

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUDITORAS CERTIFICADORAS DE MODELOS DE PREVENCIÓN EN CHILE*

Mabel CÁNDANO PÉREZ**

SUMARIO: I. Introducción. II. Parámetros del modelo chileno. III. Comentarios en torno a las circunstancias modificatorias de responsabilidad. IV. Norma de carácter general núm. 302. V. ¿Existe un deber de veracidad en la certificación de un modelo de prevención en la empresa auditora? VI. Conclusiones y balance. VII. Referencias bibliográficas

I. INTRODUCCIÓN

En una sociedad del riesgo, el crecimiento exponencial de la actividad empresarial e industrial conlleva la realización de acciones que tienen impacto a gran escala en los consumidores. La mirada tradicional del derecho penal, centrada en la persona natural, dificulta la persecución de estas actividades delictivas. Sin embargo, el modelo moderno permite imputar directamente responsabilidad penal a las personas jurídicas, ante la dificultad de la persecución de este tipo de comportamientos en el seno de las organizaciones (Van Weezel 2010; Hernández Basualto 2007).

La responsabilidad penal colectiva, unida a un rechazo cada vez más intenso de una individual, ofrece al legislador chileno, en la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una mirada ajustada al ordenamiento norteamericano, italiano y español. Estos presentan

* Artículo recibido el 24 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de mayo de 2019.

Artículo de investigación que se enmarca en los resultados del curso optativo “Derecho penal económico”, del Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile

** ORCID: 0000-0002-1406-5134. Profesora de derecho comercial de la Universidad Autónoma de Chile. Candidata a doctora de la Universidad de Los Andes, Chile. Correo electrónico: mabel.candano@uautonoma.cl.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

una regulación que pone en cuestionamiento el principio *societas delinquere non potest*. De ahí que la Ley 20.393 (en adelante la Ley), promulgada el 25 de noviembre de 2009, en Chile y su entrada en vigor, con fecha 2 de diciembre, materialice la responsabilidad penal de las personas jurídicas, específicamente, en lo que concierne a cuatro figuras delictivas: lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho nacional e internacional y, recientemente, receptación.¹

La ley incentiva a las empresas a adoptar modelos de prevención, que pueden ser certificados por clasificadoras de riesgo, auditoras u otras entidades, que cumplan con las exigencias y la autorización de la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS). Estas entidades certificadoras tienen una función relevante al tener acceso a las unidades de negocio de las empresas que, por medio de una revisión y estudio acucioso de sus estados financieros, entre otros factores, determinan cuáles son los procesos más riesgosos para la comisión de estas figuras delictivas.

El propósito de esta investigación es reflexionar en torno a la responsabilidad penal de las entidades certificadoras, en el supuesto que certifiquen, dolosamente, la adopción e implementación de un modelo de prevención. Por ello, se analizará, específicamente, la regulación de la ley, con el objeto de establecer bajo qué parámetros, aparentemente, se podría generar una responsabilidad penal.

Así, estudiaremos qué función cumple la certificación y si estos certificados pueden ser objeto de una falsificación ideológica que, en concordancia con los parámetros de la regulación chilena, derive en una responsabilidad para las personas naturales que, con relación al artículo 4o., inciso *b*, de la ley, participen en dicho proceso.

En todo caso, estas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las entidades certificadoras, sobre la función que cumplen en la implementación y certificación de modelos, todavía no se observa en la jurisprudencia chilena. Este trabajo de interpretación, por lo demás, tiene en cuenta que si bien pueden existir irregularidades en la certificación, es necesario realizar un tratamiento teleológico para determinar si existe un deber especial de veracidad respecto de aquellos que participan en estos

¹ Ley núm. 20.393 modificada por la Ley núm. 20.931, el 5 de julio de 2016, la cual incorpora el delito de receptación.

procesos, en atención a la correlación del artículo 4o., inciso b, de la ley con el artículo 260 del Código Penal (en adelante CP).

II. PARÁMETROS DEL MODELO CHILENO

La ley establece un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el cual los sujetos activos únicamente pueden ser las personas de derecho privado y las empresas en que tenga participación el Estado. Es necesario recordar que, en Chile, con anterioridad a la ley, existían diversas maneras de hacer responsables a las personas jurídicas, a través de sanciones de derecho civil y administrativo, por hechos ilícitos realizados por sus empleados y directivos. Sin embargo, estas sanciones —desde el punto de vista del Grupo de Anticorrupción de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE)— no eran lo suficientemente eficaces, proporcionales, ni disuasivas para lograr esta función (Matus Acuña 2009, 49-50).

En este contexto, el Grupo de Trabajo de Anticorrupción de la OCDE, realizó el análisis del sistema jurídico chileno:

[en el] ámbito de su incumbencia, a saber: la Convención para combatir el cohecho a los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobada por este Congreso nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 18 de junio de 2001, y cuyo documento de ratificación fue depositado por el Gobierno de Chile el 18 de abril de ese año (Matus Acuña 2009, 50).

Por ello, se comienza a tramitar en el Congreso Nacional el Proyecto de ley que, contenido en el Mensaje núm. 018-357, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es necesario señalar que los antecedentes y fundamentos de la propuesta contenida en el mensaje pretenden: “i) la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile; ii) el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarlo al nivel de los países desarrollados; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que... adopten medidas de autorregulación” (Matus Acuña 2009, 55). Así pues, el mensaje de este proyecto, según Matus Acuña (2009, 55), “efectivamente recoge las actuales tendencias del derecho comparado e

internacional y se plantea objetivos que son en sí mismos valiosos en una política criminal orientada principalmente a la prevención de la comisión de delitos más que al mero castigo de quienes, como personas naturales, los cometen”.

Ahora bien, la responsabilidad penal de la persona jurídica nace en Chile por la propuesta dogmática del magistrado Pedro Silva en 1938. Si bien la materia adquiere relevancia en Chile en 2009, con el objeto de ingresar a la OCDE, se evidencia una falta de interés del legislador en regular sobre la materia” (Hernández Basualto 2010, 208-209). El nuevo paradigma que plantea la incorporación de la Ley núm. 20.393:

...vino a zanjar una cuestión crucial para la configuración del ordenamiento penal chileno en un contexto de urgencia, con poco espacio para una reflexión académica profunda al respecto, tanto sobre el hecho mismo del paso hacia el *societas delinquere potest* como, sobre todo, una vez adoptada la decisión política en ese sentido, sobre los términos más adecuados para expresar dicha decisión (Hernández Basualto 2010, 211).

