

La aplicación ilícita de tipos penales por autoridades administrativas: el caso de la Comisión para el Mercado Financiero*

THE UNLAWFUL APPLICATION OF CRIMINAL LAWS BY ADMINISTRATIVE AUTHORITIES: THE CASE OF THE FINANCIAL MARKET COMMISSION

JAIME ARANCIBIA MATTAR**
GONZALO GARCÍA PALOMINOS***

*“SI VA UNIDO [EL PODER DE JUZGAR LOS DELITOS] AL PODER EJECUTIVO,
EL JUEZ PODRÍA TENER LA FUERZA DE UN OPRESOR”.*
MONTESQUIEU, *DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES (PARTE 2: XI, 6)*¹

RESUMEN

Este trabajo presenta un análisis crítico de la jurisprudencia de la Comisión para el Mercado Financiero [CMF] que acepta aplicar una norma de naturaleza penal de la Ley de Mercado de Valores para declarar y sancionar administrativamente conductas calificadas como delito. Esta práctica representa un ejercicio indebido de funciones jurisdiccionales por parte de un órgano administrativo que atenta contra la separación de poderes, el debido proceso, y la lógica subyacente a la responsabilidad administrativa en materia regulatoria. En particular, la vulneración a estas reglas y principios del estado de derecho lesionan la garantía de acceso del ciudadano al juez natural, y los principios de legalidad y proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE

Sanciones, administrativas, penales.

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the Financial Market Commission's decisions that apply a criminal provision of the Financial Market Act to administratively declare and sanction criminal conducts. This practice involves an undue exercise of jurisdictional functions by an administrative body that infringes the principles of separation of powers, due process, and the logic underlying administrative responsibility in regulatory matters. The violation of these basic tenets of the rule of law also affects the citizens' right of access to natural justice, and the principles of legality and proportionality.

* Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N°1181593, sobre “La potestad de autorización administrativa: fundamentos dogmáticos, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno”, en el que el autor es investigador responsable. y del Proyecto Fondecyt iniciación, número 11140444 “Análisis dogmático de los Delitos de presentación y certificación de Información Falsa en el Mercado de Valores (Art. 59 a), b), c) d) y f) de la Ley N° 18.045”.

** Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico jarancibia@uandes.cl.

*** Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico ggarcia@uandes.cl.

¹ MONTESQUIEU (2012), p. 207.

KEYWORDS

Administrative, criminal, sanctions.

1. Introducción

La Ley N°18.045 de la Ley de Mercado Valores (LMV) —vinculada funcionalmente a la Ley N°18.046 de 1981 y al D.L. N°3.538 de 1980— creó un sistema de *enforcement* basado en la disuasión ex post de conductas disfuncionales, en que la amenaza de sanción administrativa se ubica en el centro de las estrategias de “comando/control” de que dispone la autoridad encargada de la gestión del sistema.

El modelo adoptado por el legislador es, por lo tanto, un modelo que no centra sus estrategias esencialmente en la gestión del cumplimiento mediante la promoción, cooperación y conciliación (enfoque ex ante o preventivo), ni en la amenaza de una sanción penal, sino esencialmente en el control y la amenaza de una sanción administrativa a las conductas desvaloradas por su disfuncionalidad. En este contexto, la amenaza de sanción penal es estrictamente excepcional basada en un criterio estricto de fragmentariedad² y, a diferencia del modelo estadounidense —que la ubica dentro de la pirámide de cumplimiento—, no es parte de la estrategia regulatoria de *enforcement*. Aquello se ve cristalizado en que la autoridad administrativa solo tiene el deber de informar al Ministerio Público de la posible comisión de un delito sin ser titular exclusivo de la acción penal (art. 58 LMV).

El esquema descrito se ha visto modificado en parte por la reforma al D.L. N° 3.538 por la Ley N°21.000 de 2017, y su vinculación a la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante CMF), en tanto permite estrategias de cumplimiento basadas en la supervisión basada en riesgo y faculta a la autoridad administrativa, con autorización judicial, a adoptar medidas intrusivas en caso de posibles delitos. Aquello, sin embargo, no ha modificado en su esencia el modelo de cumplimiento estrictamente administrativo.

Tanto la desvinculación normativa y funcional del diseño de *enforcement* con el derecho penal, así como el déficit de normas de sanción administrativas que describan de manera expresa varias de las conductas desvaloradas por su contrariedad a la regulación³, han llevado a que la CMF, creada por Ley N° 21.000 —pero antes también la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)— haya incluido la utilización directa de tipos penales como estrategia disuasoria (ubicándola en la cúspide de las medidas de *enforcement*). El caso paradigmático ha sido el de la aplicación directa por la Comisión para el Mercado Financiero del delito de presentación de información falsa en el mercado de valores del art. 59 letra a) de la Ley N° 18.045 (LMV), que servirá como objeto de análisis del problema.

En este trabajo se expondrá la opinión de que dicha utilización administrativa de los tipos penales adolece de dos tipos de problemas: 1) carece de legitimidad formal para su utilización, pues los órganos de la CMF carecen de legitimidad orgánica, atribuciones y de un procedimiento apto para ejercer tales funciones, reservadas exclusivamente al Ministerio Público y a los tribunales del crimen; 2) carece de legitimidad sustantiva, ya que profita del poder simbólico (contenido ético social) de la naturaleza penal de los tipos penales para efectos de una gestión burocrática, afectando inconstitucionalmente y de manera más intensa los derechos de los ciudadanos y; 3) genera problemas sustantivos ya que afecta, por un lado, la coexistencia de regímenes sancionadores administrativos y penales (forzamiento inexacto e innecesario de vulneración del *non bis in idem*) y la aplicación legítima de cargas al ciudadano (desproporcionalidad).

² Entre las normas de sanción penal, se pueden nombrar aquellas que describen los delitos de Uso y Revelación de Información Privilegiada [Art. 165, 60 e), g) y h)], de Manipulación de Mercado [arts. Art. 59 e) en relación al art. 53 y Art. 61], de Manipulación de Precios [Art. 59 e) en relación al art. 52], delito de Presentación y Certificación de Información Falsa en el Mercado de Valores [Arts. 59 a), b), c) d) y f)], delito de Oferta Pública sin cumplir requisitos de inscripción [Art. 60 a)], Uso de valores en custodias [Art. 60 i)], etc.

³ Véase a modo de ejemplo, los art. 58 de la Ley N°18.045, de 1981 y art. 27 y siguientes del DL N°3538, de 1980.

Para tal efecto, el texto se dividirá en cinco secciones: II. En la primera de ellas se definirá el problema específico objeto del artículo; III. En la segunda, se analizará y destacará el contenido y significado social y formal de la norma penal como presupuesto de la discusión; IV. En la tercera sección se analizará el art. 59 letra a) como norma penal y se destacará su significado social; V. En la sección cuarta se analizará la falta de atribuciones y de procedimiento de la CMF para imputar o declarar una responsabilidad por un delito; VI. Luego se analizarán los Efectos de la ilicitud del órgano administrativo; VII. En la sexta sección se analizará el problema del non bis in ídem generado por la interpretación de la CMF y; VI. En la quinta sección se analizarán la falta de necesidad de recurrir a la norma del art. 59 LMV.

2. Definición del problema específico

Como se ha adelantado, de los últimos casos sancionados por la CMF se advierte que la Fiscalía había solicitado a la comisión un pronunciamiento sobre si concurrían todos y cada uno de los elementos del delito del art. 59 a) LMV. Se pide declarar que un incumplimiento a un deber informativo administrativo es subsumible en una norma penal (no una norma administrativa), frente a lo cual solicita una sanción administrativa. Se trata de aplicar —esto es, subsumir, imputar y reprochar culpabilidad— de forma oficial el artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045 (LMV), sobre entrega maliciosa de información falsa a la autoridad y a agentes del mercado financiero. El Consejo de la CMP, finalmente, se ha pronunciado sobre la comisión de la conducta de haber proporcionado maliciosamente antecedentes falsos al órgano y al público en general referidos al patrimonio depurado y líquido, índices de liquidez general o por intermediación, razón de endeudamiento y de cobertura patrimonial, y estados financieros del agente, entre otros⁴, como una “infracción al art. 59 a)”.

Para que aquella política tuviera una aparente plausibilidad, la CMF ha tenido que defender una tesis de “administrativización” del derecho penal que modifica los principios sobre los que se ha construido el derecho público y, particularmente, el derecho penal, basada en los siguientes pilares:

1) *Separación débil de poderes*: la autoridad administrativa estaría facultada para aplicar tipos penales, en la medida que las sanciones aplicadas sean administrativas. Para defender esta tesis específica ha debido transformar la naturaleza del art. 55 LMV (“Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas o penales que asimismo pudiere corresponderle”) desde una norma originalmente regulatoria del “non bis in ídem” (autorización a las autoridades competentes a aplicar por un mismo hecho y mismas personas tanto sanciones administrativas y penales), como se explicará, a otra que atribuye competencia penal sui generis a la autoridad administrativa. Esto se vería reforzado por una interpretación del art. 58 LMV, originalmente diseñado estrictamente para regular el “deber de denuncia” del funcionario público, como una norma de competencia penal⁵. Todo lo anterior, además, tendría un sorprendente fundamento: por disposición del art. 2 de la LMV —al señalar que corresponderá a la SVS la vigilar el cumplimiento de las disposiciones de dicha ley— podría asumir competencia en la aplicación del mentado art. 59⁶.

2) *Naturaleza parcialmente administrativa de tipos penales*: aunque la norma penal este diseñada para seleccionar conductas especialmente calificadas en el derecho penal (art. 59 a) LMV), se subentiende que puede ser aplicada por la autoridad administrativa porque contiene como presupuesto base, la previa infracción a una norma administrativa de su competencia. Se entiende, entonces, que al ser la norma base del tipo de injusto (penal), una regla de naturaleza

⁴ CMF, Resolución Exenta N° 1.653, de 27 de abril de 2018; CMF, Resolución exenta N° 4.288, de 25 de septiembre de 2018; CMF, Resolución Exenta N° 1.434, de 14 de marzo de 2019; CMF, Resolución Exenta N° 2.499, de 2 de mayo de 2019.

⁵ CMF, Resolución Exenta N° 2.499 CMF, de 2 de mayo de 2019, p. 37: “lo que da cuenta que la ley ha otorgado facultades expresas a esta Comisión para sancionar las conductas descritas en los artículos 59 y 60”.

⁶ CMF, Resolución Exenta N°3070, de 30 de mayo de 2019, pp. 8 y s.

regulatoria, es que la norma de sanción puede ser utilizada y modificada de manera ad hoc, como se verá.

3) *Alteración del tipo de injusto penal*: al aplicar la norma penal, la autoridad administrativa puede extirpar los elementos configuradores y cualificadores del “injusto penal” y sustituirlos por criterios de imputación propios del derecho sancionador administrativo. Un ejemplo paradigmático es la extirpación del elemento “maliciosamente” en el art. 59 a) LMV, que configura el injusto diseñado por el legislador como un delito de infracción al deber de veracidad (propio de la falsedad, mentira o fraude), y su sustitución por un criterio de imputación genérico en el derecho administrativo sancionador, esto es, la culpa infraccional: “La Malicia o dolo sólo tiene efectos para el ámbito penal”.

Esto, por cierto, tiene su base en un entendimiento de que, por una parte, la norma primaria contenida en el tipo penal es idéntica en contenido y cualificación a la del derecho regulatorio, de manera tal que el derecho penal solo aporta una cualificación perfectamente prescindible y sustituible por otros y; por otra parte, de que la utilización de un tipo penal es simbólicamente neutra, al punto de ser utilizable por el derecho regulatorio para sus propios fines.

4) *De-sistematización del tipo penal*: con el objetivo de aplicar el tipo penal originalmente “residual, restringido y cualificado” a situaciones genéricas de infracciones a deberes informativos de todo tipo (“cajón de sastre”)⁷, la CMF, y antes también la SVS, ha debido interpretar el tipo penal en forma aislada de los demás tipos penales del art. 59, 60 y 61 LMV, de manera de evitar su limitación sistemática resultante de la diferenciación de ilícitos.

5) *Desvinculación de la gravedad de la sanción asociada al hecho punible (típico)*⁸: con el fin de evitar la exigencia de cualificación del injusto a partir de la gravedad de la “reacción punitiva” seleccionada por el legislador (proporcionalidad del merecimiento), la CMF debe desvincular el hecho punible (típico) de la pena asignada por el legislador a la conducta en el tipo penal. Aquello le permite manipular el contenido del injusto resultante del hecho punible y “descualificar” las exigencias materiales del “hecho típico”, de manera de abarcar “todo tipo de entrega incorrecta o falsa de información” realizada por cualquier sujeto como autor (incluidos, sujetos cualificados, esto es, no titulares de deberes). Así, por ejemplo, la CMF extirpa del análisis del art. 59 letra a) el hecho que el legislador ha formulado una conexión valorativa entre el comportamiento punible específico y una relevancia punible excepcional en el derecho penal económico: hasta presidio mayor en su grado mínimo (pena de crimen).

Un primer problema por abordar dice relación con el significado de utilizar un tipo penal por parte del Estado, con independencia del problema formal relativo a la competencia de la autoridad estatal para reprochar e imponer pena. Se trata, en primer lugar, de un problema de significado social. Un segundo problema, esta vez formal, tiene que ver con los deberes impuestos al Estado, sea este legislador o aplicador del derecho, como consecuencia precisamente del contenido social de la norma penal y su sistema. Este último abarca todos los problemas sustantivos de utilizar administrativamente los tipos penales y su manipulación.

3. Norma penal y su significado social y formal: presupuestos de la discusión

3.1 Tipo penal y su significación material en la sociedad

Probablemente uno de los riesgos más relevantes del derecho penal económico moderno provenga del reconocimiento de su carácter accesorio y, por lo mismo, de la permanente tentación de las ramas del derecho por generar una especie de “pancivilismo”⁹ y/o “pan-administrativismo” que defina descualificadamente el carácter y contenido de desvalor de sus

⁷ Una opinión crítica similar se puede evidenciar en HERNÁNDEZ (2017), pp. 105 y ss.

⁸ Sobre los vínculos de dependencia entre delito y pena, véase FRISCH (2004), pp. 200 y ss.

⁹ BETTIOL (2013), pp. 77 y ss.

normas de conducta penales¹⁰. De ahí que, una y otra vez, el derecho penal se vea obligado a demostrar su “autonomía sustancial absoluta”¹¹, sin perjuicio de su evidente vinculación normativa con las normas primarias del derecho pre- o extrapenal¹². Ya Welzel, junto con advertir que el delito es una conducta intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprobabilidad ético social, anunciaba que del derecho penal queda excluido el derecho de las llamadas penas no-criminales¹³. La razón está radicada, como se defenderá acá también, en el contenido material de aquellas normas penales.

