

**INFORME EN DERECHO**

**Del principio de proporcionalidad en relación a multas  
impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros.**

**Me ha sido solicitado que, a través de un informe en Derecho emita opinión jurídica acerca de la posible vulneración al principio de proporcionalidad que se originaría si se aplicara como norma decisoria litis la disposición contenida en el inciso primero del artículo 29 del D.L. N°3.538, de 1980, ley orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, al resolver la gestión pendiente señalada en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por don Manuel Bulnes Muzard y don Felipe Errázuriz Amenazar, en actual tramitación ante el Excmo. Tribunal Constitucional, bajo el Rol N° 3014-2016.**

**Procedí a aceptar el cometido previo examen de los siguientes antecedentes: el texto del requerimiento, el escrito mediante el cual la requerida evacuó el traslado que le fue conferido en la fase de admisibilidad, la**

**resolución que lo declaró admisible, el escrito por el cual ésta última contesta el traslado sobre el fondo de la impugnación e insta por su rechazo y algunas piezas de la gestión pendiente mediante la cual se reclama de la legalidad de la sanción impuesta y su proporcionalidad.**

**El informe se desarrollará en base al siguiente esquema:**

- I. Prevenciones y metodología;**
- II. Control de constitucionalidad y no de mera legalidad;**
- III. Discrecionalidad administrativa no implica arbitrariedad;**
- IV. Deficiente regulación del ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros;**
- V. La potestad administrativa sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros;**
- VI. Acerca del principio de proporcionalidad; y**
- VII. Recopilación y Conclusiones.**

----- 0 -----

## **I.- PREVENCIÓNES Y METODOLOGÍA.**

**Acorde con nuestra convicción en cuanto a que los informes en Derecho no deben configurar una pieza de lucimiento académico sino que un aporte objetivo y directo que pueda servir de apoyo a la solución de entuertos jurídicos, prescindiremos, en lo posible, de citas farragosas y eruditas.**

**Hacemos presente además que para transcribir la doctrina de fallos del Tribunal Constitucional hemos utilizado como fuente la obra “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cuyos editores son el ex Ministro de esa Magistratura don Enrique Navarro Beltrán y el actual Magistrado don Carlos Carmona Santander, publicado por Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 15, año 2011.**

**Asimismo, dejamos constancia que como modestos seguidores de Louis Joseph Favoreu, pensamos que para dilucidar todo examen de carácter jurídico, éste debe iniciarse y terminar considerando la perspectiva constitucional; “la Constitución no es un derecho de preámbulo o un derecho político, sino un verdadero**

**derecho. La Constitución es el centro de gravedad del orden jurídico”.**

**Por último, hacemos presente que el tema sobre el cual se discurre en la precitada acción fue tratado incidentalmente en informes que evacuáramos anteriormente y que se encuentran agregados a los autos en el juicio sumario que constituye la gestión pendiente, referidos específicamente al reclamo interpuesto en contra de la resolución N° 223 de la Superintendencia de Valores y Seguros.**

----- 0 -----

## **II.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y NO DE MERA LEGALIDAD.**

**En primer lugar, considerando que el Consejo de Defensa del Estado (CDE) al contestar el traslado conferido argumenta que el requerimiento debe ser desestimado por cuanto plantea un tema de mera legalidad y no de naturaleza constitucional, parece**

**necesario decantar el ámbito de cada una de esas competencias.**

**Al efecto pasamos a resumir las características del control que establece el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental.**

**En la reciente Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional (Marzo 2016) se consigna que de las 186 causas ingresadas, 150 (80,14%) corresponden a inaplicabilidades.**

**Puntualiza el señor Presidente “que en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fueron analizadas importantes materias, abarcando el estudio de diversas ramas del Derecho Civil, Penal, Procesal, Administrativo, Minero, entre otras. Algunas de estas sentencias reflejan una doctrina ya asentada, mientras que otras constituyen el inicio de un nuevo criterio jurisprudencial.**

**Estimamos que en gran medida el antecedente estadístico mencionado tiene su origen en el fenómeno denominado “Constitucionalismo del Derecho”.**

**Como se reconoce en los círculos académicos, desde hace algunas décadas se ha desarrollado progresivamente en todos los países que respetan los principios del Estado de Derecho un fenómeno jurídico al que se califica como de la “constitucionalización del derecho”.**

**Louis Favoreu sintetiza este proceso de acuerdo al siguiente esquema: Bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el Siglo XIX, ese orden tuvo a la Ley como eje esencial. A partir de fines del Siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es más un derecho de preámbulo ni otro de política, sino que verdadero Derecho.**

**En nuestro país el fenómeno en referencia logra singular presencia con la creación del Recurso de Protección y se intensificará notablemente con la enmienda constitucional de 2005, que junto con modificar las atribuciones del Tribunal Constitucional**

**amplió la legitimidad activa para recurrir ante esa magistratura.**

**Efectivamente, la citada reforma para muchos autores incorporó a la Carta Fundamental un “nuevo” Tribunal Constitucional.**

**En concreto, no sólo modificó la integración y designación de sus miembros, sino que concentró el control preventivo y represivo en un solo órgano, al que a mayor abundamiento otorgó nuevas facultades.**

**Entre éstas últimas, para los efectos del presente informe, interesa destacar algunos aspectos de la denominada acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.**

**Como ha enfatizado la doctrina, lo que se impugna por esta vía es la aplicación de un precepto legal a unos hechos determinados y no necesariamente el precepto legal en sí, que, considerado objetivamente y en abstracto, podría conformarse perfectamente a la Constitución.**

**Acerca de la naturaleza, presupuestos y finalidades de la acción de inaplicabilidad, existe una rica literatura**

**especializada, pero para los efectos del presente informe privilegiamos lo que la propia Magistratura ha sentenciado sobre el particular:**

**“En sede de una acción de inaplicabilidad el Tribunal Constitucional efectúa un examen concreto del precepto legal invocado en una gestión pendiente para determinar si su aplicación en ella produce resultados contrarios a la Carta Fundamental”. (STC 479, c. 3). (En el mismo sentido, STC 552, c. 7.).**

**“No es el ajuste o contradicción entre dos normas de diverso rango, cotejadas en abstracto, sino el análisis y decisión de los efectos que, en un caso específico, produce la aplicación del precepto legal lo que debe examinar la Magistratura Constitucional. Así, una disposición legal puede conformarse al orden normativo superior y, no obstante ello, en su aplicación producir efectos contrarios a la misma”. (STC 1514, c. 8).**

