

Mg

Monografías

Compliance penal:
Sistemas de prevención de la corrupción

Director

Oswaldo Artaza Varela

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

COMPLIANCE PENAL: SISTEMAS DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

© Osvaldo Artaza Varela (Director)

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 306199

ISBN 978-956-9959-53-0

Primera edición, julio de 2019 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CONSIDERACIONES GENERALES.....	7
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CONSIDERACIONES GENERALES	9
Luciano Rojas Morán	
1. DESTINATARIOS.....	10
2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA: ¿CUÁNDO RESPONDE?	11
3. CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DIRECCIÓN Y SUPERVISIÓN	16
3.1. Designación, por parte de la administración de la compañía, de un encargado de prevención de delitos u oficial de cumplimiento	17
3.2. Provisión, por parte de la administración de la compañía, de los medios y facultades suficientes para el desempeño de las funciones del encargado de prevención de delitos	18
3.3. Establecimiento, por parte del oficial de cumplimiento en conjunto con la administración de la compañía, de un sistema de prevención de los delitos	18
4. SUPERVISIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LOS DELITOS.....	19
5. RESPONSABILIDAD AUTÓNOMA DE LA PERSONA JURÍDICA	19
6. RÉGIMEN DE PENAS PREVISTOS POR LA LEY	20
7. CONSIDERACIONES BÁSICAS RELATIVAS AL DELITO DE COHECHO	20

7.1. Cohecho de funcionario público nacional (art. 250 CP)	21
A) <i>Sujetos involucrados</i>	23
B) <i>Conductas incriminadas: dar, ofrecer o consentir en dar</i>	24
C) <i>Beneficio</i>	25
D) <i>En razón del cargo de funcionario o por un acto determinado</i>	26
7.2. Cohecho de funcionario público extranjero	31
7.3. Sobre los donativos de escaso valor económico	33

CAPÍTULO II. PROPUESTA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE..... 35

PROPUESTA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE	37
---	----

Oswaldo Artaza Varela

1. EL INJUSTO PROPIO ATRIBUIBLE A LA PERSONA JURÍDICA	37
2. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS	41
3. EXIGENCIAS RELATIVAS A LA GESTIÓN DEL RIESGO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: DELIMITACIÓN AL PROBLEMA DE LOS DEBERES DE GESTIÓN DE RIESGOS DE LA ENTIDAD	46

CAPÍTULO III. CORRUPCIÓN EMPRESARIAL: TEORÍAS, FACTORES Y MEDIDAS PARA SU PREVENCIÓN..... 63

CORRUPCIÓN EMPRESARIAL: TEORÍAS, FACTORES Y MEDIDAS PARA SU PREVENCIÓN	65
--	----

Sebastián Salinero Echeverría - Sebastián Galleguillos Agurto

1. INTRODUCCIÓN	65
2. CORRUPCIÓN Y TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS	67
2.1. Teoría de la motivación	67
2.2. Teoría de la oportunidad	68
2.3. El rol de las normas sociales	69
2.4. Teoría del aprendizaje	70
2.5. Técnicas de neutralización	71
3. LOS FACTORES DE LA CORRUPCIÓN	74
3.1. Factores externos a la empresa	74
3.2. Factores internos a la empresa	77
4. EL PAPEL DEL SECTOR PRIVADO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	83
5. MEDIDAS PARA ENFRENTAR LOS FACTORES ASOCIADOS A LA CORRUPCIÓN	86

