo, el cual prescribe *“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.”

¹¹³ Matus Acuña, J. P., “La certificación de los programas de cumplimiento”, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (directores), *“El Derecho Penal económico en la era del compliance”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 146 - 147.

Tal es el mecanismo seguido por el art. 4° N° 4) lit b) Ley 20.393, que establece la posibilidad de que la adopción e implementación del modelo sea certificado mediante empresas externas de auditoría u otros organismos similares registrados al efecto por la Superintendencia de Valores y Seguros.¹¹⁴ La certificación tendrá por objeto el cumplimiento de los numerales 1), 2) y 3) del art. 4°, lo cual tendrá directa relación con las características individuales de la persona jurídica.

La certificación del sistema de prevención obtenida por la empresa fortalece ante un eventual juicio de responsabilidad penal de la persona jurídica, la prueba de la eficiencia de sus modelos de organización y presunción de delitos, mejorando la posibilidad de eximirse de su responsabilidad.¹¹⁵

En cuanto a la certificación, esta deberá contener:

1. Podrá estar referido tanto a la adopción como implementación del modelo.
2. Deberá pronunciarse sobre los puntos 1, 2 y 3 del artículo 4°, esto es, sobre la designación del encargado de prevención, la definición de medios y facultades de este y sobre el sistema de prevención.
3. La Ley exige se considere la realidad de la empresa que se certifica, por cuanto deberá la empresa certificadora considerar la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

El certificado podrá ser presentado por la persona jurídica en el marco de un proceso penal, como medio de prueba para acreditar el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. En caso de no existir el certificado, la persona jurídica deberá acreditar el cumplimiento de sus deberes de acuerdo a las reglas generales.¹¹⁶

¹¹⁴Nieto Martín, Adán, “*Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?*”, *Eucrim*, n° 3 (2010), pp. 124-127, pp. 124 y s.; características específicas del sistema de certificaciones chileno en PIÑA ROCHERFORT, *Modelos de prevención*, cit. nota n°6, p. 89 y ss. Citado por SCHOLZ, Francisco. *Polit. crim*, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018. “*La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad*”. pp 224.

¹¹⁵ “*Implicancias de la ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el estatuto laboral de los trabajadores dependientes de la estructura empresarial*”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Laboral. Estefani Saez Cuevas, Yohanna Villablanca Villa. Santiago Chile, Diciembre 2011. p. 143.

¹¹⁶ Vid. Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal”, cit. nota n° 14, pp. 226 y s. Cfr. Matus Acuña, Jean Pierre, “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de

En lo que respecta a la fiscalización de estos programas, es de suma importancia para lograr un *Programa de Compliance* eficaz y efectivo, puesto que la empresa ha de ser consciente que tal programa carente de controles y de un plan de seguimiento se percibe como una declaración meramente programática, carente de profundidad obligacional.¹¹⁷

Así para que la certificación acredite la eficacia del modelo es preciso establecer un plan de seguimiento de la certificadora en relación con la actividad de la entidad certificada, tanto a nivel organizativo, como operativo y financiero. De esta forma, a través de la interacción continuada entre la entidad certificada y la certificadora, por una parte, ir recopilando evidencias sobre las actuaciones implementadas por su cliente para cumplir la ley y, por otro, detectar fallas o brechas en el programa y proponer las necesarias actualizaciones y adaptaciones del modelo. Los test y controles desarrollados por la certificadora deberán de reflejarse en su informe pericial en forma de relación circunstanciada de operaciones tendientes a determinar la idoneidad y la eficacia del programa de prevención.¹¹⁸

delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas”, Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales, Vol. II, N° 2 (2013), pp. 11-22, pp.20 y ss.

¹¹⁷ Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de Ugarte, “*Legal Compliance: El manual de prevención de riesgos penales*”. Universidad Pública de Navarra.. España, Enero 2018. p.31.