**“Es por lo anterior que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate adquieren hoy una trascendencia mayor de las que tenían cuando estaba en manos de la Corte Suprema la**



**declaración de inaplicabilidad, pues al Tribunal se lo convoca ahora para que aprecie los efectos, de conformidad o contrariedad con la Constitución, que resulten al aplicarse aquéllos en una determinada gestión judicial". (STC 707, cc. 7 y 8). (1)**

**"El Tribunal Constitucional carece de competencia y jurisdicción para resolver cuestiones de mera legalidad las que deben ser resueltas por los jueces del fondo". (STC 1182, cc. 4 a 6). (2)**

**Es por ello que no puede determinar el sentido legal con que ha de aplicarse el precepto impugnado en la gestión pendiente, pero el juez constitucional sí debe interpretar la ley ordinaria -en su correcto sentido- para determinar si ella, de aplicarse por el juez del fondo, produce efectos contrarios a la Constitución.**

**Esta última precisión cobra singular importancia al momento en que la Magistratura Constitucional se**

<sup>1)</sup> En el mismo sentido STC 588, c. 11; STC 808, c. 6; STC 608, c. 11; STC 811, cc. 3 y 4; STC 1361, c. 12; STC 616, c. 47 a 50; STC 946, c. 5; STC 1295, cc. 15 y 21; STC 473, c. 9; STC 558, cc. 5 a 8.

<sup>2)</sup> En el mismo sentido STC 1193, 1201; STC 1307, c. 9; STC 796, c. 27; STC 1034, c. 15; STC 976, c. 16; STC 1295, c. 33; STC 1281, c. 4; STC 1390, cc. 15 y 18; STC 1413, c. 4, STC 1432, c. 11, STC 1454, cc. 4 y 5; STC 1390, cc. 15 y 18; STC 1260, c. 24.

**avoque a la resolución de la impugnación que motiva el presente informe.**

**En efecto, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad ejercida respecto de un precepto legal previamente declarado inaplicable, donde ninguna interpretación del mismo permite su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental, la inaplicabilidad parte del supuesto que la disposición objetada puede ser constitucional en abstracto o en algún sentido en que ella sea aplicada, por lo que el Tribunal solo podría declararla inaplicable en los casos que sus efectos concretos se opongan a ella.**

**Establecido entonces que la declaración de inaplicabilidad no significa que siempre la norma impugnada sea per se inconstitucional sino únicamente para el caso concreto y en función de las características que este propone, resulta imprescindible ponderar la realidad fáctica en que se ha aplicado la preceptiva legal tachada en sede de inaplicabilidad.**

**La gestión pendiente pone de relieve que la autoridad administrativa impuso a dos personas**

**naturales, dependientes de una corredora de bolsa, millonarias multas por haber supuestamente intervenido en operaciones en el marco del denominado caso "Cascadas". Se trata de dos ejecutivos de una entidad que intermedia valores, asalariados, que en su representación cumplen órdenes irrevocables de ésta y que no se ha acreditado hubieren reportado beneficio patrimonial con las transacciones en las que se les adjudica participación. Al contrario, se ha probado que las operaciones censuradas son habituales en el mercado de valores.**

**De otra parte, el examen de la resolución sancionatoria –en lo que al presente informe interesa- no consigna el parámetro en base al cual la administración determina el quantum de la multa que impone y solo hace referencia al precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita que, como se explicitará contiene un rango de discrecionalidad que deviene en arbitraria al facultar a la autoridad administrativa a transitar hasta un máximo del 30% del monto de la operación irregular, -que no se cuantifica en relación a los requirentes y menos se alude**

**a su condición de reincidentes o beneficiarios directos del hecho infraccional por el cual se los castiga.**

**Tal es, en breve síntesis, la realidad fáctica en que se sitúan los actores y en base a las cuales debe efectuarse el examen a que se llama a la Magistratura Constitucional al momento de ponderar si el precepto legal tachado produce o no efectos contrarios a la Constitución en la gestión pendiente, concretamente en punto a determinar si la multa impuesta a los requirentes deviene en confiscatoria -en relación a su patrimonio- y resulta lesiva del principio de la proporcionalidad de la pena o sanción.**

----- 0 -----

### **III.- DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA NO IMPLICA ARBITRARIEDAD.**

**El presente apartado se justifica por la presencia que tiene el tema en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y por su proyección para el**

**estudio de los artículos 27, 28 y 29 del DL N°3.538, de 1980.**

**En general la actividad Administrativa es reglada, es decir, la conducta que deben desarrollar los funcionarios está determinada de antemano por el legislador. Sin embargo, en ciertos casos ello no es posible por la complejidad de situaciones que se presentan en la práctica y que el legislador no puede prever. En esta contingencia debe dar un margen de libertad al administrador. Este margen de libertad se conoce con el nombre de discrecionalidad, poder discrecional.**

**En otros términos, hay poder discrecional siempre que una autoridad pueda actuar con cierta libertad dentro de su cometido, pero respetado siempre el ámbito normativo de la misma.**

**“Hay poder discrecional –enseña Laubadére- cuando en presencia de determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene libertad de decidirse y de tomar tal o cual medida. En otros términos, cuando el derecho no le ha impuesto por anticipado un comportamiento a seguir.**

**“El órgano puede decidir según su leal saber y entender si debe o no actuar y, en su caso, que medidas adoptará. En este aspecto la discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la Administración”.**

**(<sup>3</sup>)**

**Puntualiza la doctrina que, en todos los casos la Administración debe actuar conforme a un debido proceso de racionalidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando las medidas causantes de su decisión. Por ello es impropio e ilegítimo, en su caso, que la Administración invoque o alegue en sus decisiones principios superiores de utilidad pública, utilidad general, bienestar general, interés público u otros de esa índole, sin la comprobación de su veracidad.**

**Efectivamente, la existencia de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa se encuentra ligada por lo justo, pero no por lo útil, ni mucho menos por lo arbitrario.**

---

<sup>3</sup>) Dromí, José, “Instituciones del Derecho Administrativo”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, 2da. Edición, pág. 467.

