



Universidad del Desarrollo
Universidad de Excelencia

FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGISTER EN DERECHO DE LA EMPRESA
CON MENCIÓN EN TRIBUTARIO

**COMPLIANCE PENAL. MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS
DE LA EMPRESA**

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE PARA OPTAR A GRADO DE TESIS DE MAGISTER

Autor: Víctor Contreras Campos.

Profesora guía: Fernanda Juppet Ewing.

CONCEPCIÓN – CHILE

2020

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCION	7

CAPITULO I:

GENERALIDADES DEL COMPLIANCE PENAL

1. ORIGEN DEL COMPLIANCE PENAL	10
1.1 EVOLUCION Y ESTADO ACTUAL DEL CRIMINAL COMPLIANCE.....	10
2. FINALIDAD.....	18
3. NATURALEZA.....	19
4. COMPLIANCE EN LA EMPRESA.....	21
4.1. FORMULACION: IDENTIFICAR, DEFINIR, ESTRUCTURAR.....	22
4.2. IDENTIFICACION DE RIESGOS.....	23
4.3. DEFINICION DE MEDIDAS DE PREVENCION, DETECCION Y COMUNICACIÓN.....	29

4.4. ESTRUCTURA DE SISTEMA DE CUMPLIMIENTO.....	33
---	----

CAPITULO II:

COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO COMPARADO Y CASOS RELEVANTES A NIVEL INTERNACIONAL

5. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO DE EE.UU.....	35
6. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	42
7. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO CANADIENSE.....	46
8. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ALEMÁN.....	48
9. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ITALIANO.....	51

CAPITULO III:

EL COMPLIANCE PENAL EN CHILE Y JURISPRUDENCIA

10. CRITERIOS GENERALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA IMPUTACION	
PENAL.....	55
11. MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS.....	62
11.1. FUNDAMENTOS DE UNA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DELICTUAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EMPRESA.....	62
11.2. MODELOS DE PREVENCIÓN.....	65
11.3. ROL DE CUMPLIMIENTO DE LA EMPRESA.....	67
12. JURISPRUDENCIA	
CHILENA.....	69
12.1. CASO CERESITA Y MUNICIPALIDAD DE RECOLETA.....	69
12.2. CASO EMPRESA SOCIEDAD ARIDOS MAGGI LIMITA.....	72
12.3. CASO UNIVERSIDAD DEL MAR.....	73
13. CONCLUSIÓN.....	75
14. BIBLIOGRAFIA.....	77

Resumen

Esta investigación tiene por objetivo estudiar los programas de cumplimiento o compliance penal, un fenómeno enfocado en la autoorganización preventiva por parte de las personas jurídicas con el objeto de prevenir posibles delitos al interior de la empresa, por ello, se comenzará esta presente investigación desde su origen, evolución y estado actual del criminal compliance, su finalidad, naturaleza.

A su vez veremos el compliance desde el punto de vista desde la empresa, la identificación de riesgos, medidas de detección y comunicación y su estructura de sistema de cumplimiento. Como ha ido surgiendo, incorporándose y teniendo más importancia a nivel mundial siendo principalmente un modelo de prevención de delitos de las empresas.

Se estudiará además el derecho comparado del compliance penal, enfocándonos desde su inicio y su primera implementación en países como Estados Unidos, España, Canadá, Alemania, Italia.

Se investigará el criminal compliance en Chile, sus criterios de implementación desde el punto de vista de la imputación penal, los respectivos modelos de prevención de delitos, sus fundamentos de dicho modelo desde la aplicación al mundo empresarial.

Sé analizara y estudiara jurisprudencia chilena relevante como el caso ceresita, caso de la universidad del mar, caso de empresa áridos maggi limitada, entre otros.

Palabras claves:

Delito

Actividades de Riesgo

Riesgo

Modelo de prevención de delitos

Protocolos de actuación/procedimientos

Política de prevención delictual

Introducción

Esta presente investigación corresponde a un trabajo, que pretende entregar una concepción del compliance penal desde el punto de vista empresarial y como se ha ido originando, creciendo e implementándose cada vez en mas empresas, tomando claramente un protagonismo notorio en variados países de Norteamérica, Europa, Latinoamérica e incluso Chile, su importancia de generar un modelo de prevención para la disminución de infracciones legales, delitos en el área penal económica, a pesar de no existir un deber general legalmente impuesto que le obligue a la empresa a conformar al interior suyo un sistema de cumplimiento, pese a ello, las empresas deciden crear estas políticas de prevención de delitos, puesto que, notablemente ayuda a la disminución de las infracciones legales, ya que, se requiere un amplio estudio y análisis para generar una identificación de riesgos de las posibles infracciones a las normas jurídicas que puedan cometer las empresas, con profesionales con una gran experiencia e intachable estudios y formación profesional.

Hipótesis:

Verificar si con la aplicación de compliance en las empresas se disminuyen los riesgos de incurrir en ciertas prácticas delictuales

Metodología:

El capítulo primero versa en las generalidades del compliance penal partiendo desde su origen, su evolución y estado actual, su finalidad, naturaleza. Posteriormente en el presente capítulo se abordará sobre el compliance en la empresa, su identificación de riesgos, definición de medidas de prevención, detección y comunicación y finalmente en el presente capítulo analizaremos su estructura de sistema de cumplimiento.

En el capítulo dos profundizaremos desde el punto de vista del derecho comparado y casos relevantes a nivel internacional, como primero veremos el compliance penal desde su origen internacional, comenzando con la legislación estadounidense, avanzado posteriormente a España, asimismo veremos el criminal compliance en Canadá, luego en Alemania, posteriormente en el derecho italiano. Posterior a dicho análisis del derecho comparado.

El capítulo tres presenta el compliance penal en Chile y jurisprudencia nacional, analizando primeramente los criterios generales de la imputación penal, estudiando el modelo de prevención de delitos,

Motivación:

La motivación para la presente investigación es que, principalmente lo que dice relación con el estudio de compliance a nivel nacional y de aplicación del mismo, hasta este momento no tenía mucha aplicación práctica, sino que se limitaba a las grandes empresas y conductas pocas y específicas, pero, sin embargo, con las eventuales e inminentes reformas en las que se incorporaran un gran y amplio catálogo de delitos para la aplicación de este, es que lo hace una materia muy innovadora.

Objetivo general: Conocer los orígenes del compliance penal, su finalidad, su estructura, y analizar como empezó a tomar relevancia jurídico-empresarial para lograr expandirse en diversos países.

Objetivos específicos:

- Examinar la estructura, la detección, la formación del compliance penal, la identificación de riesgos.
- Analizar el criminal compliance en el derecho comparado y como son aplicables las políticas de prevención delictual y como cada legislación regula de manera diversa cada modelo de prevención.
- Descubrir la aplicación del compliance penal en nuestra legislación nacional, sus criterios generales de imputación penal.

CAPITULO I

GENERALIDAD DEL COMPLIANCE PENAL

I. ORIGEN DEL COMPLIANCE PENAL

Desde la mitad del siglo XX, las corporaciones han asumido un papel preponderante en el funcionamiento de diversos sectores sociales esenciales, lo cual se ha convertido también en el principal foco de creación de riesgos, especialmente de los llamados “nuevos riesgos”¹.

La dinámica de grupo que se desarrolla al interior de las empresas y que puede llegar a tener una naturaleza criminógena, el uso industrial de la tecnología en ámbitos en los que no existe plena certeza sobre la aparición de efectos secundarios nocivos o la vinculación de la actividad empresarial con la generación de riesgos masivos, son solo algunas de las nuevas situaciones propias del mundo empresarial moderno que ponen en evidencia la peligrosidad de la actividad corporativa en relación con los intereses colectivos. Ante este panorama, es lógico que el Estado, en tanto garante del

¹ Vid. Bock, Dennis, *Criminal compliance*, Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 29 y ss., en relación con lo que califica de riesgos modernos. Igualmente, Engelhart, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2.ª ed., Friburgo (i.B.), 2012, p. 610, clasificando los factores de riesgos de la empresa en dos grupos: Los riesgos por su existencia y los riesgos por la dinámica de grupo.

bien común, se vea en la necesidad de establecer mecanismos adecuados de control para asegurar que el accionar de las empresas no traiga consigo consecuencias socialmente dañosas o, en todo caso, reducirlas a niveles tolerables. Este aseguramiento de los riesgos provenientes de las empresas se pretende conseguir por medio de diversos modelos que pendulan entre dos extremos claramente definidos.

