

# EFECTIVIDAD DEL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL “CASO CORPESCA”

## STJOP 3° ROL N° 309-2018

## SCA ROL N° 2.100-2021

RODRIGO ÁLVAREZ QUEVEDO<sup>1</sup>

**RESUMEN:** En el presente trabajo se revisan los requisitos de un modelo de prevención de delitos para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, a propósito de la sentencia condenatoria a la empresa Corpesca S.A. Primero se abordan algunas cuestiones generales sobre un modelo efectivo y sus posibles efectos, para luego distinguir entre diversas etapas relevantes en la evaluación de dicha efectividad, analizando lo referido por la sentencia respecto de cada una de ellas.

**PALABRAS CLAVE:** Modelo de prevención de delitos, responsabilidad penal de la persona jurídica, *compliance*.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. ¿Qué es un modelo de prevención de delitos efectivo? 3. ¿Cuáles son los efectos de un modelo de prevención de delitos efectivo? 4. Etapas (para la evaluación) de un modelo efectivo. 4.1. La importancia del sujeto activo. 4.2. Cuatro fases o etapas de un modelo eficaz. Bibliografía.

“Si Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, éste creó a la persona jurídica a su imagen y semejanza”.

Juan Bustos Ramírez

<sup>1</sup> Abogado del Consejo de Defensa del Estado, profesor de Derecho penal de la Universidad Andrés Bello. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universitat de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

Con fecha 16 de abril de 2021, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (en adelante TJOP o simplemente *el Tribunal*) condenó a J.A.O.B., senador al momento en que se cometieron los ilícitos, por seis delitos de fraude al fisco y dos delitos de cohecho; a M.E.I.B., diputada al momento en que se cometieron los ilícitos, por un delito de cohecho; a R.F.L.T. por un delito de fraude al fisco; y a la empresa Corpesca S.A. por dos delitos de cohecho de particular, tipificado en el artículo 250 del Código Penal (en adelante CP), perpetrados por su entonces gerente general, entre los años 2010 y 2013, en relación con los delitos por los que fueron condenados los ex parlamentarios<sup>3</sup>.

Contra la sentencia se interpusieron sendos recursos de nulidad por parte de las defensas de los tres imputados personas naturales, y uno por el querellante Servicio de Impuestos Internos. La persona jurídica no recurrió. Dos de los recursos, aquellos interpuestos por J.A.O.B. y por R.F.L.T., invocaron causales del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal (en adelante CPP), competencia del máximo tribunal; sin embargo, la Corte Suprema resolvió que en realidad constituirían reclamos propios de otras causales, reenviando todos los recursos a la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En este trabajo se desarrollan ideas expuestas el año 2021 en el Ciclo de Conferencias Regionales organizado por el Instituto de Ciencias Penales, en una ponencia comentada por Álex van Weezel. Agradezco al Instituto la oportunidad; y al profesor van Weezel por sus valiosos comentarios críticos, que me permitieron mejorar varios pasajes, sobre todo en relación con la *etapa de reacción*, en dónde evidenció problemas que no había visto. Además, hago presente que fui interviniente por el Ministerio Público en el juicio del caso comentado, por razones de transparencia y por si quedara algún sesgo, de todos modos, inconsciente. Aprovecho de agradecer también a Ximena Chong y Jaime Retamal, fiscales del caso, de quienes admiró su enorme calidad humana y profesional, y me permitieron aprender a su lado constantemente. Buena parte de lo que se dirá surgió en extensas conversaciones y discusiones con ella y él.

<sup>3</sup> Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia Rol 309-2018, de 16 de abril de 2021, pp. 3547 y siguientes. Por la extensión de cada *Considerando*, y por no estar todos individualizados correctamente, se referirán en su lugar los números de las páginas en las referencias a la sentencia. Si bien se tuvo por establecida la comisión de tres delitos de cohecho, solo se condenó a la empresa por dos de ellos, pues uno, relacionado al ex senador, se consumó a mediados de 2009, antes de la vigencia de la Ley 20.393 (STJOP p. 2773). Sin perjuicio de ello, se destacó en la sentencia que el *defecto de organización* grave al interior de la empresa existió desde 2009 a 2013 (p. 3316).

<sup>4</sup> Corte Suprema, resolución Rol 30.327-2021, de 11 de noviembre de 2021.

En la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2021, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó todos los recursos de nulidad interpuestos<sup>5</sup>, quedando firme y ejecutoriada la condena respecto de todos los recurrentes, menos J.A.O.B., quien presentó además un recurso de apelación, por la denegación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, que se elevó luego del pronunciamiento sobre las nulidades. La apelación también fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>6</sup>, el 6 de enero de 2022, quedando entonces la sentencia del Tribunal ejecutoriada respecto de todos los sentenciados.

La sentencia constituye varios hitos. Se trata de la primera condena a parlamentarios por el delito de cohecho; se trata del juicio oral más extenso que ha habido; y se trata de la primera condena en un juicio oral a una empresa. El presente comentario se centrará en esto último. Como se adelantó, en la corte no hubo un pronunciamiento específico sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ), por lo que se mantiene lo resuelto por el TJOP.

Hasta el 31 de julio de 2021, habían sido formalizadas 34 personas jurídicas; casi todas por el delito base de cohecho del particular o soborno, salvo dos de ellas, imputadas por cohecho a funcionario público extranjero. En cuanto a los términos de dichas causas, a la misma fecha, los procedimientos respecto de 13 empresas fueron suspendidos condicionalmente; cinco empresas fueron condenadas en procedimientos abreviados; y tres empresas fueron absueltas en dos juicios orales<sup>7</sup>. Como se observa, si bien se trata del tercer juicio oral por RPPJ, el *Caso Corpesca* no solo supone la primera sentencia condenatoria dictada por un TJOP, sino que es primera vez que un tribunal se pronuncia sobre aspectos sustanciales de la RPPJ, analizando si la comisión del delito fue consecuencia del incumplimiento por parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

En los juicios previos, las absoluciones se debieron a otros motivos. Por un lado, en el juicio contra las empresas G.C. Ltda. y G.I.J.A.P.

---

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 2.100-2021, de 11 de noviembre de 2021.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 4.912-2021, de 6 de enero de 2022.

<sup>7</sup> Carta DEN LT N° 710/2021, de 31 de agosto de 2021, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional del Ministerio Público, en respuesta a una solicitud de acceso a la información efectuada por el autor.

EIRL, no se acreditó el delito base. Sus representantes legales, acusados por la comisión de delitos de cohecho, fueron absueltos. Sin perjuicio de ello, el TJOP de Temuco señaló que debía tenerse presente respecto de la EIRL que “es una persona jurídica integrada por una sola persona por lo que no puede ser sancionadas de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 20.393”<sup>8</sup>. Por otro lado, en el juicio contra la empresa A. Ltda., si bien se condenó a su representante legal, se consideró que este era el único agente de la empresa, siendo él “quien llevaba adelante la empresa sin que haya requerido o necesitado de otros órganos que intervinieran en su administración, así las cosas, no puede haber una diferenciación entre la conducta desplegada por el único integrante de la organización de la empresa”<sup>9</sup>. Agrega que por ello “no era necesario algún mecanismo de supervigilancia y control, en tanto que todas las funciones de la empresa recaían sobre la misma persona, por ende más que un defecto de organización de la empresa (...), fue la propia conducta [del imputado], que está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad penal a su respecto”<sup>10</sup>.

Conforme al artículo 3 de la Ley N° 20.393, las personas jurídicas son responsables de los delitos señalados en el artículo 1, que fueran cometidos (i) directa e inmediatamente en su interés o para su provecho; (ii) por determinados sujetos relacionados; (iii) siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión<sup>11</sup>. Es decir, debe haber un delito base que cumpla con el “criterio del beneficio” y el “criterio del favorecimiento” (Silva, 2016a, pp. 670-673). En el caso de Corpesca, los delitos bases fueron cohechos de particular o *sobornos*. Básicamente, los hechos por los que se condenó corresponden a pagos, realizados al entonces senador y a la entonces diputada, por parte del gerente general de la empresa (sujeto relacionado) –mediante la entrega a la empresa de boletas de honorarios falsas por parte de terceros vinculados a los parlamentarios–, para favorecer (*beneficio*), con infracción de los deberes de su cargo,

<sup>8</sup> TJOP de Temuco, Rol 200-2016, de 13 de octubre de 2016, Considerando Décimo Séptimo.

<sup>9</sup> TJOP de Arica, Rol 33-2014, de 2 de junio de 2015, Considerando 303, p. 2338.

<sup>10</sup> Ibid., p. 2340.

<sup>11</sup> Al respecto, HERNÁNDEZ (2010), pp. 216 y siguientes.

a la empresa mediante acciones vinculadas a la labor parlamentaria; siendo la comisión de estos delitos consecuencia de incumplimiento de deberes por parte de la empresa (*favorecimiento*).

A continuación, dejando de lado las problemáticas asociadas al delito base, se analizarán cuestiones vinculadas al cumplimiento por parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión y a los modelos de prevención de delitos (en adelante MPD). Primero se realizarán algunas consideraciones respecto de un MPD efectivo; luego se referirán los posibles efectos de un MPD; y, finalmente, se analizarán diversas etapas relevantes para la evaluación de un MPD, en virtud de lo referido por el TJOP en la sentencia.

## 2. ¿QUÉ ES UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS EFECTIVO?

Pese a que en su momento hubo importantes objeciones, la RPPJ se ha consolidado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>12</sup>. Dentro de quienes justifican su necesidad, suele decirse que las empresas son formas de organizaciones que generan riesgos, pues suponen un contexto de interacción, en un cierto estado de cosas, que puede resultar especialmente criminógeno; y, a su vez, se suele señalar que las formas de especialización y división del trabajo pueden derivar en una suerte de *irresponsabilidad organizada* que lleva a vacíos de responsabilidad. Así, la RPPJ aparece como un remedio a los fallos estructurales de la organización y un estímulo para la minimización de estos factores criminógenos<sup>13</sup>.

En este contexto, hay un desplazamiento de ciertas tareas de vigilancia desde el Estado hacia las empresas, bajo la forma de una *autorregulación regulada*, en donde el Estado *regula* ciertas condiciones para que se desarrolle la *autorregulación*<sup>14</sup>, y “en su caso, san-

<sup>12</sup> Muestra de esta consolidación es la previsión de la RPPJ en el proyecto de ley sobre delitos económicos, boletín 13205-07, y en los anteproyectos de nuevo Código Penal de los años 2013, 2015, 2018, y en el último proyecto de 2022.

<sup>13</sup> En este sentido CIGÜELA Y ORTIZ DE URBINA (2020), pp. 75-77.

<sup>14</sup> Como señala Coca, “por paradójico que pueda parecer, la autorregulación no respondería a un impulso desregulador, sino muy al contrario, supondría una mejoría cualitativa y cuantitativa en la intervención estatal, en la medida en que el Estado podría lograr una regulación más rigurosa, específica y Eficaz”, (2013, pp. 46-47). Sobre el *compliance* como autorregulación puede verse también KUHLEN (2013), pp. 67-73.

ciona a aquellas entidades cuya auto-organización defectuosa haya facilitado o favorecido la comisión de delitos” (Cigüela y Ortiz, 2020, p. 74). De este modo, se imponen deberes de dirección y supervisión para la persona jurídica, cuyo incumplimiento implicaría la generación o mantención de un estado de cosas defectuoso, que no mitiga adecuadamente los riesgos generados en el ámbito de su competencia. Entonces, como afirma van Weezel, aunque el efecto preventivo de la pena no se dirija a la persona jurídica en cuanto tal, sino a sus controladores o administradores, las sanciones “deben ser eficaces para incentivar a los dueños y administradores de las empresas a que establezcan y apliquen –o hagan establecer y aplicar– programas orientados a la prevención y descubrimiento de los delitos cometidos por las personas naturales en el contexto de la actividad empresarial” (van Weezel, 2010, p. 126).

