

## Curso sobre “*Compliance*”: Visiones Generales desde una Perspectiva Global bajo el Marco de la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (Ley 20.393)

Basado en el Manual sobre *Compliance* de Balmaceda, Guerra y Juppet.



### ***Reseña:***

28 horas pedagógicas. Formato Asincrónico.

Dirigido a trabajadores de Empresas con el objeto de actualizar y adquirir los conocimientos necesarios para comprender el marco de aplicación de la ley 20.393, facilitando el desarrollo y utilización de herramientas para prevenir futuras conductas que puedan exponer a faltas a la Ley sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (LRPPJ), brindando así seguridad y transparencia a los procesos organizacionales.

Tras la entrada en vigencia de la LRPPJ se hace necesario que toda organización con personalidad jurídica desarrolle un modelo de prevención de delitos, definiendo políticas, procedimientos y roles, además de implementar actividades de control sobre los procesos o actividades que se encuentran expuestas a los riesgos de comisión de los delitos señalados en la ley 20.393.

**Curso sobre "Compliance": Visiones Generales desde una Perspectiva Global bajo el Marco de la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (Ley 20.393)** 1

**Reseña:** 1

**Módulo IV: Modelo de prevención de delitos (7 horas pedagógicas)** 4

**I. "Política" de prevención, no "Modelo" de prevención.** 4

**A. Generalidades.** 4

**B. Fundamentos de las P.d.P. de delitos en la empresa.** 6

- a) Cumplimiento efectivo de la legalidad vigente. 6
- b) Promoción de una cultura empresarial de compromiso. 7
- c) Investigación interna de la infracción de la legalidad. 9
- d) Impedir la comisión de delitos en la empresa. 11
- e) Detección, prevención y disuasión de delitos cometidos en la empresa: un tratamiento de los riesgos asociados al comportamiento delictual. 12

**C. Antecedentes de riesgo para los negocios en Chile.** 14

**D. Principios de una P.d.P.** 15

**E. Política general de prevención de delitos.** 16

**F. Estándares mínimos de una P.d.P.** 19

**G. Conclusión.** 26

**II. Procedimientos de una P.d.P.** 27

**A. Generalidades.** 27

**B. Actividades de prevención.** 28

- a) Difusión y entrenamiento. 28
- b) Identificación y análisis de los riesgos. 28
  - i. Identificación de riesgos. 29
  - ii. Identificación de los controles. 29
  - iii. Evaluación de riesgos. 30
  - iv. Evaluación de controles. 32
- c) Implementación de controles de prevención de delitos. 32
  - i. Actividades de detección. 33
  - ii. Actividades de supervisión y monitoreo. 38

**C. Aplicación de una P.d.P.** 42

- a) Generalidades. 42
- b) Aplicabilidad y alcance. 43
- c) Enunciado de la política. 43
- d) Sin represalias. (1) 44
- e) Confidencialidad. 44
- f) Requisitos claves. 44
- g) Cómo informar. 45
- h) Anonimato. 45
- i) Sin represalias. (2) 46
- j) Informes. 46
  - i. Infraestructura local de los informes. 46
  - ii. Casos informados a nivel de grupo. 47

|   |           |
|---|-----------|
| iii. Responsabilidades.                             | 47        |
| <b>D. Sistema de atribución de responsabilidad.</b> | <b>50</b> |
| a) Modelo de responsabilidad heterónimo.            | 52        |
| b) Modelo de responsabilidad autónomo.              | 54        |
| <b>E. Beneficios de implementar una P.d.P.</b>      | <b>55</b> |
| <b>F. Conclusión</b>                                | <b>58</b> |
| <b><i>Bibliografía</i></b>                          | <b>60</b> |
| <b><i>Relatoras:</i></b>                            | <b>65</b> |
| María Belén Espinoza Orrego                         | 65        |
| Macarena del Rosario Díaz Hernández                 | 65        |

## Módulo IV: Modelo de prevención de delitos (7 horas pedagógicas)

### I. "Política" de prevención, no "Modelo" de prevención.

#### **A. Generalidades.**

Hablamos de una política de prevención (en adelante P.d.P.) porque pretendemos dar a conocer aquellos puntos necesarios —y que son comunes— para la implementación, planificación y aplicación de un modelo de prevención, (en adelante M.d.P.) a la realidad específica de "cualquier" empresa (García Cavero, 2014, pp. 13 y ss.); (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 15 y ss.).

La implementación y diseño de un M.d.P. que sea efectivo, es decir, capaz de impedir o prevenir la comisión de delitos al interior de la organización, requiere de una adecuada P.d.P. que sea capaz de considerar aquellos puntos esenciales para aplicar un M.d.P., considerando los códigos de conducta de la empresa, frente a indicios de un comportamiento delictivo en su interior (Galán Muñoz & Núñez Castaño, 2017, pp. 36-43).

En este sentido la Norma Española UNE 19601:2017 nos proporciona a título enunciativo factores que son relevantes para una organización a sus propósitos y para alcanzar sus objetivos de *compliance* penal, es decir, factores relevantes a la hora de aplicar una P.d.P., esos son:

- a. El tamaño y la estructura de la organización;
- b. Las ubicaciones y sectores en los que opera la organización o prevé operar;
- c. La naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la organización y sus operaciones;
- d. Las entidades sobre las cuales ejerce control;
- e. Los miembros de la organización y los socios de negocio;
- f. La naturaleza y extensión de las relaciones con funcionarios públicos, y
- g. Las obligaciones y compromisos legales, contractuales o profesionales (ISO-19600, 2015, p. 15): en relación con los factores externos e internos que son relevantes a propósito y para que la empresa alcance sus objetivos de *compliance* penal.

Para una explicación sobre el origen del sistema en el Código Penal español, véase: (Gallego Soler, 2015, pp. 195 y ss.).

La P.d.P. que presentamos permite no sólo coordinar la implementación de un M.d.P., también permite entregar, tanto a los ejecutivos principales como a todos los trabajadores de la empresa —se democratizan los riesgos y el sistema de imputación—, conocimientos esenciales sobre los cuales se debería edificar todo el modelo preventivo. Ello implica estudiar de forma previa la estructura empresarial, identificando los roles del personal y riesgos asociados a los procedimientos que controlan o dirigen. Lo anterior, con la finalidad de adoptar medidas acordes con los deberes de vigilancia y supervisión que exige la normativa chilena.

En este orden de ideas, una P.d.P. debería pretender constituir una síntesis de todos aquellos aspectos relevantes para la operatividad de un M.d.P. en la empresa. Así una P.d.P. no consiste en una mera descripción de principios y valores abstractos que la empresa busca proyectar en la sociedad. Una P.d.P. es una guía práctica sobre aquellos elementos que deben ser considerados tanto para el funcionamiento de un M.d.P. como para la planificación estratégica de una defensa ante los tribunales (Balmaceda & Guerra, 2014).

La P.d.P. que presentamos se diferencia de los códigos de conducta y de los modelos de prevención porque entrega una visión general que busca ejemplificar por medio del análisis de la Ley y de casos jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como extranjero, cómo enfrentar estas situaciones de manera práctica, con el propósito de evitar graves sanciones a la organización, como por ejemplo: a) la disolución de la empresa, b) la pérdida absoluta o temporal de beneficios fiscales, c) la prohibición absoluta o temporal de celebrar actos o contratos con el Fisco, d) multas; y e) sanciones accesorias como la publicación en un diario del extracto de la sentencia que condena a la empresa, el comiso de las especies del delito, entre otras sanciones que ya estudiamos en el módulo anterior.

Finalmente, nuestra P.d.P. es una herramienta, tanto para los empresarios como para los departamentos jurídicos de las compañías, que tiene como finalidad enfrentar la problemática de prevención de los delitos, ya sea con anterioridad o posterioridad a su comisión. No basta, entonces, con externalizar las tareas de prevención en importantes auditoras. A nuestro entender es necesario conocer como sujeto empresarial, los elementos claves de un modelo preventivo, para contrastar si las empresas auditoras y los abogados que van a ejercer la defensa de los intereses de la organización, ante los tribunales de justicia, consideran los estándares mínimos de prevención que establece el sistema.

## ***B. Fundamentos de las P.d.P. de delitos en la empresa.***

### ***a) Cumplimiento efectivo de la legalidad vigente.***

Una P.d.P. de delitos en la empresa se debería sustentar en el cumplimiento de la normativa que se encuentra vigente en el Ordenamiento jurídico de que se trate (nos referimos a una identidad normativa que se estandariza gracias a las exigencias impuestas por la OCDE con el propósito de ajustar las buenas prácticas en el mercado mundial) (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 17 y ss.). Esta idea se fundamenta en la autonomía con que cuenta la empresa para establecer su propia política y M.d.P. de delitos (Galán Muñoz, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, 2017, pp. 67 y ss.). En este sentido, la compañía es quien mejor conoce sus propios procesos y la que puede definir con mayor precisión, a diferencia de la autoridad, cuáles son los procesos más riesgosos en su interior que faciliten la comisión de delitos.

El cumplimiento normativo (Nieto Martín, 2015) al cual debería propender la compañía consiste en asegurar que las actuaciones que se lleven a cabo por parte de sus administradores y empleados cumplan cuidadosamente con la legislación vigente. Dicho cumplimiento no implica sólo un aspecto formal, sino el establecimiento de mecanismos efectivos que, en caso de vulneración de la norma, detecten la infracción y sancionen debidamente dicha conducta (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 114).

La organización debe planificar, implementar y controlar procesos necesarios para cumplir los requisitos derivados del sistema de gestión de *compliance penal* y para implementar las acciones determinadas para abordar riesgos (ISO-19600, 2015, p. 28). En otras palabras, la empresa debe implementar procesos necesarios para cumplir con los objetivos que deriven de su M.d.P. y sus respectivas acciones para abordar los riesgos penales en la empresa de forma oportuna.

Se espera que el establecimiento de una P.d.P. de delitos opere de manera satisfactoria en todos los niveles de la empresa y se adapte a los cambios del mercado, con el propósito de demostrar ante la autoridad que el M.d.P. tiene una aplicación efectiva. Lo anterior, con el propósito de que el programa de cumplimiento sirva a la empresa para establecer una eximente de responsabilidad o una atenuante en caso de enfrentar un proceso judicial.

Asimismo, la existencia de una P.d.P. constituye un argumento más en favor de considerar que la comisión de un delito, al interior de la estructura empresarial, es un hecho delictual que va más allá de lo que era posible prever para la empresa (Silva Sánchez, 2013, pp. 31-32), en la medida que los reglamentos de detección, control,

evaluación y reducción de riesgos, para la concreción de un delito al interior de la organización, imposibiliten o dificulten su producción. Por ende, será posible considerar el funcionamiento de esta P.d.P. como parte esencial de la defensa de una empresa ante los tribunales.

De tal forma, situándonos en el contexto de esta facultad de autorregulación empresarial, las medidas de cumplimiento o prevención establecidas en la legislación constituyen incentivos para que las empresas establezcan mecanismos de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos al interior de su organización (Nieto, 2008, p. 215). Lo anterior, con la finalidad de evitar sanciones y participar junto con la autoridad en su persecución. Tal como lo señala Sieber, "... las regulaciones propias de las empresas, directamente afectadas, a menudo resultan mejores que las regulaciones administrativas o penales generales, en relación a las numerosas especializaciones técnicas y económicas de la economía moderna" (Sieber, 2013, p. 94).

Ahora bien, para que una P.d.P. de riesgos penales y un futuro modelo de cumplimiento adoptado e implementado en la compañía pueda ser efectivo, debería contener ciertos elementos que garanticen la eficacia e idoneidad de que los fines del sistema de prevención impidan o dificulten considerablemente la exposición de situaciones críticas e intolerables para la empresa.

La Ley N° 20.393 en el art. 4° enumera una serie de contenidos mínimos que todo "modelo" debería contener. Sin embargo, en los hechos, la circunstancia de que una política que tienda a la evitación de hechos constitutivos de delito y que reduzca la probabilidad de que la empresa se vea expuesta a responder en sede penal, no se contenta con dichos elementos indispensables, toda vez que el legislador chileno precisamente señaló, en virtud de la "autorregulación regulada", un marco general para que toda compañía institucionalice programas de cumplimiento que deben verse reforzados, necesaria y complementariamente, por otras herramientas que aseguren que el sistema se encuentra operativo y debidamente actualizado ante las contingencias que se vislumbren en el entorno en que se desenvuelven los negocios de la persona jurídica.

#### ***b) Promoción de una cultura empresarial de compromiso.***

Las políticas y los programas de cumplimiento efectivo posibilitan la configuración de una organización adecuada para prevenir hechos delictivos en el seno de la empresa. Sin embargo, esta forma de organización no sólo busca establecer una nueva estructura de prevención de delitos al interior de la organización, sino también dar lugar a una nueva cultura empresarial que pretenda fomentar el cumplimiento de buenas prácticas corporativas (García Cavero, 2014, pp. 53 y ss.).

La promoción de esta nueva cultura corporativa busca evitar y reducir los riesgos empresariales para la comisión de hechos delictivos por parte de sus miembros (Véliz & Bitrán, 2017, p. 60). Esta cultura descansa en el argumento consistente en que tanto los trabajadores como directivos deben hacerse parte de esta tarea de prevención de delitos en la empresa (democratización de todo el sistema). Así, la cultura empresarial debería reflejar un trato respetuoso para con el Ordenamiento Jurídico y debería plasmarse en una voluntad general de cumplimiento de las buenas prácticas en todos los niveles de la organización. Por ende, es necesario que todos los miembros de la empresa asimilen los procedimientos o protocolos internos de prevención y utilicen adecuadamente los medios de asesoría, información y denuncia que tengan a su disposición (Coca Vila, 2013, p. 56). El desarrollo de una cultura de *compliance* penal exige que el órgano de gobierno y la alta dirección tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la organización, así como a sus socios de negocio (ISO-19600, 2015, p. 23).

En este contexto, las P.d.P. en la empresa son, sin duda, instrumentos de orientación y formación para sus miembros en el cumplimiento de los códigos de conducta y éticos que se implementen o haya adoptado la compañía. Para mayor información sobre la responsabilidad ética del Directorio, véase: (Pezoa, 2014). Sin embargo, estos estándares o códigos dirigidos a los directivos y empleados requieren de un M.d.P. que logre integrar estos valores culturales de fidelidad al Derecho en la actividad de sus miembros.

En este sentido la Norma Española UNE 19601:2017 nos establece elementos de una cultura de *compliance*, los cuales son:

- 1) Una política de cumplimiento normativo penal;
- 2) Que se constate el respeto y la implementación activa por parte de la dirección de la política de cumplimiento normativo;
- 3) Consistencia en el tratamiento de acciones similares, con independencia de la posición;
- 4) Guiar, entrenar y predicar con el ejemplo;
- 5) Realizar evaluaciones adecuadas a los potenciales empleados antes de su contratación;
- 6) Un programa de iniciación y orientación adecuado que enfatice el *compliance* penal;

- 7) Formación continua de *compliance* penal, incluyendo actualizaciones de la formación;
- 8) Comunicación continua, abierta y adecuada sobre *compliance* penal;
- 9) Sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de *compliance* penal y parámetros clave de sistema de gestión de *compliance* penal;
- 10) Reconocimiento visible de los logros en la gestión de *compliance* y en sus resultados;
- 11) Medidas disciplinarias rápidas y proporcionadas en caso de conductas penales o no conformidades respecto de la política de *compliance* penal o el resto del sistema de gestión de *compliance* penal (ISO-19600, 2015, p. 23).

Ahora bien, esta cultura de fidelidad al Derecho se manifiesta fundamentalmente por medio de los planes de acción que adopten los altos mandos de la empresa, es decir, el directorio y los puestos de gerencia. La postura que adopte la sección de los altos mandos es clave porque incide en la disposición que los empleados tendrán para cumplir y adaptar su comportamiento conforme con las normas de prevención de la compañía (Montaner Fernández, 2013, p. 148).

Considerar una P.d.P. como configuradora del correcto contexto organizativo de la empresa, permitiría en el evento de detectar un delito a su interior ejercer una función de prevención ajena a una cultura criminógena. Lo expuesto, siempre que se pueda acreditar, más allá de toda duda razonable, la circunstancia de que la organización ha adoptado e implementado durante todo su funcionamiento, un M.d.P. efectivo que se encuentre certificado y adaptado a su realidad concreta, modelo que debería estar en permanente actualización según los estándares requeridos por el sistema.

