



Guía “Elementos de un Modelo de Prevención del Delito Efectivo para el Cohecho Extranjero”

CER CONDUCTA
EMPRESARIAL
RESPONSABLE

PUNTO NACIONAL DE CONTACTO

Guía “Elementos de un Modelo de Prevención del Delito Efectivo para el Cohecho Extranjero”

2023



PUNTO NACIONAL DE CONTACTO ANTE LA OCDE

El presente documento ha sido elaborado por el Punto Nacional de Contacto de Chile (PNC) de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

El PNC desea agradecer a la Comisión para el Mercado Financiero, a la Comisión de Integridad Pública y Transparencia del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, a la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales y al Poder Judicial por su colaboración en la elaboración de esta guía. Asimismo, agradece al Ministerio Público por haber contribuido con información útil para la elaboración de este documento.

Chile, 2023

**GUÍA “ELEMENTOS DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DEL DELITO (OPM) EFECTIVO PARA EL
COHECHO EXTRANJERO”**

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	ANTECEDENTES GENERALES DE LA LEY N°20.393	4
III.	MODELO DE PREVENCIÓN DEL DELITO (OPM) EFECTIVO PARA EL COHECHO EXTRANJERO	5
1.	ASPECTOS GENERALES DEL OPM DE LA LEY N°20.393	5
2.	ELEMENTOS MÍNIMOS DEL OPM AL INTERIOR DE UNA EMPRESA.....	5
A.	<i>Encargado de Prevención.....</i>	6
B.	<i>Definición de medios y facultades del encargado de prevención</i>	7
C.	<i>Establecimiento de un sistema de prevención de delitos.....</i>	8
D.	<i>Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.....</i>	14
3.	OTROS ELEMENTOS PARA CONSIDERAR	15
IV.	COMENTARIOS FINALES	15

I. INTRODUCCIÓN

El 21 de noviembre de 1997, los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) adoptaron la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (*“la Convención”*), al considerar que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales.

Para Chile, la Convención está vigente desde el 18 de junio de 2001. La ratificación de este instrumento impuso al país el compromiso de someterse a evaluaciones relativas a su implementación, que se realizan por “Fases”, y adoptar las Recomendaciones que emanen de ellas para combatir el cohecho transnacional.

En dicho contexto, se ha elaborado esta guía “Elementos de un Modelo de Prevención del Delito (OPM)¹ efectivo para el Cohecho Extranjero”, con el objetivo de aportar con elementos que propicien a la eficacia de los OPM, tomando en consideración la normativa vigente en nuestro país, la jurisprudencia nacional y estándares internacionales.

Las recomendaciones de esta guía pueden ser adaptadas a las circunstancias específicas de una persona jurídica, a luz de, por ejemplo, su tamaño, giro, estructura jurídica y sector geográfico e industrial de operación, y otros principios jurídicos básicos conforme a los cuales operan.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA LEY N°20.393

Como parte de los requisitos de ingreso a la OCDE, la Convención exige a los Estados parte que establezcan en su ordenamiento interno, y con rango legal, la responsabilidad de las personas jurídicas respecto del delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, materia que nuestro país vino a regular a través de la entrada en vigencia de la Ley N°20.393, el 2 de diciembre de 2009.

La citada norma regula un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de determinados delitos, entre ellos, el cohecho a funcionario público extranjero, precisando que sólo pueden cometer estos ilícitos las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado.²

¹ OPM corresponde a las siglas en inglés de “Offence Prevention Model”.

² Artículo 1° de Ley N°20.393.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la Ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 318 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

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.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Esta responsabilidad se configurará cuando una de las personas naturales con facultades de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o quien tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionados, a favor directa e inmediatamente, en interés o provecho de la empresa y esta no haya adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir estos delitos o, habiéndolos implementado, estos hayan sido insuficientes.