Así pues, la adopción de un modelo de responsabilidad más eficiente en la persecución de delitos al interior de las organizaciones, fue uno de los requisitos que debió cumplir Chile para ingresar a la OCDE.

En esta línea, si bien Chile decidió adoptar un modelo de responsabilidad penal, en modelos comparados como el alemán se contempla uno de características administrativas. Último modelo que no tiene parangón con uno de carácter penal, porque tanto el concepto de culpabilidad como el desarrollo de la teoría del delito se centran en la persona natural. El modelo chileno presenta un número cerrado de figuras delictivas en el artículo 1o. de la ley. Sin embargo, otros modelos, a modo de ejemplo el australiano, contemplan todos los delitos del Código Penal.

A pesar de ello, nuestro modelo visto como mixto, en el artículo 3o. establece una responsabilidad heterónoma, es decir, que trasfiere responsabilidad penal a la persona jurídica en la medida que exista una persona natural que cometa el delito. No obstante, el artículo 5o. presenta un modelo autónomo que, si bien parece responder a casos meramente procesales, en su inciso final es sugestivo en torno a la propuesta de considerar una vertiente material. Es decir, un modelo de responsabilidad que no requiere determinar directamente quienes han sido las personas naturales que han participado en la realización del ilícito.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

Hernández Basualto (2010, 224-225) es categórico en que:

...la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse... responsabilidad autónoma... de las personas jurídicas. Más bien al contrario, cabe preguntarse si esta subordinación tan marcada a la condena del sujeto individual, desconocida en los modelos de referencia e inconveniente desde el punto de vista político-criminal, puede considerarse satisfactoria desde la perspectiva del cumplimiento de los compromisos internacionales de Chile, más si se tiene en cuenta la preocupación especial de los órganos de la OCDE por el punto.

Por ende, esta responsabilidad penal, según la perspectiva de Hernández Basualto, se configura cuando una de las personas naturales, contempladas en el artículo 3o. de la ley, con facultades de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o algún funcionario que tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionados, en el artículo 1o. de la ley, a favor 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.

El sistema chileno también regula los contenidos mínimos de un modelo de prevención, cuya adopción e implementación en la empresa permite eximirla de responsabilidad. En este sentido, no se trata de una prevención formal y aparente, debe ser un sistema capaz de evitar el delito (Szczeranski Cerda 2010,127). Esta responsabilidad por defecto de organización se considera un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que busca a través de la autorregulación la generación de estos protocolos.

Uno de los primeros requisitos del artículo 3o., en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la conexión del hecho delictivo de la persona natural con la persona jurídica. Persona natural que es parte de un núcleo duro de sujetos, que puede estar compuesta por la cúpula empresarial o los individuos que se encuentran bajo la dirección o supervisión directa de los directivos o controladores de la empresa. De esta forma, la ley “establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos” (Hernández Basualto 2010, 220).

Si bien estos modelos de prevención colocan a las empresas frente a la tarea obligatoria de prevenir y detectar aquellos procesos que puedan ser más riesgoso, también las obliga a revisar todas aquellas empresas con las que se fusionen, transformen, absorban, disuelvan o dividan, porque podrían llegar a ser responsables penalmente por la posibilidad de transferencia de responsabilidad. Así,

...si algún empleado de esas compañías (por ejemplo, absorbidas) hubiere cometido el delito de cohecho y ella no contare con un modelo que le pudiera garantizar impunidad, puede hacerse responsable penalmente a la sucesora por ese hecho. Evidentemente esta información resulta crítica tanto para la evaluación jurídica de la compañía como para la evaluación comercial y valoración de esas contingencias (Piña Rochefort 2012, 484).

Finalmente, cabe agregar que no existe un modelo estándar para la prevención de delitos para las empresas. Los modelos de prevención deben crearse en atención a las condiciones particulares de cada una. Pues bien, la ley contempla sólo las exigencias mínimas en su artículo 4o.; la ley chilena —siguiendo la experiencia internacional— establece que uno de los grandes riesgos para las empresas es la adopción de modelos preventivos que no tengan una aplicación real.

III. COMENTARIOS EN TORNO A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

En el modelo chileno se regulan circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad, las penas aplicables y el procedimiento judicial para la persecución de esta responsabilidad. La primera atenuante, contemplada en el artículo 6o., núm. 1, hace referencia a si se ha procurado con celo reparar el mal causado o impedido sus ulteriores consecuencias. Esta parece que no tendría una aplicación clara, hasta definir “cómo entender cumplida esta atenuante cuando se trata de daños presentes y futuros” (Gómez-Jara Díez 2010, 498) dentro del ámbito empresarial económico. Por ello, enfrentamos una interpretación compleja en la reparación de los daños, porque se deben considerar cómo estos inciden en el mercado o terceros.

La segunda atenuante, consagrada en el artículo 6o., núm. 2, consiste en la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos. En la interpretación de esta atenuante, se entenderá que la persona jurídica tiene conocimiento desde que ha sido formalizada. Por ello, cualquier colaboración sustancial antes de este momento, deberá ser considerada para determinar la aplicación de esta. La notificación que se haga contra cualquier empleado de la persona jurídica no resulta suficiente a efectos de generar un conocimiento acabado en torno al procedimiento que se sigue en su contra. Así, la notificación debe ser realizada al representante legal de la empresa, en los términos que establece el artículo 22, inciso primero, o contra la persona natural o física que pudiese comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sin omitir en el requerimiento la individualización del representante legal de la empresa, en conformidad al inciso segundo del artículo 22.

Asimismo, consideramos que debe entenderse como colaboración sustancial, la declaración a las autoridades administrativas de la existencia de un delito al interior de la empresa. Dicha declaración, en el caso del lavado de dinero, podría ser entregada a la Unidad de Análisis Financiero (Gómez-Jara Díez 2009, 497). También la declaración de la existencia de indicios de la comisión de un delito, realizada por parte del representante legal de la misma, en el marco de una investigación no formalizada, debería considerarse válida para estos efectos.

El colaborar con la autoridad, entregando pruebas para definir la falla organizacional en los hechos, constituye una de las máximas expresiones de autorregulación empresarial, al ejercer la empresa un rol activo en la determinación de esta responsabilidad (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497). La experiencia comparada muestra que producto de este tipo de atenuantes “se producen graves conflictos de intereses entre persona jurídica y persona física, incluso con posible vulneración de los derechos fundamentales de esta última” (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497). Por ello, será fundamental que la jurisprudencia y la dogmática den respuesta a los límites de intervención en estos casos.