### ***c) Investigación interna de la infracción de la legalidad.***

Como tendremos oportunidad de revisar en los siguientes apartados, una de las funciones más importantes de una P.d.P. de delitos debería orientarse a la investigación interna de los riesgos asociados a la comisión de un delito dentro de los procesos al interior de la empresa. Para la realización de esta investigación es necesario un conocimiento exhaustivo de toda organización dentro de la persona jurídica, para que de ese modo se pueda detectar toda oportunidad delictiva (Carrau, 2016, pp. 13 y ss.). Por ende, una P.d.P. no puede centrarse sólo en la conducta de sus miembros, sino que también debería revisar la conducta de sus clientes, en el contexto de aquellas operaciones comerciales que parezcan sospechosas. En este sentido, la Ley N° 20.393 establece una serie de disposiciones que buscan la cooperación de las empresas en la detección de operaciones sospechosas que puedan encubrir el lavado de activos. Así, las

empresas deben controlar y vigilar sus transacciones comerciales, con el fin de informar a la UAF de Chile (Unidad de Análisis Financiero) sobre cualquier irregularidad que detecten dentro de estos procesos. La alta dirección debe asegurarse de que la responsabilidad y autoridad en las funciones relevantes se asignen y comuniquen en todos los niveles de la organización (ISO-19600, 2015, p. 20).

Los responsables de cada nivel en la empresa deben asegurarse de que los miembros de la organización adscritos a sus departamentos, funciones o proyectos cumplan, observen y hagan cumplir y observar los requisitos del sistema de gestión de *compliance* penal. Respecto a los roles, responsabilidades y autoridades en la organización, véase: (ISO-19600, 2015, p. 20).

En este orden de ideas, una P.d.P. permite que los programas de prevención sirvan para preconstituir prueba respecto de la posible comunicación de cargos delictivos que pueda sufrir una empresa. Por ello, una P.d.P. no recae sólo en el encargado de prevención (oficial de cumplimiento), sino que también incide en la actuación del resto del personal de la empresa, es decir, tanto sobre el directorio, ejecutivos, como en el personal subordinado, para dar una respuesta coherente ante la autoridad (Zugaldía, 2013, p. 90).

En este sentido, la empresa debería iniciar una investigación interna cuando exista una denuncia o una situación sospechosa que amerite dar inicio a una investigación, considerando la emisión de informes respectivos. Para ello, se deberán reunir los medios de prueba necesarios, por parte del encargado de prevención, con la finalidad de dar curso a una investigación y un tratamiento adecuado a los riesgos detectados en caso de no identificar algún responsable.

Respecto a la comunicación de incumplimientos e irregularidades, la Norma Española UNE 19601:2017 indica que la organización debe implantar procedimientos adecuados para (UNE: 19601, 2017, pp. 31-32):

- a. Facilitar canales de comunicación para que tanto los miembros de la organización como terceros comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal para la organización, así como incumplimiento o debilidades del sistema de gestión de *compliance* penal;
- b. Garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;
- c. Permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;

- d. Prohibir cualquier represalia, tomando medidas necesarias para proteger aquellos miembros de la organización o terceros que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;
- e. Facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de canales de comunicación establecidos por la organización;
- f. Garantizar que los miembros de la organización conozcan los canales de comunicación existentes y los procedimientos que regulan su funcionamiento;
- g. Fomentar el uso de canales de comunicación entre los miembros de la organización.

Una vez realizado el procedimiento de investigación interna, para detectar los riesgos que exponen a la empresa a una responsabilidad penal, se adoptarán las medidas que se estimen necesarias para prevenir la reiteración de las infracciones detectadas. En este contexto las labores de investigación interna de la entidad se enmarcan dentro de las facultades de autorregulación. Así, por medio del ejercicio de éstas, la organización asume el compromiso y obligación de colaborar con la autoridad en el esclarecimiento y persecución de la comisión de delitos en su seno.

En términos simples, toda P.d.P. de riesgos penales en la empresa se condice con una manifestación indubitada de autorregulación tendiente al cumplimiento legal, esto es, una forma de auto imposición voluntaria de estándares de conducta que busca asegurar el cumplimiento legal explicitado y sometido a un modelo de organización, y, sin duda, uno de los procedimientos básicos de esta fórmula preventiva consiste en las investigaciones internas (Nieto Martín, Investigaciones Internas, 2015) que la propia entidad ponga en marcha ante situaciones eventualmente riesgosas y que la expongan eventualmente a asumir responsabilidad penal.

#### ***d) Impedir la comisión de delitos en la empresa.***

La principal razón para justificar la existencia de las políticas prevención de delitos al interior de la empresa radica en el propósito de impedir su comisión para evitar que se expongan a una responsabilidad penal. Por lo tanto, un objetivo manifiesto de los programas de cumplimiento, que debería ser monitoreado a través de una P.d.P., será evitar la exposición a riesgos o escenarios posibles para la responsabilidad penal corporativa (Artaza, 2015).

Ahora bien, cabe señalar que nunca será posible eliminar todo riesgo de comisión de delitos en la estructura de la empresa, dado que cuando una persona jurídica emprende

el rumbo de iniciar y desarrollar los negocios propios de su giro, innegablemente está expuesta a que alguno de sus miembros cometa un hecho constitutivo de delito, pero, en este caso, si es que la política y su consiguiente modelo de cumplimiento se encuentra adoptada e implementada de manera operativa y actualizada, la actuación de la empresa se mantendrá dentro de los límites permitidos de riesgo y, por lo tanto, podría perfectamente salvaguardar su eventual responsabilidad penal (Artaza, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, 2013, p. 51).

Para definir con precisión los riesgos a los cuales se pueden ver enfrentadas, se deberá contar con el apoyo de todos los encargados de las diferentes unidades de negocio, o bien a través de auditores externos que entreguen conocimientos técnicos para identificar con claridad la mayor exposición a los riesgos. No obstante lo anterior, también las empresas clasificadoras podrán colaborar en esta función, siempre y cuando se encuentren habilitadas para certificar modelos de prevención según las exigencias de la autoridad (en Chile la CMF; Comisión para el Mercado Financiero).

Por otra parte, las relaciones de coordinación y colaboración que se entablen con la autoridad administrativa y el Ministerio Público serán esenciales para considerar aquellos cambios que se deben realizar en la P.d.P. de delitos. Este tipo de relación nos permitirá adaptar los programas de cumplimiento o modelos de prevención según las nuevas exigencias que establezca la autoridad (en Chile, la CMF, Unidad de Análisis Financiero —en adelante, UAF— u otras entidades relacionadas).

Adicionalmente, es necesario recordar que la prevención de delitos no sólo recae en las funciones del encargado de prevención. Todos los miembros de la empresa deben participar en el proceso de detección de operaciones sospechosas que puedan afectar el buen funcionamiento de la compañía. Lo anterior, con la finalidad de que ésta logre su óptimo rendimiento [competitividad a la luz de las nuevas exigencias del mercado internacional al alero de la OCDE] y no se vea afectada económica o comunicacionalmente por un posible proceso penal.

De lo dicho, entonces, podemos sostener que con la institucionalización de una P.d.P., más que el objetivo de impedir "efectiva o materialmente" la comisión de hechos delictivos, con este tipo de medidas, las cuales deben ser eficaces y adecuadas, se debería propender, en la práctica, a dificultar o reducir de manera significativa su comisión.

***e) Detección, prevención y disuasión de delitos cometidos en la empresa: un tratamiento de los riesgos asociados al comportamiento delictual.***

Como hemos adelantado, las P.d.P. deben orientarse a detectar y prevenir los diferentes riesgos que traen aparejados las áreas de negocio de la empresa (García Cavero, 2014, pp. 27 y ss.). En este orden de ideas, estas funciones deben también

buscar desalentar en los administradores, representantes, altos ejecutivos, subordinados y empleados de la empresa la comisión de actividades irregulares o sospechosas que puedan ser constitutivas de hechos delictivos.

Por una parte, la *detección* se plasma en el descubrimiento de riesgos asociados al comportamiento delictivo en el seno de la compañía. Se ha dicho en materia de fraude que la detección en la empresa se puede materializar en un sistema de controles que permita generar alertas oportunas cuando se produzca una violación de los protocolos, ya sea en materia de autorización de una operación, en la forma de llevar los registros, en la política de contrataciones (Cano, 2011, p. 67), o respecto de cualquier otro tipo de irregularidad que pudiera indicar una señal de que se cometió o se está cometiendo un delito.

La organización debe desarrollar un proceso de evaluación que comprende la identificación, el análisis y la valoración de los riesgos penales para:

- a. Identificar los riesgos penales que la organización pueda razonablemente anticipar, considerando todo tipo de factores internos y externos;
- b. Analizar los riesgos penales identificados;
- c. Valorar los riesgos penales identificados (ISO-19600, 2015, p. 21).

La organización debe analizar los riesgos penales considerando las causas y las fuentes de incumplimiento de *compliance* penal y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que ocurran incumplimientos de *compliance* penal y las consecuencias asociadas (UNE: 19601, 2017, p. 21).

Respecto a valorar los riesgos identificados, la Norma Española UNE 19601:2017 señala que la organización debe establecer criterios para valorar su nivel de riesgo penal, considerando sus objetivos de *compliance* penal y, por lo tanto, los compromisos asumidos a través de su política de *compliance* penal y demás políticas o instrucciones internas relacionadas con ella (UNE: 19601, 2017, p. 21). Por tanto, la empresa debe indicar criterios para valorar el nivel de riesgo penal al que está expuesta, considerando su P.d.P. y demás instructivos o códigos de conducta internos de la organización a la hora de establecer los criterios de valoración.

La *prevención*, por otro lado, atiende fundamentalmente a la implementación de medidas destinadas a eliminar las condiciones o factores desencadenantes de la comisión de delitos en el interior de la organización (Cano, 2011, pp. 64-65). Dichas medidas pueden manifestarse en un sistema de controles internos integrado en los distintos procedimientos de una P.d.P. de riesgos penales.

La *disuasión*, por su parte, como otro de los objetivos de una política empresarial, debería enmarcarse en el conocimiento de la existencia de un efectivo sistema de

controles internos que desaliente a todos los miembros de la organización de la eventual comisión de delitos que expongan a la entidad (Artaza, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, 2013, p. 48). Asimismo, se ha sostenido que para que realmente se produzca el efecto disuasivo, es necesario que las políticas de la empresa en todos los aspectos relacionados con el desarrollo de las operaciones y su registro impongan un ambiente de adecuación a las normas y transparencia en toda la organización (Cano, 2011, pp. 65-66). Es decir, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas "democratiza" la imputación, en el sentido de que todos los miembros de la entidad se ven envueltos y/o exponen a la evitación y/o generación de la responsabilidad.

La *detección, la prevención y la disuasión*, comprendidos como los tres grandes propósitos esenciales de toda P.d.P., se encuadra en lo que se denomina "gestión de riesgos corporativos". Básicamente, su gestión dice relación con el establecimiento de procedimientos, protocolos internos y medidas conducentes a minimizar infracciones en el seno de la estructura empresarial (Coca Vila, 2013, p. 60). De esta manera, el tratamiento de los riesgos debería llegar a la conclusión de que existen riesgos soportables y otros intolerables para la empresa. Estos últimos arrojarán, posiblemente, como resultado, la producción de una responsabilidad penal corporativa.

De este modo, la adopción e implementación de una P.d.P. adecuada al giro de la empresa no sólo ayuda al establecimiento de medidas de prevención amplias, para evitar futuros cargos por infracción de la normativa, sino que también se pueden orientar a incorporar sistemas de supervisión al interior de las empresas, mecanismos de sanción interna y pautas de perfeccionamiento de las medidas de control de riesgos (Coca Vila, 2013, p. 60).

De esta manera y como analizaremos más adelante, la gestión de riesgos contiene procedimientos encaminados a la identificación de tareas, negocios, actividades, del entorno, y resultados esperados; al análisis de causas, impactos, controles; para la cuantificación de la máxima pérdida previsible, probabilidad de ocurrencia, riesgo residual permanente; la evaluación de controles críticos, estándares de desempeño, diseño y efectividad del modelo; y, para el monitoreo o revisión del cumplimiento de los procedimientos, todos los cuales quedan plasmados en una matriz de riesgos en la que, fundamentalmente, se pretenden desplazar los riesgos críticos que se puedan identificar a zonas más seguras, menos irregulares y más tolerables.

### ***C. Antecedentes de riesgo para los negocios en Chile.***

La industria de los negocios alrededor de todo el mundo se ha convertido en un punto de referencia hacia donde se dirigen las personas naturales y las entidades con el propósito de cometer delitos al interior de las estructuras empresariales (Balmaceda &

Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 29 y ss.). Esta amenaza existe no sólo en las personas jurídicas de Derecho privado sino también en las empresas donde tiene participación el Estado. Por ello, con la publicación de la Ley N° 20.393, el día 2 de diciembre de 2009, nace la decisión, en el contexto internacional de la OCDE, de expandir sus esfuerzos para luchar contra el delito en el seno de las compañías.

Este desafío en el área de los negocios y de la empresa impone nuevas reglas para la gestión corporativa e incluso para sectores o áreas que con el paso del tiempo han dejado de tener cierta inmunidad. Es así como los seguros de vida, las empresas de giro inmobiliario, las de giro hospitalario, etc., requieren una continua y cuidadosa revisión para prevenir el potencial criminal o el uso indebido de sus servicios con fines delictivos.

Estos antecedentes de riesgo deben ser considerados por un grupo de trabajo o departamento de prevención en la empresa, integrado por miembros de las distintas unidades de negocio y aprobados por su encargado de prevención. Asimismo, estas referencias de riesgo para los negocios deben tener por finalidad garantizar la capacidad de prevenir situaciones delictivas en todos sus niveles.

Finalmente, en el contexto de una propuesta de P.d.P. se debería mencionar que los modelos de prevención o programas de cumplimiento se encuentran encabezados por un oficial de cumplimiento o encargado de prevención, quien debería poseer facultades para dirigir, asesorar, advertir y evaluar los riesgos aparejados a los procesos empresariales (Zugaldía, 2013, p. 90). En el mismo sentido, véase: (Bermejo & Palermo, 2013). Lo anterior, para detectar indicios de comisión de algún delito y poder adaptar los modelos de prevención a los estándares mínimos que enunciaremos a continuación. Sin embargo, previamente, debemos centrarnos en los fundamentos y contenidos de una P.d.P., para dar paso a enunciar los requisitos mínimos de un M.d.P.

#### ***D. Principios de una P.d.P.***

En Chile ningún negocio puede poner en duda la cultura organizacional contra los delitos de financiamiento del terrorismo, receptación, lavado de dinero o cohecho (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 31 y ss.). Como sujeto empresarial se debería estar atento a cualquier situación potencialmente riesgosa para la comisión de los delitos contemplados el art. 1º de la Ley N° 20.393 (García Caverro, 2014, pp. 41 y ss.). El enfoque de estos principios depende del giro de la empresa, debido a que si, por ejemplo, se trata una compañía de seguros, ésta puede estar más expuesta al lavado de dinero que un hospital público. Por otro lado, un hospital público podría estar más expuesto al delito de cohecho, por ejemplo, en las licitaciones que realiza para la compra de instrumental hospitalario, etc. Sin perjuicio de que la lista de delitos, contemplada en el mencionado artículo, en el futuro se extienda a

otros ilícitos penales (Delitos como los contemplados en la Ley de Mercado de Valores, tributarios o los comprendidos en el Código Penal. Esta postura es sostenida por la abogada de la OCDE Leah Ambler en el seminario sobre "Chile, La Organización de Comercio y Desarrollo Económico y la lucha contra la corrupción" celebrado en la Universidad de los Andes el 25 de octubre de 2013).

En este sentido, el departamento de prevención en la empresa debería sujetarse a propósitos y directrices que materialicen las bases para la valoración de los riesgos de incumplimiento de la norma (Ortiz de Urbina & otros, 2011, pp. 3450 y ss.), esto es, a la probabilidad de la infracción de las reglas a observar en los procesos de la empresa y principalmente la exposición a sanciones penales por la comisión de determinados delitos en su interior (Montaner Fernández, 2013, p. 148).

