

N° 247
Año LXXXVIII
Enero-Junio 2020
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

FISCALIZACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS. UN ANÁLISIS REGULATORIO A PROPÓSITO DEL DICTAMEN DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, N° 13.088, DEL 30 DE ABRIL DE 2019

AUDIT OF CRIME PREVENTION MODELS. A REGULATORY ANALYSIS BASED ON THE OPINION OF THE COMMISSION FOR THE FINANCIAL MARKET, N° 13.088, OF APRIL 30, 2019

LUSITANIA VILLABLANCA CERDA* **

RESUMEN

Con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley N° 20.393 presume el cumplimiento de sus deberes de prevención y supervisión cuando ellas cuentan con un modelo de prevención de delitos que satisfaga los requisitos que la misma ley establece. La observancia de esos requisitos puede ser certificada por un tercero, el cual se encuentra relativamente sometido al control de la Comisión para el Mercado Financiero.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Magister en Derecho de los mercados, de los negocios y de la economía, Universidad de Bourgogne. Doctor en Derecho, Universidad Paris 2 "Panthéon-Assas". Profesora de Derecho, Escuela de Derecho, Universidad Mayor, Chile. Correo electrónico: lusitania.villablanca@umayor.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2910-3690>.

** La autora agradece a la Srta. Alexandra Ríos Cárdenas, alumna ayudante de la Escuela de Derecho de la Universidad Mayor, por su colaboración en la elaboración de este texto.

Trabajo recibido para su evaluación el 3 de diciembre de 2019, y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2020.

Sin embargo, observando lo señalado tanto en el dictamen N° 13.088, objeto de este análisis, así como en otros pronunciamientos del regulador, podemos afirmar que dicho control es solo formal por lo que la validez de la certificación puede ser controvertida por el ministerio público, facilitando así la destrucción del valor probatorio de la presunción ya aludida.

Palabras claves: modelos de prevención de delitos, responsabilidad penal de las personas jurídicas, cumplimiento normativo, valor probatorio, presunción penal, Comisión para el Mercado Financiero.

ABSTRACT

Regarding to the criminal responsibility of legal entities, Law No. 20,393 presumes the fulfillment of its duties of prevention and supervision when they satisfy a crime prevention model whose conditions are regulated in the same law. Compliance with these requirements may be certified by a third party, which is relatively subject to the control of the Financial Market Commission. However, observing what has been stated in Opinion No. 13,088, the object of this analysis, as well as in other pronouncements by the regulator, we can affirm that such control is only formal and therefore the validity of the certification may be contested by the Public Prosecutor's Office, thus facilitating the destruction of the evidential value of the said presumption.

Keywords: crime prevention model, criminal responsibility of legal entities, compliance, evidential value, criminal presumption, Financial Market Commission.

I. DOCTRINA

“En relación a las Empresas de Auditoría Externa (en adelante “EAE”), Clasificadoras de Riesgo (en adelante “CR”) y Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos (en adelante “ECMPD”) y para efectos de lo establecido en la Ley N° 20.393, cabe señalar que este Servicio solo detenta la atribución contemplada en su artículo 4, número 4, letra b), párrafo segundo, el que al efecto señala: “Los certificados podrán ser expedidos por

empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador”. La anterior es la única mención y facultad -sobre el particular- que la ley otorga a este Organismo”.¹

II. COMENTARIO

La Ley N° 20.393² (en adelante, la ley) dispone que una persona jurídica carece de responsabilidad penal cuando cumple sus deberes de prevención y supervisión,³ lo que se presume al implementar un “modelo de prevención de delitos” (en adelante, MPD) cuyos requisitos se encuentran, en lo esencial,⁴ reglamentados en la ley. Dicho cumplimiento puede ser certificado por un tercero inscrito en un registro llevado por la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, CMF) la que aparece así, como el órgano fiscalizador en la materia.

Sin embargo, la lectura de diversos dictámenes emanados de este órgano, incluyendo el que da origen a este comentario (en adelante, el dictamen), pone de manifiesto que no existe fiscalización ni de las entidades certificadoras (en adelante, ECPD), ni de los modelos de prevención de delitos que implementan, ni de sus certificados, lo que debería ser considerado

¹ Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N° 13.088, 30 de abril de 2019.

² Ley N° 20.393, 2009.