¹¹⁸ Neira Pena, Ana Maria, “*La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*”, Polit. Crim., Vol 11 N° 22 (2016), pp 497.

CAPITULO V: ¿ES NECESARIO UN MODELO ESTANDAR?

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

El actual sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas y la implementación de un modelo preventivo, produce una serie de consecuencias y ventajas en la persona jurídica.

Algo que no se puede olvidar en una visión crítica es que el compliance es una forma de autorregulación, lo que no deja de ser una especie de privatización de la función de prevención de irregularidades.¹¹⁹ En ese contexto una debilidad se encuentra asociada a aquellas empresas, o personas jurídicas, que no permiten independencia al órgano del *Compliance Officer*, no permitiéndole realizar su trabajo con imparcialidad y profesionalidad.¹²⁰

Al final, si quien descubre violaciones de las reglas de cumplimiento de estos programas ocurre de forma interna, es la misma empresa quien decide cuando hubo o no un evento digno de ser noticia para las autoridades públicas y para su posterior persecución. Con ello, no solo se selecciona si el delito llega o no a ser conocido por las autoridades, como también, incluso en tales casos, se establece cómo llegará, seleccionando entre los datos que se va a facilitar al Ministerio Público. Al final “quien investiga siempre tiene más posibilidades de construir la realidad tal como le conviene”¹²¹. Por mucho que se establezca niveles de independencia de la oficina de compliance y de su oficial, él sigue siendo funcionario de la misma empresa o a ella subordinado, de alguna forma, aunque por contrato.

Otra debilidad se encuadra en las PYMES, por su estructura y composición. El empresario, que a su vez forma parte del órgano de administración y trabaja en la propia empresa, quiere que sus trabajadores no se vean alterados por la normativa legal ni por trabajos añadidos que tengan que realizar al establecerse como recomendados por el Manual de Legal *Compliance*. A su vez, el régimen disciplinario integrado en tal Manual, en caso de que los empleados no

¹¹⁹ Blumenberg, Axel-Dirk y García - Moreno, Beatriz. “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Gómez Martín, Víctor, *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Editorial Edisofer- B de F, Madrid - Buenos Aires - Montevideo, 2014, p. 273

¹²⁰ Hermoso de Mendoza Sáinz de Ugarte, Javier, *Legal Compliance*, “El manual de prevención de riesgos penales”. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra, Pamplona/Iruñea, 10 de diciembre de 2018, pág.42.

¹²¹ Nieto Martín, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”.cit., p. 48.

realicen sus labores con arreglo a los procedimientos y directrices señalados, en muchas ocasiones produce el efecto de que propios trabajadores, ante el temor de ser sancionados o de pensar que realizan actuaciones no acordes con la ley, se nieguen a realizar sus labores como venían realizándose hasta entonces. Por lo tanto, la implementación de la cultura del cumplimiento normativo en ocasiones, si no se enfoca ni plantea de forma correcta, puede generar un nuevo foco de tensión en la empresa y ante esta posible situación los empresarios prefieren no dar relevancia al Manual y deciden no darles efectividad.¹²²

Por otra parte, no se debe simplemente despreciar la existencia del sistema de *compliance*, en la medida de que intrínsecamente no se le puede negar ser una buena práctica, sin duda se destaca la bondad del legislador de adoptar un sistema que hace a la persona jurídica ser consciente en todo momento de su política de *legal compliance*. La regulación vigente manifiesta la necesidad por parte de la persona jurídica de instaurar modelos de prevención de riesgos penales que sean eficientes, eficaces y efectivos, y ello hace que el seguimiento de los programas de cumplimiento normativo por parte de la persona jurídica sea real.¹²³

La consecuencia jurídico-penal más adecuada para el *compliance* es, sin duda, la de considerarlo una atenuante de pena cuya reducción de la condena sea proporcional al nivel de su efectividad.¹²⁴ En Chile, de acuerdo al Art. 3 inc. 3º de la Ley 20.393, el hecho de tener implementado un modelo eficaz, constituye una presunción simplemente legal sobre el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, que en definitiva, deriva en la atipicidad de la conducta de la persona jurídica. Con estas presunciones se facilita a la institución la posibilidad de probar que se cumplieron con dichos deberes y que no se omitieron los controles debidos sobre sus empleados en el caso concreto¹²⁵.