Conforme al artículo 3 de la Ley N° 20.393, que *Establece la Responsabilidad de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica*, los deberes de dirección y supervisión se considerarán cumplidos “cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”. Entonces, para estos efectos, un MPD es una forma de cumplir dichos deberes. No es la única, pues pueden ser cumplidos a través de equivalentes funcionales<sup>15</sup>, aunque esto será más improbable mientras más compleja sea la organización. En definitiva, la necesidad de un MPD como forma de cumplir con los deberes de dirección y supervisión dependerá de si su implementación aparece como necesaria *ex ante*<sup>16</sup>.

Ahora bien, así como carecer de un MPD no implica necesariamente el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, el hecho de tenerlo tampoco es condición suficiente para que haya cumplimiento. Para que esto ocurra debe tratarse de un MPD *adoptado e implementado* de manera *eficaz*, y ello no puede depender de la comisión de un delito, o la exoneración sería imposible. Entonces, como señala Hernández, “desde luego no [debe ser] una barrera

<sup>15</sup> En este sentido PIÑA (2012), p. 8; NEIRA (2016), p. 488; HERNÁNDEZ (2010), pp. 225-226.

<sup>16</sup> Así, GARCÍA (2020), p. 14.

infranqueable contra el delito, pero sí un sistema que razonablemente y conforme con lo que es exigible bajo las condiciones jurídicas y fácticas de la empresa puede obstaculizar significativamente la comisión de delitos” (Hernández, 2010, p. 226).

Kuhlen señala que “se denominan *compliance* las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen” (Kuhlen, 2013, p. 51). A su vez, el *criminal compliance* aparecería cuando “a través de las medidas de cumplimiento implementadas se pretenda evitar la violación de normas reforzadas con pena” (Montaner, 2020, p. 99). En este contexto, en relación con la RPPJ y con nuestra legislación, podemos entender que un MPD efectivo es una manera en que una empresa puede cumplir los deberes de supervisión y dirección exigidos y organizarse correctamente<sup>17</sup>, situándose a medio camino entre un *compliance* cosmético y una barrera infranqueable, pero reduciendo significativamente el riesgo de la eventual comisión de delitos.

Algunas de estas consideraciones formuladas por la doctrina se han plasmado en esta primera sentencia condenatoria en juicio oral a una empresa. De este modo, asumiendo un sistema mixto de autorregulación regulada o normada (p. 2765), el Tribunal refiere que los “sistemas de cumplimiento, son normas autogeneradas por la persona jurídica, destinadas a prevenir la comisión de ilícitos, y de existir estos, orientadas a detectarlos y sancionarlos”. Es el fundamento del reproche el “no haberse organizado en cuanto a prevenir conductas ilícitas, de manera que se le culpabiliza por un estado de cosas u organización defectuosa” (p. 2769), por tanto se le imputa, finalmente, a la empresa Corpesca “un defecto de organización grave (...), desde que el Gerente General de la empresa no tenía sobre su persona, ningún tipo de supervisión, inspección o control sobre su gestión” (p. 3316).

Por otro lado, el Tribunal explicita que no obstante la producción de un ilícito, la persona jurídica puede exonerarse de responsabili-

---

<sup>17</sup> Esto no supone necesariamente que un modelo de *compliance* deba orientarse exclusivamente hacia la prevención de delitos que puedan acarrear responsabilidad penal para la persona jurídica. Como ha mostrado HERNÁNDEZ (2021, pp. 15-16), hay buenas razones para sostener que estos modelos a lo menos deberían atender también al riesgo de responsabilidad penal de los órganos directivos y altos ejecutivos.

dad si es que se acredita que tenía mecanismos establecidos para la fiscalización, detección y sanción de delitos, en caso de que se realicen (p. 2791). Pues, asumiendo la existencia de riesgos residuales, en estos casos debe demostrarse por la empresa que “se burlaron esos controles o supervisiones por parte de la persona natural, (...) ya que la persona jurídica no puede responder si se hizo todo aquello que establece la ley de manera mínima para evitar la comisión de delitos” (p. 3313); Además para este cumplimiento “no resulta absolutamente imprescindible la existencia de un [MPD], siempre y cuando la empresa cuente al interior de su organización con estas pautas que la hacen un ente jurídico ordenado y confiable, porque cumple con toda la normativa existente, laboral, previsional, de seguridad, societaria y por sobre todo con la legislación penal para exonerarse de responsabilidad” (p. 3054).

A continuación, se revisarán brevemente los posibles efectos de un MPD efectivo, para finalmente analizar algunos elementos que sirven para la evaluación de su eficacia.

### 3. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS EFECTIVO?

Pueden ocurrir distintas situaciones. Un modelo adecuado puede ser adoptado e implementado antes o después de la comisión del delito, y antes o después del comienzo del juicio; y puede haber distintos tipos de modelos no adecuados. Estos pueden generar el efecto de exonerar o atenuar la RPPJ<sup>18</sup>.

En primer término, como se ha dicho, un MPD es una forma de cumplir los deberes de dirección y supervisión que permite a la persona jurídica no responder por el delito cometido, pese a que se haya realizado directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por parte de un sujeto relacionado<sup>19</sup>. Si no se dan estos dos

<sup>18</sup> Además, como destaca BALMACEDA, GUERRA Y JUPPET (2019, pp. 224-225), un MPD, conforme al artículo 17 N° 4, puede ser relevante en el momento de la determinación judicial de la pena, además de ser una de las posibles condiciones impuestas por el juez en una suspensión condicional del procedimiento, en virtud del artículo 25 N° 4, ambos de la Ley N° 20.393.

<sup>19</sup> Es una causa de atipicidad por falta de concurrencia de un elemento positivo del tipo para PIÑA (2012, p. 7); en un sentido similar, es una eximente relativa a la tipicidad para MAYER Y VERA (2020, p. 135).

primeros requisitos no es necesario llegar a discutir si la realización del hecho punible es consecuencia de este incumplimiento, pues se encuentra fuera de su ámbito de competencia. Este efecto de exoneración de responsabilidad penal, conforme al art. 3 de la Ley N° 20.393, solo lo desplegará un modelo efectivo que haya sido adoptado e implementado antes de la comisión del delito.

En este sentido, es posible distinguir entre modelos *oportunos*, adoptados e implementados antes de la comisión del delito; y modelos *tardíos*, adoptados luego de dicha comisión<sup>20</sup>. Respecto de la RPPJ, los modelos *tardíos* tendrán relevancia si es que su adopción ocurre luego del delito, pero antes del comienzo del juicio.

Conforme al artículo 6, N° 3, de la Ley N° 20.393, será circunstancia atenuante de la RPPJ, “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”. De este modo, la adopción de un modelo *tardío* puede considerarse como una medida eficaz para prevenir la reiteración, en los términos exigidos por la norma. En todo caso, para configurar la atenuante se exige algo menos que un MPD, pues se requiere de *medidas eficaces* para prevenir la reiteración de solo una clase de delitos. Así, podría bastar cualquier medida idónea para evitar dicha reiteración<sup>21</sup>.

Un MPD es algo más que simples medidas, pues la ley exige ciertos requisitos mínimos, pero además es más amplio en su objeto, ya que no se aboca solo a evitar la reiteración de una clase de delitos (objeto de la investigación), sino a todo el catálogo de delitos bases contemplado en la legislación. Finalmente, la norma exige solo la *adopción*, y no la *implementación*, que podría requerir de un mayor tiempo. Por lo tanto, este efecto atenuante podría generarlo, en principio, un modelo cuya efectiva implementación todavía esté en marcha. Aunque será un tema que deberá resolver luego la jurisprudencia, dado que el baremo será el de la *adopción* de *medidas eficaces*, podría bastar la decisión del directorio de crear un MPD, antes del comienzo del juicio, para configurar la atenuante.

<sup>20</sup> Tomo la distinción entre compliance *oportunos* y *tardíos* de MAYER Y VERA (2020), pp. 148-153.

<sup>21</sup> Así, MAYER Y VERA (2020), p. 149.

Ahora bien, en relación con los MPD *oportunos* que no son eficaces para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, siguiendo a Montiel, todavía es posible distinguir entre aquellos que son completamente ineficaces –una mera fachada– y que no desarrollan ninguna estructura; de aquellos que, sin ser solo cosméticos, tienen aún *cimientos poco sólidos* para cumplir su finalidad, ya que no se han desarrollado todavía de manera completa (Montiel, 2019, pp. 2-4). En estos casos, en que el MPD *oportuno* no cumple los requisitos para eximir de responsabilidad penal, podría discutirse el posible efecto de atenuación. Al respecto, Mayer y Vera proponen que podría ser “un caso específico de la denominada eximente incompleta regulada en el artículo 11 número 1 del Código Penal” (Mayer y Vera, 2020, p. 151), que se aplicaría análogamente, siempre que las deficiencias del programa no sean de menor entidad.

Sobre este punto, la sentencia en comento realiza interesantes consideraciones. El Tribunal acogió la media prescripción del artículo 103 del CP; además de la concurrencia de dos atenuantes, aquellas de los artículos 6 N° 2 (colaboración sustancial) y N° 3 de la Ley N° 20.393.

En cuanto a lo primero, el Tribunal consideró que, pese a no tratarse de una institución expresamente regulada en la Ley N° 29.393, en virtud de su artículo 1, inciso segundo<sup>22</sup>, y además en atención a que la misma ley reconoce que se aplican a las personas jurídicas las causales de extinción de responsabilidad penal del artículo 93 del CP, que incluye la prescripción, por “una interpretación analógica *in bonam partem*, con mayor razón puede aplicarse la media prescripción, que si bien no extingue la responsabilidad, sí la atenúa” (p. 3541)<sup>23</sup>.

En relación con las circunstancias atenuantes, a diferencia de lo referido sobre la media prescripción, se descarta la posibilidad de aplicar aquella prescrita en el artículo 11 N° 6 del CP, esto es,

<sup>22</sup> El artículo 1, inciso 2, de la Ley N° 20.393, establece: “En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente”.

<sup>23</sup> El Tribunal fija el último hecho en julio de 2012, e indica que la formalización, en atención a la “interrupción” [sic], fue el 23 de julio de 2016, por lo que conceden la media prescripción.

haber tenido una conducta anterior irreprochable, indicando que el artículo 1 de la Ley N° 20.393 se limita a aquellas materias no previstas, en circunstancias que el artículo 6 de la misma ley establece expresamente las atenuantes aplicables a las personas jurídicas, primando la norma especial sobre la general. Además, el Tribunal señala que expresamente se considera la reincidencia como agravante —en el artículo 7 de la Ley N° 20.393—, por lo que de haber querido el legislador establecer la irreprochable conducta como atenuante, lo habría señalado expresamente (p. 3542).

