

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ANTE LA SVS Y DEBIDO PROCESO

ADMINISTRATIVE SANCTIONS PROCEDURE BEFORE THE CHILEAN SUPERINTENDENCY OF SECURITIES AND INSURANCE COMPANIES AND DUE PROCESS OF LAW

*Clemente Dougnac Mujica**

Resumen

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS reconoce como fundamento normativo las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo. Dicho cuerpo legal establece las condiciones generales de actuación de la Administración, careciendo de garantías adicionales a aquellas comunes a cualquier actuación de ésta. Dado que mediante los Procedimientos Administrativos Sancionatorios el Estado ejerce el *ius puniendi* en sede administrativa, éstos debieran contar con garantías procesales similares a aquellas establecidas en el proceso penal. Por su parte, el *Debido Proceso* no se agota en las normas constitucionales que lo consagran, sino que debiera ser un elemento interpretativo a tener en cuenta en la tramitación de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios. El presente trabajo analiza el Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS y su relación con los principios del Debido Proceso.

Palabras Clave: Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Debido Proceso, Superintendencia de Valores y Seguros, Ley N° 19.880

Abstract

The Administrative Sanctions Procedure followed before the SVS is performed according the Administrative Procedure Act. The Administrative Procedure Act sets the general requirements to the Administration

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 22 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2016. Correo electrónico: cdougnac@dyb.cl.

performance, lacking of additional procedure guarantees. Inasmuch as by the Administrative Sanctions Procedure the government exercises the *ius puniendi* in the Administrative sphere, this kind of procedure should have procedure guarantees such as those observed at the criminal procedure. On the other hand, the Due Process of Law it is not just a rule but a principle as well. This work analyses the Administrative Sanctions Procedure under the scope of the Due Process of Law.

Keywords: Sanctioning Administrative Procedure, Due Process.

1. Introducción

El presente trabajo analiza el procedimiento administrativo sancionatorio seguido ante la Superintendencia de Valores y Seguros en relación a los Principios del Debido Proceso. A fin de delimitar los alcances del trabajo, debemos señalar que el análisis no discurre sobre la naturaleza jurídica, garantías y límites aplicables a la Potestad Sancionatoria de la Administración, sino que se centra –única y exclusivamente– en aquellos actos por medio de los cuales ésta se materializa por parte de la SVS. Es decir, se centra en el denominado *Procedimiento Administrativo Sancionatorio* seguido por y ante la SVS. En razón de lo anterior, en lo sucesivo y no mediando aclaración en contrario, las referencias que se realicen a la *Potestad Sancionadora* y al *PAS* deben entenderse realizadas a las facultades sancionatorias que detenta la SVS y, respecto al *PAS*, a aquellos procedimientos que son realizados por y ante la SVS para la determinación de las responsabilidades producto de infracciones a la normativa que le ha sido encomendado fiscalizar.

Si bien es una cuestión de enorme trascendencia, la potestad sancionatoria de la SVS es tomada como un mero dato, siendo –en principio– intrascendente su estatuto jurídico aplicable para el análisis que en este trabajo se realiza. Lo anterior se debe a que tanto la normativa institucional, como la fuerza de los hechos, hacen un tanto inoficioso discurrir sobre el linaje y legitimidad de la potestad sancionatoria de la SVS, ya que ella se impone como una realidad por sí misma: no cabe duda de que existe, cuenta con consagración legal y a su respecto la SVS ha desarrollado una verdadera práctica sancionatoria destinada a regular el mercado.

Otro argumento a favor de nuestro supuesto simplificador del análisis radica en que tanto la nomenclatura utilizada, como los *Principios del Debido Proceso* que se hacen valer en los *PAS* no reconocen matices derivados del estatuto jurídico aplicable a la potestad sancionatoria de la Administración,

sin perjuicio de que la opción que se tome al respecto determinará la extensión de garantías y los límites materiales que se reconocen en éste. En tal sentido, da igual si la potestad sancionatoria de la SVS se la asocia con el ejercicio de la jurisdicción o si bien ella detenta la calidad de mera facultad administrativa: al hablar de debido proceso todos entienden básicamente lo mismo. Sin embargo, no existe consenso en cuanto a su extensión, ni, consecuentemente, a la determinación de aquellas circunstancias que, precisamente, constituyen una vulneración a su aplicación.

Mediante la invocación del concepto de *Debido Proceso*, las partes apelan a que la determinación de la responsabilidad por infracciones a las normas cuya fiscalización se le ha encomendado a la SVS se materializará a través de medios racionales y razonables. Cumple así una doble función. Por una parte, legitima el proceder de la Administración en la materialización de su pretensión sancionatoria, dotándola de justificación –producto de la racionalidad de lo decidido– y, por otra, permite al afectado demandar de la administración criterios razonables en el procedimiento de determinación de responsabilidad por las infracciones cometidas. Lo anterior no es otra cosa que la aspiración de que, en los términos utilizados por la Constitución,

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”¹,

cuestión que corresponde a la fórmula empleada por el constituyente nacional para incluir al *Debido Proceso* en el catálogo de garantías constitucionales²⁻³. La pregunta de rigor al respecto es ¿cumple la actual estructura normativa del PAS con los requisitos de un *Debido Proceso*? O

¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, artículo 19 N° 3 inciso 5°.

² COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN, Cuestión discutida en la Sesión 101, de 9 de enero de 1975.

³ Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “El Derecho Fundamental a un Juez Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, p. 265. La Constitución Política de la República no utiliza la expresión debido proceso, pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el Derecho anglosajón (“due process of law”), lo que a juicio de Evans podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia anglosajonas han construido al respecto. Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “racional y justo procedimiento” (artículo 19 N° 3 inciso 5° de la C. Pol.). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

planteado en otros términos ¿es suficiente a la luz del concepto de *Debido Proceso* que los PAS se sometan a la legislación vigente? La respuesta no es clara. Si bien el diagnóstico parece inclinarse a que la actual estructura normativa es insuficiente a la luz del *Debido Proceso*, tanto la SVS como los Tribunales desconocen en su práctica dichos cuestionamientos. En los casos en que se ha solicitado a los Tribunales pronunciarse respecto a las objeciones por infracción a las normas del Debido Proceso verificadas en un PAS, puede observarse una cuasi absoluta deferencia por parte de estos hacia la Administración.

El marco conceptual para el análisis propuesto se enmarca en los *Principios del Debido Proceso*. Al referirnos a *Principios del Debido Proceso* queremos significar que se trata de un estándar de moralidad pública que va más allá de las normas de derecho positivo en que se contiene⁴. En tal sentido, los PAS deben necesariamente considerar sus directrices si lo que se pretende es que ellos se ajusten a sus postulados.

Al respecto, dos circunstancias debieran aclarar el panorama. Por una parte, como indica Alvarado Velloso

“La idea de debido proceso muestra un fenómeno jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha podido ser definido con precisión absoluta, de modo tal que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del derecho”⁵.

Lo anterior ha llevado a que su conceptualización haya sido formulada mayoritariamente en términos negativos, circunstancia que impide analizar el tema en su plenitud⁶. Los Tribunales se pronuncian a su respecto cuando NO se ha observado un *Debido Proceso*. Aquí radica la problemática conceptual más trascendente que se aborda en el presente artículo: consistente con su calidad de *Principio*, el contenido del *Debido Proceso* se encuentra infradeterminado. Corresponderá a los Tribunales de Justicia especificar en cada caso concreto si se verifican los presupuestos de un *Debido Proceso*. Como señala Couture, la

⁴ Luiz Guilherme MARIONI, Alvaro PÉREZ RAGONE, Alvaro NUÑEZ OJEDA, *Fundamentos del Proceso Civil*, p. 30.

⁵ Adolfo ALVARADO VELLOSO, *El Debido Proceso*, p. 547 y ss, versión electrónica en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>. [Fecha de consulta: 7 de enero de 2016].

⁶ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.* p. 547; Raúl TAVOLARI OLIVEROS, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, p. 50.

“Jurisprudencia de la Suprema Corte de EEUU ha elaborado una importante casuística que puede servir de ejemplo acerca de una prolongada experiencia histórica de vigilancia constitucional sobre el proceso”⁷.

En consecuencia, la trascendencia jurídica del concepto se deriva de su aplicación a casos concretos en los cuales no se satisfacen *Principios* de razonabilidad en el procedimiento de adopción de la decisión jurisdiccional. Con ello se quiere reforzar la idea que el concepto de *Debido Proceso* debe ser un concepto abierto, funcional a la garantía de razonabilidad, siendo más que factible que, aun respetando la normativa que se ha dispuesto para la adopción de la decisión de que se trate, éste se vea conculcado. Por otra parte, la circunstancia que el *Debido Proceso* detente la calidad de *Principio* importa un mandato al juzgador en cuanto a interpretar las normas procedimentales en sintonía con éste.

La importancia del presente análisis se proyecta a dos ámbitos que inciden directamente en la práctica sancionatoria de la SVS. En primer lugar, la Superintendencia de Valores y Seguros utiliza su potestad sancionatoria como una herramienta más de política pública, mediante la cual aspira a satisfacer el mandato legal de fiscalización que se le ha encomendado⁸. En este entendido, la potestad sancionatoria de la SVS es una potestad administrativa orientada a un fin⁹, ya que corresponde –valga la redundancia– a una función meramente administrativa. Es decir, a través de su potestad sancionatoria, la SVS aspira a disciplinar los mercados objeto de su supervisión, con miras a que, por medio de las correspondientes sanciones, sus intervinientes cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan. La relevancia del argumento radica en que abstrae de los límites y garantías materiales clásicas del Derecho Penal a la potestad sancionatoria de la SVS.

El problema que se presenta es que para la materialización de su potestad sancionatoria, la SVS debe recurrir a la sustanciación de *PAS*, institución jurídica que no debería ser categorizada como instrumento de política pública. En tal sentido, resulta sensato diferenciar los límites

⁷ Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 193 y ss. Entre ellas se contempla *Inconstitucionalidad por Falta de Citación.- (...) Inconstitucionalidad por falta de emplazamiento.- (...) Inconstitucionalidad por privación de audiencia.- (...) Inconstitucionalidad por privación de prueba.- (...); Inconstitucionalidad por Privación de Recursos.- (...)*.

⁸ Aunque no es un criterio explicitado por la SVS como parte de una política de fiscalización, éste puede extraerse tanto de la práctica sancionatoria, como de ciertas argumentaciones jurídicas de carácter administrativo y jurisdiccional.

⁹ Fernando ATRIA, “Informe en Derecho sobre las Facultades Sancionatorias de la SVS”, p. 15.

y garantías con que se encuentra revestida la responsabilidad criminal de la responsabilidad administrativa, pero la atribución de responsabilidad en concreto no puede tratarse de igual manera que las potestades sancionatorias con que cuenta la Administración en abstracto. Lo anterior por cuanto la configuración de *procedimientos* normados como medios de resolver conflictos reconoce su origen en la necesidad de establecer criterios de certeza para la adjudicación de derechos en un marco objetivo de determinación. Dicho marco objetivo de determinación –de no mediar una estructura normativa adecuada– corre un serio riesgo de ser instrumentalizado, si quien detenta la Potestad Sancionatoria declara que utilizará ésta para la consecución de sus propios fines. Así, resulta problemático que el PAS se instrumentalice, siguiendo la suerte de la Potestad Sancionatoria, ya que ello importaría encaminar, *ab initio*, el curso que debe dársele a éste. En consecuencia, si bien el relato justificatorio que realiza la SVS en cuanto a la naturaleza y fines de su potestad sancionatoria no merece objeciones, éste no puede ni debe ser trasladado al PAS si se quiere ser consistente con los *Principios del Debido Proceso*.