El derecho penal constituye un estatuto sancionatorio especial en la sociedad que se define a partir del contenido de “lo” prohibido/mandatado y del contenido y naturaleza de sus efectos: la pena. Se trata de un estatuto jurídico especial, en tanto es constitutivo de un sistema normativo creado para reprochar ético socialmente una deslealtad normativa y prevenir un tipo de conducta tan desvalorada por la sociedad que, adicionalmente, puede ser sancionada afectando de manera intensa importantes derechos de los ciudadanos, tales como la libertad ambulatoria o el honor del ciudadano (afecta el plan vital-personal de un ciudadano)¹⁴.

Respecto al objeto de lo desvalorado en abstracto como tipo de injusto (y reprochado en concreto como injusto típico) el tipo penal cumple una labor esencial; este busca captar —por medio de un acto de desvaloración político social desarrollado por el legislador— un tipo de comportamiento antisocial “(...) tan peligroso y reprochable e intolerable que, para defensa de la sociedad aparece como el medio más efectivo, necesario y adecuado a la pena”¹⁵. Aquello, por cierto, da cuenta de que la “criminalización de conductas” constituye un acto de selección y elevación a un estatuto jurídico social de desvaloración especial a aquellas conductas lesivas y contrarias al derecho, de entre un grupo más amplio de conductas ilícitas en el derecho extrapenal, por comprometer aspectos “inconmensurables” de la vida individual y colectiva de las personas. Se trata, entonces, de una selección de conductas que está basada en una atribución abstracta de sentido (des)valorativo de carácter ético social que¹⁶, por lo mismo, asume una dimensión simbólica¹⁷ contenida ya en dicha decisión originaria. Precisamente aquel contenido decisorio —calificar un determinado conflicto social como criminal¹⁸— explica que las sociedades democráticas modernas le hayan entregado su creación al legislador democrático (reserva legal)¹⁹ y su aplicación exclusivamente al juez (reserva judicial).

La dogmática penal moderna, en términos muy generales y suponiendo precisamente lo señalado anteriormente, ha desarrollado dos vías de reconstrucción valorativa de aquello que se denomina “injusto penal”, base del hecho punible.

Una vía clásica, que obedece principalmente a la culminación de un proceso histórico-social e institucional de legitimación y limitación del poder del Estado por reconocimiento

¹⁰ Parte importante de esta noción es consecuencia de una lectura de la teoría de las normas de Binding que entendía que la norma dirigida al ciudadano no es de naturaleza penal, sino del derecho público general.

¹¹ BETTIOL (2013), p. 82.

¹² FRISCH (2013), p. 822, uno de los autores que más ha trabajado esa relación normativa entre norma primaria extrapenal y la norma secundaria penal, ha llegado a caracterizar al derecho penal desde la fundamentación ético social del tipo de infracción normativa que presupone el injusto penal que, precisamente, define la naturaleza posterior del juicio de culpabilidad.

¹³ WELZEL (1970), pp. 30 y ss.

¹⁴ Especialmente aclaratorio e interesante es la aproximación propuesta por LONDOÑO (2014), p. 157: “Así, para este enfoque — que podemos llamar también “tradicional”— una conducta ha de prohibirse y sancionarse porque en sí reprochable, y no (necesariamente) porque su prohibición y sanción introduzcan consecuencias o mejoras para el entorno, para el sistema. Si ello sucede, tanto mejor, pero será una mera externalidad de una adecuada valoración, y no la razón fundamentadora de dicha valoración”.

¹⁵ GALLAS (1965), p. 14

¹⁶ FRISCH (2013), p. 822; en un sentido similar BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), pp. 48 y ss.

¹⁷ LUZÓN (2016), pp. 79 y ss.

¹⁸ BUSTOS y HORMAZÁBAL (2006), p. 48.

¹⁹ Principio de los postulados liberales de la ilustración que constituyen base de los principios penales del derecho penal moderno: BECCARIA (1973), p. 10: “*La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest' autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale*”. Sobre dicha necesidad de legitimación material, democrática y formal, al punto de entender incumplidas las exigencias por los Decretos con Fuerza de Ley y Decretos Leyes, véase POLITOFF et al. (2009), pp. 95 y ss.

progresivo de un determinado modelo de comprensión de “persona” y de Estado²⁰, sostiene que “una conducta sólo puede ser amenazada con una pena cuando esta es socialmente dañosa”. Para aquella vía, con múltiples derivaciones²¹ la conducta típica contiene materialmente hechos que se dirigen contra bienes significativos y afectados significativamente, a tal punto que aquellas conductas se vuelven intolerables. La conducta típica representa aquel nivel de merecimiento de protección penal, merecimiento y necesidad de pena, a través de la lesividad de la conducta para intereses inconmensurable de las personas.

Otra vía de reconstrucción es eminentemente normativa, pero no neutra. Así, por ejemplo, *Rudolphi*²² señala que los preceptos legales contienen “invariablemente” imperativos, cuyo sentido y fin no se agotarían en establecer deberes positivos y negativos, sino también en motivar a los destinatarios de las normas “penales” para que *no dañen* o incluso creen positivamente determinadas *realidades que se estiman valiosas*²³. Para dicho objetivo, el derecho penal se serviría, entre otros, tanto de la conminación penal que es consecuencia del imperativo y de la amenaza de pena (“el legislador pretende impedir infracciones de las *normas penales de conducta*, amenazando a todo aquel que contraviene una de éstas con la imposición de un mal”) y, luego, la imposición de la pena, la que perseguiría varias finalidades:

Por un lado, pretende, mediante la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, *confirmar la norma* infringida y, con ello, puesta en cuestión —en cuanto a su vigencia— por el autor, *estabilizando* (de modo contrafáctico) la confianza general en la observancia de las normas penales de conducta (...).

Sin embargo, al mismo tiempo, la imposición de la pena pretendería también la finalidad preventivo-especial de determinar al concreto autor hacia el respeto y observancia de la norma de conducta que infringió²⁴. Esta perspectiva normativa/formal del derecho penal, sin embargo, no renuncia a la relevancia ético social de la conducta (la presupone); ni siquiera a la idea de protección de bienes jurídicos. En realidad, sostiene que la protección jurídico-penal de bienes jurídicos solo puede ser mediatizada o indirecta, esto es, protección de la vigencia de la norma de conducta, entendida como razones para la acción/omisión dirigidas a la evitación de alguna forma de menoscabo del bien jurídico respectivamente protegido²⁵. Se entiende la dañosidad social concreta de la conducta delictiva en un doble sentido: la que recae en el bien jurídico y la que recae en la norma de conducta. Dicha contradicción a la norma es entendida como dañosa socialmente cuando se afecta la confianza en la efectividad de la norma y con ello la efectividad del derecho²⁶. Para esta perspectiva normativa del delito, el tipo penal es contenedor de una dimensión institucional del hecho punible que se obtiene a partir del contenido de ciertas normas de conducta que subyacen a este y que ha sido seleccionado por un proceso valorativo en la sociedad²⁷. Para el ámbito de los delitos económicos, la regla protegida penalmente sería aquella que genera “expectativas sociales *elementales* en la economía o en un sector económico”²⁸.

Así las cosas, la decisión legislativa de tipificar una conducta es generada por dos tipos de decisiones valorativas: la de la selección de lo prohibido o mandado penalmente (norma de conducta “penal”) y la de la selección de lo punible²⁹.

La primera decisión definiría los objetos de protección (bien jurídico) y las circunstancias en que se protegen penalmente; esto es, define los ámbitos en que la ejecución de una

²⁰ Sobre la evolución del concepto véase la importante obra de AMELUNG (1972), pp. 33 y ss.

²¹ Véase sobre el desarrollo GARCÍA (2014), pp. 143 y ss.

²² RUDOLPHI (1970), p. 163; RUDOLPHI (2005), Nm. 12 y ss.; véase adicionalmente RUDOLPHI (1984), pp. 69 y ss.

²³ RUDOLPHI (1970), p. 163.

²⁴ RUDOLPHI (1970), p. 163.

²⁵ MAÑALICH (2011a), p. 92.

²⁶ KINDHÄUSER (1989), pp. 132 y ss.

²⁷ MAÑALICH (2010), p. 173.

²⁸ Ver GARCÍA (2003), pp. 37 y s.; GARCÍA (2011), pp. 79 y ss.

²⁹ SILVA (2010).

conducta, en un ámbito de ejercicio de la libertad, resulta ser prohibida no solo administrativamente, sino penalmente: “*norma de conducta penal*”. Silva Sánchez, en un intento de graficar el estatus del modo conductual en su calidad de “absolutamente inaceptable”, señala que se trata de una selección de ámbitos de libertad en que una conducta está “vetada”. Aquello expresa con intensidad el tratarse de una selección político criminal en abstracto de un tipo de prohibición sometida a un estatuto especial que no somete su cumplimiento a la lógica meramente *consecuencialista* (para mejorar el funcionamiento de un sistema o sometida a una lógica de intercambiabilidad por un costo económico) sino a una lógica de reprobabilidad ético social, como señala Welzel: afecta bienes inconmensurables de la vida de las personas, de una forma o modo absolutamente inaceptable o intolerable socialmente³⁰, por lo que su incumplimiento no es intercambiable por la imposición de una carga (por ejemplo, por un carga disuasoria o multa).

La segunda es la decisión de someter dicha norma de conducta seleccionada y cualificada a un estatuto que exige una validez jurídica absoluta, en que dicha no intercambiabilidad se materializa. Se trata de establecer las particularidades concretas que cualifican adicionalmente el ilícito o que demuestran ex post la necesidad de ciertas consecuencias jurídicas: necesidad de pena³¹. Como señala Haffke³², y presente también en Frisch³³ o en Silva Sánchez³⁴, los tipos pueden y deben cumplir la función de cualificar el injusto penal *filtrando de entre los ilícitos prepenales, aquellos comportamientos* merecidos y necesitados de pena, vale decir, proveer elementos para determinar la justicia de la reacción penal concreta y eliminar aquellas meras vulneraciones normativas que *no puedan justificar una sanción penal*.

Se trata, en definitiva, de una decisión “política” —en el mejor sentido de la valoración democrática— de someter un tipo de conducta a un estatuto especial de valoración ético social que, por lo mismo, exige criterios de “imputación” especiales y autoridades concretas con capacidad de formular aquel *reproche ético* social de culpabilidad por la infracción normativa (deslealtad a la ley): el juez.

Aquella decisión política contenida en un “tipo penal” (tipo de injusto) genera un efecto simbólico en la sociedad que exige que cualquiera sea la autoridad que, de alguna forma, tenga alguna competencia en el asunto (autoridad administrativa al denunciar o solicitar medidas intrusivas excepcionales que puedan servir a la persecución, el fiscal del ministerio público al perseguir, el juez de garantía al autorizar una medida intrusiva o cautelares que suponga un análisis del posible ilícito penal o el juez al momento de fallar), lo haga de manera estricta y proporcionada, ya que está afectando al ciudadano de un modo excepcionalmente intenso. Aquello explica que su utilización en tanto norma que habilita a aplicar una sanción, pero también sea base de otras medidas limitadoras de derechos (medidas cautelares o investigativas, por ejemplo), no esté destinada a la gestión de eficiencia de un sistema administrativo por un funcionario de la burocracia; aquello resulta a lo menos desproporcionado y asistemático.

3.2 Tipo penal como norma facultativa: norma formal³⁵

No existe duda alguna en la doctrina penal que el tipo penal, en tanto norma de sanción, es una norma también dirigida al juez. Siguiendo el imperativismo de August Thon³⁶, las normas secundarias o de sanción son aquellas normas que se dirigen a una tercera persona facultándola o mandatándola para que, en caso de vulneración de la norma de comportamiento, se adopten

³⁰ También en LONDOÑO (2014), p. 157.

³¹ SILVA (2010), pp. 505 y ss.

³² HAFFKE (1995), pp. 89 y ss.

³³ FRISCH (2004), p. 225.

³⁴ SILVA (2010), p. 517.

³⁵ Esencialmente de GARCÍA (2014).

³⁶ RÖHL y RÖHL (2010), § 26 I, p. 223.

medidas, normalmente una sanción. Esta estructura normativa, por lo tanto, no es privativa de las estructuras normativas penales, sino que la comparten otros ordenes sancionadores, tanto a nivel administrativo sancionador como también civil³⁷.

Esta distinción normativa tiene por objeto demostrar, a su vez, que esta norma de sanción (secundaria) tiene, al mismo tiempo, *el carácter de norma de conducta* para el juez o funcionario encargado de aplicación del derecho. Dicha norma de sanción, que resulta adicionalmente ser una regla conductual para el juez, es protegida en su validez por otra norma de sanción — normalmente de naturaleza administrativa y penal— que reza: el juez debe sancionar penalmente a aquel aplicador del derecho o juez que debiendo hacerlo en la forma dispuesta en la ley, no sanciona un delito o una infracción en los términos exigidos por la ley. Precisamente aquello configura el injusto de la prevaricación (en Chile tipificado en el art. 223 y ss. CP).

De esta manera las normas de sanción son entendidas bajo esta explicación como normas dirigidas al “aplicador de derecho”³⁸ para que, bajo determinadas condiciones o presentando indicaciones bajo las cuales, se deba o pueda aplicar o imponer una sanción o cualquier otra medida dentro de su competencia. Se trata, por un lado, de una facultad y, por otro lado, de un mandato para emprender normativamente limitaciones a derechos fundamentales (Grundrechtseingriff). En efecto, al derecho penal, civil y administrativo le son comunes —desde la perspectiva normativa— las distinciones entre norma de conducta y de sanción, así como le es común la idea de que la norma de sanción tiene como principal función restablecer la validez de la norma de conducta³⁹.

Es mayoritaria en el derecho penal la posición que entiende que la norma de sanción penal se dirige al juez, aplicador del derecho y, en conjunto con las normas orgánicas, establece una potestad/deber (norma de conducta) para él⁴⁰. En la medida que se pueda subsumir la conducta concreta en los presupuestos establecidos en el tipo, además de las condiciones de atribución de ese comportamiento a una deslealtad normativa, está autorizado a aplicar la sanción establecida en el tipo. Al mismo tiempo, aquella norma representa un deber para el aplicador, en la medida que establece las condiciones estrictas de su aplicación (tipo de garantía).

Entre nosotros, y aun cuando sea una posición minoritaria⁴¹, no todos concuerdan con la interpretación de la estructura normativa del “imperativismo” y el entendido que la norma de sanción se dirige tanto al ciudadano como al juez, lo que solo en apariencia podría debilitar el argumento. Siguiendo a Binding⁴², Mañalich ha sostenido que la norma de sanción es, ante todo, una “proposición jurídica afirmativa”, cuya finalidad no consiste en establecer deberes para el juez, sino en configurar derechos punitivos y determinar su contenido. En otras palabras, se trata de una norma establecida en interés tanto del titular del respectivo ius puniendi como de la persona en contra de la cual ese derecho es ejercido⁴³.