Desde un primer punto se encuentra el modelo de intervención estatal puro, el cual asigna al Estado la labor de definir los mecanismos de prevención que la empresa debe adoptar, supervisar su implementación y sancionarla en caso de incumplimiento (el modelo de comando y control)². Desde otro punto de vista, se encuentra la visión absolutamente liberal de dejar en manos de la empresa misma la incorporación de las medidas de aseguramiento de los riesgos en función de las exigencias del mercado (el modelo de la autorregulación). Posteriormente al conflicto entre ambas el cual tuvo una duración prolongada, es así que son décadas de conflicto, podemos señalar que, hoy en día ambos extremos resultan incompatibles e inaplicables. El primero, porque resulta imposible que el Estado pueda regular y controlar de una forma completamente eficaz de aspectos que dependen de factores como las dimensiones de cada empresa o características en particular de los

² Vid. Coca Vila, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 44.

sectores del mercado en lo que esta realiza sus respectivas operaciones. El segundo, por su parte, por la poca prioridad que la dirección de la empresa le puede llegar a asignar a este tema en comparación que otros que le parecen más relevantes para sus intereses socioeconómicos. El fracaso de ambos modelos considerados extremos ha generado que en la actualidad se apliquen modelos intermedios³.

Desde los años noventa del siglo XX se ha ido considerando e implementando a la vez modelos intermedios de aseguramiento de los riesgos empresariales la llamada autorregulación regulada⁴. El principal enfoque de este modelo es generar las condiciones para que las corporaciones adopten, por medio de una coordinación con los poderes públicos y otros agentes sociales⁵, ciertas normas de comportamiento idóneas para evitar o mitigar los riesgos derivados de su actividad y ellas mismas se encarguen, a su vez, de asegurar su efectivo cumplimiento⁶. Se trata de un modelo regulatorio que ciertamente parte de la autorregulación de las empresas, pero que lo hace de manera subordinada a unos fines o intereses predeterminados por el Estado y sujeto también a su supervisión. No tiene lugar, por tanto, una ausencia del Estado, sino, más

³ Así, Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 45.

⁴ Vid. Nieto Martín, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación”, p. 3.

⁵ Así, Nieto Martín, Adán, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, Madrid: Iustel, 2008, p. 176.

⁶ Vid. Nieto Martín, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación”, p. 4.

bien, una presencia más eficaz por medio de un control con un mayor nivel de sofisticación⁷.

Desde hace algunos años, los incentivos legales para el compliance no se reducen a la obligación legal de informar a los inversores sobre si se ha adoptado en la empresa un programa de cumplimiento normativo como un elemento de juicio que influye decisivamente en el valor de sus acciones. El que la empresa haya implementado un sistema de cumplimiento normativo ha comenzado a ser tenido en cuenta también en la imposición de sanciones jurídicas. En los años sesenta, la empresa americana General Electric pretendió utilizar su programa de cumplimiento normativo como medio de defensa frente a cargos penales en materia de competencia, y si bien fracasó en su intento, despertó una amplia discusión en los Estados Unidos sobre la relevancia penal que podría tener el hecho de que la empresa haya contado con un compliance program²⁷. Fue finalmente en la década de los noventa, con la expedición de las llamadas Federal Sentencing Guidelines, cuando se tomó la decisión legislativa de dar relevancia jurídico-penal a la incorporación de un programa de cumplimiento normativo como criterio de determinación de la pena a las empresas⁸.

⁷ Así, Nieto Martín, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación”, p. 4; Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 47.

⁸ Vid. Baer, Miriam Hechler, “Governing corporate compliance”, en Boston College Law Review, vol. 50, n.º 4, Boston: setiembre del 2009, p. 964; Rotsch, Thomas, “Compliance”, en Achenbach, Hans y Andreas

Desde el inicio del Siglo XXI, el compliance comienza a tomar una mayor relevancia jurídica, puesto que, ya no solo se aplica la imposición de las sanciones penales, sino que incluso su falta de adopción o la inobservancia de ciertos parámetros legalmente definidos pasan a ser susceptibles de sanción⁹. En los Estados Unidos de Norteamérica este cambio de perspectiva ha venido de la mano de diversas leyes aprobadas por situaciones de crisis. Si bien el germen de esta política legislativa puede verse ya en la Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (FCPA) en relación con los actos de corrupción a funcionarios públicos extranjeros¹⁰ no es sino hasta el comienzo del presente siglo en el que se aprecia con claridad la intervención del Estado en la definición de los programas de cumplimiento normativo de las empresas.

En Europa, puede apreciarse un giro similar en el tratamiento jurídico de los programas de cumplimiento normativo de las empresas. La crisis económica del 2007 encontró como una de sus principales causas a realización de excesos o irregularidades producidos en un mercado financiero desregulado¹¹, por lo que en muchos países europeos ha aumentado la

Ransiek (hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, n.º 3, 2012, aufl. 1. Teil, 4, n. m. 13; Garcia, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.26.

⁹ Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (dirs.), Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid: Edisofer, 2014, p. 274.

¹⁰ Vid. Ford y Hess, “Can corporate monitorships improve corporate compliance?”, art. cit., p. 689; Garcia, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.26.

¹¹ Así, Bacigalupo Zapater, “Compliance” y derecho penal, ob. cit., p. 12; González de León Berini, “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal”, p. 78 y ss.

tendencia a aprobar normas especiales que obligan a las empresas a adoptar ciertas medidas en sus sistemas de prevención¹². Por otro lado, la progresiva incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en franco abandono de la tradición europea-continental del *societas delinquere non potest*, ha sido aprovechada para unir a esta responsabilidad penal la idea de los programas de cumplimiento normativo como un criterio de fundamentación o de determinación de la pena a las entidades corporativas. El *compliance* ya no es solamente un instrumento que asegura el valor de la empresa, sino un criterio que se utiliza en la determinación de las responsabilidades jurídicas¹³.

Latinoamérica no ha queda atrás, con la implementación de los modelos, en el caso de el Perú no ha sido ajeno a la tendencia internacional antes reseñada. La entonces llamada Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), hoy llamada Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), redactó en julio del 2002, en coordinación con otras instituciones públicas y privadas vinculadas al mundo corporativo y empresarial, el documento denominado “Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas”. Si bien en un primer momento el objetivo de dicho

¹² Así, Gómez-Jara Díez, Carlos, “Aproximación a la influencia del ‘gobierno corporativo’ sobre el derecho penal económico”, en Bajo Fernández, Miguel (dir.), *Gobierno corporativo y derecho penal*, Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008, p. 154

¹³ García, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.28.

documento fue generar solamente un marco referencial, en el 2004 dio un paso más allá al establecer la obligación a los actores del mercado de valores de incorporar en la memoria anual un detalle sobre el cumplimiento de veintiséis de los principios establecidos en el documento redactado en el 2002¹⁴. Esta exigencia legal permite señalar que la formulación de los principios del buen gobierno corporativo. El documento sobre los principios del buen gobierno para las empresas peruanas fue actualizado en el 2013 por un comité integrado por catorce instituciones públicas y privadas, dando origen al llamado Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (CBGCSP)

En su introducción, este documento reafirma que, como se hizo con su antecesor, se ha seguido en términos esenciales la formulación hecha por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aunque tomando en cuenta, claro está, las particularidades de las empresas nacionales. Se destaca expresamente que su seguimiento es voluntario, en la línea del principio internacionalmente reconocido del “cumple o explica”. Uno de los puntos de especial incidencia en la labor de actualización de los principios del buen gobierno corporativo ha sido la necesidad de implementar en las empresas una adecuada gestión de los riesgos a los que están expuestas. Su nueva estructura se encuentra dividida en cinco pilares: i)

¹⁴ Vid. Puga De la Rocha, “Buen gobierno corporativo y regulación en el Perú”, p. 79.

Derechos de los accionistas, ii) junta general de accionistas, iii) el directorio y la alta gerencia, iv) riesgo y cumplimiento, y v) transparencia de la información.¹⁵

La relevancia jurídica del compliance ha tomado mayor cuerpo en el Perú con la aprobación de la Ley N.º 30424 que establece la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Sin entrar por ahora en la discusión de si dicha responsabilidad es administrativa o penal¹⁶, lo que resulta pertinente destacar aquí es que, en su artículo 17, establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos antes mencionados, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Este modelo debe estar conformado por medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Como puede verse, si bien esta normativa legal no impone a las personas jurídicas la obligación jurídica de adoptar un compliance para evitar la

¹⁵ García, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p. 29.

¹⁶ García Caveró, Percy, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en García Rivera, Esther Paola (coord.), III Convención de derecho público, Lima: Palestra, 2016, p. 149 y ss.

comisión de determinados delitos por sus miembros individuales, hacerlo, tendrá el efecto de un eximente de la responsabilidad.

II. FINALIDAD

Puede decirse que, el compliance constituye un mecanismo interno de supervisión en las corporaciones¹⁷ cuya finalidad es asegurar la observancia de la ley en las actividades corporativas, esta finalidad esencial, sin embargo, tiene dos objetivos diferentes, en primer lugar, evitar las conductas que constituyen infracciones a la ley considerándolo como una función de prevención. En segundo lugar, si las infracciones legales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección, gestión de sus consecuencias y eventual comunicación a las autoridades correspondientes considerado como función de confirmación del derecho¹⁸.