³ Art. 3 Ley N° 20.393, 2009. Sobre esto: “De la mera existencia de un programa de cumplimiento, aun cuando se encuentre avalado por una entidad certificadora de *compliance* que acredite que cumple con los requerimientos legales (art. 4° 4 Ley 20.393), no se puede deducir que la entidad haya desplegado la diligencia debida o la que razonablemente le sería exigible para prevenir la comisión del delito enjuiciado”. NEIRA, Ana María, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política criminal*, 2016, vol. 11, N° 22, p. 486.

⁴ Artículo 4 de la Ley N° 20.393, de 2009. En la discusión parlamentaria, se flexibilizó la regulación originalmente prevista para considerar un modelo de prevención como suficiente. Se recogieron los principales elementos que ya se tenían en cuenta en el Derecho comparado, pero, no se exigió el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención. MATUS, Jean Pierre, “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2017, N° 11, p. 39.

por los jueces a la hora de evaluar el peso probatorio de la certificación.⁵

Para el correcto entendimiento del contexto en que se inserta la materia,⁶ es necesario precisar que, como consecuencia de diversas convenciones internacionales⁷ y más precisamente para responder a la exigencia formulada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico⁸ (en adelante, OCDE) a fin de permitir la incorporación de Chile a esta,⁹ el legislador decidió¹⁰ prever en la Ley N° 20.393 la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, y ciertas formas del delito de cohecho. Posteriormente, en

⁵ Otros argumentos en MATUS, cit. (n. 4).

⁶ V. HERNÁNDEZ, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política Criminal*, 2010, Vol. 5, N°9.

⁷ "En términos generales, de estos instrumentos se deriva para los Estados Partes la obligación de imponer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sanciones a las personas jurídicas que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. En consecuencia, la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos". BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.393 de 2009*, BCN, Santiago 2009, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785/> consultada el 24 de noviembre de 2019.

⁸ "Chile, además de ser parte de la Convención de la OCDE contra el Cohecho, ha participado en varios de los comités de esa organización internacional desde hace 10 años. En mayo de 2007, nuestro país recibió una invitación formal para ingresar como miembro pleno, junto a Estonia, Israel, Rusia y Eslovenia. No obstante ello, el ingreso a la OCDE solo se materializará una vez que Chile cumpla con las diversas normas impuestas por la OCDE, entre las cuales se encuentra la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero". BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 7).

⁹ Acuerdo firmado el 11 de enero de 2010, aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 8.580-1, de 16 de marzo de 2010, y ratificado por el Decreto Supremo N° 144, de 26 de agosto de 2010, que promulga la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y sus protocolos suplementarios números 1 y 2 y el Acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre privilegios, inmunidades y facilidades otorgados a la organización.

¹⁰ En la Historia de la ley en comento, específicamente en el Informe de Comisión de Constitución, el profesor Juan Carlos Dörr Zegers hizo presente que "la O.C.D.E. solamente había solicitado se sancionara en forma efectiva los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, incluyendo a las personas jurídicas utilizadas para esos fines, respecto de las cuales no había planteado se las sancionara penalmente". BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 7). En el mismo sentido, BOFILL, Jorge, "Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica", en: WILENMANN, J. (Coord), *Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de la reforma a su regulación*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 175-195. Mencionemos al respecto que existen críticas referidas al establecimiento de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema jurídico: VAN WEEZEL, Alex, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Política Criminal*, 2010, Vol. 5, N° 9, pp.114-142.

virtud de las leyes N° 21.121¹¹ y N° 21.132¹² se incluyeron dentro de dicha responsabilidad los delitos de negociación incompatible, corrupción entre privados, apropiación indebida, administración desleal, entre otros.

La ley confiere a la CMF la misión de registrar las ECMPD¹³ que pueden cumplir esta labor lo que se tradujo en la dictación de la Norma de Carácter General N° 302¹⁴ (en adelante, la NCG).

De esta forma, la certificación de un MPD consiste en el pronunciamiento de un tercero respecto de la observancia de los requisitos que la ley establece para la implementación de este, observancia que es necesaria para gozar de la presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y de supervisión que eximen a una persona jurídica de responsabilidad penal.¹⁵ No obstante, la fiabilidad de la certificación, esto es la probabilidad de su buen funcionamiento, es frágil.

Esa fragilidad se origina en tres puntos: no todas las certificadoras son fiscalizadas con el mismo grado de acuciosidad; no existe ningún tipo de supervisión cualitativa sobre los sistemas que las certificadoras aplican para determinar que un MPD cumple o no con los requisitos del artículo 4 de la ley (sistemas de certificación); y, aún más allá, no hay ningún tipo de control sobre las certificaciones otorgadas.