En concreto, las empresas deben definir los objetivos y valores que pretenden plasmar a través de sus modelos preventivos (Sieber, 2013, pp. 70-71). Así una forma adecuada para proceder al respecto, es incorporar en el M.d.P. un apartado referente a la P.d.P. de la empresa. Esta sección no debería ser sólo una descripción de valores abstractos de cumplimiento de la norma, sino que debería integrar en la misma aquellos procesos y códigos de conducta que la empresa considera básicos para el funcionamiento del M.d.P. en su estructura organizacional.

Por último, cabe mencionar que si bien los objetivos de la P.d.P. en Chile deben orientarse principalmente a impedir hechos delictivos, especialmente de corrupción, receptación, lavado de dinero, financiación del terrorismo, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida y administración desleal, entre otros, esto no implica dejar de trabajar en fortalecer los lazos de colaboración con la autoridad. Por ende, el trabajar con otros grupos sociales e incluso la sociedad civil en búsqueda de nuevas herramientas para la prevención de delitos al interior de la empresa, puede ser parte de las medidas para identificar y detectar operaciones sospechas, sin dejar de lado su interacción con otros organismos internacionales especializados en estas materias.

### ***E. Política general de prevención de delitos.***

Una política general de prevención, desde nuestra perspectiva, debería estar construida sobre la idea de que las empresas generan en su actuar una serie de riesgos importantes, pero necesarios para el desarrollo de nuestra sociedad (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 33 y ss.). Por lo anterior, es que el verdadero sentido de una P.d.P. se limita a determinar cómo la misma empresa puede "asegurar una gestión adecuada de dichos riesgos" (Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, p. 252).

En este sentido, un elemento que permite asegurar una gestión adecuada de los riesgos es realizar un análisis considerando los procesos productivos de la empresa. Asimismo, esta gestión se fortalece con un compromiso del departamento de prevención, consistente en actuar e investigar todo comportamiento irregular u operación sospechosa que pueda involucrar responsabilidad penal para la organización, además de la designación de un encargado que lidere las funciones de vigilancia, control y supervisión en la empresa (Bacigalupo, 2001, pp. 90-91).

Asimismo, lo fundamental, tratándose de políticas generales de prevención, es que éstas sean un fiel reflejo de la intención de la empresa de mantenerse dentro de los cauces legales, donde la compañía demuestre que no le sea indiferente, dentro de su cultura organizacional, facilitar la comisión de un delito al interior de su organización mediante la adopción de un M.d.P. (Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, p. 256)

Por otra parte, es importante considerar que en la decisión de adoptar una P.d.P. en la empresa, no sólo se deben considerar perspectivas éticas sino también económicas. La organización debería tener en cuenta que las sanciones a las cuales puede verse expuesta pueden afectar seriamente su prestigio en el mercado. En este sentido, si bien las sanciones penales llevan aparejadas pérdidas económicas, éstas también deterioran o afectan su reputación en la sociedad (Bacigalupo E., 2011, p. 18).

Adicionalmente, una P.d.P. de delitos debería definir los parámetros que fijarán los contornos del modelo de organización que adoptará la empresa. En este orden de ideas, es esencial considerar ciertos elementos, presentes tanto en el Ordenamiento italiano (artículo 6º Decreto Legislativo italiano Nº 231 de 8 de junio de 2001) como norteamericano (Capítulo 8 del United States Sentencing Commission Guidelines Manual [USSG], sección 8B2.1), para establecer los lineamientos generales para el desarrollo de una P.d.P. en la compañía, con el propósito de detectar, advertir y controlar todo tipo de conducta delictual al interior de su estructura organizacional.

Antes de presentar estos lineamientos esenciales para construir una P.d.P. en la empresa, es importante mencionar por qué algunos aspectos del Ordenamiento italiano y norteamericano son importantes en esta materia. Si bien estos modelos son más exigentes que el modelo contemplado en la legislación chilena, fueron utilizados como referentes para la construcción del sistema chileno, como lo constata la Historia de la Ley y algunos expertos en la materia. Sin embargo, no podemos desconocer que no son exactamente iguales, por lo que sólo rescatamos aquellos aspectos que consideramos más relevantes desde nuestra perspectiva en atención al modelo legislativo chileno, para que pueda servir de base a los Ordenamientos jurídicos de su órbita de cultura.

A continuación, expondremos los criterios generales para establecer una P.d.P. de delitos:

1) La entidad establecerá, a través de códigos de conducta por escrito, estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal. En concreto, para identificar las áreas de actividad en el seno de las cuales podrían cometerse delitos.

2) El órgano de gobierno de la entidad estará plenamente informado sobre el contenido y funcionamiento del programa de ética y cumplimiento; y, ejercerá una supervisión razonable sobre su implementación y efectividad.

3) Miembros específicos del personal de alto nivel (administradores, altos directivos, gerentes, etc.) tendrán asignada una responsabilidad general sobre el programa de ética y cumplimiento.

4) Personal específico dentro de la entidad tendrá delegada la responsabilidad operacional del día a día respecto del programa de ética y cumplimiento. Éstos reportarán periódicamente sobre la efectividad del programa al personal de alto nivel antes mencionado y, cuando resulte necesario, al órgano de gobierno. Para el ejercicio de esta responsabilidad operacional, la entidad deberá proveer a este personal de los recursos necesarios y una autoridad apropiada junto a un acceso directo al órgano de gobierno. La entidad realizará un esfuerzo razonable para no incluir dentro del personal con autoridad en esta materia a ningún individuo que conozca, o haya debido conocer, que ha estado involucrado en actividades ilícitas o cualesquiera otras conductas incompatibles con un programa efectivo de ética y cumplimiento.

5) La entidad dará los pasos necesarios para comunicar periódicamente y de forma práctica sus estándares y cualquier otro aspecto de su programa de ética y cumplimiento, a los miembros del órgano de gobierno, al personal de alto nivel, al personal con autoridad en esta materia, los empleados y, en su caso, los agentes y representantes. Esta tarea se realizará por medio de programas efectivos de formación y, asimismo, proveyendo a cada individuo con la información apropiada teniendo en cuenta sus respectivos roles y responsabilidades.

6) La entidad dará los pasos necesarios para:

(a) Asegurar que el programa de ética y cumplimiento se cumple de forma efectiva, incluyendo el seguimiento y auditoría para la detección de conductas criminales;

(b) Evaluar periódicamente la efectividad del programa de ética y cumplimiento, e

(c) Instaurar y publicitar un sistema, que podrá incluir mecanismos que aseguren el anonimato y la confidencialidad, a través de que los empleados, agentes y

representantes puedan reportar, denunciar o pedir asesoramiento respecto de una potencial o actual conducta criminal sin temor a represalias.

7) El programa de ética y cumplimiento será promovido y ejecutado de forma consistente en el seno de la entidad por medio de:

(a) Un sistema de incentivos apropiado para el desarrollo de la actividad de acuerdo con el programa de ética y cumplimiento de la empresa (Véliz & Bitrán, 2017, p. 69), y

(b) Un sistema de medidas disciplinarias que sancione la comisión de conductas delictivas y la no realización de los pasos razonables para prevenir o detectar la conducta criminal.

8) Una que vez que la conducta criminal haya sido detectada, la entidad dará los pasos para responder de forma razonable a dicha conducta y prevenir conductas similares en el futuro, incluyendo la implementación necesaria del programa de ética y cumplimiento.

### ***F. Estándares mínimos de una P.d.P.***

Una vez señalados los lineamientos generales de una P.d.P. de delitos en la empresa, desarrollaremos ciertos elementos mínimos o "estándares fundamentales de actuación y organización" (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 38 y ss.), que si bien no garantizan por sí solos una absoluta indemnidad en cuanto a la responsabilidad de la compañía, sí se encaminan a mitigar considerablemente los riesgos de comisión de irregularidades al interior de la estructura empresarial (Carrau, 2016, p. 49).

Por ende, la producción del ilícito penal no implica necesariamente que el programa no sea generalmente efectivo en la prevención y detección de la conducta criminal, sino que se tiende razonablemente a establecer los factores de exposición a la comisión de delitos al interior de la empresa, en virtud de medidas que se hayan debido adoptar para prevenir o detectar estas irregularidades (Casas & Álvarez, 2011).

A continuación, presentaremos un esquema que sintetiza todos los puntos para identificar, a través de una propuesta de P.d.P., los requisitos esenciales de un M.d.P. o *compliance* penal, ya sea para tener una noción general de los requisitos de un M.d.P. en la empresa o de los puntos claves para ejercer una buena defensa ante los tribunales. Lo anterior, con la finalidad de acreditar, por medio de la defensa, los esfuerzos sistemáticos de prevención de la empresa en contrarrestar actividades delictuales al interior de su organización.

Hay que comenzar con un mapa de riesgos: el *risk assesment* (evaluación de riesgos) es el método a través del cual la empresa debería evaluar los sectores de su actividad que

son más proclives a generar riesgos no permitidos. A partir de esta valoración del riesgo las empresas deben crear las normas de conducta y los sistemas internos de control, con el fin de evitar la aparición de este tipo de riesgos o, al menos, reducirlos de forma razonable (Nieto, Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal en la empresa, 2008).

|   |  |
|---|--|
| <p style="text-align: center;"><b>Encargado de prevención</b></p> | <p>Cada sección que procese pagos o tome <i>decisiones de compra</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Debe designar a un encargado de prevención contra el lavado de dinero, receptación, financiamiento del terrorismo, cohecho, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida, administración desleal, entre otros delitos, dependiendo del giro de la empresa el énfasis de sus labores estará determinado por los procedimientos que pueden ser riesgosos para ella (<i>Risk Assessment</i>).</li> <li>▪ Si se trata de una empresa cuyos ingresos no exceden de 100.000 unidades de Fomento, el dueño, sus socios, accionistas o controladores podrán asumir personalmente la tarea del encargado de prevención, en virtud del art. 4º Nº 1 b) inciso 2º de la Ley Nº 20.393.</li> <li>▪ El encargado de prevención debería ser una persona que opere de manera independiente de la alta dirección de la empresa. Éste debería contar con recursos propios para ejercer su función, considerando la capacidad económica de la empresa, y "[...] facultades de inspección ilimitadas [...]" (Zugaldía, 2013, p. 90). En este sentido, el encargado está facultado para advertir, tanto a la empresa como a las autoridades, respecto de indicios de la comisión de alguno de los delitos que contempla la Ley Nº 20.393 (Puyol, 2015).</li> </ul> |
| <p style="text-align: center;"><b>Reglamentos</b></p>             | <p>Cada sección de la empresa deberá contar con reglamentos de prevención, los que deberán establecer regulaciones aplicables contra el lavado de dinero, receptación, financiamiento del terrorismo, cohecho, negociación</p>   |

|  |   |
|--|---|
|  | <p>incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida, administración desleal entre otros delitos, dependiendo de los procesos internos de la empresa y su giro comercial. Estos reglamentos deben ser de conocimiento general entre todos los miembros de la compañía, y tendrán que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Permitir identificar las actividades o procesos de la entidad, ya sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de alguno de los delitos contemplados en el art. 1º de la Ley N° 20.393. Lo anterior, según lo dispuesto en el art. 4º N° 3 a) de la Ley N° 20.393.</li> </ul>  |
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Incorporar una cláusula referente al conocimiento de estos reglamentos, por parte de todos los trabajadores, en sus respectivos contratos de trabajo. Asimismo, deberán publicar y entregar una copia de estos reglamentos a cada uno de los miembros de la empresa. La organización debe fomentar que los miembros de la empresa se conciencien y se formen adecuada, eficaz y proporcionalmente respecto de los riesgos penales, con la finalidad de evitarlos, detectarlos o saberlos gestionar conforme al sistema de gestión de <i>compliance</i> (UNE: 19601, 2017, p. 25).</li> <li>▪ Establecer procedimientos específicos que permitan a las personas o miembros de la organización intervenir en las actividades o procesos indicados, programar y ejecutar sus labores o tareas de prevención en la comisión de los delitos mencionados, según lo establecido en el art. 4º N° 3 b) de la Ley N° 20.393.</li> <li>▪ Identificar los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización con el propósito de cometer alguno de los delitos señalados en la</li> </ul> |

|  |   |
|--|---|
|  | <p>Ley. Lo anterior, conforme con lo dispuesto el art. 4º N° 3 c) de la Ley N° 20.393.</p>  |
| <p><b>Identificación de clientes</b></p> | <p>Cada sección de la empresa debería contar con un instructivo para identificar a sus clientes, tomando en consideración los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El control necesario según la línea del negocio de la organización.</li> <li>▪ Los factores de riesgos relacionados con la transacción, el tipo de cliente y los medios de contacto para la celebración del negocio.</li> <li>▪ La determinación de procesos concretos y específicos para lograr identificar a los clientes, señalando en el instructivo tanto los medios de identificación aceptables como los no aceptables, con el objeto de no afectar el derecho a la privacidad.</li> </ul>  |
| <p><b>Monitoreo de clientes</b></p>      | <p>Cada sección de la empresa debería contar con una base de datos de clientes, con la finalidad de poder identificarlos, ya sean entidades (corporaciones, fundaciones, empresas) o personas naturales, teniendo a la vista cualquier instructivo de la autoridad, por ejemplo, en Chile, de la UAF (en Chile es la Ley N° 19.913 la que crea esta institución), que pueda identificar como peligrosa una transacción comercial con cualquiera de estos agentes.</p> <p>La organización debe requerir cláusulas específicamente orientadas a reducir el riesgo penal en sus relaciones contractuales con sus socios de negocio que supongan un riesgo penal mayor que bajo. Puede resultar conveniente en determinados casos incluir cláusulas que contemplen el derecho a realizar auditorías por parte de la organización. En caso de no resultar posible la inclusión de dicha cláusula, este hecho debería considerarse en la evaluación del riesgo por parte de la empresa. Respecto a las condiciones contractuales con los socios de negocio, véase: (UNE: 19601, 2017, p. 30).</p> |

|  |   |
|--|---|
| <p><b>Definir los medios y facultades para detectar y reportar actividades sospechosas</b></p> | <p>El hecho de definir y determinar sanciones administrativas internas, así como el establecimiento de procedimientos de denuncia en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención, conforme con lo establecido en el art. 4º Nº 3 d) de la Ley Nº 20.393, a la luz del sistema, es indispensable. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán indicarse en los reglamentos que la empresa dicte al efecto y tendrán que comunicarse a todos los trabajadores.</p> <p>Esta normativa interna, presente en los reglamentos o protocolos de prevención de la empresa, deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos, según lo dispuesto en el art. 4º Nº 3 d).</p> |
| <p><b>Documentación</b></p>  | <p>Tanto el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, monitoreo de clientes y del sistema de prevención, así como otros esfuerzos dirigidos a cumplir con la Ley Nº 20.393, deben ser correctamente documentados y tienen que archivarse. Los archivos de prevención deben retenerse dentro de la compañía por un período mínimo de 5 años, o de 10, tratándose de compañías de seguros, fondos de inversión u otra institución relacionada a este giro comercial, en conformidad con las exigencias del art. 5º de la Ley Nº 19.913. Lo razonable sería que esta labor sea realizada por abogados especialistas ajenos a la entidad.</p> <p>Por último, documentar todos estos esfuerzos de prevención permite preconstituir prueba en el caso de enfrentar a la autoridad administrativa o al Ministerio Público.</p>   |
| <p><b>Incorporación de otros agentes</b></p>   | <p>Cada sección de la empresa debería asegurar que todos los sujetos mencionados en el art. 3º inciso 1º de la Ley Nº 20.393 que interactúen con sus clientes o ingresen pagos de éstos a la compañía, deben cumplir con las exigencias del reglamento de prevención contra el delito que la organización haya establecido. Cuando una unidad se considere que no está capacitada legalmente para</p>   |