Otra ventaja que se puede ver asociada a este sistema es que fortalece la actuación de la persona jurídica su divulgación, así como la formación en su seno e información con

¹²² Hermoso de Mendoza Sáinz de Ugarte, Javier, *Legal Compliance*, “El manual de prevención de riesgos penales”. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra, Pamplona/Iruñea, 10 de diciembre de 2018, pág.43

¹²³ Idem, pág. 41

¹²⁴ Orts Berenguer, Enrique Y González Cussac, José Luis. Compendio de Derecho penal. 3 a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 284.

¹²⁵ Neira Pena, Ana Maria, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, Polit. Crim., Vol 11 N° 22 (2016), Cfr. pp 482.

terceros con los que se relaciona. Dar seguridad a las personas jurídicas del modo de imputación de la responsabilidad que pueda llevar aparejado determinados delitos cometidos en su seno, hace que sean más diligentes en su vigilancia y control, y que actúen con cautela en la determinación de sus programas de cumplimiento normativo.¹²⁶

5.2. ¿Obligatoriedad del compliance?

Al momento de preguntarnos sobre la obligatoriedad de los *compliance*, debemos tener presente que en Chile la propia Ley 20.393, en el artículo 4º inciso 1º, con la expresión “*Las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia*”, nos da a entender el carácter facultativo de la implementación de uno de estos modelos de prevención de delitos en la persona jurídica.

Si bien, actualmente las empresas no tienen la obligación legal de adoptar un programa de cumplimiento, la actuación ética así lo exige. Así entendemos que el empresario, ante todo está centrado en su actividad económica y dentro de su criterio de dirección del negocio, puede o no estar su decisión de implantar un manual de prevención de delitos, puesto que tal como la Ley lo indica, no existe una imposición legal al respecto, sino más bien estamos ante un criterio de política empresarial.

Por lo tanto, la decisión de aprobar un Manual de *Compliance* en el seno de una empresa se enmarca en el compromiso de la empresa con el cumplimiento legal y muestra su posición en el lado de las buenas prácticas empresariales, con el objetivo de lograr una atenuación o exención en la responsabilidad penal de la empresa.

Así en contraposición a la voluntariedad legal de esta implementación, el surgimiento de la obligatoriedad de adoptar un modelo de cumplimiento proviene de varios factores. En principio, el consenso internacional sobre la necesidad de reprimir los actos de corrupción de funcionarios públicos por empresas; luego, el surgimiento de la noción del “buen comportamiento corporativo” que supone controlar riesgos de infracción penal por medio

¹²⁶ Hermoso de Mendoza Sáinz de Ugarte, Javier, *Legal Compliance*, “El manual de prevención de riesgos penales”. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra, Pamplona/Iruñea, 10 de diciembre de 2018, pág.42

de la adopción de programas de cumplimiento normativo; y finalmente, la tendencia legislativa que mira hacia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sustentada en una defectuosa organización expresada en la ausencia del tal programa de cumplimiento normativo¹²⁷.

A partir de la primera mitad del siglo XX se empieza a mirar a la empresa como el principal foco de creación de riesgos, viéndose el Estado en la necesidad de establecer adecuados mecanismos de control, surgiendo de este modo dos modelos que apuntan a tal misión.¹²⁸ En primer lugar, surge un modelo que pretende a través de un intervencionismo puro, asignar al Estado el deber de definir los mecanismos de prevención que la empresa debe adoptar, supervisar su implementación y sancionar en caso de incumplimiento¹²⁹. En segundo lugar, tenemos un modelo completamente opuesto, que tiene una visión liberal del problema, dejando en manos de la empresa la decisión de incorporar las medidas de aseguramiento de los riesgos en función de las exigencias del mercado, es decir, plantea un modelo de autorregulación.¹³⁰