**En tal sentido, se ha precisado que “el reconocer la existencia de un poder administrativo no significa que se pueda actuar arbitrariamente. Discrecionalidad y arbitrariedad no son conceptos sinónimos. La administración actuando discrecionalmente no está autorizada para actuar caprichosamente según su libre arbitrio, sino a apreciar libremente dentro de los límites preferentemente señalados la oportunidad o conveniencia de su acción. La administración, pues, está impedida de actuar arbitrariamente en la esfera de la libertad que la norma jurídica le ha dejado; sólo los elementos que la ley ha tenido en consideración para cada especie son los que deben influir en el ánimo del administrador. Por eso se ha dicho que el abuso de poder discrecional es jurídicamente equivalente al exceso de poder”. (4)**

**Desde un punto de vista técnico el reconocimiento de las facultades discrecionales pueden regularse en diversas formas: a) con formulas elásticas; b) con**

---

<sup>4)</sup> Prat, Julio, “El poder discrecional de la Administración”, en Anuario de Derecho Administrativo, Ed. Derecho Público, Universidad de Chile, 1978, pág.77.

**formulas no elásticas pero de amplio contenido dogmático; y c) con normas oscuras o insuficientes, como es el caso de la norma que se impugna en la gestión pendiente que motivo el presente informe.**

**En éste último grado la posibilidad de una conducta arbitraria se origina con mayor frecuencia.**

**Las nociones propedéuticas expuestas, nos parece, dejan clara la naturaleza jurídica de la facultad - discrecional- que el precepto tachado otorga a la autoridad administrativa; y es justamente la amplia libertad que dicha norma le concede la que habrá de ponderarse al momento de examinar si su aplicación - respecto de los actores de la gestión pendiente y en función de su concreta realidad- produce resultados contrarios a la Constitución en la gestión pendiente.**

----- 0 -----



#### **IV.- DEFICIENTE REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.**

En nuestro medio el tema de la potestad administrativa sancionadora ha originado profundas controversias doctrinarias, pero ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha venido a precisar los principales alcances del misma.

Efectuada esta salvedad, pasamos a puntualizar que en términos generales, y desde el punto de vista jurídico, la "sanción" representa una reacción frente a una conducta ilícita. Por consiguiente, toda sanción supone la realización previa de una conducta contraria a Derecho.

La sanción administrativa constituye efectivamente una medida de carácter aflictivo que, prevista por el ordenamiento jurídico, se impone por el ente administrativo competente ante la comisión de una infracción de ese género.

**La Constitución de 1980 no ha legitimado en forma expresa la potestad represiva de la Administración, pero tampoco parece haberla prohibido.**

**En la doctrina se ha sostenido que la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración.**

**Pero en la actualidad, se vincula tan estrechamente la potestad administrativa sancionadora con el Derecho Penal, que ella deviene en una rama del derecho punitivo: Derecho Administrativo Penal.**

**Para sostener esta tesis se argumenta que las dos disciplinas son manifestaciones de un único "ius puniendi" estatal, y por ello, al administrativo sancionador le son aplicables los principios que informan al Código punitivo.**

**Es preciso señalar que el Tribunal Constitucional participa abiertamente de esta doctrina: "que atendida la circunstancia de que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, es que debe aplicarse con matices,**

**similar estatuto, como lo ha señalado esta Magistratura entre otros, en los Roles N°s 244 y 479. (Considerando 6°, Rol N° 1.518-09).**

**En efecto, las sentencias de la Magistratura Constitucional no han desconocido la potestad administradora sancionadora en sí misma, pero al mismo tiempo y de manera uniforme, han decantado los límites de su ejercicio.**

**En tal sentido, no son infrecuentes las declaraciones de inconstitucionalidad motivadas por vulneración a los principios formativos del debido proceso u otras disposiciones de la Carta Fundamental.**

**Esta tendencia jurisprudencial cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina nacional, en cuanto “a que en los procedimientos administrativos, cualquiera que sean, es enteramente aplicable el artículo 19 N° 3 de la Constitución y que las decisiones que emitan los órganos de la administración deben basarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiéndole al legislador**

**contemplar los elementos que lo hagan racional y justo”.**

**(<sup>5</sup>)**

**Desde esta perspectiva pareciera que el principal problema que presenta en la actualidad el tema que nos ocupa no reside tanto en su legitimidad sino que en la forma como ella se ejerce por parte de la Administración.**

**Como ha escrito el tratadista español Alejandro Nieto, refiriéndose a la misma problemática que se origina en su país: “No se trata ya de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales”. (<sup>6</sup>)**

**Lamentablemente, en nuestro país el catálogo de sanciones, por lo general no va acompañado de parámetros claros y suficientemente reglados que**

---

<sup>5</sup>) Pedro Aguerrea Mella, “Límites Procesales a las potestades sancionadoras de la Administración” en Conferencias Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005, pág. 96.

<sup>6</sup>) Cristian Román, “Derecho Administrativo Sancionatorio”, en volumen “Derecho Administrativo, 20 Años de Cátedra”, Ed. Jurídica, 2008, pág. 120.

**permitan con certeza determinar la sanción que corresponde al eventual infractor.**

**Tal precariedad “permite que la Administración, en no pocos casos, pueda elegir discrecionalmente cuál es la sanción que va aplicar para el caso de infracción administrativa”.**

**“El problema se plantea cuando la Administración en uso de sus potestades discrecional de elegir la sanción aplicable, impone una que aparezca como excesiva o desproporcionada o, en general, arbitraria, no existiendo herramientas claras para atacar esa decisión ya que el órgano administrativo ha actuado dentro del margen de libertad que la propia ley le ha otorgado y, en consecuencia, no se podría atacar esa decisión como ilegal, lo que genera la insuficiencia del clásico y tradicional control de legalidad del acto administrativo discrecional, abusivo o arbitrario”. (7)**

---

**7) Fabián, Huelo Artigas, “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración”, en volumen “ Sanciones Administrativas”, Ed. Thomson Reuters, Stgo.2014, pág.185.**

**Ante la contingencia anotada los afectados por una sanción que estiman injusta, por tratarse de un problema constitucional y no simplemente de interpretación legal, no tienen otra alternativa jurídica que interponer un requerimiento de inaplicabilidad de conformidad a lo previsto en el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental.**

**Existe interesante jurisprudencia sobre el particular.**

**Por ejemplo: “Que esta magistratura ha sostenido en múltiples oportunidades, que el llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionatoria de la administración sí se les aplica el principio de legalidad (particularmente en la sentencia de 27 de Julio de 2006, Rol N° 480) Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del art. 63 constitucional, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijan las bases de los procedimientos que rigen actos de la administración pública. (STC, 8 de Agosto de 2006, Rol N° 479).**

**En fallo posterior la misma Magistratura ratifica esta doctrina: “Que este Tribunal ha establecido que, con los**

**matices que obedecen a las características propias del carácter administrativo sancionador, las garantías del debido proceso les son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que “no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta magistratura en diversos pronunciamientos”. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que “los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse por regla general, al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones de ius puniendi” (Consid. 20º, Rol N° 1.518-09).**

