

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno.

Alumna: Daniela Becerra Rodríguez

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria Abril/2020

Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno.

Introducción

El presente trabajo pretende analizar los estándares de prueba que rigen (o deberían regir) en el procedimiento sancionatorio de libre competencia en Chile. Para eso, en primer lugar (acápite i), se presenta brevemente este procedimiento, que se encuentra contemplado en el Decreto Ley N° 211, así como los organismos que tienen jurisdicción en el mismo, para luego (acápite ii) revisar cómo se encuentran regulados los momentos probatorios de conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; valoración de la prueba; y decisión sobre cuándo se puede tener por probado un enunciado sobre los hechos, constatándose respecto de este último momento que no existen estándares de prueba contemplados en la ley.

A continuación (acápite iii), se revisa por qué esto constituye un problema, a partir del análisis de la importancia y necesidad de contar con estándares de prueba y de las funciones que éstos cumplen. Asimismo, se esbozan tanto los requisitos metodológicos como aquellos que deberían considerarse a la hora de decidir acerca de la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecida en el estándar. Posteriormente (acápite iv), se revisa cuál ha sido la respuesta de la jurisprudencia y la doctrina chilenas ante la ausencia normativa de estándares de prueba en sede de libre competencia, para después (acápite v) trazar algunas consideraciones importantes a tener en cuenta a la hora de definir el nivel de exigencia probatoria en esta sede y proponer un estándar. Finalmente (acápite vi), se advierte que no sólo necesitamos estándares para adoptar la decisión final del procedimiento, sino que, si se adopta un modelo que aborde completamente el proceso de litigación, que comprende diversas decisiones específicas, de diferentes participantes, también tienen que ser considerados otros estándares de decisión.

i. El procedimiento contencioso administrativo en materia de libre competencia.

La institucionalidad de defensa de la libre competencia en Chile está contemplada e íntegramente regulada en el Decreto Ley N°211 (en adelante, “DL 211”). De acuerdo con dicho cuerpo legal, aquellas instituciones que tienen jurisdicción sobre materias que afectan la competencia en los mercados son la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “Tribunal” o “TDLC”) y la Corte Suprema.

Mientras la FNE es un órgano administrativo que tiene a su cargo los roles de investigar y acusar las infracciones al DL 211, el TDLC es un órgano jurisdiccional especial e independiente, compuesto por ministros abogados y economistas, que tiene a su cargo juzgar y fallar todas aquellas conductas que infrinjan las disposiciones al DL 211. Adicionalmente, toda sentencia definitiva del TDLC que imponga alguna de las sanciones contempladas en el decreto ley o que absuelva de la aplicación de las mismas, es susceptible del recurso de reclamación ante la Corte Suprema. De este modo, la Corte puede eventualmente conocer, revisar y resolver en causas materia de defensa de la libre competencia, si se interpone este recurso.

La Fiscalía puede tomar conocimiento de hechos que podrían importar un atentado a la competencia por denuncia, de oficio o por delación compensada, y las investigaciones comienzan mediante una resolución del Fiscal Nacional Económico que las instruye. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del DL 211, la Fiscalía cuenta con distintas facultades para investigar, pudiendo solicitar a los particulares las informaciones y antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique¹; llamar a declarar a los representantes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de la investigación²; requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos³. Sin embargo, quizás la más poderosa sea la facultad de solicitar, en casos graves y

¹ Artículo 39 letra h) DL N° 211.

² Artículo 39 letra j) DL N° 211.

³ Artículo 39 letra k) DL N° 211.

calificados de investigaciones destinadas a acreditar casos de colusión, previa autorización judicial, ayuda de la fuerza pública para llevar a cabo diligencias intrusivas de investigación⁴ cuya determinación, valoración y ejercicio quedan entregados a la discrecionalidad de la FNE, de acuerdo con el mérito de los hechos y de la información recopilada.

Finalizada la investigación, la FNE debe decidir si poner término a la misma y ordenar su archivo, o presentar un requerimiento ante el TDLC, acusando una conducta anticompetitiva ante el Tribunal y dando inicio al procedimiento contencioso.

El sistema de libre competencia chileno es de tipo acusatorio judicial, por lo que el TDLC no puede avocarse de oficio el conocimiento de eventuales atentados contra la libre competencia. Los únicos legitimados para iniciar una causa contenciosa ante este tribunal son los particulares, a través de una demanda, o la FNE, a través de un requerimiento⁵. Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se confiere traslado, a quienes afecte, para contestar, y vencido el plazo para contestar, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba.

ii. La prueba en el procedimiento contencioso administrativo en materia de libre competencia.

En el marco de la teoría racionalista de la prueba⁶, Ferrer ha distinguido tres momentos de la actividad probatoria: (i) un primer momento destinado a la conformación del

⁴ De acuerdo con el artículo 39 letra n) del DL 211, éstas son: allanamiento; registro e incautación de toda clase de objetos y documentos; interceptación de toda clase de comunicaciones; ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

⁵ Artículo 20 inciso 2° DL N° 211.

⁶ Hoy son lugares comunes de la concepción racionalista de la prueba las siguientes asunciones, que este trabajo toma como premisas de partida: (i) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; (ii) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia; y, (iii) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba (FERRER; 2007, p. 19). Véase una caracterización de esta concepción en ACCATINO; 2019, quien entiende que la única condición de membresía que parece cerrar por ahora con mayor rigidez el círculo racionalista es la asunción de una noción correspondentista de la verdad, advirtiendo que, en la medida que esa asunción no ha sido suficientemente teorizada, cabe esperar también aquí se abran desacuerdos teóricos (p. 12).

conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (ii) un segundo momento dedicado a valorar la prueba admitida; y, (iii) finalmente, un tercer y último momento destinado a adoptar una decisión sobre cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos⁷.

En relación con el primer momento de la actividad probatoria, cabe destacar que en el proceso sancionatorio de libre competencia rige el principio de libertad de prueba, en función del cual todo elemento de conocimiento que pueda ser útil para la determinación de un hecho puede ser usado⁸. Se trata de un principio de inclusión epistemológico que prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante de los hechos que se juzgan⁹. Este principio de inclusión recibe plena aplicación de acuerdo con el inciso 2º del art. 22 del DL 211¹⁰, que dispone que “son admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil¹¹ y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”.

Respecto al segundo momento de la actividad probatoria, en el inciso final del artículo 22 del DL 211 se establece una regla de valoración de la prueba admitida al proceso, en los siguientes términos “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”, lo que importa amplia libertad para el sentenciador, aunque sujeto a los límites de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados¹².

⁷ FERRER; 2007, p. 41 a 49.

⁸ TARUFFO; 2002, p. 359.

⁹ Al respecto, Ferrer explica que “una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia. Se trata de un principio de inclusión que ordena la admisión de toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas” (FERRER; 2007, pp. 42 y 43).

¹⁰ FUCHS; 2017, p. 288.

¹¹ Art. 341 Código de Procedimiento Civil. Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.

¹² Así lo ha entendido la jurisprudencia “(...) resulta imprescindible recordar que el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211 prescribe: “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Se ha dicho que aquella compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados, y que corresponden a principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 20 de enero de 2015, Rol 21.536-2014. Requerimiento de la FNE contra Casther y otros.