¹⁷ García Caveró, Percy, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en García Rivera, Esther Paola (coord.), III Convención de derecho público, Lima: Palestra, 2016, p. 149 y ss.

¹⁸ Clavijo Jave, Camilo, “Criminal compliance en el derecho penal peruano”, en Derecho PUCP, n.º 73, Lima: 2014, p. 631.

La función de prevención del compliance conlleva la implementación de un conjunto de medidas organizativas y de vigilancia al interior de la empresa, tendentes a evitar que se produzcan infracciones legales. Se lleva a cabo, por tanto, una prevención situacional de dichas infracciones a nivel de la estructura empresarial.

Al compliance se le atribuye también una función de confirmación del derecho. Esta función se materializa en el establecimiento de diversos mecanismos confiables y seguros para la detección interna de las irregularidades cometidas, así como para la realización de actos de reparación y, de ser el caso, de denuncia a las instancias correspondientes.

III. NATURALEZA

Podría pensarse que el compliance no hace más que referencia a una obviedad, pues si una conducta se encuentra jurídicamente prohibida, lo que deben hacer los ciudadanos, incluidas también las empresas, es evitar realizarla. Al final, el compliance se reduciría a la disposición de cumplir con la ley. Sin embargo, la observancia de la legalidad no es tan fácil de conseguir en el marco de empresas complejamente organizadas, en la medida que en

ellas intervienen una pluralidad de personas desde diversas posiciones y con intereses individuales muy distintos¹⁹.

En cuanto a la naturaleza del compliance, ello depende de la razón que motiva su conformación en la empresa. En un primer momento, su aparición fue producto de una decisión absolutamente privada, en la medida en que surgió como expresión de la autorregulación pura de las empresas. Razones de carácter ético, reputacional e incluso económico (como el mejor posicionamiento en el mercado o la evitación de consecuencias patrimoniales perjudiciales²⁰), serían las que podrían explicar la libre decisión de las empresas de implementar un programa de cumplimiento normativo. El origen sigue siendo privado si la implementación del compliance es exigida por una institución privada para el desarrollo de algún tipo de actividad, como lo que hacen, por ejemplo, las bolsas de valores americanas para participar en dicho mercado. En este caso, el compliance pone de manifiesto una línea de actuación de la administración de la empresa que permite a los inversionistas asumir razonablemente que están apostando por una empresa con baja contingencia de verse envuelta en un problema de responsabilidad jurídica con los costos que ello conlleva. El compliance se implementa, por lo tanto,

¹⁹ Vid. Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 72.

²⁰ Vid. Bacigalupo Zapater, “Compliance” y derecho penal, p. 32

con la finalidad de reducir los riesgos de responsabilización de sus miembros en interés económico de la empresa misma²¹.

IV. COMPLIANCE EN LA EMPRESA

Desde el punto de la empresa, ésta debe ajustarse a derecho, en las legislaciones actuales no existe un deber general legalmente impuesto que le obligue a la empresa a conformar al interior suyo un sistema de cumplimiento normativo.

Pese a lo compleja que es la tarea de implementar un sistema de cumplimiento normativo en una empresa²², su conformación no debe perder de vista los que son sus objetivos centrales: evitar la realización de infracciones legales y detectar aquellas que, pese a las medidas de prevención, se hayan cometido. Por lo tanto, el compliance debe estar siempre diseñado a la medida de tales fines.

²¹ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.35 .

²² Así, Campos Nave, José, Rechtsstaatliche Regeltreue? Corporate Compliance als zwingende Antwort des freheitsliebenden Unternehmens im Wirtschaftsstrafrecht, Frankfurt a.M., 2011, p. 92.

FORMULACION IDENTIFICAR – DEFINIR – ESTRUCTURAR

La primera columna sobre la que se erige el compliance empresariales la formulación de un programa de cumplimiento, esto es, el cuerpo normativo que recoge los procedimientos empresariales internos de gestión de los riesgos de infracción legal²³.

Es preciso señalar que lo más normal es que cada empresa cree su propio programa de cumplimiento, a su vez nada imposibilita que se tengan presentes propuestas hechas por asociaciones empresariales con realidades parecidas, a la que adhieran sus miembros²⁴. Cuando se trata de grupos de empresas pueden establecer una parte común, un código ético y posteriormente cada empresa puede crear un programa de cumplimiento con las particularidades correspondientes a cada empresa. En caso de tratarse de una empresa transnacional, deberá ser conforme a las diferencias establecidas en el ordenamiento jurídico de cada país.

²³ Vid. Coca Vila, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 60.

²⁴ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.40.

Así las cosas, la formulación del programa de cumplimiento normativo es labor correspondiente desde la dirección de la empresa, pese a ello, es factible que en ella intervengan otros organismos o personas interesadas ²⁵.

LA IDENTIFICACION DE RIESGOS

Lo principal de la formulación de un cumplimiento es identificar, los posibles riesgos de infracción a las normas legales correspondientes al tipo penal, aquellas que provienen de la actividad empresarial correctamente realizada²⁶. Es un paso esencial para la eficaz elaboración de un programa de cumplimiento normativo. Cabe señalar, que le permitirá establecer cuales son los riesgos más importantes y primar los recursos disponibles para poder controlarlos. Las empresas no pueden determinar medidas de protección para todos los riesgos posibles e imaginables, puesto que, es financieramente imposible.

²⁵ García Caveró, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.40.

²⁶ Vid. Rotsch, “Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung”, p. 147; Nieto Martín, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación”, p. 10; Roxin, Imme, “Probleme und Strategien der Compliance Begleitung in Unternehmen”, 2012, p. 116; García Caveró, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.41.

La identificación de riesgos ha estado vinculado generalmente al trabajo de los auditores²⁷. Es lo normal si hablamos de analizar posibles riesgos en materia económica, no obstante, no parece lógico si hablamos de analizar posibles riesgos en materia de violación a las normas legales²⁸. No solo debe tenerse al tanto las circunstancias, sino tan bien y lo cual es muy importante y especial son las normas jurídicas relevantes, es por ello, que, debe estar a cargo de la identificación de riesgos un profesional del derecho con experiencia en los ámbitos jurídicos de carácter empresarial²⁹. Es de controversia la decisión de elección de dicho profesional, puesto que, se debate entre que se haga cargo de la labor un abogado interno o un asesor externo. En cuanto, al abogado interno se puede señalar como ventaja el mayor conocimiento y comprensión de los procesos internos de la empresa en cuestión y la confianza de los trabajadores al profesional para entregarle información confidencial y relevante, pese a que resulta más complejo entregar información a alguien de confianza a que un

²⁷ Arroyo Zapatero, Luis Alberto (dir.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 160; García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.41.

²⁸ Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima: Jurista editores, 2015, p. 462; García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.41.

²⁹ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.41.

desconocido³⁰. En relación al asesor externo, es ventajosa su mayor experiencia y especialización en la formación de programas de cumplimiento. Es preciso señalar, que en la practica se estila dejar a cargo de la identificación de riesgos a asesores externos con el apoyo de abogados internos.

La identificación de riesgos se compone de los siguientes pasos:

a. La fijación del objeto:

En lo principal se debe determinar en un análisis de riesgos, es la actividad de la empresa en la que van a identificar los riesgos de infracción legal³¹. Así las cosas, es preciso en al comienzo se lleve a cabo una evaluación global de los riesgos que se expone la empresa, lo mas favorable es ir es ir disminuyendo su ámbito de análisis, puesto que, una de las características de la identificación de riesgos es que sea concreta. Pese a ello, es amplia respecto a su procedencia, ya que, la infracción legal puede

³⁰ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.42.

³¹ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.42.

ser de cualquier miembro de la empresa y estar contemplada en cualquier ámbito del derecho³².

b. La identificación de las probables infracciones legales:

Como segundo paso, encontramos la identificación de las posibles infracciones legales que puede ocurrir en la actividad de la empresa en la que se enfoca el respectivo análisis. Dichos riesgos, se derivan generalmente de particularidades que son propias de la actividad realizada como por ejemplo; el lavado de activos en las actividades de intermediación financiera. Bien pueden ser de la estructura concreta organizativa, por ejemplo; la inadecuada distribución de funciones y manejo de la información al interior de la empresa.³³

La efectividad de la identificación de riesgos de infracción legal dependerá de la definición más completa que se haga de las posibles formas de actuación relevantes y la correcta interpretación de las leyes aplicables³⁴.

³² Vid, Bock, Criminal Compliance, 2011, p.588; García Caveró, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.42.

³³ Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (dirs.), Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid: Edisofer, 2014, p. 206; García Caveró, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.43.

³⁴ Vid, Bock, Criminal Compliance, 2011, p.589; García Caveró, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.43.

La identificación de los riesgos de las posibles infracciones legales resulta difícil en ámbitos jurídicos que son complejos. Dicha complejidad puede ser por un conocimiento técnico que solo puede ser manejado por expertos, por ejemplo: las regulaciones sobre la libre competencia o sobre el mercado de valores³⁵.