**Cabe puntualizar que el vocablo “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, en el sentido técnico- procesal, sino a cualquier “resolución”, de cualquier autoridad que le corresponda conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en relación a un asunto civil o criminal, es decir, que ejerza jurisdicción.**

**“A juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”. (Rol N° 46).**

**Como ya se ha mencionado, tanto la doctrina de los autores como la jurisprudencia judicial y el Tribunal Constitucional, están contestes en que los principios del debido proceso deben ser observados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.**

**Sobre el tema, con acierto, se ha hecho la siguiente precisión: “Dentro de esta perspectiva se debe reconocer la existencia de las sanciones administrativas, pero estableciendo los límites de su potestad, como lo destaca un grupo de sentencias que han girado alrededor de los derechos y garantías de índole procesal que reconoce el artículo 19 N° 3 de la Constitución, objetando proyectos de ley que otorgaban determinadas atribuciones sancionadoras a órganos administrativos,**



**en razón de violentarse el derecho a la defensa jurídica o el derecho al debido proceso". (8)**

**La inquietud de la doctrina, de la jurisprudencia judicial y en particular la del Tribunal Constitucional, en relación a los vacíos que presenta la normativa que regula el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ha originado algunos efectos positivos.**

**Efectivamente, ante sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad pronunciadas por la Magistratura Constitucional, en relación con proyectos de ley que no consideraban normas para regular el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, el Ejecutivo se vio compelido a su vez, en presentar al Legislativo un proyecto de ley que "Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios". (9)**

**El Mensaje en referencia, puntualiza en uno de sus párrafos: "El Gobierno considera que esta es una oportunidad para establecer una regulación de dicho**

---

<sup>8)</sup> Pedro Aguerrea Mella, "Límites procesales a las potestades sancionadoras" en Conferencia Academia de Derecho Universidad Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2005, pág. 76.

<sup>9)</sup> Mensaje N° 541, 350, 25-3-04. Las leyes cuyos preceptos fueron declarados inconstitucionales son: modificaciones a la N° 19.884 y la que regulaba la Unidad de Análisis Financiero.

**procedimiento no solo para esta ley (N°19.884), sino para toda la actuación de los órganos de la administración del Estado. Con ello se llena un gran vacío en nuestro ordenamiento”.**

**Entre los fallos más representativos de la Magistratura Constitucional sobre el punto en relación cabe señalar:**

**La precitada sentencia Rol N° 376, de 17 de Junio del año 2003, dictada en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de lo que sería la ley N° 19.884, objetó la falta de un procedimiento administrativo sancionador para las sanciones que por las infracciones respectivas, pudiera aplicar el Servicio Electoral. Lo mismo reiteró en la sentencia Rol N° 389, de 28 de octubre también del año 2003, respecto del proyecto de ley que regulaba la unidad de Análisis Financiero”.**

**Expresamente, en el primero de estos fallos, sostuvo que el artículo 19 N° 3 de la Constitución “consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el**

**legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos”.**

**Es más, el Tribunal agregó que en este caso, “el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentran comprendidos en las situaciones que de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancias que pugnan con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos”.**  
**(Considerando 35, Rol N° 3763-03).**

**Por su parte, en el fallo sobre la ley que creaba la Unidad de Análisis Financiero, sostuvo que del análisis de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que no se contempla en ellas procedimiento alguno que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que el artículo 8° establece (Considerando 33). Resulta evidente, por lo tanto, agregó el Tribunal, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, determinan la imposición de una sanción. Más aún, concluyó, ello puede traer como consecuencia el lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del**

**artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos. (Considerando 34, Rol N°384).**

**Como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, el Ejecutivo y la doctrina, el procedimiento descrito en la precitada Ley N°19.880 no se aviene en absoluto con la naturaleza de la potestad sancionadora.**

**En tal sentido se ha escrito: “Frente a la precariedad de las disposiciones procedimentales especiales y a la ausencia de las mismas, nos preguntábamos acerca de la efectividad de la ley de bases de los procedimientos administrativos, concluyendo que ella, lejos de resolver el asunto, contiene una serie de disposiciones inadecuadas o que su aplicación lisa y llanamente se hace imposible sin infringir los derechos de los interesados y/o destinatarios de un procedimiento sancionador”. (10)**

**En esta contingencia, el Tribunal Constitucional, ha extremado sus esfuerzos por suplir la indigencia legislativa, dejando constancia en la motivación de sus**

---

<sup>10)</sup> José Luis Lara Arroyo, “Supletoriedad de la Ley N°19.880. ¿Es efectiva su aplicación?, en Conferencia Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, Stgo.2003, p.61.

**fallos, sobre la necesidad de garantizar la racionalidad y justo proceso en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Por ejemplo: “Que, de lo relacionado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplicarán, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la Ley en el ejercicio de los atributos fundamentales.**

**Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la**

**potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es , tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido". (Rol N° 437, de 21 abril 2005, Considerando 17° ).**

**Resumiendo la posición de la Magistratura Constitucional en lo referente a la presencia de los principios del debido proceso en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, puede puntualizarse:**

**I.- Que no obstante la reticencia que un sector de la doctrina nacional tiene respecto de la constitucionalidad de la potestad administrativa sancionadora, ella se encuentra reconocida por la jurisprudencia, en particular por la del Tribunal Constitucional;**

**II.- Que lo anterior no obsta a que en forma unánime, se admita que el ejercicio de la precitada actividad potestativa carece de una indispensable regulación legal. La actual es inadecuada o inexistente;**

**III.- Que en esta contingencia, el Tribunal Constitucional en los casos que ha debido ejercer control preventivo o resolver requerimientos sobre la materia, ha sido extremadamente riguroso al exigir el respeto de los principios formativos del debido proceso.**

**Como luego veremos, en la actualidad se tramita un proyecto de ley que introduce importantes modificaciones a la potestad sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros.**

----- 0 -----

#### **V.- LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.**

**El DL N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en su Título III "Sanciones", contempla las disposiciones que configuran las facultades administrativas sancionadoras del órgano.**

**Sin perjuicio de los reparos de índole constitucional que se advierten en el procedimiento administrativo que allí se describe, abordaremos directamente la**



**normativa establecida para la aplicación de las sanciones que se prevén.**

**Los artículos pertinentes son los que se transcriben a pie de página. <sup>(11)</sup>**

---

<sup>11)</sup> **Artículo 27.- Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones.**