Sin embargo, actualmente existe el consenso de la imposibilidad de poder aplicar cualquiera de los dos modelos en su estado puro, por lo que a partir de los años 90, ha ido cobrando fuerza la idea de consolidar un modelo intermedio, siendo más reconocido el modelo de la autorregulación regulada¹³¹. Esto último consiste en generar condiciones para que las corporaciones adopten, por medio de una coordinación con los poderes públicos y otros agentes sociales, ciertas normas de comportamiento idóneas para evitar o mitigar los riesgos y ellas mismas se encarguen, a su vez, de asegurar su efectivo cumplimiento¹³². Este modelo “híbrido” busca reforzar la ética de las empresas para que puedan controlar por sí mismas sus riesgos¹³³.

¹²⁷ García, Cavero, P. “Las políticas anticorrupción en la empresa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XLVII, 2º semestre 2016, pp. 221- 222

¹²⁸ Ídem, p. 223

¹²⁹ Ídem, p. 224

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ *Ibidem*

¹³² Ídem, p. 225

¹³³ *Ibidem*

5.3. Discusión y análisis de propuestas de solución a la necesidad de un modelo estándar

Al analizar la necesidad de un modelo estándar de *compliance* y las vías o propuestas para ello, es indudable reconocer que nos encontramos ante una reciente Ley que surge de un modo abrupto, bajo la presión del país de cumplir con ciertas convenciones internacionales. Y en esta lógica de la premura de la creación de esta Ley, surgen una serie de críticas a las falencias del modelo actual y su regulación, que nos hace cuestionarnos cuáles son los estándares mínimos a la hora de cumplir con este modelo de *compliance* y quienes están sujetos a cumplir con este modelo, para así cuestionarnos la necesidad de un modelo estándar.

Partimos de la base que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra contenida en la Ley 20.393, la cual a su vez regula en el artículo 4° el núcleo central del modelo de prevención de delitos, fijando su estándar, al precisar el contenido mínimo de este. Sin embargo la ley hace meramente facultativo este modelo para la empresa. Esto nos lleva a preguntarnos hasta qué punto es voluntario o se hace necesario el cumplir con los estándares que fija la ley de este modelo de prevención de delitos. Así es probable que solo las multinacionales y empresas financieras y bancarias, conocieron más de cerca el tema de *compliance* y buenas prácticas. Del mismo modo, la globalización del comercio puso a muchas compañías locales en el concierto normativo internacional, muy exigente en cuanto al cumplimiento regulatorio (FCPA; UK Bribery Act, etc).¹³⁴ Pero lo cierto es que para un gran número de compañías su primera aproximación con el tema “*compliance*” fue esta ley de responsabilidad penal, la cual por cierto deja serias lagunas en cuanto al contenido del sistema de prevención de delitos, dejando a criterio de la judicatura la interpretación de estas.

La necesidad de un modelo estándar en este caso, lo entendemos, no como un requisito o elemento obligatorio de cumplir para todas las empresas, lo que por cierto fácticamente no sería posible en virtud de que cada modelo responde a la idiosincrasia de la organización de

¹³⁴ Patricio Véliz Möller - Yoab Bitrán Hasson. “*Compliance: ¿Por qué y para qué? Claves para su gestión*”. 2017 Legal Publishing Chile, Santiago. pág. 84

cada empresa, sino entenderlo como una “cultura corporativa ética y de cumplimiento normativo”, en la cual no solo se cumpla en términos formales con dicho modelo, como una atenuante de su responsabilidad, si no que distinguir de lo que se denomina un programa de *compliance* “de papel” de uno realmente efectivo, en que se externalice la implantación de medidas concretas.

