



Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Con fecha 30 de octubre de 2015, el abogado Gabriel Zaliasnik, en representación de Roberto Guzmán Lyon, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del Decreto Ley (DL) N° 3538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, alegando que su aplicación vulnera las garantías contenidas en el artículo 19, numerales 2° y 3°, de la Constitución, en cuanto a la legalidad y proporcionalidad de las sanciones.

Precepto legal cuya aplicación se impugna.

El precepto cuestionado dispone:

"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".

Gestión invocada.

El requerimiento incide en la reclamación de multa deducida por el actor ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, caratulada "Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros", Rol C-21.305-2014, en contra de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros de 550 mil unidades de fomento, por contravención de los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, por su presunta participación en un supuesto "esquema" de inversión y financiamiento, materializado mediante un conjunto de transacciones bursátiles que la





Superintendencia de Valores y Seguros calificó como ilícitas, fundando las multas cursadas en el precepto impugnado.

Para alcanzar el *quantum* sancionatorio de 550 mil unidades de fomento, que excede en un 733% la multa máxima aplicable a la pluralidad de actos ilícitos dispuesta en el artículo 28 del Decreto Ley N° 3538, de 75.000 unidades de fomento, la Superintendencia, de forma inmotivada y arbitraria, según el requirente, aplicó, el artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de lo cual se habría enterado en el curso de la gestión judicial que invoca, en el marco de una absolución de posiciones.

Conflicto de constitucionalidad.

La aplicación de la preceptiva impugnada vulneraría la Carta Fundamental, en la medida que no cumple con estándares de certeza, determinación ni especificidad, ya que en ella no se definen criterios, parámetros ni principio alguno que permitan establecer la aplicación de una sanción específica al caso concreto, con la consiguiente infracción a los principios de legalidad y de proporcionalidad sancionatorias, establecidos en la Carta Fundamental.

La aplicación de la preceptiva no permitiría determinar la cuantía específica de la sanción aplicable ni una base de cálculo cierta y verificable *ex ante*, que posibilite a los destinatarios de las reglas prever la multa esperable frente a los hechos sancionables, enfrentándose a una indeterminación sancionatoria.

La norma sanciona la denominada "operación irregular", con un 30% de su pretendido valor, mas no establece una fórmula ni un *quantum* ni una referencia para avaluar el monto de las operaciones, ni ningún parámetro que determine los casos en que debe aplicarse el máximo, medio o mínimo de la multa aplicable, ni menos criterios legales que permitan al órgano sancionador





determinar el monto de la sanción de forma previsible y calculable, entregando, en consecuencia, dicho proceso de concreción al mero arbitrio de la autoridad administrativa. Desde esa perspectiva, ya no sería la ley, como exige la Constitución, sino la Administración quien fija el monto de la sanción aplicable. Así, la determinación del valor del acto de mercado que se sanciona, en tanto elemento de la esencia para precisar la sanción, queda entregada unilateralmente al ente sancionador, sin que el legislador cumpla con establecer en la ley un criterio objetivo para contar con base de cálculo real y cierta, en tanto estándar de valuación de las operaciones para efectos del límite superior del monto de la multa, quedando su fijación entregada a un ente administrativo, ya que basta que la Superintendencia avalúe una operación en un valor alto para subir la cuantía de las multas.



El concepto de "operación irregular" por el cual se le sanciona no se encontraría definido en la norma, por lo que es indeterminado e ininteligible; tampoco se señala si ella considera un negocio como un todo o como un conjunto de operaciones, lo cual es concluyente en la procedencia y el *quantum* de la sanción.

Expone que el artículo 54 del Decreto Ley N° 3538 dispone que las operaciones se podrán considerar en conjunto o individualmente, lo que confirmaría que la norma impugnada se refiere a actos individuales y no a conjuntos de actos, sin que quede claro por qué para estos últimos la multa no tiene una base de cálculo cierta.

Alega que el beneficio atribuido y el perjuicio imputado a las operaciones cuestionadas solamente derivan de la posterior transacción de venta y de la diferencia de valor, todo lo cual carece de correlato en la ley y demostraría la inconstitucionalidad alegada.



Se afectaría así el **principio de legalidad** de las sanciones del inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al cual se refiere en detalle aludiendo a su recepción en la jurisprudencia de este Tribunal.

De tal forma, el legislador no habría cumplido el imperativo constitucional de establecer con precisión, certeza y claridad las sanciones en la ley.

Señala que en el caso concreto se afecta, además, el **principio de proporcionalidad** de las sanciones del artículo 19, numerales 2° y 3°, de la Carta Fundamental, al cual refiere en detalle invocando su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. En apoyo a su alegación de que el artículo 29 impugnado no establece elementos para fijar la base de cálculo de la pluralidad de operaciones ni criterios que sirvan de guía para individualizar la sanción, expone que esta Magistratura ha exigido un alto estándar de determinación y de graduación sancionatoria, que en este caso no se cumple, patrón que debe ser entendido como garantía de interdicción de la arbitrariedad de la Administración.

Así, se estaría en presencia de una norma sancionatoria indeterminada, abierta, sin definición de parámetros, que incumple el deber del legislador de señalar con precisión la sanción aplicable al hecho infraccional, por lo cual es la propia Administración, y no la ley, quien determina la sanción, marco en el cual no existe relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, además de que no existe distinción ni clasificación de ellas.

Finalmente, puntualiza que si se aplica el artículo 29 impugnado o bien el artículo 28 del mismo Decreto Ley, el *quantum* de la multa es del todo diferente.

Admisión a trámite y admisibilidad.





Acogido a tramitación el requerimiento con fecha 5 de noviembre de 2015 y conferido traslado a su respecto, el Consejo de Defensa del Estado se hizo parte y litigó acerca de la admisibilidad. Con fecha 25 del mismo mes, se declaró admisible el libelo.

Traslado sobre el fondo del conflicto constitucional.

Evacuando el traslado conferido, compareció el Consejo de Defensa del Estado, dando cuenta de los antecedentes de hecho de la gestión invocada y de la multa que se reclama en ella.

Expone que no se vulnera el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues los artículos 27, 28 y 29 del Decreto Ley N° 3538, normas relacionadas e interconectadas, son parte del denominado derecho administrativo sancionador, que habilita a la Administración a imponer multas, mediante actos administrativos desfavorables y fundados.

En cuanto al fondo, hace suya la jurisprudencia de este Tribunal sobre la existencia y límites del derecho administrativo sancionador, a la cual se refiere señalando que, en este ámbito, las garantías no tienen la misma intensidad que en el orden penal pues se trata de dominios diferentes, cuya matización reconoce esta Magistratura, lo que se traduce en que los estándares punitivos a cumplir no son similares.

Agrega que las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros están regidas por el principio de juridicidad, exponiendo que ha actuado dentro de las atribuciones que se le han conferido.

Alega que se omite la relación existente entre los artículos 27, 28 y 29, aludidos, del Decreto Ley N° 3538, pues el artículo 29 es el complemento de los dos anteriores, normas que también establecen sanciones, describiendo las conductas sancionadas al especificar que





son tales las infracciones a normas, disponiendo además los elementos a ponderar para establecer la medida de la sanción: gravedad del hecho, consecuencias que generó, capacidad económica de sus autores y sus antecedentes de conducta; todo lo cual desvirtúa sus alegaciones, dejando de manifiesto que no existe el estado de incerteza y apertura sancionatoria que se pretende denunciar, pues están claros la conducta ilícita, la sanción y los factores de graduación.

Expone que, reclamada en sede de legalidad la procedencia de la multa, corresponde al juez del fondo verificar dicho examen a la luz de los hechos del caso y de las potestades y atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros. Es en ese marco que el conflicto planteado por el requirente se sitúa, pareciendo que el actor confunde discrecionalidad con arbitrariedad, conceptos claramente diferenciables.



A continuación, se refiere al concepto de discrecionalidad y su justificación, concluyendo que no existe inconstitucionalidad al respecto.

Concluye que lo planteado es cuestión de mera legalidad, en torno a la interpretación de la norma denunciada, para así poder definir qué se entiende por operación irregular y determinar si se incurrió en ella o no, atribuciones de los jueces del fondo que exceden la sede de inaplicabilidad por lo que solicita el rechazo del requerimiento. Agrega que la norma impugnada no es *decisoria litis* y que lo impugnado es el eventual raciocinio del juez para determinar la procedencia de la sanción.

Vista de causa.

Con fecha 7 de abril de 2016 se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente el abogado Gabriel Zaliasnik Schilkurt y por la parte requerida el abogado señor Alfredo Larreta Granger.



Medidas para mejor resolver.

Con fecha 12 de abril del presente año, se decretaron medidas para mejor resolver.

Adopción de acuerdo.

Con fecha 17 de mayo de 2016, se verificó la adopción de acuerdo.

CONSIDERANDO:

I.- DILEMA CONSTITUCIONAL.

PRIMERO: Que, se solicitó la inaplicabilidad del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, en la gestión judicial constituida por la reclamación de multa, que se sigue ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, caratulada "GUZMAN LYON, ROBERTO, con SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS", Rol N° 21.305-2014;

SEGUNDO: Que, la disposición objetada, en su aplicación al caso concreto, infringiría el artículo 19 constitucional, en sus numerales 2° y 3°, en cuanto carece de razonabilidad y afecta al debido proceso. En particular, se vulneraría el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto entraña una relación de equilibrio entre la entidad de la infracción reprochada y la cuantía de la multa aplicable;

II.- CONSIDERACIONES GENERALES.

A.- EN FORMA PREVIA.

TERCERO: Que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes supone que el Tribunal Constitucional efectúa el examen del precepto impugnado "después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación". De esta forma, "la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado



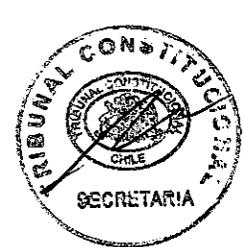


pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional". Por lo mismo, la declaración de inaplicabilidad de determinado precepto legal, "...no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución." (Rol N° 536-2007).

Por tanto, en sede de inaplicabilidad, "el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución." (Rol N° 480-2006);

CUARTO: Que el requirente sostiene que la disposición que se cuestiona "no define criterios, parámetros o principio alguno que permita aplicar una sanción legalmente determinada al caso preciso, ni tampoco establece criterios que establezcan una base de cálculo real y cierta para la determinación del límite superior de dicha sanción, derivando ello en una multa indeterminada, con la consiguiente infracción al principio de legalidad establecido en el artículo 19 N°3°, inciso octavo, de la Constitución de la República y al principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 19, N°2° y N°3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental.

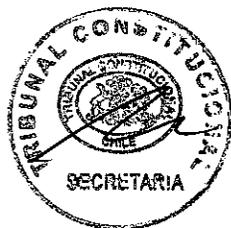
De igual forma, se alega que la hipótesis fáctica de dicha norma se traduce en la inexistencia de criterios legales que permitan determinar la cuantía específica de la sanción aplicable, y de una base cierta y verificable ex ante, que acceda a los destinatarios de las reglas





prever con precisión la multa esperable frente a los hechos que infringen esa normativa, enfrentándonos a una indeterminación de la sanción. Se añade que "esta norma, incluso en su concepción abstracta, resulta indeterminada, encontrándonos, en definitiva, ante una ley sancionatoria abierta, que no define claramente los parámetros a considerar por la autoridad administrativa al momento de aplicar la sanción de multa y, en consecuencia, incumple el deber del legislador de señalar, con precisión, la sanción aplicable al hecho infraccional" (requerimiento de fs. 1 y ss.).

Confirmaría la contravención a la Ley Fundamental la circunstancia de que el porcentaje del 30% estaría fijado de manera genérica, "sin establecer ningún parámetro legal que establezca en qué casos deba aplicarse el máximo, medio o mínimo de la multa procedente en base a dicha norma, ni menos criterios legales que permitan al órgano sancionador individualizar el monto concreto de la sanción aplicable, de forma previsible y calculable, entregando, en consecuencia, dicho proceso de concreción de la sanción, al mero arbitrio de la autoridad administrativa";



SÉPTIMO: Que se aprecia que en el caso *subjudice* concurren las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este órgano emita dictamen sobre la cuestión planteada por el actor, por lo que corresponde analizar los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto del precepto legal cuestionado;

B.- Artículo 29 del DL 3538, de 1980, y antecedentes de la norma.



OCTAVO: Que el artículo 28 del DL 3538, en su texto original, expresaba:

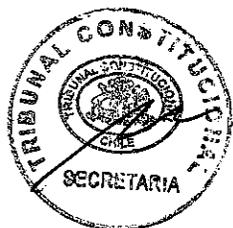
"Artículo 28: Las personas o entidades diversas de las organizadas como sociedades anónimas, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan o en incumplimientos de las instrucciones 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:
(...)

2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 1.000 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;".

A su vez, el artículo 29 indicaba:

"Para los efectos señalados en los artículos 27 y 28, se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a doce meses";

NOVENO: Que, durante la tramitación del aludido Decreto Ley, no consta discusión alguna **respecto a la cuantía de las multas**, salvo que: "El Consejo considera excesivo el monto hasta que puede llegar la multa, toda vez que ella puede reiterarse en caso de reincidencia y podrá llegar hasta cinco veces el monto máximo. Se hace presente que la unidad de fomento fijada para el 1° de diciembre de 1978 alcanza a la suma de 604.73, de manera que cinco mil de ellas totalizan la cantidad de





3.023.650.00, la cual, a su vez, puede ser multiplicada por cinco en caso de reincidencia. Por esa razón, se sugiere fijar el monto de las multas en mil unidades de fomento [...] (Oficio C.P.R. N° 12, Santiago, 6 de diciembre de 1978, pág. 178 de la Historia del DL 3538);

DÉCIMO: Que la referencia a la multa de hasta un 30% del monto de la operación irregular proviene del proyecto de ley de sociedades anónimas (Boletín 2948-05), que disponía en su artículo 138:

"Artículo 138°.- (Multas)

Al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites que establece su Ley Orgánica o **hasta en un 30% del valor de la operación irregular**".

Esta disposición no se mantuvo en el texto final de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que se decidió su traspaso al DL 3538, sobre la base de la opinión de la Primera Comisión Legislativa respecto al proyecto original:

"Artículo 137.- Sanciona a las personas que rindan declaraciones falsas ante la Superintendencia.

La Comisión estimó procedente incluir esta disposición, como norma general, en la Ley Orgánica de la Superintendencia, como se analizará en su oportunidad.

Artículo 138.- Permite la aplicación de multas por la Superintendencia.

Por la misma razón expresada en el estudio del artículo anterior, **se acordó introducir esta disposición en la Ley Orgánica de la Superintendencia.**" (Informe Primera Comisión Legislativa, Oficio Ordinario N° 6583/130/2, 23 de septiembre de 1981, pág. 435 de la Historia de la Ley 18.046).





En definitiva, el artículo 142 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, publicada en 1981, introdujo el actual texto del artículo 29 del DL 3538, en los términos siguientes :

"Artículo 142 [...]

9) Sustitúyese el artículo 29 por el siguiente:

"Artículo 29. - No obstante lo expuesto 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 el 30% del valor de la emisión u operación irregular.

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

DECIMOPRIMERO: Que, como se aprecia, el origen de la actual redacción del artículo 29 del DL 3538 proviene de la Ley 18.046, que incorporó al texto original, que sólo indicaba cuándo había o no reiteración para aplicar la **multa agravada** del artículo 28, N° 2, la norma que establece una sanción de hasta el 30% del monto de la operación irregular.

No constan en la historia fidedigna de la ley los motivos precisos que tuvo el legislador para hacer esta consolidación de normas, más allá de lo expresado en el Oficio de la Primera Comisión Legislativa.

El actual artículo 28 del DL 3538 consigna que:

"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 reglamentación, de una o más de las siguientes sanciones:

(...)

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."



DECIMOSEGUNDO: Que la sanción del artículo 28 fue modificada por la Ley N° 19.705, del año 2000, que sustituyó el monto de UF 1.000 hasta UF 15.000. El fin perseguido por el legislador fue aumentar el monto de las multas, con el objeto de que la sanción cumpliera una función ejemplarizadora.

Durante la discusión de la disposición legal en comento, el abogado de la Superintendencia de Valores y Seguros, señor Orlando Vásquez, hizo presente que:

"El proyecto propone aumentar en 15 veces las multas pecuniarias cursadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, de tal manera que ellas sean realmente medidas que tiendan a desincentivar las conductas negativas en beneficio de un actuar correcto en el mercado y no sean una simple evaluación del ente fiscalizado de cometer la infracción a un bajo costo versus el beneficio que ello les pueda reportar y en perjuicio del mercado. En atención a lo anterior se propone aumentar las multas



desde el tope de 1.000 unidades de fomento al equivalente de 15.000 unidades de fomento, modificando al efecto los artículos 27 y 28, respectivamente".

Que, junto con la aprobación de la nueva disposición, incorporada por la Ley 19.705, se modificaron diversas normas, entre otras, la legislación laboral, la que no contempló la diferencia que efectúa la normativa del aludido DL 3538.