En este orden de ideas, la vulneración de garantías fundamentales se puede producir en la colaboración sustancial con el éxito de la investigación. Así, las investigaciones realizadas al interior de la empresa, por parte de mismos encargados de prevención, al proporcionar a las autoridades toda aquella información que requieran durante un proceso de

investigación, pueden estar vulnerando una serie de deberes. Por ello, será relevante contar con una orden del juez de garantía, para autorizar este tipo de investigaciones al interior de una organización (Gómez-Jara Díez 2010, 496-497).

Por otra parte, en el modelo chileno se contempla una tercera atenuante de responsabilidad que, conforme a la regulación del artículo 6o., núm. 3, indica: “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”. El haber adoptado estas medidas, que la propia ley califica de eficaces para prevenir la reiteración de delitos, constituye una manifestación de lo que se conoce como “*corporate compliance*, cuya existencia resulta sumamente conocida para personas jurídicas de organización compleja” (Gómez-Jara Díez 2010, 498). Por lo que, si la implementación de dichas medidas se produce al inicio del procedimiento penal, se produce entonces la atenuante de responsabilidad. Ahora bien, cosa distinta se produce al adoptar con antelación un modelo de prevención, porque éste debería excluir la responsabilidad de la persona jurídica, el que tendrá mayor respaldo al estar certificado, ante los tribunales o el sistema, ya sea por una auditoría o clasificadora de riesgo (artículo 4 *b*) inciso segundo de la Ley).

En caso de no contar con un modelo de prevención certificado, será la empresa la que deberá probar el ejercicio de los deberes de dirección y supervisión. Así pues, según Hernández Basualto (2010, 227):

Si bien en principio puede verse en esto una *inversión de la carga de la prueba*, no puede desconocerse que cuando un sujeto especialmente relacionado con una persona jurídica comete un delito directa e inmediatamente en interés de ella o para su provecho es muy probablemente porque algo no está funcionando bien en la entidad, de modo que el delito es un indicio fuerte de incumplimiento de deberes que pesan sobre la misma.

En síntesis, estas atenuantes de responsabilidad dan cuenta de la tarea de detectar y prevenir delitos al interior de las empresas y, a su vez, facultan a las empresas para implementar programas de prevención, que sean capaces de identificar los riesgos específicos dentro de su organización.

A consecuencia de ello, la importancia de estos programas radica en un punto esencial: una cultura empresarial de la inobservancia, conforme a la sociología de la organización, de los deberes de prevención, afecta la

vigencia de la norma y la importancia de las organizaciones en la sociedad. Por ello, a las empresas se les confiere una nueva entidad, es decir, la de un ciudadano corporativo (Gómez-Jara Díez 2010, 499).

A continuación, analizaremos las normas que establecen las pautas de certificación en las auditoras y estudiaremos los deberes de veracidad a los cuales se encuentran sujetos.

IV. NORMA DE CARÁCTER GENERAL NÚM. 302

En la sociedad chilena, al poco tiempo de dictada la ley, el 73% de los empleados desconoce el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que sanciona a las empresas que se involucren en lavado de activos, terrorismo y cohecho, de acuerdo con la encuesta de Sondeo de Generación Empresarial a 43 empresas nacionales publicada en el *Diario el Mercurio de Santiago* el 11 de octubre de 2010. Sin embargo, pese al desconocimiento por parte de los empleados, podemos decir que esta materia comenzó a adquirir relevancia, en las empresas auditoras por medio del oficio circular 638 del 13 de octubre de 2010 de la SVS que tiene por objeto “la creación de un flujo de información con relación a las funciones de los auditores externos a la luz de la Ley 20.393”.²

Este oficio solicitó información a las auditoras respecto de todas las acciones desarrolladas, en su esfera de organización, con relación a: a) programas de inducción y capacitación de personal asociado a las funciones y roles de los auditores externos en el sistema de prevención y detección de los delitos en las empresas auditadas; b) implementación de bue-

² La respuesta a la consulta en línea a las Superintendencia de Valores y Seguros, en la Plataforma de Atención a Clientes, en cuanto a interpretación Oficio Circular 638 fue la siguiente: “El Oficio Circular 638 del 13 de octubre de 2010 tiene por objeto la creación de un flujo de información con relación a las funciones de los auditores externos a la luz de la Ley 20.393, no siendo necesario que se incorporen materialmente propuestas de modelos preventivos. Con todo, de existir dicha información debe ser comunicada a los fiscalizados y, de ser requerida por estos o esta Superintendencia, esta deberá ser puesta a disposición del solicitante a la brevedad posible. En el evento de que el auditor no contemple realizar la actividad de institución de prevención, igualmente deberá informar al tenor de lo solicitado en el mentado Oficio Circular, enviando información relativa a la existencia o no de Programas de Inducción, Capacitación de Personal, Implementación de Buenas Prácticas, Existencia de Manuales o Procedimientos Evaluativos, etcétera. Si la institución no ha tomado ninguna medida al respecto, deberá informar a este Servicio en tal sentido”.

nas prácticas o adopción de estándares internacionales sobre la materia; *c*) existencia de manuales y/o procedimientos destinados a evaluar la pertinencia de reportar ilícitos a las gerencias de las compañías y a las auditoras competentes, y *d*) cualesquiera otras medidas que haya adoptado la dirección de la entidad auditora destinada al cumplimiento efectivo de las funciones en comento.³

La norma de carácter general núm. 302 prohíbe que presten sus servicios de certificación a las siguientes personas jurídicas: *a*) a la misma persona jurídica a la que la entidad certificadora, o una relacionada a esta, le prestó servicios de asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos, *b*) a las personas jurídicas que integran el grupo empresarial al que pertenece la persona jurídica a la que la entidad certificadora prestó servicios de asesoramiento o consultoría para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos, y *c*) a las personas jurídicas integrantes del grupo empresarial al que la entidad certificadora pertenece. Para estos efectos, el artículo 96 de la Ley 18.045 define “grupo empresarial”. Asimismo, según los términos del artículo 100, también se establece la limitación de certificar a una sociedad relacionada con la auditoría (Piña Rochefort 2012, 94).