Es preciso señalar, que no puede exigirse una completa identificación de riesgos en cuanto todas las infracciones legales existentes que pudiesen generarse en la actividad empresarial, bien puede establecerse un filtro que deje de lado a aquellas cuya realización parezcan remotas.

c. La evaluación del riesgo:

Como tercera etapa, es la evaluación del riesgo. En esta etapa se decide la necesidad de actuar para prevenir los riesgos hallados, así como la intensidad de la prevención. Lo que se hace en la práctica es una valoración de los riesgos detectados conforme a su clase, frecuencia, extensión de los posibles daños, etc³⁶.

³⁵ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.43.

³⁶ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.45.

d. Revisión:

Conforme a las circunstancias variadas que pueden dar lugar a hechos que configuren una infracción legal, como las posibles modificaciones al derecho vigente y los criterios de interpretación jurídica, es preciso que se haga una revisión continua de la labor de identificación de riesgos³⁷. Es recomendable conocer lo antes posible los nuevos riesgos o la identificación de los ya existentes.

e. Documentación:

La formulación de los riesgos de infracción legal debe hacerse en la práctica con la elaboración de mapas, inventario de riesgos, en ello debe constar una evaluación de riesgos detectados que este expuesta la empresa de infringir las normas legales.

³⁷ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.48.

DEFINICIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y COMUNICACIÓN

De la formulación: identificar – definir – estructural, la definición de medidas de prevención, detección y comunicación es el segundo paso del compliance, el cual consiste en definir el modo en que se debe actuar frente a los riesgos identificados de infracción legal. El objetivo de este paso es reducir el riesgo de criminalidad empresarial, si, pese a ello en el caso de que no sea posible se deberá establecer los procedimientos para poder gestionar adecuadamente los riesgos lesivos³⁸.

No existe regulación legal alguna que nos indique de forma taxativa cuales son las medidas de prevención o de gestión que deba implementar la empresa en su programa de cumplimiento normativo, por lo cual, podrá incluir cualquiera que razonablemente consista en un riesgo a la infracción de leyes.

Medidas generales que suelen adoptarse en los sistemas de cumplimiento normativo, sin perjuicio de que, se pueden adoptar otras medidas en relación con los riesgos de infracción legal

³⁸ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.49.

a. Los códigos de conducta:

Como primero dentro de la administración del riesgo se suelen colocar “los códigos de conducta”, o bien llamados también como “códigos de ética” o “de buenas prácticas”³⁹. Consiste en una herramienta de la dirección empresarial mediante la cual se ponen por escrito los valores que los empleados deben observar en su actuación y que constituyen la esencia de la cultura corporativa de la empresa⁴⁰.

b. La delimitación de competencias y responsabilidades:

Dentro de la administración del riesgo no solo basta con un código de conducta, sino, que es preciso adoptar mas medidas enfocadas a asegurar que los miembros de la empresa no caigan en infracciones legales.

Es útil para la empresa determinar una estructura organizativa que determine claramente las competencias y las responsabilidades de cada

³⁹ Navas Mondaca, Iván, “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 114 y ss; García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.50.

⁴⁰ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.50.

miembro de la empresa en las fases de producción, desarrollo, fabricación, control, distribución, observación, entre otras⁴¹.

El objeto de esta medida es procurar y evitar que exista una superposición de funciones que pueda llevar a un trabajador a confiar en que el otro se ocupará de lo que les corresponde a ambos, o, lo que es peor, la generación de ámbitos carentes de una persona responsable⁴².

c. La selección de información necesaria:

Una adecuada administración de la información que discurre al interior de la empresa resulta también de suma importancia para evitar posibles infracciones legales, en la medida que la toma de decisiones acertadas presupone contar con la información pertinente. En este sentido, se deben crear los canales internos de distribución de la medida de información que sea necesaria para tomar una decisión legalmente correcta⁴³.

⁴¹ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.54.

⁴² García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.54.

⁴³ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.55.

d. La determinación de responsabilidades en relaciones de subordinación y delegación:

Conforme a las medidas preventivas es preciso incorporar además el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de las relaciones de subordinación de delegación (horizontal o vertical). En este punto, se considera una medida adecuada para la correcta administración del riesgo de infracciones legales el establecimiento de criterios idóneos para la selección del personal dependiente o al que se le delega posiciones de riesgo de infracción legal⁴⁴.

e. Medidas de detección de irregularidades:

La gestión del riesgo de infracción legal de la empresa no termina en su prevención, este puede continuar si por alguna razón no se pudo evitar a su realización. En este caso, lo que se tiene que conseguir con el programa de cumplimiento normativo es la oportuna detección de infracciones legales, y de ser así, también la identificación de que medidas

⁴⁴ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.56

de prevención dispuestas internamente no fueron adoptadas por los trabajadores responsables.⁴⁵ Con la adecuada detección de las infracciones legales, la empresa estará en capacidad de adoptar las medidas internas y externas que mejor contribuyan a reducir los efectos lesivos producidos y controlar el impacto de en la organización⁴⁶.

ESTRUCTURA DE SISTEMA DE CUMPLIMIENTO

La estructura de sistema de cumplimiento es el tercer paso sobre el sistema de cumplimiento normativo dentro de la empresa, la cual consiste en crea una estructura propia del compliance. Esta estructura debe asignar de manera clara las tareas que, en relación con el sistema de cumplimiento normativo, le corresponden a cada miembro de la empresa, así como prever, cuando sea necesario, las facultades requeridas para su materialización. La concreta

⁴⁵ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.58.

⁴⁶ Gallego Soler, José Ignacio, “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales” 2014, p.212; García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.58.

configuración de esta estructura dependerá evidentemente de las dimensiones de cada empresa.⁴⁷

Un aspecto esencial en la estructuración del compliance es, sin duda, el nombramiento de una persona responsable por su puesta en marcha.⁴⁸

Se recomienda que la persona elegida como la encargada del sistema de cumplimiento normativo cuente con conocimientos sobre el funcionamiento interno de la empresa y los ámbitos jurídicos de incidencia del compliance. Es preciso señalar, que es necesario que cuente con una trayectoria limpia y no encontrarse en una situación de conflictos de intereses efectiva o potencial en el cual se pueda ver transgredido la objetividad de su trabajo⁴⁹.

⁴⁷ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.60.

⁴⁸ García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.61.

⁴⁹ Nieto Martín, Adán, “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, 2015, p.196; García Cavero, Percy, “Criminal compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos”, 2017, p.61.

CAPITULO II

COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

V. COMPLIANCE PENAL EN ESTADOS UNIDOS

La relevancia de los denominados “Compliance Programs (Programas de Cumplimiento)”⁵⁰procede precisamente del sistema penal federal de Estados Unidos y, a partir de allí poco a poco se han ido posicionando en otros países de nuestra orbita cultural⁵¹.

Dichos sistemas se elaboran para la creación de vias de alerta de irregularidades internas, que dicen relación con entre la defensa penal de las personas jurídicas y de la defensa de las personas naturales⁵². Vale decir, si los Compliance Programs cumplen con ciertos requisitos no solo afectan la aplicación de la sanción, sino, también influyen en la conclusión de los

⁵⁰ Nieto Martin, Adán, “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Tirant lo Blanch, 2015, p.25; Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.15.

⁵¹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.15.

⁵² Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.15.

tribunales para describir si las personas jurídicas son responsables penalmente⁵³.

En el derecho norteamericano es de público conocimiento que se debe tener en cuenta la forma de organización de las personas jurídicas, con el objetivo de satisfacer la necesidad de prevenir delitos, en particular cuando se quiere determinar la naturaleza o el monto de la sanción gracias a los mandamientos de los “Federal Sentencing Guidelines”⁵⁴ sobre la determinación judicial de la pena⁵⁵.

Como boceto del modelo dominante de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema de la legislación federal estadounidense, y:

- a. Se dirige, principalmente, a definir el papel actual de los Compliance en los mecanismos prácticos de atribución de responsabilidad⁵⁶, y centra su

⁵³ Nieto Martín, Adán, “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Tirant lo Blanch, 2015, p.15; Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.16.

⁵⁴ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.17.

⁵⁵ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.17.

⁵⁶ Norma ISO 19600: Sistema de gestión de Compliance. Directrices, Madrid, Asociación Española de Normalización y Certificación, 2015, p. 11 y ss.

atención en el alcance con los que los tribunales federales aluden a una organización preventiva adecuada.

- b. Estudia las particularidades que los programas de cumplimiento deben manifestar para ser estimados por la acusación como una base útil y razonable para una decisión de presentar o no cargos contra las personas jurídicas⁵⁷.
- c. Examina la admisión y real ejecución de programas de cumplimiento⁵⁸ como un principio para la individualización judicial de la pena;
- d. Por último, se proponen las características necesarias para un programa de cumplimiento “verdadero”⁵⁹.

COMPOSICIÓN Y RESTRICCIONES DEL MODELO ESTADOUNIDENSE

⁵⁷ Norma ISO 19600: Sistema de gestión de Compliance. Directrices, Madrid, Asociación Española de Normalización y Certificación, 2015, p. 21 y ss.

