

Carlos Isensee Rimassa*
Abogado
Santiago, Chile
carlos.isensee.rimassa@gmail.com

Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa**

Due process and its reception in Law No. 19,880: assessment and proof standard in administrative proceedings.

Resumen

El objetivo del presente artículo es analizar y discutir de qué manera el debido proceso se encuentra recogido en la Ley N° 19.880 y, si en alguna medida existe tensión entre las reglas de valoración de la prueba contenidas en dicha ley y el derecho al debido proceso. Para discutir sobre ello, tomaremos como ejemplo alguno de los recientes casos resueltos por la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante la “SVS”, en materia sancionatoria.

Palabras clave

Debido proceso - valoración de la prueba - estándar de prueba - procedimiento administrativo

Abstract

This paper aims to analyze and discuss how due process is collected in Law No. 19.880, and if there is to some extent tension between the valuation rules of evidence contained in that law and the right to due process. To discuss this, we will take as example recent cases decided by the Superintendency of Securities and Insurance, henceforth the “SVS”, on punitive matters.

* *Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales U. de Chile. Magister (c) en Derecho con mención en Derecho Público U. de Chile. Abogado Área de Cumplimiento de Mercado Superintendencia de Valores y Seguros.*

** *Artículo recibido 3 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 25 de julio de 2016.*

Key words

Due process - evidence assessment - proof standard - administrative procedur

I. Derecho al debido proceso y prueba en la Ley N° 19.880

Lo primero es tener presente que nuestra Constitución señala en la segunda parte del inciso sexto del numeral 3ro. del artículo 19, que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, por lo que nos encontramos ante una remisión legislativa. ¿Y qué hizo el legislador? Pues en materia administrativa dictó la Ley N° 19.880, en materia penal el Código Procesal Penal, en materia civil el Código de Procedimiento Civil, y así en cada área, estableciendo respecto de cada uno las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa. De este modo, en sede administrativa corresponde aplicar las garantías contenidas en la Ley N° 19.880, no siendo necesario echar mano a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal o en el Código de Procedimiento Civil.

Entonces, el derecho al debido proceso en sede sancionatoria no es otra cosa que el derecho a un procedimiento llevado con apego a las reglas y garantías contenidas en la Ley N° 19.880.

Aclarado lo anterior, corresponde detenernos en cuál es el objetivo del proceso, y tal como nos lo enseñara Taruffo, el objetivo de los procedimientos no es otro que la búsqueda de la verdad, y ello se logra al igual que en todo proceso epistémico, mediante la producción de evidencia, esto es, mediante la prueba. Y la actividad, tal como lo explica Ferrer, puede describirse en tres etapas o momentos “lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados”¹. El primer momento probatorio corresponde a “la selección de los hechos probatorios [o elementos de juicio]², el segundo a “la valoración de esos elementos; y [el tercero a], (...) la adopción de la decisión”³, y que se logra luego de aplicar la regla de estándar de prueba o suficiencia. En atención a ello, pasaremos a analizar de qué manera se encuentran regulados estos tres momentos de la prueba en la Ley N° 19.880, y desde ya adelantamos que el momento que presenta mayor tensión con el derecho a un debido proceso es el de aplicación de la regla de estándar, por cuanto la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo no señala cuál es el estándar que debemos aplicar en sede sancionatoria, para tener por probados los cargos señalados en un oficio de formulación de cargos –y que contiene la acusación administrativa-, o bien para tenerlo por inocente.

¹ FERRER (2007), p. 41.

² GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 86.

³ FERRER (2007), p. 41.

II. Primer momento probatorio: selección de los hechos que deben ser probados

El primer momento probatorio y que corresponde a la selección de los hechos que deben ser probados, se rige por la “regla general de inclusión de todas las pruebas relevantes”⁴, encontrándose regulada esta en los incisos primero y tercero del artículo 35 de la 19.880, y que dispone lo siguiente:

“Artículo 35. Prueba. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia.

Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

De este modo, tenemos que los incisos primeros y tercero del artículo 35 de la Ley N° 19.880 establecen dos reglas exclusorias de prueba⁵ y que impiden (i) la posibilidad de valerse de un medio de prueba no admisible en derecho, esto es, obtenido con vulneración a derechos fundamentales (inciso primero del artículo 35); y (ii) producir prueba que sea manifiestamente improcedente o innecesaria (inciso tercero del artículo 35).

Luego de ello, los incisos segundo y tercero del artículo 35 de la Ley N° 19.880 contienen una regla probatoria que regula la distribución de la carga de producir la prueba⁶ debiendo la Administración reunir la evidencia que sustente los cargos comunicados al acusado o formulado de cargos y, por su parte, éste debe probar aquellos hechos que avalan la hipótesis o enunciados que propone en sus “descargos” y que suele ser llamado su “su teoría del caso”. Lo anterior es claro del tenor literal de ambos incisos, donde el segundo indica que “Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados ...”, debe ser leído de manera sistemática con el inciso siguiente, y que advierte que “El instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias ...”.

De este modo, y constándole a la Administración únicamente las cuestiones que describe en la formulación de cargos y no los hechos desarrollados por el acusado en sus descargos (en efecto, de constarle, no hubiese formulado los cargos en su contra), este tendrá la carga de producir la evidencia que le permita probar los hechos alegados en sus descargos,

⁴ GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 98.

⁵ FERRER (2005), p. 42.

⁶ VALENZUELA (2013).

debiendo para ello señalar a la Administración los hechos relevantes que pretende probar y, además, proponer las pruebas que en relación a estos pretende rendir.

Al respecto, entendemos como irrelevante una prueba impertinente, es decir, que no es congruente con la acusación contenida en los cargos y que, además, tampoco guarda relación con los hechos esgrimidos en la defensa. Por su parte, entendemos como “prueba innecesarias” a la sobreabundancia de medios probatorios para acreditar un enunciado de hecho (como lo podrían ser 100 testigos), pretender acreditar un hecho público y notorio que no requiere prueba de su ocurrencia, o bien un hecho que no es controvertido en el procedimiento administrativo.

Por su parte, y en relación a dicha regla probatoria, el artículo 36 de la Ley N° 19.880 establece el momento de la prueba, al señalar que las pruebas que hayan sido admitidas deberán practicarse por el interesado en el día, hora y lugar que señale la Administración, debiendo ello ser comunicado a los interesados, a saber:

“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”.

Por lo anterior, y respecto a los hechos y medios que un formulado de cargos le proponga a la Administración como objeto de prueba, tal como lo prescriben el artículo 35 en sus incisos segundo y tercero, y el artículo 36 de la Ley N° 19.880, esta deberá admitir la realización de las pruebas propuestas, pudiendo rechazar aquellos hechos y/o pruebas irrelevantes⁷, en caso de ser improcedentes o innecesarios, y comunicar la fecha y hora en que dicha prueba se efectuará (o producirá).

Ahora bien, y en relación a esta explicación del primer momento probatorio y correspondiente al de selección de pruebas relevantes⁸, con ocasión del Caso Cascada la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago concluyó en una sentencia de septiembre de 2014 (considerando Noveno), que “el procedimiento en actual tramitación ante la reclamada, no cabe asimilarlo a uno ordinario de carácter civil por la naturaleza y características propias de uno y otro. No existiendo alguna disposición legal que le imponga a la SVS de manera imperativa la obligación de dictar un auto de prueba, lo que no importa un atentado contra las garantías del debido proceso consagrado en la Constitución Política de la República, el recurso deberá también rechazarse fundado en esa alegación, por estar además acreditado, que se instó al propio acusado para que propusiera los hechos y medios de prueba para acreditar su teoría del caso, lo que de por sí desvirtúa tal vulneración (...)”⁹.