Y para ello creemos que es necesario contar como base para el buen funcionamiento del modelo, con un organismo público al cual se le pueda atribuir un rol orientador en la materia y que tenga las facultades necesarias para la generación de normas y regulaciones efectivas, conducentes a la creación de estándares esperados para la creación de este modelo, más allá de los estándares mínimos que señala la Ley, sino que estándares sectoriales en razón del rubro de las empresas, factores de riesgo, monto de las transacciones y el ámbito en el cual se realizan al momento de contratar ya sea con una entidad privada o con una entidad estatal. Para poder así desarrollar un modelo de prevención de delitos, ya no solo desde la lógica de una autorregulación de la empresa en virtud de los estándares mínimos que establece la Ley, los cuales sin duda son bastante cuestionados por ser vagos e imprecisos, sino que derechamente exista desde una perspectiva regulatoria de un organismo público la precisión de estos estándares, como así también el control de las empresas certificadoras de estos modelos.

Asimismo existen otros mecanismos a través de los cuales se podría subsanar estas falencias, otra propuesta a la necesidad de establecer un modelo estándar, lo constituye el establecimiento de estándares de cumplimiento mediante una normativa de categoría infra-legal, en la cual se establezca el contenido específico de los modelos de prevención de delitos. De esta forma se asegura la instauración de estándares técnicamente adecuados según la actividad que realiza y el riesgo al cual está afecta la persona jurídica. Esta es la solución seguida por la Ley N° 19.913, la cual establece expresamente en su art. 2° lit. e) y f) que organismos sectoriales complementarán y dotarán de contenido a las normas de prevención de lavado de activos, lo cual es cumplido por la SBIF y la SVS.¹³⁵

¹³⁵ BEDECARRATZ, SCHOLZ, Francisco, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, Polit. crim, vol. 13. n° 25 Santiago Jul. 2018, p. 220.

Estableciéndose organismos públicos que precisen la forma específica cómo se implementarán sistemas de prevención de acuerdo con cada delito relevante.

CONCLUSIONES

Revisando el marco regulatorio de la Ley 20.393 en lo relativo a los programas de cumplimiento en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, podemos afirmar a partir de esta tesis que evidentemente estamos bajo una reciente legislación, que nace no desde la voluntad o perspectiva de regular dichos delitos en sí, sino que más bien de cumplir con ciertos compromisos de regulación internacional en estas materias, como es la incorporación de Chile a la OCDE. No obstante, creemos que cualquiera haya sido la necesidad de regular esta materia, significa un paso importante en la modernización de nuestra legislación, en base a los distintos estándares de países como los que hemos analizado en nuestro capítulo tercero sobre los modelos de responsabilidad en el derecho comparado, lo cual nos permite estar a tono en los estándares desarrollados por estos.

De lo analizado podemos verificar que la presencia de estos programas de *compliance* ha ido aumentando en numerosos sistemas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en los diversos ordenamientos jurídicos, en los cuales a la vez han sido regulados de diversas formas.

Centrándonos en la regulación nacional de este modelo, nos hemos podido percatar que este surge de la base de una “ley express”, la cual, debido a la premura en su dictación ha traído una serie de falencias en la regulación de los modelos de prevención de delitos. Así de lo revisado en cuanto al marco regulatorio, es posible desprender una serie de problemas de indeterminación que adolece la técnica legislativa empleada en la consagración de los programas. Este problema se traduce en que no existe mayor precisión sobre la forma cómo debe implementarse el modelo establecido en el artículo 4º de la ley, dejando serias lagunas en cuanto al contenido del sistema de prevención de delitos. Si bien el modelo de prevención establecido en la Ley 20.393 especifica únicamente los requerimientos mínimos, surge la duda de qué elementos adicionales podrían requerirse. Incluso de los requerimientos mínimos del modelo no se especifican los estándares que se deben cumplir, por ejemplo, a la hora de los procedimientos

de denuncia o persecución de responsabilidades, quedando muchas veces relegada esta función a la interpretación de la judicatura.

