



Centro UC
Gobierno Corporativo

DOCUMENTOS
DE OPINIÓN
48.2021

LOS ERRORES DE UN DIRECTOR Y LAS CONSECUENCIAS PARA SU RESPONSABILIDAD PERSONAL

Enrique Alcalde R. ¹

Imaginemos que el director de una sociedad anónima abierta y, por tanto, fiscalizado por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), debe tomar una decisión importante que exige contar con conocimientos jurídicos complejos de los cuales carece. Asumamos, también, que adopta la correspondiente decisión, basándose en la opinión de un asesor legal, externo a la propia empresa y experto en la materia.

Pese a lo anterior, posteriormente la CMF lo sanciona, ya que a juicio de esa entidad regulatoria su decisión (y por ende la de su asesor) fue jurídicamente equivocada y constitutiva de una infracción legal.

¿Puede -en estas circunstancias- ese mismo director eximirse de responsabilidad, acreditando que fue víctima de un error acerca del sentido y alcance de la ley que la CMF -o incluso un tribunal de justicia- estima que son los adecuados? ¿Puede legítimamente confiar en la opinión de asesores expertos, entendiéndose así cumplido su deber de diligencia o cuidado? ¿Puede, en definitiva, invocar como causal exculpante, aquello que los abogados denominan “error de prohibición”, evitando así ser sancionado?

Veamos

Con ocasión del fallo del Tribunal Constitucional en la causa rol N° 244, del año 1996 (cuya doctrina fue reiterada recientemente en el Rol N° 8823-20) pareciera que, en lo sustancial, ya no cabe

controvertir en nuestro sistema jurídico acerca de cuál es el modelo normativo que debe presidir la actividad punitiva de la Administración. Y es que dicho fallo determinó, a la letra, que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*. De este modo, dicho Tribunal confirmaba pronunciamientos de la Excm. Corte Suprema, la cual, desde hace varias décadas venía sosteniendo que *“las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales de justicia”*.²

A nivel doctrinario, la moderna tendencia se pronuncia en igual sentido fundándose en la tesis que postula la igualdad cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías a la imposición de una y otra clase de sanción. Así lo sostienen, v.gr. autores como Roxin, Jescheck, Weigend, Tiedemann, Maurach, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra, Gavier, Levene, Zanobini,

¹ Doctor en derecho, Profesor Titular de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y director del CGC UC.

² Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos, CS 27.12.1965 en RDJ 62 (1965) 2.3, 114-119. Idem., casos Daniel Yarur en RDJ 63 (1966) 2.1, 94-110; Valdés Freire en RDJ 63 (1966) 2.3, 88-91; Banco de Crédito e Inversiones en RDJ 63 (1966) 2.3, 93-95; Bolumburu Pin en RDJ 63 (1966) 2.3, 105-109, entre otros.

Zaffaroni y Aftalión y, entre nosotros, Cury, Feliú y Aróstica.³

Si no se aceptara esta tesis, el resultado sería evidente: se podrían desconocer, cuando no infringirse abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al *ius puniendi* estatal. Dicho de otro modo, aquello que no podría hacer el juez por hallarse “atado” por la garantía constitucional, si podría hacerlo el funcionario público a través del burdo recurso de traspasarle o encomendarle la función punitiva.⁴

Tratándose, del *principio de culpabilidad*, y a propósito del moderno derecho europeo, Tiedemann expresa que la garantía se encuentra recogida expresamente en el derecho comunitario, por lo que en principio no está permitida ninguna clase de responsabilidad objetiva, agregando que el aspecto procesal del mismo principio ha conducido de modo consecuente en el derecho penal y sancionador administrativo alemán a la supresión de las presunciones de culpabilidad, que en otros países aún se conservan, precisamente en el derecho sancionador administrativo. El mismo autor advierte que en el derecho comunitario, el TJCE (p. ej. en el caso Thyssen) ha declarado la necesidad de constatar la *culpabilidad*, todo lo cual determina que “las nuevas codificaciones del derecho sancionador administrativo, sucesoras de antiguas teorías del derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales”.⁵