⁷ GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 98. El autor advierte que el propio Bentham se admitía excepciones a la regla de inclusión de pruebas en caso de ser irrelevantes.

⁸ FERRER (2005), p. 54.

⁹ I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3193-2014, de fecha 4 de septiembre de 2014, considerando 2°, número 4, con ocasión del Caso Cascada (reclamo de ilegalidad presentado por el Sr. Roberto Guzmán Lyon).

En un sentido similar, y también en relación al Caso Cascada, el Tribunal Constitucional rechazó en octubre de 2014 un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en contra de la aplicación dada por la SVS del artículo 35 inciso segundo de la Ley N° 19.880, y con ocasión de un reclamo de ilegalidad promovido por uno de los formulados de cargos ante Itma. Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰ (Rol TC 2682-14-INA). En el requerimiento de inaplicabilidad, el requirente denunciaba que la interpretación que se estaba dando del inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880 era inconstitucional, toda vez que la SVS le exigía señalar los hechos y medios de prueba de los que se valdrá para acreditar los hechos desarrollados en sus descargos, cuestión que le parecía inconstitucional, toda vez que a su juicio, era la Administración la que debía dictar una interlocutoria de prueba que fijara los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, por así ordenarlo el Código de Procedimiento Civil (idea bastante creativa e innovadora por lo demás). Luego de analizar el caso en cuestión, el Tribunal Constitucional resolvió que:

“SEGUNDO: (...) Según se verá, el trámite que echa en falta el requirente no es acorde con las garantías y postulados del orden penal, exigidos por este Tribunal, en punto a que las sanciones administrativas sean precedidas de una formulación de cargos, donde se precisen los hechos imputados, seguida de una oportunidad real para plantear descargos, donde la defensa pueda incluso invocar hechos nuevos o distintos -no considerados por el fiscalizador con el propósito de desvirtuar esa acusación o, al menos, para fundamentar atenuantes. Y al aparecer alineada con este itinerario justo y racional, la aplicación que la Superintendencia de Valores y Seguros ha hecho del artículo 35 citado no puede tacharse, por ende, de inconstitucional; (...) DECIMOSEXTO: Que, en definitiva, la norma del artículo 35 de la Ley N° 19.880 se inscribe dentro de las exigencias de un racional y justo procedimiento, por lo que, al aplicarse del modo antedicho, contribuye precisamente a cumplir el mandato contenido en el artículo 19, N° 3, constitucional. Siendo de acotar que la especificación del thema probandum, en la forma que pretende el requirente, se corresponde con un modelo de procedimiento civil ordinario que resulta del todo impropio trasladar al ámbito de las sanciones administrativas. En circunstancias que, en estos casos, lo adecuado consiste en extremar las posibilidades interpretativas de la Ley N° 19.880, como garantía para la persona acusada de una investigación; DECIMOSÉPTIMO: (...) En el procedimiento administrativo sancionador, las pruebas a rendir serán aquellas “que se refieran a cualquier hecho que, de alguna forma, sea tomado en cuenta por el Derecho aplicable en la resolución que haya de dictarse, y ello, a su vez, puede depender de la acusación y la defensa, es decir de los hechos que hayan introducido como fundamento de sus respectivas pretensiones” (Lucía Alarcón Sotomayor, *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2007, página 315); DECIMOCTAVO: Que, por las razones expuestas, no se advierte cómo la concreción que en la especie se ha dado al artículo

¹⁰ La gestión pendiente correspondía a un reclamo de ilegalidad interpuesto por el Sr. Aldo Motta Camp, en los autos rol de ingreso Corte N° 4359-2014, del que se desistió antes de producirse la vista de la causa.