Una cuestión que no se debe obviar respecto de la empresa es cuál es la idiosincrasia de la misma, y cómo es su disposición al cumplimiento irrestricto del ordenamiento jurídico, ya que de nada sirve tener un buen modelo de prevención, si en los hechos la empresa no se compromete al cumplimiento del mismo, adaptando la estructura organizativa de la empresa a los principios establecidos en el programa.

En este sentido, en cuanto a la necesidad de un modelo estándar, esto es fácticamente posible dado las particularidades propias de cada empresa, como lo es el rubro al que se dedica, el monto de las transacciones o los riesgos a los que se ve envuelta la empresa; sin embargo, en definitiva, proponemos como opciones viables para solucionar, al menos, parcialmente estas falencias, el establecimiento de un organismo estatal encargado de orientar la implementación de estos programas como también la facultad de dictar normas encaminadas a establecer el contenido de estos modelos, tal vez un organismo bisectorial, en el cual sea posible regular no solo en materia económica-jurídica las empresas, sino que también sea tenga la facultad de instruir y dirigir la capacitación laboral del personal en el sentido de poder ejecutar y cumplir con estos modelos, siendo así a su vez una garantía también para los propios consumidores al tener personal capacitado. En este sentido creemos que debiera ser a lo menos un organismo integrado que dependa tanto del Ministerio de Economía como del Ministerio del Trabajo. Otra opción que consideramos viable es la dictación de normas de carácter infralegal, como por ejemplo reglamentos, o dictámenes sectoriales que contengan las directrices para establecer un modelo de prevención de delitos.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros y Papers:

- ALBERTZ ARÉVALO, Pablo; “Identificación, análisis, evaluación y control de riesgos de corrupción en la empresa”, en ARTAZA VARELA, Osvaldo (director), *Compliance Penal: Sistemas de prevención de la corrupción*, Santiago, Ediciones DER, 2019
- ALLENS ARTHUR ROBINSON, “*Corporate Culture*” as a basis for the Criminal Liability of Corporations.
- ARTAZA VARELA, 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”, *Política Criminal*, Vol. 8, N° 16, 2013
- ARTAZA VARELA, Osvaldo; TORRES CEPEDA, Juan Pablo; “Planificación estratégica e identificación de riesgos”, en ARTAZA VARELA, Osvaldo (director), *Compliance Penal: Sistemas de prevención de la corrupción*, Santiago, Ediciones DER, 2019
- BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 25, 2018
- BLUMENBERG, AXEL-DIRK Y GARCÍA - MORENO, BEATRIZ. “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Gómez Martín, Víctor, *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Editorial Edisofer- B de F, Madrid - Buenos Aires - Montevideo, 2014.
- BRIBERY ACT 2010 GUIDANCE.
- CAROCA LUENGO, Patricio; ÁVILA CALDERÓN, Francisco, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia condenatoria a Salmones Colbún Ltda. y a Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda.”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 58, marzo 2014
- CAVADA HERRERA, Juan Pablo, “Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EE.UU y países de Europa”, *Departamento de estudios, extensión y publicaciones*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2017.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, 11ª ed., 2011, ediciones PUC, 2005.
- FERNÁNDEZ ARACENA, H.” Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos al interior de una empresa”, en *Revista Jurídica*, Ministerio Público, N° 54, marzo 2013.