Así, al sustituirse el artículo 17 del DFL N° 101 de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se prescribió:

"2.- Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto no superior a 15.000 unidades de fomento, en su equivalente en moneda nacional, o hasta por el 30% del valor total de **las operaciones irregulares** o de los actos o contratos que hayan sido ejecutados en infracción de ley, de reglamentos o de instrucciones de la Superintendencia, en su caso.";

DECIMOTERCERO: Que, en definitiva, el texto vigente del artículo 29 del DL 3538, que se cuestiona, fue incorporado como producto de la modificación de la ley sobre sociedades anónimas, haciéndose presente la conveniencia de introducir una disposición semejante en la ley orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros;

III.- IGUALDAD ANTE LA LEY Y DEBIDO PROCESO.

DECIMOCUARTO: Que esta Magistratura, en diversos pronunciamientos, ha definido que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas

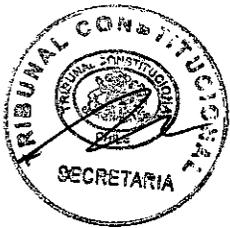




circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Roles N°s. 28-1985, 53-1988 y 219-1995).

Por lo tanto, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario" (Rol N° 986-2008);

DECIMOQUINTO: Que, en el mismo sentido, este órgano ha dicho (Roles N°s 755 y 790, entre otros) que el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser "**objetiva**". De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en **presupuestos razonables y objetivos** que lo justifiquen, sin que,





por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.

En otros términos, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en consideración las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

Así, esta judicatura constitucional ha afirmado que la observancia práctica del principio de proporcionalidad conlleva una lógica ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción;

DECIMOSEXTO: Que, en esta misma línea de razonamiento se ha manifestado la Corte Suprema, al exigir que las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sustenten debidamente su decisión, de modo que al imponer multas no aparezca como el ejercicio de un poder puramente discrecional, desprovisto de los motivos, fundamentos y circunstancias que den cuenta de los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión (Rol N° 5937-2008, considerando 12°).

El desarrollo de tales premisas resulta necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su aspecto formal o adjetivo como en su extensión sustantiva; considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos (Rol N° 2339-2008,





considerando 33°);

DECIMOSÉPTIMO: Que al efecto, concluye este Tribunal, "la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos." (Rol N° 541-2006, considerando 15°);

DECIMOCTAVO: Que, en relación a las exigencias de un justo y racional proceso, esta Magistratura ha determinado que la Constitución Política no define lo que la doctrina denomina "**el debido proceso**" y, por lo mismo, ha proporcionado elementos para precisar este concepto, sustentado en un conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental (Roles N°s 821-2007 y 1130-2008).



Es así que este órgano ha expresado que "respecto al alcance de la disposición constitucional que consagra el debido proceso, la STC 481 precisó que de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador." (Rol N° 1518-2009, considerando 23°).



En particular, se ha explicitado que el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias motivadas dictadas por tribunales inferiores (Rol N° 1448-2009);



IV.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

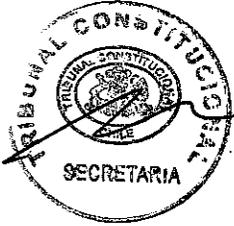
DECIMONOVENO: Que, el Tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas, relevando esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19, N°2°, cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el artículo 19, N°3° (Roles N°s 1518-2009, 1584-2009 y 2022-2011).

La Constitución no recoge, explícitamente, el **"principio de proporcionalidad"**, pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forman parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro



de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6° y 7° de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2°, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26°. Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos (Arnold, Rainer, y otros, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1, 2012, pp. 86-87);

VIGÉSIMO: Que, por su parte, laudos constitucionales han manifestado su existencia a partir de preceptos fundamentales y sin realizar un examen exhaustivo, a lo menos, se encuentra consagrado en el artículo 18, relativo a la proporcionalidad que ha de existir en el trato igualitario entre candidatos de partidos políticos e independientes (Rol N° 67-1989).



En igual sentido el artículo 19, numeral 2°, constituye un parámetro de la igualdad para evaluar la diferenciación (Rol N°986-2007), como criterio de racionalidad de la diferenciación (Rol N°1448-2009) o como efecto de las consecuencias jurídicas de aplicar determinadas normas (Rol N° 1463-2009).

También se articula en el artículo 19, numeral 3°, en lo que dice relación con el debido proceso en la aplicación proporcional de sanciones penales, sanciones administrativas y medidas restrictivas.

De igual modo, en el artículo 19, numeral 7°, en lo referido a los arrestos proporcionales a un objetivo constitucionalmente válido (Rol N° 1518-2009).

O en la proporcionalidad en la determinación de incrementos de los beneficios a los pensionados en la medida que lo expresa el artículo 19, numeral 18°, de la



Constitución (Rol N°790-2007). En variados pronunciamientos sobre la proporcionalidad de los tributos, consagrada en los artículos 19, numeral 20°, y 65, numeral 1°. Por último, en las limitaciones al derecho de propiedad.

De lo anterior es dable concluir que el principio de proporcionalidad es estructurante de los estados de excepción constitucional, según los artículos 39 y 44 de la Constitución.

Que, del mismo modo, este Tribunal ha valorado la garantía de que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida. (Rol N° 2264-2012, considerandos 18° y 19°);



VIGESIMOPRIMERO: Que, igualmente, este Tribunal ha señalado que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente

particular (Rol N° 2658-2014);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, así, el principio de proporcionalidad, también conocido como "**máxima de razonabilidad**" o "**principio de prohibición de exceso**", es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres sub principios o sub juicios diferentes: el de **idoneidad** (o adecuación), el de **necesidad** (indispensabilidad o intervención mínima) y el de **proporcionalidad en sentido estricto** (o mandato de ponderación), (Diccionario Constitucional Chileno, García Pino y Contreras Vásquez, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, año 2014, p. 752). Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, la proporcionalidad en sentido estricto como un mandato de ponderación cuando existen principios en pugna, en cuanto exige que se ponderen los intereses en juego;

VIGESIMOTERCERO: Que, **Robert Alexy ha señalado** que la exigencia de proporcionalidad deriva de la propia



pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en consideración el peso de cada uno de tales derechos en cada concreta colisión;

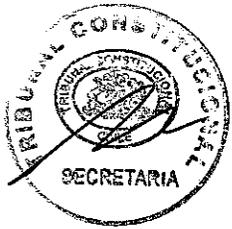
VIGESIMOCUARTO: Que, el **principio de proporcionalidad** opera en materia punitiva "en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa o judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo." (Cfr. Eduardo Cordero Quinzacara, "Derecho Administrativo Sancionador, Bases y Principios en el Derecho Chileno", Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2014, págs. 259-260).



Según señala la más autorizada doctrina en la materia, (véanse, por todos, ALEXY, Robert: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, N°11, enero-junio 2009, pp.3-13, y, del mismo, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en Revista Española de Derecho Constitucional, CEPC, N°91, enero-abril 2011, pp. 11-29), la aplicación del principio de proporcionalidad implica dos fases o etapas. En la primera, se pondera la adecuación (idoneidad causal) de la intervención en un derecho fundamental, para la satisfacción de otro principio. En la especie, cabría entender que, conceptualmente, nada hay de objetable per se en el uso de la herramienta penal, fuera de la problemática general



de la política criminal en orden a la eficacia de las penas para proteger ciertos bienes jurídicos. Luego, se pondera la necesidad (subsidiariedad) de la intervención, en términos que la misma sólo se justifica si no hay otro medio posible de conservar el valor o derecho prevalente, lo que también se satisface con la aplicación de sanciones penales siempre que sean instrumentos de **ultima ratio**. En la segunda etapa, se efectúa la ponderación propiamente tal, que supone medir o cuantificar el grado de afectación o perjuicio del derecho, comprobar la importancia de salvaguardar el otro derecho en conflicto y, finalmente, indagar si se justifica la intervención en un derecho para salvaguardar el derecho contrario. Se dice que "una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada si no se justificase porque su omisión fuera [equivalente a] una intervención al menos tan intensa en la realización de otro principio (o del mismo principio en otro respecto o en atención a otra persona)" (ALEXY, 2009, op.cit., p.12).

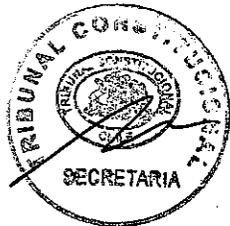


Así lo ha señalado la doctrina nacional, "la primera dimensión en que resulta plenamente exigible la observancia del principio de proporcionalidad, es precisamente la legislativa, la que debe traducirse en que las sanciones que se establezcan en la ley, en términos abstractos o genéricos, deben ser proporcionales -razonables y adecuadas- al ilícito que se pretende castigar y, por cierto, al riesgo o daño que la conducta puede generar al bien común o interés jurídico que se estima digno de tutela, cuestión que en la actualidad resulta plenamente controlable por nuestro Tribunal Constitucional" (Alejandro Cárcamo Righetti, La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador:



fundamentos, alcances y aplicaciones, en obra colectiva "Las sanciones administrativas", X Jornadas de Derecho Administrativo, p. 156).

La correspondencia que este principio exige entre la infracción y la sanción tiene como finalidad "el impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas e importa que en su aplicación y vigencia se observen criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos baremos, incluso derivados de otros principios como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados" (Tamara Arancibia Madariaga, Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas, Cuaderno N° 58 del TC, 2015, p. 41);



VIGESIMOQUINTO: Que, como ha señalado este órgano, la predeterminación normativa afecta tanto a la tipificación de las infracciones como a la correlación necesaria que debe existir entre los ilícitos y las sanciones consiguientes, de manera de predecir, con la suficiente certeza, el tipo y grado de la sanción determinada aplicable eventualmente (Rol N°2648-2014).

Por su parte, la Corte Suprema ha sentenciado en idéntico sentido, que "si una norma punitiva establece límites entre un mínimo y un máximo de sanción, la impugnación que se formule no puede excluir -sin que medie disposición legal expresa- la regulación de su extensión, pues de lo contrario dicha graduación sólo quedaría al arbitrio de la autoridad administrativa" (Rol 11488-2011);

VIGESIMOSEXTO: Que, en el ámbito de la judicatura comparada, el Tribunal Constitucional español ha tenido



oportunidad de declarar que el principio que interesa implica no sólo que los ilícitos y sanciones deben estar suficientemente definidos, sino también que entre ellos "debe haber una correspondencia, que puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero en modo alguno puede quedar encomendado por entero a ella." (Sentencia 207/90 del Tribunal Constitucional español, de 17 de diciembre de 1990, reproducida en lo pertinente en sentencia 25/2002, de 11 de febrero de 2002).

El mismo Tribunal resolvió, en su sentencia 29/89, que la norma que permitía la imposición de multas desde "2.500.000 de pesetas en adelante" **era inconstitucional**, por introducir elementos de indeterminación de la sanción administrativa imponible, incompatibles con el alcance material del principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución..." (similar, en lo sustancial, al artículo 19, numeral 3º, inciso octavo, de nuestra Carta Fundamental);

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, como lo ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, el principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrido en los considerandos precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. Por lo demás, ésta ha sido la impronta seguida en general en nuestro ordenamiento





jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica, comprobándose que, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los órganos dotados de *ius puniendi* deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de la ponderación de la sanción. El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la consideración de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto. (Rol N° 2648-2014);

VIGESIMOCTAVO: Que el principio de proporcionalidad es el modelo desarrollado en la Ley N°18.410, de 22 de mayo de 1985, que clasifica las infracciones que puede aplicar la Superintendencia de Electricidad y Combustibles - gravísimas, graves y leves (artículo 15) - y fija una escala de multas, en función de la gravedad de la infracción (artículo 16 A), además de enumerar una serie de circunstancias que deberán, necesariamente, tenerse en consideración por la institución fiscalizadora para evaluar el monto de aquéllas, tales como: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; el porcentaje de usuarios afectados por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de ésta; la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior y la capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado (artículo 16).

En el mismo orden, cabe tener presente que la Ley N° 20.417, de 26 de enero de 2010, clasifica las infracciones ambientales y establece criterios de cuantificación de las sanciones que faculta aplicar a la





Superintendencia de Medio Ambiente, en los artículos 36 (que distingue la gravedad de las infracciones), 38 (que indica el elenco de sanciones) y 40 (que señala las circunstancias a considerar), siendo pertinente resaltar el contenido de este último - en una materia que teóricamente incluye al ambiente construido como componente del medio ambiente en general -, según el cual:

"Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar se considerarán las siguientes circunstancias:

a.-La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

b.-El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

c.-El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

d.-La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e.-La conducta anterior del infractor.

f.-La capacidad económica del infractor.

g.-El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.

h.-El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

i.-Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción";

VIGESIMONOVENO: Que debe tenerse presente que la proporcionalidad exige -necesariamente- la debida motivación de la decisión administrativa sancionatoria.

Por ello, se ha expresado que "dentro de la escala





evaluativa de sanciones que la ley diseña y en el criterio subjetivo que rodea el juicio punitivo, el operador jurídico tiene que justificar, con razones atendibles, cuáles son los elementos que concurren a integrar la determinación final. Esto quiere decir que el arbitrio de la administración debe ser despejado sensatamente, atendiendo a las circunstancias que la misma ley contempla en cada sector sancionatorio." (**Jaime Ossa Arbeláez**, *Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática*, p.420-421).

La motivación, por lo demás, "facilita el control judicial de las decisiones discrecionales, pues contribuye a develar si el uso por parte del órgano administrativo de su libertad de apreciación ha resultado correcto o incorrecto." (**Ignacio A. Boulin Victoria**, *Decisiones razonables, el uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, p.126).

Por lo mismo, "no solo debe motivarse la decisión misma de sancionar, sino que también debe motivarse la **justificación del quantum, monto o entidad de la sanción**", esto es, "expresar las razones que llevaron a la administración a aplicar determinado monto, cuantía o quantum de multa, o entidad de la sanción administrativa en general." (**Fabián Huepe Artigas**, *El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la administración, su control a través del principio de razonabilidad, en obra colectiva "Las sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo"*, p. 184 y 186).

Al respecto la proporcionalidad como principio opera en dos ámbitos: el normativo y el aplicativo (Rafael Pérez Nieto y Manuel José Baeza Díaz-Portales, *Principio de derecho administrativo sancionador, Volumen I*, Ed. Consejo General del Poder Judicial -Fundación Wellington,





Madrid, 2008, p. 139). La discrecionalidad es aceptable (y de hecho se reconoce así en Alemania, como hemos visto) en la decisión de ejercer o no ejercer en un caso concreto la potestad sancionadora, es decir, lo que los alemanes denominan principio de oportunidad. Ahora bien: una vez iniciado y tramitado un procedimiento, la eventual existencia de un margen de apreciación para la fijación de la sanción aplicable nunca puede suponer discrecionalidad en sentido estricto. En todo caso, una sanción no deja de ser tal por el hecho de venir completamente reglada por las normas aplicables, lo que excluye a la discrecionalidad como criterio de definición. (Alejandro Huergo Lora, Las sanciones administrativas, Iustel Editorial, Madrid, 207, p.247).



Que la dogmática constitucional ha expresado sobre el examen de la proporcionalidad en sentido estricto, la regla de la proporcionalidad en sentido estricto es similar para el mandato de prohibición por exceso que para el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Las diferencias no se dan en la estructura de la regla sino en el contexto de aplicación. Laura Clérico ha señalado: "Por último, y en relación con el mandato de prohibición por exceso y el de prohibición por omisión o insuficiencia, puede decirse que el examen de proporcionalidad en sentido amplio ofrece tres tipos de razones robustas (idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto) para justificar cuándo una restricción de un derecho por acción u omisión o insuficiencia es inconstitucional. Sin embargo, ¿por qué la argumentación de los tribunales constitucionales y/o cortes superiores debe ser convincente en este sentido? La respuesta se refiere, indudablemente, a la legitimidad de las sentencias en el contexto de una democracia constitucional y a la posibilidad de que ese dar razones exceda lo meramente jurídico y contribuya a



la discusión pública. (El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional, Eudeba, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, 2009, p. 367-368).

Así mismo el Tribunal Constitucional alemán ha abierto, en ocasiones, un amplio espacio al principio de proporcionalidad (por ejemplo, STC (BverfGE) 92, 277 (325 y ss.) sobre la punibilidad de los espías de la DDR) y el ex Ministro Enrique Navarro se ha pronunciado al señalar que "la proporcionalidad para establecer una regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuya consecuencia respecto del interés general son menores, afectando desproporcionadamente el patrimonio o la propiedad de los infractores. Por ello, resulta fundamental la necesidad de establecer las instancias judiciales que permitan revisar la entidad o cuantía en la aplicación de sanciones por parte de los órganos sancionadores de la Administración, limitándose así el ejercicio de facultades ejercidas discrecionalmente" (artículo "Principio que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena", en obra colectiva "nullum crimen, nulla poena sine lege, Ed. Universidad Fines Terrae, 2010, p. 241-265);

V.- CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS SEMEJANTES.

TRIGÉSIMO: Que este órgano constitucional ha razonado que *"toda vez que la norma legal impugnada en su aplicación no evidencia criterios objetivos, reproducibles y verificables, en virtud de los cuales el juez competente esté habilitado para imponer una sanción pecuniaria de menor o mayor magnitud o cuantía, por*





infracción a la legislación de urbanismo y construcciones, se manifiesta así un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal, lo que alberga la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales, desde que no puede saberse con certeza sobre la base de qué motivaciones explícitas el juez las puede adoptar. Todo lo cual cobra mayor importancia en el caso concreto, si se mira que la infracción fue puramente formal o de peligro abstracto, cercana a una infracción de mera prohibición, en donde no se divisó como resultado de ella una real afectación o compromiso de los valores y bienes jurídicos que la legislación de urbanismo y construcciones protege. Al paso que, cuando fue posible y sin perjuicio de haber quedado incurso en una infracción formal - en verdad, con posterioridad a la expiración de la patente provisoria, que gravó el uso sobre la base de su autorización temporal a la arrendataria-, la misma fue superada y corregida por la requirente, ante la propia autoridad administrativa urbanística que denunció la infracción que condujo a la sanción máxima legal, pero a todas luces desproporcionada o excesiva, atendida la magnitud del injusto culpable, de acto y de resultado, por lo que el requerimiento será acogido por este capítulo en la forma que se dirá." (Rol 2648-2014).