La Ley N°20.393 también regula los contenidos mínimos que deberán considerar los modelos de prevención, cuya adopción e implementación efectiva por parte de las empresas les permitirá no responder penalmente, considerando obligaciones, prohibiciones y sanciones internas. En los casos que la entidad sea responsable penalmente de un delito cometido al interior de ella, será sancionada con diversas penas que incluyen multas, prohibiciones para celebrar contratos con el Estado e incluso la disolución de la persona jurídica.

Por último, se norman las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, las penas aplicables y su ejecución, y el procedimiento judicial para la persecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

III. MODELO DE PREVENCIÓN DEL DELITO (OPM) EFECTIVO PARA EL COHECHO EXTRANJERO

1. Aspectos Generales del OPM de la Ley N°20.393

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, la Ley N°20.393 establece un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, por defectos en la organización o falta de prevención o ineficiente o incompleta prevención de delitos por parte de la persona jurídica.

A mayor abundamiento, en su artículo 4°, dispuso las bases mínimas que debe considerar todo modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, otorgándole un carácter no vinculante y voluntario al modelo propuesto, a la luz de las diversas realidades económicas de las empresas que opten por aplicar este modelo y los costos que conlleva su implementación.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que estos modelos de “organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, si son adoptados e implementados adecuada y efectivamente al interior de una persona jurídica, permiten presumir que la empresa ha cumplido con los deberes de “dirección y supervisión” que impone la Ley N°20.393, y, por lo tanto, por faltar uno de los presupuestos de imputación en contra de la entidad, en principio, no respondería penalmente ante un delito cometido en su interior, por alguno de los sujetos que puedan generar esta responsabilidad.

2. Elementos Mínimos del OPM al Interior de una Empresa

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Ley N°20.393 y teniendo presente la experiencia comparada en modelos de prevención de delitos y el “Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento” (en adelante e indistintamente “el Anexo”) de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos

Extranjeros en Transacciones Comerciales de la OCDE, de 2021, los elementos básicos que las personas jurídicas deberían considerar al momento de la confección de sus OPM son los siguientes:

A. Encargado de Prevención

La Ley establece que **debe existir un encargado de prevención, designado por la máxima autoridad de la persona jurídica, cuyas principales funciones consisten en elaborar, en conjunto con la administración de la empresa, el OPM apropiado para la misma, ocuparse de su respectiva implementación y aplicación, y detectar las falencias de éste para proponer medidas de mitigación o incluso, su actualización en caso de ser necesario.**

Estos encargados pueden durar hasta tres años en su cargo, renovables por periodos iguales, y deberán contar con la debida autonomía de la administración de la empresa y de sus dueños o controladores, precisamente por el rol que deben cumplir en cuanto a la prevención de los delitos y, eventualmente, de ser los encargados de representar conductas de riesgo y realizar las denuncias que correspondan en la sede penal competente.

Si bien la ley no explicitó en qué consiste la “autonomía” del encargado de prevención respecto de la administración de la empresa, la forma en que la compañía debe garantizarla ni se establecen sanciones por el incumplimiento, esta sí entrega ciertos criterios a ser considerados para dar cuenta si, en efecto, el encargado de prevención puede ser calificado como autónomo.

En ese sentido, por ejemplo, la alusión al plazo de tres años de duración de los encargados de prevención, sin considerar ni regular una forma especial de contratación, parece ser una mera “declaración de buenas intenciones”, pues siguen vigentes las disposiciones del Código del Trabajo. Por tanto, podría ocurrir que un encargado de prevención pudiera ser contratado por un plazo fijo menor a tres años o bien de forma indefinida, lo que igualmente no impediría que fuese cesado en sus funciones antes de los tres años. Por tanto, se sugiere analizar si la forma de contratación de este encargado, le permite desarrollar su función de manera autónoma, teniendo presente que el estándar mínimo de la ley es que su duración en el cargo sea por el plazo indicado.