El otro aspecto a tener en consideración es que la demanda por un PAS que se ajuste a los requerimientos de un *Debido Proceso* aumenta en la medida en que las infracciones sancionadas implican mayores responsabilidades patrimoniales para los involucrados. Consistente con el crecimiento que ha experimentado el mercado de valores local, es dable esperar que, en la medida en que existan mayores posibilidades de rentas involucradas, los PAS se harán más recurrentes.

2.- Planteamiento del problema

El término *Debido Proceso* corresponde a un concepto de uso habitual en las argumentaciones jurídicas, pero no existe claridad respecto a su contenido y extensión¹⁰. Reviste tal relevancia que se encuentra incorporado al catálogo de Derechos Constitucionales en el artículo 19 N° 3 inciso 5°. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución, aquellos tratados ratificados por Chile que lo reconocen se entienden incorporados a la legislación interna, siendo un deber del Estado respetarlo y promoverlo. A este respecto, particularmente importante resulta el Pacto de San José de Costa Rica, el cual, en su artículo

¹⁰ La evolución histórica de la aplicación concreta del concepto en la jurisprudencia norteamericana puede verse en Amar AKHIL REED; *America's Constitution. A biography*.

8° enumera una serie de garantías judiciales¹¹ donde se contienen los elementos usualmente empleados en la conceptualización del debido proceso¹². De más está decir que el concepto se encuentra revestido de una carga valórica político democrática que hace impensable que alguna autoridad, ya fuere –administrativa o judicial, se desprenda de su uso, aun cuando desconozca el contenido y las implicancias que éste conlleva. En tal sentido, el concepto sufre de una suerte de vulgarización, siendo una declaración de estilo por parte de las autoridades que sus procedimientos se han ceñido a sus requerimientos. Cuando la SVS argumenta que en un bullado PAS se ha respetado el *Debido Proceso* por cuanto éste se ha sujeto a la normativa aplicable, reduce el concepto únicamente a la normativa aplicable, obviando su función como *principio* y la dimensión valórica que éste conlleva. La declaración de la SVS es aun más dramática si se tiene en consideración que la actual normativa utilizada para la sustanciación

¹¹ Señala el artículo de la referencia *Garantías Judiciales*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹² TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.* p. 50.

de los *PAS* no reconoce un fundamento normativo propio y específico, sino que esta recurre a las normas contenidas en la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo para ello. Es decir, el actual *PAS* contiene las mismas garantías que cualquier otro trámite o procedimiento llevado a cabo por la Administración.

El problema radica en que los *PAS* sin duda corresponden a procedimientos administrativos, pero a su respecto debiera trasladarse buena parte de las garantías procesales que se reconocen a los sujetos objeto de persecución criminal, dado que a través de ellos se ejercita nada menos que el *ius puniendi* estatal¹³. Esta última circunstancia es reconocida en términos meramente formales por la SVS, ya que de su práctica sancionatoria se desprende que las garantías con que cuentan los sujetos sometidos a un *PAS* son únicamente aquellas comunes a todos los procedimientos administrativos. Garantías tales como la inalterabilidad de los hechos imputados, el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar en contra de sí mismo, son elementos que no han sido recogidos por la práctica sancionatoria de la SVS.

En suma, tanto de la falta de claridad conceptual que afecta al término *Debido Proceso*, como la ausencia de normativa específica para la sustanciación de *PAS*, se desprenden una serie de problemas que considero no han sido analizados de acuerdo a su importancia. En la presente sección se individualizan aquellos que he considerado más trascendentes.

2.1.- El primer problema que suscita el análisis propuesto radica en determinar si la SVS resulta obligada por el derecho constitucional establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 5°. Dicho precepto reza

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La primera cuestión que habrá que despejar es si la SVS, como órgano instructor y resolutor de un *PAS*, puede ser considerado un *órgano que*

¹³ Manuel REBOLLEDO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio María BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 555. “La traslación de buena parte de los derechos fundamentales del artículo 24.2 de la CE en favor del inculcado al procedimiento administrativo sancionador lo ha distanciado del resto de los procedimientos administrativos. Como la jurisprudencia se ha encargado de explicar, sólo en el sancionador resultan aplicables tales derechos que no se proyectan a los demás procedimientos administrativos, tampoco a los que se siguen para adoptar actos de gravamen o perjudiciales para el interesado que sean de carácter no punitivo (...)”.

ejerza jurisdicción. La SVS sostiene que la potestad sancionatoria con la que cuenta es una función meramente administrativa, no pudiendo, por tanto, calificarse su actividad como jurisdiccional. Así, en principio, no le sería exigible lo dispuesto en dicho precepto. Sin embargo, de la discusión mantenida en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución se sigue que dicho precepto no sólo se refiere a los Tribunales de Justicia como órganos que ejercen jurisdicción, sino que el concepto abarca también a aquellas autoridades administrativas que ejercen funciones asimilables a las jurisdiccionales. En palabras del profesor Enrique Evans de la Cuadra

“(...) se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónimas de ‘órgano’ en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además, dejamos establecido que la expresión ‘sentencia’ no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a cualquier resolución, ya vimos que de cualquier autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales”¹⁴.

De igual manera, dada la similitud existente entre la labor sancionatoria de la Administración y el ejercicio de la jurisdicción, resulta del todo razonable hacer extensible, con matices, la garantía judicial establecida en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica a los PAS, ya que estos son mecanismos utilizados para la determinación de derechos y obligaciones en el ámbito administrativo infraccional.

En consecuencia, podemos afirmar que la SVS, en la sustanciación de un PAS, se encuentra comprendida dentro de aquellos órganos obligados a fundar sus resoluciones en un proceso previo legalmente tramitado. Sin embargo, el análisis del predicado contenido en la norma constitucional también presenta problemas, ya que la SVS basa la sustanciación de los PAS en las normas establecidas en la Ley N° 19.880. En tal sentido, ésta ha manifestado que la exigencia de *proceso previo legalmente tramitado* se satisface con el cumplimiento de las disposiciones de dicho cuerpo legal. Dichas normas se refieren a los procedimientos administrativos en general y no tienen por objeto regular un procedimiento administrativo sancionatorio propiamente tal. Consecuencia lógica de la falta de adecuación de la normativa al procedimiento sancionatorio, es que existen una serie de circunstancias que en definitiva quedan al arbitrio de la propia Administración, la cual resuelve de acuerdo a su propio criterio y convenien-

¹⁴ Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, p. 28.

cia. La actual estructura normativa de los *PAS* no contiene las garantías procedimentales suficientes que un proceso de tal naturaleza requiere.

La parte más crítica de esta indeterminación normativa se da en la etapa probatoria del *PAS*, en la cual la SVS ha adoptado criterios de procedencia de la prueba de filiación desconocida que no se condicen con los *Principios del Debido Proceso*. Resulta curioso que sobre este punto los Tribunales no hayan realizado reproche alguno a la SVS, habida consideración que el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la eventual potestad sancionatoria del Servicio Electoral, en la sentencia Rol 376, de 17 de junio del año 2003, sostuvo que el artículo 19 N° 3 de la Constitución

“consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos”¹⁵.

Lo anterior cobra relevancia por cuanto podemos señalar que la regulación legal actual de los *PAS* no se condice con la exigencia constitucional, toda vez que dicha regulación legal simplemente no existe, no pudiendo entenderse cumplida la exigencia de *proceso previo legalmente tramitado*, ya que éste debe ser idóneo para el fin que se busca satisfacer.

2.2. Un segundo problema que se presenta es determinar si, habida consideración de todo lo anterior, debiéramos ser benevolentes y dispensar al *PAS* de las exigencias del debido proceso. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Lo anterior por cuanto dado que lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 5° es un derecho fundamental, el mandato constitucional contenido en los artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2° obliga al Estado no sólo a respetar los derechos y garantías contenidos en la Constitución, sino que debe promoverlos. Esto coloca en deuda al Estado en relación a los requerimientos que la Constitución le impone en materia de *PAS*¹⁶. Dicha deuda no puede ser condonada, ya que emana de la norma con mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo los órganos pertinentes acomodar su actuación a ella y no a la inversa.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 376 de 17 de junio de 2003; considerandos 29 y 30.

¹⁶ Esta deuda es expresamente reconocida en el Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores.

Por lo demás, como lo señala Alvarado Velloso, el concepto de *Debido Proceso* debiera ser sinónimo del concepto de *Proceso*¹⁷, por tanto, su utilización se debe reservar a aquellas estructuras normativas que califican como proceso y no meros procedimientos. Es decir, todo proceso, por el simple hecho de ser tal, debiera satisfacer los requerimientos de un *Debido Proceso*.

2.3. En tercer lugar, como consecuencia de la precaria estructura normativa de los PAS, resulta interesante analizar si el relato justificatorio que ha elaborado la SVS en relación a su potestad sancionatoria, tiene alguna incidencia en el *Debido Proceso*. La SVS ha manifestado que

“(...) perseguir el interés general (bien común) a través de la acción de los órganos del Estado obliga a esos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción. Por eso la Administración se caracteriza por ser una potestad *ordenada de modo finalista*: debe hacer lo que en las circunstancias convenga al interés general. La ley fija el fin de modo abstracto, pero la Administración decide sobre los medios adecuados para obtener este fin. Por eso la decisión sobre qué medios usar en las circunstancias no puede ser legitimada mediante una estructura que permita entender que la acción del funcionario inferior es ejecución de programas o instrucciones dados por el funcionario superior, que retiene por eso responsabilidad por su formulación y ejecución”¹⁸⁻¹⁹.

Siguiendo el referido argumento, la SVS ha sostenido que en su calidad de organismo miembro de Administración del Estado dotado de potestad sancionatoria, no le son aplicables con la misma intensidad los límites y garantías establecidos para el Derecho Penal. El estándar aplicable a la jurisdicción penal debe ser, necesariamente, más estricto que el estándar aplicable a la Administración. Lo anterior se deriva de que la estructuración del Derecho Penal como un sistema de garantías se fundamenta en que los bienes jurídicos afectados por la respuesta punitiva penal es de la máxima gravedad con que cuenta el ordenamiento jurídico, mientras que la respuesta punitiva de la Administración compromete únicamente el patrimonio del administrado²⁰. En este sentido, la SVS sostiene que

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, p. 561.

¹⁸ ATRIA, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹ El referido argumento ha sido desplegado por la SVS consistentemente a partir del año 2009 en diversas argumentaciones tanto administrativas como judiciales. Se hace la referencia al Informe en Derecho del profesor Atria por ser la elaboración más sólida y completa del argumento en cuestión.

²⁰ ATRIA, *op. cit.*, pp. 47 y ss.” (...) el derecho administrativo sancionatorio no es parte del derecho penal, por lo que la aplicación de sanciones administrativas no necesita estar

“(…) el régimen administrativo sancionatorio está sujeto a exigencias menos estrictas de legalidad, tipicidad, culpabilidad; (2) que ese relajamiento tiene como límite la idea de reproche que va de suyo en la noción de sanción: por relajado que sea ese régimen, es necesario que la sanción administrativa descansa en la imputación subjetiva de la infracción de una norma de comportamiento a alguien que podía conocerla y evitarla. De este modo la objeción con la que se iniciaba esta sección queda respondida: el sancionado no puede alegar que al sancionarlo la Administración lo usa con la única finalidad de, por ejemplo, enviar señales al mercado, porque después de todo ella sólo ha podido hacerlo porque él ha infringido voluntariamente un deber”²¹.