Respecto del primer punto hay que tener presente que existen ECMPD *que no son* EAE ni clasificadoras de riesgo, lo que es relevante porque la existencia de una fiscalización acuciosa respecto de las últimas que puede generar en el juez la impresión de que todas las entidades habilitadas para desempeñarse como certificadoras están sometidas al mismo parámetro de fiscalización.

En efecto, EAE y clasificadoras de riesgo, en virtud de la Ley N° 18.045 (en adelante, LMV) están sometidas a la obligación de inscribirse en

¹¹ Ley N° 21.121, de 2018.

¹² Ley N° 21.132, de 2019.

¹³ El art. 4 N° 4) letra b) inciso 2° de la Ley N° 20.393, de 2009, dispone que los certificados podrán ser expedidos por *empresas de auditoría externa* (en adelante, EAE), sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros.

¹⁴ Norma de Carácter General CMF N° 302, 2011.

¹⁵ Hasta este momento no hay sentencias relativas a la responsabilidad penal de una entidad que haya contado con un certificado de modelo de prevención de delitos. Para otras hipótesis ver: NAVAS, Iván; JAAR, Antonia, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena", *Política Criminal*, 2018, Vol. 13, N° 26, pp. 1027 -1054.

otros registros¹⁶ sometiéndolas a un parámetro riguroso de supervigilancia.¹⁷ Tratándose de las otras entidades previstas en la ley, no existe una reglamentación equivalente.

A modo de ejemplo, la Norma de Carácter General N° 275 de 2010 (en adelante, NCG N° 275), que regula el registro de las EAE, exige que el reglamento interno que estas empresas contenga normas respecto de los programas de formación continua y capacitación profesional mínimas anuales, de control de calidad y análisis de auditoría necesarios para realizar adecuadamente el proceso de auditoría, tales como, la existencia de un porcentaje mínimo de horas mensuales, de reuniones con el directorio de la entidad auditada y con los equipos de trabajo para la planificación de la auditoría de estados financieros, sostenidas los socios que dirijan, conduzcan y suscriban los informes de auditoría.

Respecto de las ECMPD que no son EAE o clasificadoras de riesgo, la CMF únicamente ha prescrito que deben establecer una reglamentación interna, la que debe contener: “la metodología que se aplicará a las personas jurídicas, para determinar si los modelos implantados por éstas poseen, en todos sus aspectos significativos, los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4° de la Ley 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad cada una de ellas”.¹⁸

El hecho de que todas las entidades autorizadas para emitir certificados de MPD formen parte de lo que se denomina “entidades Privadas de Apoyo a la Preservación de la Fe Pública” es una segunda fuente de confusión respecto de la rigurosidad de la fiscalización. Al respecto, la Política de Fiscalización correspondiente al año 2015¹⁹ señala claramente que, al contar con facultades fiscalización limitadas respecto de las ECMPD,²⁰ se procederá sólo a “la revisión de antecedentes con ocasión de su registro, y con oportunidad del envío de información continua para mantenerse en dicho registro”.

¹⁶ Según dispone el artículo 239 de la Ley N° 18.045, de 1980, las EAE deben inscribirse en el de Empresas de Auditoría Externa, y en cuanto a las clasificadoras de riesgo, como señala el artículo 71 de la misma ley, estas deben inscribirse en el Registro de Entidades Clasificadoras de Riesgo.

¹⁷ Ley de Mercado de Valores, Título XXVIII.

¹⁸ Norma de Carácter General CMF, N° 302, 2011.

¹⁹ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, “Política de Fiscalización”, 2015, pp. 29 y 47, documento disponible en línea: <http://www.cmfchile.cl/portal/prensa/604/w3-article-20751.html>, consultado el 14 de noviembre de 2019.

²⁰ Se incluyen también los inspectores de cuentas y auditores externos.

En cuanto a la falta de fiscalización de los *sistemas o metodologías de certificación*, podemos volver a citar la política ya señalada. Esta sostiene que, respecto a otros aspectos a supervisar, como podría serlo el sistema de certificación de la metodología aplicada, *eventualmente*, se levantará en forma periódica información, *con el fin de verificar únicamente la independencia de los certificadores* respecto de las demás actividades de asesoría en la implementación de los modelos señalados.