Ahora bien, el DL 211 nada dice acerca del tercer y último momento de la actividad probatoria, pues no fija un estándar para adoptar una decisión sobre cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos en el proceso. Y, como sabemos, la pregunta relativa al estándar de prueba no puede ser respondida con referencia al concepto de sana crítica, que puede ser compatible con distintos estándares de prueba.

Si bien el artículo 29 del DL 211 prescribe que las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento contencioso de libre competencia, esta remisión no arroja mayores antecedentes sobre el estándar probatorio aplicable. Básicamente porque dicho Código carece de criterios precisos sobre estándares de prueba y porque, en el caso que los estableciera, quedaría pendiente dilucidar su compatibilidad con el proceso de libre competencia, dados los términos del artículo 29 del DL 211¹³.

iii. Necesidad e importancia de contar con estándares de prueba, y elementos a tener en cuenta en su construcción.

Como punto de partida, debemos señalar que adherir a la concepción racionalista de la prueba importa reconocer que, dadas nuestras limitaciones epistémicas, nunca será posible arribar a certezas racionales respecto de la verdad de una hipótesis fáctica¹⁴. Así, la determinación de la verdad de los hechos objeto de un proceso judicial no será un asunto de certezas sino de probabilidades, ya que “el conocimiento que es posible obtener mediante la prueba es sólo probable y falible, dada su naturaleza inductiva y las limitaciones de su institucionalización”¹⁵.

¹³ Artículo 29 DL 211: “Las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos procedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

¹⁴ Al respecto véase FERRER; 2007, p. 139 y ss.

¹⁵ ACCATINO; 2019, p. 5.

A este respecto, debe tenerse presente que la mayoría de la doctrina se encuentra conteste en el hecho de que en el razonamiento probatorio no puede utilizarse una probabilidad matemática, sino más bien una probabilidad de carácter inductivo o lógico¹⁶.

Como el razonamiento probatorio es probabilístico y no tendremos certezas sobre los hechos que se quieran probar en el juicio, será necesario recurrir a reglas que determinen el grado de probabilidad -inductiva o lógica- a partir del cual estaremos en condiciones de dar por probada una hipótesis¹⁷. A estas reglas las llamaremos estándares de prueba (en adelante, “EdP”).

Ahora bien, debemos dilucidar qué es un estándar de prueba en términos generales. A este respecto, sea que nos encontremos en el área del derecho o en cualquier otro ámbito del conocimiento humano, un estándar de prueba especifica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho para afirmar que una hipótesis ha sido probada. La hipótesis puede ser de carácter científico (por ejemplo, fumar produce cáncer de pulmón) o de carácter jurídico (por ejemplo, la empresa X se coludió con la empresa Y para subir los precios en el mercado Z). El nivel de exigencia del estándar de prueba no está determinado *a priori*, ni tampoco implícito en la naturaleza del concepto de estándar de prueba, sino que da cuenta de una decisión por parte de la sociedad para ubicar el umbral referido en un punto determinado¹⁸.

Con base en lo anterior, para efectos de este trabajo entenderemos por estándar de prueba aquellas reglas que “determinen el grado de probabilidad a partir del cual estaremos dispuestos a dar por probada una hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos

¹⁶ La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial consideran muy claramente que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales. La probabilidad estadística nos informa únicamente de frecuencias relativas en que se da un tipo de eventos en una sucesión dada. Una explicación general en FERRER; 2007, p. 98-120. A este respecto, Laudan plantea que es mejor dejar de lado el lenguaje técnico de las probabilidades al referirnos al estándar de prueba por dos razones: i) problemas de estimación de las probabilidades de nuestras propias creencias; y, ii) cualquier estándar formulado en términos probabilísticos sufrirá de un problema de subjetividad, ya que acabará expresando el grado de confianza del juzgador en una hipótesis, no la medida en que dicha confianza está justificada. Véase LAUDAN; 2013, pp. 120-126. Por su parte, Susan Haack ha llamado “probabilismo jurídico” a la tesis según la cual los grados de prueba en el derecho podrían ser identificados con las probabilidades que figuran en los cálculos matemáticos de probabilidad, mostrando que esta tesis es errónea, véase HAACK; 2013, p. 75 y ss.

¹⁷ FERRER; 2018, p. 403.

¹⁸ LAUDAN; 2013, pp. 104 y 105.

parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión (y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento)”¹⁹. De esta manera, afirmar que “está probado que *p*” será igual a decir que “hay elementos de juicio suficientes en favor de *p*”²⁰.

Si no se cuenta con estándares de prueba, será el juez quien decidirá, de acuerdo con su conciencia, si las pruebas en un caso determinado son o no suficientes para formar su convicción. Y como cada persona tiene un nivel diferente de suficiencia, los estándares se volverán subjetivos, toda vez que dependerán de la conciencia de cada magistrado²¹.

El hecho de no contar con estándares de prueba resulta problemático por una razón adicional. En sistemas como el chileno, en el que el juicio sobre los hechos debe ser justificado²², las razones para adoptar una decisión deben fundarse en reglas o criterios objetivos de suficiencia. De esta manera, motivación y estándar probatorio son conceptos o instituciones que se encuentran íntimamente ligadas; el estándar es necesario para hacer operativa la motivación. En efecto, que el tribunal deba motivar su decisión significa que tiene que dar cuenta de las razones que la justifican, explicando por qué las pruebas aportadas al proceso son suficientes para considerar probados ciertos hechos y, para ello, dadas las condiciones de incertidumbre en que tiene lugar un juicio, le resultará indispensable echar mano a criterios de suficiencia definidos previamente por un EdP. Como señala Accatino, “sin precisión del estándar, no se puede fundamentar adecuadamente la decisión sobre la prueba, ni tampoco controlar la adecuada fundamentación de la decisión sobre la prueba”²³.

En palabras de Ferrer, “la ausencia de estándares de prueba se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias. Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos

¹⁹ Esta es la definición de estándar de prueba entregada por FERRER; 2018, p. 403.

²⁰ FERRER; 2005, p. 35 y ss.

²¹ DE PAULA; 2019, p. 30.

²² En materia de libre competencia, esta exigencia se encuentra en el artículo 26 del DL 211: “La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere (...)”.

²³ ACCATINO; 2011, p. 502.

procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación”²⁴.

Además de lo que hemos señalado hasta aquí, los EdP son necesarios porque cumplen la función de distribuir los riesgos de error (de absoluciones falsas y condenas falsas) entre las partes²⁵. Para estos efectos, entenderemos que hay un error denominado “falso positivo” cuando se condena a un inocente (alguien que no cometió los hechos que se le imputan), y también cuando se absuelve a un culpable (alguien que sí cometió los hechos que se le imputan), al que llamaremos “falso negativo”.

Un estándar puede ser más exigente o más laxo. En este sentido, los estándares que suelen regir para distintos ámbitos del derecho son diversos. Si los ordenamos desde el más al menos exigente: “más allá de toda duda razonable” (en adelante, también, “MADR”), utilizado en el ámbito penal, es una regla exigente que provocará que se produzcan muchos más falsos negativos que falsos positivos; “prueba clara y convincente” (en adelante, también, “PCC”)²⁶, adoptado en Estados Unidos para procesos especiales, como la cesación de los derechos filiales, las cuestiones relacionadas con la ciudadanía o el contenido de un testamento²⁷, tiene una exigencia un poco más baja que MADR, pero de todas formas mantiene la preferencia por los falsos negativos; y “prueba prevaleciente”, “preponderancia de la prueba” (en adelante, también, “PP”) o “balance de las probabilidades”, de baja

²⁴ FERRER; 2018, p. 402. Para un análisis de la relación entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales y la prueba, véase FERRER, Jordi, 2020; “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* de la CORTEIDH”, en *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N°1, Marcial Pons, Madrid, pp. 359-382.