CAPÍTULO IV. PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA E IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS	89
PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA E IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS	91
Oswaldo Artaza Varela - Juan Pablo Torres Cepeda	
1. INTRODUCCIÓN	91
2. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA	96
3. ETAPAS DE UNA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA MODERNA	98
4. IMPACTO DE LAS DECISIONES DE PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA EN EL ÁMBITO DEL COMPLIANCE Y LA ADOPCIÓN DE UN SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS	105
CAPÍTULO V. IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y CONTROL DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN LA EMPRESA.....	115
IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y CONTROL DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN LA EMPRESA	117
Pablo Albertz Arévalo	
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	117
2. PROCESO DE IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN LA EMPRESA	121
3. HERRAMIENTAS UTILIZADAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS	124
3.1. Entrevistas personales	124
3.2. Cuestionarios o encuestas anónimas	125
3.3. “Focus groups” o “workshops”	126
3.4. Análisis de otros antecedentes.....	127
4. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN EL LEVANTAMIENTO, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE RIESGOS	129
4.1. Descripción de funciones y protocolos del área	129
4.2. Cultura organizacional o ambiente interno.....	130
4.3. Estructura organizacional y control interno.....	133
4.4. Identificación de riesgos asociados al delito de soborno a funcionario público	135
5. PROCESO DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE RIESGOS.....	141
5.1. Impacto	142
5.2. Probabilidad.....	144
6. ETAPAS PARA EL DISEÑO DE UNA MATRIZ DE RIESGOS PENALES	150

6.1. Análisis de los procesos y subprocesos críticos afectos a mayores riesgos de exposición a la comisión de los delitos de corrupción	150
6.2. Identificación de riesgos relevantes asociados a los procesos o subprocesos críticos	150
6.3. Medición de los riesgos (nivel de severidad del riesgo en términos de probabilidad, impacto y riesgo residual)	151
6.4. Reconocimiento y levantamiento de controles e identificación de sus responsables	155
7. EXPLICACIÓN DE LA MATRIZ DE RIESGOS PENALES	156
8. INFORME DE BRECHAS DETECTADAS O DE LEVANTAMIENTO DE RIESGOS.....	162
8.1. Designación de un encargado de prevención de delitos (EPD) por parte de la administración de la compañía	162
8.2. Autonomía e independencia del EPD.....	163
8.3. Medios y facultades del EPD	163
8.4. Establecimiento de un sistema de prevención de delitos.....	164
A) <i>Identificación de riesgos</i>	164
B) <i>Establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos</i>	165
C) <i>Establecimiento de procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros</i>	165
D) <i>Sanciones administrativas internas y procedimientos de denuncia</i>	166
E) <i>Obligaciones, prohibiciones y sanciones internas derivadas del sistema de prevención de delitos</i>	166
F) <i>Supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos</i>	167
9. MEDIDAS DE CONTROL DE LOS RIESGOS IDENTIFICADOS, ANALIZADOS Y EVALUADOS	169
9.1. Reglas o pautas de conducta para la prevención de la corrupción	174
9.2. Prohibiciones específicas para la prevención del soborno a funcionarios públicos.....	176
9.3. Protocolo para la interacción con funcionarios públicos	178
9.4. Política de regalos, entretenimiento y viajes	179
9.5. Política de donaciones o contribuciones de beneficencia.....	185
9.6. Medidas de control financiero para la prevención de la corrupción.....	187
9.7. Comunicación de incumplimientos e irregularidades relacionadas a los riesgos de corrupción.....	188
9.8. Investigación de incumplimientos e irregularidades respecto a los riesgos de corrupción y comunicación de resultados a la autoridad.....	189
ANEXOS	193

CAPÍTULO VI. SUPERVISIÓN, MONITOREO Y ACTUALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> PENAL.....	203
SUPERVISIÓN, MONITOREO Y ACTUALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> PENAL.....	205
Maximiliano Portales González	
1. INTRODUCCIÓN	205
2. EFECTIVIDAD EN EL <i>COMPLIANCE</i> PENAL	206
3. SUPERVISIÓN, MONITOREO Y ACTUALIZACIÓN	211
3.1. Introducción	211
3.2. Supervisión	212
3.3. Responsabilidades del encargado de prevención de delitos o <i>compliance officer</i>	215
3.4. Monitoreo	217
3.5. Actualización y “mejora continua”	226
3.6. Registros documentales	231
CAPÍTULO VII. CERTIFICACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS	235
CERTIFICACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS	237
Rodrigo Reyes Duarte	
1. INTRODUCCIÓN	237
2. ETAPAS DE UN PROCESO DE EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	246
2.1. Identificación del contexto	246
2.2. Revisión del modelo de prevención de delitos o programa de <i>compliance</i>	247
A) <i>Designación del encargado de prevención</i>	247
B) <i>Medios y facultades del encargado de prevención</i>	248
C) <i>Reporte a la administración de la empresa</i>	248
D) <i>Establecimiento de un sistema de prevención de delitos</i>	251
E) <i>Identificación de actividades o procesos con riesgo de delitos que puedan generar responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	252
F) <i>Establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos</i>	256
G) <i>Procedimientos de administración de los recursos financieros</i>	257
H) <i>Procedimientos de auditoría de los recursos financieros</i>	258
I) <i>Obligaciones, prohibiciones y sanciones</i>	258
J) <i>Código de ética</i>	258