35 de la Ley N° 19.880 pudiera traer aparejados los efectos inconstitucionales que objeta el requerimiento. Menos cuando se trata de una norma destinada a aprovechar a los particulares frente a la Administración, según puede observarse asimismo en este caso. No aparecen comprometidos los principios o reglas referentes al debido proceso, ni se ve perjudicada la presunción de inocencia, puesto que corresponde a la autoridad administrativa reunir aquellos antecedentes que, alcanzando condiciones de certeza, den cuenta de la comisión de infracciones precisas y manifiestas (roles N°s 519, 825, 993, 1351, 1518 y 1584)”.

De este modo, y tal como fue resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago y el Tribunal Constitucional, es claro que respecto del primer momento probatorio y que corresponde a la selección de los hechos y medios de prueba relevantes, los artículos 35 y 36 de la Ley N° 19.880 establecen las garantías necesarias y suficientes para estar en plena armonía con el derecho al debido proceso.

III. Segundo momento probatorio: valoración de la prueba

Ahora bien, respecto al segundo momento probatorio y que corresponde a la etapa de “valoración de la prueba”¹¹, y que tal como lo explica MARINA GASCÓN, “consiste, más precisamente, en evaluar la veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”¹². En otras palabras, y tal como lo expone GONZÁLEZ LAGIER, en la etapa de valoración de la prueba corresponde “determinar qué hipótesis es la más fundada a la luz de los elementos de prueba. Se trata de un instrumento para comparar el grado de fundamentación de distintas hipótesis acerca de cómo ocurrieron ciertos hechos”¹³. En otras palabras, en la valoración de la prueba corresponde determinar cuánto pesa la evidencia que avala la hipótesis contenida en los cargos a través de los cuales la Administración acusó a una persona de incurrir en un ilícito administrativo, por ejemplo, que “Juan es responsable de uso de información privilegiada”, vs las hipótesis alegadas por su defensa y contenidas en sus descargos, y que podrían ser “Juan es inocente por cuanto no tenía información privilegiada”, “es inocente porque no usó información privilegiada”, o bien “la información no reúne las características para ser tenida como privilegiada”.

Sobre el particular, el ya citado artículo 35 de la Ley N° 19.880 dispone en su inciso primero que la prueba deberá apreciarse “en conciencia”. En relación al término “en conciencia”, la doctrina la identifica con el sistema libre valoración –por oposición al sistema de la prueba legal o tasada-, pero se divide entre quienes entienden que el término “en conciencia” debe tenido como un sinónimo de “sana crítica” vs entre aquellos que la distinguen de esta última, y entienden que existe un sistema de valoración distinto y que podemos llamar “en con-

¹¹ GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 86.

¹² GASCÓN ABELLÁN (2004), p. 49.

¹³ GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 109.

ciencia” en estricto sensu. Entre quienes adscriben a este último grupo encontramos, entre otros, al profesor Juan Colombo Campbell quien sostiene que en el sistema de valoración “... en conciencia a diferencia de la sana crítica [,] el juez actúa conforme a su conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, concepto de valor que aunque constreñido a los antecedentes del proceso, solamente él lo toma en cuenta. No se divisa por tanto en él, ni sana lógica, ni máximas de la experiencia que lo obliguen, no obstante, reconoce que los sentenciadores deben dar a conocer lo que su conciencia les indica, de manera de convencer de la certeza de su decisión¹⁴”. Así también lo ha definido la Corte Suprema en una sentencia de marzo de este año, según la cual el “sistema de apreciación en conciencia, en que se requiere que el medio probatorio produzca certeza en la esfera íntima del juez y éste exprese tales circunstancias”¹⁵. En otras palabras, al valorar la prueba “en conciencia” en estricto sensu, la Administración deberá expresar los motivos por los cuales adopta tal o cual decisión, sin necesariamente utilizar para ello las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados, sino únicamente expresar las circunstancias por las cuales resuelve de determinada manera el caso en cuestión, de manera racional y fundada.