Por ende, las entidades certificadoras, en atención a la prohibición de asesorar a una misma empresa del grupo empresarial, previo al inicio de sus actividades de certificación, también deberán contar con una reglamentación interna, debidamente aprobada por la administración superior de la entidad. Esta reglamentación debe contener la identificación de las personas a cargo de la elaboración, aprobación, mantención y supervisión de las normas contenidas en dicho reglamento interno. Asimismo, las normas, políticas y procedimientos que regulen el actuar de quienes desempeñen funciones relacionadas con el proceso de certificación, con la garantía que estos ejercerán correctamente las tareas que les son encomendadas.

Por último, estas entidades deben tener clara la metodología que se aplicará para certificar los modelos de prevención, para efectos de determinar si los modelos están ajustados a los parámetros del artículo 4o. de la

³ En este sentido, para denotar el movimiento institucional en esta materia, véase Superintendencia de Valores y Seguros, normativa núm. 302 del 25 de enero de 2011; véase también Delloite (2009).

ley, con relación al tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de cada organización. Además, toda reglamentación de prevención deberá estar actualizada y a disposición de las autoridades que la requieran. Por último, se debe dejar constancia en el contrato laboral de cada trabajador el conocimiento de los protocolos de prevención.

V. ¿EXISTE UN DEBER DE VERACIDAD EN LA CERTIFICACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN EN LA EMPRESA AUDITORA?

Con el objeto de determinar cuáles son los factores para que una empresa certificadora responda penalmente, se debe analizar si dicha entidad se encuentra sujeta a los parámetros de una responsabilidad autónoma o heterónoma. Pues bien, resuelta esta problemática, nos centraremos en la siguiente pregunta: ¿las personas naturales que participan dolosamente en el proceso de certificación pueden cometer una falsificación ideológica? Es decir, ¿existe un deber especial de veracidad respecto de los particulares que participan en estos procesos? Asimismo, ¿sería posible observar en la certificación dolosa de un modelo de prevención, que incide en la fusión de dos empresas una falta al artículo 59 a) de la Ley de Mercado de Valores?

Todas estas preguntas serán a tratadas a continuación. Por ello, en el apartado 5.1., primeramente, nos centraremos en los parámetros de imputación de responsabilidad a una persona jurídica, y con posterioridad en el análisis de la responsabilidad penal individual de aquellos que participen en la certificación dolosa de modelos, que no cumplen con el ejercicio de control y vigilancia que exige la ley.

1. *Hecho propio (modelo autónomo) y derivado (modelo heterónomo) en la entidad certificadora*

La ley ha establecido parámetros generales para adoptar un modelo de prevención en una empresa certificadora. De ahí que el modelo de prevención sea una herramienta para impedir defectos de organización que permitan la comisión de ilícitos en estas empresas, conforme a los parámetros del artículo 2o. de la ley. Este artículo establece que: “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado”.

Así, son dos los modelos que permiten atribuir responsabilidad a estas personas jurídicas: el heterónimo y el autónomo. El primero requiere identificar a la persona natural que, dentro de la organización, comete el delito en beneficio de la empresa. Este ilícito debe ser producto de un defecto de organización, es decir, del no ejercicio de los deberes de supervisión, dirección y vigilancia que establece el artículo 3o. de la ley. El segundo modelo establece la responsabilidad cuando no haya sido posible determinar la participación de él o los responsables naturales, es decir, que procede ante la presencia de indicios que acreditan fehacientemente —dentro del ámbito de funciones de los sujetos enunciados en el artículo 3o.— la comisión de alguno de los delitos que contempla la Ley.

Estos modelos fomentan que las empresas ejerzan un control sobre sus integrantes. Por ello, es que “el fundamento del autocontrol vendría explicitado en la exposición de motivos: se trataría de que las personas jurídicas controlen su ámbito de organización de tal manera que *determinados hechos relacionados con su actividad empresarial* sean conforme a derecho” (Gómez-Jara Díez, 2010, 492). La responsabilidad se centra en la falta del ejercicio de los deberes de dirección y supervisión, porque la empresa es garante de los mismos. Hernández Basualto (2010, 217) sostiene que

...la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por... defecto de organización.

Conforme con lo anterior, la Ley establece un modelo de autorregulación en el ejercicio de los deberes de vigilancia, que se manifiesta en la adopción de protocolos y procedimientos en la prevención de delitos, en atención al contenido mínimo que establece el artículo 4o., mediante la adopción e implementación de dichos modelos. El artículo 3o. exige un “factor de conexión del hecho con la persona jurídica” (Hernández Basualto 2010, 220), donde el hecho ha sido cometido por una persona natural que pertenezca al círculo de sujetos que indica dicha disposición. En este círculo se observa tanto a los directivos de la empresa, dueños o controladores como a toda persona natural que esté bajo la supervisión directa de estos. De ahí que el modelo chileno no realice una diferencia-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

ción en la forma de acreditar o atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, en lo que concierne al comportamiento individual de los sujetos enunciados en el artículo 3o.

El segundo factor está vinculado a que la acción delictual sea cometida en provecho o interés de la propia persona jurídica, “exigencia con la que en el derecho comparado sólo se quiere excluir que actuaciones que no son susceptibles de reportarle ningún beneficio, especialmente aquéllas *contrarias a los intereses* de la organización, le acarreen adicionalmente responsabilidad penal” (Hernández Basualto 2010, 217). Esta exigencia subjetiva no deberá reportar un beneficio ostensible a la entidad, imputación que, según Hernández Basualto (2010, 221), únicamente podrá declinar, posiblemente, en casos de error de tipo o prohibición.

Por su parte, se van a producir problemas de determinación de la responsabilidad, cuando algún sujeto integrante de la empresa —motivado por su propio interés— decida delinquir para subir en la jerarquía de la empresa, ya que dicha motivación podría ser interpretada en beneficio de la entidad, cuestiones que deberán ser resueltas por la jurisprudencia (Gómez-Jara Díez 2010, 487).