Ahora bien, la potestad sancionatoria de la Administración se encuentra indisolublemente ligada al PAS, ya que es a través de éste que se materializa. Dado lo anterior, resulta problemático armonizar la justificación que ha elaborado la SVS respecto de su potestad sancionatoria con el PAS, ya que la estructura normativa actual del PAS no lo permite, porque no existe.

En los hechos, resulta inseparable la potestad administrativa sancionatoria del PAS, encontrándose ambas encaminadas a satisfacer los fines de la SVS. Por tanto, el argumento que entrega la SVS en cuanto a la posibilidad de utilizar su potestad sancionatoria para sus propios fines adolece del error de omitir la exigencia de que la determinación de la responsabilidad infraccional se perfecciona a través de un PAS y que éste, en virtud del mandato constitucional contenido en los artículo 1° inciso 4° y 5° inciso 2° de la Constitución, debe encontrarse conforme a los *Principios del Debido Proceso*. En otras palabras, para llegar a la conclusión de que

“el sancionado no puede alegar que al sancionarlo la Administración lo usa con la única finalidad de, por ejemplo, enviar señales al mercado, porque después de todo ella sólo ha podido hacerlo porque él ha infringido voluntariamente un deber”,

previamente deberá haberse tramitado un PAS, en el cual se establezca la efectividad de la infracción cometida. Esto que parece una obviedad,

rodeada de las garantías que rodean la aplicación de las penas penales. (...) el procedimiento administrativo sancionatorio tiene una estructura mucho menos reglada que el procedimiento penal. Esto es consecuencia del hecho de que el reproche que expresa la sanción administrativa es de menor entidad que el expresado por la sanción penal, y como consecuencia de esto los bienes puestos en riesgo por la actuación de la Superintendencia son correspondientemente de menor entidad”.

²¹ ATRIA, *op. cit.*, p. 49.

se convierte en algo complejo a la luz de las exigencias del *Debido Proceso* si se considera que la SVS ya ha manifestado que utiliza su potestad sancionatoria de manera finalista para obtener sus propios fines. Es decir, la SVS utilizará su potestad sancionatoria para disuadir a sus fiscalizados de que incumplan con la normativa aplicable. Si lo anterior es efectivo, el PAS debiera contar con las suficientes garantías procesales como para poder contrarrestar por sí mismo la intención de la SVS de utilizar su potestad sancionatoria para perseguir sus propios fines. Habrá que convenir que resulta prácticamente imposible que, tramitándose los PAS por y ante el mismo organismo que ha declarado que utilizará su potestad sancionatoria para entregar señales al mercado, ésta haga caso omiso de sus propias declaraciones y aquellos sean tramitados con imparcialidad.

2.4. En cuarto y último lugar, se plantea la problemática de determinar si, tal como lo sostiene la SVS, la aplicación de la normativa vigente –Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo– a la tramitación de los PAS resulta suficiente a la luz de los *Principios del Debido Proceso*.

El análisis normativo debiera ser más amplio y tomar en cuenta no sólo la actual regulación del procedimiento administrativo, sino que debe analizarse también la normativa orgánica de la SVS, toda vez que la estructuración de ésta influye y condiciona el desarrollo de los PAS.

Respecto a este último punto, debe señalarse que sobre la SVS confluyen múltiples potestades, destacándose las normativas fiscalizadoras y sancionatorias²². Evidentemente, la sola concentración de facultades implica dotar a la Administración de un mayor poder sobre los sujetos sometidos a su regulación, cuestión que pugna con el principio de separación de poderes. En abstracto, se observa una relación inversamente proporcional entre un incremento de autoridad y los derechos y garantías de los fiscalizados, de manera tal que al aumentar los poderes con que cuenta un organismo estatal, disminuyen las garantías de titularidad de los fiscalizados. Lo anterior por cuanto la expansión de funciones como las señaladas, implican necesariamente el ejercicio de un mayor poder de decisión sobre los destinatarios de las normas. Coincidente con este diagnóstico, el mensaje del proyecto de ley actualmente en discusión en el Congreso que crea la Comisión de Valores y Seguros, señala sobre el actual estado de la SVS que

²² José Francisco GARCÍA G., “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, pp. 339 y ss. Dicho diagnóstico es coincidente con el Mensaje del Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores.

“(…) este diseño institucional supone ciertas debilidades adicionales derivadas a la sola evolución de los mercados, las cuales se intenta mitigar a través del presente proyecto de ley. Dentro de estas debilidades, se pueden citar, entre otras:

a. El hecho de recaer toda la autoridad y atribuciones en una autoridad unipersonal, el Superintendente, supone el hecho de no contar con contrapesos y filtros eficientes frente a las resoluciones y normativa;

b. La actual estructura de la Superintendencia, en cuanto órgano que investiga posibles infracciones y resuelve en un procedimiento sancionatorio, concentra dichas facultades en el Superintendente, lo que genera riesgos de cuestionamientos a la imparcialidad; y

c. Atendida la dinámica del rol fiscalizador, regulatorio y sancionatorio en el mercado de valores y seguros, resulta del todo conveniente establecer una estructura colegiada que permita contar con diversidad de criterios y experiencia en la adopción de decisiones particularmente relevantes para estos mercados y hacer frente a los complejos escenarios que atraviesan los mercados, cada vez más globalizados.

Estas situaciones, hacen cada vez más necesario que la Superintendencia cuente con un gobierno corporativo e institucionalidad que dé cada vez mayor garantía de la objetividad, eficiencia y oportunidad de las decisiones que adopta. Para lograr dicho objetivo, se requiere realizar un cambio profundo al marco jurídico que la rige, fortaleciendo su gobierno corporativo, su estructura orgánica y los recursos humanos y materiales que se le asignan²³.

La reciente cita da cuenta de los peligros que se derivan desde la propia estructura orgánica de la SVS en relación a los *Principios del Debido Proceso*. Ahora bien, si de la sola estructura de diseño de la SVS se identifican notorios riesgos de vulneración de garantías fundamentales, este riesgo se incrementa sustancialmente en el momento en que la Administración materializa su pretensión sancionatoria mediante el PAS.

Por lo anterior, resulta altamente discutible desde la perspectiva de las garantías de los justiciables ante el *ius puniendi* estatal en sede administrativa, que la pretensión sancionatoria de la Administración se encuentre enmarcada normativamente en las disposiciones contenidas en la Ley 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos. Dicha normativa –que si bien fue dictada con miras a establecer limitaciones sensatas en el ejercicio del poder público por parte de la Administración– es del todo precaria como resguardo normativo para la sustanciación de PAS.

Dada la anómala calidad de persecutor y decisor de la SVS, resulta probadamente dificultoso para quienes se han visto arrastrados a un PAS

²³ Proyecto de Ley que crea la Comisión de Valores y Seguros.

la aplicación de las instituciones y principios generales de derecho procesal a dichos procedimientos. Conceptos como acción, excepción, imparcialidad y proceso ven su significado y sentido desdibujado debido a la atrofia estructural que supone reunir en un mismo organismo la calidad de persecutor y decisor. Pero no por pervertidos que se encuentren dichos conceptos producto de la deficiente estructuración de la Administración del Estado, ellos dejan de tener validez o su aplicación puede ser omitida, ya que dichas instituciones procesales básicas otorgan legitimidad y certeza a las decisiones que adoptan aquellos organismos facultados para decidir de manera vinculante cuestiones de relevancia jurídica. La aspiración de claridad conceptual en cuanto a la aplicación de instituciones procesales clásicas y fundamentales en las relaciones controversiales en que se ven envueltos los integrantes de una comunidad jurídicamente organizada, reconoce su fundamento en la seguridad y garantía que, producto de años de elaboración, dichos conceptos importan para quienes controvierten.

3.- Principios del Debido Proceso

En el actual Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad como garantía limitativa de la actuación del Estado se ha transformado en un concepto más amplio –principio de juridicidad– en virtud del cual ya no sólo se exige una sujeción formal del Estado a la ley, sino que ésta, a su vez, debe ser consistente con las normas establecidas en la Constitución²⁴. Así, la ley encuentra sus límites en los principios constitucionales, quedando condicionada por los derechos positivados en ésta. Es decir, la ley no tiene un valor autónomo producto de su apego a procedimientos formales de creación, sino que éste dependerá de su adecuación a los derechos fundamentales²⁵.

El Estado contemporáneo se caracteriza por la fuerza normativa de la Constitución²⁶, cuestión determinante a la hora de evaluar las actuaciones

²⁴ Richard POSNER, *Overcoming Law*, p. 173. (...) The common preoccupation of these theorists, as of most constitutional theorist today, is with the soundness or legitimacy of a relative handful of famous Supreme Court decisions concerning individual rights. That constitutional theory should have so confined, and so relentlessly normative, a focus is not inevitable even if we ignore the fact that Constitution does much more than confer rights; it also defines the respective powers of the different branches of government. It would be good if students of the Constitution paid more attention to the positive aspects of their subject –in particular the causes and consequences of constitutional rights, duties, power, and structures.

²⁵ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

²⁶ *Op. cit.*, p. 33.

del Estado y particularmente aquellas en las que existe posibilidad de vulneración de derechos fundamentales. Así, toda norma constitucional, “(...) produce efectos jurídicos inmediatos y condiciona el ‘modo de ser’ de las reglas”²⁷. Por tanto, las normas constitucionales, además de su dimensión normativa, cumplen la función de prisma interpretativo respecto de aquellas normas en que se plasman los distintos derechos que ellas consagran. Lo anterior implica que las normas reguladoras de los PAS deben tener como referencia obligatoria los principios inspiradores del debido proceso reconocidos en la Constitución²⁸.

Por lo mismo, primero la SVS y luego los Tribunales de Justicia, no deben reducir la aplicación de los PAS única y exclusivamente a las normas de derecho positivo que ordenan dichos procedimientos, sino que deben hacerlos concordar con las normas y principios establecidos en la Constitución. En el estado actual de la cuestión, el proceso de adecuación interpretativa resulta particularmente relevante, habida consideración de que no existe normativa especial que se refiera a los PAS. Lo anterior constituye una grave falencia normativa del Estado, toda vez que éstos no pueden ser catalogados únicamente como *instrumentos de política pública* con los que cuenta la Administración para el desarrollo de las funciones, sino que en ellos se determina la pretensión punitiva de la Administración, cuestión jurídicamente trascendente que puede importar una interferencia en los derechos fundamentales de los individuos objetos de dicha pretensión²⁹. Siguiendo a Lucía Alarcón Sotomayor,

“el procedimiento administrativo sancionador constituye una garantía esencial para los administrados que sean acusados de haber cometido una infracción. Como todos los procedimientos administrativos, supone una garantía de acierto para la Administración en su decisión y es el cauce normal para que el administrado ejercite sus derechos ante ella. Pero, en el procedimiento sancionador, aún hay más, puesto que en él deben hacerse valer verdaderos derechos fundamentales del inculpado”³⁰.

²⁷ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, p. 34.

²⁸ En un sentido similar, el profesor Julián LÓPEZ MASLE señala que el prestigio de que goza el principio del debido proceso se desprende de la doble función que cumple en los EEUU como “función de integración de otros derechos fundamentales y como función de generación de reglas de la persecución estatal”. Julián LÓPEZ MASLE, “Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”.

²⁹ El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL así lo ha establecido en los fallos N° 244, 376, y 389.

³⁰ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 541.

Así, el desafío a que se encuentran sujetos los PAS es elevar al grado de garantía normas que simplemente establecen directrices generales para el desarrollo de la función pública. En mi opinión, ello puede alcanzarse de forma simple y directa por medio de la vía interpretativa.