En efecto, en ejercicio de sus competencias, la CMF ha requerido solo informaciones básicas sobre la persona jurídica, los socios, las personas responsables de la certificación y las personas jurídicas certificadas, así como establece una serie de incompatibilidades entre servicios. Sin embargo, respecto del informe de certificación las exigencias son meramente formales.

Resumiendo, existen diferencias entre la fiscalización de los sistemas de certificación de MPD, respecto de aquella que se aplica a balances y estados financieros emitidos por las EAE o aquella que se aplica a las clasificaciones de riesgo.²¹ Los dos últimos están regulados en la LMV, remitiéndose a normativas de carácter reglamentario o profesional intensamente reguladas.²² Sin embargo, los sistemas en conformidad con los cuales se emiten las certificaciones de MPD carecen de una regulación que vaya más allá de los vagos parámetros²³ señalados en el artículo 4 de la ley.²⁴

En este sentido se ha dicho que: “Sin embargo, lo cierto es que, al menos hasta el momento, el valor de tales certificaciones en un eventual proceso penal resulta incierto. Esto se explica, en primer lugar, porque la certificación está en manos de empresas privadas, algunas de las cuales comparten intereses comerciales de diversa índole con las entidades certificadas. En segundo lugar, por la inexistencia de un procedimiento de certificación estandarizado, que obliga al juzgador a valorar casuísticamente como se ha realizado la certificación y el seguimiento de la entidad. Y en tercer

²¹ En este sentido, se fija como objeto de fiscalización “Velar por que los procedimientos empleados por las entidades den garantía de la veracidad, suficiencia, oportunidad, exactitud e independencia de las opiniones que emiten respecto de las materias bajo su revisión. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, cit. (n. 15), p. 30.

²² Ley de Mercado de Valores, Título XIII, respecto de las clasificadoras de riesgos; y Título XXVIII, respecto de las EAE.

²³ BEDECARRATZ, Francisco, “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Política Criminal*, 2018, N°25.

²⁴ Excediendo la competencia otorgada por el tenor literal de la ley, pero legitimada por la historia de esta, la Comisión, en la Norma de Carácter General CMF, N° 302, 2011, estableció la obligación de señalar en el certificado el periodo de vigencia del MPD, el cual no puede exceder de dos años.

lugar, por la escasa o nula jurisprudencia al respecto, que impide conocer la posición de la fiscalía y la judicatura sobre el valor de las certificaciones”²⁵

He ahí el interés del dictamen en análisis, en el cual la CMF una vez más reiteró que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 N° 4 letra b) de la ley su competencia se restringe a la labor de registrar a las entidades que pueden expedir los certificados²⁶ sin pronunciarse sobre la fiabilidad de la metodología utilizada. Incluso más, ha expresamente señalado que “*Para una fiscalización o supervisión extendida, se requeriría una modificación legislativa que otorgue más facultades a la CMF*”²⁷

Existe sólo un texto de la CMF que va en otro sentido, se trata del Oficio N° 11.703 que señala que las certificadoras deben contar con una reglamentación interna, *que es revisada por la CMF*, y que dentro de ella debe existir una metodología capaz de determinar si los MPD son aptos para sus fines.

Si intentamos compatibilizar, por un lado, las reiteradas afirmaciones de la CMF en cuanto a que su labor está limitada al registro de las entidades certificadoras, y, por el otro, la exigencia contenida en la NCG relativa a que estas informen la metodología que se aplicará a la persona jurídica certificada, debemos concluir que la certificadora sólo está obligada a informar dicho

²⁵ NEIRA, cit. (n.3).

²⁶ “En relación a las Empresas de Auditoría Externa (en adelante “EAE”), Clasificadoras de riesgo (en adelante “CR”) y Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos (en adelante “ECMPD”) y para efectos de lo establecido en la Ley N° 20.393, cabe señalar que *este Servicio solo detenta la atribución contemplada en su artículo 4, número 4, letra b), párrafo segundo (...). La anterior es la única mención y facultad -sobre el particular- que la ley otorga a este Organismo*” (énfasis agregados). Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N° 13.088, 2019. “Esa sociedad ha consultado acerca de la dependencia que debiera tener el encargado de prevención de los delitos a que alude la Ley N° 20.393, dentro de la estructura organizacional de la compañía. Sobre el particular cumple esta Superintendencia con manifestar a Ud. Lo siguiente: *Esta superintendencia no está facultada para emitir informes sobre la consulta planteada, toda vez que no se trata de aquellas materias a que alude el inciso segundo del literal b) del numeral 4 del artículo 4 de la ley N° 20.393*” (énfasis agregado). Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N° 7156, 2012.