Por su parte, y como ya se señaló, otro grupo de nuestra doctrina asimila la sana crítica a valorar en conciencia, por cuanto el legislador no ha definido qué ha de entenderse por efectuar una valoración “en conciencia”. Así, y ante el peligro de que un juez pueda pesar las pruebas de un modo incluso irracional, siguiendo solo lo que le ordene su conciencia, parte de la doctrina reaccionó ante ello señalando que la valoración en conciencia debe ser efectuada siempre de conformidad a las reglas de la sana crítica. Dicho sector sostiene que si bien el Legislador dispone que la prueba deberá valorarse en conciencia, como lo señala el artículo 35 de la Ley N° 19.880, la Administración deberán aplicar las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados, en atención a la exigencia de motivación y fundamentación contenida en los artículos 11 inciso segundo, 17 letra f) y 41 de la Ley N° 19.880.

De esta forma, sea que adscribamos a que la Administración debe valorar la prueba “en conciencia” en estricto sensu, o bien de conformidad con las reglas de la sana crítica, lo relevante es que la Administración debe valorar la prueba de manera motivada.

Ahora bien, si nos detenemos en cómo ha entendido la SVS que la prueba debe ser valorada, en las contestaciones a las demandas de reclamos de multa presentados por algunos de los sancionados en el Caso Cascada, se señaló que donde el artículo 35 de la Ley N° 19.880 dice “en conciencia” debe ser entendido como “sana crítica”, en atención a las reglas de motivación de los actos administrativos contenidas en los artículos 11 inciso segundo, 17 f) y 41, ya referidos, lo que está en plena armonía con el derecho al debido proceso consagrado en la Constitución.

¹⁴ CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2010).

¹⁵ Corte Suprema, Rol N° 9.099-2014, dictada el 3 de marzo de 2015, en la que se acogió un recurso de unificación de jurisprudencia laboral y anular la sentencia definitiva dictada por el juez de letras y garantía de Coelemu, considerando 21° letra c), dictada el 3 de marzo de 2015.

IV. Tercer momento probatorio: estándar de prueba

Finalmente, el tercer momento de la prueba corresponde a la aplicación de la regla de suficiencia o “estándar de prueba”¹⁶ sobre la prueba ya valorada (esto es, respecto de la hipótesis con mayor peso probatorio), y que “tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión”¹⁷. De este modo, la regla de estándar corresponde al grado de suficiencia para tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación de cargos o bien, aquellos desarrollados por la defensa en los descargos. Al respecto, es importante considerar que la regla de estándar corresponde a una “regla de distribución de errores”¹⁸, por cuanto define el “margen tolerable de error”¹⁹, esto es, “el margen de error en la comprobación del hecho que se considera tolerable”²⁰ (el énfasis es del original). En otras palabras, con la regla de estándar definimos cuánto nos podemos equivocar al acoger una demanda, al sancionar administrativamente o al aplicar una pena penal, como se explicará.

Entonces, en base al margen de error tolerado, el legislador ha definido un estándar alto como el penal de la duda razonable, o bien el estándar de la preponderancia de la evidencia que corresponde al estándar más bajo, toda vez que es menos grave equivocarnos al acoger una demanda civil de indemnización por daños, que equivocarnos al sancionar con una pena privativa de libertad de 10 años. Lo anterior, se traduce que en materia penal el legislador optó por el estándar de la duda razonable, optando por limitar en la mayor medida posible los errores de posibles “falsos positivos” (falsas condenas a inocentes), elevando para ello el estándar al más exigente. No obstante, la consecuencia de ello es que al ser más exigente el estándar para decretar una pena penal, el riesgo de que existan “falsos negativos” (culpables sin condenar) aumenta. Al respecto, si llevamos a números el estándar de la duda razonable, en que la certeza sea = a 1, se sobrepasa este estándar cuando la prueba valorada supera el umbral del 0,9.