Otro aspecto a tener en cuenta, con la finalidad de que el encargado de prevención pueda ser calificado como autónomo, dice relación con su independencia para tomar decisiones dentro de su área o si en la práctica goza de la capacidad necesaria para realizar las gestiones que exija su cometido, sin requerir autorizaciones de otras jefaturas³. A modo de ejemplo, esto se verá reflejado en si tiene acceso directo o comunicación directa con los máximos ejecutivos de la empresa, sin intermediarios o autorizaciones previas; como, asimismo, si el encargado puede aplicar medidas disciplinarias propuestas, realizar denuncias a la fiscalía correspondiente, tener acceso a la información de una determinada área de la compañía, y si posee acceso a los antecedentes que manejan las principales autoridades de la persona jurídica.

³ Sin perjuicio de ello, la ley estableció dos excepciones respecto de la independencia de funciones. La primera, dice relación, con la posibilidad de que el encargado tenga que cumplir simultáneamente con las funciones de contralor o auditor interno de la compañía y; la segunda, se refiere a la situación de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, las Pymes. En esta última hipótesis, el dueño, socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas de encargado de prevención.

B. Definición de medios y facultades del encargado de prevención

El encargado de prevención debe contar con medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, los cuales deben ser provistos por la administración, contemplando la ley algunos mínimos que deberán ser tenidos en consideración:

- i. Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, teniendo en cuenta el tamaño y capacidad económica de la persona jurídica

Esta exigencia contemplada de manera amplia por la ley debe ser apreciada en relación con el tamaño y la capacidad económica de la empresa. Es decir, a mayor tamaño y capacidad económica, mayor deberá ser el presupuesto destinado a la prevención de delitos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que contar con las herramientas suficientes no se agota en lo puramente económico y, por tanto, el encargado de prevención debe contar con facultades suficientes para el desempeño de sus funciones y no sólo con medios materiales.

Este requisito de contar con facultades suficientes se condice, por lo tanto, con la autonomía en el sentido de que no debe requerir autorizaciones de terceras personas y ello, sólo será plausible si cuenta con los poderes o atribuciones suficientes para tomar las decisiones que exija la función de prevenir delitos al interior de la empresa.

En la práctica, a la suficiencia de facultades responde la medida observada en algunas empresas de que el encargado de prevención cuente con acceso a todas las dependencias de la compañía y a toda la información que se genere, dicho de otro modo, que no existan trabas en su gestión.

En ese contexto, para verificar el cumplimiento de esta exigencia, es importante revisar en el OPM los siguientes aspectos:

- El tamaño del presupuesto del encargado de prevención, en relación a las condiciones económicas de la persona jurídica.
- La factibilidad de viajar a sucursales.
- La cantidad de personal de apoyo.
- La calidad de las oficinas, el soporte computacional y los programas informáticos que tenga a disposición el encargado, para cumplir adecuadamente con su labor.
- La facilidad de acceso a las fuentes de información externas e internas.
- La existencia de programas de auditoría preventiva.
- La existencia de canales fluidos de denuncia, a disposición de los trabajadores de la empresa, los asesores y proveedores de diferentes tipos.

Por último, es necesario considerar que los medios materiales y las facultades no serán suficientes cuando ellos no den cuenta de un real compromiso de la administración de la empresa con el modelo de prevención de delitos.

- ii. Acceso directo a la administración de la persona jurídica, para informarla oportunamente y por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar, a lo menos semestralmente

La potestad mencionada es el complemento del deber de rendir cuenta, a lo menos semestralmente, que recae sobre el encargado de prevención.

En dicho contexto, se sugiere observar que el encargado tenga libre acceso a la administración de la persona jurídica, para reportarle oportunamente que un ejecutivo, trabajador o subordinado de la empresa se encuentra realizando actividades a lo menos irregulares, con el objetivo de que la persona jurídica pueda tomar las medidas correctivas.

Finalmente, en el ejercicio de rendición de cuentas, una buena práctica para que un OPM sea evolutivo, consiste en que el encargado de prevención tenga la facilidad y el espacio para proponer a la administración, las modificaciones necesarias al sistema de cumplimiento, desde su experiencia en el cargo de control de la ética de la entidad, considerando modificaciones legales u otras que impacten en el modelo empresarial, según sea el caso, y que puedan resultar en adecuaciones o actualizaciones del programa de “*compliance*” que posee la persona jurídica.