3 JIMÉNEZ DE ASÚA (2002) p. 25. Para Zaffaroni, el hecho de que las penas penales y las administrativas no sean del todo idénticas, no implica que a las segundas no deban serle aplicadas las mismas garantías a que se somete la imposición de las primeras”. ZAFFARONI (1998) p. 115; JESCHECK y WEIGEND (2002) pp. 55, 63 y 64; MAURACH y ZIPF (1994) pp. 23 y 24; ROXIN (1997) pp. 71-73; TIEDEMANN (1993) pp. 425 y ss.; CURY URZÚA (2005) pp. 104 y ss. En esta misma línea se ubican otros autores, v.gr., FELIÚ (2003); ARÓSTICA (1987), y, entre los autores extranjeros, MERKL, GARCÍA DE ENTERRÍA, MARIENHOFF, FERNÁNDEZ DE OLIVEIRA, citados por LORENZO (1996) pp. 27 y ss.; STRATENWERTH, MORENO, GÓMEZ, RAMO, PECO, SOLER,

La igualdad cualitativa entre la pena penal y la administrativa induce al enérgico rechazo de los criterios basados en la responsabilidad objetiva, los que, a nuestro entender, implicarían consagrar verdaderas *presunciones de derecho* -expresamente repelidas por la dogmática penal y nuestra propia Constitución- respecto de la responsabilidad de quienes incurren en infracción administrativa. Pero no sólo eso. Desde el momento que nuestra Constitución Política reconoce la libertad y dignidad de toda persona como basamento de sus derechos, ello constituye el “presupuesto normativo constitucional” que toda autoridad debe respetar al establecer, o bien excluir la responsabilidad.⁶ Dicho en otros términos, en dicha concepción antropológica del hombre reside el fundamento material de la *culpabilidad*.⁷

Ahora bien, la *culpabilidad* puede ser apreciada bajo dos puntos de vista. Desde la perspectiva *cualitativa*, el principio implica que aquella es un requisito ineludible para la configuración de la infracción, así como para la aplicación de la sanción, lo cual supone, a su turno, que deban concurrir todos los componentes *subjetivos* de la culpabilidad respecto de todos los resultados que originan el castigo, ya que sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que las personas respondan por aquello que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar. Bajo un prisma *cuantitativo*, en cambio, la exigencia se traduce en que la culpabilidad debe ser el

citados por RIGHI (1991) pp. 300 y 301; así como RODRÍGUEZ MOURULLO y MAURACH, quien en un comienzo adhería a la opinión contraria, citados por GOTI (1981) pp. 55 y 57.

⁴ ARÓSTICA (1987) p. 78.

⁵ TIEDEMANN (1993) pp. 425 y ss.

⁶ Y recuérdese que los principios de orden penal recogidos por nuestra Carta Fundamental, deben aplicarse “no sólo a las sanciones *penales* sino a toda sanción de otra naturaleza, aplicada por los tribunales o la Administración” EVANS DE LA CUADRA (1999) pp. 149 y 150.

⁷ NÁQUIRA RIVEROS (1995) p. 200.

factor determinante de la medida de la pena, de manera que ésta guarde estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al infractor.⁸

Se colige de lo expuesto, que la responsabilidad por la comisión de un injusto administrativo, al igual como acontece tratándose de la responsabilidad penal, únicamente podrá predicarse respecto de quien, teniendo capacidad para comprender la antijuricidad de su actuar y de adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, actúa, no obstante, en contra de las prescripciones del ordenamiento jurídico.

Una de las mayores implicancias prácticas que deriva de lo dicho se relaciona con la admisión del *error de prohibición* (o error acerca de la existencia o alcance de una norma jurídica) en el Derecho Administrativo Sancionador, debiendo, por tanto, también distinguirse entre aquel que fuese *vencible o invencible*, en cuanto tal error o ignorancia de un precepto legal puede afectar la conciencia del infractor acerca de la ilicitud de su conducta y determinar, por tanto, la ausencia de responsabilidad o bien su atenuación.⁹

