

**GUÍA PARA FUNDACIONES
COMPLIANCE Y LEY SOBRE RESPONSABILIDAD
PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS
(LEY Nº20.393)**

 AYUDA
LEGAL
CHILE

 Fundación
PRO BONO
El Compromiso de los Abogados con la Comunidad

MORALES & BESA

La presente guía tiene por objeto facilitar a las fundaciones el entendimiento de los requisitos relacionados a Compliance en nuestro país, vinculado al cumplimiento de la Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, los que son **exigidos actualmente por ciertos donantes** al momento de evaluar la aptitud de dicha entidad como receptora de una eventual donación.

A modo general, las siguientes preguntas y respuestas podrán servir de ayuda para esclarecer los **conceptos y términos más comunes vinculados a la prevención del delito** al interior de las personas jurídicas, como es el caso de las fundaciones.

I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES PREVIAS

• ¿Qué es el Compliance?

El Compliance significa cumplimiento, y corresponde a un concepto amplio y en constante evolución que holísticamente dice relación con hacer las cosas bien. Dicho concepto no está solo acotado a un aspecto normativo o legal, pero para fines prácticos de la presente guía y los requerimientos a los cuales se ven expuestas las fundaciones frente a eventuales donaciones, podemos entenderlo como aquella función que tiene por finalidad el proceder con sujeción a las leyes, normas, así como también conforme a las reglas internas establecidas por las mismas organizaciones. Dichas normas pueden ir desde códigos de conducta hasta políticas y procedimientos implementados dentro de la organización, entre otros. Dicho conjunto normativo, así como su respectivo cumplimiento, tienen por finalidad la mitigación de riesgos dentro de una organización.

• ¿Qué regula la Ley N°20.393? ¿Por qué es importante?

Pese a que el Compliance no está acotado únicamente al ámbito legal, Chile optó por avanzar normativamente en estos temas particularmente vinculado a la **regulación y sanción de delitos relacionados con la corrupción dentro de las organizaciones**. De este modo, en el año 2009 se publicó la **Ley N°20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas** (en adelante la "Ley N°20.393") incorporando en la normativa nacional la posibilidad de que una persona jurídica pudiese ser perseguida penalmente. Dicha ley contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo, cohecho a funcionario público nacional o extranjero, receptación, cohecho entre privados, negociación incompatible, apropiación indebida, administración desleal, contaminación de aguas, violación de veda de productos, pesca ilegal de recursos del fondo marino y procesamiento y almacenamiento ilegal de productos escasos.

La **Ley N°20.393** establece ciertos requisitos copulativos para que una persona jurídica pueda tener responsabilidad penal, que corresponden a los siguientes:

1. La existencia de uno o más de los delitos del catálogo de delitos que indica la Ley N°20.393.
2. Que fueren cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, así como también por las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de ellos.
3. Que sea cometido directa o indirectamente en interés o para provecho de la sociedad.
4. Que la comisión de los delitos fuere consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión.

• Entonces, siendo una fundación ¿cómo se puede dar cumplimiento a la Ley N°20.393?

Las fundaciones, al ser personas jurídicas, están expuestas a ser perseguidas penalmente por los delitos contemplados en la Ley N°20.393.

Ahora bien, la misma Ley N°20.393 contempla que **se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos**. En los casos en que se determine que la adopción e implementación de dicho modelo fue real y efectiva, la persona jurídica no será responsable penalmente, y sólo se perseguirá penalmente a las personas naturales que hayan intervenido en los hechos delictivos.

Los modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, en síntesis, corresponden a lo que la Ley N°20.393 denomina como “Modelo de Prevención de los Delitos”, el que, conforme al artículo 4 de dicha ley, debe contar a lo menos con los siguientes elementos:

1. Designar un Encargado de Prevención de Delitos, que cuente con autonomía respecto de la Administración.
2. Proveer de medios y facultades suficientes al Encargado de Prevención de Delitos.
3. Establecer un Sistema de Prevención de Delitos, que deberá contemplar al menos lo siguiente:
 - 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 que la Ley N°20.393 indica.
 - El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos que generen o incrementen el riesgo de comisión de delitos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevengan su comisión.
 - 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.
 - La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.
4. Supervisar, y posibilidad de certificar, el Sistema de Prevención de Delitos.

Idealmente toda persona jurídica, incluyendo fundaciones, debiera evaluar, diseñar e implementar un **Modelo de Prevención de Delitos** en los términos indicados precedentemente. Dicho Modelo se compone, entre otros, de políticas, procedimientos y medidas de mitigación adecuados para el desarrollo de su actividad, los que deberán ajustarse a la realidad de la fundación, sus características y sus propios riesgos. Dicho modelo deberá ser un traje a medida para cada entidad.