⁵⁸ Norma ISO 19600: Sistema de gestión de Compliance. Directrices, Madrid, Asociación Española de Normalización y Certificación, 2015, p. 26 y ss.

⁵⁹ Norma ISO 19600: Sistema de gestión de Compliance. Directrices, Madrid, Asociación Española de Normalización y Certificación, 2015, p. 11 y ss.

Es preciso señalar que, tanto los tribunales federales como los tribunales de los Estados en donde no existe una legislación alguna determinada sobre el tema, habitualmente emplean una regla del common law, la denominada del “esquema de respondeat superior”⁶⁰, que constituye una manifestación de responsabilidad vicarial derivada del principio de atribución de responsabilidad del Derecho de daños (Tort Law)⁶¹.

La organización compleja o defectuosa debe ser declarada responsable solamente si se ha cometido delito por uno de sus empleados, mientras desarrollaba actividades colectivas con el objetivo de obtener un beneficio general, más que individual.

Además, según este sistema no se estima ninguna consideración adicional a la relación entre el delito y la conducta de la persona jurídica. La responsabilidad penal se ha atribuido incluso cuando el delito ha sido cometido pese a la adopción e implementación de programas de cumplimiento⁶².

⁶⁰ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.19.

⁶¹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.19.

⁶² Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.20.

EL CÓDIGO PENAL MODELO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Partiendo por señalar que es el Código Penal Modelo (MPC) es un texto diseñado para estimular y ayudar a las legislaturas estatales de los Estados Unidos para actualizar y estandarizar la ley penal de los Estados Unidos de América. El MPC fue un proyecto del “American Law Institute” (ALI), y se publicó en 1962 después de un período de redacción de diez años.

Si dicho Código hubiere sido acogido hubiese significado un paso trascendental para el acercamiento entre el área anglosajón y los principios de la tradición europea continental, no obstante, de las sesiones de trabajo y de los debates en su tramitación se ha demostrado un notable impacto en el case law sobre la responsabilidad penal corporativa. Además, su sistema ha sido admitido en muchos códigos estatales y es utilizado, a veces, como una posibilidad frente a la doctrina del respondeat superior, ya expuesto, en aquellos Estados donde no existe normativa sobre esta responsabilidad⁶³.

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL FEDERAL DE ESTADOS UNIDOS

⁶³ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.22.

Son importantes las denominadas “Federal Sentencing Guidelines”, la cuales fueron redactadas por la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, promulgadas por el Congreso en 1984, y que entraron en vigencia en noviembre de 1991, con el objeto de poner punto y final a la descontrolada discrecionalidad que dominaba el panorama en el sistema federal⁶⁴.

Detallando el marco en el cual son aplicables las directrices, éste se circunscribe a los delitos federales. Es decir, se aplican a todos los delitos federales menos graves (federal felonies) y los delitos federales del tipo A leves (misdemeanor)⁶⁵. En cuanto al ámbito de aplicación personal de las directrices, señalan que serán aplicables a toda “organización”, entendiendo por tal a “toda persona que no sea un individuo”⁶⁶.

ETAPAS PARA PODER DETECTAR UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO ADECUADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Las Federal Guidelines proporcionan indicaciones fundamentales.

⁶⁴ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.27.

⁶⁵ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.28.

⁶⁶ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.28.

Esta orientación asigna mayor relevancia a la existencia de programas de cumplimiento que la concesión de premios o la imposición de sanciones propiamente tales⁶⁷.

Los pasos generales para medir esta efectividad según los criterios contenidos en el ordenamiento jurídico norteamericano y que se ven reflejados la estandarización internacional⁶⁸, son los siguientes:

- a. Elaboración de mapas o matrices de riesgo (inventario de responsabilidad).
- b. La generación de códigos de conducta.
- c. El establecimiento preventivo de responsabilidades regulatorias específicas relativas al modelo de cumplimiento normativo (procedimientos y mecanismos de sanción).
- d. La debida diligencia al momento de delegar autoridad.
- e. Efectuar constantes entrenamientos o capacitaciones (asegurar la vigencia del sistema); y,
- f. Por medio de la realización de auditorías y monitoreo (mejoras constantes).

⁶⁷ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.30.

⁶⁸ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.30.

VI. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el derecho penal español existe una responsabilidad de la persona jurídica y una regulación del modelo de prevención expresamente establecido en los art. 31 bis; 31 ter; 31 quater y 31 quinqués del código penal español.

En conformidad con los artículos mencionados anteriormente, se puede establecer que, en comparación a la anterior legislación de 2010, que el legislador del año 2015 ha decidido que los modelos de prevención eximan la responsabilidad penal de la empresa bajo determinadas condiciones.

Los compliance Programs o programas de cumplimiento, son cuerpos normativos a través de los cuales una persona jurídica se organiza a fin de prevenir los riesgos de responsabilidad normativa⁶⁹.

Conforme a las normas anteriormente señaladas, el juzgador debe valorar la idoneidad del programa de cumplimiento para determinar si cabe o no responsabilidad penal de la empresa⁷⁰.

⁶⁹ Bacigalupo, Enrique, “Compliance y Derecho Penal”, Thomson Reuter, 2011, p.18.

⁷⁰ Balmececa, Gustavo/Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.55.

En el artículo 31 bis se establecen dos sistemas parcialmente distintos, en función de si el delito lo ha cometido un superior jerárquico o un subordinado⁷¹:

1. Cuando el delito lo comete un superior jerárquico, la empresa o persona jurídica quedará exenta si se cumplen las siguientes cuatro condiciones:
 - a. En primer lugar, se exige que el consejo de administración (el directorio de la empresa en el caso chileno) haya adoptado y ejecutado con eficacia y antes de la comisión del delito, uno o más modelos de organización y gestión para prevenir delitos o disminuir de forma significativa el riesgo de su comisión.
 - b. En segundo lugar, que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
 - c. Un tercer requisito es que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención.

⁷¹ Balmeada, Gustavo/Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.55.

- d. Por último, se exige que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición.

Conforme a la doctrina española ⁷², las exigencias del art. 31 bis de su código penal se traducen en que el modelo de prevención de riesgos penales debe ser elaborado evitando el corta-pega (que puede conducir a una circunstancia agravante en el Derecho español) y que debe contener principalmente lo siguiente⁷³:

1. Proceso de toma de decisiones.
2. El código ético de conducta.
3. Contenido de la Escritura de Constitución.
4. Contenido de los Estatutos.
5. Órganos de administración y representación: el proceso de formación de la voluntad.
6. El organigrama empresarial

⁷² Sánchez Martín, Miguel, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Plan de prevención de riesgos penales y código ético de conducta”, Thomson Reuter, 2017, pp. 322 y ss.; Saiz Peña, Carlos, “Compliance. Como gestionar los riesgos normativos en la empresa”, 2015, pp. 45 y ss.

⁷³ Balmececa, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.58.

7. Los reglamentos de Régimen Interior
 - a. La dirección ejecutiva: El consejo de administración (el directorio en el caso chileno)
 - b. Los órganos ejecutivos de primer y segundo nivel
8. El departamento financiero
9. Los conflictos de interés
10. Informe económico financiero de la empresa
11. Mapa de Riesgos penales: Impacto y Probabilidad.
 - a. Catálogo de delitos susceptibles de trasladar responsabilidad penal a la empresa
 - b. Descripción de los hechos o actividades que forman el tipo penal
 - c. Investigación personal pormenorizada de los delitos para formar el mapa de riesgos
12. El modelo de prevención y gestión de riesgos penales
13. Canal de denuncias
14. Modelo disciplinario y procedimiento de aplicación
15. El responsable de cumplimiento
16. El coste operativo del Modelo

Por su parte, otra parte de la doctrina española⁷⁴, entiende que los elementos esenciales de un modelo de prevención son los siguientes:

1. Análisis del riesgo.
2. Normas o código de ética.
3. Formación.
4. Controles.
5. Mecanismos de detección y sanción.
6. Protocolos de reacción.
7. Asignación de responsabilidad (encargados).
8. Evaluación periódica.
9. Flujos de comunicación y documentación.

VII. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO CANADIENSE

El ordenamiento jurídico vigente en Canadá establece que, una persona jurídica puede ser considerada responsable penalmente, pero se ha dejado en gran parte al common law, tal como se ha desarrollado a través de los tribunales, para

⁷⁴ Nieto Martín, Adán, “Manual de cumplimiento penal de la empresa”, Tirant lo Blanch, 2015, p.82 y ss.

determinar la naturaleza y el alcance de esta responsabilidad⁷⁵. El código penal canadiense no tenía hasta el año 2004, ninguna norma jurídica que atribuyera responsabilidad penal corporativa⁷⁶.

El common Law

El principal caso de responsabilidad penal corporativa en Canadá es el de “Canadian Dredge and Dock Co. V. The Queen”, de 1985, donde su Tribunal Supremo aceptó la doctrina de la “identificación” como la base de la responsabilidad.