Para esta perspectiva, si bien la norma de sanción no se dirige específicamente al aplicador del derecho —función que cumplirían exclusivamente las normas orgánicas o procesales que establecen competencias— su finalidad también genera efectos garantizadores y limitadores del ius puniendi, aunque parcialmente distintos a los del imperativismo: limita su aplicación, cualquiera que sea quien la utilice. Se trata de fijar el supuesto de hecho y sus particularidades asociados a una pena y que, en principio, dan cuenta de que tal hecho no solo es un ilícito, sino que además un injusto merecido y necesitado de pena. Desde la perspectiva de la legitimación formal, estas condiciones corresponden, al menos en parte relevante, a las exigencias del principio de legalidad y tipicidad (Art. 19 N°3 de la Constitución Política) que

³⁷ RÖHL y RÖHL (2010), § 26 I, p. 223.

³⁸ Para el derecho penal, de manera muy explicativa véase SCHMIDHÄUSER (1988); un análisis general en SILVA (2010), pp. 514 y ss.

³⁹ THON (1878), pp. 14 y ss.; véase al respecto RÖHL y RÖHL (2008), § 26 I, p. 223.

⁴⁰ SILVA (2010), p. 580; en la literatura chilena véase RETTIG (2018), p. 41.

⁴¹ Véase al respecto SILVA (2010), p. 580.

⁴² BINDING (1872).

⁴³ MAÑALICH (2011a), pp. 91 y ss.

tienen una función de certeza para el ciudadano⁴⁴ como de límite para el aplicador del derecho (ej. prohibición de la analogía).

En conclusión, el tipo penal como norma de sanción es una norma que jurídicamente contenedora de los presupuestos jurídicos bajo los cuales una situación de hecho es jurídicamente relevante. En tanto tal, cualquiera sea el funcionario que deba utilizarlo para fundar una medida estatal (denunciar, investigar, adoptar medidas preventivas o sancionar, etc.), debe considerar que el tipo penal genera garantías para el ciudadano frente al Estado, formales y materiales, derivadas de su contenido. De tratarse de la función de sancionar, privativa del juez penal (como se verá), debe considerarse que se trata de una norma que describe los presupuestos de un “injusto merecedor de pena”, esto es, una conducta especialmente intolerable por su dañosidad social, susceptible de reproche ético social.

4. El art. 59 letra a) como norma penal: análisis específico y significado social

4.1 El artículo 59 letra a) de la LMV, aplicado por la CMF, es claramente una norma de sanción penal

De su tenor literal se desprende claramente que es una norma de sanción que asocia un supuesto de hecho típico con un tipo de sanción de naturaleza penal: “penas de presidio”. Además, los artículos 58 inciso 3° y 61 bis de la Ley N° 21.000, al remitirse a él, se refieren expresamente a las conductas tipificadas en el artículo 59 como “delitos”. Por si aún existiera alguna duda, el mismo Informe Técnico sobre el Proyecto de Ley, evacuado por el Ministro de Hacienda el 30 de diciembre de 1980, explicó que las penas de presidio solo estaban destinadas a “casos calificados, por infracción grave a la ley, principalmente relativas a engaño público, emisiones fraudulentas, falsedad, etc.”⁴⁵. Todo lo anterior, frente a la confusión generalizada respecto al artículo 59 letra a), ha debido aclararse por la jurisprudencia judicial. La Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 1398-2015, sostuvo que

Aunque resulte algo obvio decirlo, no existe duda alguna en cuanto a que los hechos descritos en las letras a) y f) del artículo 59 de la Ley N° 18.045 constituyen delitos penales, pues la consecuencia que la ley asocia a su comisión es la imposición de una pena penal y que en consideración a la extensión de ésta, conforme lo dispone el artículo 3°, en relación al artículo 21, ambos del Código Penal, debe calificárselos como crímenes (considerando 7º)⁴⁶.

4.2 Normativamente, como es evidente, el art. 59 a) LMV tiene por principal objetivo establecer los presupuestos de la aplicación de un determinado efecto jurídico por el juez penal: la Pena; y no cualquier pena sino concretamente una que puede llegar a las más graves del Código Penal: la pena de crimen

Dicha norma de sanción penal, por lo mismo fija un ámbito protegido, prohibido y punible especialmente cualificado y merecedor de pena.

La conducta típica de “maliciosamente proporcionar antecedentes falsos o certificar hechos falsos” en su contexto sistemático (art. 59 a - g) establece tanto un ámbito de protección (la confianza en subsistemas informativos del mercado de valores o el precio organizado)⁴⁷ en

⁴⁴ Sobre el particular y con amplias referencias en la doctrina chilena y el Tribunal Constitucional véase VAN WEEZEL (2011), pp. 4-13.

⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1980), p. 45.

⁴⁶ Esta sentencia fue casada en sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 30.176-2017, de 18 de junio de 2017, solo por razones de ultrapetita.

⁴⁷ Véase al respecto los trabajos de GARCÍA (2017), pp. 151-206. En este trabajo se defiende la tesis de que no solo el precio, sino que todos los subsistemas organizados institucionalmente que garanticen expectativas informativas —para la decisión racional de los inversores— pueden necesitar algún grado de protección residual desde la letra a) del art. 59; HERNÁNDEZ (2017), p. 109.

que las conductas económicas se pueden desarrollar libre y garantizadamente y aquel en que se proscriben “penalmente” (prohíbe) por desvalorarse como intolerables socialmente (por su dañosidad social).

De ahí que la literatura especializada ha entendido que del tipo penal del art 59 a) LMV no se infiere que su norma de conducta o primaria se construya a partir de cualquier tipo de normas administrativas que establezcan deberes informativos o de veracidad. En realidad, subyace al tipo penal una norma seleccionada por establecer deberes a ciertos sujetos de “proporcionar o certificar” informaciones (deberes informativos), que se correspondan con la verdad (deberes de veracidad o de garantizar la veracidad) en ámbitos garantizados institucionalmente; esto es, en la medida que provea de información a la decisión racional de los inversores. Aquello genera varias consecuencias: a) se trata de hipótesis de infracción de deberes especiales de carácter institucional en un ámbito de instituciones económicas organizadas (como la calificación de riesgo, la certificación de las Bolsas o la auditoría externa), por lo que el ámbito de aplicación subjetiva del tipo penal —o círculo de autores— está exclusivamente restringido a sujetos titulares concretos del cumplimiento del deber o que adicionalmente dispongan de facultades para autorizar su “proporción, entrega o certificación”; b) el ámbito protegido no es el funcionamiento del mercado de valores (como macro-institución) en tanto objeto de gestión o regulación, sino la protección de ámbitos institucionalizados garantizadores de expectativas de verdad informativa, a partir del cumplimiento de deberes específicos (ej. el precio, la clasificación de riesgos, etc.); c) la norma primaria seleccionada —pero luego cualificada por la norma penal y transformada en norma de conducta penal— se construye a partir de una norma de la regulación prepenal (administrativa) que luego es cualificada (penalmente) y; c) la exigencia de “malicia”, no es un elemento de mera imputación (subjetiva) asimilable al dolo (como conocimiento neutro), como tantas veces sucede en el derecho penal, sino un elemento cualificador del injusto y configurador del injusto penal que convierte la mera infracción a un deber informativo (entregar información incorrecta) en delito (entregar información falsa).

4.3 El problema de la accesoriedad administrativa

Como se ha adelantado, la tesis del CMF presupone que el art. 59 a) LMV posee una propiedad *parcialmente* regulatoria, por regular conductas de su competencia, lo que autorizaría a ser utilizada para justificar “sanciones” aplicadas por la autoridad administrativa. Aquella tesis debe ser rechazada, aun cuando se base en un presupuesto parcialmente verdadero.

Según se ha analizado más arriba, podemos confirmar que existe un grado importante de accesoriedad del derecho penal al derecho regulatorio de mercado de valores (N°18.045), aunque de aquello no se debe deducir una accesoriedad inversa, esto es, de que el derecho administrativo puede aplicar directamente la norma penal. Esto, porque del hecho de que una norma de sanción penal —que define un contenido específico de una norma de conducta penal— y una norma de conducta/sanción administrativa puedan llegar a compartir algunos contenidos (deberes), no se deriva ni que aquello legitima la aplicación de tipos penales por la autoridad burocrática, para efectos de gestionar un ámbito de interacción, ni que el derecho administrativo pueda modificar los presupuestos que la norma penal (de sanción) ha dispuesto para seleccionar dentro de los ilícitos administrativos, uno específico y cualificado.

De ahí que la aplicación de tipos penales para “legitimar” sanciones administrativas corresponda a una aplicación “inadecuada normativamente, en tanto un tipo penal es una norma secundaria dirigida de manera completa, expresa y exclusivamente al juez (penal) para mandarle su aplicación y facultarle a reprochar ético socialmente una deslealtad cualificada de la norma de conducta. Es asistemática, adicionalmente, ya que formalmente contiene una vinculación concreta a los efectos del incumplimiento específico que, en tanto norma de

sanción, resulta ser una norma de “garantía” para el ciudadano, ya que fija los límites materiales y formales de aplicación de la sanción (principio de tipicidad). Es un derecho del ciudadano, en este sentido, conocer las consecuencias vinculadas a una infracción y que se encuentran contenidas en la norma de sanción, lo que aquí se vulnera flagrantemente.

De ahí que, lo que resulta ser aún más asistemático, no es solo que aquella práctica no considere —en vulneración flagrante los efectos legales de la norma de sanción específica— la naturaleza penal de la norma, sino que ni siquiera se considere respetar los “presupuestos y requisitos” que la propia norma de sanción “exige” —como manifestación de la voluntad general— como tipo de garantía.

4.4 La alteración del tipo penal y el problema de la “malicia”

Otro de los pilares sobre los que se construye la tesis de la CMF es la posibilidad de alteración del *tipo de injusto penal*, esto es, de modificar los elementos configuradores del hecho merecido y necesitado de pena, para su uso administrativo. Esto se basa en que su sometimiento al estatuto de la administración se explicaría porque entiende que a) el ilícito penal es cuantitativa/cualitativamente equivalente al ilícito administrativo o, al menos, que es posible aislar su naturaleza penal, eliminando el único elemento que la caracterizaría: la pena; b) entiende que todo elemento subjetivo es un elemento de imputación no configurador del injusto típico y; c) los criterios de imputación agregados al tipo, como exigencia del legislador, pueden ser extirpados y sustituidos por un criterio de atribución de responsabilidad general del derecho administrativo. Por cierto, las tres afirmaciones y/o presupuestos son abiertamente erróneos.

El primer aspecto, sobre equivalencia cuantitativa/cualitativa del ilícito administrativo y penal, ya ha sido abordado latamente en este trabajo. Aun así, debe considerarse que el tipo penal conlleva un contenido abstracto (ex ante) tanto de la norma de conducta “penal”, contenedora de una valoración especialísima ético social, como de las condiciones de punibilidad. Aquello, precisamente por generar un efecto simbólico en la sociedad, es que exige un nivel de lealtad material y formal estricta por el aplicador del derecho. No se soluciona, por tanto, extirpando “la pena”, en tanto el contenido de la norma de conducta “penal” —aun cuando tenga una base común en la norma de conducta administrativa— ha demarcado el ámbito de valoración especial: de protección penal y un ámbito de limitación a la libertad especial basado en consideraciones de merecimiento y necesidad de pena. Cualquier modificación a aquel injusto penal, por lo tanto, genera una distorsión entre “lo contenido” en la norma penal (y su comunicación simbólico social) y lo efectivamente sancionado/medida ejecutado o autorizada.

Un segundo aspecto de la tesis de la CMF es que todo elemento subjetivo en el tipo penal es un elemento de imputación y, como tal, solo vincula a la autoridad de competencia penal, pero no a la administrativa. El error de esta tesis, entonces, es doble: sostener que la exigencia subjetiva de “malicia” siempre es un criterio de imputación (similar al dolo directo), y sostener que los criterios generales aceptados para la imputación penal o administrativa pueden modificar un criterio de imputación específicamente exigido por un tipo.

En materia penal, los criterios de imputación ordinarios derivados de las normas de la parte general del Código Penal (como el dolo, en tanto criterio de imputación subjetiva ordinario) siempre ceden su paso, frente a la incorporación en los tipos penales concretos de exigencias adicionales como el dolo directo (ej. “el que maliciosamente”) o frente a figuras culposas (“el que imprudentemente”). La parte general que contiene los criterios de imputación ordinarios o extraordinarios (art. 1 CP, art. 10 N°13 CP, por ejemplo) no tienen aplicación y ceden frente a exigencias adicionales y específicas de los tipos específicos, ya que aquellos agregan elementos del injusto específico o incorporan un criterio de imputación especial para que aquella figura sea ordenada e imputada según las valoraciones estrictas del legislador, en tanto

solo ella refleja el injusto desvalorado en dicho tipo penal. Así, a modo ejemplificador, el delito de mutilación o de castración (art. 395 y s. CP), respecto del cual el concepto “maliciosamente o malicia” típico ha sido interpretado como una exigencia de imputación exclusiva a título de dolo directo (intencionalidad)⁴⁸, excluiría la imputación a título culposo. Aquella interpretación, sin embargo, es sin perjuicio de tratarse de un tipo penal que se encuentra ubicado en el Título VIII de los delitos contra las personas, precisamente de aquellos susceptibles de ser imputados según el art. 490 CP a título culposo.

El segundo aspecto dudoso de la tesis de la CMF es entender precisamente el concepto “maliciosamente” como mero criterio de imputación, separable del injusto típico, esto es, del contenido del art. 59 a) LMV. El elemento “maliciosamente” no es, sin embargo, un criterio de imputación equivalente a dolo civil o administrativo que sea posible intercambiar, según sea la sede en que se conoce procedimentalmente la aplicación del art. 59 LMV, sin que se modifique su contenido (aunque manteniendo el carácter simbólico de un crimen). Como criterio de imputación expresamente exigido busca, como señala Hilgendorf⁴⁹, que sea “imagen refleja del tipo objetivo”.

En realidad, se trata de un elemento esencial “del injusto” merecedor de pena. Su “desconocimiento” constituye un “incumplimiento” al mandato de legislador contenido en la norma de sanción penal y obliga al aplicador del derecho a su análisis, cualquiera sea su sede de conocimiento. De lo contrario, el “ilícito” (y no solo su criterio de imputación) es inexistente u otro diferente. Este elemento, vinculado al elemento “falsedad”, configuran el carácter del hecho merecedor de pena. Así, por ejemplo, sin aquel elemento —precisamente lo que hace más fácil la pretensión de incorporar el derecho penal como medio de *enforcement* a la pirámide de cumplimiento administrativo— no es posible distinguir entre i) incumplir el deber informativo; ii) entregar un información incorrecta o equivocada; o iii) de hacerlo “afirmando” que es verdadera, esto es, pretender confundir a los posibles receptores distribuyendo información falsa como verdadera⁵⁰. Así las cosas, cualquiera sea la autoridad que utilice la norma (para denunciar, investigar o sancionar), debe considerar la malicia como elemento irrenunciable, pues sin este pierde el carácter de “ilícito penal” propio del art. 59 a) LMV.