La misma situación, podría agregarse, ocurre con las remisiones expresas que hace la ley, en el artículo 6, números 1) y 2), a los números 7 y 9 del artículo 11 del CP. Es decir, las únicas atenuantes del CP aplicables a la persona jurídica serían la reparación celosa del mal causado o el impedimento de sus ulteriores consecuencias y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, ya que hay una remisión expresa. Las demás no serían aplicables, pues no se trata de *lo no previsto* en la ley. Con esta interpretación quedaría fuera la posibilidad de configurar la atenuante del artículo 11 N° 1 del CP en los casos de modelos *oportunos* no eficaces para eximir de responsabilidad.

Para acoger las atenuantes de colaboración sustancial (artículo 6 N° 2), el Tribunal tuvo en consideración el aporte por parte de la empresa de numerosa documentación, así como de la evidencia material N° 12, correspondiente a un disco duro contenedor de los correos electrónicos de ejecutivos de la empresa, incluyendo aquellos del entonces gerente general (p. 3542).

Mientras que, para acoger la atenuante de la adopción, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de investigación (artículo 6 N° 3), el tribunal tuvo en consideración la implementación de diversas medidas de mejoras del MPD *oportuno* pero ineficiente, que supusieron numerosas actuaciones para “mejorar su cultura corporativa”, destacando (i) un cambio profundo al procedimiento de pago de boletas por servicios de honorarios; junto a la (ii) creación de un Comité de Auditoría y Gestión de Riesgo, al que cada tres meses rinde cuentas el Encargado de Prevención de Delitos (en adelante EPD); la (iii) certificación del MPD acompañada, vigente hasta febrero de 2021; así como un (iv) informe acerca del MPD de Corpesca y su cumplimiento (p. 3543).

En el caso de Corpesca cabe distinguir entre dos períodos dentro de los que se cometieron los delitos. Primero, hay una etapa sin modelo; luego, una etapa con un modelo que se consideró ineficaz para exonerar de responsabilidad, que comienza con la aprobación por parte del directorio de la creación de un MPD en noviembre del año 2011. Lo referido por el Tribunal sirve para configurar la atenuante de *adopción* posterior de *medidas eficaces* tanto para casos en que no hay un modelo *oportuno* y se adopte un modelo *tardío*, como para aquellos casos en que se mejore un modelo *oportuno*, pero de cimientos poco sólidos.

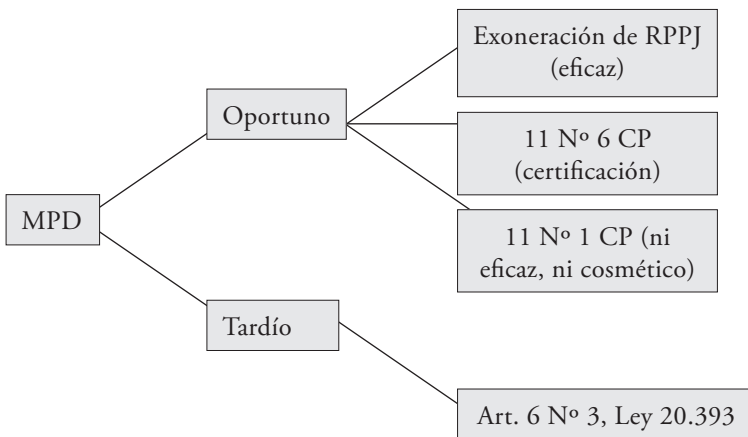
Cabe destacar, además de la referencia a la mejora de la *cultura corporativa* como un elemento a considerar para determinar la eficacia de las medidas adoptadas, que el Tribunal señala que, por tratarse de la audiencia de determinación de pena, prevista en el artículo 343 del CPP, de una audiencia “del todo desformalizada”, no es necesario que declare “como testigo o perito el suscriptor de un determinado documento” para que estos sean evaluados (p. 3542). Por lo tanto, la prueba de la adopción por parte de la persona jurídica de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación –reflejadas en este caso en un modelo *tardío*–, puede realizarse a través de documentos. En este contexto, considerando la extensión de estas investigaciones y el posible transcurso de años entre el inicio de estas y el comienzo del juicio, se vuelve particularmente relevante el rol que pueden cumplir las certificaciones de los MPD efectuadas luego del delito y antes del juicio. Pues, como prueba documental presentada en la audiencia de determinación de pena, podrían ser suficientes para configurar la atenuante del artículo 6 N° 3.

Respecto de las certificaciones, se ha planteado que configuran una presunción simplemente legal de la adopción de un MPD, pero que no garantiza que el MPD se mantenga plenamente operativo<sup>24</sup>. Considerando este valor relativo, se ha señalado que “nacén con fecha de caducidad” (Neira, 2016, p. 497)<sup>25</sup>. Ahora bien, el

<sup>24</sup> Así, PIÑA (2012), p. 89.

<sup>25</sup> Neira destaca que el valor de las certificaciones resulta incierto por tres razones: recae en empresas privadas, que pueden compartir intereses con las empresas certificadas; por la inexistencia de un procedimiento de certificación estandarizado; y por la escasa o nula jurisprudencia al respecto (NEIRA, 2016, p. 495). Sobre lo primero, es posible hacer un matiz, ya que la propia ley les atribuye a las certificadoras el desempeño de

profesor Matus ha planteado un posible efecto adicional, esto es, que podrían servir como prueba de una “buena conducta anterior que sirva de atenuación a la responsabilidad penal” (Matus, 2017, p. 42). Sin embargo, conforme a lo expresado por el Tribunal, y a una interpretación sistemática del artículo 6 y artículo 1, inciso segundo, de la Ley N° 20.393, me parece que la aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior –junto a todas las demás del artículo 11 del CP, salvo las referidas expresamente en el mencionado artículo 6– debería rechazarse. Seguramente esto será objeto de debate en juicios futuros, pero de momento las posibilidades son las siguientes:



Vistos los posibles efectos de un MPD, a continuación, se revisarán los requisitos de uno efectivo, distinguiendo en diversas etapas para su evaluación y atendiendo a interesantes consideraciones realizadas por el Tribunal en relación con cada una de ellas.

---

una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal. Sobre lo último, la jurisprudencia sigue siendo nula, pues no se trata de un tema abordado por la presente sentencia.

#### 4. ETAPAS (PARA LA EVALUACIÓN) DE UN MODELO EFECTIVO

Suele señalarse que un *compliance penal*<sup>26</sup> tiene diversos requisitos o pilares<sup>27</sup>, pero básicamente pueden distinguirse tres pasos: diseñar, implementar, y actualizar o revisar<sup>28</sup>. A continuación, se referirán algunas cuestiones relevantes para la evaluación de la efectividad de un MPD en el proceso penal, conforme a la legislación chilena y lo señalado en la sentencia condenatoria revisada.

La óptica del proceso penal supone la realización de un delito, y esto es relevante ya que dicha realización puede situarse en distintos momentos, por lo que no es lo mismo que se haya cometido luego del diseño y antes de la implementación, o luego de la implementación y antes de la supervisión, etc. Además, nos permite ver el MPD desde lo que ocurrió antes, durante, y después de la comisión del delito.

##### 4.1. La importancia del sujeto activo

Una primera cuestión relevante para evaluar la efectividad del MPD requiere atender al sujeto activo que ha cometido el delito base. Se

<sup>26</sup> Usaré *compliance penal* como sinónimo de MPD, aunque la terminología podría ser discutida. En efecto, Balmaceda y Martínez prefieren utilizar *programa de cumplimiento* sobre *modelo de prevención*, pues, a su juicio, la Ley N° 20.393 “siempre habla de un sistema de prevención, para referirse a la normativa interna de la empresa en su totalidad, y de un Modelo de Prevención, cuando se refiere al documento que debe contener los protocolos y procedimientos, constituyéndose en la piedra fundamental del Sistema o Programa de Cumplimiento” (Balmaceda y Martínez, 2020, p. 108). Sin embargo, esto es discutible. El artículo 3 de la ley señala que se considerará que los deberes se han cumplido cuando se haya adoptado e implementado *modelos* de organización, administración y supervisión para prevenir delitos. Luego, el artículo 4 señala que las personas jurídicas podrán adoptar el *modelo de prevención*, que deberá contener diversos elementos, no todos referidos a documentos, sino que se incluyen presupuestos materiales, como la autonomía del encargado. Además, se indica que uno de los elementos es el establecimiento de un *sistema de prevención*. Finalmente, el artículo 4.4) lleva el título de *Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos*, pero luego en su letra a) se refiere a la aplicación efectiva del *modelo de prevención*, y en su letra b) a la certificación del *modelo de prevención*; por lo que me parece que ambos términos, aunque de manera imprecisa, al menos ocasionalmente, son usados por la ley como sinónimos.

<sup>27</sup> Cfr., MONTANER (2013), pp. 148-149; MONTANER (2020), pp. 104 y siguientes; COCA (2013), pp. 55 y siguientes; BERMEJO Y PALERMO (2013), pp. 177-178.

<sup>28</sup> Así, NEIRA (2016), p. 474. En un sentido similar, la norma Nch-ISO 19600:2016, refiere que ella “proporciona una orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento eficaz” (2016, p. 1).

ha señalado que la implicación de una persona que desempeñe un alto cargo permitiría presumir el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. El TJOP cita extensamente a Ana María Neira en este punto, quien señala:

“en mi opinión, también en Chile, acreditada la implicación de los altos cargos en la comisión del delito (hecho indicio) cabe inferir que los deberes de dirección y supervisión se han incumplido (hecho consecuencia), ya que no resulta lógico pensar que quien dolosamente delinquirió, al mismo tiempo, pudo actuar diligentemente en la gestión de los riesgos delictivos de la organización (...).

Ahora bien, incluso en el caso de que sean los directivos o los miembros del consejo de administración los que cometan el delito, ya por acción, ya por omisión, existe la posibilidad de que el ente no responda penalmente si se acreditan ciertas circunstancias que denotan su alto compromiso con la legalidad, demostrando que, a pesar de haber puesto toda la diligencia debida en la evitación de delitos, (...) uno de sus dirigentes realizó sus propósitos delictivos, burlando los controles implementados por la organización y actuando en contra de sus políticas de cumplimiento” (Neira, citada en la sentencia, p. 3314, cursiva agregada).

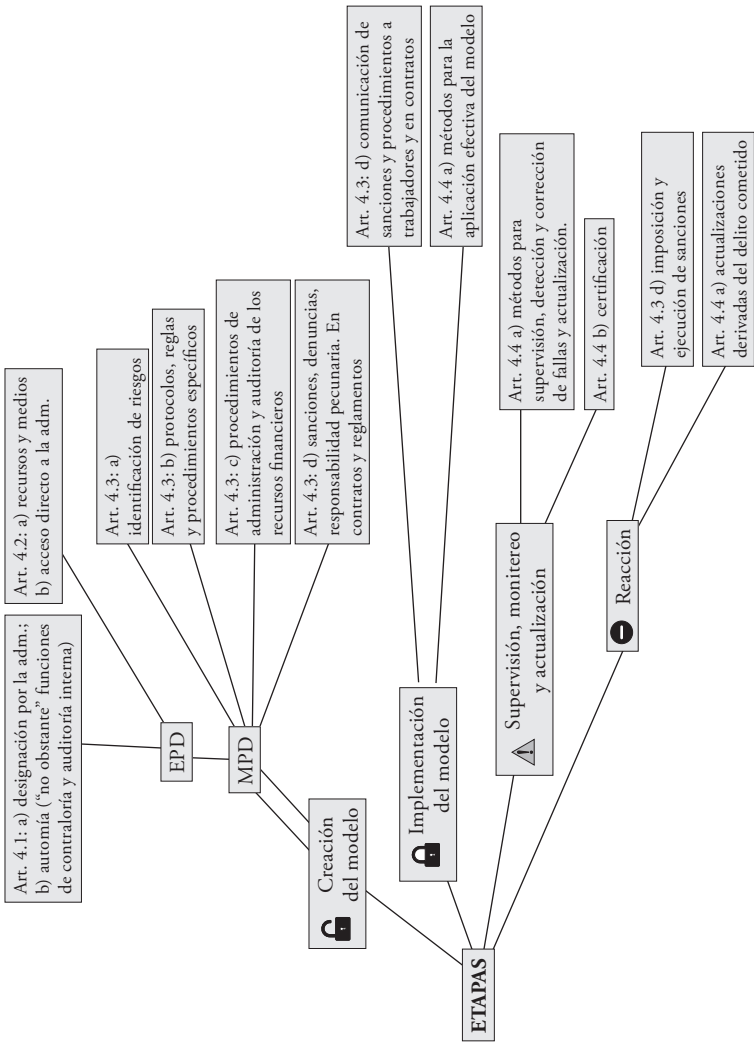
Luego, el TJOP destaca la obligación del ente superior de la administración, en este caso el directorio, de adoptar medidas tendientes a reducir efectos lesivos producidos por algún miembro de la empresa, sobre todo si tales irregulares son cometidas en la “cúpula de la empresa después del directorio, lo que cuestiona el imaginario de si la cabeza del órgano no respeta una cultura de la legalidad, cuánto más es exigible al resto del cuerpo corporativo” (pp. 3262-3263).

