

Matías Ortiz Méndez*
Universidad de Chile
Santiago, Chile
matiasortizmendez@gmail.com

Análisis de los problemas probatorio en los procedimientos sancionatorios contra las vulneraciones a la Ley 18.045**

Analysis of the probatory problems in the sanctioning procedures against violations against the law 18.045

Resumen

El foco del presente artículo, viene dado por los problemas procesales que derivan de la sistematización de la legislación que regula el Mercado de Valores, en específico, el tratamiento de los estándares procesales en materia de regulación de la prueba en el marco regulatorio administrativo sancionador y su incongruencia con los principios penales aplicables al ius puniendi estatal en sede penal. Como base para un estudio posterior, se pretende describir los vacíos del modelo procesal aplicados en la persecución de las infracciones a la L. 18.045 y diagnosticar los problemas que ello conlleva bajo una perspectiva discursiva del derecho para la dogmática de los delitos económicos en el mercado de valores. Subyace al presente trabajo la idea de que la conexión entre las resoluciones administrativas sancionadoras de la Superintendencia de Valores y Seguros y las Sentencias Penales referidas a los ilícitos tipificados en la L. 18.045 se vinculan por la declaración de “injustos” de los hechos declarados como ilícitos, de modo que el valor discursivo de una y otra instancia no es indiferente, siendo la comprobación de dichos hechos igualmente necesaria independientemente de la consecuencia jurídica que de ellos se desprenda en sede Penal o Administrativa.

**Egresado de Derecho,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.*

Palabras Claves

Regulación de la Prueba – Mercado de Valores – Derecho Administrativo Sancionador, Delitos económicos – Superintendencia de Valores y Seguros.

***Artículo recibido el 23 de Marzo de 2015 y aceptado para su publicación el 15 de Mayo de 2015.*

Abstract

The focus of this article, is given by the procedural problems arising from the systematization of the legislation regulating the Securities Market, specifically, the treatment of the procedural standards in the matter of regulation of evidence within the sanctioning administrative regulatory and its inconsistency with the principles applicable to the State *ius puniendi* in criminal courts. As a basis for further study, it is intended to describe the gaps in the procedural model used in the prosecution of violations of L. 18,045 and to diagnose problems that entails under a legal discursive perspective for economic crimes in the Securities Market. Underlying this paper it is the idea that the connection between the punitive administrative decisions of the Superintendency of Securities and Insurance Criminal Judgments concerning illicit established in L. 18,045 are linked by the declaration of “unfair” of the facts stated as illegal, thus the discursive value of one and another instance is not indifferent, being the checking of these facts equally necessary regardless of the legal consequence in criminal or administrative Courts.

Keywords

proof regulation – Securities Market – sanctioning administrative law – economic crimes – Superintendence of Securities and Insurances.

I. Introducción

En una sociedad democrática que reconoce el Estado de Derecho y los derechos fundamentales como pilares para la construcción de la sociedad, en que se reconoce dogmáticamente que el Derecho es el medio para asegurar los grados de autonomía de las personas necesarios para llevar una vida digna, y que permite la cooperación intersubjetiva por la vía de generar expectativas legítimas de comportamiento en la comunidad; en una sociedad que se ha estructurado la jurisdicción como vía para resolver las controversias de derecho, por medio del sometimiento de las controversias a jueces imparciales que apliquen la ley bajo el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius o iura novit curia*. Es imperativo asegurar la integridad del sistema normativo, esto es la observancia de los principios de coherencia y armonía entre las diversas disposiciones legales.

En general la regulación de la vida económica y en particular la normativa de la circulación de instrumentos financieros, ha alcanzado en las últimas décadas, un umbral de protección preponderante en el derecho. Ya sea que el Mercado de Valores se estime como marco para la regulación en cuanto ámbito de injerencia de los bienes jurídicos individuales clásicos del derecho, así como por ejemplo de propiedad, de igualdad ante

la ley, de libre emprendimiento¹, etc. o bien se adopte una posición del Mercado de Valores como interés jurídico tutelado per sé, es decir, como un bien jurídico colectivo², no se puede negar el aumento exponencial de su regulación, expansión que no sólo se evidencia en materias orgánicas, sino que también en cuanto medios de defensa de tales intereses jurídicos. Lo cierto es, que la importancia que ha adquirido en la economía actual ha exigido el paso de una autotutela regulativa a un estándar de protección de última ratio como lo es el derecho penal^{3 4 5}

Frente a este fenómeno la respuesta del legislador ha sido desorganizada y más bien reaccionaria, no tenemos un diseño claro de protección, sino una serie de instituciones dispersas recogidas de modelos extranjeros muchas veces incongruentes entre sí, lo que lleva a una serie de problemas de orden interpretativo y analítico de las instituciones en cuestión; en este contexto lejos de cumplirse las expectativas de integridad que predicaban los filósofos del derecho, nos encontramos ante una puerta abierta para la inseguridad jurídica y la arbitrariedad.

La teoría que suscribo exige al órgano jurisdiccional⁶ y al administrativo, por medio de la fundamentación de las sentencias judiciales y resoluciones administrativas, la reconstrucción discursiva del sistema de derecho bajo el modelo de aplicación de normas jurídicas a hechos concretos, aplicación que supone el empleo de los paradigmas jurídicos que maneja el juez y el ente administrador así como de los elementos normativos y fácticos de que se dispone en el procedimiento, para la resolución de la duda o *dubium procesal*.⁷ Ello supone cumplir requisitos tanto epistémicos como normativos, que componen un único objeto procesal, es decir, la resolución del conflicto mediante el conocimiento de los hechos y la aplicación de la normativa vigente. Para poder cumplir este cometido es imprescindible se tenga claridad del derecho positivo aplicable al caso, no sólo en tanto normas legales válidas (como normas primarias y

¹ Sobre la protección del Mercado de Valores en relación a bienes como la propiedad, podemos entender las posturas que vinculan la tutela penal en este ámbito ligada a la protección del inversor, así por ejemplo PERRONE (2009) p. 218 y ss.

² Sobre la protección de bienes jurídicos colectivo y los delitos de Peligro Abstracto, véase KINDHÄUSER (1995), pp. 441 y ss. Soy de la opinión que esta es la tratativa correcta de la mayoría de delitos que contempla la ley 18.045, (art. 162 a y 154 h, podrían entenderse como delitos contra bienes jurídicos individuales) no corresponde aquí tratar este tema, pero me parece importante tener en cuenta que esta postura me lleva a pensar que para esta clase de delitos el estándar probatorio penal puede ser demasiado alto en relación a la prueba que es posible obtener y las lesiones que implica la vulneración de estas normas, de este modo la conexión entre el estándar probatorio administrativo y el penal en mi concepto son mucho más cercanos de lo que aparentan.

³ Sobre el Fundamento de la protección Penal del Mercado de Valores Rony Jara muestra el modelo Norteamericano de protección vinculada a los inversionistas, siendo este uno de los principales modelos recogido en Chile JARA (2001), p. 87 y ss.

⁴ Sobre el mismo punto Catterina Guidi fija la protección penal de la ley 18-045 en tres puntos: la eficiencia económica del mercado, la información como bien público y por tanto centrándose en la transparencia y libre circulación de esta, y finalmente también recurre a la protección del inversionista. GUIDDI (2008), p. 09 y ss.

⁵ HERNÁNDEZ B. (2005), p. 119 y ss.

⁶ Entendiendo por jurisdicción como “un poder-deber del Estado que es reglado, de carácter público, ejercido mayoritariamente por órganos imparciales, para la solución de los conflictos jurídicos mediante la aplicación de normas de Derecho con la autoridad de cosa Juzgada” NÚÑEZ O. y PÉREZ R. (2013), p.50.

⁷ Podemos entenderlo también como “la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis” tales son culpabilidad o inocencia, NIEVA (2013), pp. 61 y ss.

secundarias) sino también sobre los principios formativos del derecho positivo vigente y por cierto sobre los hechos acaecidos⁸.

Como veremos a continuación, uno de los problemas en relación a la racionalidad procesal de la protección del Mercado de Valores, viene dado por la obscuridad de los principios aplicables en el proceso sancionador administrativo aplicado por la Superintendencia de Valores y Seguros, y su relación con los principios de orden penal en su faceta formal, en concreto la falta de criterios de valoración de la prueba, de ponderación de la misma, y de estándares de conocimiento y certeza de los hechos.

En los siguientes párrafos se presentará el marco analítico sobre el que se funda nuestra hipótesis (2), primero, describiendo la pretensión discursiva del Derecho como integridad (2.a), el rol del sistema jurisdiccional en el modelo (2.b) y la relación con procesos extrajudiciales de solución de controversias de derecho, como es el caso del procedimiento administrativo sancionador del mercado de valores (2.c).

En la segunda parte revisaremos los aspectos procesales del problema (3), en primer lugar en cuanto a los principios en materia administrativa (3.a) mostrando los principios del procedimiento penal para luego contrastarlos con los de las bases del procedimiento administrativo, para dar cuenta de la insuficiencia de estos; luego dando cuenta de los problemas que supone la identidad de persecución y juzgamiento (3.b) y finalmente analizando los problemas en la regulación de la prueba que ello trae y sus efectos para la dogmática de los delitos financieros (3.c).

Finalmente concluimos (4) que para la correcta aplicación del derecho en esta área, es necesaria la expresión clara y coherente de los principios que informan la regulación procesal en que se desenvuelven los conflictos jurídicos del mercado de valores. Que este requisito no se cumple en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Valores y Seguros, lo que conlleva problemas analíticos para la integración del sistema punitivo estatal. Generándose zonas de superposición de persecución de vulneraciones a la ley 18.045, en que se pueden aplicar criterios distintos y a veces contradictorios para tratar una misma situación fáctica, que aun siendo producto de diversas disciplinas del derecho, deben tener una coherencia mínima en razón de las consecuencias jurídicas que derivan de ellas (el sometimiento a un mal por orden del Estado).

II. Consideraciones previas

A continuación repararemos en los elementos necesarios para el marco del trabajo en que se asienta esta hipótesis, los que recogen tanto paradigma del Estado de Derecho, como el reconocimiento de los derechos humanos, codificados en una Constitución Política, con pretensiones de ser la norma fundamental del sistema jurídico.

⁸ DWORKIN (1980), p. 86.

1. El Derecho como integridad

Para esto nos apoyamos en la tesis de Habermas, quien nos presenta el concepto de racionalidad comunicativa, esto es una “trama descentrada de condiciones trascendentalmente posibilitantes, formadoras de estructuras, y que impregnan la interacción”⁹, desde esta perspectiva entendemos que la práctica comunicativa posibilita de manera contrafáctica o dialéctica la trascendencia del sujeto, por medio de presuposiciones orientadas por pretensiones de validez que le permiten orientar su comportamiento. Tal proceso, en el ámbito de lo jurídico, nos “ofrece un hilo conductor para la reconstrucción de esa trama de discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión, en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de derecho”¹⁰. En esencia, la racionalidad comunicativa explica como la fuerza de integración social que poseen los procesos de formación de voluntad política, de creación legislativa y las prácticas judiciales (reparando en que estos se desarrollan dentro de procesos racionalizadores más amplios), mediante la actitud crítica desde la que se plantean los discursos normativos en ellos fundados, posibilitan y mantienen la cohesión social.

En este modelo, existen dos fuerzas que entran en constante tensión, por un lado la facticidad, es decir el carácter contingente de algún hecho, y por otro la validez, o que el hecho se halle estimado generalmente como verdadero, entendiendo por verdadero, la pretensión que el hablante entabla frente al oyente que afirma el enunciado. La síntesis dialéctica en que se mueven las pretensiones de validez y facticidad de los eventos –por medio de la actividad comunicativa– resultan en la integración de los sujetos de la comunidad. Así, admitiendo que el Derecho es una forma especializada y profesionalizada de lenguaje que ocupa un lugar preponderante en la construcción del tejido social, podemos constatar que permite la integración de la comunidad en la medida en que en él se manifiesta la tensión entre facticidad y la validez.

Desde esta perspectiva, las normas jurídicas (como unidades lingüísticas) tienen un contenido susceptible de ser falseado en relación a las condiciones externas de vigencia que pretenden, esto es, que sean o no aplicables a un hecho concreto. En la medida en que estas pretensiones son corroboradas, se afirma la vigencia del derecho, lo que permite la integración de los individuos de la comunidad que han participado en el proceso, o lo que es lo mismo la aceptación de tal hecho por el sujeto (y por cada sujeto) como intersubjetivamente cierto.

2. El poder judicial en el Derecho

En el contexto judicial esto se traduce en la necesidad de satisfacer las condiciones de validez del derecho aplicado en la producción de una sentencia (principio de seguridad

⁹ HABERMAS (1988), p. 66.

¹⁰ HABERMAS (1988), p. 67.

jurídica) y la racionalidad de los enunciados argumentativos con que se aplicaron tales proposiciones, como establece Habermas “los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer a la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar decisiones consistentes y de ser racionalmente aceptable”¹¹, para llevar a cabo este cometido, nuestro derecho ha requerido la fundamentación de la sentencia. Es decir, mediante la sentencia se espera la catarsis que logra la integración social, en cuanto se reafirma la vigencia del derecho.

Entonces, desde esta teoría discursiva del Derecho, siguiendo el paradigma del Derecho como medio que asegura la integridad de la sociedad en su conjunto, y constatando que el modelo lógico de validez del discurso jurídico se ciñe al sistema Dworkiniano (completitud del derecho mediante la aplicación de principios y normas)¹², debemos considerar que el proceso judicial (y como veremos más adelante también el proceso sancionatorio administrativo, ya que constituye también un sistema auto reflexivo de generación y reproducción de derecho, así como cualquiera de los pilares del derecho) requiere satisfacer las necesidades de auto comprensión colectiva de los miembros de la sociedad, que no sólo están dadas por la validez de sus normas sino por la legitimidad de las mismas.

Dichas condiciones de legitimidad requieren la argumentación de las decisiones judiciales, primero en términos validez del discurso jurídico, presentadas como silogismos de normas y principios jurídicos, y luego en términos de aceptabilidad racional (que la decisión sea verdadera), esto es, como correspondencia no sólo de la calidad del argumento sino también de la estructura del proceso de argumentación. En este sentido la rectitud de los juicios normativos viene dada por la aceptabilidad de la sentencia como convencimiento mutuo de ser justa. Así la sentencia como forma reflexiva de acción comunicativa, “deslimita la intersubjetividad de nivel superior que constituye el colectivo deliberante”¹³.

Desde ya, si reconocemos el sistema jurisdiccional como un punto de fuga para la dialéctica¹⁴, nos encontraremos con la dificultad de abstraer el concepto de verdad que se maneja en el proceso, de las ideas que se tienen fuera de este. Así las teorías que distinguen la verdad procesal de la material, o que distinguen la verdad absoluta de verdades relativas, no parecerán satisfactorias, por cuanto cualquier problema de conocimiento de la verdad dentro del proceso se vuelve una parcelación del mismo problema del conocimiento de la verdad absoluta. La teoría del proceso con fundamento

¹¹ HABERMAS (1988), p. 267.

¹² DWORKIN (1984), p. 100.

¹³ HABERMAS (1998), p. 300.

¹⁴ Es decir, como aquel punto en que el Derecho toma tanto el discurso jurídico (de aplicación o adecuación) utilizando necesariamente el silogismo de normas, hechos y consecuencias jurídicas para llegar a una resolución del conflicto, como el discurso persuasivo (de justificación o justificación) por el cual se legitima la solución dada por el primero. Por una parte negando las conductas consideradas antijurídicas y reafirmando la vigencia de la norma vulnerada, y por otra legitimando el sistema mediante la reconciliación con la sociedad. NÚÑEZ O y PÉREZ R. (2013), pp. 64-65.

en la aplicación de leyes para la paz social no podría divergir de la teoría de la prueba como fundamento para alcanzar la verdad, la correlación entre ambas funciones es necesaria, para que se cumpla la pretensión del derecho como integridad.