C. Establecimiento de un sistema de prevención de delitos

De acuerdo con lo señalado anteriormente, **el encargado de prevención, en conjunto con la administración de la persona jurídica, deberán establecer un sistema de prevención de los delitos, observando los siguientes elementos mínimos:**

- i. La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos base

Con el objetivo de lograr un sistema de prevención efectivo, se aconseja a la empresa trabajar en un análisis introspectivo y realizar una gestión de riesgos que implique conocer aquellas áreas de su negocio que puedan vincularse con los delitos de cohecho internacional, identificando actividades o procesos de la entidad, sean estos habituales o esporádicos, que generen o incrementen el riesgo de comisión delictiva, lo que, en definitiva, permitirá establecer prioridades y las auditorías respectivas en los principales sectores de riesgo. Conocer los riesgos constituye el corazón del sistema de “*compliance*” y, por lo tanto, una evaluación correcta permitirá concretar los esfuerzos de manera racional y delinear los controles que se implementarán.

En ese contexto, para que los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento sean eficaces para prevenir y detectar este delito deberán diseñarse sobre la base de una evaluación de riesgos que tenga en cuenta las circunstancias específicas de las empresas, en especial los riesgos en materia de cohecho internacional a los que se enfrentan, como, por ejemplo, su sector geográfico e industrial de operación, entorno regulatorio, posibles clientes y socios empresariales, transacciones con gobiernos extranjeros, y uso de terceros. Esas circunstancias y riesgos deberán supervisarse, reevaluarse y tenerse en cuenta con regularidad, según sea necesario, para determinar la asignación de los recursos necesarios para el

cumplimiento y asegurar la eficacia continua de los controles internos y de las medidas o programas de ética y cumplimiento de las empresas.⁴

A mayor abundamiento, entre los procesos que deben ser controlados con especial atención, están aquellos vinculados con la prestación de servicios de la empresa a organismos de un Estado extranjero y las relaciones que se establecen con sus funcionarios públicos, con fiscalizadores y autoridades, o aquellos procesos de trabajos vinculados con la participación de la empresa en licitaciones públicas de carácter nacional o internacional. De esta forma, un OPM, debiera considerar en sus códigos de conducta reglas claras acerca de, por ejemplo, la política de regalos a autoridades y de cómo actuar en las licitaciones abiertas por los Estados, así como en el financiamiento de campañas políticas.

Asimismo, cabe prestar especial atención a los eventos o procesos que entrañan una operación o gestión que tenga lugar en terceros países, tales como la obtención de un permiso para realizar una inversión en el exterior o la participación en una licitación internacional llamada por un gobierno de otro país.

De esta forma y como complemento de lo anterior, se sugiere no solo la medición o cuantificación de riesgos de comisión de delitos, sino que, además, una vez identificados y cuantificados estos, se sugiere que el OPM determine las medidas que han de adoptarse para evitar riesgos de comisión de hechos ilícitos. Así, un buen programa de cumplimiento debiera reflejar una disminución de los incidentes críticos.

Por último, se propone que el OPM contemple también la posibilidad de hacer seguimiento a los riesgos previamente identificados, cuantificados y controlados. El monitoreo variará según el tipo de medida de control establecida por la empresa. Por ejemplo, verificar la ejecución de capacitaciones, revisar la aplicación efectiva de los procedimientos definidos o detectar si los negocios se están realizando con personas políticamente expuestas, entre otros.

- ii. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades y procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos

Como medidas preventivas para el control de riesgos, toda persona jurídica debiera implementar en su programa de cumplimiento las siguientes medidas:

a. Códigos de Conducta

Se destaca la importancia de estos códigos para un OPM, con independencia de su denominación, los que deben referirse expresamente al delito de cohecho extranjero, prohibiendo estas actuaciones ilícitas a sus trabajadores, servidores, directores y a todas las entidades sobre las cuales la empresa tenga un control eficaz.