La extirpación o sustitución del elemento subjetivo, sin embargo, no es el único que debe desarrollar la CMF para concretar su tesis. Lo ha hecho con el tipo de deber administrativo que se supone base del ilícito penal, con el círculo de destinatarios de la norma e, incluso, con el ámbito de protección penal de aspectos penalmente irrelevantes bajo la figura del art. 59 LMV relativos a garantización de información relevante para los inversores o el precio⁵¹, extendiéndolo a otros aspectos tales como la “funcionalidad de los sistemas de cumplimiento, sancionador o de supervigilancia”⁵². La desfiguración del injusto penal es evidente, sin perjuicio que su utilización administrativa por parte de la CMF sigue profitando del poder simbólico de su naturaleza penal para efectos de una gestión burocrática.

En definitiva, en los casos que hemos podido analizar, no es el art. 59 a) LMV el que se ha aplicado concretamente, en circunstancias que se anuncia incorrectamente que lo ha sido, afectando desproporcionada y ilegalmente el honor de un ciudadano de una forma más intensa de aquello autorizado por la Constitución y la Ley, en un ámbito especialmente sensible a esta clase de reproches: el mercado de valores.

⁴⁸ Véase GARRIDO (2010), p. 151.

⁴⁹ Véase al respecto HILGENDORF (2017), p. 71.

⁵⁰ Véase GREEN (2013), pp. 117 y ss.

⁵¹ Sobre le bien jurídico penal en GARCÍA (2017); HERNÁNDEZ (2017), p. 109.

⁵² Junto a las resoluciones ya comentadas del CMF, también hay anteriores del SVS, como la SVS, Resolución Exenta N°338, de 26 de noviembre de 2015, p. 145, en el caso “Consorcio/Bilbao”, en que frente a los argumentos esgrimidos por la defensa de que el imputado no es titular de deber alguno que sirvan de base al injusto penal del art. 59, rechaza el argumento ya que el tipo se configura “sin especificar dicha norma un supuesto deber cualificado de veracidad. En efecto, el legislador no estableció ninguna cualidad especial o calificada respecto de quien proporcione los antecedentes, fijando como sujeto activo del ilícito a cualquier persona (...) pudiendo este servicio sancionar su comisión por cualquier persona que haya proporcionado maliciosamente antecedentes falsos a la SVS o mercado”.

4.5 Incoherencia de la interpretación de la CMF y el modelo de enforcement

La dogmática jurídica de los países desarrollados ha permitido establecer una línea divisoria clara entre los ilícitos administrativos y penales. En particular estos ilícitos se diferencian en razón de su naturaleza y, por tanto, en cuanto a su finalidad, normas, sanciones, culpabilidad, estándar de prueba, certeza de la conducta, transmisibilidad, y órgano competente, entre otras. En materia de mercado de valores, particular mención merecen las jurisdicciones de Estados Unidos y Europa que ubican el elemento subjetivo como especial en la diferenciación.

El modo de graficar la clara distinción entre sanción administrativa y penal es el caso de Don Langford, quien incumplió el deber de entregar información fidedigna a la *Securities and Exchange Commission*. Aunque se trata de un mismo hecho, fue acusado y sancionado administrativa (tribunal civil)⁵³ y penalmente⁵⁴ por órganos diferentes, según normas diferentes y conforme a declaraciones diferentes.

A su vez, en Europa destaca la sentencia de la Corte Europea de Justicia de 23 de diciembre de 2009 en el caso *Spector*⁵⁵, sobre información privilegiada, que establece una distinción entre infracciones administrativas y penales basada en la exigencia de malicia: si la infracción exige malicia es penal y debe ser declarada por un juez del crimen, de lo contrario es administrativa. La ausencia de dolo directo en las infracciones administrativas del mercado financiero es explicada por la Corte en función de los fines y eficiencia la sanción administrativa versus la penal⁵⁶.

Esta distinción ha sido acompañada del enriquecimiento y gradación proporcional de los instrumentos correctivos de infracciones administrativas, puesto que lo relevante en este ámbito no es castigar sino prevenir y disuadir, y por esta razón la sanción es solo una de las herramientas y no la única. A esto se refiere la doctrina de la *responsive regulation*⁵⁷.

De acuerdo a lo expuesto, la aplicación administrativa del tipo penal del artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045 por parte de la CMF constituye una posición atrasada a la luz del avance dogmático y jurisprudencial de los países desarrollados en materia de mercado de valores.

Subyace en esta posición una lógica sancionadora de épocas pasadas que no concibe la multa como un instrumento de corrección y disuasión de incumplimientos obligacionales, discrecional, y proporcionada, sino como una potestad punitiva de castigo de acciones típicas, único remedio para cumplir la función administrativa, y por tanto desproporcionada en casos de satisfacción anticipada del interés público.

Esta aplicación del tipo penal del artículo 59 letra a) por órganos administrativos parece ser, además, ajena a los principios fundacionales de la nueva institucionalidad reguladora en materia de mercado de valores. En efecto, de acuerdo al Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 21.000, “nuestro país tiene una gran tarea pendiente, ya que la transformación de los mercados antes descrita no ha tenido como contrapartida un proceso simultáneo de modernización de los sistemas de regulación y supervisión que permita hacer

⁵³ *Securities and Exchange Commission v. Don A. Langford* (8:12-cv-00344).

⁵⁴ *United States of America v. Don A. Langford* 4:14-cr-03103-JMG-CRZ.

⁵⁵ *Spector Photo Group NV and Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, Caso C-45/08.

⁵⁶ “The fact that Article 2(1) of Directive 2003/6 does not expressly provide for a mental element among the constituent elements of insider dealing can be explained, second, by the purpose of Directive 2003/6, which, as is pointed out, inter alia, in the second and twelfth recitals in the preamble thereto, is to ensure the integrity of Community financial markets and to enhance investor confidence in those markets. The Community legislature opted for a preventative mechanism and for administrative sanctions for insider dealing, the effectiveness of which would be weakened if made subject to a systematic analysis of the existence of a mental element. As pointed out by the Advocate General in point 55 of her Opinion, only if the prohibition on insider dealing allows infringements to be effectively sanctioned does it prove to be powerful and encourage compliance with the rules by all market actors on a lasting basis. The effective implementation of the prohibition on market transactions is thus based on a simple structure in which subjective grounds of defence are limited, not only to enable sanctions to be imposed but also to prevent effectively infringements of that prohibition”.

⁵⁷ AYRES y BRAITHWAITE (1992).

frente de mejor forma a los nuevos riesgos y desafíos que ésta implica”⁵⁸. En particular la creación de la CMF “busca favorecer la legitimidad y el debido proceso en la aplicación de sanciones administrativas por infracciones a la legislación vigente”⁵⁹.

Según esta lógica, corresponde a la CMF asumir estándares de fiscalización y sanción acordes con el estado del arte en las jurisdicciones más desarrolladas, lo que supone dejar atrás los usos o prácticas superadas del modelo de Superintendencia, entre los que están no solo el carácter unipersonal de la autoridad y la concentración de la investigación y sanción en un solo órgano, sino también la confusión entre infracción penal y administrativa, entre jurisdicción y administración, que subyace en la declaración administrativa de haberse cometido del delito tipificado en el artículo 59 letra a) citado.

4.6 Soluciones del derecho comparado: una advertencia sustantiva

Por regla general, la norma de sanción administrativa no exige dolo o malicia para configurar el ilícito, aunque aquello podría ser revertido por el legislador en una infracción particular. Sin embargo, dicha exclusión generalizada de la de la intención es natural del derecho administrativo de policía, cuya función consiste simplemente en modelar conductas mediante la imposición de obligaciones, razón por la cual basta el incumplimiento negligente de las mismas para entender cumplido el requisito de merecimiento de sanción. De hecho, por tratarse de un derecho obligacional y no punitivo, la culpa se presume una vez acreditada la infracción normativa. Así, por ejemplo, en el caso *A y B v. Noruega*⁶⁰, se indicó que la Corte Suprema de dicho país sostuvo que la infracción penal de entrega de información incompleta a la autoridad se diferencia de la infracción administrativa porque exige el “*elemento adicional de comisión de un fraude culpable*”⁶¹.

Al respecto, Alejandro Nieto sostiene que en los ilícitos administrativos “el elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito porque a efectos de la prevención de peligros abstractos lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento”⁶². En igual sentido se pronuncian los autores nacionales. Así, por ejemplo, el profesor Raúl Letelier sostiene que “por la misma razón de intrascendencia del reproche ético es que la sanción administrativa puede perfectamente —como normalmente hace— prescindir de la intencionalidad del sujeto para determinar su específica cuantía”⁶³. El profesor Jorge Bermúdez, por su parte, sostiene que “más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad”⁶⁴. Asimismo, el profesor Luis Cordero observa que “cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera observancia de la norma para dar por establecida la culpa”⁶⁵.

Dado que los ilícitos administrativos no requieren probar malicia o falsedad, la insistencia en imputarlas y declararlas, además de ser gravemente antijurídica, produciría serias ineficiencias económicas en la operación de la CMF, porque la obligaría a incurrir en costos probatorios innecesarios. A diferencia de la culpa infraccional, propia de los ilícitos administrativos, la malicia es preciso probarla con medios de prueba específicos (no se presume), adicionales (no basta con la confesión del autor), y conforme a un estándar superior

⁵⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2013).

⁵⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2013).

⁶⁰ Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016.

⁶¹ Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016, párrafo 144.

⁶² NIETO (2005), pp. 377-378.

⁶³ LETELIER (2017), p. 666.

⁶⁴ BERMÚDEZ (2014), p. 288.

⁶⁵ CORDERO (2015), p. 504.

(de alta probabilidad, prueba clara y concluyente o más allá de toda duda razonable)⁶⁶. Este argumento de eficiencia demuestra, una vez más, que la obligación de probar todos esos elementos solo corresponde a la institucionalidad penal respecto de los delitos graves, que se persigue castigar y reprochar antes que prevenir.

La opción de aplicar un tipo penal, sin perjuicio de la existencia de normas de sanción propias del derecho administrativo, no solo es entonces asistemática, sino además ineficiente.

5. Un órgano administrativo carece de atribuciones y de procedimiento para imputar o declarar responsabilidad por un crimen (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*)

5.1 El principio de separación de poderes administrativos y judiciales

El principio de separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial fue formulado por Montesquieu para prevenir los excesos y arbitrariedades que derivan de la concentración del poder en pocas personas: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres Poderes”⁶⁷. Sin perjuicio del carácter magistral de su definición, este autor francés no vino sino a plasmar en pocas palabras un ideal de antigua data en el derecho, entre cuyos elementos destaca que el juzgamiento de conductas criminales solo puede ser realizado por terceros independientes e imparciales, conocidos también como tribunales o jueces. *Nemo iudex in causa sua* decían los antiguos, no existe el juez en causa propia, pues sería simplemente parte.

De hecho, la formulación del principio por Montesquieu se produce en el acápite relativo a la constitución de Inglaterra, que incorpora entre otras normas el precepto de la Carta Magna de 1215, cuya cláusula N° 52 establece que nadie puede ser juzgado sino por el juicio de sus pares⁶⁸. En este sentido, las cualidades del juez marcan una diferencia con otros mecanismos de solución de conflictos como la autocomposición o acuerdo de las partes, y la autotutela o justicia impuesta por una de las partes.

Esta definición de juez excluye de suyo la posibilidad de que organismos administrativos puedan juzgar o declarar la comisión de conductas criminales asociadas a su ámbito de supervisión pues, a diferencia de los jueces, revisten una naturaleza de parte interesada o parcial respecto del interés público que se habría visto afectado por la conducta que estiman delictiva. Como explica la doctrina anglosajona, estas entidades admiten la calificación de cuerpos auto-interesados (*self-interested bodies*), razón por la cual carecen de las aptitudes esenciales para el ejercicio de una función judicial⁶⁹. Siguiendo a autores como Wade y Forsyth, semejante posición orgánica “descalifica normativamente a un sujeto para determinar cualquier cosa en el que pueda estar, o se sospeche razonablemente que pueda estar, perjudicado”⁷⁰.

Si, pese a esta restricción esencial, el fiscalizador o regulador decide ejercer igualmente una función jurisdiccional, invadiendo un ámbito de acción que le es impropio, incurre en una práctica conocida como “engrandecimiento” (*aggrandizement*). Específicamente, esta patología organizacional se produce “cuando la agencia busca incrementar su propio poder a expensas de otro actor institucional en el gobierno federal”⁷¹.

⁶⁶ Sentencias Corte Suprema, Rol N° 1.179-2013, de 22 de abril de 2013, c. 21º; Corte Suprema, Rol N° 6.257-2007, de 13 de abril de 2009, c. 15º; y Corte Suprema, Rol N° 5.898-2008, de 26 de enero de 2009, c. 48º.

⁶⁷ MONTESQUIEU (2012), p. 207.

⁶⁸ ARLIDGE y JUDGE (2014), pp. 185-192.

⁶⁹ TORREY (2005), pp. 1327-1370.

⁷⁰ WADE y FORSYTH (2004), p. 450. La traducción es nuestra.

⁷¹ TORREY (2005), p. 1368.

Un catalizador clave de esta desviación es la atribución al fiscalizador de la potestad de interpretar las leyes bajo su cuidado, presente en la mayoría de los casos⁷². En tal escenario, señala la doctrina comparada, los organismos muestran una mayor propensión para interpretar sus poderes más allá de la voluntad y espíritu del legislador, incurriendo así en decisiones prejuiciadas respecto del interés que persiguen⁷³.

Los jueces en cambio, carecerían del riesgo de “engrandecer” sus atribuciones, desde luego porque carecen de un interés público administrativo que resguardar más allá de la decisión justa e imparcial de los conflictos sometidos a su conocimiento⁷⁴.

Además, bajo una perspectiva funcional, cabe sostener que la declaración de que una persona ha cometido la conducta descrita en un tipo penal (como injusto típico) constituye la declaración y el reproche ético social más grave que puede formular el Estado, destruyendo el valor de la presunción de inocencia delictual y produciendo un daño reputacional grave e irreparable en el acusado. Es por esta razón que el legislador entrega la atribución tanto de declarar la existencia de un delito como de imponer una pena a tribunales especializados (monopolio judicial), los que deben actuar conforme a un procedimiento que cuente con garantías suficientes para investigar, imputar, conocer y juzgar la comisión del delito (monopolio procesal)⁷⁵.