3. El vínculo con el proceso administrativo sancionador

Siguiendo la lógica del Derecho como integridad y de la decisión judicial como un instrumento para lograrlo por medio del descubrimiento de la verdad y la aceptación de esta, debemos observar la dinámica de la potestad sancionadora de la administración en relación a la jurisdicción. Si bien, debemos aclarar que bajo la teoría de Habermas para evidenciar la presencia de la tensión entre facticidad y validez es indiferente el ámbito del derecho en que nos encontremos, pues dicha tensión permea todo el sistema jurídico, atendemos a la distinción del sistema procesal penal del sistema de procedimiento administrativo por cuanto la forma de resolver el encuentro entre seguridad jurídica y lo justo de las decisiones tomadas dependerá de las disposiciones normativas, instituciones y medios en que decanten tales exigencias.

En tal sentido el concepto de potestad sancionadora de la administración en sí ha tenido dificultades para abrirse paso en el derecho, primero en cuanto a la legitimidad de otorgar estas facultades a la administración, luego en cuanto a los principios sustantivos aplicables y finalmente en cuanto a los principios los procesales¹⁵. El énfasis de nuestra crítica radica en este último punto, en el cual profundizaremos en el tercer párrafo de este trabajo, sin embargo previamente es importante revisar brevemente los otros dos problemas puesto que ellos repercuten necesariamente en el diseño procesal cuestionado.

Podemos entender la potestad sancionatoria de la administración como “una atribución excepcional de algunos órganos otorgada bajo reserva legal, que consiste en dotar al órgano con la facultad de imponer sanciones para la corrección o disciplina de una conducta contraria al ámbito de protección que concierne a dicha institución con independencia del poder judicial”¹⁶. En este aspecto el caso que nos convoca es el de la Superintendencia de Valores y Seguros, la que es dotada de la potestad sancionatoria por el artículo 4 letra v del DL 3538 en relación a los artículos 58 y siguientes de la ley 18.045, enmarcando así el ámbito de protección en torno al resguardado del Mercado de Valores, teniendo como referencia de esta realidad normativa los principios guías que están dados precisamente por la Ley de Mercado de Valores, y secundariamente por otros cuerpos normativos como los de su propia ley orgánica (sin perjuicio de las otras leyes especiales que le otorgan esta facultad y que incumben sus propios ámbitos de aplicación, en particular la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas), finalmente la

¹⁵ BOETTIGER P. (2009), p. 579.

¹⁶ De este modo, el poder legislativo delega en la administración parte de las funciones propias del poder judicial, sin perjuicio de que los injustos más graves siguen bajo el conocimiento de los jueces, y por cierto, que las sanciones administrativas pueden ser impugnadas ante los tribunales. Román C. (2010) p. 157.

Superintendencia también puede actuar en protección de principios configurados por otros cuerpos normativos en la medida en que ellos puedan reconducirse a la ley 18.045, como lo son sus propias publicaciones de Normas de Carácter General y de un modo mucho más controvertible las normativas provenientes de los organismos que producen autorregulaciones y que interactúan en este espacio, como por ejemplo los reglamentos de la bolsa de valores o de la bolsa de comercio.

Si bien las Potestades sancionadoras tienen larga data en nuestro ordenamiento, la discusión sobre la jurisdicción y la Potestad Sancionatoria Administrativa se inició bajo el entendimiento de que “sancionar implica juzgar”¹⁷ dado que la Constitución Política en su artículo 76 inciso primero radica las facultades jurisdiccionales exclusivamente en los tribunales de justicia, un órgano que tiene una potestad de sancionar tendría la de juzgar y en la medida en que no fuera un tribunal de los que taxativamente están establecidos por ley, constituiría una infracción a la Constitución¹⁸. Sin embargo, la doctrina y los tribunales han legitimado la potestad sancionatoria de la administración en consideraciones funcionales, como ser parte de la función ejecutiva y su privilegio de autotutela, la necesidad de cierto poder de coacción para el ejercicio de la función ejecutiva, o por razones de orden técnico. En este orden de ideas se ha formulado una interpretación funcional del concepto de tribunal del artículo 76 como sinónimo de órgano jurisdiccional, de modo que incluya instituciones ajenas al poder judicial que puedan ejercer jurisdicción. Esta conversión implicaría incluir los principios que rigen a los tribunales a todos los demás órganos que ejerzan jurisdicción, en todo caso, si la administración puede ejercer jurisdicción, la tensión entre facticidad y validez bajaría en los mismos términos con que se da en la decisión judicial, es decir, como conflicto entre principio de seguridad jurídica y la aceptabilidad de la decisión. Pese a que la discusión continúa tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial (el Tribunal Constitucional ha tenido sentencias en ambos sentidos)¹⁹, la posición mayoritaria sostiene que el ejercicio de la facultad sancionadora no constituye jurisdicción, empero esto no obsta para que dicha potestad deba legitimarse bajo los mismos criterios jurídicos de racionalidad y validez que se dan en el ámbito jurisdiccional por las razones dadas más arriba. Ahora bien, el problema es que el procedimiento administrativo es mucho más breve que los procedimientos judiciales, en particular respecto del proceso penal, esto precisamente por las consideraciones funcionales que lo fundamentan, celeridad, proporcionalidad, eficiencia y eficacia²⁰.

¹⁷ Jorge Huneus sostenía “sancionar es juzgar y quien puede juzgar, a la luz de la Carta Fundamental, sólo es el juez mas no el administrador”, HUNEUS, J. *La Constitución ante el Congreso*, 1ª ed. Santiago de Chile, imprenta de “Los Tiempos”, tomo II o244-245, en ROMÁN C. (2010), p.91.

¹⁸ CORDERO Q. y ALDUNATE L. (2012), p. 340.

¹⁹ BOETTIGER P.(2009), p. 584.

²⁰ Así lo disponen los artículo 3º y 5º de la ley orgánica constitucional de bases generales de la administración, ley 18.575:

“Artículo 3º. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del

Otro problema son los artículos 3° de la ley 19.880 que declara la decisión administrativa como un acto administrativo (y no una sentencia) y el 20 del Código Penal, que declara que las multas y demás correcciones aplicadas en virtud de la función disciplinaria o administrativa no son penas^{21 22 23}.

La distinción no pareciera ser ontológica, consistiendo ambas en una derivación de la “la facultad general sobre la que descansa el ejercicio del poder público: adoptar medidas que, desde el punto de vista de los individuos pueden ser apreciadas como afectación de sus derechos, en general; más precisamente, de sus derechos fundamentales, ya sea bajo forma de afectaciones regulatorias, ya bajo la más concreta manifestación de intervenciones”²⁴. La distinción es principalmente deontológica referida al carácter prevencionista de las sanciones administrativas respecto del carácter retribucionista de las penas.

Pese a lo anterior, la solución que se ha dado en los últimos años en nuestro país parece inclinarse a la separación de las resoluciones administrativas de las sanciones penales por ser de naturaleza distinta, la Superintendencia de Valores y Seguros ha sido enfática en este sentido²⁵, hay también algunos fallos de la Corte Suprema que ratifican esta posición²⁶, así como del Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República²⁷.

país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, *eficiencia, eficacia*, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.” (énfasis añadido)

“Artículo 5°. Las autoridades y funcionarios deberán velar por la *eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.*

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones” (énfasis añadido).

²¹ CORDERO Q. y ALDUNATE L. (2012), p. 352 y ss.

²² CORDERO Q. (2012), p 141 y ss.

²³ Sin embargo estas disposiciones también se habrían argumentado en el sentido opuesto dado que la redacción del artículo 20 del Código Penal implicaría que si bien se trata de penas, se les dará un tratamiento distinto.

²⁴ CORDERO Q. y ALDUNATE L. (2012), p. 343 y 345-346.

²⁵ Por ejemplo en el caso Cascadas en el punto 1593 letra a) establece “A diferencia de un juez que ejerce jurisdicción enfrentándose a dos partes contrapuestas entre sí por un conflicto de relevancia jurídica, esta Superintendencia existe y fue creada para regular, promover, defender y representar un interés público colectivo, cual es el buen funcionamiento e integridad del mercado de valores, como estructura básica en el diseño de la sociedad moderna, fundamental para su desarrollo.” Resolución SVS N°22642.

²⁶ La Corte en el Visto Sexto establece la distinción entre ejercicio de las facultades sancionadoras y de jurisdicción, citando al Tribunal Constitucional, es los siguientes términos: “Que, así las cosas, el procedimiento que regula el artículo 161 del Código Tributario y en virtud del cual se le otorga la facultad al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos –o al funcionario que este designe al efecto para aplicar multas, importa en la especie el ejercicio de facultades sancionatorias administrativas y no jurisdiccionales, razón por la cual no puede estimarse que exista una contravención al artículo 76 de la Carta Fundamental” (Tribunal Constitucional, rol N° 1229-08)”. CS ROL N° 8732-2014.

²⁷ “Esta Contraloría General estima indispensable puntualizar, en primer término que debe descartarse desde luego lo pretendido por ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en orden a que el ejercicio de las potestades sancionadoras que le atribuye el ordenamiento jurídico, la autoridad sanitaria constituiría un tribunal especial que haría uso de atribuciones de carácter jurisdiccional, las que no podrían verse restringidas o

Esta solución conlleva el problema de los principios aplicables en sede administrativa, ya que siendo un área relativamente nueva del derecho público, el desarrollo dogmático de sus principios formadores es ciertamente deficitario²⁸. Esta ausencia de principios positivamente asentados ha derivado en la necesidad de la Jurisprudencia de determinar si los principios del derecho penal son aplicables a estas materias o no lo son. Doctrinariamente nuevamente se presentan las posiciones del *ius puniendi* estatal como prerrogativa uniformante, esta potestad limitada vía Constitucional por el artículo 19 N° 3, constituiría la base de la que emanarían las demás limitaciones al ejercicio de esta potestad²⁹. Un segundo modo de entender las cosas es que a falta de principios administrativos precisos se puede recurrir al modelo penal, lo que a diferencia del modo anterior excluye la posibilidad de reconocimiento de que ambos principios son lo mismo, admitiendo sin embargo la aplicación provisional de estos, mientras la disciplina adquiere su propia robustez. La pregunta persistente consiste en si podemos aplicar dichos principios y si esta interrogante se responde de manera afirmativa, entonces, en qué medida los aplicamos.

A fin de cuentas, podemos decir que la discusión oscila entre una distinción meramente cuantitativa (en que los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo pero graduados en virtud de los fines del órgano sancionador) y una distinción cualitativa, entre pena y sanción administrativa (en cuyo caso se debería prescindir de los principios forjados a la luz del derecho penal e indagar directamente en las disposiciones administrativas y las máximas generales del derecho público para hallar los principios subyacentes al área sancionadora).

En cuanto a la distinción cualitativa, tradicionalmente se ha diferenciado el delito penal de la infracción administrativa por cuanto aquellos responden a la infracción de un mandato legal, mediante la realización de un comportamiento declarado ilícito por la ley, mientras que los últimos responden a la contravención de obligaciones positivas de deberes genéricos, ordenes o mandatos administrativos, parece exigirse de las penas la tipificación de la conducta y de la sanción administrativa no³⁰. Otro modo de diferenciarlos es observando el instrumento de tipificación de la conducta, ley o resolución. Por otra parte se ha sostenido que la diferencia radica en el bien jurídico tutelado, argumentando que el derecho penal considera sólo aquellos injustos elevados a la categoría de penal mediante criterios de afectación general, mientras que las sanciones administrativa consideran lesiones a bienes jurídicos relativos a la protección de la moral administrativa, es decir, distinguiendo entre el criterio de lesividad y los

afectadas por la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor." Dictamen de Contraloría General de la República N° 039696N05, de 26 de Agosto de 2005.

²⁸ NIETO (2011), pp. 132 y ss.

²⁹ Sin embargo Alejandro Nieto ha hecho una crítica sustantiva a este razonamiento, en la medida que el concepto de *ius puniendi estatal* no abarcaría todas las potestades sancionadoras en un estado de derecho, por ejemplo el caso de la potestad sancionadora de los organismos internacionales o de los organismos autorregulados de carácter privado que gozan de dichas prerrogativas. NIETO (2011), pp. 55-60.

³⁰ ROMÁN C. (2010), p. 158 y ss.

de afectación general³¹. En este sentido se ha dicho que la esencia del delito reside en la lesión de derechos (de libertad) subjetivos (absolutos), mientras que las infracciones de policía serían aquellas modalidades de comportamiento que prohíben bajo pena por su peligrosidad para la seguridad y el orden jurídico³². Entendiéndose que los derechos de libertad pueden ser afectados no solo en cuanto lesiones o menoscabo sustancial del bien en sí, sino también por situaciones de amenaza de este bien o de amenaza de las condiciones de seguridad imprescindibles para acceder a ellos, así las penas consistirían en consecuencias jurídicas atribuidas a conductas que lesionan o amenazan los derechos subjetivos y las sanciones administrativas en consecuencias jurídicas atribuidas a conductas que afectan el orden por medio del cual se garantizan la seguridad de dichos derechos subjetivos.

Es manifiesto que en el contexto del Mercado de Valores estos criterios se diluyen al punto de parecer inútiles, en primer lugar porque los injustos sometidos a sanción administrativa o penal emanan muchas veces de un mismo cuerpo normativo, la ley 18.045, y en segundo lugar, porque tratándose de derecho penal económico los criterios de lesividad se reconducen precisamente a los de funcionamiento del sistema, es decir a la realidad normativa del mercado de valores y en tercer lugar porque los derechos subjetivos son relativos al estado de desarrollo de la sociedad, nada obsta para que se constituyan derechos subjetivos sobre bienes inmateriales como los que se dan en este ámbito siendo su protección penal o administrativa un vínculo con el tipo de pretensión procesal disponible³³. Por lo demás, lo realmente importante no es la distinción ontológica de pena y sanción administrativa, sino los efectos que generan, ambas instituciones consisten en consecuencias desfavorables previstas como respuestas a acciones que importan un contenido de disvalor a la luz del sistema jurídico vigente (aunque evidentemente de diferente envergadura), y son por cierto manifestaciones

³¹ RODRÍGUEZ C. (2012), 136 Y SS.

³² KINDHÄUSER (1995), p. 444.

³³ Por supuesto que esto implica tomar posición, primero sobre el fundamento de los ilícitos penales en el mercado de valores y luego sobre la clase de protección que se les da a las personas contra esos ilícitos, dígame derecho penal económico sobre bienes jurídicos colectivos.

En todo caso, si debiésemos encontrar una distinción relevante entre uno y otro tipo de protección coincido con la opinión de Kindhäuser, en que deberíamos remitirnos al tipo de bien jurídico protegido, entendiendo por tales las "condiciones, jurídicamente garantizadas, de libre desarrollo del individuo en una sociedad concretamente configurada", el autor expone que el presupuesto de la protección penal económico vendría dado por el uso incorrecto de la libertad personal, ello bajo el supuesto de reconocimiento recíproco como sujetos libres, de modo que la intromisión de un sujeto en la esfera de libertad de otro debiese compensarse simbólicamente por medio de la pena. Pero para legitimar tal consecuencia jurídica, necesariamente debiese recurrirse a la culpabilidad del sujeto, en relación al rol que se le adjudica en su ámbito de acción (en nuestro caso al operar en el mercado de valores se asume como garante de que lo hará en bajo las normativas de este, y aún más como garante de que lo hará respetando los supuestos fácticos con que el mercado opera, como mencionamos previamente los principios de eficacia y eficiencia informativa). En consecuencia la protección penal exigiría el grado de restricción de la libertad de terceros en sus relaciones dentro de la realidad del mercado de valores, es decir, en la medida en que las actividades tuteladas por la ley 18.045 toman la eficiencia distributiva e informativa como prerequisites para actuar en el mercado, se puede actuar en infracción a sus disposiciones o bien socavando los presupuestos de dicha realidad (en cuyo caso actuaría la potestad sancionadora como un derecho corrector preventivo) o bien directamente incurriendo sobre las acciones ahí tipificadas (que implicaría una actividad adicional del derecho penal como derecho de última ratio), este último caso significaría una restricción más lata a la libertad de terceros. Al respecto ver KINDHÄUSER (1995), pp.441-452.

del *ius puniendi*, la verdadera problemática es más bien cuantitativa, es el grado de aplicación de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem* y debido proceso, que si bien se formularon bajo el alero del derecho penal hoy en día se reconocen ligados a la persona como derecho fundamental, entonces la cuestión se radica en como amalgamarlos con las funciones del derecho administrativo sancionador, y la respuesta que ha dado la jurisprudencia es el reconocimiento de estos principios pero sobre la base de los principios del derecho administrativo, de modo que la interpretación de cada uno de ellos y las ponderaciones que se hacen al aplicarse se ven filtradas por las construcciones de la disciplina, así se han ido generando “matices” según la rama del derecho administrativo en que se apliquen.