²⁵ La determinación del nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba no incide sobre la disminución de errores, sino sobre la distribución del riesgo de error entre las partes. “Los instrumentos procesales adecuados para maximizar probabilidades de acierto en la decisión probatoria son otros. En particular, aquellos que apuntan a promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente”. Véase FERRER; 2018, p. 408.

²⁶ En el contexto nacional, Larroucau explica el concepto de “evidencia clara y convincente” de la siguiente manera: “Por ejemplo, en los juicios donde la secuela para la demandada no es sólo jurídica (un fallo judicial desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica), así como en las disputas sobre relaciones parentales, la regla $P > 0,5$ no es satisfactoria. Para estos casos se acude a lo que en la justicia civil norteamericana se denomina un estándar intermedio de “evidencia clara y convincente” o regla $P > 0,75$ ”. LARROUCAU; 2012, p. 9.

²⁷ HAACK; 2013, p. 69.

exigencia probatoria, comúnmente prescrito para casos civiles ordinarios, en el que los falsos positivos y negativos se producirán, en principio, de forma igualitaria²⁸.

La justificación que subyace a la elección de un EdP específico para cada ámbito se funda en consideraciones políticas²⁹. Así, por ejemplo, la exigencia más elevada de que una acusación en materia penal deba ser probada “más allá de toda duda razonable”, descansa en “la opción ética según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente”³⁰.

Sin embargo, ninguno de estos estándares de prueba (MADR, PCC, PP) ha sido definido de manera precisa, lo que ha acarreado críticas a estas fórmulas, por no llenar de contenido la pregunta acerca del umbral de suficiencia probatoria. Laudan, por ejemplo, critica duramente la interpretación que la jurisprudencia norteamericana ha dado al estándar “más allá de toda duda razonable”, entendiéndolo como la firme convicción en la culpabilidad del acusado, vinculándolo así al estado mental de los miembros del jurado³¹. No obstante, este autor sí cree que existe la posibilidad de llegar a una forma no arbitraria de determinar la severidad del EdP y que, al contrario de lo que ocurre con el MADR, es posible plantearse un estándar en términos objetivos. Para Laudan, la propiedad más importante que debe asociarse a cualquier formulación de estándar de prueba es su objetividad³².

González Lagier, en cambio, plantea que el camino hacia la formulación de estándares de prueba se encuentra bloqueado, puesto que no es posible formularlos de una forma precisa

²⁸ Susan Haack agrega un cuarto estándar de prueba, utilizado en Estados Unidos para casos de registro, denominado “sospecha razonable” o “causa probable”. Hay causa probable cuando los hechos conocidos y las circunstancias son suficientes para garantizar a un hombre de prudencia razonable la creencia de que encontrará los bienes objeto de contrabando o las pruebas de un delito. Cita los siguientes casos: *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 238 (1983) y *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 696 (1996)). Véase HAACK; 2013, p. 69, nota 21.

²⁹ HAACK; 2013, p. 69.

³⁰ TARUFFO; 2008, p. 273

³¹ LAUDAN; 2013, p. 59-102.

³² “Básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba. Si ponemos ese estándar a la altura correcta, capturará completamente nuestras creencias compartidas acerca de la ratio apropiada de absoluciones falsas por falsas convicciones”. LAUDAN; 2005, pp. 112-113.

que permita superar su vaguedad intensional³³ y gradual³⁴. No obstante, sostiene que no son completamente inútiles, ya que al menos cumplirían la función informativa de dar a entender que el criterio de confirmación MADR es más exigente que el de la PP o el de la PCC. Así, “al menos deberían transmitir la información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque no logren precisar cuál, por lo que la decisión acerca de si se ha alcanzado suficiente prueba acaba dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio”³⁵.

Adicionalmente, González Lagier estima que no existe un sistema de medición de la eficacia de los estándares al distribuir el riesgo de error, por lo que no podría comprobarse empíricamente que el objetivo del estándar se cumpla³⁶. Así, por ejemplo, si bien sabemos que el estándar “más allá de toda duda razonable” se pone como meta que existan pocos casos de inocentes condenados, no sería posible medir o corroborar empíricamente que, de hecho, existan pocos inocentes condenados. En efecto, dice González Lagier, en el Derecho rara vez tenemos oportunidad de contrastación para corroborar la existencia de un error³⁷, por lo que no sería posible medir la eficacia de lo políticamente buscado con el establecimiento de los estándares que operan en los procesos judiciales.

La argumentación de González Lagier se vincula con la crítica de Bayón³⁸, consistente en que “no habría garantías de que de la aplicación del estándar de prueba resulte exactamente la distribución del riesgo que se repute correcta”³⁹. Sin embargo, Bayón no parece referirse al problema de una corroboración empírica sino a que no existiría, y posiblemente no podría existir, un mecanismo intersubjetivamente controlable para

³³ No tenemos un criterio para determinar el grado necesario para *aceptar* que una regla de valoración se ha satisfecho, por lo que necesitaríamos un “estándar de cumplimiento” de cada regla, lo que reproduciría el problema. GONZÁLEZ LAGIER; 2018, p. 15.

³⁴ Una de las notas definitorias del concepto de “grado de confirmación” (de la hipótesis fáctica que se quiere probar) es su vaguedad gradual (y no cuantificable), esto es, que se puede poseer en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, cuando se habla de “duda razonable”, aunque se le pueda dar un significado objetivo, queda por precisar qué se entiende por “razonable”, y se debería evitar en esa precisión recurrir a otra propiedad gradual. GONZÁLEZ LAGIER; 2018, p. 13.

³⁵ GONZÁLEZ LAGIER; 2018, p. 19.

³⁶ Ídem, p. 18.

³⁷ Ídem, p. 18.

³⁸ Ídem, p. 18.

³⁹ BAYÓN; 2008, p. 32.

determinar si el juez utilizó el estándar⁴⁰. De esta manera, más allá de la imposibilidad de una medición de la eficacia de los objetivos de la regla, no sería posible saber si se está cumpliendo con la distribución del riesgo de error asignado al estándar, porque no podría determinarse en qué casos el estándar fue satisfecho y en qué casos no. Esto quiere decir que el problema no es de medición, sino referido a que nunca podremos llegar a tener datos empíricamente fiables sobre el error porque nunca sabremos si el juez efectivamente aplicó el estándar correctamente.