**1) Censura;**

**2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por sociedad equivalente a 15.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta tres veces el monto máximo antes expresado; y**

**3) Revocación de la autorización de existencia de la sociedad, cuando proceda.**

**El monto específico de la multa a que se refiere el número 2), se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses. Esta circunstancia no se tomará en consideración en aquellos casos en que la reiteración haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa básica.**

**Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a la sociedad, directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia.**

**Cuando se apliquen las sanciones de los números 1) y 2) de este artículo, la Superintendencia podrá poner en conocimiento de la junta de accionistas las infracciones, incumplimientos o actos en que hayan incurrido los directores, gerentes, inspectores de cuentas o liquidadores, a fin de que aquella pueda removerlos de sus cargos si lo estima conveniente, sin perjuicio de ejercer las acciones judiciales que crea pertinentes. La convocatoria a esta junta de accionistas deberá hacerla el directorio dentro del plazo que fije la Superintendencia, pudiendo ser citada por ella misma si lo estima necesario.**

**De la simple lectura de ellos se puede apreciar que mientras en la redacción de los artículos 27 y 28 la ley otorga a la Superintendencia facultades discrecionales**

---

**Artículo 28.- Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones.**

**1) Censura;**

**2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 15.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado; y**

**3) Tratándose de personas nombradas o autorizadas por la Superintendencia para ejercer determinadas funciones o actuaciones, ésta podrá aplicarles también las sanciones de:**

**a) Suspensión de su cargo hasta por un año, y**

**b) Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave.**

**El monto específico de la multa a que se refiere el número 2), se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses. Esta circunstancia no se tomará en consideración en aquellos casos en que la reiteración haya determinado por sí sola el aumento de la multa básica.**

**Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán ser aplicadas a la sociedad, empresa, entidad, personas jurídicas o naturales, administradores o representantes, según lo determine la Superintendencia.**

**Artículo 29.- No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular.**

**Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a doce meses.**

**que la doctrina califica de flexibles, en cuanto en su ejecución permite al ente administrativo graduar las sanciones considerando para ello determinados criterios que permiten dar fundamento razonable a la decisión, el contenido del precitado artículo 29, por el contrario, es de naturaleza totalmente diferente.**

**En efecto, la norma no fija parámetros para imponer la sanción. El déficit se manifiesta porque la conducta infractora se castiga sin referencia a parámetros objetivos y predeterminados, pues no distingue entre infracciones “gravísimas, graves y leves” lo que deja un amplio margen de resolución a la autoridad administrativa que con total discrecionalidad puede aplicar la sanción sin ajustarse a criterios mínimos que garanticen un castigo proporcional.**

**El justo equilibrio que debe existir entre la afectación o lesión del bien jurídico protegido y la sanción son parámetros que están ausentes en la norma, los cuales, en cualquier caso, han de ser conocidos previamente por el potencial infractor de la conducta**

**sancionada, en garantía de su previsibilidad y de la seguridad jurídica.**

**El grado de relevancia de la infracción y su vínculo con un castigo justo -sanción proporcionada a la infracción- son extremos propios de una regulación legal. Es una materia reservada a la ley determinar los criterios con sujeción a los cuales la autoridad administrativa aplicará la sanción dentro de los márgenes o grados que en ella se hubieren precisado.**

**En tal sentido dos reproches se enderezan en contra de la disposición legal cuestionada: 1) Esta no regula tales extremos, materia reservada al legislador, cuando debió hacerlo. No fija los parámetros objetivos que constitucionalmente son exigidos para que la autoridad administrativa aplique la sanción justa, tanto más si se le ha impuesto el máximo castigo, el más grave; y 2) Si se estimara que la ley sí gradúa -con criterio de proporcionalidad- la relación entre la infracción y la sanción, la que le fue impuesta aparece a su respecto desproporcionada, en relación a los hechos en que la**

**infracción se funda y a la presunta participación que en ella ha podido corresponderle al infractor.**

**La ausencia de reglas legales -de general aplicación y establecidas con la publicidad que caracteriza a la ley- son imprescindibles para garantizar la proporcionalidad que debe existir entre las faltas y las sanciones, pero la Administración la suple, al momento de sancionarla, llenando el vacío normativo en base a parámetros desconocidos, a criterios internos extralegales.**

**La Magistratura Constitucional ha señalado que nuestra Constitución reconoce de modo explícito el valor de la seguridad jurídica y que su realización exige el cumplimiento estricto del principio de legalidad -presupuesto básico del Estado de Derecho-, pues tal es un medio para garantizar “una estabilidad o previsibilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho”. (STC, Rol N° 280, c. 12). (12)**

**La norma legal impugnada erosiona gravemente ese valor desde que no garantiza la necesaria previsión de la**

---

<sup>12)</sup> En el mismo sentido STC, Rol N° 472, cc. 18, 19 y 22; STC, Rol N° 1144, c. 53.

**sanción a aplicar. Se limita a señalar que la multa puede transitar hasta un 30% del monto de la operación irregular. ¿Cuál es la cuantía de ésta? ¿Cómo se determina? Nada de ello se precisa en la disposición legal impugnada.**

**El administrado queda entregado a que el monto de la multa sea determinado con ilimitada discrecionalidad por la autoridad que lo fiscaliza, sin sujeción a parámetros conocidos. El administrador que formula los cargos y resuelve lo hace con un margen de discrecionalidad que no se aviene -como se ha visto- con las exigencias constitucionales.**

**En síntesis, el artículo 29 en estudio configura la facultad discrecional que el Consejo de Defensa del Estado califica de “esfera de autonomía” y que la doctrina denomina “arbitrio administrativo”.**

**Se califica este fenómeno jurídico “como la libertad jurídica del órgano estatal; una actividad jurídica que no esta condicionada o, por lo menos lo está de modo distinto que las restantes actividades del órgano por el derecho objetivo, sino que depende, por lo tanto de la**

**decisión propia del órgano en cuestión. Arbitrio significa falta de vinculación jurídica mediante una voluntad extraña o, por lo que es lo mismo, capacidad jurídica de expresar la voluntad propia.”<sup>(13)</sup>**

**Naturalmente, una concepción de tal naturaleza no puede tener recepción en el ámbito de un Estado de Derecho.**

**Es más, resulta extraño que el Consejo de Defensa del Estado, en la contestación del traslado, argumente en forma vaga que el artículo 29 en referencia representa una complementación a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del mismo estatuto normativo, olvidando con ello el respeto al principio de tipicidad.**

**Al respecto, la Magistratura Constitucional ha sido categórica en resolver que, en aras de la protección de los derechos fundamentales la legislación debe detallar y precisar los criterios o parámetros conforme a los cuales ha de ejercerse la potestad sancionadora: cumpliendo con el principio de tipicidad, determinando con claridad**

---

<sup>13)</sup> Emilio Fernández Vasquez, “Diccionario de Derecho Público”, Ed. Astrea, B.Aires, 1981, pág. 52.