|   |   |
|---|---|
|   | <p>interactuar con estos terceros, por conflictos de interés, deberá documentarlo y oficiar al encargado de cumplimiento de la empresa.</p>   |
| <p><b>Responsabilidad del encargado de prevención y de los ejecutivos principales</b></p> | <p>El encargado de prevención, en conjunto con la administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del M.d.P. de los delitos y su supervisión, con el fin de detectar y corregir sus fallas, así como para actualizarlo de acuerdo con los cambios organizacionales que sufra la respectiva entidad.</p> <p>Es relevante señalar que los gerentes de alto nivel y los ejecutivos principales de la empresa, de cada sección, deben familiarizarse contra la prevención del delito y las expectativas de la entidad en esta tarea.</p> <p>Asimismo, es necesario que los principales ejecutivos de la empresa apoyen directamente los esfuerzos en materia de prevención y remitan periódicamente reportes de operaciones sospechosas de las que hayan tenido conocimiento, así como del progreso en la capacitación de los trabajadores al encargado de prevención.</p> |
| <p><b>Países en riesgo</b></p>  | <p>Las unidades de negocio de la empresa que traten con personas naturales, compañías o bancos conectados con países y jurisdicciones externas en alto riesgo, según lo establecido en la lista del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) (véase, para obtener mayor información acerca del GAFI, en: "about the FATF" [en línea] <a href="http://www.fatf-gafi.org/">http://www.fatf-gafi.org/</a> [consulta 20.08/.17]), deben ejercer procedimientos especiales y un alto cuidado a la hora de llevar a cabo operaciones comerciales.</p>  |
| <p><b>Reportes</b></p>  | <p>Las secciones de la empresa en caso de ser una compañía transnacional o con sucursales a lo largo del país deberán:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Reportar cualquier falta de cumplimiento de prevención respecto del delito que aleguen las autoridades respecto de la Unidad o cualquier otro agente al grupo de seguridad y prevención de la Compañía.</li> <li>▪ Entregar un informe anual dirigido al departamento</li> </ul>  |

|  |   |
|--|---|
|  | <p>de seguridad y prevención de delitos, considerando los siguientes aspectos mínimos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) El progreso en materia de prevención en la sección respectiva.</li> <li>b) Las estadísticas de las operaciones sospechosas al interior de la empresa, reportadas a la UAF u otras entidades administrativas. Asimismo, también las acciones que lleven a cabo las autoridades para la prevención del delito con la empresa o sus agentes.</li> </ul>   |
| <p style="text-align: center;"><b>Auditora o clasificadora de riesgo</b></p> | <p>La empresa deberá medir de manera regular la capacidad preventiva de su sistema junto con la auditora o clasificadora de riesgo que se encuentre capacitada para ello, en conformidad con lo establecido en el art. 4º N° 4 b) inciso segundo de la Ley N° 20.393.</p> <p>También deberá ponerse especial atención a los procesos de absorción, fusión o compra de otras sociedades por parte de la empresa. Lo anterior, para efectos de prevenir contingencias por incumplimiento de la norma por la sociedad que es adquirida. No basta con que la entidad adquirida haya tenido adoptado un M.d.P., puesto que es necesario acreditar que éste se encontraba realmente en funcionamiento, es decir, es necesario verificar "hasta qué punto tal apariencia correspondía a una realidad" (Zugaldía, 2013, p. 92). Así, en estos procesos es imperativo considerar que la responsabilidad penal de la sociedad que se adquiere se transfiere a la nueva empresa (Piña, 2012, pp. 77-78), en conformidad con lo establecido por el art. 18 de la Ley N° 20.393.</p> |
| <p style="text-align: center;"><b>Certificación</b></p>                      | <p>Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su M.d.P. de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación con la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la entidad.</p> <p>Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la CMF que puedan cumplir esta labor, de conformidad con la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo</p>   |

|  |   |
|--|---|
|  | fiscalizador, en conformidad con el art. 4º N° 4 b) inciso segundo de la Ley N° 20.393. El día 25 de enero de 2011, la SVS, actual CMF, a través de norma de carácter general N° 302, estableció normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere en Chile la Ley N° 20.393. |
|--|---|

### ***G. Conclusión.***

La P.d.P. que se presentó, consiste en un análisis detallado de la normativa chilena. Esta política aplicada a los modelos de prevención e incluso a los códigos de conducta, se limita a indagar en la prevención de delitos desde una aplicación práctica que considera tanto los presupuestos que entrega la dogmática como la Ley N° 20.393.

Esta política no pretende sustituir los modelos de prevención en la empresa, ni los códigos de conducta o de ética, sino que busca entregar una pauta que complemente su operatividad. Lo expuesto, con la finalidad de que la organización pueda introducirse en la materia e incluso en los procesos de prevención a su interior o en su posible defensa ante los tribunales.

La construcción de una política moderna de prevención, y la búsqueda de su independencia e interacción respecto de los modelos de prevención, lleva a postular que los aspectos enunciados, en este primer capítulo, son claves para ofrecer una garantía de certeza y objetividad en el ejercicio de una defensa penal de la entidad.

Con la presentación de esta política se trata, paradójicamente, de establecer un marco teórico que pretende reducir la complejidad interna de las estructuras empresariales. Así, esta política hace énfasis en aquellos puntos que son esenciales en los procesos de prevención, en atención a los estándares actuales de la legislación chilena, no obstante los cambios que puedan realizar las autoridades para acercarse con mayor precisión a los estándares de la Agenda Anticorrupción de la OCDE.

Por último, pese a que el concepto de P.d.P. no es unívoco, se ha tratado de definirlo centrando la atención en su núcleo. Lo anterior, con el propósito de poder identificarlo a una aplicación estratégica de defensa de la empresa a casos reales.

## II. Procedimientos de una P.d.P.

### A. Generalidades.

La P.d.P. que se institucionalice en la empresa se debería estructurar y desarrollar en virtud de una serie de procedimientos integrados en un programa de cumplimiento (Galán Muñoz & Núñez Castaño, 2017, pp. 36-43). Estos mecanismos dicen relación con la prevención, detección, respuesta, supervisión y monitoreo de actividades que puedan dar lugar a la comisión de alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 20.393. Este capítulo se desarrolló teniendo en cuenta las políticas y modelos de prevención adoptados e implementados por diversas compañías en Chile. A este respecto véanse, entre otros, los modelos de Celulosa Arauco, Grupo Aguas Nuevas, Sigdo Koppers, Corpesca, Cruz del Sur, Sigma, Antofagasta Minerals, todos publicados a través de sus respectivas páginas web en Internet (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 51 y ss.).

A continuación, presentamos un cuadro y una síntesis descriptiva de las variantes o escenarios que pueden darse en relación con los pilares aludidos (García Cavero, 2014, pp. 27 y ss.). De este análisis se comprenden los requisitos mínimos de un M.d.P., considerando lo dispuesto en el art. 4° de la Ley N° 20.393.

| <b>Prevención</b>                                     | <b>Detección</b>   | <b>Respuesta</b>                                       | <b>Supervisión y Monitoreo</b>                        |
|---|--|--|---|
| Difusión y entrenamiento.                             | Auditorías de cumplimiento de los controles del modelo.  | Denuncias a la justicia.                               | Actualización del programa.                           |
| Identificación y análisis de riesgos.                 | Revisión de litigios.                                    | Coordinación de sanciones disciplinarias.              | Supervisión del programa.                             |
| Implementación de controles de prevención de delitos. | Revisión de denuncias y coordinación de investigaciones. | Registro y seguimiento de casos y sanciones.           | Seguimiento a la gestión del encargado de prevención. |
|   |  | Comunicación de sanciones y mejora de las debilidades. | Certificación del programa.                           |

## ***B. Actividades de prevención.***

El objetivo de este tipo de procedimientos consiste en prevenir eventos indeseables o errores que pudieran tener un efecto perjudicial sobre la operación del M.d.P. (Nieto Martín, Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo, 2015). Ello en atención a la posible comisión de delitos al interior de la estructura empresarial. Así una prevención eficaz ayuda a evitar conductas delictivas desde su origen (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 52 y ss.).

### ***a) Difusión y entrenamiento.***

La compañía debería incluir en su plan de capacitación una P.d.P. que busque detectar irregularidades relacionadas con la comisión de delitos (Véliz & Bitrán, 2017, pp. 63 y ss.). El encargado de prevención en conjunto con la gerencia de recursos humanos o el departamento de prevención en la empresa deben velar por el cumplimiento de los siguientes aspectos (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 53):

- a. Una comunicación respecto de la P.d.P. de la empresa. Dicha comunicación debería involucrar a todos los niveles de la organización, incluyendo al directorio y la alta gerencia. Se debería estructurar un programa de capacitación y comunicación que cuente con un registro de los asistentes a las capacitaciones.
- b. La ejecución de capacitaciones periódicas en la organización. El régimen de estas capacitaciones debe estar acorde con el M.d.P., el código de ética y las disposiciones legales pertinentes.
- c. Establecer un programa de capacitación para cada una de las áreas, departamentos o secciones de la empresa, considerando y diferenciarlo su contenido, profundidad y periodicidad, según el nivel de exposición al riesgo para la comisión de delitos en el seno de la estructura empresarial.
- d. Difundir información actualizada para implementar el M.d.P. a través de diversos canales: Intranet, página web, e-mails, diarios murales, entre otros.

### ***b) Identificación y análisis de los riesgos.***

El encargado de prevención es responsable del proceso de identificación y análisis de riesgos para la comisión de delitos dentro de la compañía. Este proceso debería ser realizado periódicamente, o cuando sucedan cambios en las condiciones de las áreas de negocio de la empresa. Para efectuar dicha actividad la compañía debería proceder a identificar y evaluar los riesgos y los controles. La definición de los riesgos es imprescindible para poder identificar las acciones a realizar de manera que el programa resulte efectivo (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 54). En este sentido, véase: (Escudero, 2015, pp. 533 y ss.).

El proceso de identificación y análisis de riesgos será documentado por el encargado de prevención en la matriz de riesgos de delitos de la empresa y sus filiales. La matriz de riesgos es un documento en que se identifican los riesgos de comisión de delitos y se establecen sus respectivos controles de mitigación (Nieto Martín, Código ético, evaluación de riesgos y formación, 2015, pp. 152-162).

Conforme con lo anterior, expondremos una breve descripción de estos procesos de identificación y evaluación de riesgos y controles en la actividad empresarial.

#### *i. Identificación de riesgos.*

La identificación de riesgos se debería hacer con un enfoque de arriba hacia abajo ("*top down*") a través de reuniones de trabajo que cuenten con la participación de todos los encargados de las distintas unidades de negocios de la empresa y de los directores, ejecutivos principales, controladores u otros encargados de la administración, incluyendo al encargado de prevención (Díaz-Molina, 2014); (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 55).

Lo anterior favorecerá la determinación de los escenarios más frecuentes de riesgos para comisión de los delitos en interés directo o provecho de la empresa y que puedan ser ejecutados por los dueños, directores, responsables, principales ejecutivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión, así como por los trabajadores que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados con anterioridad.

Los riesgos identificados deben influir en las medidas de prevención que se adopten en la empresa. Así, se deberá dar prioridad a aquellas áreas o procesos más expuestos a la comisión de delitos, considerando el giro de la empresa. Por ende, si bien el encargado de prevención debería contar con recursos suficientes para cumplir con su función, es recomendable enfocarlos a los procesos donde se pueda ver más expuesta la empresa a responder penalmente.

#### *ii. Identificación de los controles.*

Para prevenir los riesgos detectados se deben identificar las actividades de control que se pueden ejercer al interior de la empresa para así evitar y mitigar el delito. Su identificación se debería realizar en reuniones de trabajo, con la participación de representantes de todas las áreas o unidades de negocio de la empresa, incluyendo al encargado de prevención e idealmente con la presencia de la auditora o clasificadora de riesgo que participe en la certificación del M.d.P. (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 56).

Una vez identificadas estas actividades de control, en consideración de los riesgos involucrados en los procesos internos de la empresa, estas reuniones tendrán por objeto detectar el ejercicio de dichos controles, considerando la descripción establecida en los reglamentos de la empresa y la evidencia recolectada por el encargado de prevención respecto de los mismos.

Identificados los potenciales riesgos para la comisión de delitos al interior de la empresa, se debería desarrollar la ya mencionada matriz de riesgos, en la cual se dejará constancia de los diversos controles a efectuar por las personas que intervengan en los procesos de la empresa, de manera que se prevenga la comisión de delitos.

Para cada uno de los controles identificados, se debería establecer la evidencia o respaldo de su ejecución. Entonces, para cada control se debería identificar la descripción de la actividad de control, su frecuencia, la identificación del responsable de la ejecución, la evidencia de la realización del control y el tipo de control.

La ejecución de las actividades de control será responsabilidad del encargado de prevención y de los gerentes o ejecutivos principales correspondientes a las áreas de negocio que se encuentran identificadas en la matriz de riesgos.

### *iii. Evaluación de riesgos.*

Los riesgos identificados deben ser evaluados para dar prioridad a determinadas áreas de mayor exposición para la comisión de delitos en favor de la empresa. El identificar estos procesos por medio de una adecuada evaluación de riesgos permitirá enfocar de forma eficiente los recursos y esfuerzos del encargado de prevención al interior de la estructura empresarial (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 57).

Para evaluar los riesgos se utilizarán los parámetros de impacto y probabilidad en una escala de 1 a 5. Se entiende por "impacto" el efecto o el daño sobre la organización en caso de materializarse un riesgo y por "probabilidad" el nivel de certeza con que se puede materializar el riesgo. Para estos efectos se utilizan las siguientes escalas de evaluación:

#### *iii.a. Escala de evaluación del impacto.*

| <b>Escala</b> | <b>Grado de impacto</b> | <b>Descripción del impacto</b>  |
|---------------|-------------------------|---|
| 5             | <i>Catastrófico</i>     | El evento tendrá un efecto catastrófico (pérdidas de imagen, financieras y/u operacionales con un alto impacto a nivel de la organización). |

|   |                 |   |
|---|-----------------|---|
| 4 | <i>Mayor</i>    | El evento tendrá efectos considerables para la organización (pérdidas de imagen, financieras y/u operaciones altas, con un impacto importante a nivel de la organización y relevante a nivel de la unidad). |
| 3 | <i>Moderado</i> | El evento tendrá efectos de mediana envergadura (pérdidas de imagen, financieras y/u operacionales de mediano impacto).   |
| 2 | <i>Menor</i>    | El evento tendrá efectos de menor envergadura que pueden ser asumidos sin mayores problemas por las unidades (pérdidas de imagen, financieras y/u operacionales de bajo impacto).                           |
| 1 | <i>Bajo</i>     | El evento tendrá efectos poco significativos.   |

*iii.b. Escala de evaluación de probabilidad.*

| <b>Escala</b> | <b>Grado de probabilidad</b> | <b>Descripción de la probabilidad</b>  |
|---------------|------------------------------|--|
| 5             | <i>Casi certeza</i>          | Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es muy alta, es decir, un alto grado de seguridad que éste presente (90% a 100%). |
| 4             | <i>Probable</i>              | Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es alta, es decir, entre 66% y 89% de seguridad que éste se presente.             |
| 3             | <i>Moderado</i>              | Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es media, es decir, entre 31% a 65% de seguridad que éste se presente.            |
| 2             | <i>Improbable</i>            | Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es baja, es decir, entre 11% a 30% de seguridad que éste se presente.             |
| 1             | <i>Muy improbable</i>        | Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es muy baja, es decir, entre 1% a 10% de seguridad que éste se presente.          |

En la evaluación de los riesgos identificados deben participar representantes de todas las áreas de la empresa que sean relevantes respecto de las decisiones de

administración y control de la organización. Esta evaluación de riesgo recae en integrantes que tengan un conocimiento acabado de los riesgos a ser discutidos y tengan la autoridad para tomar decisiones relativas a las estrategias de control y otras formas de administración de los riesgos al interior de la estructura empresarial.

*iv. Evaluación de controles.*

Para los controles identificados se deberá evaluar su diseño cualitativamente en relación con la evitación y mitigación del riesgo de delito al que aplica. Dicha evaluación debería ser efectuada por el encargado de prevención de delitos, en conjunto con los encargados de las áreas o unidades de negocios vinculadas al proceso que se pretende controlar (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 59).