La fórmula mediante la cual se recoge el concepto de *Debido Proceso* en nuestra Constitución permite extraer criterios interpretativos, pero, consistentes con su carácter referencial, ellos no se agotan en el escueto texto de la disposición constitucional³¹. De lo anterior se da cuenta en las discusiones mantenidas en el seno de la Comisión Constituyente, en la cual se repara en la dificultad de definir el *Debido Proceso*³², como asimismo, la negativa de los comisionados de adoptar dicha expresión en la Carta Fundamental, la cual se identifica con el estándar establecido por la jurisprudencia norteamericana. Por tanto, dicho concepto no puede considerarse agotado en la definición constitucional, sino que éste debe ser complementado con la elaboración que han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Tal como se indicara anteriormente, la conceptualización del *Debido Proceso* ha sido formulada mayoritariamente en términos negativos³³, cuestión que dificulta su aplicación como parámetro interpretativo.

En razón de lo anterior, y dado su utilidad para los efectos del presente análisis, expondremos la categorización realizada por Alvarado Velloso y compartida por Tavolari³⁴. Así, los principios que debieran servir de inspiración para la interpretación de las normas procesales, son los que se señalan en el siguiente apartado.

3.1.- DETERMINACIÓN POSITIVA DEL DEBIDO PROCESO

Siguiendo a Alvarado Velloso,

“(...) el proceso, como medio de discusión que es, debe desarrollarse entre dos partes situadas en posiciones antagónicas y ante un tercero que actúa en carácter de autoridad.

³¹ BORDALÍ SALAMANCA, *op. cit.*, p. 266.

³² TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.*, p. 50.

³³ Cita 5.

³⁴ MARIONI, PÉREZ RAGONE, NUÑEZ OJEDA, *op. cit.*, pp. 439-440. “(...) Los aspectos que constituyen condiciones del debido proceso adjetivo asumen muy especial relevancia por impronta constitucional: 1) que medie imparcialidad e independencia de los jueces, condición que se vincula con el principio procesal de igualdad de las partes en litigio; 2) que todo litigante tenga oportunidad adecuada de defensa y prueba, vinculado al principio de contradicción; y 3) que la intervención jurisdiccional asegure la tutela judicial efectiva en tiempo útil, condición vinculada al principio de economía procesal (Art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos)”.

Cualquier cosa que se le parezca, pero que no reproduzca exactamente tal afirmación, será un simple procedimiento, pero no un proceso.

Y es que el concepto de procedimiento es puramente jurídico y común a todas las instancias que pueden ejercitarse ante cualquier funcionario (administrativo o judicial) y siempre constituye una serie de actos predeterminados por el legislador y que sirven como modelo patrón para que sean reproducidos invariablemente por los interesados³⁵.

Agrega el autor que, siendo el proceso un medio de resolver conflictos, para que pueda hablarse de Debido Proceso deben satisfacerse los siguientes presupuestos:

“1.- El principio de igualdad de las partes: esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter dual del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediamente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad.

Tan importante es esto que todas las Constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho de igualdad ante la ley, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican una clara desigualdad (...).

En el campo del proceso la igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

2.- El principio de imparcialidad del juzgador: de tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar ese carácter; para ello no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).

3.- El principio de transitoriedad del proceso: nadie puede dudar que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad dada. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo (...).

(...). De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión. (...)

³⁵ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, p. 552.

4.- El principio de eficacia de la serie procedimental: para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto debe estar constituida por los pasos elementales que han sido aceptados como tales en todo tiempo y lugar: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5.- El principio de moralidad procesal: si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. De ahí que la regla moral deba presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

(...)

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que un proceso es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados³⁶.

Si lo que se pretende es que las normas que regulan los PAS se encuentren libres de objeciones desde el punto de vista de un *Debido Proceso*, en su interpretación y adecuación deberían tenerse en consideración los principios anteriormente reseñados. Sin duda los puntos más controvertidos a la hora de su aplicación al PAS son los contenidos en los números 1) y 2), por cuanto su actual estructura normativa simplemente no los reconoce, quedando dichos parámetros relegados a la determinación discrecional de la SVS. Por lo mismo, la interpretación que de ellos se haga debiera tender a aplicarlos, en la mayor medida de lo posible, ya que, por otra parte, su aplicación en plenitud haría imposible la realización de la función administrativa.

Ahora bien, lo anterior nos impone un nuevo problema, consistente en determinar la extensión de la fuerza interpretativa de los preceptos constitucionales en relación a los distintos poderes del Estado involucrados en la sustanciación o revisión de los PAS. Debemos determinar en qué medida los *Principios del Debido Proceso* serían exigibles de manera compulsiva a los órganos del Estado, ya que, en un Estado de Derecho, las actuaciones de la Administración necesariamente requieren de la posibilidad de revisión por algún órgano externo e independiente, ya sea bajo la denominación de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, ya sea derechamente mediante la Revisión Judicial³⁷. Así, una interpretación

³⁶ ALVARADO VELLOSO, *op. cit.*, pp. 557 y ss., TAVOLARI OLIVEROS, *op. cit.*, p. 51.

³⁷ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMILLO, *op. cit.*, p. 911 "Como toda actividad administrativa, la sancionadora está sometida al control judicial. Lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la

de los PAS conforme a los principios constitucionales no sólo resulta imperativo para la Administración, sino que en igual o mayor medida, respecto de quien se encuentra llamado a revisar el apego de la actuación administrativa a la legalidad vigente. En este sentido, resulta comprensible que la Administración, con miras a obtener los fines que la ley le ha encomendado, no sea tan rigurosa en la aplicación de los principios constitucionales respecto de los sujetos a su pretensión punitiva. Sin embargo, de observarse tal fenómeno, debieran ser los Tribunales de Justicia los que exijan su cumplimiento por parte de la Administración³⁸. Con todo, consistentemente, los Tribunales han renunciado a su tarea de corregir las vulneraciones a los Principios del Debido Proceso en los PAS³⁹⁻⁴⁰.

CE así como lo establecido en el artículo 106.1 de la CE que consagra el control judicial de toda la actuación administrativa”.

³⁸ John Anthony JOLOWICZ, “On Civil Procedure”, pp. 151-153.

³⁹ La deferencia hacia la Administración por parte de los Tribunales de Justicia se ha manifestado principalmente a través de dos vertientes: i) Mediante la declaración de incompetencia por parte de los juzgados civiles de primera instancia para conocer materias relativas a la legalidad del procedimiento administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 del DL 3538; y ii) Mediante la desestimación de las reclamaciones de vulneración a las normas de procedimiento administrativo.

⁴⁰ LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en las causas Rol N° 1785-2012, acumulado al 1786-2012 se pronunció sobre el particular en los siguientes términos: “42°) Que, desde luego, es del caso manifestar y poner de relieve la circunstancia que, como es común en esta clase de reclamos, las argumentaciones son todas de orden formal, que apuntan, como siempre se hace, a reprochar cuestiones de procedimiento o posibles faltas de garantías en el juzgamiento, llegándose en el presente caso incluso al límite de imputar falta de probidad –honestidad u honradez– del Superintendente de Valores y Seguros, obviando por cierto lo principal, esto es, si se es o no responsable de lo que se ha calificado en el informe de la Superintendencia en términos que “nos encontramos frente a uno de los fraudes financieros más grandes de la historia del mercado de capitales chileno”.

Lo único que puede encontrarse al respecto, esto es, en torno a la comisión de los hechos imputados, es el calificativo de “supuestas” que se otorga a las infracciones. Lo anterior, aun cuando pudiere argumentarse, por cierto, que se trata de un reclamo de ilegalidad y que las alegaciones de mérito corren por otro carril o vía jurídica distinta;

43°) Que, de otro lado, debe también ponerse de relieve que las alegaciones que se han hecho en el presente caso no tienen ninguna novedad, puesto que son las mismas que, de ordinario, se formulan a raíz del cuestionamiento de procedimientos incoados por entidades fiscalizadoras, del ámbito administrativo e incluso de la misma Superintendencia de Valores y Seguros, y de que con relativa frecuencia debe conocer esta Corte, partiendo generalmente por intentar cuestionar la competencia del respectivo órgano para conocer del asunto que se ha investigado, alegando simplemente la incompetencia, o el hecho de que ella recaería en otros órganos fiscalizadores o dotados de la facultad de indagar, por lo cual se invadirían, en esta última eventualidad, las facultades de ese otro órgano.

Así entonces, esta Corte parte por manifestar que lo habitual es que se reprochen los mismos vicios que se han hecho presentes en este caso, según el desglose de alegaciones que se hizo al analizar el libelo de reclamo.

La doctrina actualmente mayoritaria señala que no puede confundirse la función jurisdiccional con la función sancionatoria administrativa⁴¹, aun cuando compartan rasgos comunes. Consecuencialmente, la intensidad de los requerimientos de un *Debido Proceso* no son los mismos en sede jurisdiccional y en sede administrativa, siendo en esta última el estándar requerido más laxo⁴².

Así, se debe determinar de qué manera o con qué intensidad le son aplicables al PAS los principios del *Debido Proceso*.

3.2. EL DENOMINADO “DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”

Desde ya puede notarse que lo que se le exige a la Administración no es un *Debido Proceso* en los términos referidos anteriormente, sino que los requisitos de legitimidad en la materialización de su potestad sancionatoria se circunscriben a un *Debido Procedimiento Administrativo Sancionatorio*. Es decir, éste no reproduce a cabalidad los requerimientos de un *Proceso*, por cuanto, entre otras licencias, no se perfecciona con dos partes antagónicas

En este recuento general resulta también pertinente consignar que se mezclan alegaciones que dicen relación con la resolución sancionatoria misma, y otras que se relacionan con el procedimiento que condujo a su dictación, lo cual es por cierto improcedente, porque si se reclama de una resolución terminal o final, a la que se llegó después de seguirse los diversos pasos que ha de dar un procedimiento administrativo, las argumentaciones deben decir relación con la misma, pues la oportunidad de cuestionar el procedimiento existe en tanto éste se está llevando a cabo, dentro de los plazos establecidos para ello y, en la especie, lo anterior ya se hizo en el primer reclamo, rechazado previamente en esta misma sentencia, en lo tocante a algunas cuestiones. Respecto de otras, sencillamente no se hicieron en el estadio procedimental correspondiente y no existe la posibilidad de plantearlas ahora, ya que ellas devienen en tardías.

De otra parte, se puede añadir la consideración de que la materia del reclamo es tan conocida, que la propia Superintendencia informante ha tenido oportunidad de afinar sus argumentaciones en contrario a tal punto, que en el caso de la especie se advierte que ha emitido un informe completo, redondo y jurídicamente contundente, con el que esta Corte concuerda por entero, y cuya sola mención y a cuya remisión bastaría para desechar sin más la reclamación”.

⁴¹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 86 y ss.; Daniel E. MALJAR, *El Derecho Administrativo Sancionador*; REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, María BUENO ARMIJO, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; J. OSSA ARBELAEZ, *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*, p. 155.

⁴² En contra de esta afirmación se manifiesta el profesor Enrique Alcalde quien señala que “(...) A nivel doctrinario, la moderna tendencia se pronuncia en igual sentido fundándose en la tesis que postula la igualdad cualitativa entre la sanción penal y la pena administrativa y de la que se sigue la aplicación de unos mismos principios y garantías a la imposición de una y otra sanción. Alcalde Rodríguez, Enrique; *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*”; *Actualidad Jurídica* N° 24, pp. 69-70.

ante un tercero dotado de autoridad. En este sentido, malamente podríamos hablar de *Debido Proceso* en sede administrativa, si dicho concepto se encuentra reservado única y exclusivamente para aquel método de resolución de conflictos por medio de un tercero imparcial.