Esta doctrina, adaptada a partir de una línea de decisiones judiciales inglesas, atribuye responsabilidad a una compañía cuando un crimen es cometido por empleados superiores, a saber, la “mente directiva” de la corporación⁷⁷.

⁷⁵ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.31.

⁷⁶ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.31.

⁷⁷ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.31.

VIII. EL COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ALEMÁN

En el Derecho penal alemán y debido a la fuerte tradición dogmática y continental del principio *societas delinquere non potest* las personas jurídicas no responden penalmente por delitos, sino que el régimen sancionatorio para las empresas se rige por una Ley Administrativa o Ley de Contravenciones administrativas “Gesetz über Ordnungswidrigkeiten” (abreviada como OwiG) que limita la responsabilidad de la persona jurídica a una sanción administrativa de multa consecuencias jurídico-penales para ella⁷⁸.

La doctrina alemana se sostiene firme en su posición de que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, en el sentido de delinquir, por ende, se entiende que no podría haber criminalidad dentro de una empresa. Sin perjuicio de ello, aunque no exista en el ordenamiento jurídico alemán una sanción penal a las personas jurídicas, bien existe sanción administrativa, la cual tiene por objeto (al igual que la doctrina española) reducir los riesgos legales por los que pueda responder la empresa, por medio de la prevención de conductas ilícitas y punibles para los empleados⁷⁹.

⁷⁸ Balmeda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.51.

⁷⁹ Balmeda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.53.

Si cuestionamos que requisitos se deben cumplir las medidas de vigilancia del Compliance para limitar el daño esperado hasta lo jurídicamente permitido, la doctrina alemana estima de debe verse caso a caso y que no se puede caer en generalidades⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, se han establecido elementos aceptados por la jurisprudencia, doctrina y praxis, son necesario como mínimo para un Compliance y que, en mayor o menor medida dependerá de las características de la empresa y de los riesgos que se esté sometida⁸¹.

Entre las medidas podemos señalar las siguientes:

1. Gestión de riesgos internos: Que implica identificación, valoración y comunicación tanto de los riesgos como de las estrategias de prevención.
2. Selección: el titular de la empresa debe delegar actuaciones empresariales en personal seleccionado con cautela y con competencias idóneas para las tareas delegadas.
3. Instrucción: Los empleados o trabajadores en quienes se delega deben estar o ser instruidos en las tareas propias de la empresa y en los riesgos jurídicos que puedan amenazar a la entidad.

⁸⁰ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.53.

⁸¹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.53.

4. Control: Implica que el trabajador superior o inferior, debe ser controlado. El titular de la empresa (propietario, directorio, etc.) tiene un deber de control y vigilancia de que las leyes, reglamentos y sus propias instrucciones se cumplan. Para ello puede delegar esta función en un oficial de cumplimiento o en un sistema de control de la empresa. Debe considerarse que rige el principio de confianza en buena parte de las actividades de la empresa. Este deber de control está sometido a la exigibilidad y viabilidad práctica del propio funcionamiento de la empresa lo que significa que el responsable de la empresa no tiene por qué estar en todo momento fiscalizando a todo el mundo en cada acción que se realice.
5. Sanción: Todo lo anterior no serviría de nada si la infracción de las normas jurídicas o internas de la propia empresa no tuviese una consecuencia sancionatoria. Acreditada la infracción por parte de la persona física, la empresa debe poner en marcha un procedimiento y —en su caso— aplicar una sanción.

IX. COMPLIANCE PENAL EN EL DERECHO ITALIANO

En el Derecho Italiano en el Decreto Legislativo 231/2001 se encuentra establecida la responsabilidad penal de la persona jurídica, por medio del cual se establecen tanto los requisitos para interponer una sanción penal a la persona jurídica como los requisitos de un Compliance como figura jurídica que la exime de responsabilidad⁸².

En el presente Decreto se encuentra un amplio catálogo de delitos por los cuales responde la persona jurídica. Tales como: aquellos que atenten a la administración pública, contra la industria y comercio, delitos empresariales, abusos de mercado, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de la propiedad intelectual, crimen organizado, entre otros⁸³.

⁸² Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.61.

⁸³ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.61.

En el artículo 5 del citado Decreto se establece que la entidad responderá penalmente cada vez que se cometan determinados delitos (que señala el mismo decreto) “en su interés o a su exclusivo beneficio por los siguientes sujetos⁸⁴:

- a. Personas que cumplan funciones de representación, administración o gerencia de la Entidad o de una unidad organizativa de la misma, dotada de autonomía financiera y funcional, como asimismo por personas que ejerzan, incluso de facto, la gestión y el control de la misma.
- b. Personas bajo la dirección o supervisión de una de las personas mencionadas en la letra a).

El art.6 del Decreto 231/2011, establece que:

1. Si el delito ha sido cometido por las personas indicadas en el párrafo 1 del artículo 5, letra a), la persona jurídica no será considerada responsable si demuestra que:
 - a. el órgano de administración ha adoptado y aplicado efectivamente, antes de la comisión del hecho, los modelos organizativos y de gestión adecuados para prevenir crímenes del tipo que ocurrieron;

⁸⁴ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.61.

- b. la tarea de supervisar el funcionamiento y la observancia de los modelos para cuidar su actualización se ha confiado a un cuerpo de la entidad con poderes autónomos de iniciativa y control;
- c. las personas han cometido el delito evadiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión;
- d. no hubo omisión o supervisión insuficiente por parte del organismo mencionado en la letra b).

En síntesis, para que un modelo de prevención exonere a la persona jurídica debe contar con los siguientes elementos o componentes⁸⁵:

1. La existencia de un modelo de prevención con una idónea organización y gestión. En este componente se incluyen las medidas de:
 - a. Mapa de riesgos que permita identificar a través de qué formas y métodos se pueden cometer delitos.
 - b. Mecanismos de control interno. Ello implica prever procedimientos de formación y aplicaciones de las decisiones de la persona jurídica.
 - c. Contar con un sistema de información para el órgano de vigilancia que facilite el descubrimiento de las conductas riesgosas.
 - d. Establecer un sistema de sanción de las infracciones del modelo.

⁸⁵ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.64.

2. La existencia de un órgano encargado de prevención y vigilancia del modelo (lo que se conoce en otros sistemas como el oficial de cumplimiento). A. Recursos adecuados para que el órgano de vigilancia pueda llevar a cabo las funciones anteriores señaladas.

CAPITULO III

EL COMPLIANCE PENAL EN CHILE Y JURISPRUDENCIA

X. CRITERIOS GENERALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

La ley 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho, receptación, administración desleal, apropiación indebida, corrupción entre particulares, y negociaciones incompatibles, señalando específicamente en su artículo 3º en la forma en que se debe atribuir este tipo de responsabilidad⁸⁶. Para entender el contexto, es preciso tener claridad respecto de ciertos elementos de la ley:

1. Objeto, alcance y regulación supletoria:
 - a. En cuanto al objeto de la ley N° 20.393, éste consiste en regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de un catálogo cerrado de delitos; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas;

⁸⁶ Balmaceda, Gustavo/Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.70.

b. En cuanto a la regulación supletoria regirán las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el artículo 1º;

c. En cuanto al alcance de la ley, ésta se aplica tanto a personas jurídicas de derecho privado como a las empresas del Estado.

2. Atribución de responsabilidad a las personas jurídicas:

a. serán objeto de sanción penal las personas jurídicas que cometan los delitos previamente reseñados de forma directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión;

b. también serán responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o

supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en la letra precedente;

c. sin perjuicio de lo anterior, las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero;

d. la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3° de la ley, se presente alguna de las siguientes situaciones:

d.1) cuando la responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal;

d.2) cuando en el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° de la ley se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados,

conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal;

d.3) cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° de la ley y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3° de la misma, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3° de la ley.⁸⁷

3. Deberes de dirección, supervisión y Modelo de Prevención de Delitos:

- a. como se desprende de lo previamente reseñado, la conducta requiere el quebrantamiento de los deberes de dirección y supervisión que sopesan sobre la persona jurídica;
- b. Ahora bien, se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de

⁸⁷ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.70.

organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, según las prescripciones legales;

c. Los contenidos mínimos que debe poseer el Modelo de Prevención se concentran en cuatro ejes fundamentales:

c.1) Designación de un encargado de prevención,

c.2) definición de medios y facultades del encargado de prevención,

c.3) establecimiento de un sistema de prevención de delitos,

c.4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos.⁸⁸

4. Penas aplicables a las personas jurídicas:

a. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Dicha pena no aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena;

⁸⁸ Balmeda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirat lo Blanch, 2019, p.71.

- b. prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado;

- c. pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado;

- d. multa a beneficio fiscal;

- e. las siguientes penas accesorias: Publicación de un extracto de la sentencia, comiso, y, finalmente, en los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.⁸⁹

⁸⁹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, 2019, p.72.