Me parece que la debilidad de la crítica de González Lagier radica en que, si creemos que un estándar es posible de ser formulado y aplicado, éste sí realizará una distribución del riesgo del error. Si bien la medición estadística sería una herramienta útil, no es indispensable para el cumplimiento del objetivo de un estándar. De hecho, en todas aquellas materias en las que sí podemos corroborar la existencia de errores mediante la experiencia, como el caso de la meteorología que propone González Lagier⁴¹, estándares más laxos o más estrictos generarán, respectivamente, un tipo de error (siguiendo con el ejemplo, efectuar una merienda campestre en un día lluvioso o cancelar dicha merienda en un día soleado). Sabemos, entonces, que los estándares, en general, sí distribuyen el riesgo del error, y González Lagier no da razones para estimar que esto no pudiera predicarse respecto del Derecho. Su problema es simplemente de medición, por lo que podríamos suponer fundadamente que el objetivo de los estándares se cumple siempre que sean correctamente aplicados.

Este punto nos lleva a la crítica de Bayón, la cual va dirigida ya no a la medición de la eficacia del estándar sino a la posibilidad misma de poder aplicar correctamente un estándar en el proceso. En efecto, señala que “no parecen estar a nuestro alcance procedimientos intersubjetivamente controlables capaces de indicarnos cuándo [el estándar] habría quedado satisfecho y cuándo no; y precisamente porque no disponemos de ellos, y aunque el estándar no se estaría formulando en términos que vayan referidos al

⁴⁰ Ídem, p. 32.

⁴¹ GONZÁLEZ LAGIER; 2018, p. 18.

convencimiento del juzgador, parece inevitable que se acabase produciendo su subjetivización encubierta”⁴².

La crítica de Bayón toca un problema central, a saber, la dificultad de objetivar los estándares, a lo que puede sumarse la crítica de González Lagier respecto de las vaguedades de que son objeto los mismos. El problema se referiría entonces a que, dada la forma en que se han construido los EdP y la falta de controles, se ha perdido el sentido supuestamente objetivo de los mismos. Lo cual nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Es posible formular estándares lo suficientemente claros como para posteriormente controlar su recta aplicación? La idea de este trabajo, así como de todos quienes son optimistas en relación con la formulación de EdP, es que, si bien no es posible una objetivación absoluta que despeje cualquier tipo de vaguedad⁴³, sí es posible disipar la subjetividad de los estándares.

En este sentido, el objetivo es precisar el contenido del EdP mediante la formulación de reglas o criterios que establezcan la suficiencia probatoria de la manera más precisa y objetiva posible. De esta forma podremos avanzar en el control intersubjetivo, ya que el juez deberá justificar su decisión ciñéndose a esos criterios. Si bien no se puede dar garantía absoluta de que de la utilización del estándar resulte exactamente la distribución del riesgo de error correcta, ésta sí podrá ser controlada argumentativamente, mediante la revisión de la motivación de la decisión.

Por todo lo señalado anteriormente, debemos partir reconociendo que en la práctica las formulaciones del nivel de exigencia probatoria suelen adolecer típicamente de dos tipos de problemas: (i) remiten a la convicción subjetiva del juzgador, por lo que “no permiten el control intersubjetivo y, por tanto, no son aptos para facilitar la revisión de la corrección de la decisión”⁴⁴; y, (ii) presentan “un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria”⁴⁵. Sin embargo, considerando lo señalado, no abandonaremos por eso la posibilidad de contar con EdP y, en cambio, siguiendo la propuesta de Ferrer, analizaremos los requerimientos para la construcción de una regla de estándar que

⁴² BAYÓN; 2008, p. 32. Si bien Bayón levanta un punto que no puede desoírse, debe precisarse que del hecho de no poder controlar la operatividad del estándar no se sigue una inevitable subjetivización encubierta sino sólo la posibilidad de que esto ocurra y que no podamos saberlo.

⁴³ Esta cuestión resulta imposible en cualquier ámbito, dada la vaguedad inherente al lenguaje.

⁴⁴ FERRER; 2018, p.404.

⁴⁵ Ídem, p. 404.

logre superar estos problemas. Estos requerimientos pueden separarse en dos tipos: requisitos metodológicos y requisitos que apuntan a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecida en el estándar.

Con respecto a los requisitos metodológicos que la regla debe cumplir para constituir un estándar de prueba, deben destacarse tres: (i) la apelación a criterios objetivos en la construcción del EdP, eliminando la posibilidad de utilización de criterios subjetivos por parte del decisor al momento de justificar su decisión; (ii) la precisión de los criterios que establezcan el umbral que se deberá alcanzar para dar por probado un hecho; y, (iii) la formulación del estándar de prueba a partir de la utilización de criterios cualitativos y no en términos matemáticos⁴⁶.

Ahora bien, en lo que respecta a los requisitos que apuntan a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecida en el estándar, es necesario tener presente que, como ya hemos adelantado, la elección de uno u otro estándar es una decisión acerca de la tolerancia de errores judiciales (falsas absoluciones y falsas condenas) en la decisión de hechos probados, y eso supone una decisión político-moral. Entonces cabe preguntarnos ¿de qué dependerá que se quiera distribuir el riesgo de error de una u otra manera? o ¿qué razones debemos considerar para tomar la decisión sobre el nivel de exigencia probatoria?

Desde luego, debemos considerar los costos relativos del error en caso de condenas falsas y en caso de absoluciones falsas⁴⁷. Tratándose de condenas falsas, es necesario tener en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que se verán afectados por la consecuencia contemplada por el derecho en caso de condena (libertad, patrimonio, etc.) y en qué medida éstos se verán afectados. “La mayor importancia del bien jurídico afectado y la mayor afectación del bien tiende a aconsejar un estándar probatorio más exigente, puesto que el error de la condena falsa tendría más graves consecuencias”⁴⁸.

Por su parte, el coste del error de las absoluciones falsas es que, conforme se aumente el nivel de exigencia del EdP, aumentaremos también el riesgo de culpables absueltos. En otras palabras, debemos ser conscientes de que cada aumento en la severidad del estándar

⁴⁶ Estos son los tres requisitos metodológicos propuestos por Ferrer. Véase FERRER; 2018, pp. 405-406.

⁴⁷ Véase LAUDAN; 2013, pp. 111-117; FERRER; 2018, pp. 409 - 411.

⁴⁸ FERRER; 2018, p. 409.

hará más difícil condenar a quienes son verdaderamente culpables, lo que podría disminuir la capacidad disuasoria del derecho. De esta forma, el EdP tiene un impacto en el cumplimiento de la función del Estado de protección de bienes jurídicos (como la vida, la libertad, la propiedad, etc.) o de disuasión de conductas que no estamos dispuestos a tolerar (como, por ejemplo, la colusión de agentes que deberían competir en un mismo mercado, el uso de información privilegiada en el mercado de valores, etc.).

A la consideración de los costos de las condenas falsas y de las absoluciones falsas al momento de determinar el EdP, debemos sumar la consideración de las dificultades probatorias del caso al que se pretende aplicar el estándar. En efecto, éstas “operan como una razón para disminuir el nivel de exigencia del estándar, evitando así la impunidad y con ello que el tipo devenga en inútil por inaplicable”⁴⁹. Ocurre que las especiales dificultades probatorias de algunos tipos de casos, por ejemplo, en materia de libre competencia, los casos de colusión, por el hecho de ser una conducta esencialmente clandestina, pueden llevar a que no se logre demostrar los elementos del caso al grado exigido por el umbral en esa sede, con la consecuencia de producir muchos falsos negativos, lo que redundará en la desprotección de la libre competencia en los mercados.