- K) *Reglamentos interno de orden, higiene y seguridad*..... 259
 - L) *Inclusión de normativa en los contratos de trabajo* 259
 - M) *Inclusión de normativa en los contratos con proveedores*..... 260
 - N) *Sistema de denuncias* 261
 - O) *Comunicación de normativa a todos los trabajadores* 263
 - P) *Supervisión del modelo* 264
 - 2.3. *Implementación efectiva del programa de compliance* 265
 - A) *Compromiso de la alta y media gerencia* 266
 - B) *Incentivos y medidas disciplinarias* 267
 - 3. *¿EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO DE LA EMPRESA FUNCIONA EN LA PRÁCTICA?* 268
 - 3.1. *Mejora continua, pruebas periódicas y revisión* 269
 - 3.2. *Investigación de mala conducta*..... 270
 - 3.3. *Análisis y corrección de cualquier mala conducta detectada* 271
 - 4. *¿POR QUÉ CERTIFICAR UN PROGRAMA DE COMPLIANCE?* 272
 - 4.1. *Profesionales que desarrollan la certificación* 275
 - 4.2. *Certificado sobre la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos*..... 275
 - 5. *OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES CERTIFICADORAS* 276
 - 5.1. *Informe de Certificación*..... 276
 - 5.2. *Información sobre las personas jurídicas certificadas* 277
 - 5.3. *Conservación de documentos* 278
 - 6. *CONCLUSIONES* 278
 - BIBLIOGRAFÍA** 281
 - OTRAS REFERENCIAS** 292

PRÓLOGO

Este año se cumplen diez años de la promulgación de la Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas –Ley N° 20.393–, tiempo suficiente como para poder estimar que se encuentra consolidada en nuestra *praxis*. Sin embargo, aún existen ciertas vacilaciones acerca de la interpretación de alguna de sus instituciones. Es así que surgen cuestionamientos sobre qué debe entenderse por deberes de dirección y supervisión al interior de la empresa y, por tanto, cuándo su omisión podría fundamentar la imposición de una sanción a la persona jurídica. Interrogantes que no han sido sobradamente tratadas por nuestra doctrina y jurisprudencia. Sin pretender extenderme sobre esto último, las razones pueden ser variadas, ya sea de quienes todavía sostienen que solo las personas naturales pueden responder penalmente, sobre la base del principio, arraigado en nuestra cultura, *Societas delinquere non potest*, o también deberse a que el elenco de delitos que pueden imputarse a los entes es reducido, por lo que la investigación y eventual sanción a estos no son muy frecuentes. Sean estas u otras las razones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad, incluso presente en gran parte de las legislaciones de nuestro entorno, por lo que abocarse a su estudio es ya una obligación para nuestra doctrina. Es por ello que solo hay palabras de elogio por la publicación de esta obra en la que se aborda una serie de temas de especial interés.

Precisamente, el objetivo perseguido es iluminar sobre una serie de cuestiones que vinculan a la empresa en la esfera de actos que podrían calificarse como de corrupción. En concreto, determinar cuáles son los deberes de la empresa frente a eventuales comportamientos que pueden ser valorados como corruptos.