⁴ OCDE, *Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales*, OCDE/LEGAL/0378.

En ese contexto, se sugiere que las obligaciones, prohibiciones y sanciones internas que esta normativa interna contenga, se señalen en los reglamentos de las personas jurídicas, en sus contratos con sus trabajadores y proveedores, y se contemple la regulación de los procedimientos internos para tales efectos, la forma en la que se investigarán las eventuales irregularidades detectadas, la persona que lo realizará y las sanciones aplicables, entre otros aspectos que podrían ser de interés cautelar en el manual de cumplimiento.

Por otra parte, y si bien la Ley N°20.393 no exige una obligación de denuncia a la Fiscalía, es altamente recomendable establecer en los Códigos de Conducta los pasos a seguir tras el fin de la investigación interna que podría derivarse de una eventual infracción, sugiriéndose contemplar la obligación del encargado de prevención de reportarlo a la administración de la empresa y de denunciarlo al Ministerio Público, en caso de constituirse el delito de cohecho a funcionario público extranjero.

Asimismo, y tal como se mencionó con anterioridad, especial interés requiere que estos códigos consideren reglas claras en las siguientes esferas:

- Obsequios;
- Atenciones sociales y gastos de representación;
- Viajes, en particular viajes de clientes;
- Contribuciones políticas;
- Donaciones específicas y patrocinios;
- Pagos de facilitación;
- Solicitud de sobornos y extorsión;
- Conflictos de intereses;
- Procesos de contratación tanto respecto de los trabajadores y asesores, como de proveedores;
- Riesgos asociados al uso de intermediarios, especialmente aquellos que interactúan con servidores públicos extranjeros; y
- Procesos para responder a las licitaciones públicas.⁵

En ese sentido, garantizar los aspectos propuestos en los Códigos de Conducta, busca promover medidas adecuadas para fomentar, apoyar e incentivar la observancia de medidas o programas de ética y cumplimiento contra el cohecho internacional, en todos los niveles de la empresa —en particular, integrando la ética y el cumplimiento en los procesos de recursos humanos—, con el objetivo de implementar una cultura de cumplimiento⁶ que prevenga la comisión de estas irregularidades, pero que de consumarse, habilite al sistema para detectarlo oportunamente y denunciarlos a la justicia, para que las personas naturales responsables sean sancionadas debidamente.

b. Procedimientos y Políticas Específicas

Con el objetivo de manejar el riesgo de comisión de cohecho internacional, las compañías deberán establecer protocolos, reglas y procedimientos específicos que incluyan medidas de

⁵ *Ídem*

⁶ *Ídem*

control adecuado para evitar que dicho riesgo se materialice y se satisfagan los supuestos de este hecho ilícito.

En ese contexto, se sugiere la elaboración de una Política de Prevención del Delito para el Cohecho Internacional transparente y enunciada de manera clara, a la que puedan acceder con facilidad todos los trabajadores y terceros pertinentes, incluidas las filiales extranjeras, cuando proceda, y debidamente traducida al idioma que se utilice en la persona jurídica.⁷

La citada política⁸ debería ser establecida, mantenida y actualizada por las máximas autoridades de la persona jurídica considerando, al menos, los siguientes elementos:

- Prohibir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales;
- Requerir el cumplimiento de las leyes sobre las prohibiciones de cohecho internacional, junto con los controles internos y las medidas o programas de ética y cumplimiento respectivos.⁹
- Ser apropiada al tamaño, giro, estructura jurídica y sector geográfico e industrial de operación de la persona jurídica;
- Otorgar un marco de referencia para el establecimiento, revisión y logro de los objetivos del sistema de prevención de delitos;
- Impulsar la presentación de denuncias en todos los niveles de la persona jurídica, bajo un marco sólido y eficaz para proteger a los denunciantes, sin temor a represalias;
- Detallar la autoridad y autonomía del Encargado de Prevención; y
- Explicar las sanciones y procedimientos disciplinarios internos existentes en la persona jurídica, por el incumplimiento de las políticas y procedimientos específicos establecidos para evitar la comisión del cohecho internacional.