Pero esto no es todo. Si queremos distribuir el riesgo probatorio a través de los EdP, debemos también tener en cuenta qué otras reglas operan en esa misma distribución. En efecto, no sólo los estándares de prueba tienen una repercusión en la distribución del riesgo del error entre las partes, sino que también la tienen la carga de la prueba y las presunciones⁵⁰. La carga de la prueba, por ejemplo, no sólo indica qué parte está obligada a producir prueba, sino que también determina a cuál de las partes le corresponderá correr con el riesgo del error en caso de que no se logre probar la hipótesis fáctica objeto del juicio⁵¹.

⁴⁹ FERRER; 2018, p. 412.

⁵⁰ Esta idea es propuesta por Ferrer y una explicación de esto se encuentra en FERRER; 2018, pp. 412-413.

⁵¹ Jordi Ferrer explica que “Observar la incidencia conjunta de las distintas reglas de distribución del riesgo probatorio nos permite constatar que, contra lo que se afirma en muchas ocasiones, el estándar de preponderancia de la prueba no distribuye necesariamente en partes iguales el riesgo de error. Ello depende no solo del estándar, sino también de la atribución de la carga de la prueba. Así, aunque el estándar sea el mismo para las hipótesis fácticas de las dos partes y exija sólo la preponderancia de la prueba, será una de las partes la perjudicada por la carga de la prueba, es decir, quien pierda si no hay prueba suficiente, siendo, por tanto, solo esta quien corra con el riesgo de la falta de prueba”. Véase FERRER; 2018, p. 412-413.

Finalmente, debe considerarse una última cuestión, consistente en que el momento de dictar sentencia sobre el caso no es el único momento en el que necesitaremos un EdP para tomar decisiones sobre los hechos. Este punto lo desarrollaremos a propósito del acápite vi de este trabajo.

iv. Respuesta ante la ausencia legal de estándares de prueba en sede de libre competencia.

Ante la falta de respuesta legislativa en materia de EdP en el derecho de la libre competencia en Chile, y dada la imposibilidad de valorar la prueba sin apelación a un estándar específico, resulta necesario revisar qué respuestas se han propuesto por la jurisprudencia y la doctrina.

La jurisprudencia chilena del TDLC y la Corte Suprema ha instaurado el estándar de “prueba clara y concluyente”⁵². En efecto, múltiples resoluciones de estos tribunales han establecido que ese es el estándar aplicable en esa materia⁵³, sin embargo, no señalan por qué ni tampoco otorgan criterios de definición de dicho EdP. Lo único que se ha señalado es que se trata de un EdP “que exige más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza más allá de toda duda razonable”⁵⁴, ubicándolo así en un espacio intermedio entre el estándar de prueba utilizado comúnmente en sede civil (PP) y en sede penal (MADR)⁵⁵.

La excepción la encontramos en el voto de prevención de la Sentencia 160/2017 del TDLC que, discrepando del voto de mayoría contenido en el considerando séptimo de la

⁵² “Eso debe ser relacionado con lo que la justicia civil norteamericana denomina un estándar intermedio de “evidencia clara y convincente” o regla P>75%”. VALENZUELA; 2017, p. 37.

⁵³ Sentencias Excma. Corte Suprema, entre otras: Rol N°19.806-2014 de 29 de enero de 2015, Requerimiento FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros; Rol N° 2.578-2012 de 7 de septiembre de 2012, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros; y Rol N° 5.128-2016 de 12 de octubre de 2016, Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos y otros.

Sentencias TDLC, entre otras: 136/2014 de 8 de mayo de 2014, Requerimiento FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros; 141-2014 de 4 de noviembre de 2014, Requerimiento FNE contra empresas de transporte; 145-2015 de 9 de diciembre de 2015, Requerimiento de la FNE contra SMU; y 148-2015 de 23 de diciembre de 2015, Requerimiento FNE contra Asfaltos Chilenos y otros.

⁵⁴ Sentencia TDLC 136/2014 de 8 de mayo de 2014, Requerimiento FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros, considerando 70°.

⁵⁵ A esto parece referirse González Lagier cuando habla de la función informativa de los estándares de prueba.

misma sentencia⁵⁶, sostuvo que el EdP aplicable en esta sede corresponde al de “preponderancia de la prueba”, explicando por qué este es el estándar aplicable y en qué consiste (para esto último recurrió a la explicación de Taruffo)⁵⁷. En relación a por qué es esta la regla aplicable, esgrimió razones dogmáticas, económicas e institucionales.

Desde un punto de vista dogmático, el voto de prevención estimó que el EdP aplicable depende fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada, para luego concluir que la responsabilidad que persigue el TDLC es de carácter civil, toda vez que debe hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor por atentar en contra del interés público en la libre competencia. En efecto, las potestades del tribunal tendrían por objeto imponer cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil, para efectos de corregir el incumplimiento de las obligaciones regulatorias legales y disuadir las infracciones futuras⁵⁸.

En opinión del voto de prevención, la perspectiva económica corrobora la conclusión dogmática anterior. Señala que, al momento de juzgar una conducta, pueden cometerse dos tipos de errores, a saber, los “falsos positivos” o de “sobreinclusión” y los “falsos negativos” o de “infrainclusión”. Desde esta perspectiva, el voto de prevención estimó que un sistema óptimo debiera tender a la minimización de los errores. A su vez, señaló que mientras bajo un estándar de prueba civil la probabilidad de cometer errores se distribuye de manera igualitaria, bajo un estándar penal el error de “sobreinclusión” es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia. Siendo la normativa sobre libre competencia parte de la regulación económica basada en la imposición de obligaciones civiles, ella no puede “preferir” un tipo de error por sobre el otro, siendo ambos igualmente desaconsejables. Las normas sobre libre competencia deben ser

⁵⁶ Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA, considerando séptimo: “Que, como se verá, existen en autos explicaciones contradictorias sobre estas cuestiones y abundante evidencia que requiere ser ponderada. Esta labor de ponderación debe realizarse conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual, tal como ha señalado la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, corresponde a uno de prueba “clara y concluyente”;

⁵⁷ Véase considerando 25° del voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA.

⁵⁸ Considerandos 11° a 17° del voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA

neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que las sitúa *prima facie* en el ámbito del estándar de balance de las probabilidades⁵⁹.

Finalmente, el voto de prevención señaló que la perspectiva institucional provee razones adicionales a las perspectivas dogmática y económica para concluir que el estándar aplicable es uno de naturaleza civil de balance de probabilidades. Esta óptica indica que el análisis debe ser hecho en función del tipo de órgano encargado de atribuir la responsabilidad infraccional en libre competencia. Así, cuando dicha función es ejercida por un órgano administrativo, que carece de imparcialidad respecto del interés público perseguido, existiría una mayor propensión a cometer errores de “sobreinclusión”, razón por la cual el EdP debiera ser superior al de probabilidad mayor. Sin embargo, cuando la función decisoria es ejercida por un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial, colegiado y especializado, como el TDLC, y la Administración acusadora (FNE) no goza de privilegios en la etapa de ponderación de la prueba, la distribución en abstracto de las probabilidades de cometer ambos tipos de errores se torna al menos en equivalente. En este marco institucional, no existirían razones que aconsejen elevar el estándar de balance de las probabilidades⁶⁰.