Volviendo al estándar civil de la preponderancia de la evidencia, este nace de la ratio decidendi del caso *Addington v. Texas*²¹, fallo en el que el juez presidente del Tribunal Supremo de EE.UU., Mr. Burger, resolvió: “como criterio resolutorio de la Corte que en los casos típicos de derecho civil sobre controversias financieras, el estándar de la “preponderancia” asegura que “[l]os litigantes [...] comparten de manera más o menos igual el riesgo de error”²². De este modo, dicho estándar resulta aplicable en sede civil, toda vez que entre las partes debe existir igualdad y, en principio, nos debería resultar irrelevante equivocarnos en acoger o rechazar una demanda. Si llevamos a números este estándar,

¹⁶ FERRER (2007), p. 48.

¹⁷ GONZÁLEZ LAGIER (2014), p. 109.

¹⁸ Véase, LAUDAN (2005), pp. 97 y ss. Asimismo, véase ACCATINO (2011), pp. 501 y ss. Asimismo, véase GASCÓN ABELLÁN (2005), pp. 130 y ss.

¹⁹ TARUFFO (2005), p. 115.

²⁰ TARUFFO, IBÁÑEZ PERFECTO y CANDAU (2009), p. 35.

²¹ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

²² HAACK (2013), pp. 69-70.

y tomamos la certeza = a 1, se sobrepasa este estándar cuando la prueba valorada supera el umbral del 0,5.

Ahora bien, cabe preguntar cuál es la regla de estándar aplicable en materia sancionatoria. Al respecto, la Ley N° 19.880 no señala cuál es la regla aplicable, por lo que nos encontramos ante una tensión existente entre dicha ley y el derecho al debido proceso. La doctrina ha dado tres respuestas distintas a ello.

Un primer grupo de la doctrina sostiene que en los procedimientos administrativos debe aplicarse la regla de la duda razonable contenida en el artículo 340 del Código Procesal Penal, basándose en la teoría de “los matices” del Tribunal Constitucional, según la cual en sede administrativa deben aplicarse con matices determinados principios del derecho penal (entre ellos, las defensas de algunos sancionados en el Caso Cascada plantearon dicho argumento en sus reclamos de multa).

Por su parte, un segundo grupo de la doctrina advierte que ello no es procedente, debiendo aplicarse el estándar civil de la prueba prevalente o regla de preponderancia de prueba, toda vez que la sanción administrativa debe ser luego revisada judicialmente. Así, dicho grupo argumenta que por el hecho de ser revisada la sanción administrativa en un juicio civil, en el que se aplicará el estándar de prueba prevalente, para que exista armonía entre este y el administrativo, en este último también debiera aplicarse dicha regla.

Sin embargo, un tercer grupo sostiene que en los procedimientos sancionatorios debe aplicarse una regla de estándar intermedia, que es superior a la civil, pero inferior a la penal. Este argumento ha sido también utilizado para resolver el juicio penal por uso indebido de custodia y transacciones ficticias respecto de los Sres. Contín, dueños de la ex Corredora de Bolsa Alfa, que fueron absueltos en sede penal por no haberse probado su culpabilidad, no obstante haber sido sancionados por la SVS. En el fallo dictado por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en el mes de febrero de 2014, se resolvió que perfectamente una persona puede ser sancionada administrativamente por la SVS pero absuelto penalmente, toda vez que los estándares son distintos, tal como lo sostuvo en el considerando 17º, en el que citó un informe del profesor Mauricio Duce, a saber: (...) creemos que el estándar de convicción de la SVS en el proceso de establecer en sede administrativa la infracción de la Ley de Mercado de Valores es completamente distinta y más baja a la exigida en materia penal, ubicándose en una categoría intermedia entre la anterior y la civil, encontrándose dentro de los términos del profesor Mauricio Duce “más cerca de la preponderancia de la evidencia que de más allá de la duda razonable”. (Mauricio Duce, Informe en Derecho, “El Estándar de Convicción y los Alcances del Recurso de Reclamación en el Derecho de Defensa de la Libre Competencia, junio de 2007)”²³.