Asimismo, se sugiere la obligación de contar con uno o más altos directivos —como, por ejemplo, el director de cumplimiento—, con un nivel adecuado de autonomía de la dirección general y otras funciones operacionales, recursos, acceso a las fuentes de datos pertinentes, experiencia, cualificación y autoridad, de vigilar las medidas o programas de ética y cumplimiento concernientes al cohecho internacional, y su competencia para presentar denuncias directamente a órganos de supervisión independientes, el órgano directivo superior, el consejo de administración o un órgano rector equivalente, el consejo de supervisión u otros comités pertinentes.¹⁰

c. Contratos de Trabajo, Reglamentos Internos de la Empresa y Proveedores en General

De acuerdo con lo establecido por la Ley N°20.393, los contratos de trabajo y reglamentos de la empresa deberán adecuarse para dar expresión normativa al modelo de prevención. Así, los Códigos de Conducta y los procedimientos específicos adquieren notoriedad.

⁷ *Ídem*

⁸ *Basada en la Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de gestión antisoborno – Requisitos con orientación para su uso.*

⁹ *OCDE, Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, OCDE/LEGAL/0378.*

¹⁰ *Ídem*

Por su parte, y aunque la ley no lo exige, es altamente recomendable que las empresas impongan contractualmente ciertas obligaciones en materia de prevención de delitos a sus contratistas y representantes.

De esta forma, se sugiere que los contratos de trabajo y reglamentos internos de las empresas contengan las siguientes menciones:

- Según sea el caso, el deber de identificar, investigar y denunciar las faltas de conducta y colaborar de manera genuina y proactiva con las autoridades con funciones coercitivas;
- Vías de reparación, incluidos, entre otros, el análisis de las causas fundamentales de las faltas de conducta y la subsanación de las deficiencias detectadas en los programas o medidas de cumplimiento de la empresa;
- Medidas y procedimientos disciplinarios adecuados y coherentes para poner remedio, entre otras cosas, a las infracciones, en todos los niveles de la empresa, de las leyes contra el cohecho internacional, así como las medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa con respecto al cohecho internacional.¹¹

Además, cuando proceda, los acuerdos contractuales pertinentes, a terceros, como agentes y otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, contratistas y proveedores, consorcios y empresas en participación, se sugiere que incluyan los siguientes elementos:

- El deber de diligencia debida basada en riesgos correctamente documentados, así como la vigilancia constante y adecuada de los socios empresariales durante toda la relación comercial;
- El compromiso de los socios empresariales, asumido por la empresa, de acatar las leyes sobre las prohibiciones de cohecho internacional, y de las medidas o programas de ética y cumplimiento implementados por la empresa para prevenir y detectar el cohecho;
- La búsqueda de un compromiso recíproco de los socios empresariales;
- La aplicación de mecanismos para que, en las cláusulas contractuales, cuando proceda, se describan específicamente los servicios que deban prestarse, para que las condiciones de pago sean apropiadas, para que se lleve a cabo el trabajo descrito en el contrato y para que la remuneración sea proporcional a los servicios prestados;
- En su caso, la protección de los derechos de auditoría de la empresa para analizar los libros y registros de los socios empresariales y el ejercicio de dichos derechos, según proceda;
- El establecimiento de mecanismos adecuados para hacer frente a los actos de cohecho internacional cometidos por socios empresariales, incluido, por ejemplo, el derecho a la resolución del contrato.¹²

d. Capacitaciones

Con la finalidad de que los trabajadores de una compañía adecuen su comportamiento a las exigencias del modelo de prevención, deviene fundamental que estos internalicen su contenido a través de capacitaciones, sobre todo aquellas personas expuestas a actividades que han sido identificadas de mayor riesgo, cuya formación debe ser focalizada e intensiva.