En cuanto a la diferencia cuantitativa, el problema radica en que al ser manifestaciones del *ius puniendi* estatal, los principios y reglas que los regulan deben tener cierta armonía y coherencia entre ellos, si bien las ramas del derecho público administrativo y del derecho penal se separan en función de los las finalidades que priorizan, no considero que la dicotomía entre la protección del interés público y el dotar de garantías al perseguido lleve a un verdadero cisma entre las garantías del imputado y del formulado de cargos, sobre todo a la luz del derecho constitucional que uniforma todo el sistema³⁴. Hay que tener en mente siempre que los principios garantistas antes enumerados se construyen con el propósito de defender a las personas frente a los poderes del estado, ante la duda del Estado sobre la infracción de un deber ya sea este contemplado bajo la óptica penal o administrativa (y por tanto bajo el criterio del órgano administrativo o del ministerio público) los principios penales se erigen como obligaciones que debe considerar el magistrado (juez penal o comisión resolutoria de la administración), reconocidos por la carta fundamental en el artículo 19 número 3. Tal vez si se enfoca la discusión en relación a los fines de los principios y no tanto al origen de ellos se pueda tener un panorama más claro, así cabría recordar que los principios del derecho penal atienden a la garantía de los derechos fundamentales del imputado y así actuar como límite al trato del Estado para con el sujeto de derecho penal³⁵. Del mismo modo los principios que tutelan el derecho procesal sancionador de la administración deben dirigirse a asegurar la integridad del administrado, en este aspecto es sumamente relevante atender al principio de proporcionalidad, pues creo que allí realmente radica la distinción entre uno y otro ámbito, la aplicación de penas físicas, y no meramente patrimoniales, exige una aplicación más rigurosa de la

³⁴ Sin duda hay que reconocer que la carta fundamental solo contiene un bloque de derechos que se realizan en la medida que la legislación especial los garantiza, así que la uniformidad que se predica sobre dichos derechos se ve desmembrada según la rama del derecho aplicable, estos principios se van concretando en instituciones específicas pensadas para el derecho penal, como es lo hace el NCPP y el CP, y en sede Administrativa la ley 19.880 y la ley 18.575. Sin embargo el estado no puede mostrar una bifrontalidad tan radical que haga irreconocible la bajada de un principio en una u otra cara de su poder público, ya hemos mencionado las deficiencias del procedimiento de la ley 19.880 al respecto y profundizaremos en ellas en breve, por ahora creo que basta tener en cuenta que estos problemas se pueden solucionar por vía legislativa (que es a mi parecer lo más adecuado dado la legitimación que otorga el contenido democrático de este poder) o bien interpretativa, en cuyo caso nos preguntaremos acerca de dónde buscar dichos principios, y a estas alturas nos debe parecer manifiesto que la ley 19.880 y la 18.575 no logran cumplir con el rol discursivo normativo exigible.

³⁵ NIETO G. (2011), p. 144.

tipicidad y culpabilidad; por el contrario el aspecto funcional, en relación a perseguir una política pública, del derecho procesal administrativo, y un mal relativamente menor de la sanción administrativa al que impone la pena, permite una aplicación menos estricta de estos principios en sede administrativa³⁶.

En lo que respecta al aspecto probatorio esto redundará en varios aspectos, desde luego todos aquellos principios extra epistémicos que limiten el acceso a la prueba afectarán el grado de certeza de conocimiento de los hechos, junto con ello también se dan efectos en el ámbito valorativo de la prueba, por ejemplo en lo acucioso que debe ser la administración en dar por probado un hecho, un sistema menos estricto permitirá con mayor facilidad la prueba derivada o las presunciones, en el ámbito del mercado de valores esto se puede evidenciar fácilmente en el espacio muestral necesario para determinar que una cartera ha sido utilizada o no a efectos de cometer un ilícito, dado que las carteras de acciones por lo general contienen diversos paquetes de acciones que suelen diversificarse para disminuir la aversión al riesgo de la carrea, podrán tener acciones que han sido utilizadas para el ilícito y otras que no lo han sido. En un sistema sancionatorio como el de la Superintendencia de Valores y Seguros, no es necesario dar cuenta de todas las transacciones de acciones realizadas en una determinada cartera para dar cuenta de que esta se ha utilizado para realizar un ilícito, ello significaría una carga incompatible con los requisitos de celeridad y eficiencia de la Superintendencia para mantener el orden en el mercado. Por el contrario bastará una muestra significativa de las transacciones realizadas por un operador, para determinar la existencia de un patrón que dé cuenta de la infracción. Al mismo tiempo teniendo una valoración de dicha prueba menos estricta, también se puede tener un estándar de prueba más bajo (lo que se tratará más adelante), por ejemplo en este mismo escenario lo “significativo” de la muestra, para entender por acreditado la existencia de un patrón cambiara según el grado de certeza necesario para acreditar el hecho en esta sede, nótese sin embargo que el hecho evaluado si se trata de uno de los que tipifica la ley 18.045 es el mismo tanto en sede penal como en administrativa. Luego la evaluación del hecho será la misma en ambas ramas, lo que cambia es o bien la forma de valoración del hecho o bien el grado de certeza para considerarlo acreditado para atribuirle consecuencias jurídicas relevantes, lo que dependerá de cada área, ahora esto en cuanto el discurso normativo, en lo que respecta al discurso justificativo es un requisito lógico la exigencia de algún grado de coherencia entre uno y otro plano, siendo inadmisibles una situación en que para una misma conducta se dicte una sanción en el orden penal y un sobreseimiento en sede administrativa (aunque no en el sentido opuesto, por el contrario si sería admisible

³⁶ En el fondo esto implica distinguir la potestad fiscalizadora y sancionadora de las Superintendencias, que se perfilan en la normativa de dichas instituciones a partir de los principios de persecución de políticas y protección de bienes jurídicos colectivos y las garantías procesales que se erigen como límites a dichas potestades, perfilándose bajo el parrafraseo de derechos individuales del administrado. Así entendida las cosas se puede ver como los principios jurídicos que tienen un origen en el derecho penal, en realidad configuran una matriz que permea a cualquier disciplina que implique aplicación del *ius puniendi*, lo que traslada el problema a cómo interactúan estos principios con los propios de cada disciplina y esto tiene como resultado una graduación en la extensión con la que se aplica el principio en el proceso correspondiente.

primero una sanción administrativa y luego la consecuencia penal, precisamente en razón de que está última tiene mayores requisitos para ser impuesta por el Estado).

Ahora, si aceptamos que la diferencia entre la aplicación de las garantías individuales de origen penal, en el ámbito discursivo, tienen una distinción cuantitativa con las aplicables en el procedimientos administrativos, debemos atender a cada uno de ellos en particular. Podemos establecer que hay un consenso sobre los principios básicos que se han levantado en el derecho penal y que deben preocupar al derecho administrativo sancionador, y es de notar que la corriente doctrinaria que considera una distinción cualitativa de la resolución administrativa, también los reconoce como aplicables, lo que hace más notorio que la aplicación de estos no obedece tanto al tipo de decisión que implica dicho acto, sino a los derechos del formulado de cargos en el proceso que lleva al mismo, así las cosas estos corresponden al principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, al *ne bis in idem* y al debido proceso; aun cuando se discuta con cuanta intensidad se deben interpretar^{37 38}.

En este sentido el principio *ne bis in idem* constituye un elemento central a tener en consideración, dado la posibilidad de que dos regímenes jurídicos regulen un mismo fenómeno. Para nuestro análisis es vital tenerlo en mente por su relación con los otros principios, consideremos por ejemplo que en el mercado de valores es usual que el caso tenga relevancia penal y administrativa de manera paralela, ya que la tipicidad de los hechos delictivos está dada por una misma norma; lo mismo ocurre con el disvalor reprochado y con el objeto de protección que coinciden íntegramente, desde este panorama se ha llegado al extremo de afirmar que la única diferencia radica en el órgano que aplica la sanción³⁹, aunque tal vez este sea un paso demasiado adelantado si tenemos en cuenta que la diferencia de una sanción pecuniaria y una de restricción de libertad es significativamente distinta.

Adelantemos que bajo nuestra óptica la aplicación del *ne bis in idem* no se debe estimar por la naturaleza de la sanción administrativa (como sentencia o acto administrativo), ni por la diferencia cualitativa o cuantitativa entre está y una sanción penal (cualitativa o cuantitativa), sino por las consecuencias jurídicas que conllevan (la imposición de un mal sobre una persona como respuesta correlativa a un juicio de disvalor que radica en la afectación de la normativa mercado de valores).

Esto nos lleva al tercer problema, que dice relación con el procedimiento aplicable. Si bien la legitimidad de la potestad sancionadora y la aplicación de los principios del derecho penal a esta han sido temas de gran interés para la doctrina nacional, no ocurre lo mismo con las consecuencias procesales, el tratamiento del principio *ne bis in idem* se ha enfocado principalmente en su faceta sustancial como no aplicación de varias sanciones por un mismo hecho, el principio de legalidad se ha revisado desde la perspectiva de la codificación de las sanciones y de las conductas sancionadas, pero no

³⁷ ROMÁN C. (2010), p. 164.

³⁸ RODRÍGUEZ C. (1987), p. 118.

³⁹ CORDERO Q. (2012), p. 149.

se ha revisado lo relativo al procedimiento aplicable, la posibilidad de que se conozcan causas paralelamente⁴⁰ y de sanciones contrapuestas.

III. Consideraciones procesales

Para la aplicación de la Sanción Penal corresponde, según lo dispone la Constitución, se asegure la realización de un procedimiento previo y legalmente tramitado, bajo lo que se reconoce como principio de debido proceso, el Código Procesal Penal enumera los principios que recoge para materializar esta garantía constitucional, y la ley de procedimiento administrativo por su parte reconoce otros tantos, las interrogantes que deberíamos hacer en esta sección son ¿Cómo se estructuran tales garantías en el procedimiento sancionador de la Superintendencia de Valores y Seguros?, ¿Qué entendemos por debido proceso en esta área?, ¿Qué principios fundamentan el procedimiento administrativo para imponer una sanción y como se diferencia de lo estimado para imponer una pena?, ¿Cuál es la duda que debe responder el órgano resolutorio de la Superintendencia para determinar si debe o no imponerse la sanción?, ¿Cómo se diferencia de la duda que responde el juez penal?. No pretendemos resolver estas preguntas en este artículo, pero sí dar cuenta de los problemas que se deben solucionar para responder a estos cuestionamientos. Naturalmente pondremos el énfasis en los aspectos probatorios de los procedimientos penal y administrativo, por cuanto en ellos recae la función epistemológica del procedimiento y por cuanto allí se da el nexo fundamental con la verdad, que se manifestará en la sentencia como una condición de aceptabilidad de la decisión.

1. Principios formativos

Nos limitaremos a tratar los principios procesales que tienen relevancia desde la perspectiva epistemológica del procedimiento en cuanto conocimiento y valoración de los hechos, pero abordando sólo la fase de conocimiento de la prueba, dejando de lado los principios que rigen la parte del proceso investigativo. Sin embargo, es menester tener claro que ellos tienen una incidencia fundamental en relación con el establecimiento de la verdad, por cuanto allí se imponen una serie de límites al conocimiento de los hechos, basado en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los imputados. Respecto de esto nos remitiremos al apartado b) de esta sección sobre la importancia de la separación entre las etapas de investigación y conocimiento. En cuanto a los principios del procedimiento administrativo y penal a continuación revisaremos algunas diferencias que se presentan.

⁴⁰ Por ejemplo lo que sucedió con el caso Fasa, en que el Ministerio Público inicia actividades casi simultáneamente con la SVS, aun cuando la resolución administrativa y la sentencia se dictan en momentos distintos.

i. Principios procesales penales

El código procesal penal se refiere a ellos en el título primero del libro primero, bajo el acápite de principios básicos, además de este reconocimiento explícito contempla una serie de instituciones específicas en las diversas etapas del procedimiento que materializan los principios por medio de derechos, obligaciones y cargas. Por razones de sistematización utilizaremos las categorías que establece Julián López⁴¹, quien analiza los principios que inspiran el proceso penal incluyendo aquellos cuya enunciación no es expresa pero que se recogen por medio de las reglas de procedimiento. Primero se diferencian los principios de persecución penal (referidos a la función investigadora del ministerio público) y luego las garantías individuales ante la persecución, estas últimas se pueden distribuir como:

i.a) Garantías de la organización judicial

Que contempla los requisitos de independencia del juez de otros poderes (externa) y de organismos superiores (interno), la imparcialidad del juez en lo que respecta a implicancias y recusaciones, y el derecho al juez natural por el que se prohíbe la constitución de comisiones especiales para juzgar.

i.b) Garantías generales del procedimiento

Estas incluyen el requisito de juicio previo, o que la sanción se sostenga en una condena judicial firme fundada en un proceso legalmente tramitado, principio reconocido bajo los adagios *nulla poena sine iudicio, sine processu*; en segundo lugar, el requisito de ser juzgado dentro de un plazo razonable, con el objeto de evitar la encarcelación apresurada, de minimizar la ansiedad derivada la acusación pública y de evitar que por la dilación extensa del procedimiento se genere indefensión del imputado; a continuación, el derecho a la defensa, que se presenta en su cara material como acceso a la información y a intervenir procedimiento, y en su faceta técnica, como derecho a designación y sustitución de un abogado defensor; en cuarto lugar tenemos la presunción de inocencia o *indubio pro reo*, que incluye el estándar de prueba de certeza más allá de toda duda razonable, el traslado de la carga probatoria al estado, y en general las garantías del debido proceso, en los que profundizaremos más adelante; por último, la prohibición persecución penal múltiple o *ne bis in idem* en tanto su faceta procesal (*litis pendencia*) y material (cosa juzgada), a la que también nos referiremos con mayor detalle más abajo.

i.c) Garantías del Juicio

Son el derecho a juicio público, garantizado mediante el acceso abierto a cualquier persona a la sala donde se realiza; a juicio oral, que dice relación con la fundamentación

⁴¹ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 31 y ss.

de la sentencia en el debate público; al principio de inmediación, que tiene como fin que el fallo se dé acuerdo a las impresiones personales del magistrado, formalmente significa que el juez debe estar en todo tiempo presente siendo el quien reciba las pruebas y desde la perspectiva material que debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo; y los principios de continuidad y concentración, que exigen un debate no interrumpido y que se produzca (dentro de lo posible) en una misma audiencia.

i. d) Límite formal a la verdad

Mediante este se modera el concepto de verdad procesal como objetivo del procedimiento en virtud de consideraciones extra epistemológicas como el derecho a la integridad física del acusado, de privacidad e inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, etc.

ii. Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo sancionador propiamente tal no existe en el derecho positivo, lo que hay es un procedimiento residual que sirve para la tramitación de cualquier acto administrativo regulado por la ley 19.880. En el ámbito del Mercado de Valores tampoco hay un procedimiento específico definido para la aplicación de sanciones, la ley 18.045 remite a los procedimientos que contemple la Superintendencia de Valores y Seguros en su ley orgánica (artículo 2 de la ley 18.045); por su parte el decreto ley 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros no hace referencia a ningún procedimiento especial, sino que sólo reglamenta el tipo de sanciones que puede decretar (título III) y algunos mecanismos de impugnación (título IV), por lo que se debe entender que el procedimiento dispuesto en la ley 19.880 es íntegramente aplicable. Desde ya esta circunstancia debe llamar la atención, dado que el presupuesto básico de la teoría del procedimiento es que el diseño del mismo debe ser funcional al fin del proceso, de este modo se requieren fines expresos y claros para delimitar el margen jurídico aplicable que permita aumentar la seguridad jurídica y transparencia de la decisión, lo que no se cumple en absoluto bajo esta normativa.