El tercer y último factor es que la comisión del ilícito sea producto de la inobservancia, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión. Sin embargo, se puede enfrentar la inobservancia de dichos deberes, mediante la implementación de un modelo de prevención de delitos. Deber de supervisión que refleja que el control recae en los directivos. Por ello, uno de los problemas claves que, deberá enfrentar la jurisprudencia será determinar cuándo se han infringido estos deberes por parte de los superiores.⁴ Así las cosas, la responsabilidad de las personas

⁴ Lo anterior da lugar a dos cuestiones primordiales a tratar: *a)* los modelos de *compliance* y *b)* al desarrollo dogmático de la imprudencia. Los modelos de *compliance* se fundamentan en el hecho de velar porque el cumplimiento genérico de que las actividades o procesos de la empresa estén en conformidad con la normativa vigente, por lo cual, si una acción de un empleado es aprobada por su superior y es informada al director de *compliance* y éste no ejerce su función de control de manera adecuada, de conformidad con los protocolos del modelo preventivo de la empresa, la persona jurídica puede ser penalmente responsable. La falta de control por parte de los directivos de la empresa lleva a la producción de conductas del tipo imprudentes. Por ello, es fundamental que la “relación debe establecerse entre el delito cometido por el empleado y el fallo de supervisión del directivo a cuya autoridad se encuentra sometido. La mera constatación de que todo ello se haga por cuenta y en provecho de la persona jurídica no debe ser suficiente. Entre ambos elementos

naturales únicamente son un supuesto “de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no... su fundamento” (Gómez-Jara Díez 2010, 490). Pues bien, resulta reconocido en la jurisprudencia y dogmática penal que se prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno, porque la exigencia de un hecho propio para atribuir responsabilidad a una persona física debe ser la misma respecto de la persona jurídica.

Por su parte, el modelo autónomo, en el campo de una noción constructivista de culpabilidad, introduce el concepto de los equivalentes funcionales, para resolver aquellos “problemas de responsabilidad penal empresarial... [que] se plantean cuando no se puede localizar a esta persona física en concreto [,] cuyo dolo [se puede] imputar a la persona jurídica” (Gómez-Jara Díez 2010, 60) donde la doctrina no da soluciones al respecto. Pues bien, resulta importante para el modelo constructivista que el sistema norteamericano comprenda al dolo como un conocimiento grupal. Es así que, gracias a la teoría del conocimiento colectivo del sistema norteamericano, es posible imputar responsabilidad penal a la empresa por la suma de los conocimientos de sus integrantes.

El dolo empresarial es una representación del peligro concreto de producción del resultado. La atención debe centrarse en los actos empresariales que generen un mayor riesgo del permitido, porque las acciones que manifiesten un mayor desvalor objetivo facilitarán una imputación dolosa y las acciones que denoten una menor lesividad objetiva proveerán una imputación culposa. La concepción colectiva de una organización, en la comisión de un ilícito, es suficiente para determinar la presencia del dolo empresarial. En este sentido, el conocimiento diseminado a través de toda la organización es apto para imputar responsabilidad penal a la empresa (Gómez-Jara Díez 2010, 61).

Ahora bien, el modelo constructivista diferencia el dolo empresarial del dolo de la persona natural. De esta manera, la empresa, como sistema autopoietico, es independiente del conocimiento de los individuos de la misma. Por ende, la empresa dispone de un conocimiento organizativo propio, que se traduce en un dolo caracterizado por el “conocimiento

debe establecerse una relación de imputación objetiva, de tal manera que el riesgo que se genera por el fallo de supervisión es el que se tiene que concretar en la actuación del empleado —y no otro—. El mero incremento del riesgo no debería ser suficiente para el establecimiento de responsabilidad a estos efectos” (Gómez-Jara Díez 2010, 487).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

organizativo del concreto riesgo empresarial —en los delitos de peligro— que se realiza en el resultado típico —en los delitos de resultado—” (Gómez-Jara Díez 2010, 62). Esta concepción se hace posible gracias a una gradual normativización del dolo, en consideración del elemento cognoscitivo por medio del concepto de *riesgo*. Por su parte, la aparición de diversas teorías de la organización, modelan la materialización de un conocimiento propio de la organización.

En el modelo autónomo “el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas... *sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento*” (Gómez-Jara Díez 2010, 62). Por ello, aunque el modelo chileno se presente como moderado, nos parece razonable pensar que se podría desprender del artículo 5o., inciso final, de la Ley. De lo contrario, el cuerpo normativo carecería de sentido y coherencia, por razones de interpretación sistemática, si estuviera construido sólo en los términos de una responsabilidad por defecto de organización por el hecho ajeno. Ello, frente a una supuesta primacía lógica del artículo 3o. sobre el artículo 5o., porque el inciso final de esta última disposición indica que “también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1o. y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3o., no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales”.

Por otra parte, en la *Historia de la ley 20.393* (Biblioteca del Congreso Nacional 2009, 423, en adelante BCN) se plantea que el modelo más apropiado es el “sistema de la responsabilidad por el hecho propio que, por lo demás, parecía ser el que acogía el proyecto al aplicar en sus artículos 3o. y 4o. el mecanismo del defecto de organización” porque frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por atribución, transferencia o hecho propio, la primera de estas conlleva una responsabilidad puramente objetiva. Pues bien, en el primer modelo únicamente basta acreditar la responsabilidad penal en la persona física para que repercuta en la persona jurídica, ya que ésta quedaba acreditada por transferencia (BCN 2009, 423).

También se denota la contradicción existente en nuestro modelo legislativo, en referencia a “la enumeración de personas que hace el artículo 3o., responsables de delitos cometidos en interés de la empresa y que

darían lugar a su responsabilidad en circunstancias que de acuerdo con el artículo 4o. se adopta un modelo de responsabilidad por el hecho propio, por defecto de organización” (BCN 2009, 42). Por ello, “le pareció preferible establecer que si la persona jurídica se veía comprometida en una actividad criminal que cedía en su provecho por defecto de organización, se podría establecer su responsabilidad. Ello era preferible a una enumeración que podría pecar de excesiva o de exigüa” (BCN 2009, 42). Además, “si el modelo de responsabilidad penal adoptado era el del hecho propio de la persona jurídica, debería suprimirse el inciso final del artículo 5o., que excluye de responsabilidad a la persona jurídica por la inculpabilidad de la persona natural, porque si la base de responsabilidad estaba en el defecto de organización, dicha responsabilidad no podría desaparecer si tal defecto subsistía” (BCN 2009, 42).

Concordamos en que se incurriría en un error si se relaciona la sanción impuesta a la empresa con la de la persona física por un mismo delito, pues si se trata de la propia responsabilidad de la persona jurídica “deberían serlo con independencia de las que corresponden a la persona natural” (BCN 2009, 43).