5. Circunstancias atenuantes y agravantes:

a. Como circunstancias atenuantes se consideran:

a.1) reparar con celo el mal causado o sus ulteriores perniciosas consecuencias, a.2) colaborar sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos,

a.3) la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación;

b. como circunstancia agravante se considera, únicamente, el haber sido condenada —la persona jurídica— dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.⁹⁰

Conforme al presente análisis, destaca la labor del legislador en cuanto al mecanismo del Modelo de Prevención de Delitos, ello nos da directrices de una orientación político – criminal que tiende al apoyo entre los entes empresariales y el Estado.⁹¹

⁹⁰ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.72.

⁹¹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.72.

XI. MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Aquí es preciso distinguir que a veces es preferible referirse a una política de prevención delictual (PPD) en vez del término Modelo de prevención de delitos (MPD), puesto que, se entiende al primero que consiste en una directriz general de operatividad aplicable a todo proceso de diseño, implementación y ejecución de una MPD en una determinada empresa⁹²

Fundamentos de una política de prevención delictual desde el punto de vista de la empresa

Una efectiva Política de Prevención Delictual debiese girar en torno a los siguientes pilares o principios fundamentales:

- a. Velar por la observancia efectiva del Ordenamiento vigente: una adecuada PPD debe tener como fin prioritario cumplir con las exigencias de las disposiciones vigentes en el Ordenamiento; ello a través de la posibilidad de autorregulación que poseen estas entidades, toda vez que éstas saben con mayor exactitud qué áreas internas de su proceso presentan mayor vulnerabilidad para la comisión de los delitos previamente reseñados.

⁹² Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.73.

- b. Promover valores empresariales de compromiso: Con esto se pretende reducir los riesgos —a nivel de empresas— de realización de ilícitos por parte de los sujetos que integran dicho organismo, de esta manera las PPD se configuran como mecanismos que guían y forman a los integrantes de la empresa en la observancia de los respectivos códigos éticos adoptados; los cuales necesitan de un MPD que le de operatividad a dichos valores —tendientes a desarrollar fidelidad al Derecho en el quehacer de sus miembros— mediante planes que emanen de quiénes rigen el destino societario.
- c. Investigación interna del quebrantamiento de la norma: Una de las funciones vitales de una PPD consiste en la investigación —a nivel interno— de los riesgos que implicaría la realización de un ilícito en el seno de la sociedad, por lo cual, la PPD debe focalizarse en los siguientes elementos: i) conducta de sus miembros y; ii) conducta de los clientes de la empresa —en relación a las conductas comerciales que sean de carácter dudoso o sospechoso—. De esta manera, la PPD facilita —a través de los planes preventivos concretos— la constitución anticipada de prueba ante una eventual imputación penal en contra de la empresa.

- d. Neutralizar la ejecución de actividades ilícitas al interior de la persona jurídica: Obviamente será imposible eliminar al ciento por ciento la posibilidad de comisión de actividades ilícitas, pero no por ello la PPD debe renunciar a su propósito primordial, esto es, procurar impedir la ejecución de dichas conductas con miras a evitar un eventual procedimiento penal en contra de la empresa. En resumen, una adecuada implementación de una PPD —en la forma de un MPD— reduce considerablemente la ocurrencia de dichos comportamientos prohibidos.
- e. Propósitos primarios de una adecuada PPD: Prevención, disuasión y detección de ilícitos: En un plano, las PPD deben tender a detectar y prevenir las actividades riesgosas relativas al negocio que desarrolle la empresa, mientras que en otro —y de forma paralela— las PPD deben tender a la disuasión de los comportamientos irregulares que sirvan de base para la comisión de delitos. Todo lo anterior se traduce en la gestión de riesgos corporativos, en la implementación de protocolos internos, procedimientos y medidas que tiendan a reducir comportamientos El criminal compliance en el Derecho comparado ilícitos en el seno de la persona jurídica, lo cual nos lleva a diferenciar entre riesgos tolerables e

intolerables, siendo éstos últimos los que pueden devenir en una futura responsabilidad penal para la empresa.⁹³

MODELOS DE PREVENCIÓN

Dichos modelos o mecanismos tienen la finalidad de evitar situaciones no queridas o fallas que pudiesen afectar la ejecución del modelo de prevención de delitos.

Dichos mecanismos son los siguientes⁹⁴:

a) Publicidad y capacitación: La empresa deberá confeccionar un plan de capacitación anual, en el cual deberá incluir temáticas relacionadas con PPD que tiendan a la detección de actividades sospechosas que se relacionen con los ilícitos que se buscan prevenir, de esta manera, los departamentos y/o miembros de la sociedad relacionados con las actividades de prevención deberán atender especialmente aspectos como:

i) la publicidad de la PPD al interior de la empresa;

ii) efectuar capacitaciones regulares respecto del programa, normas de conducta y disposiciones legales pertinentes;

⁹³ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.75.

⁹⁴ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.81.

iii) diseñar un programa de capacitación que comprenda a todos los departamentos o secciones de la empresa, ajustando el mismo según la probabilidad de ocurrencia del riesgo que se pretende conjurar mediante el plan;

iv) entregar información permanentemente actualizada a efectos de la implementación del programa al interior de la empresa.

b) Detección y examen de riesgos: El encargado de prevención deberá identificar y analizar los riesgos propios de la empresa, para, posteriormente, incorporarlos en la matriz de riesgos de la misma. Esta labor debe efectuarse periódicamente, siguiendo el siguiente esquema procedimental:

i) detectar los peligros o riesgos;

ii) identificar los mecanismos de control;

iii) ponderar los peligros o riesgos;

iv) determinar la eficacia de los mecanismos de control. En cuanto a la ponderación de riesgos, el encargado dará primacía a las secciones que se encuentren más vulnerables a la presencia de ilícitos. Además, y en orden a evaluar dichos riesgos, empleará probabilidades de impacto en una escala que irá del 1 al 5, siendo el impacto la lesión que padecería la empresa en caso de concretarse el peligro, mientras que la probabilidad consistirá en el parámetro de certeza de que dicho peligro se concrete.

c) Ejecución de mecanismos de control de prevención de ilícitos: “Los controles de prevención de delitos son todos aquellos asociados a las áreas, procesos o actividades con exposición a la comisión de delitos”⁹⁵.

ROL DE CUMPLIMIENTO DE LA EMPRESA

En la persona jurídica, el Encargado de Prevención u Oficial de Cumplimiento, al tenor del artículo 4º, números 1 y 2, debe estar provisto de autonomía respecto de la administración de la empresa, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores, junto con los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos⁹⁶:

a) los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica; y

⁹⁵ Balmeda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.84.

⁹⁶ Balmeda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.92.

b) acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos, semestralmente. En virtud de lo que dispone la norma, una cuestión de suma importancia es definir el rol que tendrá en la empresa el Oficial de Cumplimiento, y cómo deberá llevarlo a cabo, lo que va determinada por el contenido de la delegación que es aceptada por éste, ya que puede constituirse como garante de un determinado sector de la empresa con un perfil ejecutivo de seguridad, o puede asumir deberes de un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad, no siendo él mismo garante de los procesos propios del giro empresarial, lo que tendrá un efecto clave: en el primer caso, responderá como autor de los delitos empresariales, y en el segundo, solo como partícipe del mismo⁹⁷.

Por lo tanto, la regla general de punición en nuestro sistema, es que el Oficial de Cumplimiento o Encargado de Prevención responderá penalmente solo a título de participación, ya que no es incluido en la cadena de garantía de la empresa, solo pesando sobre su cargo deberes de información e investigación, más que

⁹⁷⁹⁷ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.92.

de delimitación de conductas de las personas naturales que componen la empresa⁹⁸.

XII. JURISPRUDENCIA CHILENA

CASO CERESITA Y MUNICIPALIDAD DE RECOLETA

El día 30 de abril de 2013 la empresa Industrias Ceresita S.A. consigue un acuerdo con el Ministerio Público dictándose una resolución de suspensión condicional del procedimiento por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago (Causa RUC 1101272897-4).

El año 2012 la empresa había sido formalizada por delito de cohecho en virtud de la Ley 20.393 en el marco de la investigación por soborno que llevó a cabo la Fiscalía contra el director de obras de la Municipalidad de Recoleta.⁹⁹

La presente investigación por parte del Ministerio Público comenzó cuando empresarios de la zona denunciaron que el director de obras les exigía un pago

⁹⁸ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.93.

⁹⁹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.112.

entre 10 a 35 millones para sanear de forma irregular ampliaciones de locales comerciales.

Durante la investigación fue encontrado el antecedente de que la empresa Industrias Ceresita S.A en virtud del plan regulador actualizado en el año 2005 dicha empresa debía salir de la comuna dada la naturaleza de la actividad productiva. Por lo cual, por razones inexplicables y dudosas es que no recibió multas de ningún tipo durante 20 años, cabe mencionar, que no posee permiso de edificación al día ni tiene la recepción de obras respectivas.¹⁰⁰

Producto de la investigación del Ministerio Público se acredita la existencia de variados correos electrónicos entre el representante de la empresa y el director de obras municipales en donde se autoriza el funcionamiento de la empresa a cambio de diversos pagos.