Respecto de los principios aplicables al procedimiento administrativo, es evidente que estos no pueden cumplir a cabalidad con el detallado desarrollo de las garantías en el procedimiento penal, ya que como se ha dicho el contenido prescriptivo de los principios penales se ve matizado por las funciones de la administración⁴², ahora bien esta apreciación no obsta a que se deban seguir al menos los parámetros generales de legalidad, tipicidad, culpabilidad, non bis in idem y justo y racional procedimiento, entonces cabe preguntarse en qué grado estos principios se presentan en este procedimiento, así comparando con las categorías recién revisadas, podemos apreciar que la enumeración de principios que hace artículo 4º de la ley de bases del procedimiento

⁴² Para el caso "procurar la existencia de un mercado equitativo, ordenado, transparente, confiable, abierto, competitivo e integrado a una economía globalizada, condiciones por cuyo eficaz cumplimiento debe velar esta Superintendencia." SCHACHTBECK (2007), p. 29.

administrativo, aún en consideración de los matices que podría tener por estar en sede administrativa, contiene vacíos inaceptables para la aplicación del *ius puniendi*.

ii.a) De la organización judicial

Las garantías de imparcialidad y de independencia del magistrado se especifican en los artículos 11 y 12 de la ley de procedimiento administrativo, como requisitos de objetividad y probidad de los funcionarios y abstención de actuar en los casos enumerados en el artículo 13. Se especifica que el control de la imparcialidad del juzgador se manifiesta en la obligación de fundamentar los hechos y los argumentos de derecho que sirven de base para la resolución de los actos que afecten los derechos de los administrados, así como también de los recursos sobre estas decisiones. El mecanismo de abstenciones es semejante al de las implicancias y recusaciones del modelo procesal penal por lo que pareciera no haber mayores complicaciones. Lo que es inquietante, es la falta de transparencia sobre la constitución del órgano resolutorio, porque no existe una ley que establezca de manera clara su orgánica ni cómo se asegura la independencia interna de éste. En esta materia el artículo 8 del Decreto Ley 3.538 otorga libertad de organización, facultando al Superintendente para que fije por decreto las unidades y divisiones de la Superintendencia, en el organigrama de la institución se indica que corresponde a la Fiscalía de Valores la función de “estudiar, analizar y resolver todas las materias jurídicas que competen al área de valores”⁴³, la fiscalía depende directamente del Superintendente por lo que no se entiende cómo se tutela el principio de independencia.

ii.b) Garantías generales del procedimiento

Las garantías de juicio previo, plazo razonable, y defensa se observan mediante la disposición de los principios de celeridad, economía procedimental, contradictoriedad y en el establecimiento de las bases del procedimiento. El principio de celeridad se traduce en el establecimiento de plazos y en la facultad de impulsar de oficio los trámites, además de importantes presunciones sobre el silencio administrativo, se reconoce el deber de evitar los tramites dilatorios, lo que también contribuye a la celeridad el principio de no formalización. Sin embargo, se observa que en conjunto los principios apuntan a la reducción de tiempos de producción del acto administrativo y no miran la afectación de los formulados de cargo, en este sentido el concepto de plazo razonable es más amplio por cuanto junto a imponer límites a la dilación innecesaria de la sentencia también evita que esta se apresure tomándose con ligereza, lo que no hace el principios de celeridad. Por su parte, el principio de contradictoriedad recoge la garantía de defensa material y técnica expresamente, complementándose con los principios de transparencia y publicidad, el principio de impugnabilidad y los derechos de las personas en sus relaciones con la administración (artículo 17).

⁴³ Disponible en: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-article-12439.html>

Distinto es lo que sucede con la presunción de inocencia y la prohibición de persecución múltiple, que no tienen un reconocimiento expreso en este procedimiento, por lo que se deben integrar a partir de otros cuerpos normativos, siendo de especial importancia el literal i) del artículo 17 que como norma residual abre la puerta a la interpretación de otros derechos del administrado, siempre que se encuentren recogidos en la constitución o en otras leyes. En virtud de éste, se puede argumentar el reconocimiento de los principios formativos del *ius puniendi* estatal.

ii.c) Garantías del Juicio

El derecho a un juicio público, a juicio oral, de inmediación, de continuidad y concentración no tienen equivalentes en el procedimiento administrativo. En contraste, él reconoce el principio de escrituración, y por lo tanto, las garantías de debate público, de conocimiento inmediato de las pruebas (producción de la prueba en el juicio), y de valoración de estas por las impresiones que queden en el juez a partir de las audiencias, se ven eliminadas en favor de la eficiencia y celeridad que requiere la administración.

ii. d) Límite formal a la verdad

No hay un tratamiento expreso en la ley. En materia de medidas provisionales el inciso 4º del artículo 32 impone como restricción la violación de derechos amparados por las leyes. En materia de restricciones a la investigación se tiene el literal i) del artículo 17 antes comentado.

En síntesis, podemos observar un desarrollo mucho más escueto de los principios y garantías, lo que se deriva del hecho que este procedimiento no fue planeado para el ejercicio del *ius puniendi*, sino, para asegurar el actuar eficiente de la burocracia administrativa. Así se colige de la historia de la ley y del mensaje del presidente, en que se expresa que el fundamento de la ley son las necesidades de una economía dinámica, implementándose por tanto con el propósito de agilizar la actuación de la administración, logrando que esta responda de manera oportuna y eficientemente a las necesidades de los interesados, es decir, teniendo en mente trámites como concesiones o permisos y no resoluciones sancionadoras.

iii. El principio ne bis in idem

Como principio de no doble juzgamiento o sanción por un mismo hecho, se compone de una vertiente material y de una procesal. Sobre la vertiente material como estándar de adjudicación, ha habido una lata discusión, enfocada principalmente en si la sanción administrativa puede o no ser aplicada paralelamente a la sanción penal^{44 45 46}, como

⁴⁴ ALCALDE (2011), p. 69.

⁴⁵ ROMÁN C. (2010), pp. 161.162.

⁴⁶ DOUGNAC (2011), pp. 8-11.

hemos reiterado la discusión acerca de la aplicación de los principios garantista penales al derecho administrador sancionador ha evolucionado desde el reconocimiento pleno de estos como límites a la potestad sancionatoria, a un reconocimiento matizado por las excepciones casuísticas que se van configurando según las sentencias del Tribunal Constitucional⁴⁷.

Por el contrario, respecto de su contenido como estándar de clausura procesal, el tema no ha sido muy discutido, pese a la relevancia que implica para la coherencia interna del sistema y a los graves efectos que trae esta obscuridad, en particular cuando se dan persecución por conductas consideradas ilícitas por distintos áreas del derecho, de manera paralela o con cierto grado de superposición temporal⁴⁸. El profesor Mañalich define el *ne bis in idem* formal como “una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho”⁴⁹. En términos procesales esto se traduce en la posibilidad de recurrir mediante excepciones de cosa juzgada y de litispendencia, frente a una doble tramitación. En el derecho penal estas tienen aplicación a la luz de la legislación chilena como principio inter procesal e interjurisdiccional (con diferencia de extensión) según lo disponen los artículos 1 inciso 1º, 13 y 264 del Código Procesal Penal, dado que la sede administrativa no se reconoce formalmente como jurisdicción no se aplican estas excepciones, siendo común casos en que el asunto es perseguido por el ente administrativo fiscalía y por el ministerio público simultáneamente.

El problema no es menor, ya que puede suceder que se den soluciones en direcciones opuestas para un mismo hecho, y que además tengan componentes discursivos contradictorios. Teniendo las siguientes posibilidades ante la divergencia de sentencias:

1) que se sancione administrativamente y no penalmente, lo que en principio no generaría problemas, entendamos que la diferencia entre las sanciones sea cualitativa o cuantitativa, puesto que se argumentará que se aplicaron principios diferentes o bien que aplicándose los mismos principios en sede penal no se satisfizo el estándar probatorio y en sede administrativa sí se hizo, abriéndose la duda sobre el estándar probatorio aplicable en sede administrativa, que lógicamente puede variar en función de los fines de la potestad sancionatoria de la administración a que hemos aludido.

⁴⁷ BOETTIGER P. (2009), p. 586.

⁴⁸ Como sucedió en el caso Serrano, en este caso la Superintendencia de Valores y Seguros inició investigaciones por una denuncia de particulares, iniciando un proceso investigativo y formulando cargos por las infracción a las normas contenidas en los art. 53, 59 y 60 de la LMV referidas a los delitos de operaciones ficticias en el mercado de valores, entrega de información falsa a la SVS y uso indebido de custodias y el artículo 57 del Reglamento la Bolsa de Comercio de Santiago, referida a eliminación de transacciones de compra de acciones en operaciones simultaneas. Posteriormente a partir de la investigación criminal que inicia el Ministerio Público la SVS debe reformular cargos recalificando el delito del artículo 60 de la LMV en relación al artículo 57 del reglamento de la Bolsa de Comercio de Santiago. (Resolución Exenta N° 254 SVS de 29 de abril de 2011). Esto llevo a un reclamo de queja de los formulados de cargos en que la Corte de Apelaciones de Santiago admitió el recurso (C.A. Santiago Rol 6849-2010) y posteriormente a una queja por parte de la SVS en contra de esta última sentencia, el que acoge el recurso pero mantiene reservada la redacción de la sentencia (CS ROL 4459-2013).

⁴⁹ MAÑALICH R. (2011), p. 140.

2) que se sancione sede penal y no administrativa, aunque en la realidad esto no se ha dado en Chile la hipótesis es altamente conflictiva, por cuanto había que responder por qué un derecho de última ratio como el derecho penal se ha aplicado sin que lo haga la fiscalización administrativa, que parece ser una primera capa para la protección del mercado de valores (o segunda si se considera la autorregulación privada).

iv. El principio in dubio pro reo

Este es un principio que no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, pero que se recoge de los tratados internacionales que Chile ha ratificado, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, añadidos por medio del artículo 5º que los incorpora como bloque constitucional de derechos fundamentales⁵⁰.

El principio indubio pro reo sustantivamente se perfila como principio de culpabilidad, y procesalmente en la persecución penal como derivación de la garantía de juicio previo, y en el debido proceso como razonamiento de las sentencias judiciales y correlación entre la imputación y el fallo. Las dos consecuencias de este principio en el ámbito probatorio son la presunción de inocencia como estándar de prueba y el traslado de la carga de la prueba, a los que nos referiremos en la última sección.

Cabe aclarar de manera previa, que la discusión sobre su aplicación dentro del proceso administrativo se ha orientado de forma más o menos homogénea hacia la aceptación de éste cuando el resultado del procedimiento tenga por fin la aplicación de una sanción^{51 52}. Por tanto, debiéndose incorporar al procedimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros de acuerdo a la naturaleza punitiva del mismo.

2. Separación de procedimientos de investigación y prueba

Hemos dicho que nuestro modelo procesal penal separa el momento de la investigación, en que se regula las condiciones de legalidad de las diligencias del Ministerio Público, del momento probatorio, donde se regula la proposición, admisión, rendición y valoración de la prueba, en este último es donde cabe hablar de prueba propiamente tal, ya que las actividades de investigación tienen por objeto averiguar los hechos u “obtener” los elementos probatorios y no constatar los hechos o “incorporar” los elementos probatorios⁵³.

⁵⁰ REYES (2012), p. 230.

⁵¹ ROMÁN C. (2010), pp. 162-163.

⁵² NIETO (2011) pp. 329-339, 366-378.

⁵³ HORVITZ Y LÓPEZ (2004), p. 68, 75 y 76.

Hay que tener en cuenta la distinción entre “elemento de prueba”, como el objeto que se incorpora al procedimiento, y que es capaz de producir un conocimiento de los elementos fácticos, y el “medio de prueba”, que es el procedimiento legal por el cual se ingresa la prueba al procedimiento⁵⁴. Si bien el elemento de prueba puede ser el mismo en el proceso administrativo o en el probatorio penal (por ejemplo si se trata de los correos electrónicos que contienen información privilegiada sobre un determinado emisor, cuyo representante envía a terceros, puede ser un elemento probatorio para fundamentar una persecución penal, para demostrar la responsabilidad penal en el juicio oral, o para fundamentar una sanción administrativa), el medio probatorio puede tener diferencias significativas. Por ejemplo, el complejo sistema procesal diseñado para el ámbito penal recoge una serie de garantías de derechos fundamentales en los procedimientos para integrar los elementos probatorios al proceso y para limitar la lesividad de la persecución penal, esto se traduce en funciones especializadas en la etapa de instrucción y probatorio, en cambio en el sistema de procedimiento administrativo sólo hay pautas generales que sirven para procedimiento de la más diversa naturaleza, desde aplicar una sanción gravísima en el Mercado de Valores hasta otorgar un permiso para desarrollar alguna actividad. La ley de procedimiento administrativo en este aspecto sólo tiene lineamientos generales de los actos de instrucción (artículo 34) en que convergen las etapas de determinación, conocimiento y comprobación de datos.

En esta disposición se establece la actuación de oficio del órgano fiscalizador para obtener la prueba y se concede el derecho a los interesados a proponer las actuaciones que requieran su intervención.

En cuanto al momento de rendir prueba, el artículo 36 de la ley de procedimiento administrativo sólo establece que la administración comunicará el inicio de las actuaciones probatorias⁵⁵.

Desde la perspectiva del conocimiento de los hechos, aquí nos encontramos con límites formales al establecimiento de la verdad, que variarán según la intensidad del despliegue de las potestades estatales de persecución de ilícitos. Las garantías de intimidad, privacidad, secreto bancario, son algunos ejemplos de límites extraepistémicos que afectan el procedimiento, naturalmente la existencia de ellos no implica la renuncia a la idea de que uno de los fines del procedimiento es la búsqueda de la verdad, sino que solamente establece que para la resolución del conflicto en la determinación de los hechos no se puede instrumentalizar al sujeto fiscalizado, no obstante que ello aumente el riesgo de error en acceder a dichos hechos. Esto no es para nada controvertido y sería insostenible, renunciar a tales límites en un estado democrático, si se quiere radicalizar el argumento estos principios cumplen la misma función que la prohibición a la tortura,

⁵⁴ ACATINO (2006), p. 14.

⁵⁵ El artículo 36 de la ley 19.880 dispone:

“Artículo 36. Momento de la prueba. La Administración comunicará a los interesados, con la suficiente antelación, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.

En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar peritos para que le asistan.”

sin perjuicio que tratándose de estos derechos a una órbita de inaccesibilidad al público, se pueda restringir su ejercicio, como por ejemplo las facultades de la Superintendencia para solicitar antecedentes a los diversos organismos financieros o levantar temporalmente y con fundamento el velo del *habeas data*.