Pero la explicación de la aparente paradoja se encuentra en que, siendo el *Debido Proceso* un elemento integrante de los Derechos Fundamentales, éste tiene cabida tanto en sede jurisdiccional como en sede administrativa sancionatoria, en cuanto constituye un referente interpretativo para ambos ámbitos normativos. Si bien la terminología se presta para confusión, ello no es extraño dada –precisamente– la falta de determinación positiva del concepto de *Debido Proceso*. Pero su aplicación en uno y otro ámbito debe ser diferenciada. Reconociendo las diversas estructuras normativas que determinan a la jurisdicción y a la Administración, esta última debiera asemejarse en la mayor medida de lo posible a la decisión jurisdiccional, la cual contiene el estándar más alto en cuanto a la exigencia de legitimidad de su pronunciamiento.

Por lo tanto, resulta razonable matizar la extensión de la aplicación de los principios del Debido Proceso al PAS. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha trasladado muchos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española al procedimiento administrativo sancionatorio. Al respecto han señalado que:

“No se trata de que todos los derechos del artículo 24.2 de la CE sean trasladables a los procedimientos administrativos sancionatorios, entre otras razones, porque algunos de ellos son absolutamente incompatibles con él, ni de que los sí aplicables lo sean en los mismo términos del proceso penal.(...) Se trata de una proyección, (...) en parte y en lo esencial, o sea, no de todos los derechos del artículo 24.2 CE ni en todo su contenido y extensión”⁴³.

A una solución similar ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

“el cual ha declarado que los derechos de defensa del artículo 6, apartados 2 y 3, CEDH, claramente referidos a procesos penales, también resultan aplicables a la hora de imponer sanciones administrativas”⁴⁴.

En sentencia 32/2009 del Tribunal Constitucional Español se indica que

⁴³ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 544.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 545.

“Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar en contra de sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 de la CE la denegación inmotivada de medios de prueba”.

Tal como puede observarse, la jurisprudencia del TC español reconoce amplios derechos y garantías sobre el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

En Chile –sin la precisión y exhaustividad con que se refiere al tema su par español– la jurisprudencia constitucional es uniforme en cuanto a establecer que si bien el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de la Administración no importa el ejercicio de jurisdicción, a éste se aplican los derechos y garantías establecidos en el art. 19 N° 3 de la Constitución “por regla general” o “con matices”⁴⁵. La cuestión es, en definitiva, determinar cuáles son aquellos elementos integrantes del *Debido Proceso* imprescindibles en la aplicación de los procedimientos administrativos sancionatorios y la extensión de éstos.

En un intento de identificar aquellos principios, Román Cordero señala que resulta equívoco

“(...) sostener que la aplicación de la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, a los procedimientos administrativos sancionatorios, da plena satisfacción a la garantía constitucional del justo y racional procedimiento. Luego agrega que el procedimiento administrativo sancionador debe satisfacer las exigencias de un justo y racional procedimiento, lo que exige que aquél consulte una serie de derechos y garantías para el perseguido en dicha sede, insertos en el concepto de debido proceso, en especial: a) Derecho a la defensa jurídica. (...), b) Derecho a la presunción de inocencia. (...), c) De acceso a la justicia. (...)”⁴⁶.

⁴⁵ Cristián ROMÁN CORDERO, “El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador”, p. 183.

⁴⁶ ROMÁN CORDERO, *op. cit.*, pp. 201-202. Considera como elementos integrantes del debido procedimiento administrativo sancionatorio: *Derecho a la defensa jurídica*. En este sentido el Tribunal Constitucional ha aseverado: “Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican en lo concerniente al fondo o sustancia

Tal como puede apreciarse, los requerimientos de legitimidad establecidos para la decisión administrativa sancionatoria son menos exigentes que aquellos requeridos para el pronunciamiento jurisdiccional. Sin embargo, ello no obsta a que su interpretación deba tender a materializar los primeros.

3.3. TRASLACIÓN DE LA DETERMINACIÓN POSITIVA DEL DEBIDO PROCESO A LOS PAS

Sentado lo anterior, considero de enorme utilidad interpretativa la conceptualización positiva de los principios del *Debido Proceso* realizada por Alvarado Velloso. Evidentemente, dicha elaboración resulta plenamente aplicable en sede jurisdiccional, requiriendo que su traslación a sede administrativa sea ajustada, de manera tal de hacer compatible la aplicación de los derechos fundamentales a los PAS, sin que ello implique

de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, tratándose de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen en lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido. STC Rol N° 437.

Derecho a la presunción de inocencia. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido –en relación a la responsabilidad penal, pero aplicable igualmente, “por lo general”, a la responsabilidad administrativa: La prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye “un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”, como esta Magistratura sentenció en fallo recaído sobre la causa 519-2006. Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial de gran parte de las garantías doctrinariamente bien llamada igualdad ante la justicia que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación de “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial. STC N° 825 C-24.

De acceso a la justicia. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido: “No se repetirán aquí los razonamientos que, en las sentencias referidas, han fundado tal conclusión, la que además parece evidente: el derecho de acceso a la justicia forma parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho al debido proceso, consagrado por la Constitución” STC N° 1279 C-14.

desconocer las diferencias propias que los alejan de la jurisdicción. En mi opinión, basta con el cumplimiento de tan solo dos principios para que los PAS se encuentren exentos de objeciones desde el punto de vista de los principios de un *Debido Proceso*.

Así, para la conceptualización positiva de los principios de Debido Proceso aplicables en sede administrativa, creemos que ella debiera satisfacer los siguientes criterios:

1. Principio de Resguardo de los Derechos de los Administrados

Resulta evidente que en un PAS no es posible la aplicación del principio de igualdad de las partes, manteniendo la Administración una posición de privilegio respecto de los administrados. Por lo mismo, a fin de soslayar la natural desigualdad que conlleva un PAS, la Administración debiera velar porque en todo momento los derechos del administrado se encuentren debidamente resguardados, independientemente de si la decisión final de la Administración establece la existencia de una conducta reprochable.

Ello implica que en la pugna entre la consecución de los fines propios de la Administración y los derechos de los Administrados, la Administración debiera optar por estos últimos. Ello se deriva del rol que la Constitución le asigna al Estado como garante y promotor de los derechos fundamentales. Así, los fines del Estado deben encontrarse supeditados al respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Las implicancias prácticas de la aplicación de este criterio imponen a la Administración el deber de limitar sus actuaciones a aquellas que no impliquen un menoscabo o riesgo a los derechos de los administrados. Evidentemente, mientras mayor sea la determinación normativa de los derechos y garantías con que cuentan los administrados, menor será la relevancia práctica del presente principio. Sin embargo, dado que en la actualidad no existe una determinación adecuada respecto de las garantías de los administrados en los PAS, éste principio resulta de vital importancia para una evaluación acorde a los Principios de un Debido Proceso.

2. Principio de Imparcialidad Administrativa

Debemos ser claros en que lo que se le exige a la Administración en un PAS es más intenso que el principio de imparcialidad establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo⁴⁷. La disposición contenida en la

⁴⁷ El artículo 11 de la Ley N° 19.880 dispone: "Principio de Imparcialidad. La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado

Ley de Bases de Procedimiento Administrativo referente al principio de imparcialidad, resulta tímida a la luz de los requerimientos de un *Debido Proceso*⁴⁸. No puede perderse de vista que en el PAS, al ejercerse la potestad punitiva del Estado, se encuentran en riesgo los derechos fundamentales de los administrados. Dicha disposición, bajo el concepto de imparcialidad, trata conjuntamente dos presupuestos procedimentales de naturaleza diversa, como lo son la *objetividad* y la *probidad administrativa*. Dicha estructuración se presta para equívocos, ya que su tratamiento conjunto crea un vínculo normativo entre ambos principios, el cual no necesariamente se observa en el desarrollo de un acto administrativo. En otros términos, aun cuando la exigencia de imparcialidad respecto de la Administración no resulta equiparable a aquella exigida a la jurisdicción, ello no obsta a que dicho principio sea aplicado “aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal”⁴⁹. Pero

“el que este derecho fundamental no rijan, no significa que, aunque menores en su alcance y valor, no existan algunas garantías que se sitúen en una misma dirección. En concreto, el TC y el TS han insistido en que: ‘(...) lo que del Instructor cabe reclamar (...) no es que actúen en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción, sino que actúe con objetividad (...), es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal’ [SSTC 14/1999, de 22 de febrero; 234/1991, de 16 de diciembre; 172/1996, de 31 de octubre; y 73/1997, de 11 de abril; y STS de 18 de marzo de 2002, Sala de lo Militar (Ar. 5308)]”⁵⁰

en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquéllos que resuelvan recursos administrativos”.

⁴⁸ La actual normativa no contempla una disposición como el art. 134 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española. Señala dicho artículo: “Garantía de procedimiento.

1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

2. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

3. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.”

⁴⁹ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 546.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 547.

Así, la imparcialidad debe ser un principio de tutela vinculado al hecho que

“(...) la imparcialidad no sólo responde a la lógica del ‘poder limitado por el poder’, sino también a la existencia de razones para la limitación del poder y a la aspiración de que el poder sea justo”⁵¹.

Sostenemos que el deber de imparcialidad a que deben someterse los PAS como requisito de adecuación a los principios de un debido proceso, dice relación con el hecho que

“En una comunidad política, el consenso general no se basa en la dirección política, sino en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En consecuencia la imparcialidad vendría a ser una fidelidad no ya a la dirección política, sino al ordenamiento jurídico, punto de referencia más adecuado para una Administración abierta al ámbito constitucional de los valores (y a la tutela de las minorías).

La imparcialidad consiste, pues, en la consideración de todos los valores del ordenamiento, aunque sea solamente uno el que está implicado. Además de la prohibición de replegarse sobre sus propios intereses, que se concreta negativamente en la ajenidad del poder respecto a esos intereses, la imparcialidad comporta positivamente una armonización de fines, una visión global del contenido de la Constitución”⁵².

De lo anterior se desprende que el *Principio de Imparcialidad Administrativa*, si bien presenta evidentes diferencias con la exigencia de imparcialidad que se requiere de la jurisdicción, impone sobre ésta una restricción destinada a tutelar los derechos fundamentales emanados de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran aquellos relacionados con el *Debido Proceso*.

En definitiva, el estándar exigible a la Administración en materia de imparcialidad es un punto intermedio entre lo dispuesto en la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo y lo que se exige a la Jurisdicción en materia de imparcialidad. Sin embargo, tratándose de un PAS, las actuaciones de la Administración debieran tender más hacia este último que hacia el primero. Consecuencia de lo anterior es que la práctica sancionatoria de la Administración debiera recoger, a lo menos de manera referencial, lo dispuesto en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución.

⁵¹ Isabel TRUJILLO, *Imparcialidad; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, p. 338.

⁵² *Op. cit.*, pp. 344-345.

4. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO SEGUIDO ANTE LA SVS

El sustento normativo procedimental utilizado por la SVS para la sustanciación de PAS se circunscribe a la aplicación de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos⁵³. Claramente, los objetivos de dicho cuerpo legal no dicen relación con la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, ni menos aún la protección de los derechos de los administrados sujetos a éste, en cuanto a individuos objeto de la pretensión punitiva del Estado. Por tanto, la tramitación de los PAS, desde su propio fundamento normativo procedimental, cuenta con la anomalía de no ser un medio idóneo para el tratamiento de la materia que se pretende regular.