²³ Sentencia dictada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal, en causa RIT N° 174-2012, con fecha 3 de febrero de 2014. La Superintendencia de Valores y Seguros resolvió sancionar, una vez finalizado el procedimiento administrativo respectivo, a los Señores Contín, representantes y ejecutivos de Alfa Corredores de Bolsa S.A., a través de la Resolución Exenta N° 425 de 6 de julio de 2009, con una multa que en total ascendió a UF 12.000, unos US\$ 50 mil, además de revocarse la autorización a dicha corredora de bolsa. Coloquialmente dicho caso es llamado Alfa.

En este orden de ideas, como estándar intermedio podría sugerirse el de la “prueba clara y convincente”²⁴ o “clear and convincing evidence”²⁵, el que fue creado en el common law y corresponde a la ratio decidendi del caso *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*²⁶, que ha sido utilizado como estándar en determinados casos de Derecho Sucesorio y de Familia, particularmente casos de “fraude, nulidad de un testamento, existencia de contratos verbales, internación en hospital psiquiátrico y expulsiones migratorias”²⁷, en los que para tener por probado el enunciado de hecho “se exige que sea ‘más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido’”²⁸. La razón para aplicar este estándar superior al de la prueba prevalente, estriba en que “el riesgo de una decisión errónea (...) puede tener consecuencias extremadamente graves, en general se trata de casos relacionados con procedimientos para declarar interdicta a una persona, limitación al régimen de visitas, alternación del régimen de cuidado personal, entre otros”²⁹. Si llevamos a números este caso, considerando la certeza = a 1, se llega a este estándar cuando la prueba valorada supera el umbral del 0,75.

Ahora bien, si revisamos el último caso resuelto por la SVS, y que correspondió a la sanción de multa impuesta por USD\$ 3,2 millones al Sr. Sr. Juan Bilbao Hormaeche por, entre otros ilícitos, usar información privilegiada y entregar información falsa al mercado, en el considerando 28° de la Resolución sancionatoria, dicho Organismo señaló “Que, habiendo este Servicio valorado la totalidad de las pruebas rendidas en autos, y no habiendo el Sr. Bilbao hecho valer argumentos ni presentado elementos de prueba que permitan establecer lo contrario, se ha llegado al convencimiento que el Sr. Bilbao” incurrió en los ilícitos de uso de información privilegiada, entrega maliciosa de información falsa, entre otros.

Así también, y respecto del Caso Cascada, en el punto 1609 de la Resolución sancionatoria, la SVS determinó que “Que, así las cosas, se dan en la especie una serie de hechos armónicos y concordantes entre sí, a partir de los cuales esta Superintendencia se ha formado la convicción por la que es factible concluir, de manera grave y precisa lo siguiente: “...para luego concluir que los formulados de cargos incurrieron en las conductas típicas por las cuales fueron acusados. En este caso particular, la SVS indicó que “se ha formado la convicción”, por lo que entendemos que utilizó la palabra convicción como grado de suficiencia de la prueba ya valorada y sinónimo de convencimiento, tal y como ocurrió respecto de la sanción al Sr. Bilbao, ya que la propia RAE define convicción como convencimiento.

²⁴ En relación al estándar de la prueba clara y convincente, vide LARROUCAU TORRES (2012), pp. 783-808. Asimismo, vide FERNÁNDEZ LÓPEZ.

²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ.

²⁶ Caso [1991] 89 a 1799: “Respondents argue that, in determining whether petitioner has shown sufficient falsification to survive summary judgment, we should consider not only the tape recorded statements but also Malcolm’s typewritten notes. We must decline that suggestion. To begin with, petitioner affirms in an affidavit that he did not make the complained of statements. The record contains substantial additional evidence, moreover, evidence which, in a light most favorable to petitioner, would support a jury determination under a clear and convincing standard that Malcolm deliberately or recklessly altered the quotations”.