Los principios desarrollados en el derecho penal que tienen relevancia en esta materia son:

a. El derecho a la no autoincriminación o principio de *nemo tenetur*, reconocido en el artículo 19 N°7 de la carta fundamental y 93 del Código Procesal Penal, que se materializa como derecho a no prestar juramento, a guardar silencio del imputado y en el mandato de no extraer inferencias del silencio al tribunal. Por su parte, el procedimiento administrativo no tiene ninguna disposición que reconozca expresamente este principio, debiendo recogerlo de la Constitución por medio del artículo 17 fundado en la naturaleza del procedimiento. Tenemos que considerar que este principio nace precisamente como una respuesta a la utilización de la tortura o la amenaza de algún mal para acceder a la verdad. Entendiendo que el procedimiento penal inquisitivo carga al Estado con el peso de la prueba, se temía que este utilizará con mayor ímpetu su facultad inquisitiva para hacerse de esta, en razón de lo cual el legislador responde obligando a buscar los hechos que prueban la culpabilidad del sujeto, fuera de la persona de este. No bastando de este modo el mero reconocimiento del ilícito por parte del imputado. En el ámbito administrativo, es también el Estado, a través de la administración quien carga con el peso de la prueba, debiendo demostrar los hechos y luego argumentar la culpabilidad con pruebas que no recaigan en las meras declaraciones del administrado. Ahora es necesario tener en cuenta que este es un requisito de fundamentación de la resolución administrativa, no así del inicio del procedimiento de fiscalización.

b. El derecho a la privacidad, reconocido por la Constitución en el artículo 19 n° 4 responde a un límite en la intensidad de la persecución penal configurando una esfera de intimidad que debe ser ponderada, ya que el sólo ejercicio de las facultades investigadoras del Ministerio Público ante la sospecha pareciera afectarlo, se materializa como inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, en cuanto argumentos para la exclusión de prueba en el ámbito probatorio y como exigencia de permisos especiales en el ámbito investigativo, por ejemplo la autorización judicial para allanamientos. En cuanto a la administración este principio se observa en relación a las facultades de la Superintendencias otorgadas por su ley orgánica y por la normativa especial relativa al Mercado de Valores. Es necesario tener en cuenta la relación entre la proporcionalidad de los ilícitos sancionados por la Superintendencias y la intensidad de sus facultades fiscalizadoras, esto ciertamente debería tener un equilibrio entre el valor argumentativo de los bienes jurídicos tutelados, de los ilícitos reprochados, las facultades de intrusión del órgano fiscalizador y las sanciones aplicadas por el órgano sancionador.

3. El tratamiento probatorio

Hasta este punto hemos establecido que el supuesto básico sobre el cuál descansa nuestra hipótesis, es la idea de que si bien el fin del procedimiento jurisdiccional es la resolución de conflictos, al menos uno de los aspectos de esta propósito consiste en alcanzar la verdad de los hechos, y que si esto es así, la prueba es el instrumento del que dispone el juez para establecer si un determinado enunciado fáctico es verdadero o falso. Admitiendo que esta idea no es para nada pacífica, y teniendo en cuenta las posturas que apuntan a que la función del proceso son únicamente la resolución del conflicto o conseguir la aplicación de la ley, la realización del Derecho o la garantía efectiva de los derechos^{56 57}, entraremos a analizar los conceptos procesales que ha desarrollado la doctrina para entender el fenómeno probatorio.

Por otro lado, hemos advertido que el procedimiento sancionatorio administrativo debe satisfacer las mismas necesidades de aceptabilidad y validez que el proceso judicial y cualquier otro ámbito del derecho, esto es la existencia de un razonamiento normativo de orden legal, bajo el paradigma de aplicación de normas primarias y secundarias, y la existencia de un razonamiento de adecuación que legitime la resolución en virtud de los principios de adecuación al caso. Que sin embargo, a diferencia de los procedimientos jurisdiccionales, uno de los fines del procedimiento administrativo es llevar a cabo políticas públicas, y que para ello el ente decisor debe tener en cuenta el bien colectivo sobre el que gira la administración y el resultado jurídico que derivará del proceso. Finalmente, que para lograr el cumplimiento de estos requisitos es necesario apreciar los principios y normas que rigen el procedimiento y cómo se armonizan para asir la verdad de los hechos y atribuirles consecuencias jurídicas, que por tanto una única fuente legal que defina el procedimiento sancionador de las distintas áreas de la administración es inidóneo, y que así mismo los principios formativos de la ley de procedimiento administrativo no son suficientes en relación con el uso de la potestad punitiva del Estado.

Ahora corresponde dar cuenta de las normas regulatorias de la prueba, que afectan el conocimiento de la verdad por medio de la identificación de los hechos a probar, del modo de probarlos, el valor de los elementos probatorios, y del estándar de convencimiento para declarar un hecho como cierto.

Abordaremos esta sección estableciendo los conceptos aplicados en la regulación de la prueba, con la prevención para luego contrastarlos con el procedimiento sancionatorio de la Superintendencia de Valores. Con la prevención de que la mayoría de las veces se trata más bien de nociones que de conceptos, que no están del todo asentadas en la doctrina nacional.

Como última advertencia aclaremos que las reglas procesales reguladoras de la prueba por un lado instauran el criterio para establecer que un hecho es cierto, y por otro,

⁵⁶ TARUFFO (2002B), p.110.

⁵⁷ DAMASKA (1986), pp. 169 y ss.

distribuyen las modalidades de decisión ante la imposibilidad de determinar una hipótesis mediante prueba, en ambos casos intervienen criterios normativos epistémicos y extra epistémicos, siendo imperativo ver la diferencia entre unos y otros, para distinguir en qué casos prevalece la interrogante acerca de la verdad y cuando se impone un bien superior.

i. Modelo adversarial e inquisitivo

En el procedimiento judicial penal la construcción del elemento fáctico que funda una pretensión por una de las partes ya sea el Ministerio público o el imputado se da con un propósito particular (es decir, está determinada por el contexto situacional, funcional y subjetivo con que se produce), que además viene filtrado por los estándares de relevancia jurídica (selección normativa) y por la relevancia lógica (aceptabilidad como premisa para un argumento o contra argumento en un modelo inferencial) que estime la parte que lo aporta, asimismo de influir criterios culturales, sociales, de semántica, y psicológicos para la selección del enunciado.

En este contexto el juez recibe diferentes versiones de los hechos, en cuanto se enuncian con fines distintos, luego la posición estratégica que adopte la parte que formula un enunciado afectará el contenido del mismo. En otras palabras, para las partes la prueba tiene una función persuasiva.

Por otro lado, la posición del tercero que juzga los enunciados fácticos es siempre la misma, la prueba que recibe de ambas partes tiene por finalidad resolver la incertidumbre que se produce sobre la verdad o falsedad de los enunciados que le han proporcionado, allí se encuentra el instrumento de falseamiento de los enunciados.

Para el juez o el órgano resolutorio la prueba tiene una función epistemológica, le permite acceder a los antecedentes del caso. La obligación de fundamentación de la sentencia muestra cómo se cumple la función de epistémica de la prueba, ya que el juez tendrá que retratar aquellos elementos que consideró como hechos de la causa, debe dar evidencia del razonamiento por el cual llegó a admitir como verdadero los enunciados fácticos que le permitieron la aplicación del derecho.

Advirtamos que los hechos procesales que debe considerar verdaderos son distintos de los hechos penales en que funda la sentencia, más bien los hechos procesales son los cimientos sobre los que se construye el hecho penal como presupuesto para la aplicación de la pena.

Para la integración de estos intereses en sede jurisdiccional se han erigido dos modelos antagónicos en que por una parte el juez es quien conduce el proceso conocido como modelo inquisitivo regido por el principio de oficialidad, y por otra parte aquel en que las partes mediante su actividad en el procedimiento dan impulso al proceso, denominado sistema adversarial y regido por el principio de aportación de parte. Estos modelos suelen asociarse a formas procesales adecuadas para cuestiones de orden público o de orden privado respectivamente, pero lo cierto es que formas puras de estos

son más bien hipótesis pedagógicas, en la realidad ambos modelos se complementan sistemas que operan en ambas ramas del derecho.

Más allá de los efectos que uno u otro puedan tener en la fase investigativa mencionadas en la sección anterior, nos interesa destacar su relevancia en la etapa probatoria, sobre la idoneidad de cuál modelo es aplicable para los procedimientos que involucran sanciones penales ha habido una lata discusión en la doctrina, que no corresponde abordar aquí más que para apuntar que son discusiones estructurales en el diseño de un procedimiento, la carga discursiva con que se aportan los hechos, las presunciones de veracidad sobre los enunciados que se sostienen en estas, y la rigurosidad que se exige sobre las mismas, son cuestiones que se han tratado minuciosamente para los procesos judiciales⁵⁸, la interrogante que nos hacemos es si en el procedimiento administrativo ocurre lo mismo.

En efecto una de las problemáticas que se suele obviar es el hecho de el procedimiento de instrucción por el cual se investiga y posteriormente se decide la procedencia de una sanción administrativa, no ha sido diseñado con miras a la aplicación de un mal al particular fiscalizado, la ley de bases del procedimiento administrativo no ha presupuestado la integración de estos intereses en la consecución de los actos que llevara a la resolución, por el contrario el interés del administrado que tiene la ley en cuenta es la necesidad de la resolución en sí misma (en este sentido se han reconocido los principios de celeridad, eficacia y eficiencia del proceder de la administración), sin embargo como ya hemos mencionado los principios garantistas que la jurisprudencia y la doctrina han estimados aplicables a este sistema precisamente se fundan en estas preocupaciones, de este modo el procedimiento administrativo figura como un modelo intermedio, en que si bien es la administración quien lleva el impulso del proceso el administrado puede incidir en él, particularmente en las etapas probatorias, así las reglas de carga de la prueba aquí cobran relevancia y por cierto el objeto de la prueba.

ii. Objeto de Prueba

Este es un concepto ambivalente, hay autores que consideran al hecho mismo como el objeto de la prueba, esto da a entender que la prueba sirve para establecer la verdad fáctica, pudiendo hacerse el distingo entre verdad procesal y verdad material, esta última correspondería a lo que ocurrió efectivamente y aquella lo que se pudo determinar a partir de las pruebas.

El objeto de prueba también se puede entender como el hecho delimitado por la norma positiva que valora una conducta como jurídicamente relevante, por lo tanto es la ley la que determinará el ámbito que será objeto de la actividad probatoria, así quedaría condicionado el objeto de prueba a las normas que determinan la relevancia

⁵⁸ Tengamos presente por ejemplo la presunción de legalidad que revisten los actos administrativos por disposición legal, ligado a la necesidad de fundamentar dicho acto y a los supuestos fácticos considerados como verdaderos que debe expresar para ser válido.

de un hecho para dar cuenta de que un enunciado sea verdadero (esto es las normas de relevancia, pertinencia y que dan la calidad de jurídico a un hecho)⁵⁹.

Para otros autores el objeto de la prueba puede ser identificado con un aspecto de la satisfacción del *dubium* del proceso penal, esto es en la discusión sobre la derrotabilidad de la presunción de inocencia⁶⁰. De este modo el objeto de prueba son aquellos hechos que puedan satisfacer los requisitos de tipicidad y culpabilidad.

A propósito de la prueba en sede administrativa, el objeto de prueba se ha definido como “los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución”, siempre con el matiz de ser sólo aquellos relevantes para tal finalidad, es decir, aquellos que justifican los supuestos de hechos en que se funda la resolución y no todos los hechos del caso como podría sugerirse en sede penal⁶¹.

Cualquiera sea el modo en que entendamos el objeto de prueba estará determinado por la relación funcional de la prueba en el proceso, la que puede radicarse en las consecuencias jurídicas que emanan de la sentencia o resolución administrativa en que este concluye, ya sea como la aplicación de una pena o de una sanción administrativa; tornándose, el objeto de prueba, en aquellos hechos relevantes para tomar una decisión, según lo que se esté argumentando, en el procedimiento mismo.

Si aceptamos esto, llegaremos a la conclusión de que no podríamos concebir el objeto de prueba con un elemento probatorio determinado, sino que ha de ser siempre determinable, hallándose la determinación en el elemento normativo a probar, que sería “el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión” y que está dado por las reglas de relevancia jurídica.

De este modo podemos entender el Objeto de prueba o “el hecho del que la prueba ofrece la demostración o confirmación”⁶², como argumento para la función discursiva de la sentencia, manteniendo la diferencia entre prueba como medio o “instrumento epistemológico” es decir, como elemento material por el cual se conoce un hecho, y como resultado o “argumento epistemológico” o lo que es lo mismo, como fundamento de verdad sobre el que se basa la sentencia (que no es lo mismo que prueba como instrumento persuasivo como la podría usar una de las partes, puesto que como “argumento epistemológico” no basta la certeza del juez, sino que requiere una correspondencia con la verdad que asegure la aceptabilidad de la sentencia por la sociedad toda).

Nótese que el concepto de hecho en sentido procesal, como objeto de prueba, no es idéntico al hecho delictivo, ya que pese a que el contenido de relevancia del hecho procesal viene dado por la norma penal aquel sólo “debe decir del objeto fáctico que ha de ser objeto de juzgamiento jurídico-penal” de modo que no afecte la movilidad

⁵⁹ TARUFFO (2002A), p. 89.

⁶⁰ NIEVA (2013), p. 28-35, 61 y ss.

⁶¹ MANZANO (2013), p. 9 y ss.

⁶² TARUFFO (2002A), p. 445.

que requiere el juez para aplicar el derecho, el juez pretende llegar al conocimiento de la verdad sobre los hechos para poder aplicar el derecho, pese a que la relevancia de los hechos viene dada por las consecuencias que derivan del derecho aplicable a ellos, la configuración normativa de la relevancia del hecho debe dar espacio para la reconfiguración de la norma sobre el contenido fáctico⁶³. En la etapa probatoria al menos la pertinencia del hecho está relacionada con el hecho delictivo, en la sentencia, debe haber correspondencia. Esto mismo ocurre en los procedimientos administrativos, aunque no hay mayor abundamiento sobre el concepto de hecho en esta área, el hecho del proceso administrativo habrá de diferenciarse del hecho del ilícito administrativo, el hecho del proceso es aquel que se conoce por los medios de valoración de la prueba y se determina como hecho de la causa según el estándar de prueba aplicable, este hecho en relación a una argumentación jurídica constituirá las bases para determinar si hubo hecho ilícito, el cual a su vez fundamenta la resolución administrativa.

Por ejemplo en el caso Cascada podríamos determinar cómo hecho probatorio:

a) la existencia de una serie de operaciones bursátiles que en su conjunto constituyen un “esquema”, en la medida que la SVS demuestre que dichas transacciones efectivamente se realizaron y constituyeron el “esquema”, mediante la presentación de las pruebas (como los documentos o registros de operaciones, alzas o bajas del precio de la acción⁶⁴) que acrediten que esos hechos acontecieron y la argumentación de porqué ellos (y sólo ellos) constituyen un “esquema” y otros hechos (en sentido probatorio) no lo hacen (que es precisamente la prueba y el estándar de prueba aplicado), se podrá argumentar que se ha configurado una infracción a la ley de mercado de valores por una manipulación bursátil ya que el “esquema” es un hecho que se configura para el ilícito, debiendo ahora fundamentar porqué este constituye un hecho (en sentido administrativo) de aquellos que establece el artículo 162 de la LMV, o la norma aplicable de la que derivó el tipo administrativo que está sancionando (lo que se hará mediante los criterios de razonabilidad en que se funda su decisión, que vienen dado por el sistema valorativo determinado para este sistema).

El concepto de hecho pertinente, como aquel cuya demostración de existencia aparezca como de influencia para la decisión de la causa, da cuenta de que su naturaleza

⁶³ MAÑALICH (2011), p. 156.