En términos generales, la principal falencia de que adolece la tramitación de los PAS es la convergencia en una misma autoridad de la calidad de investigador y juzgador, sin que exista una estructura normativa adecuada para garantizar los derechos fundamentales de los administrados. Lo anterior es recogido por el proyecto de Ley de reforma de la SVS, en términos tales que el segundo objetivo de ésta es, precisamente, *Favorecer la legitimidad y debido proceso en la aplicación de sanciones*⁵⁴, cuestión que resulta un avance significativo en la materia, pero insuficiente si no se contemplan garantías procedimentales adicionales que restrinjan la discrecionalidad de la Administración durante el desarrollo del PAS.

La circunstancia de ser la SVS instructor y resolutor constituye la principal razón por la cual la adecuación interpretativa cobra relevancia. Las diversas etapas en que se estructura el PAS se ven condicionadas por dicha circunstancia, tendiendo ellas a corroborar las hipótesis sancionatorias elaboradas por la SVS. De los datos recopilados para el presente trabajo, se desprende que en el 90% de los casos, la SVS ratifica su hipótesis

⁵³ Conforme a lo indicado en el Mensaje de la Ley N° 19.880, ésta tenía por objeto “dotar al país de servicios públicos que se caractericen por su agilidad, eficiencia y dinamismo. La inactividad, la pasividad o la inercia de la Administración, en aquellos casos en que es posible exigir de ella un pronunciamiento concreto, puede derivar en la constitución de relaciones jurídicas caracterizadas por la incertidumbre o confusión, con los consiguientes perjuicios de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares e, incluso, del interés de la propia Administración”.

⁵⁴ Al respecto, el mensaje de dicho cuerpo legal señala lo siguiente: “Se separan por primera vez las funciones de investigación y formulación de cargos, de la adopción de las decisiones de sanción o absolución de una determinada conducta, generando una segregación de roles que hoy concurren en el Superintendente, lo cual contribuye a fortalecer las garantías de debido proceso”.

sancionatoria⁵⁵⁻⁵⁶. Si bien normativamente existe la posibilidad de impugnar las actuaciones de la Administración mediante el Recurso de Ilegalidad establecido en el artículo 46 del DL 3.538, la verdad es que la Corte rara vez concede la razón a los recurrentes, operando en la mayoría de los casos la deferencia hacia la Administración, sin que exista un mayor análisis de parte de los Tribunales respecto de las pretensiones de los afectados. Adicionalmente, se presenta el absurdo de que, dada la inexistencia de una norma legal específica que recoja en términos explícitos las garantías de un debido proceso respecto de un PAS, no es posible identificar incumplimientos legales por infracción a las normas de un *Debido Proceso*, por cuanto lo que en definitiva se infringe son disposiciones constitucionales, las cuales exceden al ámbito de competencia del mencionado recurso.

4.1. Órgano sustanciador del PAS

En términos orgánicos, el procedimiento en cuestión es sustanciado por la denominada ACME de la SVS, a la cual se le encomienda

“La ejecución y coordinación de la política de investigación y persecución de aquellas conductas que transgredan las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia aplicable a las operaciones de los mercados de valores y seguros.

En el desempeño de sus funciones, esta Área tendrá en cuenta los sistemas de supervisión definidos por la Superintendencia para cada una de las entidades fiscalizadas por ella. En este marco, y una vez que las conductas u operaciones irregulares hayan sido puestas en su conocimiento, el Área deberá velar por: i) la realización de las investigaciones necesarias en el ámbito de los procesos sancionadores; ii) la determinación de los responsables de las conductas infraccionales investigadas; y iii) que se hagan efectivas las sanciones por infracciones a las normas que regulan los mercados de valores y seguros⁵⁷.

Ahora bien, dicha unidad no cuenta con autonomía para la instrucción de las investigaciones ni en la determinación de los responsables, encon-

⁵⁵ Para el presente trabajo se analizaron un total de 564 resoluciones relativas a procedimientos administrativos sancionatorios emitidas entre el año 2004 y 2014, observándose que tan solo en 55 de ellas la Administración exculpa a quienes les formulara cargos. Es decir, la Administración logra ratificar su hipótesis sancionatoria en más del 90% de las veces.

⁵⁶ Para un acercamiento cuantitativo y cualitativo a la función sancionadora de la SVS véase Diego PARDOW, “La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos”.

⁵⁷ www.svs.cl/portal/principal/605/w3-article-12428.html [Fecha de consulta: 7 de diciembre de 2015].

trándose supeditada a la autoridad del Superintendente, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del DL 3.538, corresponde especialmente

“a) Planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar el funcionamiento de la Superintendencia; (...) y f) Aplicar las sanciones que señala el presente decreto ley, de conformidad a lo establecido en el Título III”.

Por tanto, si bien son los funcionarios de dicha Área quienes tramitan los PAS, lo hacen conforme a las directrices e instrucciones emanadas del Superintendente. Por lo mismo, el hecho que sea esta división específica de la entidad administrativa la que tramite el PAS, no constituye una garantía para los fiscalizados en el sentido de que quien tramita el PAS es un ente distinto a quien adopta la decisión definitiva respecto de las conductas reprochadas.

4.2. Desarrollo del PAS

4.2.1. Etapa de recopilación de antecedentes

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo,

“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

En esta etapa, las SVS ejercita las facultades que le concede el artículo 4° del DL 3.538, específicamente lo dispuesto en las letras: *d)*, *f)*, *g)* y *h)*. Adicionalmente, en esta etapa del proceso la SVS cuenta con aquella información que los organismos fiscalizados deben necesariamente entregar a la SVS en virtud de normativas específicas que las rigen.

Resulta discutible la incorporación de esta etapa al PAS, por cuanto éste aún no se inicia. Sin embargo, esta fase resulta determinante para la pretensión punitiva de la Administración, ya que es en ésta en la que se obtienen los elementos suficientes como para realizar un reproche a determinadas conductas que posteriormente se formalizarán en la presentación de cargos. Desde ya, resulta interesante preguntarse si esta etapa debiera ser la única etapa de investigación con que cuenta la Administración o si bien, una vez formulados los cargos, ella se encuentra facultada para proseguir con el acopio de antecedentes que fundamenten su pretensión sancionatoria.

La práctica sancionatoria de la SVS ha llevado a que esta etapa se realice en consideración únicamente de aquella normativa referida anteriormente contenida en el DL 3.538, obviando la normativa general aplicable a los Procedimientos Administrativos contenida en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, tales como los principios de contradictoriedad, imparcialidad, transparencia y publicidad, los cuales, si bien no califican como garantías procedimentales suficientes en un PAS, son preferibles a no contar con garantía alguna. Lo problemático de esta etapa es la determinación de si la Administración se encuentra produciendo prueba, o simplemente se encuentra recopilando antecedentes que le permitan tener presunciones respecto de una determinada conducta ilícita.

Si se concluyera que las actuaciones de la Administración constituyen pruebas, ellas debieran cumplir con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 19.880, el cual dispone que

“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. (...)”,

cuestión que en la práctica no ocurre. Por su parte, si se concluyera que las actuaciones de la Administración en esta etapa corresponden únicamente a diligencias que la habilitan a obtener los indicios necesarios para la incoación de un PAS, entonces dicha prueba deberá ser debidamente producida en la etapa probatoria. Sin embargo, las diligencias llevadas a cabo en esta fase no se clasifican en ninguna de las alternativas señaladas: no se llevan a cabo conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y no son reproducidas en la etapa de prueba del PAS, ya que la práctica sancionatoria de la Administración hace prevalecer el artículo 35 inciso segundo de la Ley 19.880⁵⁸.

Un tema particularmente sensible respecto de esta etapa del procedimiento lo constituye la toma de declaraciones respecto de personas que tienen algún grado de vinculación con los hechos investigados por la SVS. Habitualmente, estas diligencias comienzan con la siguiente prevención por parte de los funcionarios a cargo:

“En este acto y previo a su declaración se le informa que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 26 del DL 3.538 quien rinda

⁵⁸ Señala el mencionado precepto que “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”.

declaraciones falsas ante la SVS incurrirá en las penas que establece el artículo 219 del Código Penal. Adicionalmente se le informa que su declaración podrá ser utilizada para los fines de investigación propios de este servicio”.

Quienes prestan declaración ante la SVS en esta etapa procedimental lo hacen bajo la amenaza de sanción penal, en el evento que dichas declaraciones sean falsas. La gravedad de lo anterior –a mi juicio– radica en la omisión por parte de la SVS de una prevención respecto del derecho que asiste a los administrados ya sea a guardar silencio, ya sea a no declarar en contra de sí mismo. Aun cuando se trata de derechos que en sede penal son de carácter básico, en sede administrativa no operan.

Otro tema sensible al respecto es determinar qué valor probatorio tendrán dichas declaraciones en la etapa probatoria del procedimiento. Es decir, el principio debiera ser que dado que dichas declaraciones son producidas sin tomar en consideración derechos mínimos de los sujetos a un PAS, su valor probatorio no puede fundamentar la pretensión punitiva de la Administración. Evidentemente, esta disquisición carece de sentido práctico, ya que el actual procedimiento no contempla ni distintas etapas de tramitación, ni la separación entre instructores del PAS y quienes los resuelven.

4.2.2. Etapa de discusión

Está dada por los trámites de formulación de cargos y recepción de descargos. Esta estructura no reconoce un fundamento normativo positivo, sino que es una creación administrativa, con evidente inspiración en el principio dialéctico de los procesos jurisdiccionales.

Lo particular de esta etapa radica en que no opera como un cierre a la recopilación de antecedentes de la administración, pudiendo la SVS continuar investigando y produciendo prueba respecto de las conductas por las cuales formuló cargos.

En este aspecto cobra relevancia lo analizado en el punto 2.3 del presente trabajo, en relación a la justificación conceptual que ha realizado la SVS sobre el ejercicio de su potestad sancionatoria. Lo anterior por cuanto el PAS se desarrollará evidentemente con menores garantías que aquellas establecidas para el Derecho Penal, pero, adicionalmente, la SVS ya ha explicitado su intención de utilizar su potestad sancionatoria para lograr que los fiscalizados cumplan con las normas que regulan los mercados de valores y seguros. En otras palabras, el PAS se encuentra imbuido de una suerte de *ad intentionem punire*, respecto del cual el administrado no se encuentra en un plano de igualdad de armas con la Administración.

Lo anterior tiene una serie de consecuencias sobre la aplicación de los principios del *Debido Proceso*, siendo a mi juicio la más relevante el que el derecho de defensa supone siempre una base inmutable de discusión, respecto de la cual deberá producirse la prueba. De lo contrario, resulta inoficioso la realización de descargos, ya que la Administración tendrá siempre la posibilidad de desestimarlos en el transcurso del *PAS* mediante la producción de nuevas diligencias probatorias *ad hoc* a los argumentos entregados por los formulados de cargos.

4.2.1. Formulación de cargos

Esta estructura no reconoce fundamento normativo, más allá de la elemental premisa de que no puede existir sanción sin previo procedimiento de acreditación de los hechos reprochados. Evidentemente, dada la inexistencia de una determinación normativa respecto a los requisitos que debe cumplir este trámite, este acto se encuentra conformado por los acápites o secciones que la SVS estima son indispensables para el ejercicio del derecho de defensa. En tal sentido, el contenido de este documento ha ido mutando en el tiempo, conforme la adopción en los procedimientos administrativos de los principios de un *Debido Proceso*. Así, se observa una marcada evolución en el sentido de ir dotando de mayores garantías al *PAS*.