Sin embargo, pese a que suela destacarse la importancia de una cierta *cultura de cumplimiento* –sobre lo que no podré extenderme aquí y rebasa el cometido de este comentario–, pareciera que lo determinante es si hay *ciertas circunstancias* que demuestran ese *alto compromiso*, y eso –más que derivarse de que si *un alto cargo incumple, todos incumplen*– depende de la existencia de la existencia de controles efectivamente *implementados*, que habrían sido burlados por el sujeto activo.

Estos controles, en tanto *implementados*, no pueden ser meramente formales; pero, en caso de existir, podrían ser burlados tanto por un alto cargo como por uno de menor jerarquía. De hecho, de alguna manera, el TJOP da cuenta de que, más importante que el cargo del sujeto activo, lo es la ausencia de control, al señalar que el gerente general: “claramente (...) no burló ningún tipo de control, porque este simplemente no se ejerció respecto de él, no quebrantó ninguna de las barreras establecidas por el sistema normativo interno para la prevención y detección de delitos, porque no le fue necesario; ninguno de los directores que declaró, señaló en qué forma se le consultaba, cuestionaba o fiscalizaba sobre algún tema, más aún se indicó que su gestión era plena y absoluta” (p. 3315).

#### **4.2. Cuatro fases o etapas de un modelo eficaz**

De manera esquemática podemos separar los elementos de un MPD en cuatro etapas: (1) etapa de creación o diseño del modelo; (2) etapa de implementación del modelo; (3) etapa de supervisión, monitoreo y actualización del modelo; (4) y una etapa posterior a la comisión de los delitos, es decir, de reacción. Todas ellas pueden desprenderse de los contenidos mínimos establecidos en la legislación chilena, que pueden expresarse de la manera siguiente:



La sentencia condenatoria en comento, también da cuenta de diversas fases, al señalar que “en todo programa de cumplimiento, se pueden distinguir etapas, pudiendo distinguir al menos tres, una primera en cuanto a su diseño y formulación, la segunda de difusión y la tercera de mejoramiento y monitoreo del mismo” (p. 2893).

Ahora bien, la evaluación de un MPD puede comprenderse como un test que se compone de dos partes. Como señala Nieto, “primero se examina la eficacia en abstracto del programa de cumplimiento y su implementación”, pues si en esta parte ya no se cumplen las exigencias de establecer controles apropiados no se hace necesario determinar una falla en concreto; y luego se debe “examinar la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que se han producido y explicar por qué han fallado, de existir, en el caso concreto” (Nieto, 2013, p. 39). Es decir, si efectivamente el sujeto activo ha *burlado* ciertos controles existentes, que se presentan, en general, como una forma adecuada de detectar y reaccionar ante fallas. La existencia de estos controles debe ser real, lo que permite comprender un MPD como una forma de organización y no como una “autodescripción”, pues, “es imprescindible que el modelo contenido en la documentación sea un fiel reflejo de la forma de existir y operar de la compañía” (Piña, 2012, p. 19).

La exigencia de una implementación efectiva prevista en la ley da cuenta de ese fiel reflejo, lo que derivará en la existencia de una serie de medios probatorios, tales como prueba documental o material, pero también testimonial –incluyendo, por ejemplo, a trabajadores que podrán dar cuenta de su difusión–, y pericial, por ejemplo, sobre diversos procesos en la empresa o la certificación del modelo.

En atención a que la RPPJ requiere del incumplimiento de deberes de dirección y supervisión, que pueden describirse como un estado de cosas defectuoso, corresponde a mi juicio a la acusación la prueba de esta forma de organización. La Fiscalía de Chile ha señalado que le corresponde la *carga probatoria* de los distintos presupuestos copulativos de la RPPJ, incluyendo dentro de ellos que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Oficio Fiscalía Nacional del Ministerio Público N° 440/2010, *Instrucción general que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución de las personas jurídicas*, p. 5.

#### **4.2.1. Etapa de creación del MPD**

A grandes rasgos, el modelo en su conjunto supone una forma de cumplir con los deberes de dirección y supervisión, y allí debe apuntar su diseño. Como señala Silva Sánchez, por supervisión debe entenderse: “a) el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado; y b) el establecimiento de mecanismos de corrección de tal comportamiento si es que se prevé o se debe prever que sea delictivo, o bien de transmisión de la información obtenida a la persona encargada de tal corrección” (Silva, 2013a, p. 22). Ahora, en esta primera etapa, corresponde a la administración dar los primeros pasos hacia el establecimiento de estos mecanismos de obtención de información y de corrección, esto es: (i) designar a un EPD<sup>30</sup>, para luego, en conjunto con este encargado, (ii) establecer un sistema de prevención de los delitos. Sin perjuicio de que el compromiso de la administración pueda contribuir a tener un MPD efectivo, en esta etapa la ley establece requisitos relacionados a cada uno de estos puntos. Unos relacionados al EPD, otros al MPD.

#### **Encargado de prevención**

El EPD es definido en la sentencia como “la persona u órgano que debe velar por el funcionamiento, coordinación y eficacia del sistema de cumplimiento, y cuya independencia o autonomía respecto del poder máximo es de la esencia de cualquier programa normativo” (p. 3065).

---

<sup>30</sup> A pesar de este nombramiento y delegación, la administración mantiene una posición de garantía secundaria o residual. Señala Silva Sánchez que hay una transferencia, que hace surgir una nueva posición de garantía del delegado; y una transformación, deviniendo la posición de garantía originaria en una secundaria o residual, en virtud de la que ya no le compete el deber de control directo sobre los riesgos, pero sí deberes de diversos: “la correcta selección, formación –si fuera precisa– e información del delegado; la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diversos delegados, y, sobre todo –al menos eso es lo que suele indicarse–, el deber de vigilancia” (SILVA SÁNCHEZ, 2016b, p. 200). En un sentido similar, se ha señalado que esta delegación *parcial* supondría la obligación para el encargado de obtener información y, en caso de incorrección, transmitir al sujeto competente; sin tener, por lo general, una obligación de impedir delitos (MONTANER, 2018, p. 73).

Respecto de este cargo, el artículo 4. 1). a), de la Ley N° 20.393, establece que la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica deberá designarlo y que durará tres años en el cargo con la posibilidad de prorrogarse por períodos de igual duración. Dentro de los requisitos para su correcto nombramiento, se exige que (i) cuente con autonomía de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores, no obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna, con la excepción de PJ cuyos ingresos anuales no excedan 10.000 UF, caso en que el dueño, socio o accionista controlador podrán asumir personalmente dicha tarea; (ii) debe contar con recursos y medios materiales para realizar su función, provistos por la administración; y (iii) debe tener acceso directo a la administración, 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 al menos semestralmente.

Entonces, como primer requisito, un MPD efectivo depende de la idónea designación de un EPD, que debe cumplir a lo menos con los requisitos mínimos referidos.

En cuanto a la autonomía, de la que depende en buena medida el cumplimiento efectivo de su cometido, debería evitarse cualquier forma de dependencia de otros órganos de la empresa<sup>31</sup>. Sobre el desarrollo de su función, la ley consagra la exclusividad, con la excepción de las dos funciones, limitadas y compatibles, de contraloría o auditoría interna. En estos casos en que se realice una función adicional a la de EPD, debería diseñarse e implementar una política para regular los eventuales conflictos de interés<sup>32</sup>. Finalmente, para evaluar el cumplimiento del requisito de acceso directo al directorio, como indica Reyes, deben realizarse preguntas como: “¿Las funciones de cumplimiento y control relevantes tienen informes directos al directorio o al comité de auditoría? ¿Con qué

---

<sup>31</sup> Así, PIÑA señala que podría menguar la autonomía cualquier dependencia de otros órganos, “como una gerencia de administración y finanzas o de control de gestión” (PIÑA, 2012, p. 56). El ejemplo es interesante, ya que, precisamente, la persona nombrada como encargado en este caso cumplía además funciones de subgerencia de administración y finanzas.

<sup>32</sup> Así, ALBERTZ (2019), p. 163.

frecuencia se reúne con los directores? ¿Cómo garantiza la empresa la independencia del cumplimiento?” (Reyes, 2019, p. 251).

En el caso *Corpesca*, el Tribunal consideró que se cumplían “de manera formal”<sup>33</sup> los requisitos de designar a un EDP y de otorgarle medios materiales (p. 3058), para luego analizar los requisitos de autonomía y acceso directo a la administración.

Se señala que el requisito de acceso al directorio fue incumplido, pues el EPD no informó nunca al directorio sobre las medidas y planes implementados, como tampoco rindió cuenta de su gestión de manera semestral (p. 3059). Por otro lado, reprochan que nunca se haya dirigido personalmente al directorio a dar cuenta de los avances de su gestión, sino que siempre lo hizo a través del gerente general, quien precisamente cometió los delitos de cohecho, “entonces qué tipo de independencia podía tener frente al poder omnipresente de este en la empresa” (p. 3071).

En cuanto a la autonomía, el primer EPD nombrado correspondía al subgerente de administración y finanzas de la empresa, destacando el Tribunal que este, pese a que “admite que es de la esencia tener autonomía en su labor, siempre reportó a su jefatura directa o al gerente general pero nunca al órgano máximo de la administración que es el directorio, órgano que en definitiva es quien tiene la responsabilidad suprema sobre la persona jurídica” (p. 3062). De este modo, aunque la autonomía y el acceso directo a la administración pueden ser vistos como requisitos diversos, están de algún modo conectados; pues en ciertos casos la falta de lo segundo puede ser expresión de la falta de lo primero.