²⁷ FUENTES (2011), p. 192, en cita 38.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

Luego, podría sostenerse que la SVS aplicó o el estándar de la prueba prevalente o bien el estándar de la prueba clara y convincente al momento de resolver los Caso Cascada y Bilbao, pero jamás podría sostenerse que el estándar aplicado fue el de la duda razonable, toda vez que no corresponde aplicar una regla particular del Código Procesal Penal y que, además, corresponde al estándar más alto que podría aplicarse y que guarda sentido respecto de las penas más gravosas que puede sufrir una persona, como lo es la privación de libertad.

Con todo, quien debe definir cuál es el estándar a aplicar en los procedimientos sancionatorios es legislador y no la doctrina, ni la jurisprudencia, toda vez que definir cuánto nos podemos equivocar corresponde a una decisión política (de “política criminal”³⁰ como señala Ferrer) y no una decisión jurídica.

V. Conclusiones

El derecho al debido proceso, dado su nivel constitucional, debe ser aplicado a todo procedimiento, sea este civil, penal, administrativo, laboral u otro.

En materia administrativa, el derecho al debido proceso se encuentra regulado en los artículos 35 y siguientes de la Ley N° 19.880, siendo estas las normas que regulan y no normas contenidas en otros cuerpos normativos, como el código penal o el código procesal penal.

Los tres momentos probatorios son: la selección de los hechos que deben ser probados, la valoración de la prueba y la aplicación de la regla de estándar.

La Ley N° 19.880 contempla normas que regulan con claridad el primer momento probatorio, pero no tiene una disposición clara respecto a cuál es la regla de valoración aplicable en materia administrativa.

Si bien nuestro legislador no ha dictado ninguna norma que diga cuál es la regla de estándar que debe ser aplicada en los procedimientos administrativos sancionadores, lo que es claro es que no corresponde aplicar, supletoriamente, la regla de la duda razonable contenida en el código procesal penal.

Siendo la determinación de la regla de estándar de prueba una decisión política y no jurídica, deberá ser el legislador quien disponga cuánto error es tolerable por parte de la administración, al momento de dictar una sanción. En otras palabras, será el legislador quien defina la regla de estándar para los procedimientos sancionatorios, pudiendo ser el estándar civil de la preponderancia de la evidencia, un estándar superior como el de la prueba clara y convincente, o bien otro estándar.

En cualquier caso, como es menos grave equivocarse al sancionar a alguien con una sanción de índole pecuniaria que con una pena privativa de libertad, el estándar de prueba

³⁰ FERRER BELTRÁN.

que el legislador determine deberá, necesariamente, ser inferior al estándar penal de la duda razonable.

VI. Referencias bibliográficas

- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, [online] <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>, p. 2.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2014). “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*. Debate sobre abducción. Comares, Granada.
- VALENZUELA S., Jonatan (2013). “Inocencia y razonamiento probatorio”. En: Revista de Estudios de la Justicia.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Fase especializada del programa de formación y Desarrollo Profesional. Área Modular Jurídico Política*. Servicio Profesional Electoral. México.
- CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2010): “La motivación de las sentencias como un elemento de la sana crítica y el recurso de casación en el fondo. Informe Jurídico, Departamento de Estudio del Consejo de Defensa del Estado”. En: Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 24, 2010.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons, Madrid.
- LAUDAN, Larry (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” en: *Doxa*, N° 28, pp. 95 - 113
- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXVII, pp. 501 y ss.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” en: *Doxa*, N° 28, pp. 127-139.
- TARUFFO, Michele (2005): “La prueba, Conocimiento Científico y Estándar de Prueba”. En: *Jueces para la democracia*, N° 52.
- TARUFFO, Michele, Andrés Ibáñez, Perfecto y Candau, Alfonso (2009). “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

- HAACK, Susan (2013). “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. En: *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, Madrid, pp. 69-70.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012). “Hacia un estándar de prueba civil”. En: *Revista chilena de derecho*, 39(3), pp. 783-808.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2007). “La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable”. En: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (15), p. 15.