La estructura de este documento depende de la forma en que la SVS plantee su caso, existiendo distintos modelos de acuerdo al *PAS* de que se trate. No existe un modelo único y estándar para las formulaciones de cargo, variando el contenido y la forma en que éstos son presentados caso a caso. No obstante lo anterior, en términos generales se estructuran de la siguiente manera:

- I Una descripción general de los antecedentes.
- II La especificación de los hechos que la SVS ha tenido en consideración para la formulación de cargos.
- III La individualización de la normativa aplicable, y
- IV Los cargos que se imputan.

Una crítica habitual que se realiza en contra de esta etapa es la excesiva generalidad de las imputaciones que realiza la SVS y la convivencia de dos modos verbales en la redacción del documento. Uno en pretérito utilizado en la descripción de los hechos y otro condicional, utilizado en la formulación de cargos. Lo anterior produce el problema de determinar qué circunstancias efectivamente le constan a la Administración y cuáles deduce o supone. Es decir, por el sólo hecho de encontrarse redactados los distintos acápites que conforman este documento en distintos tiempos verbales, se produce la no despreciable consecuencia para el derecho a

defensa de no saber cuál es la calidad del sustrato fáctico con que cuenta la Administración, y qué parte de la formulación de cargos corresponde a una interpretación de los hechos acreditados.

La ambigüedad que origina el fenómeno señalado resulta contraria a los principios del *Debido Proceso*, toda vez que imposibilita a los administrados tomar pleno conocimiento de la conducta reprochada por la autoridad y, consecuentemente, ejercer su derecho a defensa. En este sentido, el TC español ha señalado que el derecho fundamental a ser informado de la acusación comprende dos elementos básicos:

- i) el derecho a conocer los cargos formulados; y
- ii) el derecho a la inalterabilidad del hecho imputado.

Siguiendo esta lógica, en la medida en que exista ambigüedad en la determinación de los hechos objeto de reproche, existe la posibilidad por parte de la Administración de alterar el hecho imputado, resultado que debe ser rechazado a la luz de los principios de un debido proceso.

Con todo, dicha deficiencia es fácilmente solucionable mediante la incorporación de requisitos adicionales al documento de Formulación de Cargos, como aquellos establecidos en la legislación española respecto del *Procedimiento Sancionador Aplicable a los Sujetos que Actúan en los Mercados Financieros, Real Decreto 2119/1993 de 3 de diciembre*⁵⁹⁻⁶⁰, el cual establece que el pliego de cargos debe incluir el siguiente contenido específico:

- “1) Diligencias practicadas hasta el momento de su formulación;
- 2) Concreción de los hechos imputados a cada uno de los supuestos responsables;
- 3) Tipificación de la infracción; y
- 4) Sanciones que se podrían imponer”.

Evidentemente, mientras mayor rigurosidad se aplique a la elaboración de este trascendental documento, mayor será la sintonía de este con los principios de un Debido Proceso y mayor el estándar al que se sujete la Administración. Desde otro punto de vista, al no existir norma específica al respecto, nada obsta a que sea la propia Administración la que se autoimponga un estándar más alto en cuanto a la deficiente

⁵⁹ Luis Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR, *La Potestad Sancionadora de la Administración Financiera; Documentación Administrativa*; p. 247.

⁶⁰ El caso de la Potestad Sancionadora de la Administración Financiera en España resulta ilustrativo en cuanto al nivel de especificidad que se requiere en este ámbito del Derecho Administrativo, toda vez que éste contempla garantías y procedimientos específicos, sin perjuicio de las normas generales en cuanto a PAS contenidas en la LRJPAC.

estructuración de la que adolecen en la actualidad las formulaciones de cargo realizadas por la SVS.

4.2.2. Presentación de descargos

Es simplemente el trámite reflejo y consecuencia de la formulación de cargos. En términos procedimentales no tiene ninguna trascendencia, ya que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.880

“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

Esta sola circunstancia no hace sino dejar en evidencia lo inadecuado que resulta tener como fundamento normativo procedimental un cuerpo legal destinado a la materialización general de la actividad administrativa y no un cuerpo específico para la sustanciación de *PAS*.

4.3. Etapa de prueba

Esta etapa es meramente eventual, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo Artículo 35 de la Ley N° 19.880

“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 sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

Por lo mismo, previo a la apertura de un término probatorio, la Administración evalúa la pertinencia de la apertura del mismo, dependiendo de si los hechos alegados en los descargos se encuentran en su conocimiento.

4.3.1. Procedencia de la prueba

Sólo se admite prueba respecto de aquellos hechos que no le consten a la Administración. Dado que la mayoría de las pruebas de la Administración se producen en la etapa de recopilación de antecedentes, el grueso de

los hechos que no le constan a la Administración son aquellos referidos a la exculpación de los formulados de cargos, debiendo éstos probar las circunstancias exculpatorias de las conductas reprochadas.

Se ha convertido en una resolución de estilo de la Administración el solicitar previo a la apertura de un término probatorio los puntos sobre los cuales se desea rendir prueba y los medios específicos de que se valdrán los formulados de cargos para probar cada uno de los hechos que no le consten a la Administración. Dicha forma de proceder se fundamenta en el tenor literal de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N° 19.880, desconociendo las evidentes y sustanciales diferencias que existen entre un mero Procedimiento Administrativo y un *PAS*. Nótese que lo que exige la administración no es sólo la determinación de los hechos exculpatorios de responsabilidad, sino la determinación de qué medio de prueba específico se utilizará para probar cada uno de ellos. Lo anterior contrasta con la ausencia de individualización de los medios de prueba con que cuenta la Administración al momento de formular cargos, por cuanto en parte alguna de la Formulación de Cargos estos son explicitados.

Una vez evacuado dicho trámite, la SVS decide la pertinencia de abrir un término probatorio y qué medios de prueba aceptará para dicho efectos.

En este punto se produce una cuestión en extremo compleja, ya que es la propia autoridad la que decide qué medios de prueba aceptará y cuáles excluirá. Así, existe la posibilidad cierta de excluir aquella prueba que no es compatible con la hipótesis sancionatoria de la Administración. Tal situación se constata de manera ejemplar en el *PAS* que culmina con la Resolución N° 312 de fecha 27 de agosto de 2013, en el cual la SVS impidió al formulado de cargos rendir prueba respecto al hecho de que la Administración ya se había pronunciado con anterioridad respecto a los mismos hechos, por lo que, a juicio del formulado de cargos, se vulneraba el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 de la Ley 19.880. La SVS argumentó que su pronunciamiento no podía interpretarse como falta de imparcialidad, ya que el pronunciamiento previo lo había realizado en virtud de su función fiscalizadora y no su función sancionadora, aun cuando los hechos fueran los mismos. Posteriormente, al pronunciarse respecto de la reposición interpuesta por el sancionado, mediante la Resolución N° 346 de fecha 2 de octubre de 2013, la SVS establece que

(...) a quien corresponde probar tal infracción al principio de imparcialidad por parte de esta Superintendencia, de conformidad con la regla general establecida en el Art. 1680 del Código Civil, es a la recurrente; la que –lejos de hacerlo– sólo se remite a reiterar argumentaciones expuestas previamente ya en sus descargos como en el Recurso de Ilegalidad precedentemente citado, sin demostrar nuevos antecedentes

que hagan factible reconsiderar la sanción aplicada; más aún, si se tiene presente que las ideas preconcebidas a las que alude, dicen relación a la materialización independiente de las facultades exclusivas y excluyentes que ostenta por ley esta Superintendencia, y que como se ha podido evidenciar ellas han sido ejercidas conforme a la normativa vigente de un modo independiente (...).

El punto es que resulta contradictorio solicitarle al formulado de cargos que pruebe una circunstancia que ha sido la propia administración la cual ha negado la posibilidad de probarla. Es evidente que un formulado de cargos no se encontrará en posición de probar una determinada circunstancia si quien investiga y sanciona le impide rendir prueba al respecto. La actuación de la SVS en dicho caso en particular constata el peligro cierto de que la Administración intente por todos los medios posibles verificar su hipótesis sancionatoria, obviando derechos básicos que debieran asistir a los administrados.

El tema probatorio no puede desligarse del principio de *presunción de inocencia*, ya que es a través de la prueba que dicha presunción debe ser desestimada. Conforme a los principios generales de aplicación del *ius puniendi* estatal, corresponde a la Administración la producción de prueba necesaria para establecer que la hipótesis sancionatoria contenida en la presentación de cargos efectivamente se perfecciona. Lo que debe quedar desvirtuado en términos irrefutables es la inocencia del imputado. A la inversa, el hecho de que el imputado no pueda probar su inocencia, no debiera ser suficiente para fundamentar la decisión condenatoria de la Administración. En este sentido, el *principio de inocencia* debe proyectarse no sólo al tratamiento que recibe el imputado durante la tramitación del PAS, sino que éste también constituye una regla de juicio en virtud de la cual la prueba deberá interpretarse de manera consistente con dicho principio. En este sentido el TC español ha indicado en

las SSTC 129/2003 y 131/2003, ambas de 30 de junio, (...) que “el derecho a la presunción de inocencia en el campo del Derecho Administrativo sancionador comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”⁶¹.

⁶¹ REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 631 y ss.

En este punto, del análisis de los pronunciamientos de la justicia chilena respecto de actuaciones de la SVS, se observan dos fenómenos llamativos: En primer lugar, si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno acepta en términos generales que las limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria de la Administración son similares a aquellas que operan en el derecho penal, dicha jurisprudencia no tiene recepción en los pronunciamientos que sobre la materia han emitido los tribunales ordinarios de justicia. En segundo lugar, se observa una notoria falta de profundidad en las revisiones realizadas por la justicia, derivando la revisión casi siempre en una deferencia a la Administración. En este sentido, si bien resulta comprensible y sensato que al momento de revisar las actuaciones de la Administración la judicatura descansa en los conocimientos técnicos de ésta referidos a su competencia específica, dicha deferencia no debe extenderse a materias procedimentales en las cuales se comprometen derechos fundamentales de las personas.

Un tema que no ha sido analizado en la dogmática nacional es el referido a la calidad de la prueba que produce el órgano administrativo sancionador. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia española sostiene que la prueba producida por la Administración debe ser válida, debiendo para ello satisfacer dos criterios:

- i) debe tratarse de prueba lícita, esto es, obtenida sin vulnerar ningún derecho fundamental del inculpado; y
- ii) debe practicarse con ciertas garantías formales establecidas para dichos efectos⁶².

Para aterrizar este debate a la realidad nacional, debiera determinarse previamente qué derechos fundamentales le asisten a los administrados en los *PAS* y cuáles son aquellas garantías formales establecidas para la producción de prueba. Respecto al primer punto, pareciera ser que en Chile o bien no existen derechos fundamentales en juego cuando se trata de un *PAS*, o la Administración no los vulnera en sus procedimientos, por cuanto los Tribunales, por regla general, desestiman las impugnaciones basadas en la vulneración de derechos fundamentales, criterio que no se condice con la exposición que en el presente trabajo se realiza. Respecto del segundo punto, si las garantías formales específicas para el caso chileno son aquellas establecidas en el artículo 36 de la Ley N° 19.880, la gran mayoría de los *PAS* no satisfacen dicho criterio, ya que rara vez se da cumplimiento a dicha normativa al producir la prueba de cargo.

⁶² REBOLLEDO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, ALARCÓN SOTOMAYOR, BUENO ARMIJO, *op. cit.*, p. 631.