Ahora bien, no podemos desconocer que algunos autores observan en nuestra legislación el reconocimiento de un modelo de la responsabilidad por el hecho ajeno, esto es, un *modelo de heterorresponsabilidad* sobre la base de un hecho de conexión, donde no sería posible fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el hecho y la culpabilidad propia de la misma. Sin embargo, pese al tenor literal del precepto del artículo 3o., hay ciertos elementos del resto del cuerpo legislativo, que nos permitirían establecer la existencia de un modelo de responsabilidad por el hecho propio, en atención al inciso final del artículo 5o. de la ley.

Asimismo, la opción de adoptar por parte del legislador un modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio, permite lograr una coherencia constitucional con los parámetros de un derecho penal moderno. Por ello, las futuras modificaciones a la ley no deberían desarrollarse en miras a un modelo de *heterorresponsabilidad* por el hecho ajeno, constituidos sobre un hecho de conexión respecto de la persona natural, sino sobre un modelo de responsabilidad por el hecho propio o por el hecho. Es decir, que no deben establecerse penas respecto de la persona jurídica sin determinar la culpabilidad de la misma (Gómez-Jara Díez 2010, 435).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

Por otra parte, no puede dejarse sin consideración “la circunstancia de que la posibilidad de realizar interpretaciones tendientes hacia la autorresponsabilidad en modelos iniciales de *heterorresponsabilidad* es una constante en el derecho comparado” (Gómez-Jara Díez 2010, 433).

Ahora bien, cabe preguntarnos qué permitiría justificar la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas de un modelo de *heterorresponsabilidad* por el hecho ajeno a uno por el hecho propio. Una alternativa sería “considerar que la propia persona jurídica ostenta una *posición de garante* sobre las actuaciones de sus empleados; en concreto, que se constituye en una suerte de *garante de supervisión*” (Gómez-Jara Díez 2010, 436).

Esta forma de entender la responsabilidad de la persona jurídica nos parece la más correcta desde el punto de vista jurídico-penal, debido a que es la propia empresa la que ejerce las funciones de vigilancia y de selección de los mecanismos de control al interior de la empresa, por medio de sus administradores, al ostentar una posición de garante respecto de las actuaciones de sus empleados en el desarrollo de sus funciones.

Por otra parte, respecto al hecho propio de la persona jurídica, se debe señalar que la discusión sobre esta materia es relativamente reciente, “puesto que, por lo general, los modelos de responsabilidad penal empresarial hasta ahora —modelos de *heterorresponsabilidad*— han tomado como hecho propio de la persona jurídica el hecho de la persona física: el ya mencionado hecho de conexión”. (Gómez-Jara Díez 2010, 439).

En esta línea, “la exigencia constitucional de un hecho propio, amén de las importantes críticas que se han alzado contra esta construcción, obliga a adoptar otra perspectiva” (Gómez-Jara Díez 2010, 434). Por ello, al considerar las exigencias del artículo 19 núm. 3 de la Constitución Política de Chile, debemos replantearnos, desde otras perspectivas teóricas, cómo debe ser considerado el hecho de la persona jurídica en Chile.

Pues bien, es necesario definir el actuar empresarial como un hecho propio de la persona jurídica, dentro de “la configuración normativa de su propio ámbito de organización” (Gómez-Jara Díez 2010, 440). La persona jurídica en su posición de garante de supervisión, respecto de los actos de sus administradores, está facultada para configurar su organización de una forma idónea, con el objeto de evitar la actuación delictiva de sus miembros (Gómez-Jara Díez 2010, 440-441).

Si bien la discusión sobre el concepto de culpabilidad de la persona jurídica es reciente —y seguirá evolucionando en los próximos años en

Chile—, la opción que nos parece más adecuada es la del concepto constructivista de culpabilidad empresarial, porque establece que

...la culpabilidad de la persona jurídica está dada por la institucionalización de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho —de infidelidad al Derecho—. Es decir, se considera que en la sociedad moderna la organización empresarial se ha convertido en un ciudadano corporativo fiel al Derecho, que debe contribuir al mantenimiento de la vigencia de las normas mediante la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Cuando no lleva a cabo dicha institucionalización o lo hace de manera defectuosa, infringe su rol de ciudadano fiel al Derecho reflejando así su propia culpabilidad (Gómez-Jara Díez 2010, 440-441).

En consecuencia, la interpretación que se realiza por necesidad de compatibilizar el artículo 3o. de la Ley, con el mínimo constitucional exigido para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, pasaría por comprender este artículo en concordancia con el 4o. de la ley. En este sentido, no es la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1o. lo que se busca sancionar, sino el hecho de haber infringido la propia persona jurídica el deber de supervisión en la prevención de delitos y la no adopción de un modelo que sea eficiente en esta tarea.

Finalmente, nuestro modelo legislativo señala, en el inciso primero del artículo 3o., que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1o.:

...siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Sin embargo, la misma disposición agrega en el inciso tercero 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, lo cual podría ser considerado como una causal de exclusión de culpabilidad, aunque no lo diga expresamente la Ley, de aceptar la posibilidad de aplicación del modelo constructivista.

2. *Responsabilidad de la persona natural en el proceso de certificación: calidad de funcionario público*

La ley establece que las personas naturales que participan en las actividades de certificación cumplen una función pública. La ley indica, ex-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 1129-1153.

presamente, en su artículo 4o., letra c), que: “Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”.

En esta línea, el Código Penal⁵ define que un empleado público:

Es todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado, siendo irrelevante además si el cargo es o no de elección popular.

La función pública a la que alude la norma, que se instituye como núcleo central para la comprensión de ésta en el campo de la certificación, no puede desconocer que este término genera controversia. Así, un sector de la doctrina chilena se adhiere a un concepto restringido orgánico-formal. Sin embargo, otro sector considera la posibilidad de concebir un concepto funcional-amplio (Rodríguez Collao y Ossandon Widow 2008, 321).⁶ De ahí que el funcionario, en esta última perspectiva, sea considerado un sujeto especial en atención a la función que desempeña.

En cambio, desde una perspectiva formalista, lo determinante es el cumplimiento de los requisitos de elección en el cargo, según el Estatuto Administrativo (en adelante EA) (Videla Bustillos 2009, 60). Pues bien, el legislador, aparentemente, adhiere a un concepto amplio en lo que concierne a las personas naturales que participan en la certificación, porque el legislador, en el artículo 4o., letra c), de la Ley es enfático en indicar que las personas naturales que participan cumplen una función pública, no designada en el EA.