**las conductas sujetas a sanciones administrativas e imponiendo una sanción justa o proporcionada, no confiscatoria. (14)**

**La ley orgánica de la Superintendencia le confiere la prerrogativa para fiscalizar y sancionar conductas concretas del ámbito de su competencia, pero en ningún caso le otorga -o puede otorgarle constitucionalmente- facultades para crear tipos infraccionales en abstracto.**

**Es garantía del derecho Administrativo sancionador que las conductas sancionables deben estar claramente descritas en la ley, tanto más si del hecho atribuido puede derivarse además una responsabilidad penal.**

**Para que proceda entonces una sanción de carácter administrativo no sólo se precisa que exista una ley previa que la consulte, además es menester que en ella se contenga una descripción precisa de la conducta incriminada y de la pena que corresponde imponer.**

**Cabe puntualizar que los reproches de carácter constitucional que se formulan al precitado artículo 29**

---

<sup>14)</sup> Véase STC, Rol N° 799, cc. 9 y 10.



**del DL N° 3538, de 1980, no persigue a través del requerimiento una declaración en abstracto de su inconstitucionalidad, sino que su inaplicabilidad al resolver la gestión pendiente, por los efectos contrarios a la Carta Fundamental que ello originaría.**

----- 0 -----

#### **VI.- ACERCA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

**Considerando que el texto del requerimiento desarrolla con alto grado de información doctrinaria y jurisprudencial la problemática que presenta el principio de proporcionalidad en este apartado nos limitaremos a efectuar un acercamiento del tema al caso concreto en informe. (15)**

**Como se sabe, el principio de proporcionalidad nace vinculado especialmente al Derecho Penal: entre el**

---

<sup>15)</sup> **Por otra parte cabe tener presente que acerca del tema hemos emitido opinión jurídica acompañada a los autos de primera instancia.**

**ilícito y las penas debe existir necesariamente una suerte de equilibrio, de equivalencia.**

**En la actualidad el ámbito de su aplicación se ha extendido a todas las ramas del derecho y por lo mismo su concepto tiene un contenido omnicomprendivo.**

**Aun cuando la Carta Fundamental no reconoce expresamente este principio, su presencia se infiere del concepto de Estado de Derecho reconocido en los artículos 6° y 7° del Código Político.**

**En efecto, existe consenso que estamos ante un principio regulativo general, consustancial a la esencia del Estado de Derecho y aplicable por ello mismo a todo el orden jurídico. Su significado debe estar especialmente presente en todo tipo de intervención estatal en que exista un compromiso para los derechos del administrado.**

**Es más, cabe puntualizar que diversas disposiciones del ordenamiento constitucional: artículo 19 N° 2, 3, 7, letra g), 20 y 26 hacen reconocimiento directo o indirecto del principio.**

**Sin perjuicio de la aplicación generalizada del principio que nos ocupa, su presencia se advierte particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo.**

**La relevancia que ha adquirido el principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo representa un verdadero límite para el ejercicio de las facultades discrecionales que, como se sabe, configura una libertad más o menos limitada de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción y del contenido a dar a la acción misma.**

**“Desde la perspectiva del derecho administrativo, puede ser definido como un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaria y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil, para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de**

**alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derecho e intereses en juego. La exigencia de proporcionalidad se configura como un límite al ius puniendi, en relación con las penas con que se pueden amenazar y sancionar la realización de una conducta". (16)**

**Así, el principio de proporcionalidad alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear, lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por solo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la Administración debe servir.**

---

<sup>16)</sup> La síntesis transcrita corresponde al texto "Naturaleza Jurídica y Proporcional de las multas" de José Luis Lara Arroyo y Luis García-Huidobro Herrera, en volumen "Sanciones Administrativas", editorial Thomson Reuters, Stgo. 2014, pág. 346. De igual interés resulta el desarrollo que sobre el tema aparece en el Diccionario Constitucional Chileno de Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 33, de 2014.

**En coherencia con el texto constitucional los preceptos legales deben regular de la manera más acabada posible los parámetros y límites del accionar represivo de la Administración. Ello, tanto en lo que se refiere a la tipificación de las eventuales faltas, como en lo concerniente a la debida proporcionalidad que debe observar la sanción respecto de la conducta infractora y, en relación a esto último, prever además las circunstancias que agraven o atenúen la responsabilidad.**

**No apreciamos que el precepto legal impugnado cumpla con tales exigencias, pues en su texto no se fijan criterios objetivos, predeterminados y ciertos para evaluar la gravedad de las infracciones, ni reglas justas de proporcionalidad que sirvan de pauta a la Administración para la aplicación de sanciones.**

**Por el contrario, los antecedentes que propone el caso concreto y que fluyen de la gestión pendiente dan cuenta de que la autoridad administrativa que ejerció la potestad sancionadora ha llenado ese déficit recurriendo a reglas unilateralmente generadas por ella.**

**El reproche de constitucionalidad de la norma legal en examen se funda entonces en que la misma no establece una gradualidad para castigar las infracciones en función de su gravedad, como sí lo hace, por ejemplo, la actual legislación que le entrega la facultad para sancionar a la Superintendencia del Medio Ambiente en base una calificación previa -singularmente precisa- de la lesividad de las faltas, distinguiendo entre las que se estiman gravísimas, graves y leves. Criterio, por lo demás, seguido por la legislación de data más reciente y que está ausente en la contenida en el decreto-ley que contiene la ley orgánica de la SVS, orden normativo pre-constitucional.**

**El cuestionamiento en sede de la Magistratura Constitucional se encamina a denunciar el quebranto por la norma tachada del principio de proporcionalidad de la pena o sanción cuya aplicación en la causa en trámite produce en ella efectos contrarios a la Carta Fundamental.**

**Si la norma en cuestión hubiere fijado una escala proporcionada para castigar las infracciones o**

**determinado como se puede agravar o atenuar la responsabilidad, el conflicto así promovido sería de mera legalidad y propio de la competencia específica del juez de la instancia, quien estaría llamado a determinar si en base a esos parámetros la sanción se ajustó a ellos, pero no ocurre así con el reproche que se endereza en contra del precepto legal impugnado que por las consideraciones expuestas viola el principio de la proporcionalidad de la sanción.**