Finalmente, la necesidad de que el juzgamiento y declaración de la comisión de una conducta criminal esté en manos de jueces y no de entes administrativos ha sido reconocida también por los principales tratados de derechos humanos. En lo que a nuestro país respecta, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁶ establece que una persona solo puede ser declarada culpable de la comisión de una conducta penal en virtud de un proceso penal legalmente tramitado ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8). De esta manera, queda excluida toda posibilidad de que la declaración de culpabilidad sea emitida por un órgano administrativo, ni siquiera en una fase intermedia, pues la persona acusada tiene derecho a que “se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (art. 8). Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha declarado que este derecho es absoluto y no puede ser objeto de excepción alguna⁷⁷.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que, en caso de dudas interpretativas respecto del otorgamiento de la potestad jurisdiccional a un órgano administrativo y judicial, debe estarse siempre por aquella que favorezca el adecuado ejercicio de la segunda: “toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente”⁷⁸.

5.2 El principio de separación de poderes administrativos y judiciales en Chile

Nuestro ordenamiento ha previsto la existencia de un Poder Judicial independiente del resto de las funciones públicas para asegurar una convivencia pacífica de los integrantes de la comunidad nacional. El principio de interdicción de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos es de antigua data en Chile, pues se remonta a los textos constitucionales de los albores de la república. Básicamente, el principio ha sido resguardado

⁷² En el caso concreto de la CMF, el artículo 5 N° 1 de la Ley N° 21.000, de 2017, establece que “corresponderá a la Comisión interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas”.

⁷³ SUNSTEIN (1990), pp. 2097-2100; TAYLOR (2000), p. 1697-1698.

⁷⁴ GELLHOM y VERKUIL (1999), p. 1013.

⁷⁵ MONTERO et al. (2012), pp. 11 y ss.

⁷⁶ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (1991).

⁷⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1987), párrafos 4.5 y 5.2.

⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2007), párrafo 20.

mediante tres preceptos: atribución exclusiva de la competencia judicial a los tribunales⁷⁹, prohibición expresa dirigida al Presidente de la República de ejercer tales funciones, y sanción de “comisión especial” a todo aquel que administre justicia sin poder para ello.

Estas normas han sido recogidas en los artículos 76 y 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución actual, aunque su redacción ha permanecido incólume desde el siglo XIX⁸⁰. En primer lugar, el artículo 76 de la Constitución dispone que

la facultad de conocer de las causas (...) criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales (...).

La prohibición expresa de conocer causas criminales “en caso alguno” se dirige al Presidente de la República en su calidad de titular del gobierno y de la Administración del Estado (art. 24 de la Constitución), razón por la cual se extiende también a cualquier organismo administrativo. Esta prohibición se justifica, entre otras razones, en el principio de que el juzgamiento ético social o subjetivo de una persona solo puede ser llevado a cabo por un tribunal independiente e imparcial y no por órganos administrativos que sean titulares de intereses públicos específicos.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que un tribunal que depende funcionalmente del poder ejecutivo no es un tribunal, aunque la ley lo diga⁸¹, porque carece de imparcialidad objetiva⁸². Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que “todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”⁸³.

Segundo, el inciso 4° del artículo 19 N°3 de la Constitución establece que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”. Este precepto fue reiterado posteriormente en el artículo 2 del Código Procesal Penal, precisamente para evitar el riesgo de que la comisión de delitos penales sea declarada por órganos ajenos a los tribunales de justicia. En efecto, de acuerdo al artículo 18 del Código Procesal Penal, “Corresponderá a los tribunales de juicio oral en lo penal: a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía”.

Específicamente, un órgano administrativo se constituye en una “comisión especial” antijurídica cuando declara formalmente que un sujeto ha cometido una conducta que reúne todos los elementos de un delito penal, pues tal función es privativa de un tribunal del crimen. Al respecto, sostiene Cea Egaña que

nos encontramos con funcionarios que juzgan a los administrados, sin gozar de las cualidades de imparcialidad, independencia y permanencia que poseen los tribunales creados por la ley para ese objeto. Son tales funcionarios, en síntesis, una especie de las comisiones especiales que el Poder

⁷⁹ Como señalaba Ambrosio Montt a fines del siglo 19: “toda contención de bienes i derechos, sea que se ajite entre particulares, sea que se suscite entre el fisco i los ciudadanos, es de necesidad de un asunto judicial, peculiar i privativo de los tribunales i jamás i en ningún caso de la competencia del Presidente de la República, de las autoridades administrativas, i aun del propio Congreso Nacional”. MONTT (1894/95), pp. 261 y ss.

⁸⁰ El artículo 76 de la Constitución ha tenido la siguiente trayectoria normativa: Arts. 1 y 20 Cap. I Tit. IV de la Constitución, de 1818; art. 158 de la Constitución, de 1822; art. 8 del Reglamento Orgánico Provisional, de 1823; art. 19 N° 3 de la Constitución, de 1823; art. 85 N° 3 de la Constitución, de 1828; art. 108 de la Constitución, de 1833; art. 80 de la Constitución, de 1925; y art. 73 de la Constitución, de 1980. El artículo 19 N° 3 inciso quinto, por su parte, registra el siguiente itinerario normativo: art. 199 de la Constitución, de 1822; art. 136 de la Constitución, de 1823; art. 15 de la Constitución, de 1828; art. 134 de la Constitución, de 1833; art. 12 de la Constitución, de 1925; y art. 19 N° 3 de la Constitución, de 1980, modificado por art. 1 N° 10 a) de la Ley N° 20.050, de 2005.

⁸¹ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 24.994-2017, de 17 de octubre de 2017, c. 6 a 10.

⁸² Sentencia Corte Suprema, Rol N° 16.795-2018, de 19 de noviembre de 2018.

⁸³ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2.041-2011, de 11 de diciembre de 2012. Ver también sentencia Rol N° 554-2006, de 31 de enero de 2007; y Rol N° 1.243-2008, de 30 de diciembre de 2008.

Constituyente prohíbe crear, sin que ni la letra ni el espíritu de la disposición que contiene su mandato admitan excepción o circunstancia eximente de especie alguna⁸⁴.

En términos subjetivos, como señala Binder, estas normas reconocen un derecho subjetivo en favor del ciudadano a no ser juzgado por órganos no jurisdiccionales o administrativos, sino por el tribunal definido por la ley: Derecho al juez natural⁸⁵.

5.3 El principio de separación en el actuar de la CMF

Sin embargo, como ya se adelantó, la CMF ha resuelto que su competencia para conocer la infracción del art. 59 estaría definida formalmente en el art. 2 de la LMV, en relación con el art. 55, en tanto señala que corresponderá a la SVS vigilar el cumplimiento de las disposiciones de dicha ley y estas pueden acumular sanciones de naturaleza administrativa y penal⁸⁶. Aquello lo ha señalado precisamente a propósito de la alegación de un ciudadano respecto a la vulneración al debido proceso, en particular, al derecho al juez natural a no ser juzgado por comisiones especiales.

Desde un punto de vista competencial, el carácter penal del delito tipificado en el artículo 59 letra a) LMV tiene como primera consecuencia que, si bien puede existir una imputación por policías para afectos procesales e incluso por ciudadanos por medio de denuncias, la titularidad de la acción penal específica es entregada exclusivamente a una autoridad específica: el Ministerio Público. Aquello es reafirmado por la legislación de mercado de valores⁸⁷. La competencia de la fiscalía del CMF y el mismo CMF se limita exclusivamente, por disposición del art. 58 LMV, a cumplir con el deber de denuncia general que recae sobre los funcionarios públicos que, para estos efectos, establece reglas especiales relativo a los plazos. Por esta razón, el Fiscal de la CMF sería incompetente para acusar directamente a un ciudadano, utilizando un tipo penal, ante el Consejo de la misma.

En segundo lugar, la comisión de este delito solo puede ser conocida y declarada por los tribunales del crimen. Por esta razón, la CMF sería incompetente para conocer y declarar que se ha cometido la conducta penal tipificada en el artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045.

La incompetencia de la CMF para declarar la comisión de delitos se desprende también del artículo 58 de la Ley N° 18.045, que obliga a sus funcionarios a poner a disposición del Ministerio Público “los hechos que pudieran ser constitutivos de delitos”. Como se observa, la redacción de la norma está en condicional (“pudieran ser”), precisamente, porque se trata de una declaración que no le corresponde formular a la CMF. La función de esta última es simplemente poner a disposición del Ministerio Público “hechos” y no declaraciones o calificaciones de esos hechos como subsumidos en una norma penal. Esta última declaración, que pone fin a la presunción de inocencia y que afirma una “ilicitud”, solo puede ser formulada por un tribunal de justicia y no por un órgano administrativo en virtud del artículo 4 del Código Procesal Penal: “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme [de un Tribunal]”.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso detenerse en el argumento contrario de que la declaración que se le pide a la CMF no es penal porque no conlleva la imposición de una pena sino de una sanción administrativa. Aquella argumentación es errónea, como ya se analizó más arriba en lo relativo al contenido de la norma penal. La competencia exclusiva de los tribunales del crimen comprende no solo la imposición de una pena, sino también el “conocer” y “resolver” si la conducta delictiva fue cometida (art. 76 de la Constitución). Y esto es precisamente lo que la Fiscalía suele pedir al Consejo de la CMF, en circunstancias que este tiene prohibido expresamente formular semejante declaración. ¿Puede acaso un órgano

⁸⁴ CEA (1988), p. 273.

⁸⁵ BINDER (1999), p. 146.

⁸⁶ Véase por ejemplo, CMF, Resolución Exenta N° 3070, de 30 de mayo de 2019, pp. 8 y ss.

⁸⁷ Arts. 5 N° 32, 20 N° 9, 58 N° 5 de la Ley N° 21.000, de 2017.

administrativo declarar antes que un juez penal que una persona ha cometido un homicidio, una estafa o un robo con violencia simplemente para efectos de imponer una sanción administrativa? Claramente no, porque la esfera de sus potestades solo se extiende a la declaración de infracciones no penales, y en este caso declarar que se ha cometido la conducta delictiva del artículo 59 letra a) es declarar que se ha cometido un “injusto penal”.

Adicionalmente, la CMF carece del procedimiento con las garantías suficientes para declarar la comisión de un delito penal, pues solo aplica el procedimiento administrativo sancionador regulado en la Ley N° 21.000 y supletoriamente en la Ley N° 19.880. La declaración de las conductas más desvaloradas por la sociedad conlleva un daño tan severo a la reputación de una persona que solo puede producirse en virtud de un procedimiento de naturaleza penal, con las garantías suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Esto supone, por ejemplo, que semejante declaración solo puede producirse conforme a un estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” (art. 340 del Código Procesal Penal).

Sobre la base de estas consideraciones normativas y jurisprudenciales, el ejercicio de funciones judiciales penales por parte de la CMF como órgano administrativo envuelve un quiebre grave del principio de separación de poderes que desvirtúa las funciones administrativas de dicho órgano, invade el ámbito de atribuciones propio del poder judicial, y atenta severamente en contra de la garantía constitucional de un procedimiento racional y justo.

6. Efectos de una imputación, conocimiento y declaración de una conducta criminal por un órgano administrativo

De acuerdo a lo expuesto, la imputación del delito tipificado en el artículo 59 letra a) LMV por parte del Fiscal de la CMF es ilegal, por corresponder a una atribución exclusiva del Ministerio Público. A su vez, el conocimiento y declaración de que los hechos se adecuan a todos los elementos de la norma penal por parte del Consejo de la CMF sería inconstitucional e ilegal, pues tanto la Constitución de la República como el Código Procesal Penal confieren dicha potestad jurisdiccional a los tribunales del crimen.

A su vez, cualquier intento de la CMF por juzgar tales hechos y declarar que se ha configurado íntegramente el crimen tipificado en el artículo 59 letra a) infringiría la prohibición constitucional y legal de ejercicio de funciones jurisdiccionales, erigiéndose como “comisión especial” antijurídica.

Los efectos naturales de esta antijuridicidad serían: a) la declaración de nulidad del acto administrativo de la CMF que declara la comisión de una conducta constitutiva de delito; y b) la eventual responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por los daños causados producto de esta declaración, sin perjuicio de la responsabilidad personal que pueda atribuirse a los funcionarios del órgano que adoptó la decisión antijurídica.

La nulidad de la eventual resolución de la CMF que declare que los hechos son subsumibles en la norma penal del artículo 59 letra a) se desprende del artículo 7 inciso 3 de la Constitución, que declara la nulidad de todos los actos dictados fuera de la competencia legal del órgano.

Por su parte, la responsabilidad eventual del Estado y de los funcionarios que hayan adoptado la decisión, en caso de que haya causado daño, está establecida en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución:

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

En igual sentido, el artículo 4 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, aplicable también a la CMF, establece que “El Estado será

responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Dado el carácter estigmatizador de una declaración penal en sede administrativa, pensamos que la responsabilidad del Estado debería considerar necesariamente el daño moral.

Las responsabilidades anteriormente mencionadas podrían operar sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal en la que pueda incurrir el "empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales" (art. 222 del Código Penal).

7. Coexistencia de regímenes sancionadores administrativos y penales: forzamiento inexacto de vulneración del *non bis in idem*

La tesis de la CMF de que el artículo 58 LMV autorizaría una sanción administrativa y penal por un mismo hecho fáctico y jurídico, pero además, derivado de una misma norma de sanción penal, incurre en problemas formales y materiales adicionales, siendo el principal de ellos el forzamiento inexacto de vulneración del *non bis in idem por desproporcionalidad y del principio de legalidad por vulneración al deber de aplicación stricta (lex stricta)*. Esto último, es consecuencia de la explicación de la CMF de entender que aquello no vulnera la prohibición de doble valoración, entre otras, porque su argumento radicaría en que la ley autorizaría solo a imponer una sanción administrativa que, si bien no es prevista en el tipo penal, no produciría una doble sanción penal. Este problema, en principio, no debería restringirse a la interpretación normativa que incumba solo a la administración (¿tiene un deber el intérprete de no valorar y sancionar dos veces por lo mismo?), como ya ha sido presentado, sino también sistémica que abarque deberes y límites constitucionales del propio legislador (¿está limitado constitucionalmente el legislador a no establecer facultades de doble valoración y sanción a un sujeto por el mismo hecho?). La relevancia de esta distinción y la doble interrogante radica no solo en el contenido de la norma del art. 55 LMV, sino esencialmente en la decisión legislativa reciente (Ley N° 21130 de 2019) la ley General de Bancos (D.F.L. N°3) ha dispuesto en su art. 162 que las conductas que configuren los delitos tipificados en dicha ley podrían ser sancionados también por la Comisión para el Mercado Financiero. Si aquello supone la transferencia parcial a la administración de competencias penales o, por el contrario, supone una autorización de sancionar dos veces por lo mismo presuponiendo la sanción penal previa, es una cuestión que debe ser estudiada⁸⁸.