Se ha sentenciado, igualmente, que el abanico de sanciones, que consagra una norma jurídica no cumple con los estándares de constitucionalidad que esta Magistratura ha reseñado conforme al "**principio de proporcionalidad**", si no establece una gradualidad en su aplicación, entregando total libertad al juez para aplicar unas u otras o más de una, lo que vulnera dicho principio de proporcionalidad al carecer de reglas suficientemente precisas para evitar la discrecionalidad en su aplicación



judicial(Rol N° 2743-2014);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, igualmente, se ha decretado que "la colisión entre la determinación del tipo penal y una sanción como la que señala el artículo 467 del Código Penal, a una mera conducta de incumplimiento de una obligación mercantil o civil, configura, en estricto rigor, una afectación de la exigencia de proporcionalidad, la cual requiere la necesidad de considerar todos los intereses en conflicto. El Tribunal Constitucional español ha proclamado que estas reflexiones se sustentan "en la proclamación del artículo 1.1 de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna la **justicia** como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el artículo 10 de la Constitución efectúa de la **dignidad humana**, y en el principio de culpabilidad" (STC 150/1991). De esta manera, en el caso que nos ocupa es pertinente concluir que habría una desproporción o inequidad entre el presupuesto fáctico constituido por el incumplimiento de una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva por dicho incumplimiento."(Rol N° 2744-2014);



TRIGESIMOSEGUNDO: Que, asimismo, el cumplimiento del mandato de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado exige la vigencia de normas que establezcan una relación fundada, estable y predecible entre deberes de acción u omisión impuestos a sujetos de derecho y las consecuencias o efectos negativos derivados de su infracción. Las normas, preexistentes al incumplimiento, han de establecer una relación fundada entre el deber y la sanción en el sentido de configurar un **vínculo racional entre ambos**, de acuerdo con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. Las sanciones aplicables en ejercicio de la potestad punitiva del Estado deben considerar la



incidencia de la contravención en la consecución de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico. La racionalidad así entendida, manifestada como proporcionalidad, constituye un medio de control de la discrecionalidad legislativa o, en su caso, administrativa. Como ha señalado esta Magistratura, a propósito de una sanción de multa, es menester "*una relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos.*" (Rol 541-2006, considerandos 15° y 16°).

Asimismo, las normas que regulan el ejercicio de la potestad punitiva deben ser estables en orden a ofrecer, a lo largo del tiempo, respuestas similares ante inobservancias de relevancia equivalente, de acuerdo a la naturaleza y características de la obligación incumplida. La proporcionalidad exige un cierto grado de fijeza en el tiempo de la relación entre incumplimiento y sanción, sin perjuicio de la facultad soberana del Estado de revisar y, en su caso, modificar el régimen punitivo de determinadas obligaciones de acuerdo a las necesidades impuestas por el interés público. En este sentido, cuando la Constitución exige la regulación mediante ley de materias que pueden afectar garantías y derechos fundamentales, pretende lograr cierta fijeza regulatoria en orden a asegurar que, en el tiempo, el sujeto obligado será capaz de prever en el futuro las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus deberes.

En armonía con lo explicitado, la relación o vínculo entre el incumplimiento y la sanción que le sigue debe ser predecible, en tanto permite al sujeto obligado identificar sus obligaciones en una gradación acorde con los propósitos perseguidos por el ordenamiento jurídico. La regulación de las sanciones es proporcional, en este sentido, si entrega al sujeto obligado información relevante acerca de las consecuencias que genera el



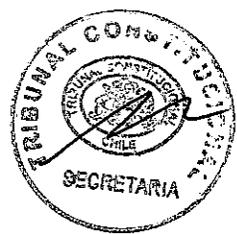


incumplimiento de las distintas obligaciones que gravan acciones u omisiones. A la inversa, un régimen punitivo no es proporcional cuando no ofrece información jerarquizada o priorizada acerca de las consecuencias o efectos de los comportamientos que constituyen una infracción.

El problema de constitucionalidad observado nace de la ausencia de parámetros en la ley que permitan fundar la decisión adoptada, al margen de lo que pudiese sostenerse acerca de la conveniencia de dicha sanción. Por lo mismo, queda dentro de la competencia de la autoridad administrativa aplicar, de modo discrecional, la sanción asociada a cada infracción dentro del conjunto de penas fijadas ..."*Esta potestad ilimitada de aplicar cualquiera de las sanciones previstas por la ley, vulnera la proporcionalidad cautelada por el número 3° del artículo 19 de la Constitución Política. El efecto contrario a la Carta Fundamental es todavía más patente tratándose de la sanción que en la especie recibe la parte requirente, que no es sino la máxima prevista por el ordenamiento jurídico.*" (Rol N° 2666-2014);

TRIGESIMOTERCERO: Que, de igual forma, el análisis de la aplicación de este principio al caso bajo examen debe estar asociado al artículo 19, numeral 2°.

En este sentido, recordamos que la sanción trata de restituir los beneficios que causalmente se han generado por la infracción y de **aplicar la medida menos lesiva, bajo un criterio de intervención mínima en la dimensión de no afectación de la igualdad ante la ley, que requiere toda medida restrictiva.** Esta Magistratura ha sostenido que al sometimiento a la igualdad ante la ley "*debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.*" (Rol N° 1584-2009, considerando



19°);

TRIGESIMOCUARTO: Que, en otro caso similar, se ha concluido que el inciso tercero del artículo 53 del Código Tributario, en cuanto fija un interés penal moratorio ascendente al uno coma cinco por ciento mensual, produce efectos contrarios a la Constitución Política en el caso concreto, desde que obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como **desproporcionada, injusta y abusiva**, máxime si se tiene presente que durante la casi totalidad del período en que se impone la sanción respecto de las sumas adeudadas y reajustadas (específicamente el tiempo transcurrido entre las fechas de la resolución anulada y de la que tuvo definitivamente por interpuesto el recurso), se está frente a situaciones no imputables al deudor, dado que han sido dejadas sin efecto las actuaciones practicadas en el juicio tributario, como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, de forma tal que se trata de hechos atribuibles a la propia administración, a lo que debe agregarse que no resulta equivalente la sanción a la que tendría que aplicar el propio Fisco, tratándose de sumas pagadas injustificadamente por el contribuyente (Rol N° 1951-2011);



TRIGESIMOQUINTO: Que la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En efecto, la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del **principio de proporcionalidad**, en virtud del cual y como sostiene un autor, **"la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la**

persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad." (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49).

TRIGESIMOSEXTO: Que, por último, el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo denota aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos (Rol N°437-2005, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, que en los procesos punitivos, exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada (Rol N° 1518-2009);

VI.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que fluye de lo razonado que la cuestión constitucional propuesta en el requerimiento se sustenta en establecer si efectivamente se aplicó como consecuencia del precepto que se cuestiona una sanción excesiva, atendidas las circunstancias concretas, pero no sólo aquello -en lo que no habría diferencia alguna con un recurso jurisdiccional- sino, además y esencialmente, si acaso tal exceso, abuso o desproporción, no emana únicamente de la mera aplicación de la ley, antes bien, **a fortiori**, se origina ya desde la formulación o enunciación misma de la norma legal, la que no cumple con los parámetros o estándares constitucionales, según se comprueba en la práctica;

TRIGESIMONOVENO: Que, en el caso concreto, el nudo del dilema está en la aplicación del inciso primero del artículo 29 del DL 3538, de 1980, y sus efectos





contrarios a la Carta Fundamental, específicamente a la igualdad ante la ley y al debido proceso, en los términos que señala y resguarda el artículo 19, N°s 2° y 3°, de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, cabe considerar, a la luz del principio de proporcionalidad, si es posible ponderar la concurrencia de sus elementos, como son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, al tenor del caso o presupuesto fáctico observado en el requerimiento de fs. 1 y siguientes.

La disposición, en su aplicación concreta, puede perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente lícita, en cuanto pretende evitar la comisión de infracciones a la normativa de orden público económico-financiero y del mercado de valores, siendo conveniente que la autoridad administrativa fiscalizadora sectorial -la Superintendencia de Valores y Seguros- aplique sanciones paradigmáticas.

En la medida que se trate de una sanción, estrictamente necesaria, existiendo otras alternativas de intervención menos restrictivas de derechos fundamentales, debe siempre considerarse como una vía a utilizar la aplicación de multas disuasivas; sin embargo, ellas siempre deben tener en cuenta los presupuestos previstos, específicamente, al efecto. En este caso, la disposición del artículo 29 está estructurada para el evento de que se trate de una sola operación, mientras que el artículo 28 alude a una multiplicidad de actos y, por lo mismo, autoriza quintuplicar el *quantum*. El eje del reproche infraccional se sustenta en un sistema o "esquema", que se estructura sobre la base de innumerables compras y ventas de acciones.

Por último, en lo referente al carácter razonable o proporcional estricto de la medida, resulta a todas





lucos evidente que la norma cuestionada no fija parámetro alguno o baremo objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa;

CUADRAGÉSIMO: Que, en tal línea de razonamiento, por resolución de 12 de abril pasado, este órgano consitucional, como medida para mejor resolver, ordenó que se oficiara a la Superintendencia de Valores y Seguros, solicitando específicamente información en relación a la "existencia de instrucciones internas o externas acerca del ejercicio de las atribuciones del artículo 29 del DL 3538"; lo anterior con el propósito de verificar la racionalidad de la medida.

En cumplimiento de lo anterior, se remitió la Resolución Exenta N°271, de 29 de diciembre de 2015, en virtud de la cual se aprueba el "Manual de fiscalización a empresas de menor tamaño y dispone la creación de banner en la página web institucional y su contenido".

La citada resolución, en concordancia con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 20.416, señala que se impone a la Superintendencia de Valores y Seguros la confección de *"los manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos para el cumplimiento de su función, así como los criterios establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de inspección y de aplicación de multas y sanciones"*;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que la normativa aludida, acompañada por la autoridad administrativa fiscalizadora, no resulta atingente, puesto que nos encontramos frente a sanciones impuestas a un particular y no a persona jurídica o personas jurídicas.





En el caso que motiva el presente requerimiento, la sanción se encuentra dirigida contra una singularizada persona natural, en su condición de "propietario" de acciones;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, el aludido manual no fija criterios específicos que regulen el actuar del ente fiscalizador, específicamente, en relación a lo prescrito por el artículo 29 del DL 3538: El documento señala, en términos generales, que para la aplicación de las multas, sanciones, cancelación del registro u otro, se considerará básicamente: 1) La reiteración de la falta, como agravante a toda infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan; 2) Si el infractor cometió otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses; 3) La gravedad de la falta y las consecuencias del hecho; 4) La capacidad económica del infractor, y 5) La magnitud de la sanción o multas aplicadas anteriormente, a fiscalizados homologables y que tengan similitudes en la infracción.

Ello está en concordancia lógica con lo previsto en el artículo 28 del DL 3538, ya transcrito.

CUADRAGESIMOTERCERO: Que no resultan razonables ni existen criterios objetivos que determinen la forma en que corresponda aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del DL 3538, puesto que la disposición se limita a facultar -discrecionalmente- a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular.

Cabe hacer presente que la resolución emanada de la Superintendencia de Valores y Seguros está datada el día 29 de diciembre de 2015, esto es, con fecha posterior a la dictación de la resolución administrativa que impuso la multa cuestionada;





CUADRAGESIMOCUARTO: Que la disposición legal objetada otorga a la autoridad administrativa la facultad de aplicar: a) las reglas establecidas en los artículos 27 y 28 del DL 3538 (posibilitando la imposición de una multa de UF 15.000, que puede aumentarse cinco veces en caso de infracciones reiteradas), y b) la regla genérica contemplada en el artículo 29, que alude a la multa del 30% del valor de la emisión u operación irregular.

CUADRAGESIMOQUINTO: Que la disposición cuestionada no fija parámetro alguno de razonabilidad a la autoridad, lo que no se compadece con criterios mínimos de proporcionalidad, como los que han sido reiteradamente citados por esta Magistratura constitucional.

En efecto, de optarse por la imposición de la sanción prevista en el artículo 29, la norma no entrega parámetros o baremos objetivos a la autoridad administrativa para determinar **"cómo y por qué"** se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa.

Se ha insistido en diversos estudios dogmáticos que la dificultad de la norma *"está dada probablemente porque la ley no explicita criterios claros y concretos que faciliten la determinación específica de su destinatario y quantum."* (Carla Bravo y Esteban Barra, Control administrativo de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre hipótesis de uso de información privilegiada. Análisis jurisprudencial, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 57, 2015, p. 134).

Y un destacado maestro del Derecho Constitucional ha dicho: *"lamentablemente en nuestro país el catálogo de sanciones, por lo general, no va acompañado de parámetros claros y suficientemente reglados que permitan con certeza determinar la sanción que corresponde al eventual"*





infractor." (Mario Verdugo Marinkovic, en obra colectiva "Poder Judicial", p.327).

En este mismo sentido, se ha sentenciado que:

"El principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrido en las consideraciones precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. Ésta, por lo demás, ha sido la impronta seguida en general en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica, comprobándose que, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los órganos dotados de **ius puniendi** deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderación de la sanción. El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la ponderación de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto." (Rol N° 2648-2014, c. 13).

La **Corte Suprema** también ha sido categórica al afirmar que la imposición de multas no puede aparecer **"como el ejercicio de un poder puramente discrecional, desprovisto de los motivos, fundamentos y circunstancias que den cuenta de los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión"** (Rol 5937-2008);





CUADRAGESIMOSEXTO: Que, en la línea de lo anterior, la Resolución 223, de 2 de septiembre de 2014, que aplica la sanción de multa, invocando en los "vistos" el artículo 29 cuestionado, es escueta al momento de fundamentar su aplicación en el caso concreto.

En efecto, en el considerando 1621 se alude en términos generales a que las multas deben tener siempre el carácter de *"proporcionales y corresponderse con los tipos y conductas infraccionales cometidas por cada formulado de cargos"*.

Más adelante, en el considerando 1622 se hace referencia a que *"de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del DL N° 3538, el monto de las multas que aplique esta Superintendencia se determinará apreciando fundadamente la gravedad y consecuencia de los hechos, la capacidad económica del infractor y si éste hubiese cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses"*. Como se sabe, la disposición del artículo 28 alude a multiplicidad de infracciones, fijando un tope de UF 75.000, no siendo aplicable en este caso, en que la cuantía de la multa asciende a UF 550.000, como se expresa en la resolución sancionatoria.

Finalmente, el considerando 1623 dice: *"Que del tenor de los hechos narrados en esta Resolución, se devela clara y manifiestamente la existencia de diversas y reiteradas infracciones a la normativa, tanto de aquella que regula el gobierno corporativo de la sociedad anónima como la que rige el mercado de valores por parte de los formulados de cargo. Dichas transgresiones tuvieron lugar por extensos períodos de tiempo y por diversas operaciones de altos montos, en que participan personas y entidades que por los cargos o calidades que detentan en el mercado y en las sociedades*





que administran, se encontraban afectos a deberes de cuidado por cuyo fiel cumplimiento debían velar. Tales vulneraciones, más allá del daño patrimonial que representan y en lo que específicamente importa a este Organismo, implicaron gravísimos atentados a los bienes jurídicos que subyacen a tal normativa, con perniciosas consecuencias a la confianza que requieren las sociedades anónimas abiertas y el mercado de valores para funcionar adecuadamente. Todo ello da cuenta de los antecedentes que, al tenor de los artículos citados en el considerando anterior, han sido ponderados por este Organismo al momento de fijar el monto de las multas que se impondrán por este acto".

De lo anteriormente expuesto no observa la razón concreta de por qué se opta por un determinado monto pecuniario, lo que se constata, además, del tenor literal de la disposición legal, que no ha fijado baremos precisos para arribar al "quantum" de la multa, la que en definitiva queda entregada al arbitrio de la autoridad administrativa;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, como lo ha razonado este Tribunal Constitucional "... es necesario señalar que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Como señala una doctrina clásica en la materia (**García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón**, Curso de Derecho administrativo, T. I, Edit, Civitas, Madrid, 2002, págs. 454 y siguientes), "la discrecionalidad, en primer lugar, se ubica en el terreno de la configuración de las potestades públicas. La potestad es un poder de actuación que da una norma jurídica a un órgano del Estado con una finalidad determinada. Las potestades son atribuciones configuradas por la norma, que a su vez son entregadas a un órgano definido del Estado. No se trata, por tanto, de una atribución que espontánea o libremente cree o se autoatribuya el órgano respectivo. La potestad





la otorga el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, **no hay potestades discrecionales absolutas**; lo que existe son elementos de dicha atribución que pueden tener rasgos de ese carácter. Por eso, se afirma que en las potestades íntegramente regladas, los elementos que las configuran (su titular, la forma en que se ejercen, su finalidad, la forma que adoptan los actos que se dictan en su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio, los hechos y fundamentos en que se fundan, etc.) están detalladamente definidos por la norma que las confiere. En la potestad discrecional, en cambio, hay uno o más de dichos elementos abiertos, entregados al órgano respectivo para ser completados por su apreciación subjetiva. Ello implica que el órgano debe optar entre elementos igualmente justos o equivalentes. Mientras que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten un enunciado preciso y el órgano que los interpreta tiene una sola opción válida, en la discrecionalidad, en cambio, el órgano puede optar entre alternativas igualmente legítimas; hay, en este sentido, una suerte de libertad de opción entre alternativas intercambiables o equivalentes".