¹¹ *Ídem*

¹² *Ídem*

En dicho contexto, las capacitaciones se traducen en medidas efectivas para proporcionar asesoría y orientación a directores, empleados y, cuando proceda, a socios empresariales sobre el acatamiento de las medidas o programas de ética y cumplimiento de la empresa, en particular cuando necesiten asesoría urgente sobre situaciones difíciles en jurisdicciones extranjeras, así como medidas para garantizar que no haya represalias contra cualquier persona dentro de la empresa que reciba órdenes o presiones, en particular de los superiores jerárquicos, para que participe en actos de cohecho internacional y decida no hacerlo.¹³

iii. La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados

Tal como se señaló con anterioridad, para que un OPM sea eficiente y eficaz no solamente debe contener enunciados relativos a las obligaciones y sanciones que deriven de su incumplimiento, sino que, además, debe contemplar las medidas que se adoptarán para la implementación de los procesos de auditoría de los recursos pecuniarios sobre los cuales los altos cargos de la empresa son responsables o de aquellas personas que actúan como sus representantes.

En particular, se sugiere entonces que el encargado de prevención cuente con un sistema de procedimientos financieros y contables, incluido un sistema de controles internos, diseñado razonablemente para que el mantenimiento de libros, registros y cuentas sea fiel y exacto y no puedan usarse con fines de cohecho internacional ni de ocultar ese delito.¹⁴

Finalmente, toda vez que la ley dispone que el encargado de prevención debería disponer a lo menos con los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, otro aspecto a considerar es la importancia de que el encargado posea acceso, cuando esto sea posible tomando en cuenta la capacidad económica y riesgos que enfrente la entidad, al uso de sistemas de control interno para identificar comportamientos indicativos de este delito mediante la aplicación de tecnologías innovadoras.¹⁵

iv. La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimiento de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos

El OPM adecuado para una empresa debe considerar la existencia de sanciones internas y procedimientos disciplinarios por el incumplimiento de las políticas internas de la compañía, y, complementariamente, deben ser incorporados a los contratos de trabajo y a los reglamentos de la persona jurídica.

Asimismo, y aunque la ley no lo dispone de manera expresa, es altamente recomendable que, junto con proveer un canal de denuncia, se contemple la adopción de medidas de resguardo, confidencialidad o de protección al denunciante, con la finalidad de evitar que

¹³ *Ídem*

¹⁴ *Ídem*

¹⁵ *Ídem*

podrían adoptarse represalias en contra de quien detecte actos constitutivos del delito de cohecho extranjero.

En ese contexto, ante la posibilidad de una eventual denuncia interna por la identificación de irregularidades, se recomienda especialmente la elaboración de un marco sólido y eficaz para proteger a los denunciantes, que incluya, entre otros aspectos, la presentación de denuncias de forma interna, confidencial y, en su caso, anónima por parte de directores, servidores, trabajadores y socios empresariales, que no estén dispuestos a infringir la ética o las normas profesionales bajo las órdenes o presiones de superiores jerárquicos, y su protección contra cualquier forma de represalia, así como de las personas que estén dispuestas a denunciar las infracciones de la ley o de la ética o las normas profesionales que se produzcan dentro de la empresa basándose en motivos razonables; y procedimientos claramente definidos y sistemas visibles, accesibles y diversificados de denuncia de infracciones de la ley o de la ética o las normas profesionales que se produzcan dentro de la empresa.¹⁶

Por último, frente a un caso, cabe destacar la importancia de comunicar a los miembros de la organización que los hechos serán investigados, con las consiguientes consecuencias, de acreditarse la infracción. Esto, con la finalidad de que trabajadores y ejecutivos internalicen que las normas internas sobre prevención del delito no existen sólo en el papel, sino que, por el contrario, su transgresión se persigue y genera secuelas. Esto contribuye a lograr la eficacia del OPM.¹⁷

D. Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos

La Ley N°20.393 dispone que, con la finalidad de que el encargado de prevención logre oportunamente identificar y corregir las fallas de su OPM, este encargado debe, en conjunto con la administración de la empresa, elaborar métodos para la implementación efectiva y eficaz de estos modelos, y actualizarlos o adecuarlos en la medida que ocurran cambios de circunstancias en la respectiva entidad.