**Así lo ha entendido la Magistratura Constitucional, justamente cuando se la convocó para pronunciarse sobre una sanción de inhabilidad para el ejercicio de una actividad económica que se aplica sólo a las infracciones más graves, al resolver que ella se ajusta al principio de proporcionalidad. En su fallo el Tribunal precisó que en la norma en examen “sólo las infracciones más graves acarrearán la exclusión y, de éstas, sólo algunas conllevan además la inhabilidad para realizar en el futuro la misma actividad. Puede decirse que ha sido el legislador quien ha ponderado razonablemente, usando de sus facultades soberanas, la**

**proporcionalidad entre la infracción y la sanción respectiva". (STC 1413, c. 35).**

**Aún más, agrava el reproche de constitucionalidad el hecho de que la misma autoridad que ejerce la potestad sancionadora es la que gradúa unilateralmente, con discrecionalidad que deviene en arbitraria, el monto de la multa que finalmente impone, con afectación de garantías mínimas del debido proceso, como lo reconocen implícitamente los órganos colegisladores en el proyecto de ley en trámite legislativo que crea la Comisión de Mercado Financiero que radica en éste órgano colegiado la potestad sancionadora y en los Superintendentes de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras la sustanciación de los procedimientos encaminados a investigar y, eventualmente, formular cargos por infracciones a las leyes que fiscalizan.**

**En efecto, de aprobarse el referido cuerpo legal la ley orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros será modificada, justamente para separar la función investigativa de eventuales infracciones del ejercicio de**



**la potestad sancionadora que quedará asignada a un órgano colegiado y para exigir, además, que cualquiera sea la sanción que en definitiva se imponga, la misma se decrete por medio de una “resolución fundada”.**

**Tales resguardos, naturalmente, representarán un evidente progreso para las garantías del administrado, tanto más si se considera que desaparece del ordenamiento jurídico la inédita disposición en nuestro país que permite a la autoridad “elegir” a su arbitrio el monto de la multa que sanciona una eventual infracción.**

**No obstante ello, el precepto seguirá adoleciendo de un grave déficit de constitucionalidad en aquella parte en que faculta a la referida Comisión de Mercado Financiero para aplicar una multa de “hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular”, salvo que, como es muy probable ocurra, los órganos colegisladores reparen que debe ser la misma disposición legal la que establezca -para limitar tan amplio margen de discrecionalidad- los parámetros objetivos que la precitada Comisión tendrá que ponderar al momento de graduar la cuantía de la multa a aplicar.**

**Lo propio cabe observar sobre la indeterminación de lo que para tales fines se ha de entender por “operación irregular”, punto respecto del cual también se espera una imprescindible aclaración del legislador.**

**El examen de la iniciativa legal en trámite pone de relieve la precariedad de la regulación actual, levisa de derechos constitucionales que no eran suficientemente valorados cuando ella se dictó.**

----- 0 -----

## **VII.- RECOPIACIÓN Y CONCLUSIONES.**

**Al iniciar el presente informe precisamos que para dar una respuesta fundada al cometido solicitado considerábamos que era necesario abordar previamente algunos temas vinculados al principio de proporcionalidad.**

**En ese orden de ideas destacamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que en la práctica se advierte un difuso límite entre la**

**discrecionalidad y la arbitrariedad, lo que naturalmente afecta la seguridad jurídica de los administrados.**

**Seguidamente, quedó igualmente respaldado por la doctrina e incluso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la reiterada crítica a la normativa que regula el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.**

**En tal sentido el análisis de las disposiciones contenidas en el DL N° 3.538, de 1980, constituyen un expresivo ejemplo de esta falencia.**

**De haber existido un control preventivo del artículo 29 del precitado decreto ley, sin duda no habría aprobado el test de constitucionalidad.**

**Finalmente, los alcances al principio de proporcionalidad desarrollados en el apartado precedente, por razones obvias estarán presentes en las conclusiones que siguen, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones, omitimos su referencia.**

**El requerimiento materia de este informe sostiene que la aplicación de la disposición contenida en el artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980, produciría efectos**

**contrarios a la Constitución si se aplica al resolver la gestión pendiente que sirve de base a la acción.**

**En efecto, se argumenta que el monto de la multa que se impone a don Manuel Bulnes Muzard (200.000 unidades de fomento) y a don Felipe Errazuriz Amenábar (100.000 unidades de fomento) son manifiestamente desproporcionadas e injustas y, por lo mismo, afectan gravemente su derecho de propiedad.**

**Ahora bien, la autoridad administrativa para fijar el monto de las sanciones hizo uso de la facultad que le confiere expresamente el inciso primero del artículo 29 del DL N°3.538 tantas veces mencionado.**

**Efectivamente, la citada disposición dice: “No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la superintendencia, a su elección, podrá fijar un monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular”.**

**En el apartado V de este informe analizamos con profundidad el contenido de dicho precepto dejando de manifiesto su impertinencia para el orden jurídico del**

**Estado de Derecho que por naturaleza se caracteriza por resguardar la seguridad jurídica de las personas.**

**Se trata de un disposición vigente y que como lo mencionáramos en el apartado respectivo se conoce doctrinariamente como “arbitrio administrativo” y que otorga a los juzgadores para aplicar libremente a los delitos o infracciones las penas que estimen procedentes con arreglo a su personal criterio. (Definiciones de com.Alegsa-23-2-2015. Otra definición en Apartado V de este informe).**

**Se distingue entre un arbitrio absoluto y relativo. En el primero el sentenciador es soberano para imponer la sanción que estime conveniente según su apreciación. En el segundo caso se concede al juzgador un margen de movimiento para que dentro de los límites más o menos amplios señalados por el legislador module la pena según la estimación que su criterio le dicte.**

**De acuerdo a esta clasificación la disposición que nos ocupa podría considerarse como un arbitrio relativo en cuanto fija un tope máximo y en el inciso final hace una mención al factor reiteración.**

**Insistimos que una disposición que castiga al infractor sin referencia a parámetros objetivos y predeterminados; que no distingue entre faltas gravísimas, graves y leves resulta marginal al ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho y que solo puede explicarse -más no justificarse- por tratarse de un precepto de la época pre-constitucional que está pronto a modificarse por el proyecto de ley antes citado que cumple tercer trámite en el Congreso Nacional.**