En otro orden de cosas, resulta interesante también analizar qué consecuencias jurídicas se derivan para la Administración de la aceptación de los hechos a probar por los formulados de cargos. En este sentido, el ofrecimiento de prueba debiera operar como un límite autoimpuesto por la Administración para determinar la ocurrencia de la hipótesis sancionatoria, ya que, si lo que deben probar los formulados de cargos son aquellos hechos que no le constan a la SVS, en el evento que sean debidamente probados en el PAS ellos debieran tener igual valor probatorio que aquellos hechos respecto de los cuales la propia Administración ha producido prueba. El principio debiera ser que, de aceptarse ciertos hechos a probar, y éstos resultan suficientemente probados, la Administración debiera exculpar a los sujetos al PAS. Sin embargo, la realización de prueba por parte de los formulados de cargos en un PAS constituye un mero trámite, sin que de la aceptación de los hechos propuestos probar se derive ninguna limitación o determinación del sustrato fáctico respecto del que versa el PAS. Lo anterior ha llevado a la SVS a sostener que no puede ser revisada la legalidad del artículo 35 de la Ley 19.880

“por ser un precepto que da amplias facultades a la Administración tanto en la definición de apertura de un término probatorio como en la determinación de las pruebas que recibirá, reconociendo la calidad de instructor del proceso del órgano administrativo, evidenciando su diferencia con los procedimientos jurisdiccionales. En este orden de cosas y como una primera cuestión que es preciso esclarecer, es que si bien efectivamente el Oficio Reservado N° 303 la Superintendencia proveyó ‘Téngase presente los hechos a probar’ ello, a diferencia de lo que mañosamente insinúa el recurrente, no implica que los hechos propuestos por él hayan sido ‘aceptados pura y simplemente’ por la Superintendencia, como se expresa en el reclamo”⁶³.

En definitiva, pareciera ser que la aspiración de la SVS es materializar su potestad sancionatoria sin control de ninguna especie, determinando tanto la hipótesis sancionatoria, como los medios idóneos para desvirtuarla.

La exigencia que realiza la SVS a los formulados de cargos en cuanto a determinar los hechos a probar es del todo intrascendente para el resultado del PAS, ya que no reviste ninguna limitación del sustrato fáctico sobre el cual deberá decidir la Administración. La prueba desarrollada por parte de los formulados de cargos es más trámite que garantía concreta asociada al derecho a defensa, por cuanto resulta del todo inoficioso rendir prueba sobre hechos que no tendrán ninguna relevancia al momento de resolver el asunto controvertido.

⁶³ Contestación de la SVS al Recurso de Ilegalidad Rol 3809-2013.

4.3.2. Forma de rendir la prueba

Una cuestión doméstica, pero con mayor incidencia en la adecuación del PAS a los *Principios del debido Proceso* de lo que a simple vista se observa, dice relación con la forma en que se rinde la prueba. Si aplicáramos las normas generales de integración de normas procesales, deberíamos llegar a la conclusión de que la prueba debiera producirse de conformidad a lo dispuesto en el CPC, en razón de ser dicho cuerpo normativo el régimen general y supletorio de tramitación. Sin embargo, ello no ocurre y no existe un criterio consistente en la práctica sancionatoria de la Administración respecto a este punto.

Cuestiones tales como la imposibilidad de examinación cruzada de testigos o la facultad de agendar más de una diligencia probatoria en paralelo, son circunstancias que no encuentran un fundamento normativo, pero que son llevadas a cabo por la SVS. Evidentemente, las circunstancias señaladas precedentemente son a lo menos problemáticas desde el punto de vista del cumplimiento de los principios de un debido proceso, las cuales se suman a la ya precaria estructura de garantías y de determinación de la sanción que aqueja a los PAS.

4.3.3. Valoración de la Prueba⁶⁴⁻⁶⁵

Señala el artículo 35 de la Ley N° 19.880 que la prueba deberá *apreciarse en conciencia*. Sin embargo, la jurisprudencia de la SVS es un tanto errática, por cuanto en ciertas oportunidades establece el estándar probatorio de *más allá de una duda razonable*. Al parecer no existe claridad en el órgano estatal respecto a la extensión y diferencia que se derivan de cada uno de los estándares señalados y cuándo procede la aplicación de uno u otro.

Tratándose de un PAS, el criterio de valoración de la prueba debiera tender a ser el referido a *más allá de una duda razonable*. Sin embargo, resulta un tanto superfluo optar por uno u otro criterio si éste no es consistente con la materialización de otros derechos procesales que permitan ejercer en plenitud el derecho a defensa y si en el acto mismo de valoración de la prueba no se explicitan los criterios que se han tenido en cuenta para aceptar o desechar un determinado medio de prueba. A

⁶⁴ Aun cuando no se refiere al específicamente a la prueba en el ámbito administrativo, resulta ilustrativa la problemática planteada respecto a los sistemas de valoración de la prueba y la distribución de responsabilidades en la validación de hechos que realiza Rodrigo Coloma en Rodrigo COLOMA CORREA, “¿Realmente importa la sana crítica?”, pp. 753-781.

⁶⁵ Véase también Jorge LARROUCAU TORRES, “Hacia un estándar de prueba civil”, pp. 783-808.

este respecto, la SVS parece acomodarse a las circunstancias específicas de cada caso, no existiendo un criterio uniforme de valoración.

En otro orden de cosas, por regla general, la SVS no suele explicitar ni individualizar mediante qué medios probatorios ha tenido por probado los hechos que se reprochan, utilizando la siguiente frase genérica para el análisis de la prueba:

“Que, del mérito de los antecedentes reunidos por este Organismo, y descargos, antecedentes y peritajes acompañados al procedimiento, así como las diligencias probatorias acogidas, se pudo determinar lo siguiente(...)”.

Evidentemente, la fraseología utilizada en cada una de las resoluciones sancionatorias varía, pero el principio subyacente es la no especificación de los medios de prueba utilizados para corroborar las hipótesis sancionatorias. La práctica sancionatoria de la SVS ha llevado a que más que valorar la prueba de descargos, se limita a enunciar los medios de prueba que se han producido en el *PAS*.

4.4. Resolución final

En la resolución final la SVS establecerá su criterio definitivo respecto de los hechos relativos a los cuales ha formulado cargos. Al igual como ocurre con el trámite de *Formulación de Cargos*, el referido documento no es de contenido uniforme para todos los pronunciamientos, acomodándose su estructuración conforme a las necesidades argumentativas expuestas en él por la SVS.

Evidentemente, el contenido será más o menos complejo dependiendo de la naturaleza del caso en cuestión. En tal sentido, no puede dejar de tenerse en consideración que no todos los *PAS* que conoce la Administración revisten la misma trascendencia.

A pesar de las deficiencias estructurales en cuanto a garantías procedimentales con que cuenta el *PAS*, igualmente puede observarse una evolución positiva en cuanto a su contenido, el cual se ha complejizado con el tiempo, y a lo menos ha exigido la explicitación de los razonamientos que llevan a la autoridad a adoptar su decisión.

Con todo, no deja de ser significativo que el 90% de las Resoluciones emitidas por la SVS ratifiquen sus hipótesis sancionatorias, siendo dicho dato consistente con lo que se ha expuesto en el presente trabajo: el problema no radica en la Resolución Final, sino que es una cuestión mucho más compleja que abarca la totalidad del *PAS*.

Conclusiones

El presente trabajo ha intentado hacer una revisión profunda del Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido ante la SVS y su adecuación a los *Principios de Debido Proceso*. Se ha procurado analizar todos los aspectos involucrados, partiendo desde aquellos más generales contenidos en las disposiciones constitucionales, hasta la práctica concreta de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria.

Como conclusión general podemos señalar que en el estado actual de la cuestión los PAS no satisfacen los estándares exigidos a un debido proceso ya que ni tan siquiera existe un cuerpo legal general y supletorio destinado a regular el ejercicio de la Potestad Sancionatoria de la Administración. Asimismo, el órgano encargado de su materialización asume las veces de persecutor y decisor respecto de las hipótesis sancionatorias por él mismo elaboradas, sin que existan garantías procesales que separen las funciones de investigación y decisión. Evidentemente, la falencia no es responsabilidad de la SVS, ya que constituye un problema estructural del Estado chileno la falta de adecuación de la gestión estatal de la potestad sancionatoria a las normas contenidas en la Constitución.

No obstante lo anterior, igualmente se encuentra la posibilidad de que sea la propia Administración a través de la vía interpretativa la que asuma la tarea de adecuar sus procedimientos a los postulados establecidos en la Constitución. Para lo anterior, proponemos dos criterios basales de determinación positiva del estándar de debido proceso aplicable al PAS, el cual podría servir de guía a la Administración para dichos efectos.

Dicha tarea, aun cuando puede ser asumida sin mayores inconvenientes por parte de la propia Administración, resulta de difícil ocurrencia de no existir una exigencia formal hacia la Administración de adecuación de sus procedimientos. En tal sentido, la deferencia asumida por los Tribunales de Justicia hacia algunas actuaciones llevadas a cabo por la Administración resulta asombrosa.

Bibliografía

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24, Universidad del Desarrollo, Julio-2011, pp. 69-70.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso*, versión electrónica en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>. [Fecha de consulta: 7 de enero de 2016].

- AMAR, Akhil Reed, *America's Constitution. A biography*, Random House, USA, 2005.
- ATRIA, Fernando, *Informe en Derecho sobre las Facultades Sancionatorias de la SVS*, Año 2010.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "El Derecho Fundamental a un Juez Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIII, Valparaíso-Chile, 2º Semestre, Año 2009, p. 265.
- COLOMA CORREA, Rodrigo, "¿Realmente importa la sana crítica?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, Año 2012, pp. 753-781.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma, 3ª Edición, Buenos Aires-Argentina, Año 1958.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago-Chile, Año 1986.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Luis Carlos, *La Potestad Sancionadora de la Administración Financiera*, Documentación Administrativa, Número 282-283, septiembre-diciembre 2008 enero-abril 2009, Instituto Nacional de Administración Pública, España.
- GARCÍA G, José Francisco, "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, Universidad del Desarrollo, Tomo II, Santiago-Chile, Año 2009, pp. 339 y ss.
- JOLOWICZ, John Anthony, "On Civil Procedure", en *Cambridge University Press*, Cambridge-UK, Año 2000, pp. 151-153.
- LARROUCAU TORRES, Jorge, "Hacia un estándar de prueba civil", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°3, Año 2012, pp. 783-808.
- LOPEZ MASLE, Julián, "Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas", en Andrés BORDALÍ (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial LexisNexis, Santiago-Chile, Año 2006.
- MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires-Argentina, Año 2004.
- MARIONI Luiz Guilherme, PÉREZ RAGONE Alvaro, NÚÑEZ OJEDA Alvaro, *Fundamentos del Proceso Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, Santiago-Chile, Año 2010.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, 4ª Edición, Madrid-España, Año 2004.
- OSSA ARBELAEZ, J., *Derecho Administrativo Sancionador: Una aproximación dogmática*, Edit. Legis; Año 2009, Colombia.
- PARDOW, Diego, "La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 1 octubre 2012, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago-Chile, pp. 55-83.
- POSNER, Richard, "Overcoming Law", en *Harvard University Press*, USA, Año 1998, p. 173

REBOLLEDO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, BUENO ARMIJO, Antonio María, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, Año 2010.

ROMÁN CORDERO, Cristián, *El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador*; Revista de Derecho Público, Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, Vol. 71, Santiago, Chile, Año 2009.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago Chile, Año 1994.

TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Año 2007.

NORMAS CITADAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo.

DL 3.538 Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros.

JURISPRUDENCIA CITADA

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, Resolución N° 312 de fecha 27 de agosto de 2013.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, Resolución N° 346 de fecha 2 de octubre de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 244, de fecha 26 de agosto de 1996.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 376, de fecha 17 de junio de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia N° 389, de fecha 28 de octubre de 2003.