Finalmente, la empresa llega a un acuerdo con el Ministerio Público a someterse a una suspensión condicional del procedimiento en virtud del art. 25 de la ley 20.393, es por esto que la empresa Industrias Ceresita se somete a cumplir las siguientes condiciones¹⁰¹:

1. Trasladar todas sus faenas físicas de comuna de Recoleta cumpliendo la normativa urbanística y medio ambiental.

¹⁰⁰ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.112.

¹⁰¹ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.113.

2. Demoler todas sus instalaciones que existen en la planta ubicada en la comuna.
3. Acreditar, a través de un estudio de evaluación de riesgos, que el predio donde estaban ubicadas las faenas se encuentra libre de todo riesgo para la salud de las personas.
4. Donar al Fisco de Chile 6.000 metros cuadrados del predio donde estaba ubicada con la finalidad de que se transforme en un parque a beneficio de la comunidad.
5. Efectuar una contribución a los vecinos de Recoleta desarrollando un sistema interconectado de Parques a partir de la donación de determinados los terrenos de su propiedad donde construirá variadas zonas de recreación que se especifican en la sentencia (paseos peatonales, campos de fútbol, juegos infantiles, entre otros).
6. Pintar las fachadas de un número determinado de casas.
7. Equipar a todos los consultorios de la comuna de Recoleta con un equipo para enfermedades respiratorias.
8. Implantar un modelo de prevención de delitos conforme a la Ley 20.393 el cual deberá certificar y acreditar ante la Fiscalía y el Juzgado de Garantía respectivo.

CASO EMPRESA SOCIEDAD ARIDOS MAGGI LIMITADA

El 14 de abril de 2014 se condena en procedimiento abreviado a la Sociedad Áridos Maggi Limitada como autora de delito de cohecho a las penas de prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado por el período de 2 años, a la prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales por el mismo tiempo y a las accesorias de publicación de un extracto de la sentencia en el Diario oficial.¹⁰²

Lo que consta en la sentencia (Causa RUC 1000854976-3) la empresa infringió sus deberes de dirección y supervisión que le corresponden según la Ley N° 20.393. En este caso, la empresa se había adjudicado un contrato de suministro de 6 mil metros cúbicos de material para la construcción de una obra en un camino por lo cual recibió un pago de 28 millones de pesos. En este contexto, un representante de Áridos Maggi ofreció a un inspector de Vialidad de la dirección regional de Chillán el pago de 6 millones de pesos con el objeto de que no informara que las cantidades de material que se entregaban por parte de la empresa eran menores que las señaladas en las guías de despacho. Según la investigación, la empresa entregó la mitad del material que señalaban los

¹⁰² Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.117.

documentos causando un perjuicio de aproximadamente 12 millones de pesos a la dirección de vialidad.¹⁰³

CASO UNIVERSIDAD DEL MAR

Durante el segundo semestre del año 2010, H.Z, rector, quien era la máxima autoridad de la época de la Universidad del Mar, representante y quién realizaba las actividades de administración y detentaba las facultades de supervisión de la señalada Universidad del Mar, Corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, fue condenado por el octavo Juzgado de Garantía de Santiago como autor del delito de cohecho activo, previsto y sancionados en el artículo 250 del Código Penal. En la resolución judicial se acredita que el representante de la corporación cometió el delito de cohecho en interés y provecho de la referida Universidad. De esta forma, se condena a la Corporación de Derecho privado Universidad del Mar como autora del mismo delito de cohecho en virtud de la Ley 20.393. ¹⁰⁴

Dicha universidad fue sancionada penalmente porque su rector, que a su vez era el representante legal de dicho establecimiento educacional sobornó al

¹⁰³ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.117.

¹⁰⁴ Balmaceda, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.121.

presidente de la Comisión Nacional de Acreditación (CNA). Dicha comisión tiene el deber de velar por el cumplimiento de variadas condiciones académicas y financieras.

Cumplido un mes de haber votado favorablemente la acreditación de la Universidad del Mar. Posterior a ello, con fecha 20 de enero de 2011 el mismo presidente de la CNA firmó un contrato con la Universidad del Mar con el objeto de que la Sociedad Gestión Ltda., “le preste servicios de asesoría profesional en el proceso de acreditación institucional y de acreditaciones de carreras que debe desarrollar entre los años 2011 y 2012”.¹⁰⁵

Conforme a la sentencia del tribunal dicho contrato suscrito por el rector de la Universidad en cuestión tenía como objeto encubrir los pagos producto de a acreditación que consiguió la casa de estudios.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Balmaçada, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.122.

¹⁰⁶ Balmaçada, Gustavo/ Navas, Iván, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Trirant lo Blanch, 2019, p.122.

Conclusión

Conforme se analizó en la presente investigación la estructura y la identificación de riesgos de sus paso a paso a seguir para así poder formular y generar un sistema de cumplimiento de medidas en busca de prevenir infracciones a las normas legales, dicho sistema presenta un estudio amplio y elevado de profesionales con experiencia jurídico empresarial para lograr determinar la fijación del objeto, la identificación de las posibles infracciones legales, la valoración de los riesgos detectados conforme a su clase, frecuencia y extensión de daños.

Asimismo, la determinación de las medidas generales que suelen adoptarse en los sistemas de cumplimiento normativo, tales como, los códigos de conducta, la delimitación de competencias y responsabilidades, la adecuada administración de la información que discurre al interior de la empresa, la conforme determinación de responsabilidades en relación con la subordinación y delegación, medidas de detección de irregularidades.

Se analizó el compliance penal en el derecho comparado, en los Estados Unidos, España, Canadá, Alemania e Italia, es preciso mencionar que en cada uno de los modelos de prevención de la criminalidad de la empresa cumplen con las generalidades de la estructuración y detección de riesgos y de los adecuados modelos de prevención, es conteste en cada una de las políticas de prevención contar con un código de conducta y la detección de riesgos a través de mapas,

esquemas, etc. No obstante, se puede apreciar que cada normativa legal es diversa hay países en donde su modelo preventivo se encuentra determinado en sus normas legales, como hay otros en donde no existe una legislación alguna que regula esta materia.

Se estudio en conformidad la aplicación del compliance penal en la legislación nacional, visto desde la imputación penal desde la perspectiva empresarial considerando la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de un catalogo cerrado de delitos, de forma supletoria se aplicaran las normas establecidas en el código penal y código procesal penal, se descubrió en conformidad los fundamentos de la política de prevención de delitos, los modelos de prevención y el rol del cumplimiento de la empresa. Además del análisis de jurisprudencia conocida y relevante a nivel nacional.

Finalmente, es preciso señalar que para posibles investigaciones seria relevante estudiar y analizar casos trascendentes de criminalidad corporativa a nivel internacional, y un análisis general a la ley 20.393 que regula un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicables solo a delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional.

BIBLIOGRAFÍA

BALMACEDA, Gustavo/ GUERRA, Rodrigo: Políticas de Prevención del Delito en la Empresa, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2014.

BACIGALUPO, Enrique: Compliance y Derecho penal, 2011, Thomson Reuter, Navarra, 2011.

BOCK, Denis: “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en KUHLEN/ MONTIEL/ ORTIZ DE URBINA (eds.), Compliance y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013

COCA VILA, Ivó: “Los modelos de prevención de delitos como eximente de responsabilidad penal empresarial en el ordenamiento jurídico español”, en COCA/URIBE et al (coord.), Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Flores editor, Lima, 2017.

COCA VILA, Ivó “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), Criminalidad de empresa y compliance, 2013.

GARCÍA, Percy: Criminal Compliance, Palestra editores, Lima, 2014.

GILCHRIST, Gregory: Individuality Accountability for Corporate Crime, 34 Ga. St. U. L. Rev. 335, 2018.

GIUNTA, Fausto: “Il reato come rischio d’impresa e la colpevolezza dell’ente collettivo”, *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2009.

GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, (traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez publicada en 1930 bajo el título *Normativer Schuldbegriff*) 2ª ed., B de F, Montevideo. 2002.

NAVAS Mondaca, Iván “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier. 2013.

NAVAS, Iván / BALMACEDA, Gustavo, “El criminal compliance en el derecho comparado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NIETO Martín, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en Serrano-Piedecabras, José Ramón y Eduardo Demetrio Crespo (dirs.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Madrid: Colex. 2008.

NIETO Martín, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero, Luis Alberto (dir.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

NIETO Martín, Adán. “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Valencia: Tirant lo Blanch. 2015.

ROXIN, Claus, "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en Silva Sánchez, José María (ed.), Sobre el estado de la teoría del delito, Madrid: Civitas 2000.