El tribunal consideró que tener autonomía es “es realizar sus funciones sin darle cuenta a su jefatura” (p. 3064), y da cuenta de esta conexión al reprochar que el trabajo del encargado se orientó más bien al “desempeño de su rol de subgerente de administración, auditando los procesos puramente económicos al interior de Cor-

---

<sup>33</sup> El Tribunal considerara que el cargo de subgerente de administración y finanzas está dentro de las labores de contraloría o auditoría interna que se permiten realizar al EPD. Sin embargo, se estableció que el EDP firmó como apoderado de la empresa cheques que tenían como destino al parlamentario cohechado (p. 3315), lo que parece ser una función que excede aquellas propias de contraloría y auditoría, y es además incompatible con el rol de EPD, pues quien firma sería a su vez quien debe controlar esos mismos pagos.

pesca S.A.” (p. 3070). En particular, respecto de su relación con el gerente general, que cometió los delitos, se reprocha expresamente una falta de independencia del encargado “para actuar como contrapeso ante ese poder omnipresente de F.M.O” (p. 3195).

Así las cosas, se concluye que el EPD “carecía de la independencia y autonomía respecto del Directorio, como tampoco tuvo acceso directo al mismo” (p. 3075).

### ***Sistema de prevención***

Sobre este punto, en esta fase, la ley al indicar que el establecimiento de un sistema de prevención no es tarea exclusiva del EPD, sino que le corresponde a la administración en conjunto con este, como refiere el artículo 4. 3). Este sistema deberá contener a lo menos: (i) la identificación de riesgos; (ii) el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos que sirvan a mitigar esos riesgos; (iii) procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan mitigar riesgos; y (iv) procedimientos de sanciones y de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias a quienes incumplan el sistema.

#### *(i) La identificación de riesgos*

La norma ISO 19600 define riesgo como “efecto de la incertidumbre en los *objetivos*”<sup>34</sup>. En lo que aquí interesa, el objetivo es evitar la comisión de los delitos. Adoptada la decisión de crear un MPD, lo primero será determinar las obligaciones de cumplimiento y evaluar los riesgos. Esto, aunque puede compartir elementos comunes, es dinámico y depende de cada empresa, siendo “clave que el modelo se adapte a las características de cada organización y a los específicos riesgos de su actividad”, es decir, que responda a la “*idiosincrasia de la organización*, esto es, que sea idóneo para la organización en que se va a implementar” (Neira, 2016, p. 479).

Sobre este punto, la sentencia destaca que Corpesca contrató los servicios de una empresa externa que diseñó un sistema de prevención, junto con realizar una matriz de los riesgos asociados (p. 3090), en donde se identificaron ciertos riesgos relevantes,

<sup>34</sup> NCh-ISO 19600: 2016, p. 3

relacionados con los hechos materia del juicio, recomendándose controles para su mitigación. Por ejemplo, se identifica que el procedimiento de pago a proveedores de bienes y/o servicios no se encuentra formalizado a la fecha de la revisión (p. 3100), destacando el TJOP que, “ya en noviembre del año 2011”, se advierte que el control no mitiga el riesgo y recomiendan que los altos ejecutivos de la empresa se comprometan a no realizar ningún tipo de acto o acción que pudiere ser interpretado como cohecho (p. 3101). Algo similar se señala sobre el proceso de donaciones políticas, cuyos controles fueron identificados como insuficientes por la empresa externa que realizó las correspondientes recomendaciones (p. 3102-3103).

Aquí cabe recordar que la empresa fue condenada por dos delitos de cohecho, uno cometido a mediados de 2010 y otro a mediados de 2012. La aprobación de la creación de un modelo ocurrió en noviembre de 2011 (p. 3052), cuando el directorio adoptó esa decisión, habiendo entonces un delito antes de ese momento y otro después.

Como se observa, esta etapa puede generar documentación relevante para una investigación. Una incorrecta identificación de los riesgos puede llevar a la posterior ineficacia del MPD; pero algo similar puede seguir a una correcta identificación de riesgos, en caso de que de ella no se siga un adecuado control y mitigación.

(ii) *Establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos que sirvan a mitigar riesgos*

Respecto de este punto se tuvo por cumplido el requisito, “al menos de manera formal, a través de la creación de diversos documentos” (p. 3105). Dentro de ellos se destaca un *Código de Ética*<sup>35</sup>; la *Política de Prevención de Delitos (ley 20.393)*; una *Línea Directa*<sup>36</sup> “para

<sup>35</sup> Navas entrega buenas razones para preferir el concepto de *códigos de conducta*, señalando que son el corazón de todo programa de cumplimiento, debiendo ser la piedra fundamental en su construcción y el medio que refleja las normas y valores que dan lugar a una cultura de cumplimiento en la empresa (NAVAS, 013, pp. 112-115).

<sup>36</sup> Aunque excede los fines de este trabajo, vale destacar dos cuestiones de las que la jurisprudencia probablemente tendrá que hacerse cargo. Una, es la tensión que puede generarse entre el respeto de los derechos fundamentales y los procedimientos de denuncia e investigación que se establezcan en una empresa. Al respecto, puede verse GÓMEZ, 2013, pp. 126 y siguientes. Lo segundo será determinar los elementos que deba tener un canal de denuncia para configurar un MPD eficaz y eximir de responsabilidad a la empresa. Por ejemplo, habrá que responder ¿qué hechos se pueden

canalizar denuncias anónimas, y como medio para detectar y prevenir delitos”, en la que no se recibió ninguna denuncia hasta el año 2013 (p. 3110).

Hasta aquí, el TJOP concluye que se cumplió con el requisito (i) del artículo 4. 3), letra a), a través de la matriz de riesgo, y también con (ii) aquel de la letra b), por medio de la referida documentación, señalando que en el siguiente análisis corresponde determinar si fueron eficaces para la prevención de delitos, pues refiere que existieron numerosas situaciones que infringieron los protocolos y normas referidas:

“no solo por el autor de los delitos de soborno (...), sino también por ejecutivos, trabajadores e incluso por el Directorio y sus miembros quienes debían actuar en consonancia con las reglas internas que los regían y que dicen relación con la cultura de la corrección al interior de la organización, porque aun cuando fueran conductas que no constituyeran ilícito penal alguno, son conductas riesgosas para la imagen y reputación de la empresa” (p. 3111).

A continuación, se dan ejemplos de correos electrónicos de autoridades con altos ejecutivos o directores, como uno de un parlamentario al presidente del directorio en el que le envió el informe de una comisión de la tramitación de una ley pesquera; o el envío de un currículum por parte de un miembro del Consejo Nacional de Pesca al gerente general. Estas situaciones se consideran infracciones al Código de Ética, que requiere tener especial cuidado en la relación con funcionarios. Se concluye que:

“todos los ejemplos anteriores son vinculaciones con funcionarios públicos, que en algunos reflejan establecer un grado de compromiso y favores revelados que incluso pudieran constituir ilícitos, y otros, que si bien no lo son, de manera alguna dan cuenta de un ambiente de incorrección corporativa faltan-

---

denunciar? ¿Qué hechos se investigarán? ¿Qué tan detallados deben ser los hechos denunciados para que se investiguen? ¿Se admitirá una suerte de facultad de no iniciar la investigación? ¿Quién lo determinará? ¿Quiénes pueden denunciar? ¿Solo empleados o también terceros? ¿Las denuncias serán anónimas o solo confidenciales? Etc. Puede que haya diversas posibilidades de respuestas compatibles con un MPD efectivo, pero de estas respuestas dependerá la evaluación de su efectividad para el proceso penal. Sobre el punto, fundamental RAGUÉS (2013), 176-194.

te de buenas prácticas tendientes a respetar el sistema normativo, encontrándose la mayoría de tales casos, no solo bajo la vigencia de la ley 20.393, sino del Modelo de Prevención de Delitos” (p. 3117-3118).

Es decir, el cumplimiento formal de los dos primeros requisitos es insuficiente. Pues, a este debe sumarse una exigencia material de cumplimiento que se determinaría en función de si en la práctica se cumple con lo que formalmente se establece. Navas refiere que “un código de conducta sirve para demostrar que el sistema de cumplimiento es eficaz, que materialmente sirve para la prevención y evitación de comportamientos delictivos” (Navas, 2013, p. 125); aunque pareciera que, si bien su existencia es un elemento relevante, será su efectiva observancia la que dirá algo sobre la eficacia del modelo.

De todos modos, esta segunda parte vinculada a que en la empresa realmente opere como señalan sus protocolos y documentos, tiene mayor relación con la *implementación* efectiva de un modelo que con su *creación* y diseño.

*(iii) Procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan mitigar riesgos*

El TJOP vincula la inexistencia de un sistema de pago de bienes y servicios formalizado con este requisito (p. 3119). La relevancia de este sistema de pagos radica en que los cohechos se materializaron a través de la entrega de diversas boletas de honorarios ideológicamente falsas. Luego de analizar distintos medios de prueba, concluyen que, si bien existía un procedimiento de pago de bienes y servicios, este no estaba *formalizado*, como indicaba ya la matriz de riesgo, y que “claramente contemplaba excepciones no regladas respecto de aquellos pagos autorizados por el gerente de finanzas como por el gerente general, sumado a la existencia de cheques sin cruzar y sin ser nominativos, como indicaban los procesos pertinentes” (p. 3193), lo que destaca nuevamente la necesidad de que la realidad se apegue a la *formalidad*.

Como ejemplo de esta falta de control se destaca varias veces en el fallo que bastaba la firma del gerente general para autorizar el pago, lo que no habría tenido reparos por parte del EPD. Así, el TJOP, entre otras referencias sobre el punto, señala:

“no existía orden de compra respecto de estos servicios, y bastaba la simple firma de [F.M.O.] con su característico lápiz de tinta color verde, para que el documento fuera autorizado, dando cuenta de la discrecionalidad en los pagos, siendo observados por [J.O.C.] tanto como Subgerente de administración y Finanzas como en su calidad de Encargado de Prevención sin efectuar ningún tipo de reparo o cuestionarse el origen de esos servicios que eran falsos, simplemente porque era la figura del gerente general, dando cuenta nuevamente de su absoluta falta de independencia en su rol de Encargado de Prevención” (p. 3130).

Además, el TJOP afirma que la falta de control trascendió la figura del gerente general, estando presente en la contabilidad y en las auditorías, lo que se reflejaría en una falla a nivel global, de falta de cultura organizativa y de apego a las normas, manifestada, por ejemplo, en autorizaciones sin respaldo sobre los pagos, efectuadas muchas veces por el tesorero de la empresa (p. 3195-3196).

*(iv) Procedimientos de sanciones y de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias a quienes incumplan el sistema.*

Como se indicó, a nivel de diseño, se estableció una Línea Directa, además del Código de Ética que señalaba que “las conductas contrarias a lo dispuesto en este Código estarán sujetas a las medidas que adopte la Empresa, de acuerdo a la gravedad de la falta” (p. 3109). A la persecución de responsabilidades se volverá luego, en la etapa de reacción.

#### ***4.2.2. Etapa de implementación del MPD***

Establecidos los riesgos y los mecanismos de actuación para su control, es la hora de desarrollar e implementar acciones que hagan efectiva la existencia de estos controles, constituyéndose como una forma de organización. La exigencia de implementación puede derivarse de la necesidad de que el MPD sirva a sus fines, pero además se sigue de dos normas de la Ley N° 20.393. Por un lado, el artículo 4. 4), como se ha referido, en su primera parte, exige que el EPD, en conjunto con la administración, establezcan métodos para la *aplicación efectiva* del MPD. Además, el artículo 4.3), inciso final, establece: “Estas *obligaciones, prohibiciones y sanciones* internas

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

Es decir, los protocolos, reglas y procedimientos específicos, así como los procedimientos de administración y auditoría de recursos financieros y las sanciones, procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias de quienes incumplan, no solo deben estar documentadas, sino que deben *comunicarse* a todos los trabajadores –de lo que podemos derivar la necesidad de capacitaciones o actividades de difusión–, y además incorporarse en los contratos de todos los miembros y prestadores de servicios de la persona jurídica.