La autorización excepcional del legislador de doble valoración a un mismo hecho, sin embargo, no equivale a sostener, como ha defendido la tesis de CMF en sus últimas resoluciones, que de una misma "norma de sanción" se puedan originar responsabilidades de distinta naturaleza. En el caso que se plantea, la aplicación errada se basa, como se ha tratado más arriba, i) en una confusión relativa a que la norma de conducta administrativa, por servir de base a la norma penal, es equivalente en contenido y significación social a la norma de conducta "penal" acogida y que puede deducirse del tipo penal; ii) en que la autorización de doble sanción por el legislador, lo es a que cualquier autoridad indistintamente pueda asumir una competencia penal o administrativa indistintamente y; iii) que de una misma norma de sanción se deriven distintas responsabilidades, en la medida que la sanción aplicada sea la propia de su competencia. Sin embargo, aquella decisión del legislador de establecer distintos estatutos de responsabilidad por un mismo hecho (en las normas de sanción), no significa que cualquier autoridad puede asumir simplemente una competencia general por todas ellas o que de una norma relativa a un tipo de responsabilidad pueda autorizar, sin más, el surgimiento de una responsabilidad de naturaleza diferente. Cada norma de sanción, asociada a un estatuto procesal diferenciado, exige una declaración propia de un solo tipo de responsabilidad.

⁸⁸ Discusión constitucional que opta por entenderla en este segundo sentido en Oficio del Tribunal Constitucional. Fecha 18 de diciembre, 2018, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018).

7.1 Es una verdad pacífica en derecho que, por disposición del legislador, un mismo hecho fáctico realizado por una misma persona puede dar origen a distintas responsabilidades: civil, administrativa, penal, etc.

Aquello es consecuencia, por un lado, de que se entiende que la prohibición de *ne bis in idem* es esencialmente una limitación impuesta al aplicador del derecho —basado en el principio de legalidad y de proporcionalidad— y no al legislador que puede atribuir funcionalidades diferenciadas a dichas normas de sanción e incluso acumularlas en un solo procedimiento (ej. Responsabilidad penal y civil). Al legislador, sin embargo, sí le estaría prohibido, por disposición constitucional, someter la competencia de la norma penal al conocimiento de autoridades distintas a las del poder judicial (art. 19 N°3 de la Constitución) y a que, el diseño institucional que acepta una doble valoración, genere efectos desproporcionados en los derechos de los ciudadanos (prohibición de exceso). Por otro lado, la autorización al legislador de doble valoración lo es a un mismo hecho fáctico (o a compartir una fracción del mismo), pero no a aplicar dos sanciones por un ilícito de idéntico contenido ético social y misma funcionalidad.

El principio de non bis in ídem material⁸⁹, sintetiza en tanto tal, una serie de deberes de legitimación material de las sanciones con rango supra legal⁹⁰, en especial, del principio de proporcionalidad y de legalidad. En parte, el principio se construye a partir de la prohibición de imponer dos veces efectos sancionatorios establecidos en la ley para un solo supuesto de hecho. Entre nosotros Mañalich ha sostenido que aquello afectaría el “mandato de aplicación estricta” de las respectivas normas de sanción, en tanto dichas dos sanciones sobrepasarían el efecto establecido expresamente por la ley⁹¹. El principio también se construiría por la prohibición de juzgar o valorar dos veces lo mismo —en tanto la conducta juzgada cumple las descripciones de dos normas de sanción— en cuyo caso se vulneraría el principio de proporcionalidad por redundancia legislativa (concursos)⁹². Aquello explica, precisamente, la corrección que el mismo legislador establece en el art. 75 (concurso ideal de delitos), respecto de una misma naturaleza de injusto que comparten parcialmente ciertas propiedades, de manera de evitar una doble valoración negativa de los elementos coincidentes. Aquello también explica, las soluciones relativas al concurso aparente de leyes penales que supone una coincidencia en la valoración jurídica del hecho (ej. Abuso sexual/violación u homicidio/parricidio), en cuyo caso la prohibición de doble valoración/sanción, excluye la sanción de uno de las dos⁹³.

La tesis de la CMF, en cambio, fuerza a un problema que en realidad es inexistente: que el Estado no solo por un mismo hecho fáctico, sino por un “mismo ilícito” —con mismo contenido y significado social— sancione dos veces a un ciudadano; esto es, que *un mismo hecho fáctico que, en su sentido fáctico no es equivalente a un mismo injusto* (consideración de las mismas propiedades del hecho injusto), *pasa a serlo por redundancia*⁹⁴. Aquello (valoraciones repetidas o redundancia de valoraciones), sin embargo, no es autorizado por el legislador en la norma del art. 58, en tanto este supone la coexistencia dos regímenes sancionadores y dos normas de sanción diferenciadas cuyas valoraciones deberían ser diferentes.

En razón de esto último, sería también un error sustentar la aplicación del citado artículo 59, como se ha sostenido⁹⁵, en el hecho de que la CMF pueda sancionar con inhabilitación temporal para el ejercicio del cargo de director o ejecutivo a “aquellas personas que hubiesen incurrido

⁸⁹ En la literatura nacional MAÑALICH (2011b), pp. 148 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 559 y ss.; OSSANDÓN (2018), pp. 952-1002.

⁹⁰ Al respecto véase OSSANDÓN (2018), pp. 955 y ss.

⁹¹ En este sentido Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2402 y 2403, de 8 de noviembre de 2013; en el sentido de que adicionalmente se vulnera el principio de proporcionalidad OSSANDÓN (2018), p. 980; en esa misma línea, la SCS también ha visto en esta hipótesis desproporcionalidad: Sentencia Corte Suprema, Rol N° 5889-2004, de 11 de julio de 2006: “se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.

⁹² MAÑALICH (2014), p. 549.

⁹³ Con mayores referencias MAÑALICH (2014), p. 548.

⁹⁴ Al respecto con claridad MAÑALICH (2011b), pp. 148 y ss.; MAÑALICH (2014), pp. 559 y ss.

⁹⁵ CMF, Resolución Exenta N° 2.499, de 2 de mayo de 2019, p. 37.

en las conductas descritas en los artículos 59, 60 y 61 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores” (art. 37 del D.L. N° 3.538 de 1980). Nuestra lectura de este precepto supone que la inhabilidad solo podría ser impuesta luego de que un tribunal penal —y no la CMF como órgano administrativo— haya declarado que dichas personas han incurrido en tales conductas penales. De ahí que no compartimos la política de la CMF de aplicar dicha inhabilidad como efecto de su propia declaración de haberse cometido la conducta penal del artículo 59 letra a)⁹⁶. Sobre esta base, tampoco serviría como analogía la declaración de indignidad del homicida para suceder al difunto (art. 968 del Código Civil) que podría ser formulada por un tribunal civil pese a que envuelve el juzgamiento de una conducta criminal. Desde luego porque en tal caso la función jurisdiccional sería igualmente ejercida por un tribunal de justicia y no por un órgano administrativo, que es el vicio que estamos observando.

7.2 El principio de *ne bis in ídem*, asume adicionalmente una expresión procesal, que se cristaliza en la prohibición juzgamiento múltiple —sucesivos o simultáneos— por un mismo hecho a una misma persona.

Si bien, se ha sostenido entre nosotros que se trata de un principio fundado en ciertas condiciones de legitimación de la persecución penal por parte del Estado, que se concreta en una especie de “prohibición de hostigamiento procesal”, creemos que este se extiende a la concreción procesal del non bis in ídem material.

Así, si bien el legislador ha autorizado excepcionalmente la persecución múltiple —en el entendido que se trata de sistemas sancionadores con funcionalidad diferentes— (cuestión que entre nosotros no genera cuestionamiento), la utilización de una misma norma de sanción con contenido idéntico, genera innecesariamente que cualquier tribunal penal quede inhibido de actuar en virtud del principio non bis in ídem, si previamente existió una declaración de culpabilidad de otro organismo estatal. En general, no existe el non bis in ídem entre las sanciones administrativas y penales, precisamente, porque se aplican a infracciones con elementos y fines sustancialmente diferentes. Sin embargo, esta distinción desaparece si la CMF pretende sancionar hechos siguiendo al pie de la letra la estructura del delito penal, pues en tal caso sí que se configura una hipótesis de non bis in ídem. Eventualmente, ningún juez del crimen podría declarar nuevamente que los mismos hechos están subsumidos en la norma penal, porque tal declaración ya fue formulada oficialmente por el órgano administrativo conforme a un procedimiento anterior.

La conclusión anterior no es teórica, sino que ha sido acogida por parte de la jurisprudencia. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago⁹⁷, en causa Rol N° 1398-2015, sostuvo que cuando un órgano del Estado ha aplicado el 59 letra a) de la Ley 18.045 ningún otro órgano puede aplicarlo nuevamente por los mismos hechos en razón del principio non bis in ídem. Específicamente, la aplicación del artículo 59 letra a) por los mismos hechos en sede penal y administrativa contraviene el principio non bis in ídem porque el bien jurídico protegido es el mismo. Dado que el argumento central es la identidad del bien jurídico protegido producto de la identidad del precepto aplicado, resulta indiferente el orden cronológico de las declaraciones en sede penal o administrativa⁹⁸.

⁹⁶ CMF, Resolución Exenta N° 1.434, de 14 de marzo de 2019, pp. 97 y 99.

⁹⁷ Esta sentencia fue casada por la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 30.176-2017, de 18 de junio de 2017, solo por razones de ultrapetita.

⁹⁸ “Décimo Tercero: Que en la situación planteada en el presente litigio y asumiendo que las conductas descritas en las letras a) y f) del artículo 59 de la Ley N° 18.045 son también ‘tipos administrativos’ —cuestión que al menos se puso en duda en el motivo Décimo—, es evidente que tanto la figura penal como la figura administrativa protegen el mismo bien jurídico: el correcto y transparente funcionamiento del mercado de valores.

Por consiguiente, cuando se ha sancionado ya penalmente a un sujeto por haber ejecutado las conductas que describen las letras a) y f) del artículo 59, se contraviene la prohibición del non bis in ídem cuando se lo pretende sancionar, nuevamente, en la sede administrativa...

En el caso de la especie, según se dijo, se trata de un único e idéntico bien jurídico, de modo que ya decidida la existencia de la contravención, y con ello la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y la persona del contraventor, no puede el juez administrativo

En las sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre este fallo por vía de casación y de reemplazo por razones meramente formales, algunos magistrados sostuvieron que no rige el non bis in ídem entre la sanción penal y la administrativa, aunque ambas apliquen el artículo 59 letra a) respecto de los mismos hechos, por dos razones: a) El legislador así lo permite, al establecer que la sanción penal opera “sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones” (art. 55 de la Ley N° 18.045)⁹⁹; y b) la potestad sancionadora de la administración está establecida en un artículo diferente, esto es, el artículo 27 del Decreto Ley N° 3.538 (actual art. 36). Sin embargo, en nuestra opinión, ninguno de los dos preceptos citados permite desvirtuar el riesgo de non bis in ídem.

La prohibición dirigida al órgano administrativo sancionador de pronunciarse sobre hechos constitutivos de delito es asegurada en algunas jurisdicciones europeas mediante la suspensión del procedimiento sancionador tan pronto se tiene noticia de que tales hechos podrían ser constitutivos de ilícito penal. En este sentido, de León Villalba sostiene en España que, en virtud de la primacía del enjuiciamiento penal,

no cabe que la autoridad administrativa continúe tramitando el procedimiento sancionador, sino que le es exigible que comunique el hecho de posible significación penal a la autoridad judicial. Esta comunicación provoca paralelamente, la iniciación del proceso penal (...) y la consecuente paralización en la tramitación del administrativo, en espera de que los hechos sean enjuiciados por la autoridad judicial, quedando, únicamente, la posibilidad de una actuación ulterior a resultados de ese enjuiciamiento¹⁰⁰.

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Español de N° 2/2003, de 16 de febrero de 2003,

una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable... Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión.

A mayor abundamiento, la exclusividad de la jurisdicción penal rige especialmente en relación a la falsedad documental. El legislador ha sido estricto en exigir que dicho pronunciamiento solo puede ser formulado por un tribunal de justicia. Es por esta razón, por ejemplo, que Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo, establece que el recurso de revisión solo procede cuando “en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado” (art. 60 letra d).

7.3 Lo anteriormente señalado encuentra expresión también en la jurisprudencia internacional

La jurisprudencia de Estados Unidos sobre casos de regulación bursátil ha sido pionera en la distinción entre sanciones administrativas y penales, acogiendo la idea no solo de una diferencia de contenido, sino procedimental como condición de legitimidad. Así por ejemplo, las sentencias de corte de distrito en los casos *Cox v. Commodity Futures Trading Commission*¹⁰¹ y

volver a sancionar por lo mismo, pues de aceptarse que puede hacerlo, el juez civil que conoce del reclamo contra su decisión en rigor no ejerce jurisdicción”.

⁹⁹ El mismo argumento ha sido sostenido en CMF, Resolución Exenta N° 2.499, de 2 de mayo de 2019, p. 36.

¹⁰⁰ DE LEÓN (1998), p. 547. Ver también, GARBERÍ (1997), p. 93.

¹⁰¹ 138 F.3d 268 (7th Cir. 1998)

*Securities and Exchange Commission v. Palmisano*¹⁰² fueron emblemáticos en descartar la *double jeopardy clause* en atención a que las sanciones administrativas admitirían una naturaleza, objeto y fines obligacionales que no logran superponerse a los objetivos retributivos de la sanción penal. Por su parte, la Corte Suprema declaró en su sentencia del caso *Steadman v. Securities and Exchange Commission*¹⁰³ que el estándar de prueba aplicable a las infracciones administrativas es el de preponderancia de la evidencia, para diferenciarlo así del estándar penal de más allá de toda duda razonable.

La jurisprudencia europea ha sido aún más exigente. Así lo demostró el caso *Grande Stevens c. Italia*¹⁰⁴, un caso de entrega de información no fidedigna en el mercado de valores fallado en 2014, en que la Corte Europea de Derechos Humanos ordenó poner fin al proceso penal pendiente y liberar de toda responsabilidad penal a los acusados por infracción al non bis in ídem, puesto que ya habían sido sancionados por una sanción administrativa firme referida a “*la misma conducta por las mismas personas en la misma fecha*”¹⁰⁵.

En igual sentido, la Corte Europea de Justicia declaró en la sentencia del caso *Garlsson c. Italia*¹⁰⁶, que si bien el principio non bis in ídem solo rige entre sanciones penales, las sanciones administrativas pecuniarias aplicadas por manipulación del mercado de valores están sometidas al mismo principio en aquellos casos que revistan un carácter penal. Esta hipótesis se verifica, por ejemplo, cuando la sanción administrativa pecuniaria y el procedimiento penal “*parecen tener por objeto una misma infracción*”¹⁰⁷.