Como señalan los autores recientemente citados (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón op.cit, p. 457), "la razón de la existencia de potestades con elementos discrecionales radica, por una parte, en que en la potestad íntegramente reglada no hay espacio para ningún juicio subjetivo, salvo el de constatación o verificación del supuesto para su ejercicio. Ese diseño puede hacer extremadamente difícil su aplicación. Por la otra, hay un criterio de eficacia. Para lograr ciertos propósitos de modo idóneo, el legislador convoca a la apreciación singular de un órgano determinado". "Indudablemente, en la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad por esa posibilidad de



opción. Pero arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple "porque sí"; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos." (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, op.cit., págs. 480-481). **La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión.** La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia es un tema del control de la discrecionalidad;



VII.- RAZONAMIENTO PARA ACOGER.

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, como razonamiento para acoger la presente acción de inaplicabilidad, este fallo, en el criterio de utilizar un método hermenéutico basado en la razonabilidad, se estructura sobre la base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común.

Este método, según las circunstancias en que se ha empleado, se identifica con la justicia, tanto en su aspecto formal como material, con lo sensato, lo prudente, lo oportuno, lo **proporcional** y, en fin, lo equitativo. Lo anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad (Enrique Valenzuela Somarriva, Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal



Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°31, año 2006, p. 45);

CUADRAGESIMONOVENO: Que efectivamente no existe ningún parámetro de "**objetividad**" para la aplicación del artículo 29 del DL 3538. Si bien se alude en términos genéricos al **principio de proporcionalidad**, en los hechos su aplicación al caso concreto produce efectos contrarios a la Carta Fundamental y, específicamente, a dicho principio, concreción de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria (artículo 19, N° 2°) y el derecho a un justo y racional y debido proceso administrativo (artículo 19, N° 3°); desde que se hace una mera remisión, también general y no motivada, a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del DL 3538, este último -como se ha explicado- relativo al evento de que exista una multiplicidad de hechos infraccionales, con un tope de UF 75.000 (5 veces la sanción de UF 15.000).



Así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, al caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al **principio de proporcionalidad**, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro.

La disposición legal impugnada impone de esta manera una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la **razón del quantum** de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un



debido proceso administrativo;

QUINCUGÉSIMO: Que, atendido lo expuesto y razonado, la disposición contenida en el inciso primero del artículo 29 del DL 3538 resulta contraria a la Constitución Política en su aplicación al caso concreto, por lo que corresponde sea declarada su inaplicabilidad en la especie.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N°6, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1) **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1 Y SIGUIENTES, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE ANTE EL 16° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (ROL C N°21.305-2014), CARATULADO A LOS EFECTOS "GUZMÁN LYON, ROBERTO, CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS", EL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO LEY N°3538, DEL AÑO 1980, SÓLO EN LO REFERIDO AL INCISO PRIMERO DEL REFERIDO PRECEPTO.**

2) **QUE SE PONE TÉRMINO A LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS A FOJAS 650, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.**

Se previene que el Ministro Iván Aróstica Maldonado concurre a la sentencia, sin perjuicio de hacer presente que, respecto al allí aludido principio de proporcionalidad, comparte el criterio sentado por este Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2658, de nueve de octubre de 2014 (considerandos 7° y 8°), y que, atinente al principio de razonabilidad, comparte la



doctrina sentada por esta Magistratura en sentencia Rol N° 2935, de veintiuno de diciembre de 2015 (considerando 36°), a las cuales se remite.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de acoger el requerimiento sólo en cuanto a las expresiones "a su elección" y "o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular", contenidas en el inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, en base a las siguientes consideraciones:

A.- Infracción al principio de legalidad de las penas asegurado en el artículo 19 N° 3°, inciso final, de la Constitución Política.



1°. Que, sobre la base de lo indicado en el requerimiento de autos, se impugna el artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, que Crea la Superintendencia de Valores y Seguros, y cuyo texto es el siguiente:

"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."

2°. Que, según se desprende del inciso primero del texto transcrito, la norma impugnada consulta dos

hipótesis distintas y separadas por la conjunción "o".
Dichas hipótesis son:

1) En caso de infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que rijan el mercado de valores y seguros, o de incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta, la Superintendencia de Valores y Seguros, puede aplicar una multa, a su elección, cuyo monto se fijará "de acuerdo a los límites establecidos en los artículos 27 y 28";

2) En caso de infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que rijan el mercado de valores y seguros, o de incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta, la Superintendencia de Valores y Seguros, puede aplicar, a su elección, una multa que ascienda "hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular.";

3°. Que, como puede observarse, en la primera hipótesis, existe una remisión normativa a los artículos 27 y 28 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, que indican los criterios para la determinación de las multas tanto en el caso de las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia (artículo 27, inciso segundo) cuanto en la situación de las personas o entidades diversas de aquellas, pero sujetas asimismo a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia (artículo 28, inciso segundo).

Los aludidos criterios para determinar el monto específico de las multas a aplicar son los mismos en ambos artículos: a) la gravedad y las consecuencias del hecho; b) la capacidad económica del infractor y c) si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses (reincidencia).

4°. Que, por lo demás, los criterios antes





recordados constituyen criterios comunes al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado en materia de mercado de valores como lo demuestra, por ejemplo, el examen de las legislaciones de España y de Gran Bretaña.

En efecto, el Real Decreto Legislativo N° 4/2015, de 23 de octubre de 2015, que contiene el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores de España, contempla la posibilidad de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ejerza su potestad sancionatoria respecto de diversas conductas tipificadas en dicho cuerpo legal. El artículo 310.1 del mismo indica los criterios a tener en cuenta para la aplicación de las sanciones remitiéndose, para estos efectos, a lo previsto en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Entre ellos se consideran: la naturaleza y entidad de la infracción (letra a); la solidez financiera de la persona física o jurídica responsable de la infracción reflejada, entre otros elementos objetivables, en el volumen de negocios total de la persona jurídica responsable o en los ingresos anuales de la persona física (letra c); la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado (letra d) y la conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieren sido impuestas, durante los últimos cinco años (letra l), entre otras.

Pero, además, existe una particular preocupación del legislador español por el respeto al principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones. Así lo revela el artículo 131.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector Público que indica que. *"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su*





adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad; b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora; c) La naturaleza de los perjuicios causados; d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa."

Por su parte, en Gran Bretaña, la FSMA 2000 que permite sancionar el abuso de mercado ("market abuse") precisa, asimismo, una serie de criterios para la determinación de las multas y su monto que aplique la autoridad administrativa en estos casos. Así, la política respectiva debe considerar lineamientos tales como: a) si la conducta sancionable tuvo un efecto adverso al mercado y, si es así, qué tan serio fue; b) si tal conducta fue deliberada o imprudente; y c) si el sancionado es un individuo (artículo 124(1));



5°. Que, a diferencia de lo que ocurre con la primera hipótesis de aplicación de multas por la Superintendencia, a que se refiere el inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N°3538, de 1980, y de las reglas observadas por la legislación comparada, en la segunda hipótesis contemplada en esa norma, no existe -ni directamente ni por remisión a otra norma de rango legal- ningún criterio que permita graduar la potestad discrecional con que actúa dicho ente fiscalizador al imponer multas, las que pueden elevarse hasta el 30% del valor de la emisión u operación irregular;

6°. Que, conforme a lo razonado en el punto anterior, la norma impugnada vulnera el artículo 19 N° 3°, inciso final, de la Constitución Política que exige



que tanto los delitos como las penas que llevan aparejados estén establecidos expresamente por la ley.

Esta Magistratura ha señalado, en este sentido, que "el principio de legalidad se traduce en un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona." (STC roles N°s 1352, 1432, 1443, 1872, 2615, 2738, 2744 y 2773).

El entendimiento adoptado por el Tribunal Constitucional tiene que ver, entonces, con la previsibilidad de la conducta típica y su consecuencia que es la pena que trae aparejada, las que deben estar expresamente determinadas en la ley a fin de evitar cualquier incertidumbre o falta de seguridad jurídica en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Esto último se manifiesta, a juicio de esta Magistratura, tanto en la aplicación de sanciones penales como de sanciones administrativas, a la que pertenece aquella multa contemplada en el artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, impugnado en estos autos. Así, el principio de la legalidad de las penas se fundamenta en que, por razones de certeza jurídica, los ciudadanos deben conocer las consecuencias exactas de la infracción al ordenamiento jurídico que cometan. Y en ello no cabe diferenciar entre derecho penal y derecho administrativo sancionador.

En efecto, "a las sanciones administrativas les es aplicable el estatuto penal constitucional del art. 19 N° 3, en relación a los principios de legalidad y tipicidad y aplicación del debido proceso, puesto que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son ejercicio del *ius puniendi*." (STC roles N°s 1221, 1223, 1229, 1233, 1245 y 2666).

7°. Que, en este caso, se infringe el principio de





legalidad de las penas pues, como ha quedado demostrado, la ley no fija los parámetros con arreglo a los cuales deban imponerse las multas por la Superintendencia dejando entregada su determinación al libre criterio del órgano administrativo sancionador. En consecuencia, un posible infractor de las normas que rigen al mercado de valores no puede conocer, anticipadamente,, hasta qué monto de multa arriesga con su conducta, pues la ley utiliza términos tan vagos como "hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular." (Artículo 29, inciso primero, del D.L. N° 3538).



Al respecto, cabe tener presente que, en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada a fojas 745, el Consejo de Defensa del Estado aludió al punto X de la Resolución N° 271, de 29 de diciembre de 2015, que "Aprueba el Manual de Fiscalización a Empresas de Menor Tamaño y dispone creación de un banner en la página web institucional y su contenido", en el cual "se fijan los *"CRITERIOS ESTABLECIDOS Y QUE GUÍAN A LA SVS EN LA APLICACIÓN DE MULTAS Y SANCIONES"*, respecto de todas aquellas medidas administrativas que dicho Organismo pueda imponer en virtud del D.L. N° 3538." (Fojas 762 y 763). A juicio de quien suscribe este voto, la sola dictación de esa resolución revela que la Superintendencia de Valores y Seguros reconoce la necesidad de objetivar y transparentar los criterios con arreglo a los cuales puede elevar las multas por infracciones a la normativa de valores hasta el 30% del valor de la emisión u operación irregular.

Por lo demás, la parte requirente observó, con posterioridad, que la aludida Resolución N° 271 regula actividades de empresas de menor tamaño, por lo que no es aplicable a personas naturales, como es el caso del señor Guzmán Lyon (fojas 773) y que se trata de una norma administrativa emitida con más de un año de posterioridad



a la dictación de la Resolución Exenta N° 223, de 2 de septiembre de 2014, que lo sancionó con la multa que se reclama actualmente ante el 16° Juzgado Civil de Santiago (fojas 775);

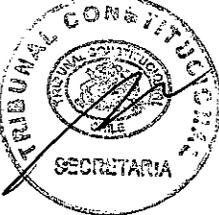
8°. Que de lo que se ha razonado fluye que, en este caso concreto, la aplicación de una multa ascendente a 550.000 unidades de fomento al requirente ha tenido como base lo dispuesto en los artículos 27, 28, 29 y 33 del D.L. N° 2538, según se lee en los numerales 1608 y 1622 de la Resolución antes aludida (fojas 380 vta. y 384 vta.). No obstante, el monto de la multa aplicada excede, con creces, los límites que pueden aplicarse a las personas naturales conforme al artículo 28 del decreto ley de que se trata, según el cual la multa que se imponga debe ser equivalente a 15.000 unidades de fomento, salvo que se trate de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, caso en que la multa puede elevarse hasta 5 veces dicho monto máximo, esto es, 75.000 unidades de fomento.

La sola comparación de cifras consignada previamente revela que, en la gestión pendiente en estos autos, se reclama de una multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros que está muy por encima de los límites máximos establecidos en el artículo 28 del Decreto Ley N° 3538. De ello sólo puede colegirse que aquí no se ha aplicado la primera hipótesis contemplada en el artículo 29 del mismo decreto ley -y descrita en el considerando 2° de este voto- sino que la segunda hipótesis, esto es, que "a elección" de la Superintendencia de Valores y Seguros ha fijado una multa en un rango que va "hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular" que asciende, en el caso del señor Guzmán Lyon a aproximadamente 7.430.791 unidades de comento. Ello supone que la aplicación de esta última parte del inciso primero del artículo 29 del D.L N° 3538 vulnera el



principio de legalidad de las penas, pues la multa se impone sobre la base del exclusivo criterio de la Superintendencia sin sujeción a parámetros objetivos que permitan dimensionar, en forma previa y cierta, los alcances de la infracción a la norma.

B. Infracción al derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política.



9°. Que el derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional reconoce dos expresiones o manifestaciones: a) La igualdad "ante" la ley, esto es el aseguramiento de que la ley, como norma general, dará el mismo tratamiento a todos aquellos que se encuentren en las mismas condiciones y b) La igualdad "en" la ley, según la cual se proscriben las diferencias arbitrarias. En la jurisprudencia comparada, especialmente del Tribunal Constitucional de España, esta última acepción es conocida como la "proscripción de la arbitrariedad.";

10°. Que, en consecuencia, para determinar si existe infracción al derecho a la igualdad ante la ley debe constatarse, en primer lugar, que exista una diferencia de trato entre dos personas que están afectas a la misma situación. Constatada que sea ésta, recién procederá examinar si la diferencia es constitucionalmente legítima o, por el contrario, si es arbitraria o carente de razonabilidad;

11°. Que, en la especie, puede observarse que el artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, establece una diferencia de trato entre personas afectas a una misma situación: ser infractoras de las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan en lo que atañe a su participación en el mercado de valores o haber incumplido las instrucciones y órdenes que imparta

la Superintendencia de Valores y Seguros en esta misma materia.

En efecto, a algunas de estas personas infractoras o incumplidoras del ordenamiento jurídico vigente en materia de valores se les aplican multas, por parte de la Superintendencia, que tienen como base los criterios consignados expresamente en el inciso segundo de los artículos 27 y 28, respectivamente. Es decir, las multas de estas personas se determinan en base a criterios objetivos y preestablecidos por la ley.

En cambio, se da el caso que, a otras personas, también infractoras o incumplidoras del ordenamiento jurídico vigente en materia de valores, se les aplican multas por la Superintendencia, a su elección, que pueden elevarse hasta el 30% del valor de la emisión u operación irregular. Y dicha aplicación se realiza sin atenerse a ningún parámetro o criterio objetivo y cierto preestablecido por la ley;



12°. Que, aclarado que existe una diferencia de trato entre dos personas afectas a una misma situación jurídica, esto es, pertenecientes a un mismo universo de aplicación de la norma, debe examinarse, a continuación, si tal diferencia es compatible con la Constitución o, por el contrario, si es arbitraria;

13°. Que, tradicionalmente, este Tribunal sostuvo, siguiendo al constitucionalista argentino Segundo Linares Quintana, que la arbitrariedad era "el cartabón o estándar de la razonabilidad". En otras palabras, que las diferencias arbitrarias eran las que se encuentran carentes de razonabilidad. Sin embargo, dicha afirmación no ayudaba a despejar si estábamos realmente frente a una infracción constitucional.

Es así como, desde las sentencias roles N°s 790 y



755, este Tribunal ha acudido al principio de proporcionalidad para determinar si tal razonabilidad existe. Por ello es que para determinar si una diferencia es arbitraria debe acudirse a un triple examen: a) la necesidad de la medida diferenciadora impuesta por el legislador, lo que obliga a examinar la finalidad de la norma; b) la idoneidad de la medida, esto es, si es el único medio para el logro de la finalidad perseguida por el legislador; y c) la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si la medida resulta tolerable para el destinatario de la misma, atendida las circunstancias del caso concreto;

14°. Que, en la especie, podrían, en nuestro concepto, entenderse satisfechos los dos primeros estándares: la necesidad y la idoneidad, pero no ocurre lo mismo con el de la proporcionalidad en sentido estricto, pues el gravamen a que se expone al destinatario de la multa no resulta tolerable en el caso concreto. En efecto, se le impone una multa ascendente a un 7,4% del valor de las operaciones realizadas, equivalente a 550.000 UF, sin que existan criterios objetivos que sustenten la libre determinación de la Superintendencia, según se ha razonado a propósito de la infracción al principio de legalidad de las penas.

Por esta razón, y como la sentencia demuestra ampliamente, se ha vulnerado, en este caso, el derecho a la igualdad ante la ley en lo que dice relación con la proporcionalidad de la multa aplicada que no obedece a criterios que satisfagan íntegramente el triple test a que debe someterse una norma infraconstitucional para excluir su arbitrariedad.