Este voto de prevención es un gran avance en materia de EdP en libre competencia en Chile, ya que es la primera y única vez que el Tribunal ha explicado por qué le parece necesario preferir un estándar por sobre otro, a pesar de que fuese en un voto de minoría. No obstante lo anterior, hay que destacar que dicho voto comete algunas imprecisiones⁶¹ como, por ejemplo, dar a entender que tanto la minimización del error como la distribución de los riesgos de error pueden lograrse mediante estándares de prueba; asumir que el estándar de balance de las probabilidades distribuye necesariamente en partes iguales el riesgo de error; o partir de la base de que la responsabilidad que persigue el TDLC es de naturaleza civil.

En efecto, la determinación del nivel de exigencia probatoria del EdP no incide sobre la disminución de los errores, sino sólo sobre la distribución del riesgo de error entre las partes. “Los instrumentos procesales adecuados para maximizar probabilidades de acierto en

⁵⁹ Considerandos 18° a 20° del voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA.

⁶⁰ Considerandos 21° a 23° del voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA.

⁶¹ Para un análisis crítico exhaustivo del voto de prevención, véase CARRASCO; 2019, pp. 701 y ss.

la decisión probatoria son otros. En particular, aquellos que apuntan a promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente”⁶².

Por otra parte, tampoco es posible asumir que el estándar de balance de las probabilidades distribuye necesariamente en partes iguales el riesgo de error, puesto que los EdP no son las únicas reglas que influyen en la distribución del riesgo probatorio; también lo hace la carga de la prueba, según revisamos en el acápite iii. Y las reglas sobre carga de la prueba perjudicarán solo a una de las partes en caso de que no se haya rendido prueba suficiente para alcanzar el umbral fijado por el estándar probatorio utilizado⁶³.

En el Derecho comparado, a diferencia de la jurisprudencia chilena -con excepción del voto de prevención analizado-, parece haber una tendencia a optar por un estándar de prueba menos exigente que el de “prueba clara y convincente” en sede de libre competencia. En Estados Unidos, por ejemplo, los casos de libre competencia quedan sometidos a la regla de la prueba prevaleciente. Ahora bien, tratándose del ilícito específico de colusión, la Corte Suprema norteamericana, señaló, en *Monsanto*⁶⁴, que ese estándar se traduce en la necesidad de contar con indicios que, considerados en su totalidad, tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente. Como la propia Corte Suprema aclaró posteriormente en el caso *Matsushita*⁶⁵, los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es razonable al compararla con la inferencia alternativa de acción independiente.

En lo que respecta a la Unión Europea, no se utilizan fórmulas como las de más allá de toda duda razonable o preponderancia de la evidencia. “Varios estudios han mostrado que la regla va cambiando de acuerdo a ciertos criterios, como la severidad de la multa impuesta y la necesidad de no neutralizar el efecto disuasorio de los delitos anticompetitivos que, en ciertas circunstancias, son difíciles de probar. Es más, en casos de colusión, la Comisión Europea aplica dos estándares distintos, dependiendo de la evidencia recolectada. Cuando

⁶² FERRER; 2018, p. 408.

⁶³ Véase FERRER; 2018, p. 412-413.

⁶⁴ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984). “Evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the parties”.

⁶⁵ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 578 (1986). “The inference of conspiracy is [must be] reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents”. Por el contrario “conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy”.

hay documentos que establecen directamente la existencia de prácticas concertadas, no hay necesidad de examinar si las firmas involucradas tienen otra justificación para haber tomado parte en el acuerdo. En cambio, cuando la evidencia disponible es meramente circunstancial, la regla de decisión que adopta la Comisión para establecer si existió un cartel es la *ausencia de otra explicación plausible*. En otras palabras, si los hechos no pueden ser explicados de otra manera que a través de la existencia de un comportamiento anticompetitivo, la Comisión puede sostener la responsabilidad de las firmas”⁶⁶.

En Nueva Zelanda, los tribunales han señalado que las infracciones a la libre competencia -en el caso en concreto, colusión- deben ser probados conforme al estándar aplicable en materia civil, es decir, deben ser probados conforme al balance de probabilidades, lo que significa que no es necesario alcanzar el estándar penal de duda razonable⁶⁷.

La doctrina chilena (Grunberg, Montt, Romero Guzmán, Valenzuela y Valdés), por su parte, al igual que nuestra jurisprudencia mayoritaria, reclama la aplicación del estándar de “prueba clara y convincente” en sede de libre competencia, por razones de justicia retributiva⁶⁸. Existe, sin embargo, un autor que disiente de lo anterior (Carrasco), planteando

⁶⁶ MAGGIOLINO; 2014, p. 115. Traducción libre de: “Looking at EU competition law, the US formulas of “beyond a reasonable doubt” and the “preponderance of the evidence” cannot be found (...) many scholars have shown how these rule change according to some (even opposing)” criteria, such as the severity of the imposed fines and the need to neutralize the deterrent effect of antitrust offences that, in some circumstances, become difficult to prove. What is more, we know that in cartel cases the EC applies diverse standards depending on the collected evidence.

When documents which directly establish the existence of concertation exist, there is no need to further examine the question of the existence of the alleged anticompetitive agreement (...).

By contrast, when the only available evidence is circumstantial, the decision rule that the EC adopts to establish whether a cartel occurred is that of the absence of another plausible explanation. In other words, if the facts at stake cannot be explained other than by the existence of an anticompetitive behavior, the EC can hold the firms liable.”

⁶⁷ High Court of New Zeland, *Meat Case*, sentencia de fecha 20 de agosto de 1998. “In addition to those specific criteria any other relevant circumstances are to be taken into account. I observe also, in passing that pursuant to s.80(3) of the Act the civil standard of proof applies in respect of such breaches. That is, they must be proved on the balance of probabilities which means that it is not necessary to reach the criminal standard of beyond reasonable doubt”.

⁶⁸ GRUNBERG y MONTT; 2017, p. 335: “Si bien en ausencia de reglas y limitaciones especiales deben regir las reglas generales en materia procesal civil, compartimos con Romero Guzmán la necesidad de aumentar el nivel de convicción por razones de justicia retributiva. Insistimos que este aumento debe ser moderado, dando lugar a un estándar final de “evidencia clara y convincente” de naturaleza civil y no penal”. En el mismo sentido, VALENZUELA; 2017, p. 28: “(...) reconocer una función retributiva en la imposición de la multa como característica distintiva de la sanción en esta área del derecho. Lo que una regla de estándar probatorio

que el EdP aplicable en esta sede es algo menor que el estándar de preponderancia de la prueba, por lo que donde exista una idéntica confirmación para la hipótesis de condena y la de absolución, debe favorecerse la condena para resguardar la libre competencia⁶⁹. Esgrime que los artículos 2 y 5 del DL 211 le imponen al TDLC el mandato de resguardar la libre competencia en los mercados, así como prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, lo que debiese permear en la actitud del Tribunal en orden a admitir como socialmente deseable ciertos casos límite de costo de error (condenar al inocente)⁷⁰.

En mi opinión, resulta erróneo reclamar la aplicación del estándar de PCC en sede de libre competencia “por razones de justicia retributiva”, puesto que lo que hace ese argumento es tratar de acercar la sanción administrativa a la sanción penal, bajo la trasnochada idea de que ambas constituirían manifestaciones del *ius puniendi* estatal, lo que traería como consecuencia una necesaria elevación de las garantías en los procedimientos administrativos sancionatorios y, como consecuencia, del estándar de prueba⁷¹.