Para evaluar el diseño de cada control se debería considerar si la conjugación de los siguientes elementos mitiga o reduce razonablemente la materialización del riesgo asociado. Los elementos a considerar se establecen mediante la siguiente tabla:

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <b>Tipo de control</b>          | Preventivo / Detectivo                             |
| <b>Categoría</b>                | Manual / Automático                                |
| <b>Evidencia</b>                | Documentado / No documentado                       |
| <b>Segregación de funciones</b> | Responsable de ejecución distinto de quién revisa  |
| <b>Frecuencia</b>               | Recurrente / Diario / Semanal / Trimestral / Anual |

Con base en la evaluación efectuada se podrá concluir que el control:

|          |  |
|----------|--|
| <b>A</b> | Reduce razonablemente el riesgo de delito    |
| <b>B</b> | No reduce razonablemente el riesgo de delito |

Para todos los controles evaluados con el parámetro: "No reduce razonablemente el riesgo de delito", se debería implementar una actividad de control que refuerce la prevención en dicho proceso. El diseño de la actividad de control, en cuyo proceso o actividad existe el riesgo, será implementado por el área o sección correspondiente, en conjunto con el encargado de prevención de delitos, siendo el área la responsable de su ejecución y aplicación. En este sentido, no recae de forma unilateral la responsabilidad en el encargado de prevención.

*c) Implementación de controles de prevención de delitos.*

Los controles de prevención de delitos son todos aquellos asociados a las áreas, procesos o actividades con exposición a la comisión de delitos (Balmaceda & Guerra,

Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 60). La ejecución de estas actividades de control corresponde a las áreas de negocio indicadas en la matriz de riesgos de delito según el análisis de los mismos y la opinión del encargado de prevención. Sobre el sistema de implementación del *compliance* penal, véase: (Blumenberg & García-Moreno, 2015).

*i. Actividades de detección.*

El objetivo de estas actividades consiste en efectuar acciones que detecten algún incumplimiento en el plan de prevención de delitos de la empresa y posibles escenarios de comisión de figuras delictuales que puedan traer como consecuencia responsabilidad penal para la organización (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 60 y ss.).

*i.a. Auditorías de cumplimiento de los controles del modelo.*

La organización debe planificar, establecer y mantener uno o varios programas de auditoría que incluyan la frecuencia, los métodos, las responsabilidades, los requisitos de planificación y la elaboración de informes, teniendo en consideración la importancia de los procesos involucrados y los resultados de las auditorías previas (UNE: 19601, 2017, p. 36).

A través de las denominadas auditorías de cumplimiento, el encargado de prevención de delitos, o quien éste designe, deberá verificar periódicamente que los controles del plan de cumplimiento operen de acuerdo a cómo fueron diseñados.

Para materializar las actividades de monitoreo, el encargado de prevención puede solicitar apoyo a otras áreas de la organización, tales como auditoría interna, contabilidad, entre otras, siempre que dichas áreas no estén involucradas en la actividad que vaya a ser revisada.

El encargado de prevención de delitos puede realizar como actividades de monitoreo la revisión de documentación que respalde las pruebas efectuadas por las áreas de apoyo, analizar actividades de control mediante muestreo, estudiar la razonabilidad de las transacciones, verificar el cumplimiento de las restricciones establecidas en los procedimientos, etc.

El propósito de estas evaluaciones de cumplimiento de los controles, consiste en identificar aquellas deficiencias que pudieran afectar de manera significativa la operación de la P.d.P., o aumenten la probabilidad de comisión de delitos que impliquen responsabilidad de la compañía.

La evaluación por parte de la auditoría interna del ente debería considerar tanto el diseño como la operatividad de los controles, conforme con las siguientes definiciones:

- a. Diseño: determinar si los controles diseñados cubren los riesgos de delito identificados.
- b. Operación: probar la efectividad operativa de los controles, es decir, si realmente están desarrollados de acuerdo a lo descrito en la matriz de riesgos de delitos.

Concluida la evaluación de los controles, los resultados son reportados directamente a los gerentes de las distintas unidades de negocio, a las que se les aplique el control evaluado y al encargado de prevención de delitos. Además, el evaluador deberá reunirse con la unidad responsable del control y el encargado de prevención con el fin de revisar y analizar en forma conjunta las debilidades detectadas en la auditoría.

*i.b. Revisión de litigios.*

El asesor legal de la compañía o su fiscalía debería entregar al encargado de prevención de delitos, periódicamente, un informe que detalle:

- a. Denuncias relacionadas con la comisión de delitos que hagan responsable a la empresa.
- b. Demandas, juicios o cualquier acción legal que involucre a la organización en algún escenario de delito que haga responsable a la compañía.
- c. Actividades derivadas de fiscalizaciones realizadas por entidades regulatorias asociadas a escenarios de delito que puedan incriminar a la empresa.

*i.c. Revisión de denuncias y coordinación de investigaciones.*

El encargado de prevención de delitos debería realizar un análisis de las denuncias recibidas a través de los distintos canales dispuestos por la organización, para poder identificar aquellas que tienen implicancia en la P.d.P. de delitos o se encuentren asociadas a escenarios de delito que hagan responsable a la compañía.

Asimismo, el encargado de prevención deberá velar para que la empresa coordine las investigaciones derivadas de las denuncias que tienen implicancia en la P.d.P. o se encuentren asociadas a escenarios de delito.

El tratamiento de las denuncias y la coordinación de la investigación de las denuncias se realizarán según lo dispuesto en el procedimiento de canal de denuncias. El canal de denuncias es un sistema implementado por la compañía que tiene como objetivo recibir todas las denuncias relacionadas al incumplimiento de las políticas internas de la empresa, incluyendo la infracción de los controles de la P.d.P. de delitos o su posible comisión y que hagan responsable a la organización (Armentia, 2015, pp. 610 y ss.).

En efecto, las actividades que conlleva el procedimiento del canal de denuncias de la P.d.P. de delitos de la compañía son las siguientes: recepción de denuncias, investigación y sanciones.

#### *i.c.1 Recepción de denuncias.*

Las denuncias son recibidas a través de los canales establecidos en el procedimiento de denuncia.

#### *i.c.2 Investigación.*

El fiscal, en conjunto con el encargado de prevención de delitos, debería coordinar el inicio de la realización de investigaciones derivadas de las denuncias que tienen implicancia en la P.d.P. o que se encuentren asociadas a escenarios que hagan responsable a la compañía.

Recibida la denuncia, la persona designada por el órgano de gobierno de la compañía para efectos de investigar el asunto, tendrá un plazo razonable —dependiendo del tamaño y giro del ente—, contados desde su recepción para iniciar la etapa de investigación. En casos graves, donde puedan existir circunstancias que indiquen la existencia de un delito, lo razonable sería proceder sin notificación alguna remitiendo directamente los antecedentes a la autoridad competente. El proceso de investigación será siempre confidencial.

El encargado de prevención de delitos o la persona designada al efecto, debería tener acceso directo e ilimitado a los distintos departamentos de la organización con el fin de efectuar o coordinar la realización de investigaciones específicas, facilitar el monitoreo del sistema de prevención de delitos, y solicitar y revisar información para la ejecución de sus funciones.

Adicionalmente, el encargado de prevención será responsable de asesorar a las áreas involucradas en la definición e implementación de las medidas correctivas adoptadas.

#### *i.c.3 Evaluación de sanciones.*

Una vez finalizada cualquier investigación, se deberá emitir un informe sobre la existencia de hechos constitutivos de infracción a la P.d.P., la que debería incluir una sugerencia de las sanciones aplicables. No obstante, la alta gerencia y el directorio no estarán obligados a adoptar la propuesta de castigo y podrán definir las consecuencias que estimen adecuada al caso. El encargado de prevención de delitos deberá hacerle seguimiento, obteniendo un respaldo o evidencia a cualquier sanción o acción correctiva definida por la alta administración o el directorio como resultado de una investigación realizada y concluida para asegurar su cumplimiento.

*i.d. Actividades de respuesta.*

El objetivo de las actividades de respuesta consiste en establecer resoluciones, medidas disciplinarias y/o sanciones a quienes incumplan la P.d.P. de delitos o ante la detección de indicadores de irregularidades. Como parte de las actividades de respuesta se debería contemplar la revisión de las actividades de control vulneradas, a fin de poder fortalecerlas o reemplazarlas por nuevas actividades de control.

*i.d.1 Denuncias a la justicia.*

Ante la detección de un hecho que revista características de delito, el encargado de prevención de delitos deberá evaluar, en conjunto con el asesor legal, el Ministerio Público y el Comité de Ética del ente, la posibilidad de efectuar acciones de denuncia ante la autoridad competente.

Esta acción puede constituir una circunstancia atenuante de responsabilidad penal para la persona jurídica en cuanto la empresa, en este contexto, coopera sustancialmente con la justicia, poniendo a disposición de las autoridades los antecedentes del hecho delictivo.

Concretamente, el numeral 2º del art. 6º de la Ley Nº 20.393 contempla la circunstancia antedicha en los siguientes términos: *"Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados"*.

*i.d.2 Coordinación de sanciones disciplinarias.*

La empresa matriz y sus filiales podrán aplicar medidas disciplinarias ante el incumplimiento de los procedimientos y P.d.P. de delitos o la detección de un delito que haga responsable a la compañía, tomando en consideración la aplicación de una sanción proporcional a la falta cometida consistentes con las políticas y procedimientos disciplinarios de la organización y que sean aplicables a todas las personas o áreas involucradas de forma equitativa.

Atendida la gravedad de los hechos, podría ser razonable aplicar las medidas y sanciones establecidas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la organización. Asimismo, se podría llegar a la terminación del contrato de trabajo en casos graves, conforme con la legislación vigente. "Las medidas a adoptar en caso de incumplimiento o irregularidades variarán en función de la severidad del caso, pudiendo incluir la adopción de medidas disciplinarias (desde la amonestación hasta el despido disciplinario); proporcionar retroalimentación al personal involucrado;

comunicación a las autoridades; así como mejorar y actualizar los controles del modelo para prevenir que se produzcan situaciones similares" (UNE: 19601, 2017, p. 32).

El encargado de prevención de delitos deberá velar por que las sanciones establecidas ante una falta determinada sean debidamente ejecutadas y notificadas. El jefe directo de la persona o área involucrada será responsable de su tramitación administrativa.

#### i.d.3 Registro y seguimiento de casos y sanciones.

El encargado de prevención de delitos debería mantener un registro confidencial actualizado de investigaciones (en curso y cerradas), denuncias y medidas disciplinarias aplicadas en relación con el incumplimiento de la P.d.P. o a la detección de un delito que haga responsable a la persona jurídica. Dicho registro debería contener, al menos:

- a. Lugar en donde sucedió el incidente.
- b. Empresa o filial en donde sucedió el hecho.
- c. Fecha del ilícito.
- d. Tipo de infracción.
- e. Canal de denuncia utilizado (si aplica).
- f. Tipo de denunciante (interno o externo a la organización).
- g. Personas comprometidas en la situación (nombre, apellido, cargo y área).
- h. Descripción del incidente sucedido.
- i. Detalle de la investigación.
- j. Tiempo de duración de la investigación.
- k. Resolución.
- l. Medidas disciplinarias aplicadas, en su caso.

Periódicamente, el encargado de prevención de delitos o quien éste designe, debería efectuar un seguimiento a las denuncias registradas mediante las siguientes actividades:

- a. Validar la integridad del registro de las denuncias.
- b. Análisis del estatus de las denuncias registradas (iniciada, en curso de investigación, en resolución, cerrada).
- c. Análisis de los escenarios recurrentes, es decir, reiteración de un mismo tipo de denuncia, persona y/o área involucrada, tipo de denunciante.
- d. Análisis de la antigüedad de las denuncias para gestionar su pronta resolución.

#### i.d.4 Comunicación de sanciones y mejora de las debilidades.

Como resultado de la investigación y resolución de los incumplimientos a la P.d.P. de delitos, se debería realizar lo siguiente:

- a. Evaluar la comunicación a la organización de las medidas disciplinarias adoptadas. El encargado de prevención de delitos, en conjunto con las áreas de apoyo, deben resolver la conveniencia de comunicar las medidas disciplinarias a toda la organización, con el fin de difundir a los trabajadores y terceros involucrados que ésta trabaja para resguardar los principios y valores éticos declarados.
- b. Revisar las actividades de control vulneradas, a fin de aplicar mejoras en las debilidades detectadas. El encargado de prevención de delitos debería evaluar los riesgos y actividades de control vulnerados en cada uno de los casos resueltos, determinando la aplicación de nuevas actividades de control, mejoras en las actividades que no operen de forma efectiva o cuyo diseño no es el adecuado.

*ii. Actividades de supervisión y monitoreo.*

El objetivo de la supervisión y monitoreo es verificar el adecuado funcionamiento de las actividades de control definidas y evaluar la necesidad de efectuar mejoras en la P.d.P. de delitos (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 69 y ss.).

*ii.a. Actualización del programa.*

La realización de la actualización de la P.d.P. de delitos, mediante la materialización del proceso de evaluación anual del diseño y efectividad operativa del mismo, es de responsabilidad del encargado de prevención en conjunto con la alta gerencia y consiste en las siguientes actividades: a) verificar el adecuado funcionamiento de las actividades de control definidas, b) recepción de denuncias, resultados de investigaciones y sanciones respectivas, c) actualizar riesgos y controles definidos, d) evaluar la necesidad de efectuar mejoras en el programa. Para mayor profundización sobre sistemas de evaluación y efectividad de un programa de compliance, véase: (Véliz & Bitrán, 2017, pp. 101 y ss.).

Ahora bien, para realizar la actualización misma de la P.d.P. de delitos, el encargado de prevención de la compañía debería conocer las nuevas normativas aplicables; tener en cuenta los cambios relevantes en la organización y/o industria en la que se encuentra inserta; y hacer un seguimiento de las mejoras implementadas a las actividades de control.

Sobre la base de la información obtenida, el encargado de prevención debería actualizar la matriz de riesgos y controles de la organización, así como también las políticas y procedimientos correspondientes (Carrau, 2016, pp. 47-48).

*ii.b. Supervisión del programa.*

El M.d.P. de delitos de la compañía debería ser evaluado en forma independiente, esto es, mediante la revisión por parte de la auditoría interna (en las empresas que cuenten con este departamento) u otra área independiente del encargado de prevención de delitos, quien deberá analizar cada uno de los elementos de la P.d.P. y sus componentes.

Las unidades de auditoría interna (en las empresas en que existan) deberían incorporar la P.d.P. de delitos en el plan de auditoría de la organización con el fin de evaluar la aplicación y eficacia de la P.d.P. de delitos, revisar los riesgos y actividades de control identificados en las áreas y/o procesos de mayor exposición a la comisión de delitos; y proponer al encargado de prevención las mejoras al sistema de prevención de delitos de acuerdo a los cambios experimentados en la organización o su entorno.

*ii.c. Seguimiento a la gestión del encargado de prevención.*

La Norma Española UNE 19601:2017 establece que el seguimiento del compliance penal es el proceso consistente en recoger información con el objetivo de evaluar la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal y, por lo tanto, el desempeño en materia de *compliance* penal de la organización (UNE: 19601, 2017, p. 33).

Estas actividades de monitoreo serán reportadas por el encargado de prevención de delitos al directorio o a la alta gerencia dentro de su informe semestral. El directorio es responsable de evaluar la gestión y operación de la P.d.P. de delitos que lleva a cabo el encargado de prevención, con base en ciertos indicadores, tales como: a) número de casos resueltos y total de denuncias, b) nivel de antigüedad de las denuncias pendientes de resolución, c) total de trabajadores capacitados en un período y dotación total, d) porcentaje de cumplimiento de los reportes al directorio o alta gerencia, y e) certificación del M.d.P. de delitos, cuando corresponda, y avance en las recomendaciones de mejora.

*ii.d. Certificación del M.d.P.*

La certificación del M.d.P. de delitos es una herramienta que puede utilizar la compañía con el propósito de corroborar a través de una entidad externa la adecuada adopción e implementación de la política y el modelo preventivo.

En efecto, luego de la implementación y puesta en marcha del M.d.P. de delitos, la empresa y sus filiales podrán optar por certificar la adopción e implementación del mismo por parte de una empresa de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras que estén registradas.

A estos efectos, el art. 4º de la Ley N° 20.393 establece que las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su M.d.P. La certificación, que podrá ser otorgada por empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades autorizadas por la CMF, establece una constancia formal de la adecuada adopción e implementación del modelo y que éste contempla todos los requisitos establecidos en la ley.

La certificación debería efectuarse de forma periódica y cada vez que las condiciones del negocio se modifiquen, de acuerdo con lo estimado por el directorio o alta gerencia de la compañía.