Esta implementación podría ser la línea divisoria entre la declaración de un mero compromiso, de una fachada de control, y la manifestación de medidas de control genuinas, expresadas en hechos que podrían permitir dar cuenta de un compromiso verdadero. La ley no exige la mera *adopción*, de modo que “es relevante que en los hechos la empresa se rija por aquellos patrones de conducta o que exista una reacción de la persona jurídica ante el incumplimiento de aquellas normas internas” (Rojas, 2019, p. 16). En este sentido, la normativa ISO 19600 establece la necesidad de elaborar estrategias para que todos los miembros de la empresa sean capaces de cumplir sus obligaciones de cumplimiento de modo eficaz, lo que puede lograrse de diversas formas, como a través de la educación, formación o experiencia, que permitan una toma de conciencia<sup>37</sup>.

En el derecho laboral no basta con contar con medidas de seguridad para los trabajadores, sino que el empleador tiene, además, conforme al artículo 21 del Decreto Supremo N° 40, de 1968, la obligación de informar oportuna y convenientemente a todos sus trabajadores acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los métodos de trabajo correctos. Por otro lado, tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, en virtud

<sup>37</sup> NCh-ISO 19600: 2016, pp. 17-19

del artículo 184 del Código del Trabajo, lo que supone su responsabilidad para que los elementos de protección personal proporcionados a los trabajadores para evitar accidentes sean efectivamente utilizados, pues es lo que exige una protección eficaz. Algo similar ocurre en la empresa, en donde debe haber medidas que luego han de ser puestas en conocimiento, para finalmente controlar su efectivo seguimiento. De eso depende la eficacia.

En este punto el TJOP señala que, si bien las primeras reglas de la Política de Prevención de Delitos, junto al Código de Ética, y al canal de denuncias, se formularon con anterioridad, “lo cierto es que el 03 de noviembre de 2011, se fijaron aquellas junto con la designación de un Encargado de Prevención de Delitos, por parte del Directorio de la empresa, subiéndose posteriormente a la página web de la empresa dichos documentos en enero del año 2012” (p. 3052); indicando entonces que a partir de noviembre de 2011 “al menos se estableció en forma primaria un sistema de prevención al interior de la empresa”, resultando ahora necesario determinar “la eficacia del mismo en el fin de evitación para el cual fue creado” (p. 3053). De este modo, es posible referir que el primer momento, de establecimiento de una *forma primaria* de MPD, correspondería a su creación; mientras que la valoración de su eficacia se vincularía con su efectiva implementación.

En esta evaluación el TJOP destaca la importancia de las capacitaciones –que no son una exigencia explícita–, señalando que deben realizarse “desde la cabeza hasta el último componente humano, como lo exige la ley, ya que entiende es el mecanismo destinado a empapar a la empresa de esta ‘cultura de la legalidad’” (p. 3070). Sin embargo, en este caso, estas se realizaron después de ocurridos los hechos, cuando asume un nuevo EPD, en el año 2013 (p. 3298-3300).

Sobre los hechos ocurridos a mediados de 2012, se refiere que, pese a estar *implementado*, el MPD no cumplió su fin, ya que las deficiencias de organización y control se ubicaron en la cabeza del órgano administrativo, después del directorio, en el gerente general, sobre quien no se realizó ninguna acción de fiscalización (p. 3105). Luego la sentencia refiere que hasta el año 2013 la “difusión global” del MPD no se realizó, salvo una capacitación en noviembre de 2011 a altos cargos, y algún seminario en 2010, agregando que la incorporación de la normativa en los contratos se realizó después de los hechos, bajo el cargo del nuevo EPD, ocurriendo en

la mayoría de los casos el 2014 (p. 3285). Sin embargo, pareciera que el cumplimiento de la exigencia de *implementación* requiere de ciertas actuaciones, como la realización de capacitaciones y actualización de los contratos, por lo que difícilmente podría situarse la *implementación* antes de la ejecución de aquellas, como no obstante afirma el Tribunal.

Pese a lo anterior, el TJOP concluye categóricamente que no basta el establecimiento de normas para cumplir con lo exigido por la ley, sino que se requiere de *difusión*, señalando:

“Habiéndose acreditado derechamente que la obligación de difusión del Modelo del sistema de cumplimiento solo se realizó en los años 2013-2014, rango de tiempo que queda fuera de la imputación penal a Corpesca S.A, se confirma que, junto a las falencias antes detectadas, no se dio cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión de acuerdo al estándar exigido por el artículo 4° de la Ley 20.393.

En efecto, por más que se establezcan normas, como sí se acreditó que lo hizo la empresa Corpesca S.A, (...); dichas normas no resultan eficaces si no existe una verdadera difusión o internalización por el componente humano de la empresa; (...) que permita al recurso humano imbuirlo en su cumplimiento de las normas, pues como se dijo en un inicio, el programa normativo se funda en ‘empapar’ a la empresa en un ambiente de cultura de la legalidad, a fin que el ente jurídico no resulte responsable” (pp. 3309-3310).

Es decir, distinguiendo entre diversas fases, podría haberse afirmado que el MPD *diseñado* no fue *implementado* correctamente. Esta *difusión global* puede comprenderse como una condición necesaria de una adecuada implementación, aunque no necesariamente sea condición suficiente. El MPD requerirá de un control permanente, atento a los cambios y mejoras necesarias que deberán ser diseñadas e implementadas cuando haga falta.

#### ***4.2.3. Etapa de supervisión, monitoreo y actualización del MPD***

Una implementación efectiva es más que un momento estático, por lo que necesariamente requiere de cambios ante nuevas circunstancias. De allí que la supervisión, monitoreo y actualización, sean

parte de la efectiva implementación. Un correcto diseño y una primera *difusión global* pueden no ser suficientes para un modelo que lleve cierto tiempo operando.

Esto también encuentra consagración normativa en el artículo 4.4), letra a), que establece: “El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y *su supervisión a fin de detectar y corregir* sus fallas, así como *actualizarlo* de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad”. Se trata de una gestión de riesgos que lleve a un monitoreo y a una mejora continua.

De este constante movimiento da cuenta Neira, al señalar que “un programa de cumplimiento, para ser eficaz, ha de estar en funcionamiento y ha de ser dinámico, por lo que no es suficiente con que se diseñe correctamente, sino que además ha de implementarse de forma efectiva en la organización y actualizarse periódicamente” (Neira, 2016, p. 490).

En el mismo artículo 4.4), pero en su letra b), se establece la posibilidad para la persona jurídica de obtener la certificación de la *adopción e implementación* de su modelo, en la que constará que se han cumplido los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del mismo artículo. Evidentemente, no puede certificarse la supervisión, monitoreo y actualización del modelo, que es algo que ocurre de manera permanente, pero esta certificación refleja que se satisfacen las primeras dos etapas, al menos según el criterio de la empresa u otra entidad que la haya expedido.

Si es que todas las etapas previas han sido realizadas de una manera idónea, es decir, si hay un MPD bien diseñado e implementado, “no hay un deber de vigilar el *compliance program*”, pues, como señala Silva Sánchez, se “puede obrar con confianza en el buen funcionamiento del programa y en que este proporcionará indicios de la comisión de un hecho defectuoso” (Silva Sánchez, 2013b, p. 103); pero esto depende del buen funcionamiento y gestión de los medios de control y de obtención de información, y de la permanente detección y corrección de eventuales fallas.

En relación con este punto, el Tribunal tiene presente que no se realizaron auditorías al MPD propiamente tal (p. 3157), pasando a analizar las demás auditorías. Se resalta la situación de no haberse

realizado, en la sede de la empresa de Santiago —donde se autorizaron y contabilizaron la mayoría de los pagos—, auditorías de las prestaciones de servicios bajo boletas de honorarios, señalando el Tribunal que es inadmisibles la justificación por el mínimo volumen que constituyen, ya que, “aun de ser efectivo seguramente frente a otros valores, resulta fácilmente apreciable al menos un patrón de continuidad en los mismos” (p. 3204), en circunstancias que pocos montos superaban el millón de pesos, por lo que “resulta una justificación difícil de comprender desde la corrección de los procesos, máxime si fue advertido en la matriz de riesgos confeccionada” (p. 3218). Es decir, el control debe atender al riesgo más que al volumen, y, en este caso, los pagos mediante boletas de honorarios eran un riesgo alto cuyo control era relativamente sencillo.

Además, se consideró que no se analizó adecuadamente la forma en que se emitían los pagos, que exigía que los cheques fueran nominativos y cruzados (p. 3215), y la falta de monitoreo a las donaciones, respecto de las que bastaba que fueran aprobadas por el directorio, sin perjuicio a haber sido un riesgo levantado en el diseño, a propósito, del delito de cohecho (p. 3241).

Concluyen que “los procedimientos en algunas materias, en especial en aquello que dice relación con los procesos de pagos de bienes y servicios y el control o fiscalización sobre estos, fue [sic] especialmente deficiente, máxime, si se considera que esto fue la puerta de entrada a la comisión de los ilícitos que resultaron probados y que habiéndose hecho un diagnóstico y una matriz de riesgo sobre tales materias, los instrumentos humanos y tecnológicos fueron ineficaces” (p. 3255).

En otras palabras, incluso pese a un correcto diseño (*diagnóstico y matriz de riesgo*, entre otros), la falta de una correcta implementación y de una posterior supervisión y corrección impide que un MPD despliegue sus efectos para liberar de responsabilidad a la empresa.

### *El efecto de la certificación*

En este caso, la certificación del modelo se realizó luego de que ocurrieran los hechos, pero como se dijo, se aportó como un documento para configurar la atenuante del artículo 6. 3) de la Ley N° 20.393, en la audiencia del artículo 343 del CPP. Es decir, al

menos en parte —ya que fue incorporada junto a otra documentación—, uno de sus posibles efectos es acreditar la adopción de medidas eficaces para evitar la reiteración de delitos que requiere la circunstancia atenuante, cuando ellas se corresponden con la implementación de un modelo *tardío*.

Distinto es el valor probatorio de las certificaciones a la hora de evaluar la efectividad de un modelo *oportuno* para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica. Ya se ha expuesto que los contenidos mínimos de un MPD están en el artículo 4 de la ley, distribuidos en sus 4 numerales. La certificación da cuenta del cumplimiento de los 3 primeros numerales, por lo que deja fuera el artículo 4.4), letra a), que exige el establecimiento de métodos para la aplicación efectiva del MPD, su supervisión y actualización. Entonces, la certificación retrata una fotografía; un momento, que muestra que en una determinada oportunidad se satisfacen los requisitos de la ley, según la empresa u entidad certificadora; pero, difícilmente podrá acreditar la efectividad de un modelo, pues, dado su dinamismo, el MPD puede haber requerido de cambios y actualizaciones para gozar de dicha efectividad y una certificación no dará cuenta de aquello.

De otro modo, la certificación puede reflejar la corrección de las etapas de *adopción*, de una *implementación* inicial, o a lo sumo de cierta actividad de *supervisión* hasta un momento en específico, pero no mucho más. Los mecanismos de control o supervisión pueden estar correctamente diseñados al momento en que se emita una certificación, y luego dejar de operar. Aunque previsiblemente no debería ser lo más habitual, tendría que ser determinado en el caso concreto. En este sentido, como se indicó, pueden permitir presumir de manera simplemente legal la adopción de un MPD, pero no son garantía de la mantención de su plena operatividad. En definitiva, como ha indicado la Fiscalía General del Estado de España, las certificaciones “podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”<sup>38</sup>. Así parece comprenderlo también el

---

<sup>38</sup> Circular 1/2016, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*, Fiscalía General del Estado, p. 63.