⁵ Ley 18.742, Código Penal, de fecha 12 de noviembre de 1874, última versión 13-8-2011, Ley 20.526.

⁶ En este contexto, existe un reconocimiento de un concepto amplio de funcionario público en materia penal, en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema en Chile. Pues bien, la Corte en sentencia Rol núm. 2.321-2007 señala, en su considerando cuadragésimo quinto, que “no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una «función pública» y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz «funcionario público»”.

Ahora bien, el artículo 260 del CP indica que, “para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III”, se reputa funcionario público a la persona natural que participa en la certificación. Pues bien, esto podría llevarnos a indicar que sólo se contempla una responsabilidad penal en los delitos contemplados en los respectivos títulos. Sin embargo, se dejaría fuera el Título IV, propio de los crimines y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio, que contempla la falsificación de instrumentos públicos y privados.

Lo expuesto, nos lleva a preguntarnos lo siguiente: ¿Es posible observar una falsificación ideológica de instrumento privado en la certificación de un modelo de prevención? En esta línea, ¿recae un deber de veracidad en la persona natural que participa en la certificación de estos modelos? De conformidad con una perspectiva sistémica sería difícil argumentar la falsificación ideológica de un instrumento privado en la certificación. Esto, en atención a la restricción objetiva del artículo 260 del CP. Sin embargo, si se considera la posibilidad de argumentar teleológicamente desde los deberes institucionales, sería, aparentemente, admisible esta alternativa. En lo que se refiere a esta posibilidad de apertura, con el objeto de considerar falsedades ideológicas, existe en dogmática la teoría de las instituciones económicas. Teoría que pretende pesquisar la relación de intereses entre las personas y las instituciones según el concepto de confianza.⁷

Esta lectura extensiva de los deberes institucionales, en la certificación de los modelos de prevención, nos permitiría desde la teoría de la organización, incorporar el delito de falsedad ideológica en el caso de los certificados. Esta falsedad no se manifiesta en la materialidad del documento, sino en el contenido de la declaración del certificado.⁸ Ahora bien, esta se rechaza en la dogmática si recae en instrumentos privados, porque se entiende que un particular no está obligado a decir la verdad a diferencia del funcionario público.⁹ Sin embargo, respecto de las personas naturales que participan en estos procesos el legislador les atribuye dicha función.

⁷ En este contexto, existen diversas posiciones dentro de la teoría en torno al constructo del concepto confianza. Así las cosas, para observar las diferencias que se presentan en lo que concierne a los delitos del mercado de valores, véase García Palominos (2013, 56).

⁸ Respecto de la definición de la falsedad ideológica, véase Vargas Pinto (2013, 65).

⁹ Con relación a este punto, véase STOP de Chillán, 31 de marzo de 2010, Ruc: 0810000713-5; STOP de Antofagasta, 27 de junio de 2008, Ruc: 0600808137-7; STOP de Quillota, 22 de junio de 2005, Ruc: 0400383857-4.

De este modo, por ejemplo, se puede destacar la capacidad organizativa de las empresas auditoras, por un lado, y, por otro, la configuración de la certificación de modelos de prevención válidos en el mercado. Así, digna de protección legal sería la confianza en las instituciones económicas, cuando existe una relativa al cumplimiento de los deberes de prevención. El incumplimiento de estos produce una responsabilidad social cuya afectación puede lesionar la confianza de los ciudadanos.¹⁰

Por ende, la responsabilidad se configurará, cuando, encargados de realizar la certificación de un modelo, tengan control y conocimiento de la infracción de los deberes de dirección y vigilancia en una organización. La persona natural que participa en este proceso de auditoría debe tener la facultad de impedir la certificación de la empresa y conocer de la infracción del cumplimiento de estos deberes para responder penalmente. Así, la falsedad ideológica se traduce en faltar a la verdad en el ejercicio de estos deberes.¹¹

Ahora bien, en el caso que nos ocupa podemos observar que existe cierta equiparación en el documento privado de certificación con el público, porque la persona natural en este proceso actúa sometido a obligaciones definidas por el legislador. El deber de ser veraz se encuentra correlacionado a los deberes que se desprenden de la función de certificación que establece el legislador. En la jurisprudencia chilena se puede observar que estas últimas consideraciones se aplicaron en un certificado médico de defunción, porque el médico tiene el deber de manifestar la verdad en un documento de gran repercusión en la realidad jurídica.

Si bien para nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria la falsedad ideológica que comete un particular no es punible, nos parece que el caso de un certificado de prevención sí es posible, porque el contenido falaz de ésta no sólo afecta la fe pública, sino también a los accionistas o toda persona que invierte o se relaciona con la organización certificada. Así pues, certificar un hecho contrario a la realidad que produce efectos jurídicos, en perjuicio de terceros, es sancionable desde la perspectiva del 197 en correlación al 198 del CP (Vargas Pinto 2013, 67).

¹⁰ Esta idea en especial adquiere fuerza en la corruptibilidad de los empleados públicos, entre otras figuras inherentes a la idea rectora de la institución (García Palominos 2013, 56).

¹¹ Pues bien, en la doctrina nacional tradicional se reconoce esta perspectiva genéricamente tanto en un documento público como privado (Etcheberry 1997, 173).

En esta línea, más que la asimilación del certificado de un modelo de prevención a un documento público, el hecho radica en el deber de veracidad de las personas naturales en el ejercicio de su función, la cual puede repercutir grave y jurídicamente en terceros. Así pues, el deber de veracidad de los certificadores existe a diferencia del resto de los particulares (Vargas Pinto 2013, 67).

Conforme con lo anterior, ¿puede existir un deber de veracidad en las personas naturales que participan en los procesos de certificación? En esta línea, ¿cuáles pueden ser los efectos de certificar un modelo de prevención respecto de terceros? Asimismo, ¿la certificación de un modelo de prevención resguarda la fe pública o sólo los intereses de un grupo particular que interactúan con una organización? Pues bien, nos parece que en este caso estas preguntas se responden a través de una afirmación: la certificación de un modelo resguarda la fe pública. Esta es una señal al mercado de que la empresa ejerce los deberes de dirección, supervisión y vigilancia, que exige el artículo 3o. de la ley. De ahí que, incluso en los procesos de *due diligence*, se previene la transmisión de responsabilidad, contemplada en el artículo 18 de la ley, a través de la solicitud de la documentación de prevención de la empresa adquirida.