**Con todo, se trata de un precepto vigente y por la vía del requerimiento que no persigue la declaración de inconstitucionalidad sino que su inaplicabilidad se procura que restablecer para los administrador requirente la plena vigencia del orden jurídico que debe prevalecer en un Estado de Derecho.**

**Por consiguiente, desde un punto de vista meramente formalista se puede argumentar que el ente administrativo obró en apariencia legalmente, pero ello no obsta a la conclusión de que asilándose en la aplicación de un precepto legal la administración haya incurrido en arbitrariedad con su determinación**

**produciendo manifiestos resultados contrarios a la Constitución respecto de los requirentes.**

**La administración siempre estará impedida de actuar arbitrariamente en la esfera de la libertad jurídica que se le ha dejado. Discrecionalidad, que como se ha señalado -cualquiera sea el grado otorgado- nunca puede ser sinónimo de arbitrariedad.**

**Consecuencialmente, un actuar formalmente legal puede ser arbitrario cuando el proceder al que habilita la norma legal, en su concreta aplicación, carece de fundamento, se aparta de su fin, excede los márgenes de razonabilidad.**

**Ahora bien, como la acción de inaplicabilidad tiene precisamente por finalidad examinar cuándo la aplicación de un precepto legal en referencia a un caso concreto origina efectos contrarios a la Constitución, corresponde analizar sí en la situación que plantea el requerimiento en informe se produce una consecuencia que merezca reproche constitucional.**

**Considerando que el presente informe se encuentra circunscrito al efecto vinculado al principio de**

**proporcionalidad, omitimos referencia a otros valores eventualmente involucrados al caso -tipicidad, caducidad, debido proceso, por ejemplo.**

**En este orden de ideas, debemos puntualizar que tanto la jurisprudencia constitucional, judicial y la doctrina coinciden en que aun en los casos en que la normativa deja la graduación de la pena al arbitrio de la autoridad administrativa, siempre perdura la necesidad de que todo castigo sea adecuado y racional. No se puede aceptar que en un acto, en apariencia legal, se imponga una sanción injusta por su envergadura.**

**En obra de reciente aparición, un joven administrativista discurre con acierto: “Cabe ser enfático que la doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial es pacífica en entender que ante todo evento la sanción administrativa debe ser `proporcional, es decir, que la sanción administrativa debe ser adecuada y razonable, a la infracción administrativa cometida, la gravedad de ésta y a las circunstancias que ha considerado la**



**autoridad administrativa para decretarla, de lo contrario es arbitraria e irrazonable". (17)**

**La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido muy explícita sobre el punto: "la relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar tanto al derecho constitucional de igualdad ante la ley (art.19 N°2), cuanto garantía de la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (art.19 N°3). (Roles N°s 1518, 1564 y 2022).**

**Para procurar determinar con equidad las sanciones y penas, las legislaciones consultan diversos criterios. La Magistratura Constitucional ha señalado las siguientes pautas: "En general estos dicen relación con el grado de participación en el ilícito, el daño producido, su reparación, ganancia, reincidencia, capacidad económica del infractor, entre otros que operan como**

---

<sup>17)</sup> Cristóbal Osorio Vargas, "Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador", Editorial La Ley, Santiago, 2016, pág. 453.

**límites a imponer la sanción en el caso particular". (Rol N°2264).**

**En el caso que nos ocupa la disposición invocada para sancionar a los señores Bulnes y Errázuriz, como ya se ha reiterado, no consulta criterio alguno para fijar el monto de la sanción y tampoco la autoridad se preocupó de señalarlos en su resolución sancionatoria.**

**En esta contingencia podemos, en forma objetiva, descartar los principales factores que pudieran justificar o explicar la envergadura del castigo impuesto a los supuestos infractores.**

**Partiendo con la eventual reiteración, única agravante contemplada en el inciso final del artículo 29, debe descartarse, no por lo que argumentan los afectados y su defensa, sino porque la propia Superintendencia de Valores y Seguros en su Resolución N° 238, de fecha 23 de septiembre de 2014, al resolver el primer otrosí de la presentación de reconsideración de la Resolución N° 223 del mismo organismo lo explicitó.**

**Seguidamente, en lo que atañe a reparación y ganancia, nuevamente es el órgano fiscalizador, el que nuevamente se anticipa a la voz de la defensa.**

**Efectivamente, el gráfico incorporado en la página 25 del requerimiento de los señores Bulnes y Errazuriz, al margen de sus remuneraciones como empleados de la corredora Larrain Vial, demuestra que no obtuvieron ganancia alguna por su participación en las operaciones que menciona la Resolución N° 223 de Superintendencia.**

**Finalmente, en lo que se refiere a la capacidad económica de los supuestos infractores, cabe señalar que los requirentes han presentado, en forma espontánea en la gestión pendiente, antecedentes concretos que demuestran sus ingresos, tales como comprobantes de pagos de sueldos de los últimos años y declaración de renta, que demuestran la imposibilidad real en que se encuentran de enfrentar el pago de la multa que le viene impuesta, aun si considera el nivel de remuneraciones que perciben en mérito de su trayectoria y calificación profesional. En suma, se trata de personas naturales que claramente no están en condiciones de**

**absorber una sanción pecuniaria que en moneda nacional representa \$ 5.300.000.000 (cinco mil trescientos millones) para el Sr. Manuel Bulnes, y \$ 2.600.000.000 (dos mil seiscientos millones) para el Sr. Felipe Errázuriz, tanto más si a su respecto no se ha acreditado que se beneficiaran patrimonialmente con las operaciones que la corredora de bolsa -para la cual prestan servicios- realizó.**

**No exagera el requerimiento cuando califica la sanción como una verdadera confiscación de bienes, desde que en razón de la multa han visto comprometido todo su patrimonio presente y futuro.**

**Por todo lo anteriormente expuesto, estimamos que la acción de inaplicabilidad consultada presenta sólida base jurídica al sostener que la aplicación del inciso primero del artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980, al resolver la gestión pendiente origina efectos contrarios a la Constitución, fundamentalmente al principio de proporcionalidad y, con ello, a la garantía del derecho de propiedad, a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y al debido**

**proceso, junto a la supra garantía del numeral 26 del artículo 19 constitucional.**

**Sólo cabe recordar que los principios jurídicos son desde el punto de vista axiológico la categoría suprema de normas y su directa relación con la justicia les permite actuar en los casos concretos desplazando a cualquier otro componente del sistema.**

**Es cuanto puedo informar acerca del cometido solicitado.**



**MARIO VERDUGO MARINKOVIC**  
**Profesor de Derecho Constitucional**

**Santiago, 2016.-**