Una doctrina similar se ha sostenido respecto de declaraciones incompletas en materia tributaria. Así, por ejemplo, en el caso *Hans Åkerberg Fransson*¹⁰⁸, la Corte Europea de Justicia sostuvo que

el principio non bis in ídem enunciado en el artículo 50 de la Carta no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, sucesivamente un recargo fiscal y una sanción penal si la primera sanción no tiene carácter penal,

y añadió que para apreciar la naturaleza penal de una sanción administrativa es pertinente el criterio de la “*la propia naturaleza de la infracción*”¹⁰⁹.

El criterio expuesto en las sentencias anteriores fue matizado por la Corte de Estrasburgo en el caso *A y B v. Noruega*¹¹⁰, sobre declaración tributaria incompleta, en que se rechazó la aplicación del non bis in ídem en la tramitación de procedimientos administrativos y penales sobre una misma “*ofensa*”, en la medida que se acredite una “*conexión sustancial suficiente*” entre ellos que permita sostener que se trata de “*un sistema integrado que permite abordar diferentes aspectos de la infracción de una manera previsible y proporcionada formando un todo coherente, de modo tal que el individuo concernido no es sujeto de injusticia*”¹¹¹. Sin embargo, incluso en esta hipótesis, los requisitos que impone la Corte no logran ser satisfechos por el criterio de la CMF objeto de nuestro análisis crítico, razón por la cual operaría igualmente la preclusión del non bis in ídem.

En efecto, el fallo establece, en primer lugar, que los procedimientos deben abordar aspectos diferentes de la infracción en abstracto y en concreto. Además, la sanción impuesta en segundo lugar debe tomar en cuenta a la primera para prevenir que “*al individuo concernido se*

¹⁰² 135 F.3d 860 (2d Cir. 1998), cert. denied, 119 S. Ct. 555 (1998).

¹⁰³ 101 S. Ct. 999 (1981).

¹⁰⁴ Application N° 18.640/10. Sentencia de 4 de marzo de 2014.

¹⁰⁵ Application N° 18.640/10. Sentencia de 4 de marzo de 2014. Párrafo N° 227.

¹⁰⁶ Corte Europea de Derechos Humanos C-537/16, de 20 de marzo de 2018.

¹⁰⁷ Corte Europea de Derechos Humanos C-537/16, de 20 de marzo de 2018, párrafo N° 40.

¹⁰⁸ Corte Europea de Justicia, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, sentencia de 26 de febrero de 2013.

¹⁰⁹ Corte Europea de Justicia, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, sentencia de 26 de febrero de 2013, párrafo 35.

¹¹⁰ Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016.

¹¹¹ Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016, párrafo 122. Esta traducción y las siguientes sobre este caso son nuestras.

*le haga soportar una carga excesiva, siendo menos posible la presencia de este riesgo donde existe un mecanismo de compensación diseñado para asegurar que el monto total de sanciones impuestas sea proporcionado*¹¹². En tercer lugar, el procedimiento administrativo no debe contener “*características estigmatizadoras que se asemejen ampliamente a aquellas de un proceso criminal ordinario*” dado que “*incrementa el riesgo de que los objetivos sociales perseguidos por la sanción en diferentes procedimientos serán duplicados (bis) más que complementarse el uno al otro*”¹¹³.

La declaración de la CMF de que una conducta infraccional reúne todos y cada uno de los elementos de un tipo penal no logra cumplir con los requisitos anteriores. La sola aplicación del mismo precepto penal impide abordar aspectos diferentes de la infracción y genera un claro efecto estigmatizador. Además, el ordenamiento penal carece de un mecanismo de reducción de la pena en razón de la sanción administrativa previa. Por lo mismo, pese a la flexibilización que introdujo la Corte Europea de Derechos Humanos para facilitar la coexistencia de sanciones administrativas y penales, el non bis in ídem resulta igualmente aplicable cuando se aplica un mismo precepto penal en ambas sedes.

El ejemplo más claro en esta materia es el de Francia. La Corte Constitucional, en sentencia de 19 de marzo de 2015 en el caso *M. John L*¹¹⁴, declaró inconstitucional los artículos del Código Monetario y Financiero (*Code monétaire et financier*) que regulaban la infracción administrativa de información privilegiada por haberse redactado en los mismos términos del delito penal, de modo que se configuraba una hipótesis de non bis in ídem entre el órgano administrativo y el juez penal. En particular, lo que la Corte declaró inconstitucional fue la identidad de ambas infracciones en cuanto a la exigencia de malicia en sede administrativa¹¹⁵. La Corte francesa sostuvo además que mientras esta inconstitucionalidad o non bis in ídem subsista, no se puede iniciar o continuar un proceso penal que verse sobre el delito de información privilegiada si los hechos ya fueron sancionados por el órgano administrativo¹¹⁶.

El efecto de última declaración no se hizo esperar pues, posteriormente, la Corte Suprema de Francia (*Cour de cassation*), en sentencia de 20 de mayo de 2015 en el caso *Marc X*¹¹⁷, declaró nulo y sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones que confirmó una sentencia de condena penal de 2010 por el delito de información privilegiada debido a que el mismo condenado había sido sancionado en 2008 por los mismos hechos por el órgano administrativo sancionador (*Autorité des Marchés Financiers*). Fruto de este problema de constitucionalidad, la misma autoridad administrativa propuso un proyecto de Ley que permitiera distinguir entre sanciones penales y administrativas¹¹⁸ sobre la base de que las penales serían aplicadas a los casos más graves que exigen intención. Esta reforma fue aprobada por el Congreso en la Ley N° 2016-819,

¹¹² Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016, párrafo 132.

¹¹³ Applications nos. 24130/11 and 29758/11, Sentencia 15 de noviembre de 2016, párrafo 133. La Corte cita como ejemplo de procedimientos administrativos estigmatizadores aquellos que llevaron a decisiones impugnadas en los casos *Zolotukhin v. Russia* ([GC], N° 14939/03, ECHR 2009; *Tomasovic v. Croatia*, N° 53785/09, 18 October 2011, and *Muslija v. Bosnia and Herzegovina*, N° 32042/11, 14 January 2014.

¹¹⁴ Décision N° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC.

¹¹⁵ “24. *Considérant que les dispositions contestées tendent à réprimer les mêmes faits; que soit les délits et manquements d’initié ne peuvent être commis qu’à l’occasion de l’exercice de certaines fonctions, soit ils ne peuvent être commis, pour le délit d’initié, que par une personne possédant une information privilégiée «en connaissance de cause» et, pour le manquement d’initié, par une personne «qui sait ou qui aurait dû savoir» que l’information qu’elle détenait constituait une information privilégiée; qu’il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées définissent et qualifient de la même manière le manquement d’initié et le délit d’initié”.*

¹¹⁶ “36. *que, de la même manière, des poursuites ne pourront être engagées ou continuées sur le fondement de l’article L. 465-1 du code monétaire et financier dès lors que des premières poursuites auront déjà été engagées pour les mêmes faits et à l’encontre de la même personne devant la commission des sanctions de l’Autorité des marchés financiers sur le fondement des dispositions contestées de l’article L. 621-15 du même code ou que celle-ci aura déjà statué de manière définitive sur des poursuites pour les mêmes faits à l’encontre de la même personne”.*

¹¹⁷ N° de pourvoi: 13-83489.

¹¹⁸ Autorité des Marchés Financiers, “L’Application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché, Proposition de réforme, 19 mai 2015”, disponible en <https://www.amf-france.org/>.

de 21 de junio de 2016, que además exige una coordinación previa entre el persecutor penal y el administrativo para efectos de que exista un solo procedimiento sancionador.

Este criterio es aplicado también por la jurisprudencia de Estados Unidos. La sentencia de la Corte Suprema en el caso *Hudson*¹¹⁹, sobre sanciones administrativas en el ámbito bancario, sostuvo que la garantía del double jeopardy (non bis in ídem) entre sanciones penales y administrativas se configura, inter alia, cuando la conducta sancionada administrativamente exige acreditar intencionalidad (“*whether it comes into play only on a finding of scienter*”) o ya es constitutiva de crimen (“*whether the behavior to which it applies is already a crime*”).

8. El ilícito administrativo de incumplimiento de deberes informativos está regulado en otras normas de sanción de la Ley N° 18.045 y del D.L. N° 3.538: el innecesario recurso penal

Como se señaló al principio de este trabajo, la no inclusión del derecho penal como medio de *enforcement*, se refleja en una autonomía (no dependencia al derecho penal) de la CMF al disponer de medios sancionadores propios de naturaleza regulatoria. En virtud de lo anterior, el sentido genuino del artículo 58 de la Ley N° 18.045 no es permitir el ejercicio del mismo poder —declarar que los hechos se subsumen en la norma del art. 59 letra a)— por dos órganos diferentes, sino simplemente permitir que los mismos hechos o “situaciones” estimulen la actuación de distintos órganos ante hipótesis y con fines diferentes.

Las normas de conducta y de sanción propiamente administrativas que debe aplicar la CMF a quien haya entregado información inconsistente con la realidad a la Superintendencia, las Bolsas o el mercado en general, en realidad, no está regulada en tipo penal del artículo 59 letra a) sino en la relación entre los artículos 58 de la Ley N° 18.045, y el 37 del D.L. 3.538. De estos preceptos es posible deducir que la aplicación del artículo 59 letra a) en sede administrativa es, además de inconstitucional e ilegal, impropia e innecesaria.

La norma de sanción administrativa por incumplimiento de este deber legal informativo¹²⁰ está claramente establecida en los artículos 37 del Decreto Ley N° 3.538 (anterior art. 28) y 58 de la Ley N° 18.045. En efecto, el primer precepto establece que

Las personas o entidades diversas de aquéllas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior 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 Comisión, podrán ser objeto de la aplicación por parte de ésta de una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios (...).

Aquello se ve, adicionalmente complementado, por el citado artículo 58 que dispone que “La Superintendencia aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos (...) las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley”.

Estos preceptos establecen no solo el poder de sanción administrativa sino los casos en que puede ser ejercido, esto es, ante cualquier infracción normativa, entre las que se comprende el incumplimiento de los deberes informativos establecidos en el artículo 32 citado. Dado que la norma de sanción comprende todo incumplimiento obligacional, basta con que este sea culposo. Esta idea refuerza la tesis de que la aplicación del artículo 59 letra a) en sede administrativa, con sus exigencias de malicia y falsedad, es enteramente ajena al ámbito

¹¹⁹ *Hudson v. United States*, 118 S. Ct. 488, 492 (1997), aff'g 92 F.d 1026 (10th Cir. 1996).

¹²⁰ Estos deberes de información son complementados, además, por la Norma de Carácter General de la SVS N° 18, de 1 de julio de 1986, que “Establece nuevas normas sobre condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia para intermediarios de valores”; la Circular de la SVS N° 695, de 17 de marzo de 1987, que “Establece estado diario de condiciones de liquidez, patrimonio y razón de endeudamiento y solvencia patrimonial”; y la Circular N° 1992 de la SVS, de 24 de noviembre de 2010, que “Establece modelo de presentación de estados financieros de acuerdo a IFRS para los intermediarios de valores”. Documentos disponibles en: http://www.svs.cl/institucional/legislacion_normativa/normativa2.php?hidden_mercado=V&entidad_web=AGVAL.

sancionador administrativo, pues no se requiere incurrir en tantos esfuerzos probatorios de dolo y engaño para sancionar la entrega de información ajena a la realidad.

9. Conclusión

La aplicación del delito tipificado en el artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045, sobre entrega maliciosa de información falsa a la autoridad y a agentes del mercado financiero, por parte de los órganos de la CMF es antijurídica porque envuelve el ejercicio de atribuciones de imputación y juzgamiento de conductas penales que solo podrían ser ejercidas por el Ministerio Público y por los tribunales penales. La competencia exclusiva de los tribunales del crimen comprende no solo la imposición de una pena, sino también el “conocer” y “resolver” si la conducta delictiva fue cometida, actividades que son asumidas por la CMF previamente a la aplicación de la sanción administrativa.

Adicionalmente, la CMF carece del procedimiento con las garantías suficientes para declarar la comisión de un delito penal, pues solo aplica el procedimiento administrativo sancionador regulado en la Ley N° 21.000 y supletoriamente en la Ley N° 19.880, en circunstancias que una declaración de ese tipo exige tramitar un procedimiento de naturaleza penal.

La vulneración a estas reglas y principios del estado de derecho, lesionan la garantía del ciudadano al derecho al juez natural, legalidad y proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMELUNG, KNUT (1972): *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Frankfurt a. M., Athenäum).
- ARLIDGE, ANTHONY Y JUDGE, IGOR (2014): *Magna Carta Uncovered* (Oxford, Hart Publishing).
- AYRES, IAN Y BRAITHWAITE, JOHN (1992): *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate* (New York, Oxford University Press).
- BECCARIA, CESARE (1973): *Dei delitti e delle pene* (Milán, Letteratura italiana Einaudi).
- BERMÚDEZ, JORGE (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing).
- BETTIOL, GIUSEPPE (2013): *Derecho Penal, parte general* (Buenos Aires, Librería el Foro).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1980): “Historia de la Ley N° 18.045”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7524/> [visitado el 16 de octubre de 2019].
- _____ (2013): “Mensaje Presidencial de 2 de julio de 2013”, en: Sesión 43, Legislatura 361. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7652/> [visitado el 16 de octubre de 2019].
- _____ (2018): “Oficio del Tribunal Constitucional”, en: Historia de la Ley N° 21.130. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/> [visitado el 16 de octubre de 2019].
- BINDER, ALBERTO M. (1999): *Introducción al derecho procesal* (Buenos Aires, Ad Hoc).
- BINDING, KARL (1872): *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Erster Band* (Leipzig, Verlag Von Wilhelm Engelmann).
- BUSTOS, JUAN Y HORMAZÁBAL, HERNÁN (2006): *Lecciones de derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Trotta).

- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1988): Tratado de la Constitución de 1980 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDERO, LUIS (2015): Lecciones de Derecho Administrativo (Santiago, Thomson Reuters).
- DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER (1998): Acumulación de sanciones penales y administrativas (Madrid, Bosch).
- FRISCH, WOLFGANG (2004): "Delito y Sistema del delito", en: Wolter, Jürgen y Freund, Georg (Eds.), El sistema integral del Derecho penal (Madrid/Barcelona, Marcial Pons), pp. 193-280.
- _____ (2013): "Sobre la punibilidad de las personas jurídicas", en: Van Weezel, Alex (Ed.), Humanizar y Renovar el Derecho Penal, Estudios en Memoria de Enrique Cury (Santiago, Thomson Reuters), pp. 805-842.
- GALLAS, WILHELM (1965): "Gründe und Grenzen der Strafbarkeit", en: Universitäts-Gesellschaft (Eds.), Heidelberger Jahrbücher. Heidelberger Jahrbücher (Heidelberg, Berlín, Springer), vol. 9, pp. 1-16.
- GARBERÍ LLOBRECAT, JOSÉ (1997): "Principio non bis in ídem y cuestiones de prejudicialidad", en: Picó Lorenzo, Celsa (Dir.), Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial Nº 11 (Madrid, Consejo General del Poder Judicial), pp. 79-122.
- GARCÍA CAVERO, PERCY (2003): Derecho Penal Económico, parte general (Lima, ARA Editores).
- _____ (2011): "La dogmática jurídico-penal en el Derecho Penal Económico", en: VV.AA., El Derecho Penal Económico, cuestiones fundamentales y temas actuales (Lima, ARA Editores).
- GARCÍA PALOMINOS, GONZALO (2014): "Del paradigma de la dañosidad social centrado en la infracción normativa al paradigma metodológico centrado en la norma de sanción: un falso dilema", en: Blanco, Rafael e Irureta, Pedro (Eds.), Justicia, Derecho y Sociedad, Libro en Memoria de Maximiliano Prado D. (Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado), pp. 143-196.
- _____ (2017): "Equivalentes funcionales en los delitos económicos: Una aproximación de solución ante la falta de lesividad material en delitos de presentación de información falsa al mercado de valores", en: Política Criminal (Vol. 12, Nº 23), pp.151-206.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2010): Derecho Penal, parte especial, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica), tomo III.
- GELLHOM, ERNEST Y VERKUIL, PAUL (1999): "Controlling Chevron-Based Delegations", en: Cardozo Law Review (Nº 20), pp. 989-1018.
- GREEN, STUART (2013): Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco (Madrid, Marcial Pons).
- HAFFKE, BERNHARD (1995): "Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnormen für die strafrechtliche Zurechnung", en: Schünemann, Bernd (Ed.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Roxin (Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag), pp. 89-96.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2017): "La necesaria relevancia para el precio de los valores de la información falsa del art. 59 letra a) de la Ley de Mercado de Valores", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 48), pp. 105-131.
- HILGENDORF, ERIC (2017): Derecho Penal, parte general, 2ª edición (Buenos Aires, Ad-Hoc).

KINDHÄUSER, URS (1989): *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchung zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann Verlag).

LETELIER, RAÚL (2017): "Garantías penales y sanciones administrativas", en: *Política Criminal* (Vol. 12, Nº 24), pp. 622-689.

LONDOÑO, FERNANDO (2014): "Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio", en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 27, Nº 2) p. 147-167.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL (2016): *Derecho Penal, parte general*, 3ª edición (Montevideo, B de F).

MAÑALICH, JUAN PABLO (2010): "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Nº 12), pp. 169-190.

_____ (2011A): "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno", en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 24, Nº 1), pp. 87-115.

_____ (2011B): "El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Nº 15), pp. 139-169.

_____ (2014): "El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio", en: *Política Criminal* (Vol. 9, Nº 18), pp. 543-563.

MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN, ALBERTO Y BARONA, SILVIA (2012): *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 20ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

MONTESQUIEU (2012): *Del Espíritu de las Leyes* (Traducc. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, España, Alianza Editorial).

MONTT, AMBROSIO (1894/95): *Dictámenes* (Santiago de Chile, Imprenta Nacional), volumen 2.

NIETO, ALEJANDRO (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición (Madrid, Tecnos).

OSSANDÓN, MAGDALENA (2018): "El legislador y el principio ne bis in idem", en: *Política Criminal* (Vol. 13, Nº 26) pp. 952-1002.

POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE Y RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA (2009): *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de las Américas).

RETTIG, MAURICIO (2018): *Derecho Penal Parte General, Fundamentos* (Santiago, Ediciones DER), tomo I.

RÖHL, KLAUS F. Y RÖHL, HANS C. (2008): *Allgemeine Rechtslehre* (Köln/München, Vahlen Franz GmbH).

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM (1970): "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffss", en: Barth, Eberhard (Ed.), *Festschrift für Richard M. Honig* (Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO), pp. 151-167.

_____ (1984): "Der Zweck staatlichen Strafrecht und die strafrechtlichen Zurechnungsformen", en: Schüneman, Bernd (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (Berlín, New York, De Gruyter), pp. 69-84.

_____ (2005): "Allgemeiner Teil, Vorbemerkungen zu § 1", en: Rudolphi, Horn, Günter y Samson (Coords.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª edición (Bonn, Kiel, Berlin, Bochum, Mannheim und Münster, Luchterhand Verlag).

- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD (1988): *Form und Gehalt der Strafgesetze* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (2010): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición (Montevideo, Editorial B de F).
- SUNSTEIN, CASS R. (1990): "Law & Administration After Chevron", en: *Columbia Law Review* (Nº 90), pp. 2071-2120.
- TAYLOR, JOHN E. (2000): "Note, AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board: The Supreme Court Recognizes Broad FCC Jurisdiction over Local Telephone Competition", en: *North Carolina Law Review* (Nº 78), pp. 1645-1704.
- THON, AUGUST (1878): *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Weimar, Hermann Böhlau).
- TORREY, A. (2005): "Judicial Deference to Agency Interpretations of Jurisdiction after Mead" en: *Southern California Law Review* (78, Nº 5), pp. 1327-1370.
- VAN WEEZEL, ALEX (2011): *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Abeledo Perrot).
- WADE, WILLIAM Y FORSYTH, CHRISTOPHER (2004): *Administrative Law*, 9ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- WELZEL, HANS (1970): *Derecho Penal Alemán, parte general* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

JURISPRUDENCIA CITADA

- INSPECCIÓN COMUNAL DEL TRABAJO SANTIAGO NOR-ORIENTE CON MARKETING Y PROMOCIONES LTDA. (2006): Corte Suprema 11 julio 2006 (recurso de casación en el fondo), Rol Nº 5889-2004.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL CENTRO COMERCIAL TEMUCO S.A., respecto del artículo 116 del Código Tributario, en la causa Rol Nº 3779-2006 seguida ante la Excm. Corte Suprema (2007): Tribunal Constitucional 31 enero 2007 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol Nº 554-2006.
- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY, aprobado por el Congreso Nacional, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria (Boletín Nº 3139-05) (2008): Tribunal Constitucional 30 diciembre 2008 (control de constitucionalidad), Rol Nº 1.243-2008.
- GUILLERMO CESAR MOLINA GALVEZ, MARIA AMELIA HERRERA SILVA, RICARDO JUAN DE LA BARRERA HERRERA.QTE.: German Esponda Fernandez, Alicia Cigarroa Idiaquez, Juan Garcia Bilbao, Luis Diaz Aracena, Helga Goecke Saavedra, Arturo Veneros Perdic (2009): Corte Suprema 26 enero 2009 (recurso de nulidad), Rol Nº 5.898-2008.
- C/ JAIME MANRIQUEZ FUENTES CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2009): Corte Suprema 13 abril 2009 (recurso de casación en el fondo), Rol Nº 6.257-2007.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE MARÍA ANGÉLICA SÁNCHEZ VOGEL Y OTROS, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo Rol Nº 3073 - 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional 21 octubre 2010 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol Nº 1.518-2009.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE INVERSIONES ALCE S.A. RESPECTO DEL ARTÍCULO 115, inciso 1º del Código Tributario, en los autos sobre reclamación Tributaria, caratulados "Inversiones Alce S.A. con Servicio de Impuestos Internos", del que conoce el Tribunal Tributario de la ciudad de Temuco, bajo el Rol Nº 10.057 (2011): Tribunal Constitucional 11 diciembre 2012 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol Nº 2.041-2011.

C/HECTOR RICARDO NAHUELQUEO NAHUELQUEO, RODRIGO ALEX MONTOYA MELINAO, ERIC MAXIMILIANO MONTOYA MONTOYA (2013): Corte Suprema 22 abril 2013 (recurso de nulidad), Rol N° 1.179-2013.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR FÉLIX HOJAS UBILLA RESPECTO DEL ARTÍCULO 207, LETRA B), del DFL N° 1-2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en causa seguida ante el Juzgado de Policía Local de Concón, bajo el Rol N° 3122-12 (2013): Tribunal Constitucional 8 noviembre 2013 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 2403-2013.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR FÉLIX HOJAS UBILLA RESPECTO DEL ARTÍCULO 207, LETRA B), del DFL N° 1-2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en causa seguida ante el Juzgado de Policía Local de Concón, bajo el Rol N° 3298-12 (2013): Tribunal Constitucional 26 noviembre 2013 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 2402-2013.

JUAN BILBAO HORMAECHÉ (2015): Superintendencia de Valores y Seguros 26 noviembre 2015 (procedimiento sancionador), Resolución Exenta N°338.

ALCALDE SAAVEDRA PABLO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2017): Corte de Apelaciones de Santiago 17 abril 2017 (recurso de reclamación), Rol N° 1398-2015.

ALCALDE SAAVEDRA PABLO SERGIO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2017): Corte Suprema 18 junio 2017 (recurso de casación en el fondo y en la forma), Rol N° 30.176-2017.

ASCARRUNZ, JAIME CON INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS PREVISIONALES DE SALUD (2017): Corte Suprema 17 octubre 2017 (recurso de protección), Rol N° 24.994-2017.

AURUS CAPITAL S.A ADMINISTRADORA GENERAL DE FONDOS Y ANTONIO JOSÉ CRUZ ZABALA, ALEJANDRO FURMAN SIRHMAN, SERGIO FURMAN SHIMAN, JOSÉ MIGUEL MUSALEM SARQUIS, RAIMUNDO CERDA LECAROS, MAURICIO PEÑA MERINO Y JUAN CARLOS DÉLANO VALENZUELA Y CIERRA SIN SANCIÓN INVESTIGACIÓN RESPECTO DE ROBERTO KOIFMAN GREIBER (2018): Comisión para el Mercado Financiero 27 abril 2018 (procedimiento sancionador), Resolución Exenta N° 1.653.

CARLOS F. MARÍN ORREGO S.A CORREDORES DE BOLSA, A CARLOS MARÍN ORREGO Y A RODRIGO MARÍN ORREGO Y CIERRA SIN SANCIÓN INVESTIGACIÓN RESPECTO DE ANDRÉS MARÍN (2018): Comisión para el Mercado Financiero 25 septiembre 2018 (procedimiento sancionador), Resolución exenta N° 4.288.

ROJAS CON SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2018): Corte Suprema 19 noviembre 2018 (recurso de apelación), Rol N° 16.795-2018.

INTERVALORES CORREDORES DE BOLSA LIMITADA, A GABRIEL URENDA SALAMANCA Y SEBASTIÁN GONZÁLEZ CHAMBERS (2019): Comisión para el Mercado Financiero 14 marzo 2019 (procedimiento sancionador), Resolución Exenta N° 1.434.

VANTRUST CAPITAL CORREDORES DE BOLSA S.A. Y A PATRICIO NAZAL SACA (2019): Comisión para el Mercado Financiero 2 mayo 2019 (procedimiento sancionador), Resolución Exenta N° 2.499.

VANTRUST CAPITAL CORREDORES DE BOLSA S.A. Y PATRICIO NAZAL SACA, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 2.499, DE FECHA 02 DE MAYO DE 2019 (2019): Comisión para el Mercado Financiero 30 mayo 2019 (reposición en procedimiento sancionador), Resolución Exenta N° 3070.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

ZOLOTUKHIN V. RUSSIA [GC], N° 14939/03. Corte Europea de Derechos Humanos, 10 de febrero de 2009.

SPECTOR PHOTO GROUP NV AND CHRIS VAN RAEMDONCK V COMMISSIE VOOR HET BANK-, FINANCIE- EN ASSURANTIEWEZEN (CBFA), CASO C-45/08. Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de diciembre de 2009.

TOMASOVIC V. CROATIA, N° 53785/09. Corte Europea de Derechos Humanos, 18 de octubre de 2011.

ÅKLAGAREN CONTRA HANS ÅKERBERG FRANSSON, C-617/10. Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de febrero de 2013.

MUSLIJA V. BOSNIA AND HERZEGOVINA, N° 32042/11. Corte Europea de Derechos Humanos, 14 de enero de 2014.

GRANDE STEVENS C. ITALIA, APPLICATION N° 18.640/10. Corte Europea de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2014.

A Y B V. NORUEGA, APPLICATIONS N°. 24130/11 AND 29758/11. Corte Europea de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2016.

GARLSSON C. ITALIA, C-537/16. Corte Europea de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2018.

ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE N° 2/2003, de 16 de febrero de 2003.

ESTADOS UNIDOS

STEADMAN V. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 101 S. Ct. 999 (1981).

HUDSON V. UNITED STATES, 118 S. Ct. 488, 492 (1997), aff'g 92 F.d 1026 (10th Cir. 1996).

COX V. COMMODITY FUTURES TRADING COMMISSION, 138 F.3d 268 (7th Cir. 1998).

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION V. PALMISANO, 135 F.3d 860 (2d Cir. 1998). Cert. denied, 119 S. Ct. 555 (1998).

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION V. DON A. LANGFORD (8:12-cv-00344, 2012).

UNITED STATES OF AMERICA V. DON A. LANGFORD 4:14-cr-03103-JMG-CRZ (2016).

FRANCIA

M. JOHN L, DÉCISION N° 2014-453/454 QPC ET 2015-462 QPC. Consejo Constitucional, 19 de marzo de 2015.

MARC X, N° DE POURVOI: 13-83489. Corte Suprema de Francia, 20 de mayo de 2015.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE DE 1818. Gaceta Ministerial de Chile N° 57, 12 de septiembre de 1818.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE DE 1822. Gaceta Ministerial de Chile N° 62, 4 de noviembre de 1822.

REGLAMENTO ORGÁNICO PROVISIONAL DE 1823. Gaceta Ministerial de Chile N° 68, 5 de febrero de 1823.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1828. Boletín de las Leyes N° 1 Libro IV, 11 de abril de 1828.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA CHILENA DE 1833. Boletín de las Leyes N° 2 Libro VI, 30 de agosto de 1834.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1925. Diario Oficial, 18 de septiembre de 1925.

DECRETO LEY N° 3.464, Constitución Política de la República de Chile de 1980. Diario Oficial, 11 de agosto de 1980.

DECRETO LEY N° 3.538, Ministerio de Hacienda, crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial, 23 diciembre 1980.

DECISIÓN ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, González del Río vs. Perú. Comunicación N.o 263/1987, 6 de noviembre de 1987.

LEY N°18.045, DE MERCADO DE VALORES. Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

LEY N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado. Diario Oficial, 05 de diciembre de 1986.

DECRETO SUPREMO N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". Diario Oficial, 5 de enero de 1991.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de bancos y de otros cuerpos legales que se indican. Diario Oficial, 19 de diciembre de 1997.

OBSERVACIÓN GENERAL N° 32, Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia". CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

LEY N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

LEY N° 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 26 de agosto de 2005.

DECRETO 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

LEY N° 2016-819, réformant le système de répression des abus de marché. Journal Officiel de la République Française, 21 de junio de 2016

LEY N° 21.000, crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial, 23 de febrero de 2017.

LEY N° 21130, moderniza la legislación bancaria. Diario Oficial, 12 de enero de 2019.