Dentro de los beneficios de contar con un Modelo de Prevención de Delitos se encuentran no sólo la prevención de comisión de los delitos que indica la Ley N°20.393, sino que también la aptitud como fundación de poder ser receptora de donaciones cuyos donatarios exijan el cumplimiento de dicha ley, el evitar que los fondos recibidos en donación se usen para objetivos distintos del fundacional, así como precaver daños reputacionales tanto para el donante como para el donatario, entre otros.

En caso que la fundación no pueda diseñar e implementar un Modelo de Prevención de Delitos, es recomendable que de igual forma dicha entidad pueda analizar sus riesgos, y una vez establecidos éstos, elaborar y poner en marcha políticas, procedimientos y controles específicos de modo de poder mitigar la comisión de los delitos que sanciona la Ley N°20.393 al interior de la misma, y evaluar si ello es suficiente para el eventual donante.

Si bien la Ley N°20.393 corresponde a la normativa nacional, también existen normas internacionales de gran relevancia que tienen por objeto prevenir la ocurrencia de delitos vinculados a la corrupción, y sancionar dichas conductas. Entre ellas, podemos mencionar la Ley de Soborno (UK Bribery Act) del Reino Unido y la Ley de Prácticas de Corrupción Extranjera (FCPA) de los Estados Unidos de América, que tienen una importante consideración a nivel internacional en la lucha contra el soborno, ya que, dependiendo de las hipótesis de comisión y de las características del mismo, pueden tener aplicación extraterritorial, es decir, más allá de la frontera de sus territorios.

II. FUNDAMENTO DE SU EXIGIBILIDAD ¿POR QUÉ EL DONANTE SOLICITA SUSCRIBIR UNA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN O DECLARAR SU CUMPLIMIENTO?

Actualmente encontrar cláusulas en los acuerdos o contratos que estipulen el cumplimiento de dicha normativa, o declaraciones referidas al mismo tema, es cada vez más usual. En el ejercicio de los negocios de las empresas ello ya es una realidad que ha venido a instalarse. La finalidad, como adelantábamos, es evitar los actos de corrupción dentro de las organizaciones ya sea para prevenir la comisión de los delitos, cuya sanción asociada es de carácter penal, como para elevar el estándar de mejores prácticas en el desarrollo de sus negocios.

Las fundaciones, al ser receptoras de bienes de distinta índole por parte de organizaciones son un agente más con los que dichas entidades se vinculan. Por lo tanto, se les exige, al igual como si se tratase de un socio comercial, proveedor, contratista, o subcontratista, un estándar

mínimo de cumplimiento en estas materias, ya sea para que el donante no se vea vinculado a delitos cometidos al interior de la fundación, así como también para mantener una cadena de terceros relacionados (en un esfuerzo mancomunado) que tenga dentro de sus lineamientos adoptar medidas de prevención contra la corrupción. De hecho, es cada vez más habitual que empresas terminen o nieguen establecer relaciones comerciales con terceros cuando éstos últimos dentro de sus lineamientos no cuentan con medidas de prevención.

En el caso de las fundaciones, la finalidad de dar cumplimiento, al menos localmente a la Ley N°20.393, corresponde a precaver situaciones de riesgo de ocurrencia de delitos, que pueden tener variadas formas de comisión. Por ejemplo, que los bienes donados se utilicen para un fin diverso al estipulado, como lo sería sobornar a funcionarios públicos, o que la donación a la fundación se utilice para el lavado de activos y así disfrazar el origen ilegal de dichos bienes, introduciéndolos al mercado formal.

Es importante que antes de firmar cualquier cláusula que implique la declaración de la fundación de cumplimiento de la Ley N°20.393, así como de cualquier normativa anticorrupción de carácter internacional, se analice internamente en la fundación si dicha declaración es efectiva o no, ya que muchas veces se establecen sanciones en los mismos acuerdos en caso de incumplimiento, además de las sanciones legales en caso de incurrir en alguno de los delitos que la Ley N°20.393 contempla.

Por otra parte, dar cumplimiento lo establecido en la Ley N°20.393 asegura un piso mínimo de cumplimiento y de compromiso en materias de anticorrupción, exigidos a su vez en cláusulas o declaraciones del mismo tema, toda vez que dicha ley se encuentra en armonía con los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, como lo es la Convención Anticohecho de la OCDE, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, las Recomendaciones GAFI/GAFISUD, y la mayoría de la normativa internacional.