En efecto, el error o ignorancia, cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, ora porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, ora por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye la culpabilidad. Y es que la justificación del error como causa de exclusión de la culpabilidad deriva de la necesidad de que el

infractor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada.¹⁰

Lo expuesto en precedencia es particularmente relevante en diversos ámbitos de actividades económicas que se caracterizan por la presencia de un cúmulo de reglamentaciones que difícilmente una persona puede, en la práctica, siquiera llegar a conocer.¹¹ Piénsese, por ejemplo, en la profusa reglamentación y circulares que son aplicables a una sociedad anónima sujeta a la fiscalización de la CMF. ¿Tiene acaso, algún director o gerente, la posibilidad de conocer, en todo su detalle y extensión, las numerosísimas obligaciones y plazos, de la más variada naturaleza, que aquellas normas le imponen? Y ello, sin entrar todavía a examinar la complejidad técnica que muchas de ellas exhiben. No obstante ello, sabemos que la misma CMF, así como otros organismos fiscalizadores en la órbita de su respectiva competencia, en la práctica suelen tratar una infracción a tal reglamentación prescindiendo absolutamente de cualquier factor subjetivo, bastándoles sólo con acreditar que la norma no fue formalmente cumplida a fin de imponer una sanción.

Como bien se ha expresado entre nosotros, no existe un motivo atendible para independizar la sanción administrativa de la exigencia de *culpabilidad*. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo deben ser impuestas a quien puede dirigírsele un *reproche personal* por la ejecución de la conducta prohibida.¹² Y tal “reproche personal”, como se sabe desde antiguo, no es posible de

⁸ RODRÍGUEZ COLLAO y DE LA FUENTE HULAUD (1989-1990) p. 126.

⁹ En este sentido se pronuncian, JESCHECK y WEIGEND (2002) p. 494.

¹⁰ PEMÁN GAVÍN (1998). Otros autores arriban a igual conclusión que la recién consignada, aunque no por la vía de la culpabilidad sino que a través del recurso que proporcionan los elementos subjetivos del tipo infraccional. Así, por ejemplo, se señala que la relevancia del error en el Derecho Administrativo

¹¹ En el derecho comunitario europeo pueden verse casos de admisibilidad del error en el ámbito de las sanciones administrativas en los siguientes casos fallados por el TJCE: *Suiker Unie y otros*; *Ferriere San Carlo*; *Estel*; y *Hoffman-La Roche*.

¹² CURY (1979-1980) p. 91. “Al reconocer el principio de culpa como antecedente de la responsabilidad penal se establece una fuerte restricción al principio utilitarista que inspira la teoría de la prevención. En efecto, de conformidad a esta teoría, es perfectamente

formularse respecto de quien no podía conocer -por la razón justificada que sea- la antijuricidad o ilicitud de la acción u omisión constitutiva de la infracción administrativa que le haya sido imputada.

En definitiva, el principio de culpabilidad constituye una barrera infranqueable a la pretensión *preventiva* del *ius puniendi* del Estado, el cual, trabajando sólo con el criterio funcional y utilitario de la necesidad de pena, bien podría llegar a establecerla con prescindencia de la culpabilidad. En dichas hipótesis, si bien podría ser ‘funcionalmente útil’ la imposición de una sanción, por estar ausente la culpabilidad del autor, carecería de legitimidad en un Estado de Derecho (baste recordar las presunciones de dolo o de responsabilidad objetiva, excluidas gracias al principio de culpabilidad).¹³

En este contexto, es digna de destacar una sentencia reciente de la I. Corte de Apelaciones de Santiago -que no fue apelada por la CMF- y que precisamente se pronunció acerca del error de derecho que padeció un director de sociedad anónima, determinando, por tal motivo, la ausencia de responsabilidad a su respecto y revocando por ende la sanción que le había sido aplicada. (Rol N° 237-2020).