⁶⁴ En la argumentación de la SVS se les denomina patrones, el problema de llamarlos así es que precisamente esconde el elemento probatorio del elemento argumentativo, los registros y datos que indican las transacciones que se hicieron en la bolsa son las pruebas, cual cantidad de dichos datos deben aportarse para darlas por acreditadas es materia del estándar probatorio utilizado, esto siempre queda relegado a una discusión sobre hechos; otro tema es el de poder constatar patrones sobre esos hechos, esta labor consiste en dar una apreciación sobre ellas, las reglas de valoración de la prueba aplicables determinarán si las pruebas aportadas son suficientes para que el ente conocedor pueda determinar que pueden entenderse como patrones; a su vez la determinación de que hubo patrones junto con el aspecto volitivo de esas conducta (que deberá probarse mediante otros hechos, por ejemplo el conocimiento de las partes, su intervención en estos hechos, etc.) determinara que este nuevo hecho (en sentido administrativo) denominado esquema, junto con los otros hechos (en sentido administrativo), constituyen una infracción a la ley, nótese que tanto el hecho administrativo o penal como el hecho probatorio, se construyen en el proceso, la diferencia es que mientras que el hecho probatorio se construye a partir de la prueba que se rinde el hecho administrativo o penal se construye sobre la base de los hechos probatorios que se dieron por acreditados.

funcional, por cuanto depende de la decisión que se esté tomando. En sede penal esta relación es más o menos clara ya que se puede orientar hacia una conducta típica, los hechos (en sentido penal) que pueden servir de base para argumentar que se ha realizado esa conducta típica son los que se deberán probar con hechos (en sentido procesal). En sede administrativa por el contrario no se da esa correlación, dado que la idoneidad de un hecho (en sentido administrativo) para ser considerado como constitutivo de un acto ilícito, depende no tanto de una descripción típica de la conducta (que podría no coincidir)⁶⁵, sino más bien de la política pública perseguida por el ente, luego los hechos (en sentido procesal) serán determinados según el argumento que del órgano sancionador para aplicar una sanción, ello empero no obsta para que se pueda aplicar un estándar probatorio objetivo para dar cuenta del hecho (procesal) tenido por acreditado, ni que se pueda tener un estándar subjetivo de racionalidad para dar cuenta del hecho (en sentido administrativo) que fundamenta una sanción.

En sede administrativa el hecho probatorio está determinado por las conductas que la administración considera infracciones a la ley, dado que no hay un elemento normativo que determine qué es lo que se debe probar, sino que la norma constituye un campo sobre el cual la administración gravita, pudiendo por ejemplo considerar lesivas conductas que no están calificadas de ilícitos en la norma pero que atentan contra los presupuestos sobre los que la norma se funda. En definitiva el hecho infraccional consistirían en las conductas que van contra el sentido de la norma y el hecho probatorio por tanto sería el conjunto de premisas fácticas que se deben corroborar para dar cuenta del hecho infraccional, donde el hecho infraccional y por tanto el hecho de prueba quedan determinados por la administración. Entendiendo el sentido de la norma como el cúmulo de expectativas que se deducen de una disposición legal en relación con los principios jurídicos que la fundamentan.

Sin duda esto pareciera abrir una enorme puerta a la discrecionalidad de la administración, pero si se entiende que el procedimiento administrativo cumple un rol de implementación de políticas del Estado, no es tan extraño, ya que la legitimidad de esta actividad queda relegada a las facultades que le otorgó la ley que la constituye y los propósitos con que se erige, en particular al bien jurídico que tutela⁶⁶.

El problema de no tener claro el objeto de prueba en sede administrativa se relaciona más que todo con el principio de legalidad y tipicidad (a nuestro juicio este último es el principio más controvertido, porque su aplicación exigiría una rigidez disfuncional para las superintendencias, sobre todo en el área de mercado de valores, por el contrario se ha constituido como un requisito infranqueable para el derecho penal, aunque en

⁶⁵ En tanto tipicidad, el hecho administrativo no exige que haya una conducta típica sino que a la administración le basta que la ley imponga un deber que haya sido incumplido para sancionar, luego es la propia administración la que determina que una conducta (en el caso concreto) constituye un hecho administrativo punible, la prueba está a dirigida a acreditar que tal conducta sucedió luego los hechos probatorios se dirigen a probar la conducta, en cambio la argumentación de que tal conducta constituye una infracción es una argumentación de orden jurídico y no de hechos. Van Weezel (2011), p163.188.

⁶⁶ DAMASKA (2000), p. 258-259.

el contexto de los delitos económicos esto sea cuestionable). En el mercado de valores los ilícitos penales ya están enunciados de manera amplia, el hecho de que la administración pueda imponer sanciones probando conductas que ella misma delimita como infractoras de la ley, incumbe también al principio de presunción de inocencia, en cuanto puede generar problemas de error de prohibición por parte del administrado.

iii. Carga probatoria

Las reglas de la carga de la prueba son aquellas que permiten responder al evento de incertidumbre de modo alternativo al *non liquet*⁶⁷, permitiendo tomar una decisión mediante la subjetivación de la consecuencia de la incertidumbre⁶⁸, se entiende de este modo como la regla que señala cuál de las partes es la que debe probar determinado hecho, asumiendo la consecuencia negativa que deriva de su omisión, al verse el juez obligado a tenerlo como no existente. Es de este modo una regla de distribución de error en caso de desconocimiento de la verdad de un hecho, debiendo soportar la consecuencia jurídica de dicha incertidumbre el individuo que determine la norma jurídica aplicable.

Se puede considerar que en el proceso penal es el Estado quien soporta toda la carga probatoria, como respuesta a la asimetría de posiciones entre el acusador y el acusado, o desequilibrio estructural entre las partes⁶⁹. Sin embargo, si se considera el origen de la carga probatoria ligada a la doctrina del *onus probandus* del derecho privatista esta afirmación se relativiza, ya que no queda del todo claro si se puede entender bajo este esquema la aplicación del *ius puniendi* del Estado, en rigor pareciera que un procedimiento de esta clase tiene mayor relación con la indagación sobre la verdad de los hechos, no pudiendo tolerarse un modelo de distribución de cargas. En efecto, la teoría de origen privatista descarga la responsabilidad de probar los hechos al tribunal redirigiéndola a las partes, bajo la lógica de que si son ellas quienes conocen la realidad, deben colaborar en el proceso en igualdad de condiciones, así se responde a las situaciones de incertidumbre probatoria mediante el mecanismo de responsabilidad sobre las aseveraciones en que fundaban sus pretensiones, es decir como sistema de reparto de cargas, quien pueda aportar la verdad debe hacerlo de lo contrario acarrea la consecuencia jurídica negativa de no hacerlo. El problema es que en el derecho público la prohibición al juez de *non liquet* y su responsabilidad por ella no se puede descargar en las partes, aun cuando una de ellas sea el Estado, sino que éste debe cumplir íntegramente con su función, la cual es determinar la verdad sobre el hecho, base sobre la cual podrá atribuir una consecuencia que resuelva el conflicto⁷⁰.

La teoría de cargas probatorias implica tomar una decisión sobre la presentación de hechos más probables, mientras que en el proceso penal se exige el conocimiento de

⁶⁷ O el deber de fallar ante el caso de que no haya claridad sobre lo acontecido.

⁶⁸ TARUFFO (2002a), p. 247.

⁶⁹ TARUFFO (2005), p. 117.

⁷⁰ NIEVA (2012), p. 37 y 68.

la verdad, como se verá al momento de analizarlo en cuanto estándar de prueba. Esto por cuanto el proceso penal pese a fundarse en el principio de adversativo no consiste en una contienda acerca de quien presenta una prueba más convincente, sino que en determinar si hay o no razones suficientes para condenar. De modo similar, en el procedimiento administrativo, no se presenta un modelo de contienda entre partes, la administración en virtud de sus potestades fiscalizadoras detecta desviaciones en la conducta regulada dentro de su ámbito de competencia y los investiga, luego decidiendo si dicha desviación es de aquellas que se desajustan al orden normativo aplica una sanción en virtud de su potestad sancionatoria, para corregir dicha desviación. No hay que confundir la posibilidad de los administrados de presentar sus descargos a la administración con una controversia, sino que esta facultad derivada del derecho a defensa viene a complementar la actividad fiscalizadora de la administración para el ejercicio posterior de su facultad sancionadora. En estricto rigor su derecho a defensa y la controversia de la sanción sólo vendría a darse en una etapa posterior si es que el formulado de cargos decide interponer una acción en tribunales, de allí el que no haya cosa juzgada en sede administrativa. Esto en el contexto de las Superintendencia de Valores y Seguros se observa en el artículo 45 y 46 del DL 3538, que dan cuenta de la facultad de los formulados de cargos de reponer ante la superintendencia, con el fin de aportar nuevos antecedentes, y ante la Corte de Apelaciones como reclamación contra los actos de la administración.

Si observamos el estándar de prueba de un procedimiento administrativo sancionador a la luz de la finalidad con que se ideó ese procedimiento, esto es imponer un castigo ante el desvío de conducta de un individuo respecto de las expectativas asentadas en el cuerpo normativo del que emana dicha potestad, entonces nos podemos percatar que dicho estándar probatorio, se debería parecer más al estándar aplicado en un modelo de procedimiento investigativo como el de los antiguos procesos penales (que también se recoge en el estándar de prueba de los procedimientos penales de tipo adversarial) más que a un modelo adversarial como el de los procesos civiles, por que como dijimos previamente, no basta atribuir la existencia de un hecho simplemente porque la administración tenga más prueba, sino que es requisito que está demuestre que efectivamente hay hechos a los cuales atribuir consecuencias jurídicas. Pese a ello, no es menos cierto que observando la misma función del procedimiento, el estándar probatorio, en razón de los requisitos de eficacia y eficiencia del actuar de la administración (en la especie, definidos por el artículo 9º de la ley de procedimiento administrativo) no se ajusta al estricto estándar del sistema penal, el desgaste del aparato administrativo en perseguir este tipo de conductas debe equilibrarse con la finalidad preventiva que cumple en relación con los bienes jurídicos protegidos, desde esta perspectiva la proporcionalidad entre la gravedad del daño que el ilícito significa para el derecho, las facultades entregadas a la administración para prevenir estas situaciones y las sanciones que se pueden aplicar a los administrados por la misma, tienen directa relación con la medida de certeza requerida para evaluar los hechos que eventualmente constituirían dicha conducta.

Otra crítica al concepto de carga de prueba viene dado por la redundancia con el principio de presunción de inocencia en su doble formulación, como supuesta carga probatoria y como estándar probatorio, lo que lleva a que o bien no quede claro en qué consistiría tal carga o peso de la prueba, o bien que devenga irrelevante por ser suficiente el estándar probatorio⁷¹. Sobre este aspecto no hay mucho que decir, en la medida en que consideremos que no corresponde un sistema de distribución de cargas, podemos fácilmente aceptar que el problema de distribución del error se radica puramente en el estándar probatorio, lo que lleva a tener aún mayor interés en determinar cuál es el estándar en sede administrativa, sólo para tenerlo presente recordemos que esto significa preguntarnos en qué medida se ha aportado prueba suficiente para determinar que un hecho ha acontecido, y no en qué medida un hecho determinado como tal es suficiente para resolver una sanción, puesto que la distribución del error radica en la falta de claridad sobre un hecho y bajo ningún motivo sobre la falta de racionalidad de una decisión, que es inadmisibles en nuestro sistema, ya sean en lo jurisdiccional por el deber de fundamentar la decisión o en lo administrativo por el deber de fundamentar la resolución, en ambos casos quedan sujetos al deber de no actuar de manera arbitraria⁷².

Más allá de estas observaciones, la carga de la prueba en materia de proceso penal se suele entender como una manifestación del principio *in dubio pro reo*^{73 74}, y que como tal impone la obligación al Estado de probar todos los hechos necesarios para acreditar los cargos imputados. Penalmente esto recae en el Ministerio Público, administrativamente en el área de Mercados de Valores en la Superintendencia de Valores y Seguros.

Nos debemos preguntar si es efectivo que la carga probatoria quede radicada en la administración, sobre todo en cuanto los elementos normativos que se han vulnerados y el modo de hacerlo. Al tratarse de vulneraciones a la ley de mercado de valores, las tipificaciones de los delitos de los títulos VIII, XI y XX deberían entregar pautas sobre los hechos que el Estado debe probar. Sin embargo, dado la amplitud con que se han descrito las conductas ilícitas, el Estado se ve compelido a desarrollar una actividad probatoria demasiado exigente, lo que ha llevado finalmente a que prácticamente no hayan sentencias condenatorias.

Por el contrario, en sede administrativa proliferan las sanciones ya no sólo fundadas en las disposiciones citadas sino también, en nociones genéricas de lo que se podría entender una vulneración a la ley, las cuales se complementan no solo con disposiciones de orden legal sino también con otros cuerpos normativos privados, como por ejemplo los reglamentos de las Bolsas y los códigos de Internacionales de transacciones de

⁷¹ LAUDAN (2013), p. 164.

⁷² Esto se puede argumentar en relación de los mandatos que emanan directamente de la Carta fundamental como un requisito de la esencia para la limitación del ejercicio de los derechos y luego desde los subsistemas procesales civiles o penales CPP y CPC o administrativos por medio de la ley 19.880 y 18.575. En este sentido es fundamental tener presente el art. 41 inciso 4º de la L.19.880

⁷³ HORTIVIZ y LÓPEZ (2004b), p.154.

⁷⁴ REYES (2012), p. 231.

valores. Así por ejemplo, se han dado numerosos casos en los que la cuestión discutida es la calidad de información privilegiada de determinada comunicación o documento en razón de las descripciones de los artículos 164 y 165 de la ley, la prueba sobre la divulgación de estas como infracción a la regulación del Mercado de Valores empujaría a la administración, pero la incertidumbre que se ha generado sobre estos hechos ha llevado muchas veces a que se impugne una resolución ante los tribunales ordinarios, los que para efectos de la valoración de la prueba citan preceptos civiles que distribuyen el *onus probandi* al que alega los hechos, sin perjuicio de que este razonamiento concluya en reconocer que tales valoraciones competen a la primera instancia que identifican con la fiscalía, se puede observar como se ve diferenciada el criterio de carga probatoria respecto de la sede penal⁷⁵.

iv. Valoración probatoria

Las reglas de valoración de la prueba dicen de la identificación valorativa del hecho⁷⁶, es decir, de la discusión acerca del criterio de selección de elementos probatorios que hacen que los enunciados fácticos se tengan por reconocidos. Respecto de esta noción, tenemos los problemas relativos a la exclusión de prueba y de las diferencias entre los modelos de corrección en materia penal y civil, y por consecuencia de la sede administrativa.

Respecto de la exclusión de prueba, entendamos que la discusión queda relegada a lo dicho sobre el objeto de prueba, como hemos visto la valoración de la prueba recae sobre toda la prueba rendida en la instrucción del procedimiento administrativo, excluyéndose únicamente aquella que ha sido considerada improcedente o innecesaria por el instructor (art. 35 final) o bien que hayan sido excluidas por ser prueba ilícita, sin perjuicio de que la exclusión por improcedente o innecesaria debe hacerse bajo resolución fundada del instructor del procedimiento. El examen de licitud de la prueba no tiene regulación, por lo que el mismo instructor puede hacerlo o bien puede dejarse al criterio del órgano resolutorio, en cuyo caso igualmente entraría en conocimiento de la prueba. En el modelo penal, sólo se puede valorar la prueba rendida en el juicio oral, guardándose el criterio de legalidad y pertinencia de esta al juez de garantía, como mecanismo para asegurar la imparcialidad y el resguardo de las garantías fundamentales. El objeto es que el órgano investigativo no se vea tentado a infringir garantías fundamentales para conseguir prueba ya que esta quedaría de todos modos fuera del conocimiento del sentenciador, reiteremos que esto es una decisión política que valora el respeto a los derechos fundamentales por sobre la certeza epistemológica que pueda aportar ese tipo de diligencias. Del mismo modo los criterios de sobreabundancia de prueba o impertinencia atienden a estándares de exigencia sobre el órgano acusador y

⁷⁵ Corte Suprema Gazitúa Achondo, Luis c/ Superintendencia de Valores y Seguros (2014): 14 de abril de 2014 (reclamación de multa-recurso de casación), Rol N°1625-2013, en página electrónica de microjuris MJJ37355. Considerando segundo.