En consideración a lo anteriormente expuesto, se recomienda, dada la habitualidad de dichas cláusulas y declaraciones, que se establezca un Modelo de Prevención de Delitos al interior de la fundación, o al menos que se realice un análisis de sus riesgos, y una vez establecidos éstos, elaborar políticas, procedimientos y controles específicos para mitigar la comisión de los delitos establecidos en la Ley N°20.393, en conformidad con lo indicado en el capítulo precedente. Con ello la fundación podrá ser una mejor candidata para eventuales donaciones, evitando su exposición a posibles reparos por no contar con los requisitos solicitados por el donante.

III. DEFINICIONES DE LOS DELITOS DE LA LEY N°20.393

A continuación, encontrarás las definiciones necesarias de cada uno de los delitos por los cuales se persigue la responsabilidad penal de la persona jurídica, para el entendimiento de las disposiciones de la Ley N°20.393.

• Lavado de activos (artículo 27 de la Ley N°19.913) Incurre en el delito de lavado de activos:

a. El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en las siguientes disposiciones legales: en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la Ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la Ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Hacienda de 1997, que establece la Ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del Decreto con Fuerza de Ley N° 30 del Ministerio de Hacienda de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 213 del Ministerio de Hacienda de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1°, 8 y 11, en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte disimule estos bienes.

b. El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

• Financiamiento al terrorismo (artículo 8 de la Ley N°18.314) Incurre en el delito de financiamiento al terrorismo:

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los siguientes delitos terroristas:

a. Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos ellos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles.

b. Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público

en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

c. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

d. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos.

e. La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas.

• **Cohecho a funcionario público nacional o extranjero (artículo 250 y 251 bis del Código Penal)**

Incorre en el delito de cohecho:

a. El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

b. El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo.

• **Corrupción entre particulares (artículo 287 bis y 287 ter del Código Penal) Incurre en el delito de corrupción entre particulares:**

a. El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente por sobre otro.

b. El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro.

• **Apropiación indebida (artículo 470 N°1 del Código Penal) Incurre en el delito de apropiación indebida:**

Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

• Administración desleal (artículo 470 N°11 del Código Penal) Incurre en el delito de administración desleal:

El que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

• Negociación incompatible (artículo 240 N°7 del Código Penal) Incurre en el delito de negociación incompatible:

a. El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

b. Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas precedentemente si, en las mismas circunstancias, diere o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta¹ o hasta en el 3° grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad² o por afinidad³.

c. Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al 10% si la sociedad fuere anónima.

• Receptación (artículo 456 bis A del Código Penal) Incurre en el delito de receptación:

El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1° del Código Penal, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas.

• Contaminación de aguas (artículo 136 Ley General de Pesca y Acuicultura) Incurre en el delito de contaminación de aguas:

El que sin autorización, o contraviniendo sus condiciones o infringiendo la normativa aplicable introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos.

• Violación de veda de productos (artículo 139 Ley General de Pesca y Acuicultura)

Se sanciona el procesamiento, el apozamiento, la transformación, el transporte, la comercialización y el almacenamiento de recursos hidrobiológicos vedados, y la elaboración, comercialización y el almacenamiento de productos derivados de éstos.

• **Pesca ilegal de recursos del fondo marino (artículo 139 bis Ley General de Pesca y Acuicultura)**

Se sanciona al que realice actividades extractivas en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos (invertebrados bentónicos y algas), sin ser titular de los derechos que lo habiliten para ello.

• **Procesamiento y almacenamiento ilegal de productos escasos (artículo 139 ter Ley General de Pesca y Acuicultura)**

Se sanciona al que procese, elabore o almacene recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no acredite su origen legal, y que correspondan a recursos en estado de colapsado o sobreexplotado, así como también al que, teniendo la calidad de comercializador inscrito en el registro que lleva el Servicio conforme al artículo 65 Ley General de Pesca y Acuicultura, comercialice recursos hidrobiológicos que se encuentren en estado de colapsado o sobreexplotado, o productos derivados de ellos, sin acreditar su origen legal.

La información contenida en esta guía no constituye ni pretende constituir asesoría o asistencia legal directa o indirecta de especie alguna. En consecuencia, el lector no debe considerar la información contenida en este documento como asesoría legal de tipo alguno. Además, la información contenida en esta guía no constituye un requerimiento de parte de nuestra firma ni de alguno de sus abogados para el establecimiento de una relación profesional de cualquier especie. Finalmente, la información contenida en esta guía no pretende hacer publicidad de los servicios prestados por nuestra firma ni por alguno de sus abogados.