²⁷ Se trata de un Oficio enviado por el presidente de la CMF al Ministro de Relaciones Exteriores destinado a dar apoyo a este para responder a ciertas consultas formuladas por la OCDE, el cual señala, en las partes que nos interesan, que “según consta en la sección X.11.1 del Anexo X de la Política de Fiscalización de la CMF, la fiscalización de las ECMPD consiste en la revisión de antecedentes *con ocasión de su registro* y con oportunidad del envío anual de información continua para mantenerse en dicho registro”. La CMF describe luego las medidas implementadas en dicha fiscalización señalando como objeto único de fiscalización el “*debido cumplimiento de la Sección III de la Norma de Carácter General N° 302*”, referida a la incompatibilidad de servicios, así como ha llevado a cabo supervisiones en terreno, la que tiene como fin “revisar los certificados que emiten, el informe que debe acompañar el certificado y la reglamentación interna de la ECMPD”. Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 11.703, 2018.

sistema sin que la CMF se encuentre facultada para pronunciarse respecto de si cumple “en todos sus aspectos significativos” los requisitos a los que hace mención la norma.

En cuanto a las *certificaciones mismas*, aquellas que se emiten respecto de balances, estados financieros y clasificaciones de riesgo en virtud de la LMV también son objeto de revisión²⁸ por parte de la CMF, lo que no sucede respecto de las certificaciones de MPD, las cuales solamente les son informadas.²⁹

De esta forma, el ministerio público puede demostrar que, pese a la certificación, el sistema de prevención aplicado no cumple los requisitos señalados en la ley. Negarlo sería equivalente a negar la posibilidad de que un tribunal establezca que un balance o estado financiero no cumple las reglas establecidas por la ley sólo por haber sido certificado por una EAE.

En efecto, por el hecho de gozar de facultades expresas de fiscalización, el regulador suele instruir la modificación de balances y estados financieros, cuando estos no cumplen los parámetros reglamentarios, y ello, pese a estar certificados por una EAE.

La discreta negativa del supervisor financiero a fiscalizar los sistemas de MPD y los certificados mismos se explica porque en muchas ocasiones, cuando el legislador se ha visto en la necesidad de someter distintos sujetos o materias a la supervisión de un organismo público lo ha hecho recurriendo a la CMF,³⁰ sin considerar que esta no posee ni la competencia técnica ni los recursos necesarios para llevar a cabo esas funciones ni que ellas no tienen relación con la misión fundamental de este regulador: velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero.³¹

²⁸ En este sentido, se fija como objeto de fiscalización “la aplicación de pruebas de control y revisión en profundidad sobre los procedimientos implementados por la entidad para garantizar que su personal cumplirá los estándares de idoneidad e independencia de juicio establecidos, las normas sobre manejo de conflictos de interés, y que las opiniones que se emitirán serán adecuadas, suficientes y oportunas” (énfasis agregado). SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, cit. (n. 19), p. 31.

²⁹ Norma de Carácter General CMF N° 302, 2011, Sección VI punto 5.

³⁰ A modo de ejemplo encontramos las Organizaciones Deportivas Profesionales, la Empresa de Ferrocarriles del Estado y Televisión Nacional de Chile, las Sociedades afectas al Impuesto específico a la actividad minera, las Concesionarias de canales de televisión, los Fondos Solidarios de Crédito Universitario y las empresas mineras obligadas a constituir garantía para cierre de faenas mineras. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (cit. n. 19), pp. 41-48.

³¹ Ley N° 21.000, de 2017. En el mismo sentido la CMF ha señalado: “En consideración a que la información de estas entidades está bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en razón a distintas regulaciones que no tienen relación con el Mercado de Valores, dicha supervisión se centrará sólo en el control de envío oportuno del 100% de la información financiera

Esta forma de proceder es cuestionable porque puede generar en un juez la impresión de que un instrumento (la certificación de MPD, en este caso) tiene un grado de fiabilidad similar al de otro (la certificación de un balance), por el hecho de ser emitido por una misma entidad (una empresa de auditoría externa, por ejemplo), y sometido al mismo organismo supervisor. Lo que es una falacia peligrosa, puesto que en virtud de lo que se conoce como “deferencia con el regulador” los jueces suelen confiar en los pronunciamientos de este.³²

En conclusión, las escuetas competencias otorgadas a la CMF en la materia se traducen en una razón de orden regulatorio que debe ser considerada por los jueces al momento de evaluar el peso probatorio de una certificación de MPD. Idealmente, en aquellos casos en que se consulte al regulador si existe un certificado registrado, este debería hacer presente, lo expuesto en sus pronunciamientos.