En su fallo, y luego de prevenir que “La culpa infraccional una vez configurada es solo presunción de culpabilidad, que admite prueba en contrario, siendo pertinente el examen de reproche personal que el reclamante exige” (Considerando 9°); la Corte expresó:

“Que resultando aplicables al Derecho administrativo sancionador los principios limitativos y garantistas propios del *ius puniendi* estatal, entre ellos, el

imaginable una especie de responsabilidad penal objetiva que prescinda de todo juicio de culpabilidad e, incluso, de antijuricidad ...”; siendo que no hay un bien social global, por trascendente que sea, que autorice aplicar sanciones con independencia de los presupuestos generales de la responsabilidad penal. El mismo autor lo resume diciendo que

principio sustantivo de “culpabilidad”, cabe recordar -a propósito de la causal alegada- que, en general, el error supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, sea porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, o por consideración que, a pesar de ello, ésta era lícita, situaciones que en el derecho penal excluyen la culpabilidad. La justificación del error como causal de exclusión de la culpabilidad deriva entonces, de la posibilidad concreta del autor de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción ejecutada (...) cobra relevancia determinar las características profesionales de quien incurre en la infracción normativa, la función o cargos ejercidos y la notoria ilicitud de la infracción, por cuanto analizados dichos criterios es posible concluir si el infractor tuvo la posibilidad real de haber advertido, con un grado de probabilidad cierta, la antijuridicidad de su conducta”. (Considerando 11°)

“Por consiguiente, el error de prohibición acerca del alcance y efectos jurídicos del precepto citado, ha de calificarse de invencible, desde que el reclamante acorde a la diligencia y cuidado que le era exigible al tiempo de postular al cargo de director independiente, de buena fe, estimó correcta dicha asesoría letrada, sin que la conducta de un hombre razonable lleve a estimar que le era exigible adoptar medidas adicionales, como le reprocha la entidad fiscalizadora. Así las cosas, procede concluir que el reclamante asumió la conducta prudente de un hombre juicioso, al aceptar la asesoría de un reconocido estudio jurídico nacional (...)” (Considerando 13°). Entendemos que esta es la primera vez que un tribunal superior acoge esta doctrina en

“aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable”. BARROS (1983) pp. 64 y 65.

¹³ NÁQUIRA RIVEROS (1995) pp. 189-200.

nuestro país. De esta manera, y en lo que sin duda marcará un hito en la jurisprudencia nacional, nuestra judicatura se pone a tono con las modernas tendencias sobre la materia y que se han pretendido reseñar en estas líneas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARÓSTICA, Iván (1987): “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 182, año LV, Julio-Diciembre: pp 71-82.

BARROS, Enrique (1983): “Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos”, RDJ, T. LXXX, N°2: pp. 45-65.

CURY URZÚA, Enrique (1979-1980): “Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas”, Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, n° 44-45: pp. 86-94.

CURY URZÚA, Enrique (2005): Derecho Penal, Parte General (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): Los Derechos Constitucionales (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) T. II.

FELIÚ, Olga (2003): Coloquio Preparatorio XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro (1999): “La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del mercado de valores”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil N° 76, oct-dic: pp. 65-133.

GOTI, Malamud, (1981): Persona Jurídica y Penalidad (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 123 pp.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002): Tratado de Derecho Penal, Parte General (Granada, Editorial Comares) 1112 pp.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2002): Introducción al Derecho Penal (México, Editorial Jurídica Universitaria) vol. I.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994): Derecho Penal, Parte General (Buenos Aires, Editorial Astrea) 720 pp.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (1995): “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad” Revista Chilena de Derecho, vol. 22 N° 2: pp. 189-200.

PEMÁN GAVÍN, Ignacio (1998): Error invencible. El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas) Id. vLex: VLEX-IW349

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1991): “La autotutela, los límites al poder sancionador pública y los principios inspiradores del derecho penal”, Revista de Administración Pública N° 126, septiembre-diciembre: pp. 253-296.

REBOLLO PUIG, MANUEL, IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL, ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA y BUENO ARMIJO, ANTONIO (2005): “Panorama del derecho administrativo sancionador en España”, Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá, vol. 7, N° 1: 23-74.

RIGHI, Esteban (1991): Derecho Penal Económico Comparado (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.) 380 pp.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe (1989-1990): “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII, pp. 125-153

ROXIN, Claus (1997): Derecho Penal. Parte General (Traduc. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas) t. I

TIEDEMANN, Klaus (1993): “El Derecho Penal Económico en la Comunidad Europea”, Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor

de San Marcos, vol. 50, Lima (Traduc. Adán Nieto Marlín) pp. 417-436.

ZAFFARONI, Eugenio, (1998): Manual de Derecho Penal (México, Eugenio Cárdenas Editor Distribuidor).