- GARCÍA CAVERO, Percy, “Las políticas anticorrupción en la empresa”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVII, 2º semestre, 2016
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, 2010
- JESCHECK, HANZ-HENRICH; WEIGEND, THOMAS (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a edición, Berlin. Duncker & Humblot.
- MAGRO SERVET, Vicente, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (Compliance)*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2017
- MATUS ACUÑA, J. P., “La certificación de los programas de cumplimiento”, en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (directores), “*El Derecho Penal económico en la era del compliance*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Revista chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. II, N° 2, 2013
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2005
- MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (DIRS); HORTAL IBARRA, J. C Y VALIENTE IVÁÑEZ, VICENTE (COORD), “*Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*”, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2014
- NANDA, Ved., “*Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*”, en: PIETH, Mark; IVORY, Radha, *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Heidelberg: Springer, 2011.
- NAVAS MONDACA, Iván; JAAR LABARCA, Antonia; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 16, 2018
- NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, “*Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?*”, *Eucrim*, n° 3 (2010),
- NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Editorial Iustel, 2008
- ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal*, 3ª ed., Editorial Tirant Lo Blanch, 2011

- PATRICIO VÉLIZ MÖLLER - YOAB BITRÁN HASSON. “*Compliance: ¿Por qué y para qué? Claves para su gestión*”. 2017 Legal Publishing Chile, Santiago
 - PENA NEIRA, Ana María, “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política Criminal*, Vol. 11, N° 22, 2016
 - PEÑA NEIRA, Sergio, *La responsabilidad penal de las empresas en Chile*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2010
 - PORTALES GONZÁLEZ, Maximiliano; “Supervisión, monitoreo y actualización de los programas de compliance penal”, en ARTAZA VARELA, Osvaldo (director), *Compliance Penal: Sistemas de prevención de la corrupción*, Santiago, Ediciones DER, 2019.
 - ROXIN, CLAUS, Derecho Penal. Parte general, t. I. (traducción Diego Luzón Peña et al) Madrid: Civitas, 1997.
 - SEGOVIA ARANCIBIA, Antonio, “Modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley 20.393”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, junio 2010
 - SEMINARA, S; “Compliance y derecho penal: la experiencia italiana” en Hortal Ibarra, J. C. y Valiente Iváñez, Vicente (coord.), “*Responsabilidad de la empresa y Compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*” Edisofer, Montevideo, 2014
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español”, *Comunicaciones en propiedad intelectual y derecho de la competencia*, N° 65, 2012
 - SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Die strafrechtliche Haftung von juristischen Personen nach spanischem Strafrecht”, en: KEMPF, Eberhard; LÜDERSEN, Klaus; VOLK, Klaus (Eds.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 2012
 - VELIZ MÖLLER, Patricio; BITRAN HASSON, Yoab; *Compliance; ¿por qué y para qué? Claves para su gestión*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2017
 - WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility (2nd Edition)*, Oxford, Editorial Oxford, 2001.
 - WITTIG, PETRA, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª edición, München: C.H. Beck, 2014. § 8, N° 12.
- 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909). Resumen en Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, en Mir Puig, Santiago, Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Gomez Martin, Victor (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: Edisofer S.L, 2014.

Tesis:

- HERMOSO DE MENDOZA SÁINZ DE UGARTE, JAVIER, *Legal Compliance, “El manual de prevención de riesgos penales”*. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra, Pamplona/Iruña, 10 de diciembre de 2018.
- MONSÁLVEZ SEPULVEDA, ANDREA PAZ, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, *“Responsabilidad penal de la Empresa: su recepción en el Derecho Chileno”*. Universidad de Valparaíso, año 2010.
- SAEZ CUEVAS, ESTEFANI; VILLABLANCA VILLA, YOHANNA, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, *“Implicancias de la ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el estatuto laboral de los trabajadores dependientes de la estructura empresarial”*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Laboral.. Santiago Chile, Diciembre 2011.
- SALVO ILABEL, Nelly, *Modelos de Imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Barcelona, 2014

Dictámenes y Proyectos:

- CONSEJO DE AUDITORÍA INTERNA GENERAL DE GOBIERNO DEL MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. *“Elementos básicos para modelo de prevención de delitos en empresas públicas - Ley 20.393”*. Documento Técnico N° 78, versión 0.2, diciembre 2016.
- DICTAMEN N° 3199 DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE 18/07/12.
- Proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje n° 018-357, aprobado definitivamente como ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. De 02 de diciembre de 2009.