*ii.e. Áreas de apoyo al M.d.P. de delitos.*

El propósito de las áreas de apoyo consiste entregar soporte al encargado de prevención de delitos en las actividades de prevención, detección, respuesta y monitoreo que componen el M.d.P. de la compañía. Esto implica el apoyo respecto de la toma de decisiones, coordinación de actividades, entrega de información y/o reportes de control (Bolea Bardon, 2016, pp. 55 y ss.).

Algunas empresas cuentan con diferentes áreas de apoyo, las cuales pueden cumplir las siguientes funciones:

- a. *Gerencia de asesorías en asuntos legales o fiscalía.* Este órgano debería asesorar en el proceso de inclusión de cláusulas que correspondan en los diversos contratos que celebre la compañía con terceros y con sus trabajadores; apoya al encargado de prevención en la identificación de riesgos; entrega informes mensuales que detallen las denuncias relacionadas con la comisión de delitos que hagan responsable a la empresa y demandas, juicios o cualquier acción legal que involucre a la organización en algún escenario de delito que exponga a la entidad; apoya y asesora al encargado de prevención en la ejecución de investigaciones derivadas de las denuncias que tienen implicancia en el M.d.P. de delitos o se encuentren asociadas a escenarios de delito que hagan responsable a la compañía; asesora al encargado de prevención en la toma de decisiones en relación con las sanciones y acciones correctivas a implementar como resultado de las investigaciones efectuadas y concluidas; colabora con el encargado de prevención ante la detección de un hecho que pueda tipificarse como delito, entre otras.
- b. *Gerencia de administración y finanzas.* Ejecuta controles de carácter preventivo y de detección; entrega la información que requiera el encargado de prevención de delitos para el desempeño de sus funciones en relación con la implementación, operatividad y efectividad de las P.d.P. de la empresa; implementa los controles para las brechas identificadas como consecuencia de las investigaciones realizadas en relación con el M.d.P. o cualquier riesgo nuevo que se identifique.

- c. *Comunicaciones.* Colabora en la coordinación de las actividades de difusión de la P.d.P. de delitos que efectúa el encargado de prevención de la compañía, que incluye la comunicación efectiva de la política y del M.d.P., difusión de información actualizada del programa por diversos canales de comunicación (intranet, correos masivos, diarios murales, u otros); y la actualización de información en la Intranet respecto del M.d.P. de delitos adoptado e implementado.
- d. *Recursos humanos o gerencia de personas.* Apoya en la coordinación de las actividades de capacitación del M.d.P. de delitos que efectúa el encargado de prevención, lo que incluye la ejecución de capacitaciones periódicas en la organización con respecto al M.d.P. y los delitos que hagan responsable a la empresa, la inclusión de materias al M.d.P. y sus delitos asociados en los planes de inducción del personal que ingresa a la entidad; entrega la información necesaria respecto de empleados sujetos a investigación, asegura la inclusión de cláusulas de cumplimiento en los contratos de trabajo que celebre la empresa; entrega de reportes acerca del estatus de conocimiento de los empleados sobre el Código de Ética; reportes de evaluación de desempeño de los empleados en los que incluya temas referentes a la ética y el cumplimiento del M.d.P., entre otros.
- e. *Auditoría interna.* Realiza auditorías de cumplimiento con el objetivo de monitorear el diseño y operatividad de los controles del M.d.P. de delitos implementado en la compañía; apoya en conjunto con el encargado de prevención de delitos a las áreas o unidades responsables en la confección de planes de mejora para las deficiencias o vulnerabilidades detectadas en las diferentes actividades de monitoreo del M.d.P.; entrega toda la información que requiera el encargado de prevención de delitos para el desempeño de sus funciones en relación con el funcionamiento operativo del M.d.P. de la empresa; a partir del resultado del proceso de evaluación, el área de auditoría interna apoyará, en conjunto con el encargado de prevención de delitos y el área de riesgo, a las áreas responsables en la confección e implementación de medidas correctivas a las deficiencias detectadas.
- f. *Contraloría corporativa.* Entrega la información que requiera el encargado de prevención de delitos para el desempeño de sus funciones en relación con el funcionamiento operativo de los programas de cumplimiento. Debería incorporar en su plan de auditoría revisiones a las P.d.P. de delitos de la compañía y sus filiales; apoya en la ejecución de actividades de las políticas preventivas de riesgos que hagan responsable a la entidad y que el encargado de prevención de delitos le solicite y que sean compatibles con la independencia del área.
- g. *Comité de ética.* Apoya al encargado de prevención de delitos en las siguientes actividades: en el proceso de análisis de denuncias que se relacionen con el M.d.P.; en relación con los procesos de investigación u otros procedimientos en función

de la evaluación de incumplimiento del M.d.P. y potenciales indicadores de comisión de delitos; en el proceso de recomendación de sanciones al directorio a alta gerencia, como resultado de informes de investigación por las denuncias recepcionadas, en el proceso de comunicación de las medidas disciplinarias a toda la entidad; ante la detección de un hecho que pueda tipificarse como delito, podrá evaluar en conjunto con el encargado de prevención de delitos y el área de asuntos legales o fiscalía, la presentación al directorio a alta gerencia para que éstos definan si corresponde efectuar la denuncia ante los tribunales de justicia.

- h. *Comité de directores.* Apoya al encargado de prevención de delitos en las diferentes actividades de control que éste realiza, en el proceso de identificación y análisis de denuncias que apliquen a la política de cumplimiento o prevención, la determinación de investigaciones y la posible aplicación de sanciones al respecto; analiza las denuncias recibidas mediante los canales dispuestos por la compañía y sus filiales, para identificar aquellas que estén bajo el alcance de la P.d.P. de delitos o se encuentren asociadas a escenarios de delito que hagan responsable a la entidad; coordina las investigaciones derivadas de las denuncias que tienen implicancia en las políticas de cumplimiento corporativas; solicita reportes al encargado de prevención de delitos cuando las circunstancias lo ameriten; y toma conocimiento del informe semestral realizado por el encargado de prevención de delitos para presentar al directorio de la empresa.

### ***C. Aplicación de una P.d.P.***

#### ***a) Generalidades.***

El propósito de toda política consiste en auxiliar a una gestión adecuada en el grupo de prevención de conductas irregulares en la empresa, entre sus representantes, empleados y sociedades filiales de manera global, y relaciones con terceros, analizando los efectos y resultados de conductas ilícitas relacionadas al lavado de dinero, cohecho, financiamiento del terrorismo, receptación, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida, administración desleal y otros delitos que fija la Ley N° 20.393 (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 77 y ss.).

Lo que se persigue es definir cuál es el método para hacer efectivo y operativo el sistema de prevención de delitos al interior de la estructura empresarial, definiendo el modo de informar sobre inquietudes o incidencias que puedan eventualmente desencadenar hechos delictivos, detallando cómo se deben investigar y plantear tales cuestiones. Asimismo, debería examinar los mecanismos de protección disponibles para todos los sujetos, enumerados en el primer inciso del art. 3° de la Ley N° 20.393, para efectos de evitar represalias por haber informado de este tipo de cuestiones y atribuir responsabilidades de manera individual a personas naturales que hayan cometido un

ilícito de las características mencionadas, para ejercer sobre ellos los deberes de dirección y supervisión al interior de la empresa.

Esta política representa el compromiso de la empresa, para promover una cultura organizacional de prevención eficiente, como parte integrante de su obligación para con la tarea pública e imperativa de prevenir la comisión de ilícitos a su interior, evitando un comportamiento de la organización fuera del margen de la ley.

#### *b) Aplicabilidad y alcance.*

Esta política es aplicable a todos los trabajadores de la empresa, como asimismo, a sus accionistas, directores, alta administración, gerentes, ejecutivos, empleados, personal temporal, contratistas y asesores de la entidad, tanto en su matriz como en sus filiales ubicadas en todo el mundo (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 78).

#### *c) Enunciado de la política.*

La empresa debería animar a sus trabajadores a manifestarse e informar sobre cualquier conducta que, de buena fe, consideren que infringe la legislación, política y reglamentación interna o los principios básicos de la institución (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, p. 78). Siguen, a continuación, ejemplos de conductas ilícitas o impropias:

- Fraude, soborno, lavado de dinero, terrorismo u otros delitos igualmente graves.
- Irregularidades financieras.
- Falsificación de negocios de la empresa y/o registros financieros.
- Infracciones u omisiones de principios básicos de la empresa, las normas internas de prevención y las obligaciones legales o estatutarias.
- Regalos no permitidos.
- Prácticas comerciales cuestionables, y
- Eliminación de documentos sin la autorización y procedimientos establecidos al interior de la empresa.

#### *d) Sin represalias. (1)*

La empresa no debería tolerar que se produzca ningún tipo de reacción adversa contra aquel trabajador que informe de buena fe sobre este tipo de incidencias. Además, los informes se pueden presentar firmados personalmente o pueden ser anónimos, asumiendo la investigación de estos hechos el encargado de prevención de la empresa.

Asimismo, frente a actos de advertencia realizados por el encargado de prevención, nadie puede tomar medidas en su contra que afecten su desempeño en la empresa (Zugaldía, 2013, pp. 90 y ss.). Por ello, los riesgos de un negocio, en la actualidad, no sólo se restringen a las probabilidades de fracasar gracias a las oscilaciones del mercado, pues hoy por hoy debemos considerar seriamente el riesgo de ser penalmente responsables como empresas.

Esta nueva concepción del riesgo da lugar a lo que se conoce como programas de cumplimiento, esto es, "la prevención de riesgos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de regulaciones legales altamente complejas en el ámbito civil, administrativo y penal" (Zugaldía, 2013, p. 90). Esta idea de cumplimiento de la normativa puede llegar a ser tan exigente que "incluso puede trascender los aspectos jurídicos y alcanzar a los éticos, pues se piensa que la vida económica y empresarial debería estar basada en valores morales [...] cuyo incumplimiento ha sido en buena medida la causa de la crisis que actualmente vive la economía global" (Zugaldía, 2013, p. 91).

#### *e) Confidencialidad.*

Los informes y comunicaciones internas en la compañía respecto de hechos constitutivos de delito se deben tratar con estricta confidencialidad. Además, si se infringe este principio, se examinará separadamente la infracción y la determinación de sanciones administrativas que podrá imponer el encargado de prevención, en virtud de lo establecido en el art. 4º Nº 3 letra d) de la Ley Nº 20.393, en conjunto con la responsabilidad civil que lleve a aparejada dicha acción.

#### *f) Requisitos claves.*

De aquí en adelante se detallan algunos elementos esenciales para tener en cuenta al momento de elaborar un modelo preventivo, con el objeto de entregar una idea general para implementarlos en la práctica dentro de organizaciones empresariales. Lo anterior, considerando que el M.d.P. es un mecanismo establecido por el legislador para ejercer control y prevenir conductas delictivas no esperadas entre los directivos y empleados de una empresa.

Finalmente, creemos que estos modelos tienen por objeto reducir los riesgos de responsabilidad penal en las empresas como, asimismo, ser una respuesta a las

numerosas exigencias éticas y legales que organismos públicos e internacionales imponen a las empresas del mercado, exigencias que se pueden expresar a través de simples recomendaciones o normas jurídicas (Zugaldía, 2013, p. 91).

### *g) Cómo informar.*

Respecto de los medios para informar, los trabajadores pueden escoger el que mejor se adapte a sus necesidades frente a cualquier incidencia al interior como exterior de la empresa, ya sea:

A nivel local:

- La línea telefónica directa.
- Correo electrónico.
- Por página web.
- Informar directamente a los directores de la línea en cuestión.
- Informar directamente al encargado de prevención de la empresa.
- Un proveedor externo puede encargarse de prestar este servicio por alguno de los medios ya mencionados.

A nivel de Grupo:

- Informar directamente al grupo supervisor de seguridad y prevención

### *h) Anonimato.*

Los trabajadores podrán elegir mantenerse en el anonimato o revelar su identidad como personas naturales, o bien revelar su nombre al encargado de prevención que haya designado la empresa y/o exclusivamente al grupo de seguridad y prevención.

La empresa fomenta la preparación de los informes de manera exhaustiva, objetiva y profesional por parte del grupo supervisor de seguridad y prevención, responsables del cumplimiento de la política a nivel local. Si se conoce la identidad del trabajador que informa, se puede facilitar, previa petición y si se considera oportuno, el resultado de la investigación.

Cuando se detecta una violación de una norma o reglamento, se emprenden las acciones correctivas o disciplinarias que determine la empresa en función de las políticas aplicables. Además, es importante mencionar que una de las sanciones que requiere una

implementación del M.d.P. es permitir al encargado de prevención imponer sanciones administrativas, al interior de la empresa, al ser una figura autónoma de la administración de la misma.

Si la empresa produce ganancias anuales inferiores a 100.000 Unidades de Fomento, puede ser el mismo dueño de la empresa u otra persona de la administración el encargado de prevención según el art. 4º 1) b) inciso final de la Ley N° 20.393. Por ello, en estos casos es conveniente que se nombre a un funcionario independiente o externo que realice esta función con base en parámetros objetivos, sin perjuicio de que la ley dispone que puede realizar esta misma labor la administración de la empresa

### *i) Sin represalias. (2)*

La empresa no tolerará ningún tipo de represalia contra ningún trabajador que informe respecto de cualquier hecho delictivo al interior de la empresa que realice de buena fe. Los trabajadores que sean descubiertos ejerciendo cualquier tipo de represalia contra cualquier otro trabajador que haya informado de alguna situación delictiva al interior de la empresa, serán objeto de las sanciones administrativas que se hayan fijado en el reglamento de prevención y de las demás sanciones que establezca el Ordenamiento jurídico, sean civiles, penales o de otra índole que se apliquen al caso en concreto.

### *j) Informes.*

#### *i. Infraestructura local de los informes.*

Cada segmento, división o sección dentro de la empresa, deberá establecer una plataforma, para poder elaborar los informes dedicados a la identificación de procesos riesgos, en los cuales se puedan cometer los ilícitos que establece la Ley N° 20.393 en su art. 1º (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 84 y ss.). Además, dichos informes deberán ser remitidos con las especificaciones que establezca el encargado de prevención junto con la identificación de los procesos administrativos y de supervisión en los sectores financieros de la empresa, incorporando a esta función:

- Una línea telefónica directa.
- Una página web para incluir informes anónimos.
- Una dirección de correo electrónico.

Todos estos medios son establecidos para cumplir con la necesidad, en conformidad con el art. 4º N° 4 de la Ley N° 20.393, de establecer un sistema de denuncia o persecución, respecto de la comisión o posible comisión de hechos delictivos al interior de la

empresa. Es importante señalar que todos los informes deberán ser remitidos al encargado de prevención, desde las diferentes secciones económicas de la empresa, para que éste se encargue de gestionar y supervisar de manera concreta estas situaciones riesgosas.

*ii. Casos informados a nivel de grupo.*

Cada uno de los responsables de cada sección deberá seguir los procedimientos de comunicación establecidos en el M.d.P. que fije la empresa y remitir dicha información de manera inmediata al encargado de prevención. Se remitirá información, respecto de las siguientes situaciones:

- Se trate de un impacto financiero de relevancia para la organización.
- Riesgo de grave daño a la reputación de la empresa.
- Implicación del dueño, colaborador, responsable, ejecutivos principales, representantes.
- Cualquier persona que tenga una función en la empresa, administrativa o de supervisión, en que se pueda ver como consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, la comisión de alguno de los delitos contemplados en el art. 1º de la Ley N° 20.393, tal como lo establece el art. 3º de la misma ley.

Los responsables podrán delegar las tareas de prevención, siempre que los delegados reúnan los requisitos de confidencialidad necesarios.

Las investigaciones de cualquiera de las situaciones antes mencionadas no se podrán llevar a cabo de manera independiente por las secciones económicas de la empresa sin la autorización del grupo supervisor de seguridad y prevención.

*iii. Responsabilidades.*

*iii.a.* Grupo supervisor de seguridad y prevención. (departamento de prevención)

Las responsabilidades del grupo supervisor de seguridad y prevención a nivel de grupo se trata de un asunto que está determinado para compañías transnacionales que tienen gran cantidad de filiales. Estas cuestiones no se detallarán en este texto por su complejidad técnica y tampoco en el supuesto de la elaboración de un modelo local para una empresa nacional.