Esta idea proviene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, que ha señalado que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”⁷². Esta identidad abriría un espacio para una especie de asimilación en lo que respecta a la regulación de ambos tipos de sanciones en materia de garantías o, en subsidio, una aplicación “matizada” de las garantías penales al ámbito de las sanciones administrativas⁷³. Parte de la

administra en este escenario es, justamente, un error respecto de la responsabilización por la realización de infracciones al derecho de competencia. Este no tiene un contenido meramente regulador, sino que, en el caso de las sanciones, por ejemplo, relativas a conductas derivadas de acuerdos de precio entre competidores, se trata de la imposición de una sanción retributivamente definida”.

⁶⁹ CARRASCO; 2019, pp. 719 y ss.

⁷⁰ Ídem, p. 720.

⁷¹ Véase VALDÉS; 2006, p. 377, sostiene que la diferencia entre el injusto penal y el contravencional anticompetitivo es meramente cuantitativa, razón por la cual las sanciones aplicadas serían especialmente punitivas y regidas por las garantías y principios tutelares del derecho penal. En el mismo sentido, ROMERO; 2007, p. 35: “no debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado”. En contra de esta idea, véase: MAÑALICH; 2014, pp. 544-545, LETELIER; 2018, pp. 218-219, ISENSEE; 2018, pp. 84-90.

⁷² Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto de 1996, Rol 244/1996, considerando 9°.

⁷³ En contra de esta idea véase MAÑALICH; 2014, p. 545: “El recurso al eslogan de la unidad del *ius puniendi* estatal es lamentable, en tanto supone una vulgarización del concepto técnico de pretensión punitiva, por la vía de confundirlo con la designación del entramado de reglas de competencia que especifican las condiciones

doctrina chilena ha hecho suya esta idea, lo que ha decantado en el entendimiento de que no debería aplicarse el estándar civil de prueba preponderante en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, pienso que existen varios argumentos que permiten desechar esta idea. El primero es que, si el legislador chileno hubiese decidido igualar o acercar la sanción administrativa a la sanción penal, habría establecido que las reglas supletorias aplicables al procedimiento sancionatorio de libre competencia fueran las del Código Procesal Penal, para que se contara con garantías similares a las del proceso penal, aunque atenuadas o matizadas. En cambio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 del DL 211, el legislador optó por remitirse a las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil como estatuto legal supletorio, lo que lleva a pensar que estimó que tanto el conflicto como las sanciones que se imponen en sede de libre competencia, se acercan más a una materia civil que penal. Si llevamos esta idea al ámbito de los estándares de prueba que deberíamos adoptar en esta sede, resulta que debiésemos preferir estándares que se inclinen por distribuir el riesgo de error de manera equitativa entre las partes (como el de prueba prevaleciente) y no en favor de falsos negativos, como el de “más allá de toda duda razonable” establecido en el Código Procesal Penal⁷⁴.

Asimismo, debe considerarse que la Ley N° 20.945, que vino a perfeccionar el sistema de libre competencia chileno y que entró en vigencia en agosto de 2016, introdujo en nuestro sistema jurídico el delito de colusión (artículo 62 DL 211), sancionando ahora penalmente una conducta que ya se encontraba contemplada y sancionada administrativamente en el artículo 3 letra a) del DL 211, lo que demuestra que se trata de responsabilidades completamente diferenciadas, que pueden hacerse efectivas respecto de una misma conducta⁷⁵.

de ejercicio de las muy diversas potestades públicas involucradas en la eventual materialización de alguna concreta pretensión punitiva fundamentada en una determinada instancia quebrantamiento (imputable) del derecho”.

⁷⁴ Artículo 340 Código Procesal Penal chileno: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

⁷⁵ Este ha sido también el entendimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que en la causa Rol N° C-361-2018, caratulada “Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-

Finalmente, es necesario tener en cuenta el hecho de que el TDLC no es en ningún caso un castigador penal, sino un regulador del comercio⁷⁶, y que la responsabilidad que persigue es de carácter administrativo⁷⁷. Ésta deviene de la infracción de reglas de conducta que pretenden corregir las desviaciones o fallas del mercado, originadas por el ejercicio natural de una racionalidad maximizadora del productor. “De ahí que el objetivo de esas reglas sea “producir mercado”, internalizar costos ocultos, o simplemente introducir cargas que neutralicen aquellas desviaciones. En casos como estos, el *statu quo* existente antes de la regla de conducta -cuyo *enforcement* es la sanción administrativa y cuya defraudación es la tolerancia de falsos negativos- es el peor escenario posible en términos de bienestar social”⁷⁸.

Las sanciones impuestas en el marco de la potestad administrativa sancionatoria tienen por único objeto la prevención⁷⁹ y disuasión de conductas similares, mas nunca generar un castigo al infractor como forma de retribuir el mal causado a la sociedad. Simplemente buscan “hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar”⁸⁰.

Si esto es así, y lo que aplica el TDLC son sanciones pecuniarias que persiguen hacer efectiva la responsabilidad administrativa por el no cumplimiento de los estándares o

P. Nuevo S.A. y otros”, mediante resolución de fecha 9 de octubre de 2019, rechazó un recurso de reposición interpuesto por la empresa requerida por colusión en contra de la resolución que citó a su representante legal a absolver posiciones, invocando el argumento de que aquello vulneraría el derecho de no autoincriminación. El Tribunal rechazó la reposición señalando lo siguiente: “*estos procedimientos [contencioso de libre competencia y penal] separados e independientes tienen, además, distinta naturaleza jurídica, lo que implica que el régimen de garantías aplicables no es el mismo en uno y otro caso. Por esto, al procedimiento contencioso se le aplica de forma supletoria los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) en todo lo que no sea incompatible con él, lo que quiere decir que se somete al régimen de garantías propias del procedimiento civil ordinario*”.

⁷⁶ GRUNBERG y MONTT; 2017, p. 331.

⁷⁷ La doctrina chilena también entiende que se trata de una responsabilidad de carácter administrativo. En este sentido, véase DUCE; 2018 y LETELIER; 2018.

⁷⁸ LETELIER; 2018, pp. 222.

⁷⁹ En la libre competencia, la teoría de la prevención resulta especialmente apropiada porque los actores - habitualmente grandes compañías y sus funcionarios- son racionales y altamente sofisticados. Véase GRUNBERG y MONTT; 2017, p. 311.

⁸⁰ LETELIER; 2018, pp. 223. Agrega además que esto es así porque para el derecho administrativo el dato estadístico o cumulativo de cumplimiento es mucho más relevante que un especial y estigmatizador castigo individual.

patrones de conducta que se imponen a los participantes del mercado, la sanción impuesta no tiene ningún componente retributivo, puesto que no busca retribuir el mal causado imponiendo un castigo individual, sino evitar que otras personas, que están sujetas a las mismas normas de comportamiento, incurran en las mismas faltas⁸¹.

v. ¿Qué se debe considerar a la hora de la determinación de estándares de prueba en sede de libre competencia?