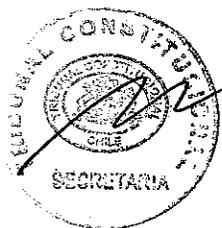
C. Infracción al principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución.

15°. Que no se configura, a juicio de esta Ministra



previniente, una infracción al principio de tipicidad en materia penal porque el término "operación irregular" (contemplado en el inciso primero de la norma impugnada) sea indeterminado e ininteligible como sostiene el requirente (fojas 10).

En efecto, en este caso concreto, la imposición de la multa que afecta al requirente resulta ser la aplicación combinada del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980, y de los artículos 52, inciso primero y 53, inciso segundo, de la Ley N° 18.045, Ley del Mercado de Valores, que tipifican las conductas que se le imputan y que dicen relación con efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios (artículo 52) y con efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento (artículo 53).



Luego; no se configura la aludida infracción al artículo 19 N° 3°, inciso final, de la Constitución, que exige que todo delito por el que se pretenda juzgar y sancionar a una persona esté contemplado en forma expresa por la ley, lo cual puede exigir -como ocurre en la especie- que se apliquen una o más normas legales en forma combinada;

D.- Infracción al derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Constitución

16°. Que, en el caso sometido al juzgamiento de este Tribunal, tampoco se configura, en nuestro parecer, una infracción al derecho al debido proceso legal, asegurado en el inciso sexto del numeral 19° constitucional, desde el momento en que el propio reclamo deducido ante el 16° Juzgado Civil de Santiago -y que constituye la gestión

pendiente en estos autos- persigue la revisión de lo obrado por la Superintendencia de Valores y Seguros "al haberse sancionado a don Roberto Guzmán por hechos que no fueron contenidos en el oficio de formulación de cargos N° 635 del 06 de septiembre de 2013." (Petitorio del reclamo, fojas 512). Precisamente, dicha imputación configura, a juicio del reclamante una infracción al debido proceso legal, por lo que este aspecto, vinculado estrechamente al derecho a defensa del señor Guzmán, ha de ser objeto de la decisión del juez de fondo, a la luz de las piezas probatorias y del íter procedimental desarrollado por la Superintendencia de Valores y Seguros y que desembocó en la dictación de la Resolución Exenta N° 223, de 2 de septiembre de 2014, que aplica sanciones de multa a varias personas, entre ellas, al requirente de autos;



E. Conclusión

17°. Que, sobre la base de los razonamientos que preceden, esta Ministra previene que la acción de inaplicabilidad de fojas 1 debe ser acogida únicamente en cuanto a las expresiones "a su elección" y "o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular" contenidas en el inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, de 1980 por infringir su aplicación, en el caso concreto sometido a este Tribunal, el principio de legalidad de las penas asegurado en el artículo 19 N° 3°, inciso final de la Constitución Política y el derecho a la igualdad ante la ley garantizado en el numeral segundo del artículo 19 constitucional, en lo que dice relación con el principio de proporcionalidad que se debe observar en la aplicación de una multa por una autoridad administrativa como la Superintendencia de Valores y Seguros.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al fallo que acoge la inaplicabilidad deducida, haciendo presente que lo hace basado en la disposición constitucional y en las argumentaciones centrales que se señalan a continuación:

1°. La aplicación del precepto legal impugnado resulta contraria a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 19, N° 3° de la Constitución Política de la República.

2°. La conclusión precedente se fundamenta, en síntesis, en las siguientes consideraciones:



Primero, se constata un grado insuficiente de determinación legal de la norma que establece la sanción, la cual se ve potenciada por su asociación, en este caso concreto, con un tipo infraccional con un grado no menor de imprecisión ("operación irregular"). No existe, a mayor abundamiento, normativa reglamentaria que permita precisar la falta de densidad normativa suficiente respecto de la tipificación de la norma sancionatoria impugnada. Asimismo, el tipo de operación que se ha objetado y sancionado por la autoridad administrativa es inédita, por lo que no es una que haya sido objeto de mayor precisión por medio de un desarrollo interpretativo de carácter jurisprudencial. Igualmente, la historia de la ley tampoco agrega valor sobre el particular.

Segundo, la disposición legal sancionatoria no señala criterios de graduación para fijar la magnitud de la cuantía. Aun si se discutiera la aseveración anterior por estimarse que se aplica lo indicado en otro precepto, no resulta en absoluto improbable la aplicación del precepto legal impugnado sobre la base una interpretación que sostenga lo inicialmente afirmado. A lo anterior, debe tenerse presente que la resolución administrativa por la cual se aplica la sanción carece de una valoración mínimamente determinada y desarrollada respecto de

criterios de graduación a los cuales se alude de manera genérica e inespecífica, lo cual refleja la muy mínima delimitación de los espacios de discrecionalidad abiertos al intérprete por parte de la ley.

En consecuencia, se está en presencia de un diseño legal constitucionalmente defectuoso y que, incluso, se aleja de aquellos usualmente establecidos en legislaciones comparadas.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en base a las siguientes consideraciones:



I.- La sanción impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros como base de la impugnación del requerimiento.

1°. Que a fs. 48 vuelta, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) formula acusación en contra del Sr. Roberto Guzmán por la infracción al inciso segundo del artículo 53 de la Ley N° 18.405, pues a través de las sociedades que controla y administra (Inversiones Silvestre, Inversiones Jaipur e Inversiones del Parque), habría ejecutado un conjunto de transacciones bursátiles con las Sociedades Cascada y otras relacionadas e instrumentales, para llevar a cabo el esquema de operaciones. A fs. 89 y ss., constan los descargos del requirente. A fs. 381 se establece la responsabilidad del requirente como infractor del inciso segundo del artículo 53 y del inciso primero del artículo 52, ambos de la Ley N° 18.405;

2°. Que a fs. 384 vuelta, en el considerando 1623 de la Resolución Exenta N° 223 de 2014, la SVS afirma "la existencia de diversas y reiteradas infracciones a la

normativa, tanto de aquella que regula el gobierno corporativo de las sociedades anónimas como la que rige el mercado de valores [...] dichas transgresiones tuvieron lugar por extensos períodos de tiempo y por diversas operaciones de altos montos [...] implicaron gravísimos atentados a los bienes jurídicos que subyacen a tal normativa, con perniciosas consecuencias a la confianza y transparencia que requieren las sociedades anónimas abiertas y el mercado de valores para funcionar adecuadamente.";

3°. Que, en razón de dichas imputaciones, por medio de la Resolución Exenta N° 223, la SVS impuso sanciones a varios infractores, y en el caso del requirente, por su participación en un supuesto esquema de transacciones bursátiles ilícitas, lo sancionó al pago de una multa de 550.000 UF;

II.- La sanción está definida en el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538.

4°. Que la sanción está definida en el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538 que dispone lo siguiente:

"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."

5°. Que el monto aplicado de una sanción de 550.000 UF al Sr. Roberto Guzmán implica que el rango de la multa establecida en el artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538 no se utilizó directamente, siendo fuente normativa de la multa las dos referencias subrayadas del artículo 29: la



determinación electiva de la sanción por parte de la SVS y el monto de la misma asociada al valor de la operación irregular;

6°. Que, justamente, en la gestión pendiente el requirente dedujo reclamo de ilegalidad ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, alegando en contra de la arbitrariedad e ilegalidad de la multa;

III.- Los derechos constitucionales que se estiman vulnerados por el requirente.



7°. Que el Sr. Roberto Guzmán estima que los derechos constitucionales que se estiman vulnerados constituyen dos capítulos distintos, según lo ha solicitado en el petitorio del requerimiento. Primero, que se vulneraría el principio de proporcionalidad de la multa construyendo tal argumento a partir de la infracción de los artículos 19, numerales 2° y 3° de la Constitución, afincando la proporcionalidad como una medida que se tasa a partir del principio de igualdad de manera que las sanciones se impongan de forma proporcional al ilícito y, segundo, sobre la base del debido proceso, a efectos de que la proporcionalidad se cifa a parámetros racionales y justos en el establecimiento del procedimiento administrativo sancionador. Esta fundamentación, huelga decirlo, no lo sostiene el requerimiento sino que lo auxiliamos en este voto disidente al completar la idea que meramente esboza;

8°. Que la segunda vulneración constitucional la entiende referida al principio de legalidad establecido en el artículo 19, número 3°, inciso 8° de la Constitución, en el entendido que configura una ley sancionatoria abierta, incluso en su pretensión abstracta (fs. 8 del requerimiento). La textura abierta de la sanción la construye doblemente. Por una parte, al basarse la multa en un porcentaje máximo de 30 % que se diseña, seguidamente, sobre la base de la consideración

de la "emisión u operación irregular". En consecuencia, hay dos argumentos. Uno relativo al porcentaje mismo y otro sostenido en el parámetro móvil que lo cuantifica, esto es, la operación irregular. Evidentemente, que en este punto se requieren dos respuestas. El punto es que una de ellas es de constitucionalidad (el porcentaje) y la otra de legalidad (la emisión u operación irregular);

9°. Que a efectos de la cuestión de legalidad cabe identificarla como una cuestión de previo pronunciamiento, en cambio el dilema del establecimiento de una sanción indeterminada desde el punto de vista del principio de legalidad de la sanción la trataremos en conjunto con la supuesta infracción al principio de proporcionalidad;



IV.- Cuestión previa de legalidad: esquema u operaciones irregulares.¿ Cuándo hay operación irregular ?

10°. Que la gestión pendiente tiene su origen en el procedimiento administrativo seguido por la SVS en el denominado caso "Cascadas" por la participación del Sr. Roberto Guzmán en un supuesto esquema de transacciones bursátiles ilícitas, en razón de las cuales fue multada por ésta. No obstante, el requirente plantea que no se encuentra en el supuesto del artículo 29 del DL 3538 puesto que éste alude a "una emisión u operación irregular" y no a un esquema constituido por diversas y múltiples transacciones" (fs. 5 del expediente Rol 2922). La respuesta a esta argumentación tiene dos vías. Primero, la normativa y después la cuestión concreta vinculada a los hechos en que está imputado;

11°. Que normativamente una de las cuestiones que el requirente estima que afectan una dimensión constitucional del artículo 19, numeral 3°, inciso 9°, es la apertura e incerteza en la construcción del ilícito



administrativo. En su concepto, el ilícito administrativo está determinado en el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, al especificar que se ha de tratar de un determinado "valor de la emisión u operación irregular", cuestión que deja en un incertidumbre la verdadera imputación sobre un acto ilícito, un esquema ilícito, una sucesión de actos irregulares, en fin, una ausencia de certidumbre en la especificación de la imputación;

12°. Que el supuesto del requirente es una extrapolación aislada y específica del conjunto de la normativa que vincula a los operadores del mercado de capitales. En primer lugar, porque las conductas respecto de las cuales se le acusa al requirente se corresponden con lo que la propia Ley de Sociedades Anónimas denomina "actividades prohibidas", según se describe en el Título VIII de dicho cuerpo legal. En segundo lugar, se trata de una imputación que se refiere a las dos conductas de dicho capítulo, esto es, la determinación artificial de los precios (artículo 52 de la Ley N° 18.405) y las transacciones ficticias (artículo 53 de la Ley N° 18.405). Tercero, que al constituir estas figuras delitos, el estándar de su establecimiento es propiamente el penal, esto es, el más exigente que requiere la legislación. Por lo tanto, el único modo en que prospere esta impugnación constitucional es obtener su desestimación en el ámbito criminal o en sede administrativa, leer integralmente la acusación y no realizar una interpretación aislada del precepto sin integrar los contenidos propios del sector en el cual desempeña su trabajo. Esto última cuestión exige una explicación adicional;

V.- Operar en el mercado de capitales es una actividad regulada y las infracciones a las normas constituyen operaciones irregulares.

13°. Que, como ha sostenido la





jurisprudencia de nuestro Tribunal, "las superintendencias son órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar a sujetos privados que llevan a cabo actividades particularmente relevantes. Se distinguen por estar dotadas de fuertes atribuciones (normativas, fiscalizadoras, sancionadoras); y por controlar a sujetos acotados. Estos órganos no han sido creados por el legislador en todas las áreas de la economía, sino sólo donde hay bienes jurídicos significativos comprometidos para la sociedad. De ahí que existan en el mercado de capitales (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros); en el ámbito de los servicios concesionados (Superintendencia de Electricidad y Combustibles y Superintendencia de Servicios Sanitarios); en el de la seguridad social (Superintendencia de Salud, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Seguridad Social); y, finalmente, están las que operan en sectores sensibles (Superintendencia del Medio Ambiente, Superintendencia de Casinos de Juego, Superintendencia de Educación, Superintendencia de Quiebras). Desde el punto de vista organizacional, las superintendencias son servicios públicos descentralizados, pues tienen personalidad jurídica, patrimonio propio y están sujetas a un control de supervigilancia o de tutela" (STC Rol N° 2264, c. 9°);

14°. Que acorde a esa dimensión institucional, "entre las potestades que tienen estos organismos en nuestro sistema jurídico, está la de impartir órdenes a los sujetos fiscalizados y la obligación para éstos de acatarlas, bajo apremio de sanción administrativa (por ejemplo, artículo 19, D.F.L. N° 3, Hacienda, 1997; artículo 27, D.L. N° 3.538; artículo 11, Ley N° 18.902; artículo 47, Ley N°





20.255; artículo 57, Ley N° 16.395; artículos 3° y 4°, Ley N° 20.417)" (STC Rol 2264, c. 10°)

15°. Que en tal razón a la Superintendencia de Valores y Seguros le corresponde, por mandato legal, el:

"Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento. Si en el ejercicio de estas facultades de interpretación y aplicación se originaren contiendas de competencia con otras autoridades administrativas, ellas serán resueltas por la Corte Suprema" (literal a) del artículo 4° del Decreto Ley N° 3.538);



16°. Que esta actividad interpretativa de la normativa del mercado de capitales implica que la operación dentro del mercado de capitales es una actividad que nace regulada y que no está sujeta a un estatuto desregulado ni menos puede entenderse como un ejercicio de una libertad civil natural;

17°. Que, a mayor abundamiento de la dimensión normativa, el propio legislador ha definido los delitos a partir de los denomina actividades prohibidas. A saber;

"TITULO VIII

De las actividades prohibidas.

Artículo 52.- Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.



Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán efectuarse actividades de estabilización de precios en valores de acuerdo a reglas de carácter general que imparta la Superintendencia y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública.

Artículo 53.- Es contrario a la presente ley efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, ya sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas.

Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento."



18°. Que de la misma manera que la Superintendencia tiene el deber de estimar el monto de los beneficios, tratándose de casos relativos a uso de información privilegiada (artículo 4°, literal q) del Decreto Ley N° 3.538 en relación con el Título XXI de la Ley N° 18.405), como también debe hacerlo para imputar las actividades irregulares propias del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538;

19°. Que, en consecuencia, la denominación de una operación irregular en el mercado de capitales no puede restringirse a una parte del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, sin atender al conjunto de la legislación, incluyendo las instrucciones y órdenes de la Superintendencia del ramo. Los sujetos regulados están vinculados por el ordenamiento jurídico que los rige y en sus actividades dentro del mercado de capitales están subordinados a las instrucciones y órdenes que se deriven de la Superintendencia respectiva. Con lo cual, la



hipotética apertura del ilícito administrativo se configura sólo en una interpretación reduccionista ya que no toma en cuenta explícita los artículos 4° literales a), 27, 28 y 29 del Decreto Ley N° 3.538 y los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045, sin contar las instrucciones y órdenes específicas de la Superintendencia de Valores y Seguros. Huelga decir que no realizó ninguna impugnación de estas otras normas;

VI.- El examen de la operación irregular rebasa las competencias de la justicia constitucional;



20°. Que, ahora examinando los elementos fácticos del caso concreto, cabe señalar que este asunto no constituye una de las materias que sea susceptible de ser enjuiciada desde el punto de vista constitucional, por más que se identifique el artículo 19, numeral 3°, inciso octavo de la Constitución como vulnerado. Lo anterior, por varias razones. Primero, porque la SVS dedica más de 1600 considerandos a explicar la naturaleza del esquema del ilícito. Segundo, porque este Tribunal solicitó como medida para mejor resolver el conocimiento del expediente administrativo que derivó en la aplicación de la multa el que está integrado por un conjunto amplio de imputados, con múltiples terceros involucrados, entre ellos, cinco Administradoras de Fondos de Pensiones del país, en una tramitación que alcanza las 22.738 fojas. Tercero, porque la hipótesis sobre una o varias operaciones irregulares implica adoptar un criterio interpretativo legal y no constitucional de los artículos 4, literales a) y q), 27, 28 y 29 del DL 3538, así como de los artículos 52 y 53 de la Ley 18.045. Cuarto, porque la gestión pendiente está en la sede correcta que permite realizar ese examen, esto es, ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, puesto que se trata de un ejercicio de

subsunción de los hechos en el derecho aplicable. Y, finalmente, porque siendo esta magistratura un tribunal de derecho no le compete dedicarse a una cuestión de hechos que es propio del dominio de la legalidad;

VII.- Reclama la multa no el tipo infraccional.