Con todo, si bien existe una discusión en torno a la falsificación ideológica de documentos, debemos indicar que la doctrina más reciente sostiene que, en atención a las normas de los artículos 197 y 198, “se trata de la protección de la autenticidad y de la verdad del documento... intereses [que] pueden verse lesionados cuando otro sujeto, v.g. el receptor del documento, adquiere conocimiento del documento... por ser inauténtico o por ser no verdadero, respectivamente” (Rojas 2017, 60). Así las cosas, “este interés solo puede verse lesionado cuando el receptor del documento privado o mercantil adquiere conocimiento del carácter falso por inauténtico del documento” (Rojas 2017, 160).

Pues bien, en esta última interpretación no sería necesario hacerse cargo de la acreditación de una especial falsedad ideológica, en el caso de los particulares, aunque sea necesaria “la realización de otra conducta posterior a la falsificación del documento” (Rojas 2017, 161), es decir, hacer uso del documento en el caso del artículo 198 del CP. Así, el artículo 197 se posiciona como un delito de peligro a los intereses protegidos, que serán la autenticidad del documento privado. En cambio, en el caso del artículo 198 estamos frente a una figura de lesión, que requiere el uso del docu-

mento falso. Por ello, materialmente “exige al menos que el receptor del documento falso adquiriera conocimiento de este” (Rojas 2017, 162).

Por último, podemos observar que las personas naturales que interviene en los procesos de certificación tienen un deber especial. Pues bien, se les reconoce la calidad de funcionario público para efectos de la certificación del cumplimiento de los deberes del artículo 3o. de la ley. Este deber especial podría incidir en el mercado e incluso en las decisiones de los accionistas. Es importante recordar que uno de los hitos importantes del *compliance* en materia penal recae en el caso Enron, a partir del cual se dicta la *SOX Act*, donde se pretende resguardar a los accionistas de la información fraudulenta entregada por las auditoras, con relación a los balances financieros de las empresas. De este modo, queda la pregunta de si la información entregada por las empresas certificadoras incide en las operaciones del mercado.

Por ello, consideramos que son sujetos especialmente obligados por la existencia de deberes especiales de información. Por tanto, deberíamos también dar aplicación a la disposición del artículo 59 a) o al 61 de la Ley 18.045.¹² Sin embargo, esto requiere un estudio más detallado en torno a la existencia de un especial deber de veracidad en las personas naturales que participan en la certificación, sin desconocer la discusión doctrinal que se puede observar en torno a la aplicación de las disposiciones en comento, frente a la existencia o ausencia de esta clase de deberes (Hernández Basualto 2017, 111).

VI. CONCLUSIONES Y BALANCE

El presupuesto para atribuir responsabilidad a las empresas auditoras y para el desarrollo de una imputación específica, por concepto de falsedad ideológica en la certificación de modelos de prevención, es que la dogmática acepte la atribución de deberes institucionales a las personas naturales que participan en estos procesos. Esto depende de si las características del concepto de funcionario público pueden predicarse como manifestaciones jurídicas que van más allá de las restricciones del artículo 260 del CP.

¹² Ello, excluyendo la letra *d*) de la Ley 18.045 relativa exclusivamente a las auditorías propias del estado financiero de la empresa (véase Varela Ventura 2016, 288).

Las características generales del concepto amplio de funcionario público son directrices de orden y estabilidad en la certificación. Tiene su correspondencia en la idea de una coherencia interna propia de los deberes de supervisión y vigilancia en el artículo 3o. de la ley. Estos deberes no sólo son presupuestos inevitables de una comprensión sistemática de la problemática, y premisas ciertas de un método de interpretación jurídicamente coherente con la teoría de la organización de las instituciones económicas, sino consecuencia también del principio de responsabilidad en la autonomía de organización de las empresas y, con ello, de modo directo, efecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En consonancia, la función pública que cumplen las personas naturales en los procesos de certificación consiste en exhibir y ejecutar la conexión valorativa de una cultura de la prevención en la organización y la unidad interna de los deberes de prevención. Así, una cultura de fidelidad al derecho en la empresa obtiene su justificación que, de este modo, puede derivar en una exigencia alta para los particulares que participan en estos procesos, en atención a los perjuicios que se pueden derivar del incumplimiento de dichos deberes. En suma, es posible establecer responsabilidad penal por falsificaciones ideológicas en los certificados de modelos de prevención.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). 2009. "Historia de la Ley 20.393". <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785/>.
- DELLOITTE. 2009. "Ley 20.393. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/AI/reu2/resp_penal_empresas.pdf.
- ETCHEVERRY, Alfredo. 1997. *Derecho Penal*. t. IV. 3a. ed. Chile: Nacional Gabriela Mistral Impresores.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. "Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena". *Política Criminal*. 15(8): 23-63.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. 2009. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. Santiago de Chile: Jurídicas de Santiago.

- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. 2010. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires: B de F.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2007. “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”. *Revista de Estudios de la Justicia* 9(1):101-120.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2010. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Revista Polít. Crim*, 9(5): 107-154.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. 2017 “La necesaria relevancia para el precio de los valores de la información falsa del art. 59 letra a) de la Ley de Mercado de Valores”, *Revista de Derecho (Valparaíso)* (48): 105-131.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. 2009. “Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”. *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado* 21: 47-68.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. 2012. *Modelos de prevención de delitos en la Empresa, Chile* :Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y Magdalena Ossandon Widow. 2008. *Delitos contra la Función Pública*. 2da edición. Chile: Jurídica de Chile.
- ROJAS, Luis Emilio. 2017. *Teoría funcionalista de la falsedad documental*. Madrid: Marcial Pons.
- SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. 2010. *Un asunto criminal contemporáneo, Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*. Santiago-Chile: Jurídica de Chile.
- VAN WEEZEL, Alex. 2010. “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política Criminal* 9(5): 114-142.
- VARELA VENTURA, Luis. 2016. “Delitos contables mercantiles en el Derecho penal económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes”, *Política criminal* 21(11): 264-306.
- VARGAS PINTO, Tatiana. 2013. *Falsificación de instrumento privado*. Santiago-Chile: Thomson Reuters.
- VIDELA BUSTILLOS, Lino Gustavo. 2009. “Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios: malversación de caudales públicos y fraude al fisco”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 22(1): 55-98.