⁷⁶ TARUFFO (2005a), p. 128.

no dicen relación con la búsqueda de la verdad en la instrucción, más allá de tener en cuenta que son obstáculos extra epistémicos a este propósito no cabe mayor reparación, es una cuestión relativamente pacífica en la doctrina procesal que se ha considerado como un triunfo de los modelos procesales modernos en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto a los modelos de valoración de la prueba propiamente tal, clásicamente se distinguen los modelos de prueba legal tasada y los de libre valoración, aquellos requieren una norma legal que establezca cuando una prueba puede tenerse por acreditada, cierta o verdadera con independencia de la convicción del ente decisor; estos últimos a contrario sensu se pueden definir como “la operación intelectual encaminada a determinar la eficacia que debe otorgarse a los medios de prueba practicados, según se aprecie su credibilidad o verosimilitud, para acreditar los hechos relevantes del procedimiento”⁷⁷.

Existen tres sistemas de valoración que se han desarrollado históricamente, en primer lugar el sistema de íntima convicción, o “aquel caracterizado por la inexistencia de toda norma legal tendiente a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, y que no impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que lo han motivado”⁷⁸, luego el de prueba legal o tasada, nacido como respuesta a la discrecionalidad de los jueces ha definido como “aquel sistema que regula legalmente el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, imponiéndole la obligación de fundamentar sus sentencia sobre la base de razonamiento lógico fundado en el estricto respeto a dichas reglas”⁷⁹. Y finalmente como un sistema intermedio el de libre convicción o sana crítica⁸⁰ “aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

En tanto pautas de actuación para el ente administrador la actividad de la Superintendencia se rige por el modelo de la apreciación en conciencia (artículo 35 inciso 1º L.19.880). ¿En qué consiste este modelo?, lo cierto es que esta no es una terminología transparente, pareciera que otorga al decisor la facultad de dictaminar una resolución según sus esquemas internos de razonamiento, sin embargo por hermenéutica el artículo 35 debe ser entendido como sistema de la libre convicción o sana crítica, dado que el artículo 41 inciso 4º del mismo cuerpo legal impone la exigencia de fundamentación de la decisión a la administración, entonces, si entendemos que una decisión fundamentada es aquella que haciendo explícitas las razones y hechos que la han motivado no contradicen los cánones de la lógica, las máximas de la experiencia

⁷⁷ MANZANO (2013), p. 58.

⁷⁸ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p.148.

⁷⁹ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p.146

⁸⁰ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 150

y los conocimientos científicamente afianzados, el sistema de valoración por el cual se da cuenta por qué los hechos fueron tenidos como acreditados, requiere al menos un criterio intersubjetivo para acceder a tales razonamientos; lo que se ajusta además a los requisitos de racionalidad del sistema, necesarios para la implementación del régimen de recursos que consagra la ley. El Código Procesal Penal por su lado recoge explícitamente el sistema de libre convicción en el artículo 297 Código Procesal Penal.

Pese a esto es discutible el alcance del sistema de libre convicción en materia administrativa, dado las aplicaciones subsidiarias del Código Civil que incorpora el sistema de prueba tasada para la aplicación de presunciones en el proceso inductivo del sentenciador (art. 1698 y siguientes del Código Civil). Aunque como se sabe el principio de presunción de inocencia en sede penal, excluye la posibilidad de que el juez pueda presumir hechos imponiéndose la exigencia de probar todas las cuestiones de hecho que sirvan de base para su razonamiento, salvo los hechos públicos y notorios, siempre queda abierta la posibilidad de realizar pruebas indiciarias, estas son “aquella en la que a partir de un hecho base completamente verificado (es decir, demostrado por cualquier medio de prueba directa o admitido por una parte y reconocido como verdadero por la otra), que es denominado “indicio”, se llega a un resultado: la convicción de la certeza de otro hecho distinto, el llamado hecho consecuencia o presunción”⁸¹.

En sede administrativa, no queda claro la posibilidad de aplicar presunciones para dar por acreditados algunos hechos, por ejemplo se ha requerido se acrediten como factores de convicción para aplicar presunciones los requisitos de precisión, gravedad y concordancia del hecho para que pueda constituir una presunción judicial, en impugnaciones en sede civil de multas administrativas^{82 83}.

Asimismo, tenemos los problemas de la credibilidad de las pruebas vinculadas a cadenas de prueba, es decir, la acción de valorar un elemento probatorio en razón de otro elemento probatorio, para poder dar por cierto un hecho, la pregunta es ¿cuál es el límite o punto de corte de la cadena en que no se admiten más elementos? Ninguno de estos temas ha sido tratado en sede administrativa, aunque para ser justos en el área penal tampoco hay mayor tratamiento en la materia.

v. Estándar de Prueba

El estándar de prueba genéricamente entendido se refiere tanto al grado de conocimiento o certeza que requiere el magistrado o ente administrador, para alcanzar la convicción de que un hecho debe darse por acreditado, y como al umbral de

⁸¹ MANZANO (2013), p. 41.

⁸² Corte Suprema Solari Falabella y otro c/ Superintendencia de valores y Seguros (2013) 9 de diciembre de 2013 (reclamación de multa-recurso de casación): Rol N° 19.712-2013, en página electrónica de microjuris, MJJ36657, considerando tercero.

⁸³ Corte Suprema Toro Bosay, Luis c/ Superintendencia de Valores y Seguros (2013): 10 de enero de 2013 (reclamación de multa-recurso de casación): Rol N° 5048-2012, en página electrónica de microjuris, MJJ34180, considerando décimo tercero y ss.

suficiencia para considerar un hecho como probado⁸⁴. Su relación con la valoración de la prueba radica en que aquellas reglas determinan los criterios que el juez tomará para aprehender los elementos probatorios, corroborando los elementos que aportan las partes con los estándares de pertinencia, de modo que “se expresan en inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas”⁸⁵ o sea permiten identificar las proposiciones de hechos que entregan las partes y asignarles un determinado peso probatorio o fuerza. El estándar probatorio por su parte indica si el conjunto de prueba ya valorada resulta suficiente para eliminar la duda sobre la que se plantean dichas proposiciones.

En cuanto a grados de estándares probatorios se plantean dos grandes grupos, ellos oscilan en una línea que va desde el umbral de la incerteza asociada en términos de probabilidades a 0,5 y los que se acercan a la certeza total que se representa con la magnitud de 1; una certeza de menos que 0,5 no puede ser considerado un estándar probatorio, por que indicaría que asumiremos como verdadera la hipótesis menos probable, es decir la que con menos certeza se representa.

Aplicado a los criterios de distribución del error ante el evento de llegar al non liquet, los primeros se pueden homologar a los criterios de preponderancia de prueba (onus probandi) y aquellos que exigen mayor certeza como los utilizados en los procedimientos ius publicistas.

Desde una perspectiva más crítica el estándar de prueba se evidencia como término abierto, ya que puede referirse por un lado al grado de convencimiento que se requiere para dar por acreditado un hecho, o a la aceptabilidad necesaria para el mismo propósito.

En materia penal se ha desarrollado el estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable”, como una medida cercana a la exigencia de certeza total, o una distribución de error preponderante para la determinación de que un hecho es verdadero.

Numerosas han sido las críticas que se le hacen a este criterio, Laudan por ejemplo entiende el estándar probatorio como un mecanismo para disminuir y distribuir el error en el proceso jurisdiccional, partiendo de la base de que el error es inevitable en cualquier modalidad de investigación humana, y que en el proceso judicial se persigue el conocimiento de la verdad. Asume que los parámetros epistémicos que regulan la prueba deben apuntar a reducir dicho error y luego a distribuirlo según las consideraciones políticas que implique la sentencia. Así lo define como el estándar para condenar, en función de los rasgos de la teoría del caso requerida para hacerlo, luego se puede redefinir como “el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar

⁸⁴ Nótese que por un lado se explica desde una perspectiva interna del juez en un juicio de convencimiento acerca de la certeza o no de un hecho, y por otro lado se explica de una perspectiva externa en la que hay reglas de peso probatorio que inclinan hacia un lado u otro de la balanza la comprobación del hecho. LARROUCAU (2012), p. 792 y ss.

⁸⁵ ACCATINO (2011), p. 485.

que una hipótesis ha sido probada”⁸⁶ según esto el umbral, puede medir su eficiencia por el porcentaje de sentencias falsas (erradas o injustas) que logre excluir. Dado que una sentencia falsa puede ser condenatoria o absolutoria el estándar debe distribuir el error de ambos casos. Por ello entiende que el estándar probatorio en materia penal definido bajo la sentencia “de más allá de toda duda razonable”, no es un estándar de prueba propiamente tal^{87 88}.

Para la administración el estándar de prueba aplicable se presenta como una pieza de control en todo el procedimiento, significara primero que todo un estándar de cuidado en la etapa de instrucción, pues es el grado de suficiencia necesario que deberá alcanzar para dar por acreditado un hecho, en consecuencia el punto de referencia sobre el cual prepara la prueba con que funda su decisión. Por otro lado es un criterio de suficiencia para considerar si un hecho acaeció o no, ante el fenómeno de escases de prueba, y un criterio de desempate cuando hay pruebas contradictorias de los hechos que se pretenden acreditar. Y esto significa un criterio tanto epistemológico como deliberativo, finalmente es la raíz terminal para el razonamiento de la resolución, siendo el fundamento de existencia de los hechos argumentados.

En el derecho penal chileno, el estándar de prueba tomado directamente del modelo anglosajón es “más allá de toda duda razonable”⁸⁹. En el derecho administrativo, la ley de procedimientos administrativo no contempla un estándar probatorio, en materia de mercado de valores tampoco hay alguna norma que se refiera a él, y aun cuando admitiésemos que el principio de inocencia (del que se deriva este duro estándar de prueba) tiene cabida en el derecho administrativo en función de la aplicación del poder punitivo, el límite funcional de los principios administrativos que matizan la concreción de los principios penales, se transforma en una barrera paradigmática para establecer las diferencias entre una y otra disciplina del derecho, haciendo prácticamente imposible la aplicación del estándar penal, por cuanto atentaría contra la dinámica necesaria para la efectividad de la labor administrativa.

En efecto, casi todas las reglas del derecho procesal penal se construyen alrededor del principio de inocencia, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” es la manifestación clásica de esta, y sin duda la más estricta. La relación del estándar probatorio penal y administrativo puede ser considerada como una bisagra que medie

⁸⁶ LAUDAN (2013), p. 104.

⁸⁷ LAUDAN (2005), p. 99 y ss.

⁸⁸ En este aspecto, Stein considera que el peso probatorio de una prueba que respalda un hecho probatorio debería estar dado por criterios normativos, el autor sostiene que la doctrina de libertad de prueba, (aquella que deja el peso probatorio y el estándar de prueba como algo meramente epistémico y por tanto delegable en el juez y sus capacidades cognitivas), sería contraria a la racionalidad jurídica, ya que se basa sobre fundamentos errados, en particular la hipótesis de que el peso de la prueba puede dejarse a criterios meramente epistemológicos que omitan la distribución del error (de determinación del hecho probado), quedaría invalidada por el hecho de que en el proceso escasea la prueba, su argumento es que este déficit de información podría cambiar la decisión sobre un hecho y por tanto sobre la sentencia, que ese riesgo se deja a criterios de argumentación como probabilidad de certeza de lo probado cuando en realidad consisten en decisiones sobre suficiencia de la prueba aportada. (2013), p. 249 y ss.

⁸⁹ HORTVIZ y LÓPEZ (2004b), p.154-155.

la diferencia cuantitativa entre el grado de intervención de una y otra disciplina. Por otro lado, incluso como potestades cualitativamente diferentes el estándar probatorio debe tener una relación coherente entre ellas en función de la cualidad de última ratio del derecho penal. Esto quiere decir que el estándar probatorio de la administración a priori debe ser menor que el del derecho penal, en función del tipo de sanción y de la razón de calificación de los criterios de protección que elevan una actividad a una u otra instancia.

La interrogante sobre que estándar probatorio debe aplicarse en esta sede no es trivial, en efecto si entendemos la propiedad discursiva de la resolución administrativa, la necesidad de certeza sobre los hechos es imperativa para imponer una sanción, determinar cuál es el peso que deberá proveer la prueba recabada por la administración para establecer como cierto el hecho probado es un criterio de inteligibilidad de la resolución para la sociedad. Por su lado para el administrado es un criterio necesario para estimar los esfuerzos que deberá hacer para probar los hechos que alegue, la posibilidad de emprender esa actividad y los medios idóneos para lograrlos.

Podemos observar como el estándar de prueba aplicable se presenta como una pieza de control en todo el procedimiento, significara primero que todo un estándar de cuidado en la etapa de instrucción, pues es el grado de suficiencia necesario que deberá alcanzar para dar por acreditado un hecho, en consecuencia el punto de referencia sobre el cual prepara la prueba con que funda su decisión. Por otro lado es un criterio de suficiencia para considerar si un hecho acaeció o no, ante el fenómeno de escases de prueba, y un criterio de desempate cuando hay pruebas contradictorias de los hechos que se pretenden acreditar; esto significa un criterio tanto epistemológico como deliberativo. Y finalmente el estándar de prueba también es la raíz terminal para el razonamiento de la resolución, siendo el fundamento de existencia de los hechos argumentados sobre los cuales se aplica el derecho y se adopta la consecuencia jurídica respectiva.

En cuanto a la integración del derecho por este medio, la existencia de un estándar probatorio, permite dilucidar con mayor claridad la brecha que existe entre una sanción penal y una administrativa, el desgaste del aparato del estado en relación a la gravedad de la vulneración al ordenamiento, se evidencia en la actividad probatoria desarrollada por los organismos respectivos en la determinación de los hechos que fundan la respuesta punitiva del estado.

El que un hecho de prueba, tenido como cierto en sede penal, no sea controvertido en sede Administrativa no debería presentar mayor dificultad, pues el estándar penal para dar tal hecho como acreditado es más exhaustivo que en sede Administrativa, entonces, aun cuando la sentencia sea erga partes, el ente administrativo podría considerarlo como un hecho (en sentido procesal) del caso; a la inversa, un hecho tenido como acreditado en sede administrativa sí puede ser controvertido por el tribunal penal por que su estándar probatorio es mayor, sin perjuicio de que el tribunal penal determine como suficientemente acreditado el hecho en sede administrativa aún bajo el criterio de su propio estándar de prueba. Fijémonos que se puede dar el caso de que pese a

que el hecho se da por acreditado en sede penal y no sea valorativamente suficiente para dar pie a una condena penal, nada obsta para que ese mismo hecho acreditado sea suficiente para declarar una infracción administrativa por el órgano respectivo, dado el modo de tipificación del comportamiento.

Una pregunta fundamental respecto de este tema es como determinar los estándares probatorios adecuados para la actividad de la administración, en que por un lado hay un deber de eficiencia ligado no sólo a las necesidades de los administrados de actuar bajo la certeza jurídica, sino también un grado importante de prevencionismo relativo a la mantención de los presupuestos del mercado de valores, la eficiencia informativa y distributiva que requiere para su funcionamiento, y por otro lado hay una manifestación del poder punitivo del estado afectando a un particular en su actividad privada. Es decir un grado de certeza que se adecúe a la función declarativa de disvalor de la resolución, que por tanto debe ser superior a la mera preponderancia de prueba o mayor a una probabilidad de 0,5, y por otro lado que no afecte la eficiencia de la administración en el cumplimiento de su política prevencionista, como lo hace un estándar tan rígido como la sentencia más allá de toda duda razonable, es decir inferior a un rango de probabilidad entre 0,9 y 1, lo vital en este punto es entender que el estándar de prueba necesariamente debe estar relacionado con los bienes jurídicos en juego.

Para ello debemos observar en primer lugar el fin del procedimiento, así, si el objeto de la indagatoria administrativa es que en su resultado demuestre tanto la existencia del hecho punible, como la participación y responsabilidad que él formulado de cargos tuvo en él, con el fin de imponer una sanción, entonces el objeto del estándar probatorio es que esos hechos puedan ser afirmados con la certeza justa para que proceda la sanción, sin que dicha certeza lleve a que la aplicación de la sanción se torne impracticable, de este modo la fundamentación de la resolución no puede ser una simple alusión a los hechos sino el modo en que ellos fueron comprobados y por tanto la suficiencia prueba de suficiencia confrontado con ese estándar. Todo lo cual debe ser entendido en un contexto en que la prueba y por tanto el conocimiento de los hechos por parte del juez, escasea.