21°. Que la constatación anterior se refuerza por el hecho que el requirente solo impugna la multa y no el ilícito administrativo que se le imputa. Por de pronto, el Sr. Roberto Guzmán tiene libertad para solicitar la inaplicación de la norma que estime pertinente y jamás podría cuestionarse el sentido de la litigación que lo defiende. Lo relevante es otra cuestión, a efectos constitucionales, que una dimensión es alegar la textura abierta en la construcción de la conducta ilícita y otra distinta es la sanción resultante en un contexto en donde el juzgador tiene libertad para moverse dentro de los límites legales a efectos de imponer la sanción. Si bien ambas se definen de acuerdo al principio de legalidad, los criterios y garantías constitucionales que permiten su construcción son diferentes. Si no cuestiono el ilícito administrativo parto de la base que la estimación administrativa de la conducta típica calificada como tal es correcta pero su pena está insuficientemente aplicada por ser desproporcionada, carente de límites o con exceso de poder y, por ende, susceptible de ser declarada inconstitucional. Reconoce los hechos y coherentemente acepta la subsunción jurídica de los hechos en la norma (con la salvedad de la cuántas operaciones irregulares son) y rechaza la multa por desproporcionada. Cabe recordar que la textura abierta de los ilícitos opera de manera binaria: existe infracción o no. En cambio, la dimensión abierta de la sanción opera de manera alternativa: la sanción no es desproporcionada en sí



misma sino que lo puede ser en una relación objetiva vinculada a un parámetro. El cuestionamiento no puede realizarse, por tanto, a un porcentaje de la multa sino que a su desproporción en relación con algo y ese algo es la conducta que el propio requirente estima que sí efectuó;



22°. Que, asimismo, la determinación del marco punitivo es resorte del legislador y la determinación individual de la pena le compete al juez o a la autoridad administrativa sancionadora. Cualquier decisión que éste adopte dentro del marco punitivo y siguiendo las reglas legales es, potencialmente y a primera vista, admisible. Lo anterior, porque la sanción de una conducta estimada ilícita por todos debe juzgarse en consonancia con la misma, y para ello el legislador le entregó un abanico punitivo que debe vincularse con los bienes jurídicos que cautela la norma;

23°. Que, a partir de este punto examinaremos el dilema de la proporcionalidad planteado por el requirente. Utilizaremos dos modalidades de planteamientos, sostenidas en las categorías exigidas por el requirente. Recordemos que el Sr. Guzmán construye su reproche basado en el principio de proporcionalidad y asentado en el debido proceso. Siendo este dilema una cuestión de racionalidad y justicia de los procedimientos administrativos y sancionatorios realizaremos dos apartados para rechazar el requerimiento fundado en la racionalidad del procedimiento sancionatorio y la proporcionalidad y justicia del mismo;

VIII.- Racionalidad del procedimiento sancionatorio.

1.- La norma impugnada en consonancia con los artículos 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538: una interpretación racional con criterios.

24°. Que el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538 es esencial para configurar la sanción. De esta manera, resulta clave entender tal artículo bajo una recta interpretación de todos los preceptos involucrados. Lo anterior, es una exigencia gnoseológica porque la interpretación constitucional exige una interpretación conforme a la Constitución, esto es, de aquellas interpretaciones plausibles de escoger como las que más se avengan con el ordenamiento constitucional sin llegar a un ejercicio de *ultima ratio* de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal cuando lo que se está haciendo no es más que declarar la inconstitucionalidad de una de sus posibles interpretaciones, habitualmente, de aquella que parece excéntrica;



25°. Que, en tal sentido, el propio artículo 29 aludido se vincula con los anteriores al indicar que: "No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa (...)". La clave de la interpretación correcta reside en cómo concebimos el mandato normativo de la expresión "no obstante";

26°. Que, la expresión "no obstante" identificada en el precepto, tiene una función semántica y otra gramática. En la semántica, es un conector. Y en la gramática, un adverbio. Al ser conector, su función semántica es vincular el artículo 29 con los anteriores 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538, como parte de una lectura integrada. Esto es, hace suyos los contenidos narrativos de los artículos mencionados como un solo todo. Solo a partir de ahí ejerce su función gramatical, concebida como un adverbio de coordinación adversarial. La condición adverbial de esta coordinación de opuestos puede ser, a su vez, de dos tipos: excluyente o restrictiva. La función de un nexo adversativo es, por tanto, para restringir o suprimir las posibles

interpretaciones semánticas que se podrían otorgar a los elementos enlazados (Sanja Maričić (2011), "PERO", "SIN EMBARGO" Y "NO OBSTANTE" COMO CONECTORES DISCURSIVOS <http://facta.junis.ni.ac.rs/lal/lal201102/lal2011022.pdf>)

. De esta manera, hay que leer en conjunto los artículos para identificar lo adverso, en qué se oponen y si la oposición es excluyente o restrictiva;

27°. Que para visualizar mejor los artículos cabe contrastarlos en la siguiente tabla descriptiva:

**Comparación adversarial de los artículos 28 y 29
del DL N° 3538**



Art. 28	Art. 29	Efecto
<p align="center">Sujetos</p> <p>obligados: "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. (...) Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán ser aplicadas a la sociedad, empresa, entidad, personas</p>	<p align="center">Sujetos</p> <p>obligados: Nada dice.</p>	<p align="center">Los sujetos obligados son los mismos que identifican los artículos 27 y 28 del DL 3538, porque no hay oposición.</p>

<p>jurídicas o naturales, administradores o representantes, según lo determine la Superintendencia."</p>		
<p>Conductas sancionadas: "(...) 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."</p>	<p>Conductas sancionadas: Nada dice.</p>	<p>Las conductas sancionadas por estos artículos se extienden al artículo 29.</p>
<p>Sanciones principales: "(...) 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</p>	<p>Sanciones principales: Nada refiere el artículo 29.</p>	<p>Las sanciones identificadas en otros cuerpos legales o reglamentarios subsisten y pueden ser aplicadas.</p>



<p>sanciones."</p>		
<p>Sanciones administrativas que no son multas: "1) Censura (...); 3) Tratándose de personas nombradas o autorizadas por la Superintendencia para ejercer determinadas funciones o actuaciones, ésta podrá aplicarles también las sanciones de:</p> <p>a) Suspensión de su cargo hasta por un año, y</p> <p>b) Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave."</p>	<p>Sanciones administrativas que no son multas: nada dice el artículo 29.</p>	<p>Se pueden aplicar estas sanciones.</p>
<p>La multa: "2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a</p>	<p>La multa: "(...) podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30%</p>	<p>Hace directamente aplicable el artículo 28 ("de acuerdo a los límites en ellos establecidos") o</p>



<p>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".</p>	<p>del valor de la emisión u operación irregular.</p>	<p>lo hace depender del valor de la operación irregular. Por supuesto que es excluyente la adopción de una u otra multa.</p>
<p>Quién aplica la multa: la Superintendencia de Valores y Seguros.</p>	<p>Quién aplica la multa: "(...) la Superintendencia, a su elección."</p>	<p>Es un conector que amplía las potestades de la SVS puesto que puede aplicar las multas del artículo 28 o las del artículo 29.</p>
<p>Criterios de aplicación de la multa: "El monto específico de la multa a que se refiere el número 2), se determinará apreciando fundamentalmente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del</p>	<p>Criterios de aplicación de la multa: "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."</p>	<p>En consecuencia, se aplican todos los criterios reseñados en el artículo 28 y solo se matiza el factor de la reiteración restringiendo el período que abarca.</p>



<p><i>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."</i></p>		
--	--	--



28°. Que, en resumen, el artículo 29 del DL 3538 al utilizar un conector y un adverbio adversarial no excluyente, solo limita la aplicación por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros a una u otra de las multas referidas en artículos distintos, así como refiere de manera diferente el período de la reiteración. Por tanto, no es posible concebir como un criterio de justificación del requerimiento el construir una supuesta inconstitucionalidad basada en la ausencia de parámetros de determinación abstractos de una multa. Esa interpretación reconduce hacia una multa descriteriada, en circunstancias, que la multa del artículo 29 solo se puede concebir dentro de los parámetros que fijan los artículos 27 y 28 del DL. 3538. En lo demás, respecto del caso concreto, el artículo 28 es perfectamente aplicable en un sentido lógico, semántico y gramatical correctamente interpretado, según veremos más adelante;

2.- La racionalidad de los fines del procedimiento.

29°. Que disociar las conductas de los fines al servicio de los cuales está el artículo 29 del DL 3538 constituye un despropósito, puesto que las sanciones no funcionan aisladas de la tipificación de las conductas que justifican la disuasión. El debido proceso, exigido por el artículo 19, numeral 3°, inciso 6° de la Constitución, establece que es deber del legislador configurar "siempre" las garantías de un racional y justo procedimiento;

30°. Que la racionalidad del procedimiento parte desde sus fines y objetivos. Para ello, el legislador ha desarrollado un organismo como la Superintendencia de Valores y Seguros con poder de fiscalización sobre el mercado de valores teniendo en vista tres objetivos diferentes. Por una parte, la fe pública, confianza y transparencia en los mercados a objeto de constituir una fuente de financiamiento sólida, creíble y fidedigna. En segundo lugar, la protección de los accionistas minoritarios en el mercado de valores. Y, finalmente, como fuente de rentabilidad de los fondos de pensiones del sistema de seguridad social chileno;

31°. Que en cuanto a su dimensión económica es fundamental que el mercado de valores funcione basado en la confianza y la fe pública, puesto "que los inversionistas evalúan la viabilidad financiera del emisor en base a la información disponible (...) Se trata de establecer reglas y normas claras [por parte de la SVS], lo suficientemente flexibles, objetivas y generales; manteniendo la transparencia del mercado, con el fin de fomentar el ahorro y la asignación eficiente de los recursos y la adaptación y adecuación del mercado nacional a la evolución local y la economía internacional" (Novoa, Raúl y Novoa, Gabriela (1995), *Derecho del mercado de capitales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.64-65). En algunos países la



regulación de este mercado ha considerado la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, como la confianza en el mercado, el correcto funcionamiento del mercado de valores, la transparencia del mercado, la seguridad de las transacciones, entre otros [VEGA GUTIÉRREZ, José (2010): «El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho español (Art. 285 CP)» Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, pp. 117-18];

32°. Que dentro de las dimensiones económicas, la protección de los accionistas minoritarios resulta fundamental. Lo anterior, puesto que la sociedad anónima abierta tiene por elemento característico la concurrencia en el mercado de capitales de un gran número de accionistas que personalmente carecen de una participación relevante en el capital de la sociedad. Por lo tanto, no están en condiciones de influir en la administración de las respectivas sociedades quedando vulnerables a la información, manejos y decisiones de los accionistas mayoritarios. En consecuencia, la protección de sus intereses constituye un fin económico esencial para mantener la presencia de estos accionistas y su confianza en el mercado de capitales mismo;

33°. Que un régimen de mercado de capitales supone satisfacer todas las funciones que el legislador le ha asignado. Más allá de su dimensión financiera, resalta constitucionalmente su función de seguridad social. La administración de los fondos de los trabajadores, esencial para el ejercicio del derecho de seguridad social, ha sido confiada con el objeto de obtener una rentabilidad y seguridad en sus fondos bajo un régimen de garantías. Lo anterior, es solo la contrapartida natural de la norma constitucional que permitió que el legislador pueda "establecer cotizaciones obligatorias" (artículo 19, numeral 18° de la





Constitución). Esta rentabilidad y seguridad es una obligación legal que se exige (artículo 45 del Decreto Ley N° 3.500) bajo la cautela de que uno de los máximos inversionistas institucionales del mercado de capitales chileno tuvieran un tipo de administración que protegiera los ahorros de los trabajadores. Por tanto, las administradoras de fondos de pensiones asumen responsabilidad por administración hasta la culpa leve (artículo 147 del DL N° 3.500), deben demandar a las personas que generen perjuicio a dichos fondos (artículo 148 del DL N° 3.500); están obligadas a indemnizar al fondo de pensiones por los perjuicios que sus administradores ocasionen (artículo 149 del DL N° 3.500); tienen deberes de reserva (artículo 151 del DL N° 3.500), tienen limitado el tipo de instrumentos en los que invierten (artículo 45 del Decreto Ley N° 3.500), y tienen un conjunto amplio de deberes que reposa en la estructura sana y transparente del mercado de valores. Por tanto, las distorsiones provocadas por ilícitos generan daño a los fondos de pensiones. Aunque las multas no requieran la existencia de un perjuicio para proceder a la sanción con mayor razón se ha de justificar cuando ello acontece, según veremos (Alcalde Rodríguez, Enrique (2013), *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Ediciones UC, Santiago, p. 319);

34°. Que, en consecuencia, no es razonable construir una supuesta vulneración constitucional solo en lo multado, olvidando que la conducta que motiva tal sanción está al servicio de unos fines constitucionales (derecho a la seguridad social) y legales (protección de los accionistas minoritarios, transparencia y credibilidad del mercado) que son la base para verificar el qué y el porqué de la multa;

3.- La racionalidad de la determinación legal de la sanción.



35°. Que la impugnación del requirente al restringir el cuestionamiento de legalidad a la determinación de la pena, y no a la tipicidad de la conducta apunta al carácter abierto de la sanción. En este punto, cabe contrastar dos asuntos diferentes. Lo primero es que la multa se determine por el legislador. Y lo segundo es que la textura abierta lleve a que la determinación de la sanción la realice el administrador;

36°. Que en relación al primer punto, esto es el principio de legalidad en estado puro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado que para satisfacer el principio de legalidad la sanción debe estar contenida en la ley, y no en reglamentos (STC 244, c. 10°), y que la determinación de las penas es de resorte exclusivo del legislador (STC 786, c. 30°);

37°. Que, en línea de principio, el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538 cumple con estos requisitos formales, puesto que efectivamente la sanción está contenida en la ley. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, por ejemplo, para Alcalde Rodríguez la observancia de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador importa "rechazar todo intento de establecer sanciones mediante normas de jerarquía inferior a una ley [...] ninguna ley puede permitir a un reglamento prever infracciones y sanciones ex novo (sería una ley inconstitucional por vulnerar la reserva de ley) y ningún reglamento puede contener una regulación sancionadora sin autorización de la ley o ir más lejos de su simple desarrollo." [ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2011): «Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa», en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 24, pp. 63-78, p. 66]. Del mismo modo, Iván Aróstica ha señalado que "no cabe aplicar otras sanciones



administrativas que las expresamente contempladas en los cuerpos legales, pues lo contrario vulneraría el artículo 7° de la Constitución. [...] Una vía práctica -para no dejar infracciones sin sanción- consiste en introducir en la ley una cláusula general, con una sanción para todos los casos en que no se haya previsto una específica." [ARÓSTICA, Iván (1987): «Algunos problemas del derecho administrativo penal», en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182, pp. 71-81, p. 79]. De este modo, si el máximo de la multa y los criterios para aplicarla están contenidos en la ley, se satisface el principio de legalidad;

4.- La racionalidad de la individualización de la sanción por parte del administrador.

38°. Que el otro dilema, diferente al principio de legalidad, es que la sanción del artículo 29 sea indeterminada, esto es, que no identifique un *quantum* específico y fijo sino que éste se hace depender del valor de las emisiones u operaciones irregulares. Nos parece que esta cuestión no tiene respuestas fáciles como tampoco lo tiene la demostración de que se han producido infracciones inconstitucionales;

39°. Que esta consideración del artículo 29 del DL 3538 parte de un análisis abstracto. Lo primero, en cuanto al respeto del principio de legalidad, una modalidad de infracción podría consistir en la deslegalización, esto es, en el hecho de que formalmente hay un marco legal vacío, pero que, en la práctica, está diseñado de tal modo que otorga poderes superlativos al administrador para fijar la sanción con los poderes habilitantes del legislador. Lo cierto, es que un mecanismo de tal naturaleza no se encuentra presente en el artículo 29 del DL 3538, por el simple hecho de que no hay poderes reglamentarios previstos en él, respetando



inescrupulosamente el principio de legalidad de la sanción;

40°. Que otra derivada es que no es razonable olvidar la distinción entre determinación legal de la pena y la individualización de la misma. El respeto al principio de legalidad de las sanciones se da en el primer tópico. En cambio, el marco de individualización judicial o administrativa de la pena o sanción parte de la base del respeto del principio de legalidad. Las penas no las asigna el legislador sino que las individualiza el administrador o el juez, siendo una discrecionalidad esencial para la determinación de la justicia, ponderando culpabilidad y dignidad humana [Mazuelos Coello, Julio (2008), "La teoría de la pena en un derecho penal funcional abierto" en Montealegre, Eduardo y Caro, José Antonio (2008), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Universidad Externado de Colombia, pp.186-188). Por tanto, no es razonable concebir que la discrecionalidad para moverse dentro del marco penal sea un incumplimiento de la certeza de la sanción;



41°. Que cabe constatar, en este punto, que tal individualización de la pena está rodeada de la garantía de la reclamación judicial, tal cual la ha ejercido el requirente;

5.- La racionalidad de las sanciones graduadas y proporcionales.