Ministerio Público de Chile, que no le otorga mayores efectos, al señalar que el solo hecho de contar con una certificación no eximirá de responsabilidad a la empresa, lo que quedará a criterio del Tribunal, conforme a los antecedentes aportados por la Fiscalía, independiente de la existencia o inexistencia de tal certificación<sup>39</sup>.

#### ***4.2.4. Etapa de reacción***

Podemos distinguir dos situaciones: la detección de una falla y/o la detección de la comisión de un delito. En ambos supuestos, puede tomar relevancia, dentro de esta etapa de reacción, la corrección del MPD, la investigación realizada por la empresa, y las eventuales sanciones impuestas a los responsables. La detección de un delito es una situación más compleja que aquella de una simple falla, pero desde ya, lo que se haga después de su descubrimiento puede servir para configurar alguna de las tres atenuantes previstas en el artículo 6 de la Ley N° 20.393; y además puede ser relevante en la determinación de la efectividad del MPD.

##### *La corrección*

Silva Sánchez describe dos grandes deberes de la Administración. Uno de obtención de conocimiento, y otro de corrección de la actuación defectuosa y de evitación de las consecuencias lesivas derivadas de aquella (Silva Sánchez, 2016b, p. 214). En base a nuestra legislación, esta obligación de la administración es manifiesta, pues el artículo 4.4) a) requiere que esta, en conjunto con el EPD, establezca también métodos efectivos para corregir las fallas del MPD y actualizarlo.

##### *La investigación*

Se ha referido que el MPD requiere de la existencia de sanciones administrativas internas (artículo 4.3), así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Obviamente, la imposición de una sanción requiere de una cierta investigación, de algún material probatorio, y de una

<sup>39</sup> Oficio Fiscalía Nacional del Ministerio Público N° 440/2010, *Instrucción general que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución de las personas jurídicas*, p. 10.

decisión. Además, la imposición de una sanción, y eventualmente su ejecución, pueden comprenderse como un reforzamiento de la prohibición o mandato.

Puede haber investigaciones voluntarias que surjan de indicios detectados por la empresa, libres de presiones externas, u otras, involuntarias, a propósito de actuaciones sospechosas detectadas por las autoridades<sup>40</sup>, o incluso por los medios de comunicación, como ocurrió en el caso *Corpesca*. Luego, como refiere Sahan, habrá que tomar una serie de decisiones, tales como llevar a cabo una investigación interna o no, elegir los medios o procesos de investigación, y definir si es que se adopta una política de información activa y si es que se opta por la inclusión de las autoridades en la investigación (Sahan, 2013, p. 248).

Los elementos que deba contener la investigación<sup>41</sup> exceden el cometido de este trabajo, pero es posible señalar que tienen un límite infranqueable en los derechos fundamentales de todas las personas involucradas<sup>42</sup> –habrá que definir, por ejemplo, si es o no posible y bajo qué circunstancias, revisar correos electrónicos o teléfonos de la empresa, cómo se harán los interrogatorios, etc.–; y que la investigación en sí puede ser relevante en las dos instancias referidas. Primero, como etapa para evaluar la efectividad de un MPD; y, segundo, para determinar la posible configuración de una atenuante de colaboración sustancial, pues en este ámbito lo normal será “investigar antes de colaborar” (Nieto, 2013, p. 46).

Siguiendo a Ragués, es posible afirmar que luego de realizada una investigación, en caso de que se llegue a determinar de alguna manera –con un estándar probatorio evidentemente menos exigente que un proceso penal– la existencia de un hecho punible, aparecen dos dimensiones. Una preventiva, que llevará a corregir y mejorar el

---

<sup>40</sup> Cfr. SAHAN (2013), pp. 246-247.

<sup>41</sup> Ragués refiere ciertos contenidos mínimos: la definición de las personas encargadas de llevarla a cabo; determinar si para la investigación se requieren conocimientos especializados o con la ayuda de técnicos; llevar a cabo la documentación debidamente, con más de un sujeto que dé fe de su contenido; respetar la confidencialidad del denunciante; prever audiencia para el denunciado; y respetar en todo momento los derechos fundamentales de las personas investigadas (RAGUÉS, 2013, p. 190).

<sup>42</sup> Sobre los límites al control de los medios de producción por parte del empresario, puede verse ESTRADA Y LLOBET (2013) p. 206 y siguientes. A su vez, para Nieto, “si la investigación interna es la antesala del proceso penal, hay que ofrecer garantías similares” (NIETO, 2013, p. 48).

modelo, como lo exige nuestra ley, toda vez que la confirmación de un delito “supondrá a menudo la simultánea constatación de que los controles internos de dicha compañía no han funcionado debidamente”; y otra reactiva, que lleva a la pregunta de si la empresa, además de detectar y corregir, debe denunciar la comisión del delito (Ragués, 2013, pp. 191-194).

La dimensión reactiva es compleja. De algún modo, parece claro que la denuncia puede contribuir a configurar alguna de las atenuantes del artículo 6 de la ley. Sin embargo, no es clara la consecuencia que tenga, para la valoración de un MPD, la omisión de denuncia por parte de una empresa que toma conocimiento de la eventual realización de un delito y determina de algún modo su efectividad a través de una investigación. Todavía no hay jurisprudencia al respecto.

Ragués señala que solo un procedimiento de denuncia interna que incluya el compromiso de poner los hechos en conocimiento de las autoridades, debería poder ser considerado como una medida eficaz de descubrimiento de delitos que permita obtener beneficios jurídico-penales<sup>43</sup>. Parece razonable que este compromiso conste en el MPD, toda vez que un correcto diseño debe considerar un proceso de investigación de denuncias y de imposición de sanciones; pero como el proceso penal solo aparece cuando la autoridad ya ha tomado conocimiento de un delito, podrían darse tres situaciones.

En primer lugar, podría ocurrir que la empresa no haya detectado –con o sin investigación de por medio– la comisión del delito, por lo que la reacción sería posterior a la aparición de la investigación penal, y solo sería relevante para la configuración de una atenuante. Esto no quiere decir que responda necesariamente, podría ser el caso de que se hayan burlado controles efectivos y existentes por parte del sujeto activo, pero la evaluación del MPD dependerá de las etapas previas y no de la reacción.

Un segundo escenario podría ser que la empresa haya detectado la comisión de un delito y que no haya denunciado. Esto podría ocurrir con base en una mera sospecha, producto del recibo de una denuncia, o en virtud de una investigación, aunque fuese mínima, que permitiera tener mayores indicios de su comisión. Ante esta

---

<sup>43</sup> RAGUÉS (2013), p. 193.

situación podría luego aparecer la Fiscalía y detectar que hubo información respecto del delito cuya entrega se omitió. A mi juicio, esto podría llevar a la empresa a responder penalmente, pues esta falta de compromiso con el cumplimiento, manifestada en una omisión concreta, que supone una mala señal para toda la organización, implica echar por la borda todo el buen trabajo que pudo hacerse en las etapas de creación, implementación y supervisión del modelo. Pero no, o al menos no solo porque sea una *cultura* deficiente, sino porque es una forma de aplicación poco efectiva para prevenir delitos. Pues dejar una conducta sin sanción penal por decisión de la empresa es una pésima señal para sus miembros; y sin posibilidad de sanción malamente podrá haber prevención.

Ahora bien, esta conclusión presenta inconvenientes. Por un lado, ninguna empresa –especialmente en consideración de la muy escasa jurisprudencia– estará *a priori* en condiciones de considerar que posee un MPD infalible. Siempre habrá algún temor o incertidumbre de que se hallen fallas y, pese a la denuncia, se impute responsabilidad penal a la empresa. En estas circunstancias, la carga de denunciar es muy severa y podría exigir una suerte de autoincriminación. Tal vez sería más razonable, de *lege ferenda*, establecer algún beneficio procesal que permita prescindir de la pena en casos en que una empresa denuncie y, además, cuando sea necesario, tome medidas para evitar que hechos como el denunciado vuelvan a ocurrir. Por razones de política criminal podría afirmarse una falta de necesidad de pena en los casos en que una empresa descubre, denuncia y corrige.

En tercer lugar, podría ocurrir que la empresa detecte la comisión de un delito y haga una denuncia ante la autoridad. Ante este escenario, la Fiscalía General del Estado de España, ha instruido a sus fiscales conceder especial valor al descubrimiento de los delitos por parte de la empresa, de modo que deberán solicitar la exención de pena cuando el delito sea detectado por la empresa y además se ponga en conocimiento de la autoridad<sup>44</sup>. En nuestra legislación esta concesión no aparece de modo automático. El descubrimiento y la denuncia no implican excluir la RPPJ, pues no es expresión necesaria del cumplimiento de los deberes de supervisión y dirección. Podría serlo, si es que fue el buen funcionamiento del MPD lo que

<sup>44</sup> Circular 1/2016, *op. cit.*, p. 64.

permitió descubrir el delito, pero también podría haber sido descubierto por otras razones, por lo que el modelo deberá ser evaluado en conjunto con otros elementos, lo que refuerza la necesidad de establecer un mecanismo que fomente la denuncia en estos casos.

Finalmente, tampoco parece aplicable una atenuante calificada, conforme al artículo 68 bis del CP, en atención al artículo 16 de la Ley Nº 20.393, que regula la determinación de la pena prescindiendo de las rebajas de grados que contempla el sistema ordinario.

### *La sanción*

Luego de la investigación se debe determinar la eventual sanción o reacción ante el responsable del delito. Esto podría ocurrir antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, si es que se decide denunciar al finalizar la investigación, por ejemplo, pero también puede suceder en un momento posterior.

La Fiscalía General del Estado de España, instruye a sus fiscales atender al comportamiento de la empresa en el pasado, valorando positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes, aunque sean sanciones administrativas; señalando que las medidas adoptadas tras la comisión de delitos pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa<sup>45</sup>. Sin embargo, no es evidente que un MPD efectivo dependa de la drasticidad de sus sanciones. Así, Nieto considera que un MPD orientado a los valores debería concebir las sanciones disciplinarias como *ultima ratio*: emplearlas de manera proporcional, dar segundas oportunidades, y apostar por sanciones con un contenido resocializador, y reservar el despido disciplinario solo para los casos más graves o para quienes ocupen los cargos más relevantes (Nieto, 2013, p. 35). Ahora bien, aunque el preciso alcance de las sanciones sea discutible, pareciera indudable que la empresa deba reaccionar de algún modo.

En cuanto a esta etapa de reacción, la sentencia comentada realiza varias consideraciones relevantes.

En primer lugar, en relación con la corrección de fallas, si bien se destacan cambios en los procedimientos de pagos de la empresa, y se refiere que el nuevo EPD se dedicó a “ejecutar las materias faltan-

---

<sup>45</sup> *Ibid.*

tes” para la debida implementación del MPD y a introducir nuevos mecanismos para su mejoramiento (p. 3273); se valora negativamente que, pese a que en el informe final sobre el proceso de certificación del MPD, del año 2015, se establecía como “punto de atención” la necesidad de fijar lineamientos respecto de la relación con funcionarios públicos y personas expuestas políticamente. Esta corrección no habría ocurrido hasta el año 2017, en circunstancias que la empresa ya habría tenido conocimiento sobre el punto, con base en correos de la UAF, recibidos desde el año 2012 (p. 3256).