Otro criterio a tener en cuenta es que el estándar de prueba distribuye el riesgo entre del error entre las partes, o en el caso de los procedimientos administrativos como el de la SVS, el riesgo de error de la propia administración, y que esa es una decisión normativa ajena a la discreción del sentenciador. Así el inclinar la balanza hacia falsos positivos, esto es atribuir responsabilidad al inocente, o los falsos negativos, es decir liberar de responsabilidad al culpable, implica un análisis de costo beneficio de la decisión política tomada, ponderándose seguridad jurídica ventilada en la certeza de la resolución (entendiendo que el peso de los hechos se integra el valor discursivo de la resolución) y las necesidades del mercado (que requiere dispositivos de control dinámicos y de respuesta rápida para mantener la confianza sobre el mismo)⁹⁰.

⁹⁰ LARROUCAU (2012), pp.789 y ss.

Lo cierto es que en nuestro sistema jurídico es difícil encontrar casos en que el estándar no se rija por la dicotomía entre el estándar de prueba prevaleciente y el de más allá de toda duda razonable, principalmente porque la discusión sobre la necesidad de encontrar la verdad en los procesos ha sido desplazada por la idea de que el fin de estos es la resolución del conflicto, no dando cabida a esta discusión que incluso podría oponerse a tal resultado, y por otro lado porque la aplicación supletoria del código civil y su estándar de prueba de probabilidades bayesianas resuelve la mayoría de los casos litigiosos sin conflicto, al ser estos relatos de partes relativamente simétricas (en definitiva discursos entre particulares), por ello es necesario buscar estos estándares probatorios intermedios en procedimientos asimétricos, como lo podría ser el caso de los procedimientos de familia o los laborales.

Respecto de este último caso el Código del Trabajo en el artículo 456, que establece la sana crítica como el sistema de valoración de prueba aplicable, incluye en su inciso segundo, una fórmula acerca del grado de certeza necesario para dar por acreditado un hecho. Este artículo más allá de describir los parámetros de valoración de la prueba existentes en la sana crítica (razonamiento jurídico, lógico, conocimientos científicos, conocimientos técnicos y máximas de la experiencia), establece de manera negativa que grado de certeza debe alcanzar el sentenciador, disponiendo: “En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”. (Énfasis añadido), contraponiéndose al estándar de plena prueba que se exige, de este modo aligera la carga probatoria para el trabajador y la endurece para el empleador.

En el derecho comparado se han elaborado estándares probatorios intermedios para casos de derecho de familia en que el resultado de la decisión es particularmente gravoso para una de las partes, aunque su aceptación no es generalizada, por ejemplo un sistema que exige la certeza más elevada es el del *clear and convincing evidence*, en el que el juez puede dar por probado un hecho cuando de la prueba incorporada se desprenda que es altamente probable de que haya sucedido, en términos probabilísticos esto podría ser un umbral mayor a 0,6-0,75⁹¹.

Una fórmula adecuada para establecer el estándar probatorio en procedimientos administrativos que tengan como fundamento el ejercicio de la función punitiva del estado, deberá no solo hacerse cargo del grado de certeza necesario para determinar el hecho sino que además debe ser lo suficiente mente adaptable al fin particular del órgano administrativo que se trate, ya que estos tienen un campo acotado y por lo general muy especializado de acción, en que deben integrar los principios formativos particulares de esas áreas. En particular en el mercado de valores debe entrar en armonía con la ley 18.045 y con los principios de eficacia y eficiencia informativa del mercado.

⁹¹ FUENTES (2011), pp. 192.

IV. Conclusiones

Así como el sistema jurídico requiere la expresión de los principios que lo constituyen en normas claras que permitan generar expectativas legítimas de comportamiento, el derecho económico, y el mercado de valores en particular (como subsistema de derecho, extremadamente complejo y tecnificado), exigen una regulación transparente y coherente.

Hemos constatado que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una regulación orgánica de los poderes punitivos que puede ejercer la administración, lo que trae graves consecuencias para la integración del ius puniendi estatal, produciéndose zonas de superposición entre las sanciones penales y administrativas para un mismo hecho ilícito, sin que existan normas de ordenación de los poderes que distribuyan o suspendan el sometimiento a proceso.

La ley permite a la administración imponer sanciones por infracciones a deberes de conductas no tipificados, lo que puede ser aceptado atendiendo a la función preventiva de esta pero para ello se requiere una sistematización de las sanciones que respete el principio de proporcionalidad entre las penas del derecho penal y las sanciones administrativas. Estos principios tienen que tener coherencia con la disciplina en que se encuentran, así no basta con aceptar que los principios de una u otra área del derecho pueden aplicarse en un mismo caso, sino que el legislador se debe hacer cargo de cómo se integran esos principios en esa área, en este aspecto una enumeración de principios sólo tiene sentido en la medida que haya garantías materiales que los hagan efectivos.

En el ámbito procesal esto se traduce en la necesidad que las instituciones procedimentales se ajusten al fin del proceso, de modo que los principios formativos de éste sirvan como herramientas de interpretación hermenéutica en un diseño funcional, tales principios deben sin embargo, entroncarse con las normas fundamentales de las que derivan, siendo reconocibles como ramas (con las particularidades y matices que la diferencian) de un mismo sistema de garantías constitucionales.

En este aspecto se ha mostrado que la ley de bases del procedimiento administrativo no es idónea para llenar el espacio que deja la falta de una legislación especial sobre los procedimientos sancionatorios en el Mercado de Valores, que así mismo la normativa orgánica de la SVS no incluye dentro de sus disposiciones las normas suficientes para delimitar los procedimientos sancionatorios que puede llevar a cabo. Ello repercute con particular énfasis en las normas reguladoras de la prueba en tanto objeto de prueba, carga probatoria, criterios de valoración de la prueba y el estándar de certeza, cuya relación con los supuestos fácticos en que se aplican este subsistema de ordenación ponen de manifiesto la interrelación con los otros subsistemas, en especial el sistema penal.

Por su parte la falta de análisis sobre el estándar probatorio en materia administrativa se suma a estos vacíos obscureciendo aún más la integridad del sistema punitivo estatal, en la medida que no se cumplen requisitos de proporcionalidad y coherencia de las respuestas coercitivas del derecho ante las infracciones a la ley.

Estos son algunos de los problemas que surgen de la mala sistematización de la regulación del mercado de valores, constatando el enriquecimiento cuantitativo de la regulación del mercado que se ha dado en los últimos años, es momento de avanzar y hacer una revisión de los cuerpos normativos y ordenar las disposiciones de modo sistémico, para lo cual es esencial el análisis dogmático del mercado de valores, tanto en su cara material como en la formal.

V. Referencias Bibliográficas

- ACCATINO, Daniela (2006): “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal, un diagnóstico”, *Revista de derecho Universidad Austral de Chile*, (NºXIX), pp. 9-26.
- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (NºXXXVII 2º Semestre), pp. 483-511.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2011): “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, *Revista Actualidad Jurídica*, (Nº 24). pp. 69-84.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2009): “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Actualidad Jurídica*, (Nº20). pp. 577-596.
- CORDERO Q, Eduardo (2012) “El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal”, *Revista de Derecho, Valdivia*, (Vol XXV). pp. 131-157.
- CORDERO Q., Eduardo y ALDUNATE L., Eduardo (2012): “Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Nº XXXIX 2º Semestre), pp. 337-361.
- DAMASKA R., Mirjan, (2000): “*Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*”. (Traducc. MORALES VIDAL, Andrea, Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- DOUGNAC MUJICA, Clemente (2011): “Potestad sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros, persecución penal de la ley de mercado de valores chilena y el principio no bis in idem”, *Revista Iberoamericana de Mercado de Valores* (Nº32). pp.1-12. (fecha de consulta 3 de julio de 2014). Disponible en: <http://www.rimv.org/es/revista-2011-marzo/articulo/resumen/616/potestad-sancionadora-de-la-superintendencia-de-valores-y-seguros-persecucion-penal-en-la-ley-de-mercado-de-valores-chilena-y-el-principio-de-non-bis-in-idem>.
- DWORKIN M., Ronald (1980): “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWOR-KIN M., Ronald (coord.) *La Filosofía del Derecho* (Traducc. SAÍNZ DE LOS TERREROS, Javier, México, Fondo de Cultura Económica). 75-127 pp.

- DWORKIN M., Ronald (1984): “*Los derechos en serio*”, (Traducc. GUSTAVINO, Marta, España, Editorial Ariel S.A.). 43-208 pp.
- FUENTES MAURERIRA, Claudio (2011): “Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil” *Justicia Civil y Comercial: Una reforma cercana*. pp. 173-205.
- GUIDI M., Catterina (2008): “Transparencia en el uso de la Información como Método esencial a las Normas de Conducta del Mercado de Valores y de buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas”, en *Revista de Derecho de la Empresa* (Nº 13), pp 09-48.
- HABERMAS, Jürgen (1988): *Facticidad y validez* (Traducc. JIMENEZ REDONDO, Manuel, Madrid, Editorial Trotta). 263-309 pp.
- HERNÁNDEZ B., Héctor (2005): “Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”, *Revista Persona y Sociedad*, (Vol. XIX Nº1), pp. 101-134.
- HORVITZ, María Inés y López, Julián (2004a): *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I* (Santiago de Chile sede Editorial Jurídica de Chile).
- HORVITZ, María Inés y López, Julián (2004b): *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- JARA A., Rony (2001): “Oferta Pública y Privada de Valores en el Mercado Norteamericano: Una Visión Comparada”, en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 28 Nº I), pp.87-111.
- KINDHAÜSER K., Urs (1995): “Acerca de la Legitimidad de los Delitos de Peligro Abstracto en el ámbito del Derecho Penal Económico”, en *Estudios Jurídicos Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. pp.441-452 (fecha de consulta 16 de septiembre de 2014). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=9992>.
- LAUDAN, Larry (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Revista Doxa* (Nº 28), 95-113 pp. (fecha de consulta 4 de julio de 2014). Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal* (Traducc. VÁZQUEZ, Carmen y AGUILERA, Edgard, Madrid, Macial Pons).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39 Nº 3). pp. 783-808.
- MANZANO SALCEDO, Ángela (2013): *La prueba en el procedimiento administrativo*, Editorial Bosch, Madrid España. pp. 95.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2011): “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 15). pp. 139-169.
- NAVARRO, Enrique (2005): “Notas sobre la Potestad sancionatoria de la autoridad Administrativa y el principio de legalidad”, *Revista de Derecho Público* (Nº 67). pp. 118-128.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2013): *La duda en el proceso penal* (Madrid, Editorial Pons).

- NIETO G., Alejandro (2011): *Derecho Administrativo Sancionador*, (Madrid, Quinta edición ampliada, Editorial Tecnos).
- NUÑEZ O., Raúl y PÉREZ R., Álvaro (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil, Parte General*, Editorial Legal Publishing, Santiago Chile, pp. 5-71.
- PERRONE, Andrea (2009): “Información en el Mercado de Valores y tutela de Inversor”, *Revista Política Criminal* (Vol. 4 N°7). pp.197-229.
- REYES MOLINA, Sebastián (2012): “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso Chileno”, *Revista de Derecho* (Vol. XXV N°2). pp. 229-247.
- RODRÍGUEZ C., Luis (1987): “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XI), p. 117-163.
- ROMAN CORDERO, Cristian (2010): “El Castigo en el Derecho Administrativo”, *Revista Derecho y Humanidades*, (N° 16 vol. 1). pp. 155-17.
- SCHACHTEBECK MORALES, María Luz (2007): “Proceso sancionador en Chile”, *Revista Iberoamericana de Mercado de Valores* (N°22). pp. 29-35. (fecha de consulta 3 de julio de 2014) Disponible en: <http://www.rimv.org/es/revista-2007-noviembre/articulo/resumen/457/proceso-sancionador-en-chile>.
- STEIN, Alex (2013): “Contra la prueba libre”, *Revista de derecho de Valdivia* (volumen XXVI-N°2), pp.245-261.
- TARUFFO, Michele (2002a): *La prueba de los Hechos* (Traducc. FERRER BELTRÁN, Jordi, Madrid, Editorial Trotta).
- TARUFFO, Michele (2002b): “Consideraciones sobre prueba y verdad”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (año N°7, N° 11). pp. 99-124.
- TARUFFO, Michele (2003): “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, *Revista Discusiones* (N°3). pp. 81-97.
- TARUFFO, Michele (2005): “Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de Larry Laudan”. *Revista Doxa* (N° 28). 114- pp. (fecha de consulta 4 de julio de 2014). Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10004>.
- VAN WEEZEL, Alex (2011): *La Garantía de la Tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Legal Publishing, Santiago Chile. pp. 230.

Normas Jurídicas citadas:

Código Penal, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.

Decreto 100, fija el texto refundido de la constitución política de la república de Chile, Diario Oficial 22 de septiembre de 2005.

Decreto Ley N° 3538, crea la superintendencia de valores y seguros. Diario Oficial, 23 de diciembre de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la ley n°4.808, sobre registro civil, de la ley n°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley n° 16.618, ley de menores, de la ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley n°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N°1 fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo, Diario Oficial, 31 de julio de 2002.

Ley N° 18.045, ley de mercado de valores, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

Ley N°18.575, ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado, Diario Oficial, 05 de diciembre de 1986.

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°19.696, establece código procesal penal, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Jurisprudencia citada:

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario (2010): 21 de octubre de 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad): Rol N° 1518-2009, en página electrónica de Tribunal Constitucional, http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=1587]

Corte Suprema

Corte Suprema Toro Bosay, Luis c/ Superintendencia de Valores y Seguros (2013): 10 de enero de 2013 (reclamación de multa-recurso de casación): Rol N° 5048-2012, en página electrónica de microjuris, MJJ34180, [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34180&links=\[MJJ34180\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34180&links=[MJJ34180])

Corte Suprema Solari Falabella y otro c/ Superintendencia de valores y Seguros (2013) 9 de diciembre de 2013 (reclamación de multa-recurso de casación): Rol N° 19.712-2013, en página electrónica de microjuris, MJJ36657, [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ36657&links=\[MJJ36657\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ36657&links=[MJJ36657])

Corte Suprema Gazitúa Achondo, Luis c/ Superintendencia de Valores y Seguros (2014): 14 de abril de 2014 (reclamación de multa-recurso de casación), Rol N° 1625-2013, en página electrónica de microjuris MJJ37355. [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ37355&links=\[MJJ37355\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ37355&links=[MJJ37355])

Corte Suprema Maderas y Materiales de Construcción c/ Fisco de Chile (2014): 17 de Abril de 2014 (Casación de fondo), Rol N° 8732-2014, en página electrónica de poder judicial. <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

Tribunal Oral en lo Penal

3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, primera sala, ROL Corte: Reforma procesal penal-484-2013. 07 de junio de 2012. RIT O-174-2012, RUC 0800423642-5.

Superintendencia de Valores y Seguros

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución exenta N° 223, REF. Aplica sanciones de Multa a los Señores Julio Ponce Lerou, Aldo Motta Camp, Roberto Guzmán Lyon, Patricio Contesse Fica, Alberto Le Blanc Matthei, Leonidas Vial Echeverría, Manuel Bulnes Amenábar y a Larrain Vial S.A. Corredoras de Bolsa. 2 de septiembre de 2014.

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución exenta N°254, REF Aplica sanciones que indica a Raimundo Serrano Mcauliffe corredores de bolsa S.A. y a los señores Tomás Serrano Parot, Jorge Fuenzalida Barraza, Ernesto de Val Gutiérrez y Luis Núñez Sepúlveda. 29 de abril 2011.

Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución exenta N°425, REF Aplica sanciones que indica, 06 de julio de 2009.

Contraloría General de la República

Dictamen de Contraloría General de la República ID N° 039696N05, de 26 de Agosto de 2005, con Origen en la DJU. En página electrónica de Contraloría General de la República. <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictamen?OpenForm&UNID=ED677068A72A8AF1842571BD0050AC28>