*iii.b. Los encargados de prevención de las secciones de la empresa.*

Las responsabilidades de los encargados de prevención de las distintas secciones son las siguientes:

- Establecer una infraestructura de informes.
- Recibir informes y responderlos oportunamente.
- Asegurar la protección de los empleados de represalias al interior de la compañía cuando informen de buena fe sobre inquietudes e incidencias sobre situaciones delictivas.
- Determinar los casos significativos que deben ser remitidos al Grupo de Seguridad o prevención, sólo en el caso de tratarse de una compañía transnacional (Martión, 2014).
- Encargarse de que la casa matriz de la compañía informe de estos criterios al resto de sucursales a lo largo del país sobre esta P.d.P. Además, cada director de la empresa debería estar informado de manera detallada de su obligación de remitir cualquier informe que reciba sobre alguna situación delictiva, sin más dilación, al encargado de prevención de la empresa.
- Toda incidencia relacionada con los informes o con el objeto de prevenir hechos delictivos al interior de la empresa deberán ser objeto de seguimiento, en caso de tratarse de una empresa transnacional, por el grupo de seguridad y prevención en el marco de informes periódicos.

*iii.c. Los encargados de prevención locales de las distintas sucursales o filiales de la empresa.*

Tienen las siguientes funciones:

- La gestión, control y recibo de los diferentes informes relacionados con incidencias delictivas al interior de la empresa recibidos en su sección.
- Que los casos importantes sean remitidos directamente al grupo de supervisión y prevención, como ya se dijo, en el caso de tratarse de una compañía transnacional.
- Que se envíe al grupo de seguridad y prevención un informe trimestral de las incidencias acaecidas en una sección.

- Velar por el cumplimiento y respeto de las P.d.P. de los delitos contemplados en el art. 1º de la Ley N° 20.393, determinando la implementación y funcionamiento efectivo de los procesos a seguir en la prevención.
- Facilitar la orientación y capacitación de las empresas locales.

*iii.d. Cumplimiento del grupo de seguridad y prevención.*

La función del grupo consistirá en lo siguiente:

- Implementar la P.d.P. a nivel macro.
- Dar orientación respecto de la implementación de la P.d.P.
- Revisar y mantener la P.d.P.

*iii.e Directores y empleados.*

Los dueños, directores, colaboradores, principales ejecutivos, responsables, representantes y funcionarios a cargo de alguna tarea administrativa y supervisión de la cual se pueda derivar como consecuencia del incumplimiento del deber de dirección y supervisión la comisión de un delito al interior de la empresa, serán responsables de:

- Conocer detalladamente y cumplir con los requisitos del sistema preventivo y del espíritu de los valores de la empresa en la tarea de prevención de los delitos.
- Contrastar y verificar los recursos materiales utilizados en la elaboración de informes sobre incidencias delictivas al interior de la empresa.
- Dar a conocer a las autoridades estos informes cuando se tenga la sospecha de la comisión de alguna incidencia de carácter ilícito al interior de la empresa (Martínez-Buján, 2016, pp. 501 y ss.).

*iii.e.1. Implementación.*

Los principales ejecutivos de las secciones económicas de la empresa son responsables de asegurar la implementación de la P.d.P. de la organización y comunicarla al resto de los trabajadores locales. La correcta comunicación y adecuada comprensión de la P.d.P. es la piedra angular de la estructura de cumplimiento de la empresa. Para mayor información, véase: (Hernández P., 2015).

Respecto del proceso de aprobación de la P.d.P., éste corresponde a los ejecutivos principales tras la oportuna recomendación del grupo de seguridad y prevención, en el caso de tratarse de una empresa transnacional.

Los principales ejecutivos de las secciones económicas de la empresa junto con el encargado de prevención de la casa matriz o de las sucursales de ésta deberán adaptar la presente P.d.P., aplicándola a todos sus trabajadores, sobre todo respecto de aquellos que se encuentren bajo su dirección o supervisión directa, tal como lo establece el art. 3º inciso tercero de la Ley N° 20.393 (Carrau, 2016).

Es importante señalar que el requisito legal de conocimiento del reglamento de prevención deberá ser incorporado en un anexo en el contrato de trabajo de los empleados de la empresa, dejándose constancia de éste, en un lugar de acceso público a los trabajadores, además de entregar una copia de él a cada uno de ellos, debiendo ser capacitados e informados en cuanto a su contenido. Así, y en el caso de tratarse de una empresa transnacional, deberá informarse al grupo de seguridad y prevención de la casa matriz de la compañía.

En circunstancias, de carácter excepcional, las secciones económicas de la empresa por medio de sus encargados de prevención podrán solicitar la implementación de políticas, debiendo contar con la previa autorización del grupo de seguridad y prevención.

#### iii.e.2. Documentos relacionados.

Se creará una guía práctica para todos los sujetos mencionados en el art. 3º inciso 1º de la Ley N° 20.393 que les facilite la comprensión de qué hacer o no hacer en casos hipotéticos frente a los cuales hay que adoptar medidas de prevención al interior de la empresa, otorgando una orientación a los directores cuando reciban un informe de los empleados que detalle alguna incidencia de carácter delictivo.

En esta guía práctica se abordarán los principios de estricta confidencialidad y de no represalia a los informes de buena fe formulados por los trabajadores. Además de otro manual que permitan a los sujetos del art. 3º inciso primero junto con los encargados de prevención cuando informen a sus equipos sobre la infraestructura prevista para elaborar informes de incidencias delictivas al interior de la empresa.

#### iii.e.3. Disposiciones finales.

Los procesos mencionados en esta sección deben tener en cuenta un análisis dogmático-jurídico exhaustivo de las figuras delictivas en cuestión. Por ello, en este lugar nuestra intención únicamente consiste en entregar directrices generales respecto de los procesos de prevención de estas figuras delictivas en la empresa.

### ***D. Sistema de atribución de responsabilidad.***

Como hemos venido manifestando a lo largo de este curso, los programas de cumplimiento o modelos de prevención exigen ser diseñados e implementados según las características "propias" de cada empresa (Galán Muñoz, Fundamentos y límites de

la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015, 2017, pp. 175 y ss.). Para lograr dicho propósito se debería considerar no sólo la Ley N° 20.393, sino también otras normas vinculadas, particularmente, al lavado de activos, receptación (Balmaceda, Manual de derecho penal. Parte especial, 2016, pp. 344-345), cohecho (Balmaceda, Manual de derecho penal. Parte especial, 2016, pp. 633 y ss.), y al financiamiento al terrorismo (esto, según el sistema numero clausus existente en Chile) (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 91 y ss.), junto con incluir, debido a los cambios incorporados por la Ley N° 21.121, a las conductas típicas de negociación incompatible (art. 240 del Código Penal), la modalidad activa y pasiva del delito de corrupción entre particulares, contenido en los artículos 287 bis y 287 ter del Código Penal, respectivamente, el delito de apropiación indebida (art. 470 N° 1 del Código Penal), el delito de administración desleal del artículo 470 N° 11 del mismo cuerpo legal y otros delitos incorporados a propósito de la contingencia nacional, que fueron revisados en el módulo anterior.

Conforme con lo expresado, una P.d.P., cuya materialización estriba en la institucionalización de un programa de organización eficaz, debería responder al grado de compromiso en que la empresa gestiona los riesgos penales y, de esta manera, aborda el cumplimiento de la normativa vigente.

Así la sola adopción formal de un código de conducta o de un M.d.P., al tenor de lo dispuesto en el art. 4° de la Ley N° 20.393, no necesariamente liberará de responsabilidad penal a la empresa, sino también será necesario el establecimiento de una P.d.P. que sea capaz de orientar y monitorear los procedimientos internos del M.d.P. en su conjunto.

Esta política preventiva debería permitir la identificación de las formas de adecuación de comportamiento de los distintos miembros de la empresa en sus diversos escalafones —democratización del riesgo y del sistema de imputación—. Así, estas formas de adecuación de comportamiento no sólo se dirigen a los altos mandos (administradores, controladores, ejecutivos principales, etc.) sino también a las personas físicas situadas en el medio y en la base de la estructura organizativa.

Adicionalmente, el objeto de un proceso penal iniciado en contra de una persona jurídica se debería centrar tanto en la existencia o inexistencia de responsabilidad de las personas naturales que intervinieron en el delito como en los defectos de organización que adolezca la empresa para atribuirle responsabilidad penal.

A continuación, expondremos brevemente las diferentes formas de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, pasando desde un modelo de imputación centrado en las actuaciones de las personas naturales (heterónimo) hasta aquellos que centran principalmente su atención en los defectos organizativos de la persona jurídica (autónimo) (García, 2014, pp. 218-233).

*a) Modelo de responsabilidad heterónimo.*

Un modelo de estas características requiere para atribuir responsabilidad penal a la empresa, determinar a la persona natural que ha cometido el ilícito en beneficio de la misma (Gómez-Jara, Gómez-Jara, Carlos, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, 2010, p. 441). En este sentido, si se cometiera un delito de lavado de activos, receptación, financiamiento del terrorismo, cohecho, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida o administración desleal u otro de los que contempla la ley 20.393 en beneficio de la empresa, será necesario establecer la participación de aquella persona natural que ha cometido el delito, en beneficio de la empresa, para atribuirle responsabilidad penal (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 442).

Para que la empresa responda es necesario, entonces, que dicha acción constitutiva de delito haya sido cometida directamente en interés o provecho de la organización, como consecuencia del incumplimiento de los deberes de vigilancia, dirección y supervisión. El fundamento de este razonamiento se centra en la circunstancia de que las personas jurídicas deben controlar su organización, es decir, que sus miembros adecúen su comportamiento conforme con los límites del riesgo permitido dentro del contexto empresarial (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 93 y ss.).

En este sentido, la normativa chilena se caracterizaría, según Hernández, por ser "un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por 'defecto de organización, en consideración de los requisitos del art. 3º de la Ley" (Hernández H., 2010, p. 217). Por otra parte, no podemos desconocer el hecho de que la mayor parte de los modelos comparados han adoptado en la actualidad un modelo de responsabilidad derivada, aparentemente, porque sería más sencillo determinar la responsabilidad de una persona jurídica desde el comportamiento de la persona natural, véase: (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 459).

La deficiencia organizativa de la empresa se pretende evitar a través de los programas de cumplimiento o modelos de prevención. Estos modelos tienen el propósito de vigilar y controlar la comisión de delitos al interior de la empresa. Estos defectos de organización apuntan, en términos generales, a la "falta de selección, formación y seguimiento de la actividad desarrollada por los administradores o representantes legales [...]" (Zugaldía, 2013, p. 91).

Por ende, para atribuir responsabilidad a la empresa, desde la interpretación de un modelo de responsabilidad heterónomo, es necesario que el ilícito sea cometido por una persona natural como resultado del no ejercicio de los deberes de dirección y supervisión por parte de la empresa. Sin embargo, la organización puede anteponerse a la infracción de estos deberes por medio de la implementación de un M.d.P. de delitos (Hernández H., 2010, p. 218).

Este deber de supervisión recaería en un amplio círculo de sujetos, enunciados en el art. 3º de la Ley Nº 20.393, vinculados a la dirección administrativa de la empresa. Por ello, uno de los problemas claves que deberán enfrentar los jueces, será determinar cuándo se han infringido esos deberes de supervisión y control por parte de los miembros de alta dirección.

Lo anterior da lugar a dos cuestiones primordiales a tratar: a) los modelos de *compliance* y b) al desarrollo dogmático de la imprudencia. Los modelos de *compliance* se fundamentan en el hecho de velar por que el cumplimiento genérico de que las actividades o procesos de la empresa estén en conformidad con la normativa vigente, por lo cual si una acción de un empleado es aprobada por su superior y es informada al director de *compliance* y éste no ejerce su función de control de manera adecuada, en conformidad con los protocolos del modelo preventivo de la empresa, la persona jurídica puede ser penalmente responsable. La falta de control por parte de los directivos de la empresa lleva a la producción de conductas de tipo imprudente. Por ello, es fundamental que la "relación debería establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. La mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica no debería ser suficiente. Entre ambos elementos debería establecerse una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado —y no otro—. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos", véase: (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, pp. 487-489).

Por otra parte, y como lo hemos expuesto anteriormente, prevenir la infracción de los deberes de vigilancia y supervisión, implica contar con una política corporativa que manifieste una nueva cultura organizativa de fidelidad al Derecho en los diferentes niveles operativos de la empresa (Zugaldía, 2013, pp. 91-92).

Asimismo, contar con un departamento de prevención será esencial en la tarea de difundir una nueva cultura de prevención de delitos en la empresa. Este departamento no sólo debería intervenir en la capacitación y vigilancia del personal, sino también en informar a la alta dirección de la organización sobre irregularidades, junto con establecer redes de prevención en conjunto con la auditora y clasificadora de riesgo o entidad que vaya a certificar el modelo en cuestión.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, Hernández es categórico al señalar que "la Ley chilena no conoce nada que merezca llamarse 'responsabilidad autónoma' de las personas jurídicas. Más bien al contrario, cabe preguntarse si esta subordinación tan marcada a la condena del sujeto individual, desconocida en los modelos de referencia e inconveniente desde el punto de vista político-criminal, puede considerarse satisfactoria desde la perspectiva del cumplimiento de los compromisos internacionales de Chile, más si se tiene en cuenta la preocupación especial de los órganos de la OCDE por el punto" (Hernández H., 2010, pp. 224-225).

Finalmente, el modelo heterónimo considera clave vincular el comportamiento de la persona natural a la empresa para atribuirle responsabilidad. Sin embargo, este comportamiento no puede ser el único factor para determinar la responsabilidad de la empresa (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 490). Así las cosas, este comportamiento delictivo debería ser en interés de la entidad, a consecuencia de un defecto de organización, debido a la infracción de los deberes de vigilancia, supervisión y control establecidos en el art. 3º de la Ley N° 20.393.

#### ***b) Modelo de responsabilidad autónomo.***

El modelo autónomo de responsabilidad observa a la empresa como un sujeto capaz de responder penalmente (Balmaceda & Guerra, Políticas de prevención del delito en las empresas, 2014, pp. 98 y ss.). De esta forma, la responsabilidad de la organización no puede determinarse por el hecho ajeno, es decir, por la acción delictual de una persona natural que forma parte de su estructura organizacional. Así el "núcleo común a todas estas posiciones, de responsabilidad autónoma, puede quizá sintetizarse en que, a la hora de determinar la culpabilidad, se intenta profundizar en la realidad empresarial alejándose de los parámetros que pretenden 'transferir' la culpabilidad individual a la empresa" véase: (Gómez-Jara, La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América, 2010, pp. 139-140). Similar: (Ortiz de Urbina S., 2015). Así, admitir la posibilidad de transferir responsabilidad a la empresa por el comportamiento ilícito de una persona natural, al interior de su estructura organizacional, constituiría una responsabilidad objetiva que vulneraría sus garantías.

Respecto de la posibilidad de considerar en Chile garantías fundamentales para las personas jurídicas, véase los fallos del 30.06.2008, N° 5857-2006, y del 14.03.2005, N° 546-2004, de la Ilustrísima Corte Suprema, que reconocen que la persona jurídica puede ser objeto de daño moral objetivo al ser menoscabada en su honor, imagen y prestigio comercial. Asimismo, esta lectura se puede complementar con la mirada del modelo de culpabilidad constructivista, para estos efectos véase: (Gómez-Jara, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2012, p. 45).

La posibilidad de admitir un modelo de responsabilidad autónomo en la legislación chilena se desprendería, a nuestro juicio, del inciso final del art. 5º de la Ley N° 20.393. Esta última disposición permitiría la introducción de otros de modelos de imputación que diferirían de los que se basan en la transferencia de responsabilidad (heterorresponsabilidad) de la persona natural a la jurídica.

Si bien existen diversos modelos de imputación de responsabilidad autónoma, estimamos que a este respecto el modelo a seguir es el denominado de "culpabilidad constructivista". Para obtener información o una descripción general de estos modelos de imputación de responsabilidad autónoma, véase: (Artaza, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites, 2013, pp. 260 y ss.). Sobre la argumentación en relación con el modelo a seguir, además del argumento relativo a un asunto de identidad normativa, creemos coherente ser consecuentes con la historia legislativa de la Ley N° 20.393, donde se hace alusión al sistema defendido en esta obra.