En cuanto a la investigación, el fallo destaca que el directorio la haya instruido, respecto de los pagos a la diputada cohechada (p. 3263). Sin embargo, el informe resultado de la investigación –que solo se hizo llegar al directorio, pero no se expuso (p. 3274) –, se quedó solo en uno “preliminar”, pues el definitivo nunca se realizó (p. 3276). A su vez, la investigación solo se centró en lo requerido sobre la ex diputada y no se indagó sobre los pagos al ex senador. Tampoco se detectaron estos pagos luego, cuando se realizó una rectificatoria de impuestos ante el SII, que incluía muchas más boletas que aquellas vinculadas al encargo original de la investigación ordenada. Por último, la investigación no se amplió a empleados de la empresa que tuvieron “una fuerte incidencia” sobre la diputada cohechada (p. 3282-3284).

De este modo, estamos ante una situación que podría haber derivado, en caso de realizarse una investigación más extensa y efectiva, en el descubrimiento por parte de la empresa del segundo cohecho, al senador, ya que la investigación comenzó y se mantuvo durante un largo período solo respecto de la diputada, cuando no se conocía de los demás delitos.

Finalmente, en relación con la sanción o reacción respecto de quien cometió los delitos al interior de la empresa hubo varias cuestiones que llamaron la atención del tribunal y que fueron evaluadas negativamente. Se aceptó su renuncia, pagando una indemnización sin tope por años de servicios; se envió una carta lamentando su partida a toda la empresa; se le contrató como gerente en otra empresa del controlador del grupo económico; y se le mantuvo varios meses más como asesor del directorio en otra empresa del grupo. Además de la calificación de los hechos por parte del presidente del directorio como un “error de administración”.

Luego de valorar positivamente la decisión de iniciar una investigación, se reprocha que al día siguiente el directorio haya emitido un comunicado a la empresa lamentando la partida del gerente y agradeciendo su labor (p. 3265). Señala el TJOP:

“Claramente lo anterior, no puede ser evaluado positivamente, ya que si bien no se había determinado la existencia de un delito a esa fecha y recién se había ordenado una investigación interna, sumado a que no era cualquier ejecutivo sino la figura del Gerente General por 14 años en la empresa; no resultaba prudente mientras no existiera una investigación de los hechos que revestían carácter de ilícitos penales –como finalmente se acreditó– lamentar su pérdida y agradecerle la gestión durante esos años; ya que más allá de la situación humana atendible en particular por sus miembros, el órgano jurídico está obligado a actuar conforme a su propio Modelo de Prevención de Delitos y promover los valores y conductas de su Código de Ética, los que prima facie se traducían en indagar estas acciones indebidas” (p. 3266).

Reprochan, además, que esto no puede ser ponderado inocentemente como un “espaldarazo al compañero de trabajo que ha caído en error”, toda vez que no emana de alguien en particular, sino del directorio, órgano que debía, ante la sospecha de la comisión de un ilícito, “inquirir las responsabilidades de manera clara y categórica para recuperar el orden legal” (p. 3267). Señalan, a su vez, que lo esperado habría sido una reacción vigorosa y diáfana, que comunicara que los hechos “serían investigados con las consiguientes consecuencias en caso de acreditarse, a fin [sic] que ejecutivos y/o trabajadores internalicen que las infracciones de las normas internas de la empresa no quedan en el papel” (p. 3268).

Sobre la renuncia, refieren que “también resulta cuestionable que se haya aceptado la renuncia del gerente general con la consiguiente indemnización por \$343.409.487” (p. 3268), considerando que se aceptó “sin haber esperado el resultado previo sobre el resultado [sic] de la investigación y más aún el Presidente del Directorio apreció –a la época de su declaración judicial en el año 2019– los hechos que nos convocan como un ‘error de administración’”, en circunstancias que el gerente ya había sido condenado en un procedimiento abreviado, lo que revelaría un “déficit en la cultura organizacional sobre la legalidad que funde el Modelo de Prevención de Delitos instau-

rado en Corpesca S.A, y con ello, su atenuada eficacia, por cuanto se espera que quien primero se colme de este contexto normativo sea el vértice superior de la pirámide” (p. 3269-3270).

Luego, en lo referido a su mantenimiento en empresas del mismo grupo, afirman que “más allá de la situación de amistad expresada, tampoco resulta admisible que al autor del delito de soborno por cual fue condenado, tiempo después sea contratado [en otra empresa]”, y que se haya mantenido como asesor del directorio en una segunda empresa (p. 3270). Destacando la importancia de estas señales (*tone from the top*), afirman que “bajo esos parámetros, resulta difícil exigir a todo el componente humano de Corpesca S.A. que se abstenga de incurrir en este tipo de conductas, si quien tenía la confianza máxima del Directorio, cometió delitos y simplemente fue trasladado a otras empresas del conglomerado” (p. 3271).

Finalmente, el TJOP sintetiza los elementos que tuvo a la vista para considerar la ineficacia del MPD, destacando la relevancia de las consecuencias, además de los requisitos de las etapas previas, indicando:

“Así las cosas, la carta emitida por el Directorio de la empresa, lamentando la renuncia de [F.M.O], la aceptación de la renuncia de este, la calificación de su actuar como un error de administración, como asimismo, la incorporación de aquél en otra empresa del grupo controlador de Corpesca S.A, en donde incluso los impuestos de [F.M.O.] siguen siendo declarados por el Contador General de Corpesca S.A (...), dan cuenta que sigue vinculado de una u otra forma al holding al que pertenece Corpesca S.A, y que por ende, no hubo reales consecuencias, reiterando que esto es conforme a su propia normativa interna; lo que sumado a todas las falencias antes razonadas en cuanto al análisis de todos los numerales del artículo 4° de la Ley 20.393, es que permite sostener a la mayoría de este estrado, que el sistema de cumplimiento adoleció de eficacia e idoneidad en cuanto a su finalidad de prevención de los ilícitos establecidos a la época de los hechos” (p. 3271).

Como se observa, el Tribunal considera de gran relevancia todo lo ocurrido después de la comisión del delito y de su denuncia por parte de los medios de comunicación. Sin embargo, vale notar una cierta contradicción. Se refirió que, en la audiencia de determinación de pena, para configurar la atenuante del artículo 6 N° 3), se conside-

raron numerosas actuaciones realizadas por la empresa “para mejorar su *cultura corporativa*”, efectuadas luego de la comisión de los delitos y antes del juicio. Pero luego se considera la calificación de los hechos como un “error de administración” por parte del presidente del directorio, efectuada durante su declaración en el juicio oral —o sea, después de la certificación del modelo y de las demás actuaciones—, como manifestación de un “déficit en la *cultura organizacional*”.

¿Pueden los dichos en juicio de un director mermar la valoración positiva de los demás elementos, tales como una certificación? Me parece que para el proceso penal, lo relevante es el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, que pueden realizarse a través de un MPD efectivo. Es dudosa la contribución de conceptos como el de *cultura organizacional*, de difícil precisión y prueba. En cualquier caso, la *cultura* solo será relevante cuando se refleje en la realidad de una empresa, y ese reflejo, cuando los deberes se cumplan de este modo, dependerá del cumplimiento de los requisitos que la ley establece para la efectividad de un MPD.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTZ, Pablo (2019): “Identificación, análisis, evaluación y control de riesgos de corrupción en la empresa”, en Artaza, Osvaldo (dir.), *Compliance penal: Sistemas de prevención de la corrupción* (Santiago, Der Ediciones), pp. 115-201.
- BALMACEDA, Gustavo; GUERRA, Rodrigo; JUPPET, María Fernanda (2019): *Compliance. Visión general desde una perspectiva penal y comercial* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- BALMACEDA, Gustavo; MARTÍNEZ, Álex (2020): “Contenidos para un programa de cumplimiento efectivo en la Ley N° 20.393”, en Toso, Ángela, y otras/os (coords.), *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 101-127.
- BERMEJO, Mateo; PALERMO, Omar (2013): “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en Kuhlén, Lothar y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 171-205.
- CIGÜELA, Javier; ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2020): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de

- atribución”, en Silva, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial* (Barcelona, Atelier), pp. 76-95.
- COCA, Ivó (2013): “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 43-76.
- ESTRADA, Albert; LLOBET, Mariona (2013): “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 197-228.
- GARCÍA, Gonzalo (2020): ¿Imputación penal por el ámbito de organización de terceros?: el caso chileno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/XhWkjn5D57PjmvqF5pvPFDr/?format=pdf&lang=es>
- GÓMEZ, Víctor (2013): “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, en Kuhlen, Lothar y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 125-146.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005)
- HERNÁNDEZ, Héctor (2021): “La insuficiencia de un modelo de *compliance* orientado exclusivamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica”. Disponible en: <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/09/Herna%CC%81ndez-La-insuficiencia-de-un-modelo-de-compliance-orientado-a-la-RPPJ.pdf>.
- KUHLEN, Lothar (2013): “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho Penal”, en él mismo y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 51-76.
- MATUS, Jean Pierre (2017): “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/revista/22109/A/2017>

- MAYER, Laura; VERA, Jaime (2020): “*Criminal compliance* y defensa en el proceso penal: Una aproximación a la luz de la ley N° 20.393”, en Toso, Ángela, y otras/os (coords.), *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 129-162.
- MONTANER, Raquel (2013): “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 143-160.
- MONTANER, Raquel (2018): “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en RAGUÉS, Ramón; y ROBLES, Ricardo (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico empresarial* (Barcelona, Atelier), pp. 59-91.
- MONTANER, Raquel (2020): “*Compliance*”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial* (Barcelona, Atelier), pp. 97-119.
- MONTIEL, Juan Pablo (2019): “El *compliance* y la fábula de los tres cerditos”. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47364-compliance-y-fabula-tres-cerditos>
- NAVAS, Iván (2013): “Los Códigos de Conducta en el Derecho penal económico”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 111-129.
- NERIA, Ana María (2016): “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992016000200005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200005)
- NIETO, Adán (2013): “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN, Lothar y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 21-50.
- PIÑA, Juan Ignacio (2012): *Modelos de prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Legal Publishing Chile).

- RAGUÉS, Ramón (2013): “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA, Jesús-María (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 161-196.
- REYES, Rodrigo (2019): “Certificación de un modelo de prevención de delitos”, en ARTAZA, Osvaldo (dir.), *Compliance penal: Sistemas de prevención de la corrupción* (Santiago, Der Ediciones), pp. 235-279.
- ROJAS, Luciano (2019): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales”, en ARTAZA, Osvaldo (dir.), *Compliance penal: Sistemas de prevención de la corrupción* (Santiago, Der Ediciones), pp. 9-34.
- SAHAN, Oliver (2013): “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, en KUHLEN, Lothar y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 245-259.
- SILVA, Jesús-María (2013a): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en él mismo (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier), pp. 15-42.
- SILVA, Jesús-María (2013b): “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en KUHLEN, Lothar y otros (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 79-105.
- SILVA, Jesús-María (2016a): “La eximente de ‘modelos de prevención de delitos’. Fundamento y base para una dogmática”, en BACIGALUPO, Silvina, y otros (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces), pp. 669-692.
- SILVA, Jesús-María (2016b): *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa* (Madrid, Edisofer, segunda edición ampliada y actualizada).
- VAN WEEZEL, Alex (2010): Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política criminal*, 5(9), 114-142. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100003>.