42°. Que el cuestionamiento del requirente es que la multa "hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular" (artículo 29 del DL 3538) constituye una cifra incierta e indeterminada, configurando desde lo abstracto una pena abierta, especialmente carente de techo, sin deslindes ni orillas, vulnerando el sentido más práctico del principio de legalidad penal, esto es, la previsibilidad de la sanción. La indeterminación parece ser solo del techo puesto que en auxilio del

artículo 28 del DL 3538 solo operaría a partir de la determinación de la multa máxima de 15.000 UF incluso quintuplicada;



43°. Que un argumento de esta naturaleza se ha de basar en la estructura de las penas y sanciones en Chile. Si los principios del derecho penal se aplican con matices al derecho administrativo sancionador, resulta claro que habría que analizar cómo desarrolla el legislador penal el punto. Pareciera que el estándar exigido por el requirente es aquél que deviene en una multa predeterminada en un patrón fijo. Sin embargo, hay buenas razones que desestiman que ese sea un modelo racional y justo. Si la multa es una sanción cuantificable en un patrón fijo recaería de manera desigual sobre los que menos tienen sin importar la naturaleza del injusto cometido y, adicionalmente, dejaría de cumplir su finalidad preventiva positiva a favor de respetar la ley, siendo mucho más sencillo infringirla y pagar la multa que adecuarse al Estado de Derecho. Por lo mismo, nuestro sistema de multas del Código Penal tiene una modalidad mixta de marco de graduación y de sistemas de valor proporcional indeterminado. Este último sistema, al que pertenece la multa del artículo 29 del DL 3538, "toma como referencia el valor monetario del daño producido o de una cosa involucrada en el delito, como la cosa sustraída, una renta, el beneficio o utilidad obtenido del delito" [Carrasco Jiménez, Edison (2013), *Multa y penas sustitutivas*, Librotecnia, Santiago, p. 35.];

44°. Que, en consecuencia, si lo cuestionado es la indeterminación de un techo de una sanción, tal situación acontecería en las siguientes figuras de nuestro sistema penal: en el artículo 154 del Código Penal que castiga con "multa del tanto al triple de la pena impuesta", en el artículo 235 del Código Penal que castiga con multa



del "diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído"; el 239 inciso cuarto que asocia la multa "del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado"; el 240 en su inciso primero que vincula la multa del "diez al cincuenta por ciento del valor del interés que retomado en el negocio"; el artículo 241 con multa "del duplo al cuádruplo de los derechos o de los beneficios obtenidos"; o el artículo 241 bis del Código Penal que sanciona con la "multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido"; o el artículo 247 bis que castiga con "multa del tanto al triplo del beneficio obtenido"; o el cohecho del artículo 248 que sanciona con la multa "de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitado o aceptado"; o el artículo 248 bis que castiga con multa "del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado"; o el artículo 249 y así suma y sigue con los delitos configurados en los artículos 250, 250 bis, 250 bis A, 282 ó 317 [Carrasco Jiménez, Edison (2013), *Multa y penas sustitutivas*, Librotecnia, Santiago, p. 39.]. Ninguna de estas penas tiene determinación precisa, incluso no sabemos dónde comienzan ni dónde termina el *quantum* de la pena. Pero nada de ello las vuelve inconstitucionales porque todas tienen criterios que las vuelven determinables.

45°. Que en algunos pasajes del requerimiento y del informe (fs. 745) alegan que el administrado no puede conocer a priori la gravedad de la sanción, pues esta depende enteramente de la discrecionalidad de la Administración, lo que vulneraría el principio de tipicidad e irretroactividad de la ley. Esta afirmación es falsa. En primer lugar, porque el precepto impugnado, y su complemento, establecen criterios de rango legal que hacen determinable la sanción. En segundo lugar, algunos de esos criterios son la gravedad y las consecuencias del hecho, los cuales se conocerán sólo después de cometida la infracción. En tercer lugar, el ámbito en que se





cometen tales infracciones no corresponde a la libertad general de los particulares, sino que a un mercado regulado, con deberes legales específicos y prohibiciones establecidas en la ley, contenidas en los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045. De este modo, para el administrado es previsible que será sancionado al infringir tales prohibiciones, y la entidad de la multa puede ir desde un mínimo de censura, hasta un máximo de revocación del nombramiento. Por lo mismo, no cabe la objeción que parte de la doctrina realiza que la pena debe ser determinada y no determinable ((Alcalde Rodríguez, Enrique (2013), *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Ediciones UC, Santiago, p. 340), ya que el mandato constitucional es que exista previsibilidad de la conducta y la sanción;

46°. Que, por último, una sanción que depende del beneficio malamente obtenido, del valor de la cosa sustraída o de una ganancia ilícita convierte la pena en una determinación aritméticamente proporcional que se ciñe al disvalor de la conducta típica;

6.- El artículo 29 del DL 3538 cumple con el estándar de la racionalidad del procedimiento.

47°. Que, en síntesis, la primera gran reclamación en torno al debido proceso tiene que ver con la construcción de un estándar de racionalidad del debido proceso. Éste se satisface porque la interpretación razonable del precepto supone que la sanción del artículo 29 debe ponderar *"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"* (artículo 28 del DL 3538). En segundo lugar, la sanción respeta el principio de legalidad de las mismas al configurar ella misma la sanción sin abandonar ninguna parte de su complemento a



norma reglamentaria alguna. En tercer lugar, es racional el procedimiento que le entrega al administrador la discrecionalidad, suficientemente tasada, para que pondere el caso concreto permitiéndole recorrer el arco de la multa, según los criterios ya reseñados. Cuarto, que la pena, aun cuando no sea determinada en su techo y sí en su punto de partida, es previsible y está asociada al injusto siendo perfectamente determinable. Quinto, que dentro de la gravedad de la multa el legislador ponderó los fines que implica precaver la transparencia y competitividad de los mercados así como la afectación de los derechos previsionales de los trabajadores, cuya garantía de dichos derechos depende de la seguridad y rentabilidad del funcionamiento del mercado de valores;

IX.- Proporcionalidad y justicia del procedimiento sancionatorio del artículo 29 del DL 3538.

48°. Que en este apartado final, antes del análisis en concreto del caso, visualizaremos la justicia del procedimiento a partir del examen técnico de la proporcionalidad, a objeto de verificar la vulneración de los artículos 19, numerales 2° y 3° de la Constitución en cuanto referido al debido proceso;

1.- La reclamación de proporcionalidad exige la prueba mediante el test de proporcionalidad.

49°. Que la primera determinación acerca de la justicia y proporcionalidad debe ser una cuestión metodológica. No es razonable que el requerimiento se funde en la vulneración del principio de proporcionalidad sin que se realice un test de proporcionalidad. Tampoco compartimos que en la sentencia simplemente se identifique el triple test sin desarrollar cómo se produce para este caso;



2.- El test de proporcionalidad en materias penales o de derecho administrativo sancionador como test débil o matizado.

50°. Que el test de proporcionalidad es un mecanismo interpretativo que permite racionalizar el control normativo que acredita que una relación entre el fin previsto por el legislador y los medios dispuestos para lograrlo respetan los derechos fundamentales. El test permite controlar al legislador y también la actividad interpretativa de quién juzga. Lo contrario sería entender que el término proporcional o desproporcional en boca de un juez es un juicio de valor cuando debe ser un juicio de razón;



51°. Que el test de proporcionalidad está compuesto por un triple test: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en un sentido estricto. El primero, supone que el medio (la multa) sea idóneo para lograr el fin del legislador. El segundo implica que se adopte el medio alternativo, de aquellos calificados como idóneos, que sea menos lesivo a los derechos fundamentales. Y, por último, el tercero implica un mandato de ponderación que realice un juicio de razonabilidad entre los principios, derechos y valores que entran en juego en el caso concreto;

52°. Que no todos estos juicios son susceptibles de ser realizados por esta magistratura constitucional en materias penales o de derecho administrativo sancionador. Lo anterior, implica adoptar un criterio interpretativo que reconoce que las condiciones del juicio de proporcionalidad en un sentido estricto se deben dar cuando concurren todos los elementos de prueba que, en estas materias y solo en éstas, el juez penal o el administrador pueden desarrollar. Desde este punto de vista, el juicio de proporcionalidad, así como los otros



sub-juicios, en sede constitucional, se deben realizar de un modo matizado o débil, según explicaremos;

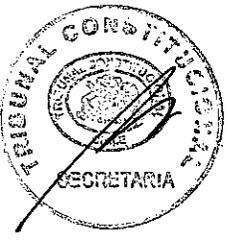
53°. Que la ley penal y la sanción administrativa deben interpretarse a la luz de la Constitución es el punto de partida de todo control de constitucionalidad. De la misma manera, que el reconocimiento de que la norma fundamental les deja un amplio campo de discrecionalidad al juez para actuar conforme a sus limitaciones. En tal sentido, muchas magistraturas tienen un comportamiento similar al adoptado en este voto puesto que su función es que "la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (Sentencia del Tribunal Constitucional de España 55/1996, fundamento jurídico 8°). Asimismo, en el caso colombiano, la Corte ha sostenido que "la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces" (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-103, de 1997). O las apreciaciones y sutilezas que ha construido y, a partir de ellas, difuminado por el mundo jurídico el Tribunal Constitucional alemán, algunas de las cuales indicaremos;

3.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal no puede ser menos garantista que la jurisprudencia del Derecho Administrativo Sancionador.

54°. Que esta magistratura ha establecido que "sólo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal en casos de extrema gravedad en que se pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta." (STC



2022, c. 30°). Ha afirmado que al TC sólo le compete "cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano." (STC 786 c. 30°);



55°. Que en este sentido, ha estimado proporcionada la sanción del art. 450 CP, que en delitos contra la propiedad equipara las penas del delito consumado a los delitos en grado de tentativa y frustrado (STC 825), la agravación de penas según el resultado de la conducta (STC 1584), y al contrario, ha estimado desproporcionada la disposición que permite al juez de familia imponer sanciones de distinta naturaleza (amonestación, multa, etc.), sin criterios de gradualidad "entregando total libertad al juez de familia para aplicar unas u otras o más de una" (STC 2743, c. 30°);

56°. Que, en consecuencia, si aplicamos los criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, con matices, no resulta razonable tener una jurisprudencia indulgente con la decisión que adopta el legislador respecto de los máximos bienes jurídicos de que dispone el *ius puniendi* estatal. Y, por el contrario, ser severos con el mismo ejercicio del legislador en materia sancionatoria si lo único que está en juego son bienes jurídicos de menor entidad. Esta dimensión jurisprudencial no se corresponde tratándose de figuras ilícitas administrativas que, a la vez, son constitutivas

de actividades prohibidas sancionadas por el Derecho Penal. No es proporcional el tratamiento de bienes jurídicos a proteger, máximo si una de las grandes conquistas del Derecho Penal es juzgar las conductas y no los autores. No hay matices en obviar la mirada sobre los autores y fijarlas en sus conductas y bienes jurídicos, por más poderoso que parezca el requirente;

4.- La idoneidad de la medida de imponer la multa agravada del artículo 29 del DL 3538.



57°. Que la proporción debe basarse en una relación de medios (sanciones) a fines (objetivos previstos por sancionar determinadas conductas). En tal sentido, insistimos que no hay un juicio racional de proporcionalidad aislado de sus fines. Este juicio de idoneidad puede hacerse de varias maneras. Lo que hay que comprobar es que el medio fomenta el fin. Y ello puede lograrse de un modo cuantitativo: "la multa del artículo 29 puede fomentar el fin más que la multa del artículo 28". O de un modo cualitativo, "la multa del artículo 29 puede fomentar mejor el fin que la multa del artículo 28". O de una manera probabilística, esto es, "la multa del artículo 29 va a fomentar el fin con alto grado de seguridad más que la multa del artículo 28". [Clérico, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, p. 325). Lo que existe claridad es que no puede exigirse que la medida sea cuantitativa, cualitativa y probabilísticamente idónea, puesto que aquello es resorte del legislador. El Tribunal Constitucional no puede sustituir la función normativa para escoger el medio exacto que contribuye a un fomento de la solución más significativa, mejor de todas y la que con certeza satisface el fin perseguido. Tal exigencia pervierte las competencias de esta magistratura. Por tanto, el juicio de idoneidad exigido es un juicio débil



o no tan intenso. Basta que la medida sea cuantitativa, cualitativa o probabilísticamente adecuada, entendidas de un modo alternativo y no copulativo;

58°. Que explicado así, debemos preguntarnos si una multa de 15.000 UF fomenta las manipulaciones de mercado que superan con largueza esa cifra. O por el contrario, si es idóneo aplicar un tipo de multa que se ciñe matemáticamente a la infracción, como la sombra al cuerpo, aplicando un parámetro móvil cuantificable en función del ilícito cometido. El legislador se pone en el escenario de que una multa de esa envergadura no tenga ninguna capacidad disuasoria frente a millonarios perjuicios en donde pagar esa multa es casi una opción de política del infractor. Los fines del mercado de valores son la transparencia y una vía competitiva y abierta de financiación y valoración de las acciones de una empresa. La distorsión de esa finalidad frustra los propósitos de los accionistas y de los que, en última circunstancia, depositan sus ahorros obligatoriamente en un mercado que debe ofrecerles rentabilidad y seguridad en sus inversiones válidas para la seguridad social y no, por el contrario, ser susceptible de fraude y manipulación. Por tanto, la multa superior es idónea para alcanzar estos fines y es cualitativamente mejor que aquél tipo de multa que no se compecede con la cuantía del ilícito;

5.- La multa chilena no garantiza la consecución de objetivos de resarcimiento y disuasión necesaria en su comparación con alguna legislación extranjera.

59°. Que cuando la idoneidad sirve para la finalidad que previó el legislador cabe pasar al examen del sub-juicio de necesidad o de alternatividad. Por tanto, debemos preguntarnos acerca de cuál de las medidas igualmente idónea sirven a los fines previstos por el legislador pero de una manera tan efectiva como menos lesiva. Para verificar las reglas de la lesividad podemos



compararla de dos maneras: primero, en relación con las conductas similares sancionadas por la legislación extranjera. Y, en segundo lugar, analizarlas en sí mismas comparadas con las otras modalidades de sanción al interior del procedimiento de protección del mercado de valores;

60°. Que en España, por ejemplo, la manipulación del precio de mercado y el uso de información privilegiada son sancionadas penalmente. El artículo 284 de su Código Penal establece pena de cárcel de 6 meses a dos años a quienes alteren precios, y en el artículo 286 del Código Penal se establece la pena de 1 a 4 años de cárcel y multa del triplo del beneficio obtenido a quienes usen información privilegiada para alterar los precios. En sede administrativa, la Ley del Mercado de Valores establece sanciones para infracciones muy graves, graves y leves. La multa por infracciones muy graves consiste en el monto mayor de los siguientes valores: (i) el quíntuplo del beneficio bruto obtenido con la infracción; (ii) el 5% de los recursos propios de la entidad infractora; (iii) el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción; (iv) 600.000 euros. Además de estas multas, la Administración puede imponer sanciones adicionales a las personas naturales detrás de los actos u omisiones que constituyen la infracción. Estas son (i) multa de hasta 400.000 euros; (ii) suspensión en el ejercicio del cargo; (iii) separación del cargo con inhabilitación para ejercer en la misma entidad por hasta 5 años; (iv) separación del cargo con inhabilitación para ejercer en cualquier entidad por hasta 10 años; (v) amonestación pública. Para imponer las sanciones existen distintos criterios, incluyendo el principio de proporcionalidad, que considera especialmente el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad o persistencia en la conducta infractora, la naturaleza de





los perjuicios causados, y la reincidencia en un período de 1 año;

61°. Que en caso del Reino Unido el régimen sancionatorio de conductas similares se basa en tres principios: (i) *Disgorgment*, que corresponde a la privación total del beneficio obtenido con la infracción. Nadie puede beneficiarse por un incumplimiento; (ii) *Discipline*, que implica que empresas e individuos deben ser sancionados cuando incumplen la regulación; y (iii) *Deterrence*, que consiste en que la multa impuesta debe disuadir a las empresas o individuos que incumplen la normativa de cometer acciones similares en el futuro. El castigo financiero debe incluir la privación total del beneficio obtenido, y una multa adicional que refleje la gravedad de la infracción. En casos de abusos de mercado cometidos por individuos, la sanción financiera comprende un porcentaje del beneficio relevante percibido por el individuo durante los abusos (lo que incluye remuneración, bonos, etc.) (0%-40%), más el múltiplo (0 a 4) de la ganancia obtenida o la pérdida evitada por la infracción (Informe de la Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional);

6.- La multa es necesaria y es menos lesiva que la cárcel.

62°.- Que hay que recordar que estas infracciones son constitutivas de los delitos de los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045, los cuales son susceptibles de la aplicación de penas privativas de libertad que van desde los 541 días hasta los 5 años de presidio mayor en su grado mínimo (artículo 59 de la Ley N° 18.045). En tal sentido aplicando el principio de intervención mínima es preciso definir cuáles serán las alternativas comparables y la magnitud de la infracción cometida por el requirente. El artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538 establece dos sanciones, censura y multa, y dos sanciones





adicionales dependiendo de la calidad de la persona infractora (suspensión o revocación). En la aplicación de la multa, los criterios que la propia ley estima para ponderar y graduar la sanción son la gravedad, consecuencias del hecho, capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses, y además establece un máximo de las multas agravadas en el artículo 29;

63°. Que la censura constituye una infravaloración de los bienes jurídicos que pretende resguardar la norma impugnada. Una infracción de tal envergadura, que lleva al legislador a que puede considerarse pena de cárcel efectiva, no constituye una regla de justicia si la medida adoptada se resuelve por la vía de la censura. Hay que recordar el deber del legislador de establecer siempre un procedimiento racional y justo. En cambio, en el otro extremo, la privación de libertad se encuentra en el otro lado del fiel de la balanza, puesto que no resiste comparación una multa, por muy alta que pareciera, respecto de la privación de libertad. Una de las características de la lesividad sobre los derechos fundamentales reside en que las sanciones administrativas no traen aparejada la sanción social de las penas privativas de libertad. Por lo mismo, el monto de una multa es irrelevante en la valoración de los bienes jurídicos comparado con la libertad personal. Sin perjuicio de que la decisión sobre la persecución penal esté abierta, la gestión pendiente se da en el marco de una multa administrativa. Por tanto, la justicia de la sanción proporcional comparada con el marco legal chileno implica que se prefiere la vía administrativa que la penal. Con ello se privilegia afectar un bien jurídico de menor alcance aplicando multas que invadiendo la libertad personal. En tal sentido, en una dimensión abstracta, el examen de necesidad se da por superado porque contribuye



al fomento del fin en una relación razonable con los bienes jurídicos involucrados;

7.- Que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto implica un conjunto de elementos de hecho y derecho que no están disponibles para el juez constitucional.