Como complemento de lo anterior, la ley permite de igual manera que las entidades puedan obtener una certificación emitida por empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas en la Comisión para el Mercado Financiero¹⁸, para acreditar la adopción e implementación de su OPM.

Esta posibilidad que otorga la ley es altamente recomendable para las empresas, toda vez que, por el hecho de contar con esta certificación vigente, la entidad podría sostener que habría dado cumplimiento a su deber de dirección y supervisión al adoptar un OPM y acreditar que se encuentra

¹⁶ *Ídem*

¹⁷ *Sentencia del Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 16 de abril de 2021, Rol N°309-2018, "Caso CORPESCA" (página 3268).*

¹⁸ *Norma de Carácter General N°302 de 25 de enero de 2011, de la Superintendencia de Valores y Seguros (actualmente Comisión para el Mercado Financiero) que establece normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades calificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos que se refiere la Ley N°20.393.*

adecuadamente implementado, operativo y cumpliendo con los estándares mínimos establecidos en la ley.¹⁹

3. Otros elementos para considerar

En el marco de la ya mencionada Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (2021), se sugiere, especialmente a las PYMES, considerar, en el diseño de sus OPM, el apoyo de organizaciones empresariales y asociaciones profesionales para:

- Divulgar información sobre temas de cohecho a funcionario público internacional, como, por ejemplo, respecto a los adelantos pertinentes, en foros regionales e internacionales, y ofrecer acceso a las bases de datos adecuadas;
- Ofrecer formación y capacitación, prevención, debida diligencia y otras herramientas de facilitación del cumplimiento;
- Ofrecer asesoría general para llevar a cabo la diligencia debida, y
- Ofrecer asesoría general y apoyo para luchar contra la extorsión y solicitud de sobornos, en particular, cuando proceda, promoviendo iniciativas colectivas.²⁰

IV. COMENTARIOS FINALES

En resumen, para que las personas jurídicas puedan contar con un OPM eficaz que logre prevenir y detectar el cohecho internacional, no basta la mera elaboración, adopción e implementación formal de controles internos, medidas o programas de ética y cumplimiento. El modelo debe ser fiel reflejo de un trabajo introspectivo realizado en cada entidad, considerando la realidad y capacidad económica vigente de la misma y promover una cultura institucional de cumplimiento, de manera tal que su implementación real se traduzca en la convicción de todas las áreas de la empresa de una clara política contra la comisión de este delito, así como de los otros delitos base contemplados en la ley.

Por lo anterior, estos modelos deberán diseñarse sobre una base evolutiva y flexible que permita las adecuaciones pertinentes ante eventuales alteraciones del mercado, nuevos giros o negocios de la empresa, cambios regulatorios y nuevos riesgos que podrán identificarse, lo que sin duda debiese derivar en la actualización de los OPM y de esta manera, prevenir la comisión del delito de cohecho internacional al detectarlo oportunamente, así como los otros delitos que generan responsabilidad a las personas jurídicas de acuerdo a la Ley N°20.393. Por último, debe tenerse claridad de que la detección de la comisión de uno de estos delitos conlleva el deber de denuncia ante la autoridad.

¹⁹ Si bien se sugiere a las personas jurídicas adoptar esta medida, cabe señalar que la sola certificación no exime a la empresa de responsabilidad. Para ello, será necesario acreditar además la aplicación efectiva e idónea del OPM, para evitar la posibilidad de aparentar un modelo formal para cumplir con la normativa, cuando no necesariamente esta refleja la política de negocios de la persona jurídica en cuestión.

²⁰ OCDE, Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, OCDE/LEGAL/0378.