Como es sabido, una de las materias que mayor preocupación genera en las sociedades democráticas es la corrupción, ya no solo pública sino también privada. En efecto, hasta hace no pocos años siempre se asociaba la corrupción al ámbito público, generalmente con los delitos de cohecho. Por ello, desde siempre se estimó que debía perseguirse a aquellos funcionarios que se apoderaban del aparato público con fines privados. Y es que los riesgos para la sociedad son evidentes, no solo por la desconfianza de la ciudadanía en sus servidores, sino también para la estabilidad política de un país. La pérdida de legitimidad de las instituciones por la corrupción de sus funcionarios las torna débiles frente a sujetos y organizaciones que las pueden capturar y, por ende, ser controladas.

Primordialmente, desde la década de los noventa comenzó a tener lugar y de manera intensa una especial preocupación por la corrupción en la esfera privada. Hoy, con los cambios culturales que desde hace un tiempo ha impuesto la economía globalizada y la cada vez más frecuente intervención del mundo privado en la esfera de los negocios, ya sea con la privatización de empresas estatales y la mayor incidencia en la vida del ciudadano común de las actividades que realizan las empresas privadas, muchas de ellas transnacionales, se hacía imperioso establecer ciertas pautas de comportamiento en la forma de hacer negocios –asentar una cultura empresarial–. Es por ello que existe la necesidad de introducir componentes éticos en el mundo de los negocios, es decir, no se puede competir de cualquier modo. Resulta inadmisibles tolerar conductas de aprovechamiento indebido de ciertas ventajas, pues se generan posiciones de privilegio, que desequilibran la competencia entre las partes. Además, los mismos intervinientes en el mercado comienzan a desconfiar de aquellas empresas que expresan manifestaciones abusivas de poder. Por cierto, nuestro país no es ajeno a este propósito, prueba de ello es la dictación de la Ley N° 21.121 que tipifica el delito de corrupción entre privados.

Como puede apreciarse, la prevención de delitos a través de modelos, también llamados programas de cumplimiento legal o *compliance programs*, asimismo, conceptos como buen gobierno corporativo, son una realidad que debemos conocer y profundizar. Justamente, el libro que el lector tiene entre sus manos pretende satisfacer estos propósitos a través de un lenguaje sencillo y claro, pues no solo se dirige al mundo académico, sino también pretende servir de apoyo al profesional que trabaja en empresas y que busca herramientas para disponer de medidas de prevención a la corrupción. Se puede

afirmar, con toda certeza, que se trata de un libro guía en todo lo referente a la prevención del soborno al interior de la empresa. En tiempos tan sensibles a los riesgos que supone la corrupción, es una obra de obligada lectura.

Es preciso destacar su carácter multidisciplinario, pues no solo explica cuáles son los presupuestos para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino también se aborda, desde una perspectiva criminológica, cuáles son los factores que incidirían en la comisión de delitos, adentrándose para ello en la llamada cultura corporativa. Asimismo, el libro brinda instrumentos para detectar los riesgos al interior de la empresa y cuáles medidas deben adoptarse.

El libro que se presenta está bajo la dirección del profesor, Dr. Osvaldo ARTAZA VARELA, director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Precisamente, que este texto haya sido elaborado bajo su orientación asegura al lector rigurosidad y calidad en su contenido. El profesor ARTAZA es hoy por hoy uno de los mayores especialistas en delitos corporativos, como se puede apreciar en sus numerosos artículos sobre la materia y particularmente en su libro *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, publicado en la Editorial Marcial Pons, España, el año 2013.

Asimismo, los autores que participan en este libro colectivo aportan, desde su conocimiento en la materia, antecedentes suficientes como para que el lector pueda comprender acabadamente el objetivo que se persigue con la publicación.

Como decano, solo me resta expresar mis más sinceras felicitaciones por el trabajo que ha realizado el profesor ARTAZA y los autores que lo acompañan. Además, siento un particular orgullo que este libro que enmarque dentro de los trabajos que desde hace ya un tiempo viene aportando el Centro de Estudios de Derecho Penal, institución que se ha constituido en todo un referente para nuestra disciplina.

RAÚL CARNEVALI R.
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca

Talca, julio de 2019