64°. Que tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y la doctrina, y como ha citado el requirente en sus escritos ante el juez de instancia (fs. 482), corresponde al legislador aplicar el principio de proporcionalidad al establecer el marco de sanciones y los criterios para su graduación, y también debe aplicarlo el órgano administrativo que sanciona, para precisar la medida concreta y proporcionada dentro del marco legal. Un tercer nivel lo constituye el examen del juez constitucional, que al menos tratándose de la acción de inaplicabilidad, no puede reemplazar el juicio de proporcionalidad del legislador, pues no tiene competencia para innovar en las sanciones, ni el juicio de la administración, porque no es instancia de reclamación y porque no puede ponderar los hechos que dan lugar a la infracción;

65°. Que, asimismo, entender que la sanción abstracta que se ciñe al parámetro de fijar una multa, hasta el valor de un 30 % de la emisión u operación irregular, constituye *per se* una medida proporcional siempre y en todo caso, no constituye un juicio que se deba hacer aquí. Primero, porque tal ejercicio se aleja del caso concreto. Segundo, porque la delimitación del *quantum* dependerá de los hechos, del beneficio, de la capacidad de pago, de la reiteración y de todos los criterios que soporta el artículo 28 del D1 N° 3538 para hacer un juicio ponderado de las circunstancias. Y, porque tomar el techo del 30 % del valor de las emisiones u operaciones irregulares no es lo mismo que estimar la

ganancia o el beneficio ilícito, lo que exige ponderarlo con los bienes jurídicos en juego y realizar, probablemente, una subsunción interpretativa de los hechos en la norma. Tales criterios impiden, en conceptos de estos magistrados, resolver un juicio abstracto de proporcionalidad a todo evento de tal sanción. Por el contrario, podremos avanzar algo más en el examen concreto del juicio de inaplicabilidad;

X.- La aplicación de estos razonamientos al caso concreto.



66°. Que en este último capítulo aplicaremos los criterios reseñados para el caso concreto planteado por el requirente;

1. Los fines legítimos protegidos por la norma impugnada sufrieron una lesión.

67°. Que el precepto impugnado no puede entenderse aislado del artículo 28 del mismo cuerpo legal y de los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045, pues en conjunto constituyen el tipo infraccional que se le imputa al requirente. La sanción impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros se verifica porque el requirente es una persona sujeta a supervisión o fiscalización de la Superintendencia puesto que realizó conductas contrarias a la ley de mercado de valores. El objetivo de esta ley es "el desarrollo de un mercado de capitales eficiente y ordenado y el aumento del ahorro financiero con el fin de proporcionar un financiamiento de largo plazo adecuado a las empresas." (Historia de la Ley 18.045, Mensaje, p. 4). En nuestro contexto constitucional, asegurar el correcto funcionamiento del mercado de valores permite el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, protege el derecho de propiedad de los

inversionistas de capitales, especialmente de los accionistas minoritarios, y protege también el goce de derechos sociales, específicamente las pensiones de jubilación en que la Constitución autoriza al legislador a imponer cotizaciones obligatorias a los trabajadores, y, finalmente, los fondos de ahorro individual se transan en la bolsa. A contrario sensu, la omisión en la regulación de este mercado, y la infracción de sus deberes y prohibiciones puede generar consecuencias económicas y sociales graves y de alcance general, más allá de los inversionistas individualmente considerados;

68°. Que las infracciones al mercado de valores, no cuestionada en esta sede, y la afectación de los derechos de seguridad social, según se manifiesta en el Oficio N° 10.867 de la Superintendencia de Pensiones del 9 de mayo de 2016, derivado de la medida para mejor resolver adoptada por esta magistratura, acreditan que el actuar del requirente tuvieron incidencia en la desprotección de los fines cautelados por el legislador;

2.- La multa se enjuicia según los criterios del artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538.

69°. Que el examen concreto de la causa ha de realizarse, según lo vimos como consecuencia de una lectura semántica y gramatical de la expresión "no obstante" del artículo 29, a la luz de los parámetros del artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538. Tales parámetros tienen por objeto apreciar el monto específico de la multa apreciando fundadamente la: a) gravedad y las consecuencias del hecho; b) la capacidad económica del infractor y c) la reiteración;

70°.- Que cabe constatar que apelar a la gravedad y a las consecuencias del hecho importa situar al Caso Cascadas como una de las manipulaciones más complejas, significativas e impactantes del mercado de capitales chileno. La propia investigación de la



Superintendencia da cuenta de los efectos económicos de las conductas, cuestión que el requirente da por aceptadas en esta causa, solo reclamando la multa fijada;

71°. Que la capacidad económica del infractor es un antecedente relevante para estimar la multa y que la Superintendencia tuvo a la vista. Lo que importa saber es si ha de estimar el patrimonio de la persona multada o la capacidad de pago de la multa. Por lo mismo, resulta interesante el caso SGL Carbón Ag de 2007 seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este mismo punto. Las principales empresas productoras de grafito isostático en el mundo sostuvieron una serie de reuniones periódicas, en las cuales se fijó el precio mínimo de cada categoría de carbón para distintas zonas geográficas. La Comisión Europea las condenó en el año 2002 y en el año 2005 el TJUE volvió a fijar las multas. La demandante solicita al TJUE que anule la sentencia impugnada y en subsidio rebaje las multas.

"Por lo que respecta a la argumentación de que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta la capacidad financiera de SGL Carbón, procede recordar que, según una jurisprudencia reiterada en la que se inspiró correctamente el apartado 333 de la sentencia recurrida, la Comisión no está obligada a tener en cuenta la situación económica de la empresa en cuestión al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar ventajas competitivas injustificadas a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1983, IAZ Internacional Belgium y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 54 y 55, y SGL Carbon/Comisión, antes citada, apartados 105 y 106)." (Caso SGL Carbón AG de 2007. C-328-05, p. 100);



72°. Que, en consecuencia, en el caso concreto, la cuestión es de simple determinación puesto que basta constatar las ganancias de las propias operaciones irregulares para estimar que hay capacidad de pago suficiente para pagar esa multa, según veremos en el cuadro correspondiente;

73°. Que, finalmente, en cuanto a la reiteración, es un criterio que está abiertamente utilizado por la Superintendencia al juzgar por un esquema de operaciones irregulares y por la configuración de un patrón. No obstante, el parámetro exige una reiteración dentro de un determinado período y determinar si el esquema conlleva o no reiteración. Todas ellas, son cuestiones de mera legalidad;

3.- La multa a la luz de las ganancias y los perjuicios.

74°. Que cabe examinar en concreto la aplicación de la multa de 550.000 Unidades de Fomento al Sr. Roberto Guzmán, a partir de un cuadro que especifique los efectos económicos de la misma para concluir el examen de proporcionalidad:

Monto de las operaciones irregulares. ¹	\$179.111.795.878 6.833.719 UF ²
Ganancia estimada por la Superintendencia de Valores y Seguros. ³	3.122.100 UF
Monto máximo de	75.000 UF

¹ Fs. 389 del expediente en el proceso constitucional Rol N° 2.922 seguido ante el Tribunal Constitucional.

² Fuente: Servicio de Impuestos Internos: monto calculado sobre el valor de la UF del día 1° de septiembre de 2016 a \$ 26.210.-

³ Fs. 12 del expediente en el proceso constitucional Rol N° 3.014 y referido en la vista de la causa en audiencia pública del 6 de abril de 2016 sin objeciones de ninguna de las partes.



aplicación de la multa según el artículo 28 del DL 3538.	
Monto máximo de aplicación de la multa según el porcentaje exigido por el artículo 29 del DL 3538.	936.630 UF
Multa aplicada por la SVS	550.000 UF
Porcentaje de aplicación de la multa del artículo 28 del DL 3538 sobre la ganancia.	2,4 %
Porcentaje de aplicación de la multa del artículo 29 del DL 3538 sobre la ganancia.	17,6 %
Porcentaje de aplicación de la multa efectiva vs. el techo de la multa del artículo 29 del DL 3538	58,72 %
Porcentaje de aplicación de la multa efectiva vs. el techo de la multa del artículo 29 del DL 3538, medido en operaciones irregulares.	8,04 %



<i>Perjuicios reconocidos a la AFPs por otros imputados en la causa administrativa.⁴</i>	<i>M\$ 2.069.803.-</i>
---	------------------------

4.- La multa de 550.000 UF: inidónea por defecto e ineficaz en la disuasión.



75°. Que la idoneidad de las multas también se advierte en la capacidad disuasoria que éstas tengan para impedir la reiteración de las conductas. Es así como en causas similares, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha indicado que "basta recordar en ese sentido que, en sus sentencias de 27 de septiembre de 2006, Archer Daniels Midland/Comisión (T-329/01, Rec. p. II-3255, apartado 141, y T-59/02, apartado 271 supra, apartado 130), el Tribunal juzgó que, si el importe de la multa se fijase en una cuantía que se limitara a eliminar el beneficio del cártel, carecería de efecto disuasorio. En efecto, es razonable presumir que las empresas tienen racionalmente en cuenta no sólo la cuantía de las multas que se les podrían imponer en caso de infracción, sino también el grado de riesgo de que se descubra el cártel. Además, si se redujera la función de la multa a la mera supresión de la ganancia o del beneficio previsto, no se tendría suficientemente en cuenta el carácter infractor del comportamiento de que se trata a la luz del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, si se redujera la multa a una estricta compensación del perjuicio causado, no se atendería, además de al efecto disuasorio, que únicamente puede afectar a actos futuros, a la función represiva de dicha sanción por la infracción concreta realmente cometida. Así pues, tanto el efecto disuasorio como el

⁴ Oficio N° 10.867 de la Superintendencia de Pensiones del 9 de mayo de 2016 que revela el valor de los perjuicios preliminares reconocidos por la Larrain Vial S.A. Corredora de Bolsa, verificado en miles de millones de pesos.



efecto represivo de la multa justifican que la Comisión pueda imponer una multa que, en función de las circunstancias del asunto, llegue incluso a superar en gran cuantía el importe del beneficio previsto por la empresa interesada." (Caso Saint Gobain de 2014, T-56/09 y T-73/09, p. 390);

76°. Que, en nuestro caso, el principio de proporcionalidad también es conocido como "prohibición de exceso", esto es, como el ejercicio interpretativo de limitar el exceso de la decisión estatal sobre los derechos de las personas. Pero, ¿Qué pasa cuando no hay exceso sino defecto de sanción? El objetivo de la sanción es desincentivar la infracción de las prohibiciones establecidas en la Ley N° 18.405, y para este fin la multa, considerando el marco sancionatorio que el legislador previó y los criterios para su graduación, apenas representa un 2,4 % sobre la ganancia obtenida con infracción y manipulación al mercado de valores. Justamente el sub-juicio de idoneidad apunta a cuán bien se ajusta la multa en relación a los fines que quiere precaver el legislador. Y es la ganancia ilícita la que mejor refleja esa distorsión. El artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538 queda corto para proteger al mercado de valores de quienes utilizan esquemas de manipulación sistemáticos sobre el mismo. Por ende, el objetivo de hacer más "costosa" la infracción de la ley no se logra puesto que parece "incentivar" la infracción que desincentivarla;

5.- La multa de 550.000 UF: mínimamente necesaria.

77°. Que resulta claro que las infracciones por las que se condenó al requirente no constituyen faltas menores a la ley de mercado de valores, sino que la infracción de prohibiciones expresas, desarrolladas en cartel, por un largo período de tiempo y que reportó beneficios económicos para los involucrados, a costa del



perjuicio de otros inversionistas. A pesar de la gravedad de los hechos y las consecuencias económicas que hasta hoy se constatan, la Superintendencia de Valores y Seguros impuso una multa por debajo del máximo permitido por ley (30 % de las operaciones irregulares), llegando a estimar la multa en un 8,04 % de las operaciones irregulares. Por tanto, todo el cuestionamiento respecto de la aplicación de un techo desmedido e ilimitado carece de sentido puesto que la norma se interpretó en un rango apenas superior al 25 % de lo que admite el propio precepto. La sanción es alta porque sigue de cerca conductas altamente devastadoras del mercado. Esto permite verificar que se impuso la mínima sanción posible para obtener los fines legítimos de disuasión;



6.- La multa aplicada pasa el test de proporcionalidad estricto.

78°. Que en este juicio el juez constitucional debe ponderar los bienes jurídicos y derechos en juego, según las circunstancias del caso concreto, y determinar si el sacrificio de los intereses individuales guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés estatal a salvaguardar [GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid, Editorial Colex), p. 225]. En este caso se enfrenta un interés individual, el derecho de propiedad sobre cierta parte del patrimonio del infractor, con un interés supraindividual de resguardo del correcto funcionamiento del mercado de valores, que a su vez permite el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución. La SVS estimó que estas infracciones "implicaron gravísimos atentados a los bienes jurídicos que subyacen a tal normativa, con perniciosas consecuencias a la confianza y transparencia que requieren las sociedades anónimas abiertas y el mercado de valores para funcionar adecuadamente." (fs. 384



vuelta). Sobre la base de estos criterios ponderaremos una referencia del requirente sobre una especie de multa confiscatoria;

79°. Que la prohibición constitucional de imponer la pena de confiscación de bienes es uno de los límites a la configuración legal de las penas, como lo ha establecido esta magistratura en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 786. El Tribunal ha afirmado, siguiendo a la Real Academia Española, que la confiscación consiste en "pena o sanción consistente en la apropiación por el Estado de la totalidad del patrimonio de un sujeto", y ha estimado que "la disminución patrimonial del obligado deriva de una sentencia dictada en un proceso cuyo procedimiento regula la ley, no compromete una universalidad de bienes y el traspaso de éstos se produce desde un dominio privado a otro. Forzoso es concluir, entonces, que la sanción civil derivada del precepto en examen, no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública." (STC 541, c. 13°, en el mismo sentido STC 1564). En este caso tampoco la multa significa imponer la pena de confiscación, pues el Estado no se apropia del patrimonio del infractor, sino que lo obliga a pagar una multa a beneficio fiscal que es sensiblemente menor que las utilidades percibidas por las actividades ilícitas que desarrolló en el mercado de valores. Por tanto, resulta del todo improcedente la referencia acerca de una hipotética confiscación que no reviste análisis a la luz de los datos que constan en esta causa y que no han sido rebatidos en esta sede;

80°. Que no compartimos de la sentencia la idea de que se trata de una sanción desproporcionada basada en un cuestionamiento del acto administrativo propiamente

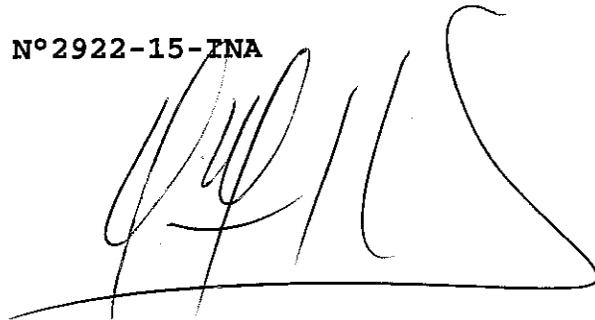


tal. Asimismo, tampoco hace sentido la referencia a un instructivo de aplicación de la multa del artículo 29 del DL 3538, las que manifiestamente no se utilizaron, dando por circunstancia que se está enjuiciando, ahora indirectamente, un acto administrativo, exorbitando nuestras competencias en nombre de una prohibición por exceso que simplemente no operó en la práctica;

81°. Que, finalmente, estos disidentes sobre la base del expediente de esta causa, pueden concluir que tales infracciones fueron graves, que produjeron consecuencias perniciosas en el mercado de valores, y que al considerar la capacidad de pago del requirente, la multa impuesta no parece excesiva ni desproporcionada. Más bien, todo lo contrario, resulta abiertamente desproporcionado el resultado buscado en esta causa y que no compartimos estos disidentes. El hecho de que se termine aplicando a las conductas infractoras el artículo 28 del DL 3538 importa que el poder del ilícito fue superior a toda disuasión legítima, que no limitó los efectos para precaver los fines legítimos que protegen el mercado de valores, que no tiene una eficacia reparadora mínima de los daños y que termina no produciendo una vinculación de las personas a la ley, lesionando severamente el Estado de Derecho.

Redactó la sentencia el Ministro señor Nelson Pozo Silva, las prevenciones sus autores, y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Rol N°2922-15-ZNA





[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

M. Lucía Palma
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Letelier A

[Handwritten signature]



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por estar en comisión de servicio en el exterior.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

[Handwritten signature]