Lo anterior radica en que éste responde, desde nuestra perspectiva, a un Derecho penal moderno que recoge las tendencias más actuales en materia de responsabilidad penal empresarial, acercándose de mejor manera a la identidad normativa de la legislación chilena —y de los países de su órbita de cultura—.

### ***E. Beneficios de implementar una P.d.P.***

Una vez explicitados los lineamientos generales y contenidos mínimos de las políticas cristalizadas en un M.d.P. de delitos y se han tenido en consideración las sanciones penales a las cuales la empresa puede verse expuesta, analizaremos el otro lado de la moneda. En efecto, se explicitarán, por un lado, las consecuencias prácticas que las políticas de cumplimiento pueden tener en la responsabilidad de la persona jurídica, y por otro, los beneficios que implica la instauración de políticas efectivas de prevención de delitos. Para estos efectos tendremos en consideración la legislación chilena.

En efecto, la efectiva adopción e implementación de programas de organización empresarial conforme con un sistema preventivo de delitos supone cuatro cosas:

1. En primer lugar, la empresa no responderá de los delitos cometidos por parte de alguna de las personas físicas relacionadas e indicadas en los incisos primero y segundo del art. 3º de la ley, cuando, con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, haya adoptado e implementado un M.d.P. de delitos cuyos contenidos mínimos establecidos en la ley —sean o no complementados con otros—, permitan la vigencia efectiva y real de una determinada forma organizativa interna de la entidad (art. 3º inciso tercero).

De este modo, la constatación de un concreto delito base por parte de un miembro de la empresa no tendría correspondencia con la forma de organización atribuida a la empresa y ésta no sería responsable en virtud de una causal de atipicidad. Asimismo y

en razón de lo anterior, se obtendría una respuesta idónea a los problemas de "suprainclusión", esto es, a supuestos en los que pese a existir una actuación delictiva por parte de una persona física en el seno de la empresa, dicha actuación no debería imputarse penalmente a ésta, ni mucho menos imponérsele una pena.

2. En segundo término, una vez cometido el delito por parte de alguno de los miembros señalados en los incisos primero y segundo del art. 3º de la ley, en interés o provecho de la entidad y como consecuencia de la infracción de los deberes de supervigilancia de la misma, los modelos de prevención de delitos se podrían considerar circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica si: (i) la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes (que pueden derivar de la documentación generada por los modelos de prevención) para establecer los hechos investigados (art. 6º Nº 1), y si (ii) la persona jurídica adopta, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de una misma clase de delitos objeto de la investigación (que no son sino la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos en la empresa) (art. 6º Nº 3) (Collado, 2013).

3. En tercer lugar, al momento de determinar judicialmente la cuantía y naturaleza de la pena a imponer a la persona jurídica, el tribunal deberá atender, entre otros criterios, al grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. Es decir, el cumplimiento de la normativa plasmada en modelos de prevención de delitos en la empresa, se configura como uno de los criterios de determinación judicial de la pena (art. 17 Nº 4).

4. Y, en cuarto lugar, el juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de la suspensión condicional del procedimiento, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de la condición consistente en implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el art. 4º. Esto es, los modelos de prevención de delitos, con sus respectivos elementos mínimos contenidos en la ley, surgen como una de las condiciones dispuestas por el juez de garantía en la suspensión condicional del procedimiento (art. 25 Nº 4).

De lo visto, los programas de cumplimiento corporativo o modelos de prevención de delitos en la empresa despliegan importantes efectos a la luz de la legislación chilena, tanto en el ámbito propiamente material — verdaderas causales de atipicidad en la responsabilidad penal de la persona jurídica si es que estos modelos se implementan con anterioridad al hecho delictivo, o circunstancias atenuantes una vez que se ha cometido el delito y antes del proceso judicial respectivo iniciado contra la empresa—,

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

En cuanto a los beneficios que inciden en la empresa al adoptar e implementar una política preventiva efectiva, primeramente se puede sostener que un idóneo programa instaurado en la empresa, además de promover una cultura empresarial de compromiso en el cumplimiento de la legalidad vigente y de impedir la comisión de delitos en la compañía, posibilita mejorar la gestión de los riesgos y proteger a la organización de eventuales daños financieros y reputacionales que representan la circunstancia de verse involucrado en un delito (Puyol, Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Compliance, 2016).

Con la adopción e implementación de una P.d.P. de riesgos penales en la compañía bien elaborada, se puede disminuir significativamente el daño que provoca someter a la empresa a un proceso penal y a un juicio público sobre su imagen. Lo anterior dado que por la circunstancia de que en un litigio no sólo se puede hacer responsable a la empresa desde un punto de vista legal, sino que también se puede hacer responsable desde un punto de vista social.

Asimismo, las medidas de prevención internalizadas en la entidad permiten desarrollar un enfoque integral de cumplimiento, en el sentido de que la empresa debería responder de manera efectiva a las regulaciones vigentes y aprovechando los modelos existentes.

En el contexto de la influencia de fuerzas situacionales en la empresa, una buena política preventiva de delitos puede ayudar a prevenir y corregir determinadas prácticas ilícitas herederas de la automatización y de la tradición de patrones de conducta tanto por parte de empleados subalternos como de directivos y administradores. Adicionalmente, puede posibilitar el fomento de un sistema de control constante sobre la tendencia de los miembros y del grupo en una suerte de racionalización de los comportamientos al interior de la estructura de la empresa.

También con la institucionalización de planes de organización y cumplimiento de la legalidad permite estar preparado ante las nuevas vicisitudes de riesgo de la entidad y posibilita la anticipación de la inclusión de nuevos delitos en un futuro cercano.

Finalmente, la implementación de programas preventivos de delitos y riesgos penales en la compañía faculta y facilita observar rigurosamente todos los niveles de la organización, sobre todo los del escalafón medio, y en este contexto, una política que implique hacer las cosas correctas en la empresa puede significar diferentes cosas para

diferentes personas, y permitir abordar los problemas no como temas técnicos sino como un verdadero cambio cultural donde el punto central son las personas.

## ***F. Conclusión***

Los sujetos empresariales deben reflexionar respecto de la necesidad de adoptar y certificar su modelo preventivo de delitos al interior de la empresa. Reflexionar sobre estas materias permite a estos sujetos adquirir conciencia de los desafíos que deben enfrentar en la identificación de riesgos al interior de su organización. Lo anterior, con el objeto de prevenir los delitos contemplados en el modelo chileno de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Una P.d.P. en la empresa no puede comenzar sin un análisis de riesgo de los procesos al interior de la estructura de la organización. Tal responsabilidad no recae sólo en el encargado de prevención de la empresa, sino que también es una tarea conjunta con el resto de los miembros de la organización, bajo la supervisión de alguna auditora o clasificadora de riesgo que certifique el M.d.P. de la empresa.

Adoptar una P.d.P. que cumpla de forma específica con los pasos establecidos, facilita no sólo la certificación del modelo, sino también anteponerse ante un futuro conflicto con la autoridad. Por ende, tener en cuenta los aspectos que hemos enunciados en torno al lavado de activos, receptación, cohecho, financiamiento del terrorismo, negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida, administración desleal y los demás delitos estudiados, nos puede ayudar en la conformación de una estrategia de defensa que considere las aristas más complejas de estas figuras delictivas.

Por otra parte, si bien parece dominar a la Ley N° 20.393 un modelo de responsabilidad derivada atenuada, es posible interpretar desde nuestra perspectiva del inciso final del art. 5° una hipótesis material de responsabilidad autónoma. En consecuencia, los alcances de la responsabilidad autónoma quedan abiertos a la interpretación dogmática, sin restringirse el modelo chileno a una responsabilidad heterónoma por el hecho ajeno, hasta que sea objeto de modificaciones en el futuro que apunten en uno u otro sentido.

Esta reflexión surge a propósito de la pregunta realizada a Miguel Bajo Fernández, respecto de la posibilidad de aplicar e interpretar el modelo de culpabilidad constructivista en el modelo chileno en la disposición del inciso final del art. 5°, en el contexto de su charla acerca de "la persona jurídica" en la Universidad Alberto Hurtado en octubre de 2011. Miguel Bajo Fernández en dicha oportunidad señaló que le llamaba la atención la postura adoptada por Hernández que rechazaba la posibilidad de admitir una verdadera hipótesis materia de responsabilidad autónoma en la Ley N° 20.393. Asimismo, Enrique Bacigalupo en el seminario "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", realizado en la Universidad de Chile, en el mes de octubre del año 2011, los

días 25, 26, 27 y 28, señaló que esta cuestión sería zanjada conforme con la jurisprudencia o futuras modificaciones legales en el modelo legislativo chileno.

Así, aunque resulta inusual pensar que el proceso penal se trata de efectuar un juicio sobre una empresa o corporación, los nuevos parámetros de imputación penal de un Derecho penal moderno, obedecen a la perspectiva de un sujeto corporativo capaz de autorregularse.

De ahí que en esta última sección se ha expuesto la posibilidad de aplicación del modelo de culpabilidad constructivista. Así pues, si bien es cierto las empresas no cuentan con capacidad de acción como lo seres humanos, estas tienen una capacidad propia de autoorganización, es decir, un equivalente funcional a la voluntad individual. Por ello, en la medida que se les reconozca dicha libertad también se les podrá exigir un uso responsable de ella.

Finalmente, un uso responsable de la libertad empresarial implica adoptar un M.d.P., aunque no sea una exigencia legal. Las sanciones a las que puede verse expuesta la empresa son de tal entidad que crean esta necesidad. De esta manera, una P.d.P. que logre condensar las exigencias de la normativa chilena permite no sólo fomentar una cultura empresarial de cumplimiento, sino también preparar una estrategia de defensa que recupere los valores de una gestión responsable en los negocios.

## Bibliografía

- ARTAZA, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- ARTAZA, O. (2015). "Programas de cumplimiento". En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo & V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 231- 270). Madrid / Montevideo: Edisofer / B de F.
- ARMENTIA, P. (2015). "Canal de denuncias". En C. Saíz, *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (pp. 610 y ss.). Navarra: Aranzadi.
- BACIGALUPO, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, E. (2011). *Compliance y derecho penal*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- BALMACEDA, G. (2012). "Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco". *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 19, 2, passim.
- BALMACEDA, G., & GUERRA, R. (2014). *Políticas de prevención del delito en las empresas*. Santiago: Legal Publishing.
- BALMACEDA, G., & GUERRA, R. (2016). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Santiago: Librotecnia.
- BERMEJO, M., & PALERMO, O. (2013). "La intervención delictiva del Compliance Officer". En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & I. Ortiz de Urbina, *Compliance y Teoría del derecho penal* (pp. 171-201). Madrid: Marcial Pons.
- BOLEA BARDÓN, C. (2016). "Comisión por omisión. Deberes de garante en la empresa". Tomo 2. En M. Corcoy Bidasolo, & V. Gómez Martín, *Manual de derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial* (pp. 55 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch
- BLANCO, & OTROS (2005). *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago: LexisNexis.
- BLUMENBERG, A.-D., & GARCÍA-MORENO, B. (2015). "Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo". En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, & V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 273-298). Madrid / Montevideo: Edisofer / B de F.

CANO, D. (2011). *Contra el fraude, prevención e investigación en América Latina*. Buenos Aires: Granica.

CAROCA, A. (2005). *Manual del nuevo sistema procesal penal*. Santiago: LexisNexis.

CARRAU CRIADO, R. (2016). *Compliance para Pymes (TOL5.937.941)*. Madrid: Tirant lo Blanch.

CARRIÓN, A. (2014). *Criminal Compliance*. Lima: Thomson Reuters.

CASAS, I. & ÁLVAREZ, M. (2011). "¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbre y llamado por la seguridad jurídica)". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, pp. 26-47, passim.

COCA VILA, I. (2013). "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?". En J.-M. Silva Sánchez, & R. Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance* (pp. 43-72). Madrid: Atelier.

CURY, E. (1973). *Orientación para el estudio de la Teoría del delito*. Santiago: Ediciones Nueva Universidad.

ESCUADERO, M. (2015). "Diagnóstico y mapa de riesgos de compliance". En C. Sáiz, & otros, *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (pp. 533 y ss.). Navarra: Aranzadi.

GARCÍA CAVERO, Percy (2014). *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores.

GALLEGO SOLER, J.-I. (2015). "Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales". En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín, & M. P. Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance* (pp. 195-226). Madrid / Montevideo: Edisofer / B de F.

GALÁN MUÑOZ, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GALÁN MUÑOZ, A. & NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2017). *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GIMBERNAT, E. (1999). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C (2010). "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una ante-crítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weelzel". *Política Criminal*, Nº 10, Vol. 5, pp. 455-475.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (2012). "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En M. Bajo, B. Feijoo, && C. Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 111-133). Madrid: Thomson Reuters.

HERNÁNDEZ, H. (2010). "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". *Política Criminal*, Nº 9, Vol. 5, pp. 207-236.

HERNÁNDEZ, P. (2015). "Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de prevención, detección y reacción". En C. Saíz, *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (pp. 578 y ss.). Navarra: Aranzadi.

HORVITZ, M. I., &&LÓPEZ, J. (2003). *Derecho procesal penal chileno. Principios. Sujetos Procesales. Medidas Cautelares. Etapa de la Investigación* (Vol. 1). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ISO-19600 (2015). *Norma Española UNE*. Madrid: Asociación Española de Normalización.

LARENZ, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid: Ariel.

MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTIÑÓN, G. (2014). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución". En M. Ontiveros, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 321-336). Valencia: Tirant lo Blanch.

MATUS, J. P. (2009). "Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados". *Revista de derecho / Consejo de Defensa del Estado*, 21, pp. 291-309.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2013). "La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales". En J.-M. Silva Sánchez, && R. Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance* (pp. 143-159). Madrid: Atelier.

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

NIETO MARTÍN, A. (2015). "El cumplimiento normativo". En A. Nieto Martín, *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 25-49). Valencia: Tirant lo Blanch.

ORTIZ DE URBINA, S. (2015). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The american way". En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo & V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Madrid / Montevideo: Edisofer / B de F.

PEZOA, Á. (2014). "La responsabilidad ética del director de empresas". En E. Business, & U. d. Andes, *Directorio y Gobierno Corporativo* (pp. 111-123). Santiago: Universidad de los Andes.

PIÑA, J. I. (2008). *Rol social y sistema jurídico. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. Lima: Ara.

PIÑA, J. I. (2012). *Modelos de prevención de delitos en la empresa*. Santiago: LegalPublishing.

PUYOL, J. (2015). "La figura del Compliance Officer. Características y responsabilidades". En C. Sáinz, *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (pp. 89-17). Navarra: Aranzadi.

PUYOL, J. (2016). *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SEMINARA, S. (2014). "Compliance y derecho penal: la experiencia italiana". En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo & V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance* (pp. 127-155). Madrid / Montevideo: Edisofer / B de F.

SIEBER, U. (2013). "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". En L. Arroyo, & A. Nieto, *El derecho penal económico en la era del compliance* (pp 63-108). Valencia: Tirant lo Blanch.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2013). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español". En J.-M. Silva Sánchez, & R. Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance* (pp. 15-39). Madrid: Atelier.

SILVA, P. (1962). "Intervención de don Pedro Silva en Quintas Jornadas de Ciencias Penales del 17 al 20 de octubre". *Revista de Ciencias Penales*, t. 21, N° 1

UNE: 19601 (2017). *Norma Española UNE 19601*. Madrid: Agencia Española de Normalización.

VAN WEZEL, A. (2014). "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En M. Ontiveros, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 599-642). Valencia: Tirant lo Blanch.

VÉLIZ, P. & BITRÁN, Y. (2017). *Compliance: ¿Por qué y para qué? Claves para su gestión*. Santiago: Thomson Reuters.

WALT, S., & LAUFER, W. (1991). "Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions, 18 am. L. 263 1990-1991". *Heinonline*, Nº 263, Vol. 18, p. 263.

ZUGALDÍA, J. M. (2013). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## Relatoras:

*María Belén Espinoza Orrego*

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Políticas Públicas de la Hertie School of Governance de Berlín, Alemania, y Aspirante al Diplomado en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

*Macarena del Rosario Díaz Hernández*

Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.