(estados financieros de acuerdo a la periodicidad establecida en la normativa vigente y memoria anual)”. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, cit. (n. 19), p. 42.

³² “El nivel de especialización técnica afecta crucialmente el ámbito de la revisión y la extensión de la discrecionalidad administrativa o judicial. De acuerdo a lo señalado, la discreción se refiere normalmente a cuestiones de hecho, de derecho o de política. Debido a su carencia de conocimiento experto o su falta de experiencia en las materias a ser decididas, es esperable que un revisor generalista no examine todos los aspectos de la decisión previa, sino que su examen se circunscribirá a los aspectos procesales y a verificar que no existan vulneraciones flagrantes del derecho, lo que implica un control de los aspectos estrictamente reglados y de la suficiencia de la motivación para evitar la arbitrariedad. Por el contrario, las cuestiones de hecho y de política serán normalmente dejadas a la discrecionalidad del decisor previo. En lenguaje estadístico, el revisor se mantendrá en el ámbito de las opciones discretas, lo que tendrá como resultado esperado una mayor deferencia”. TAPIA, Javier; CORDERO, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, *Estudios Públicos*, 2015, N° 139, pp. 7-65. “(...) la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación resulta, muchas veces, mucho más sencilla que aquella orientada a la revisión de las acciones de las agencias administrativas (e.g., Superintendencias), que en nuestro país gozan de gran deferencia judicial. Ello en virtud del complejo entramado institucional garantista de las formas y el respeto a los derechos individuales, que ha dispuesto nuestra Carta Fundamental”. GARCÍA, José Francisco, “Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile”, *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2010, N° 21, pp. 255-315.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina y documentos citados

BEDECARRATZ, FRANCISCO, “La indeterminación del *criminal compliance* y el principio de legalidad”, *Política Criminal*, 2018, Vol.13, N° 25, pp. 208-232.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.393 de 2009*, BCN, 2009, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785/>

BOFILL, JORGE, “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”, en: WILENMANN, J. (Coord), *Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de la reforma a su regulación*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO, “Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile”, *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2010, N° 21.

HERNÁNDEZ, HÉCTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, 2010, Vol. 5, N°9.

MATUS, JEAN PIERRE, “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2017, N° 11.

NAVAS, IVÁN; JAAR, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Política Criminal*, 2018, Vol. 13, N° 26.

NEIRA, ANA MARÍA, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política criminal*, 2016, Vol. 11, N° 22.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *Política de Fiscalización*, 2015, documento disponible en: <http://www.cmfchile.cl/portal/prensa/604/w3-article-20751.html> Consultado el 14 de noviembre de 2019.

TAPIA, JAVIER; CORDERO, LUIS, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, *Estudios Públicos*, 2015, N° 139.

VAN WEEZEL, ALEX, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política criminal*, 2010, Vol. 5, N° 9, pp. 114-142.

b) Jurisprudencia citada

Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N° 7.156. 16 de marzo de 2012.

Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N° 19.089. 1 de septiembre de 2015.

Comisión para el Mercado Financiero, Dictamen N°13.088. 30 de abril de 2019.

c) Normativa citada

Código Penal.

Decreto Supremo N° 144, que promulga la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y sus protocolos suplementarios números 1 y 2 y el Acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre privilegios, inmunidades y facilidades otorgados a la organización. Diario Oficial, 26 de agosto de 2010.

Ley N° 18.045, 1981: Ley de Mercado de Valores, 1981.

Ley N° 19.911, 2003: crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Ley N° 20.393, 2009: establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica.

Ley N° 20.945, 2016: perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

Ley N° 21.000, 2017: crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Ley N° 21.121, 2018: modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

Ley N° 21.132, 2019: moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca.

Norma de Carácter General CMF, N° 275, 2010: establece normas de inscripción y funcionamiento del registro de empresas de auditoria externa. Comisión para el Mercado Financiero, 19 de enero de 2010.

Norma de Carácter General CMF N° 302, 2011: establece normas que deben cumplir las empresas de auditoria externa, sociedades clasificadoras de riesgos y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley N° 20.393. Comisión para el Mercado Financiero, 25 de enero de 2011.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 11.703, 2018.