Como vimos, dentro de las razones que debemos considerar para decidir sobre el nivel de exigencia probatoria, se encuentra el costo relativo en caso de absolución falsa, consistente en que conforme se aumente el nivel de exigencia del estándar de prueba, aumentará también el riesgo de culpables absueltos. Pero en realidad no sólo debemos considerar el aumento del riesgo de absoluciones falsas, sino también, y muy especialmente, la gravedad de sus efectos.

Al respecto, habría que tomar en cuenta las consecuencias que se derivan de las conductas contrarias a la libre competencia, pensando que en caso de existir falsos negativos los culpables seguirán operando en el mercado y las infracciones se mantendrán en el tiempo. En general, hay que tener presente que estas conductas producen un daño al correcto funcionamiento del mercado en que se desarrollan, lo que puede redundar en daños a otras empresas y al bienestar general. Así, por ejemplo, tratándose de conductas como la competencia desleal⁸², a través de la cual un agente pretende alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado por medios ilegítimos (por ejemplo,

⁸¹ Así lo ha entendido también el TDLC, que en el voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA (considerando 15°), señaló “las potestades de este Tribunal en un litigio como el de autos no corresponden al ejercicio del *ius puniendi*, con o sin “matices”, porque no tienen por objeto formular un reproche ético social al infractor e imponer un castigo o retribución de carácter retrospectivo”. La Sentencia TDLC 85/2009 de 2 de julio de 2009, Requerimiento contra Empresas Sanitarias, en el considerando 193°, reconoció el carácter disuasivo de la multa: “Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este tribunal ha calificado como contrarias a la libre competencia”.

⁸² Según la Ley N° 20.169 chilena, de Competencia Desleal, un acto de competencia desleal es toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.

mediante publicidad comparativa engañosa; venta a un precio inferior al costo final del producto; difusión de información falsa sobre los productos a los consumidores), se afectará a otras empresas que intentan competir en el mismo mercado que la infractora.

Las restricciones verticales⁸³, por ejemplo, constituyen otro tipo de conductas que pueden afectar la libre competencia en los mercados, debilitando la intensidad de la competencia dentro de la misma estructura vertical⁸⁴ (por ejemplo, a través de cláusulas mediante las que el proveedor establece al distribuidor el precio mínimo de venta minorista del producto), o entre estructuras verticales rivales⁸⁵ (por ejemplo, cláusulas mediante las que el vendedor prohíbe al comprador comercializar las marcas de la competencia). En este sentido, aun resultando eficiente para las partes a las que se aplican, las restricciones verticales podrían resultar indeseables desde el punto de vista del bienestar social.

Por otra parte, cuando se trate de una colusión⁸⁶, que es considerada la ofensa de mayor gravedad en la generalidad de las legislaciones sobre competencia en el mundo⁸⁷, debemos considerar que esta práctica permite a las firmas ejercer un poder de mercado que de otra manera no tendrían, restringiendo artificialmente la competencia y subiendo los precios, reduciendo de esta forma el bienestar⁸⁸. El efecto indeseable asociado a la colusión, entonces, está dado por una reducción del bienestar social, toda vez que el precio será mayor al precio competitivo. Pero esto no es todo. Otro efecto indeseable que podría experimentarse es la ineficiencia productiva, ya que, al no haber competencia, desaparece cualquier incentivo para mejorar la innovación de los procesos productivos y en definitiva de los productos, disminuyendo su calidad⁸⁹. A lo anterior debemos agregar que, como la colusión es una

⁸³ Las restricciones verticales son mecanismos de operación (generalmente contratos) entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales se regulan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios.

⁸⁴ Lo que se conoce como competencia “intra-marca”.

⁸⁵ Lo que se conoce como competencia “inter-marca”.

⁸⁶ La colusión es una práctica que reemplaza la competencia de firmas en un mercado determinado por la coordinación, ya que los partícipes del acuerdo actúan en el mercado como si fueran parte de un solo monopolio.

⁸⁷ Por todos, GONZÁLEZ; 2006, p. 3.

⁸⁸ MOTTA; 2004, p. 137.

⁸⁹ ARTAZA; 2017, pp. 350-351.

conducta clandestina muy difícil de descubrir, normalmente dará lugar a carteles cuyos efectos se prolongarán largamente en el tiempo.

La gravedad de estas conductas es aún mayor cuando se llevan a cabo en mercados donde se comercializan bienes de primera necesidad. De esto hemos sido testigos en Chile durante los últimos años, en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema sancionaron colusiones en el mercado del papel higiénico (extendida entre el año 2000 y el 2011)⁹⁰, la carne de pollo fresco⁹¹ (entre los años 1994 y 2010) y los medicamentos⁹² (entre 2007 y 2008). En todos esos casos se afectó gravemente el interés colectivo de los consumidores, que vieron aumentados artificialmente los precios de productos esenciales como los que se transan en esos mercados durante años⁹³.

Desde otra perspectiva, para la determinación del nivel de exigencia del estándar de prueba se debe tener en cuenta los bienes jurídicos que se afectarán y el grado de afectación que sufrirán por la aplicación de una sanción administrativa, especialmente pensando en las condenas falsas. A este respecto, si bien, a diferencia del sistema penal, las sanciones administrativas nunca contemplarán la privación de la libertad de sus infractores como una posible respuesta del ordenamiento jurídico ante el ilícito, sí se afectará el patrimonio de las empresas condenadas, el que se verá disminuido como consecuencia de la imposición de una multa que podría llegar a ser elevada⁹⁴. Asimismo, y considerando que normalmente las

⁹⁰ Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA. Confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1581-2018 de 6 de enero de 2020.

⁹¹ Sentencia TDLC 139/2014 de 25 de septiembre de 2014, Requerimiento FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros. Confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 27181-2014 de 29 de octubre de 2015.

⁹² Sentencia TDLC 119/2012 de 31 de enero de 2012, Requerimiento FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros. Confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2578-2012 de 7 de septiembre de 2012.

⁹³ Esto fue reconocido por los tribunales en los tres casos. En el caso de los medicamentos, la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 2578-2012, considerando 86°, señaló: "(...) no se desarrolló competencia entre tales agentes económicos en relación con esos medicamentos, obteniendo una rentabilidad total de 27.000.000.000, abusando de su poder en el mercado en perjuicio de los consumidores". En el caso de la carne de pollo fresco, el TDLC, en el considerando 348° de la sentencia 139/2014, señaló "(...) Durante estos diecisiete años, las Empresas Avícolas Requeridas afectaron artificialmente y de forma sistemática los resultados de la competencia en el mercado, por la vía de coordinar sus acciones, afectando con ello directamente a los consumidores." Igualmente, en el caso del papel higiénico, la Corte Suprema en el considerando 55° de la sentencia Rol N° 1581-2018 estableció que "(...) y tal como quedó establecido en autos, el beneficio económico obtenido por CMPC como resultado de la colusión materia de autos asciende, en el escenario más conservador, a la suma equivalente a 121.447 Unidades Tributarias Anuales".

⁹⁴ El artículo 26 del DL 211 faculta al TDLC a aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada la infracción durante el periodo de por el cual ésta se haya extendido o hasta por el doble del beneficio económico

sancionadas en esta sede son personas jurídicas, si bien no habrá una afectación a su libertad, honor, dignidad, derechos civiles y políticos, etc., no puede dejarse de lado que éstas podrán ser objeto de desprestigio y reproche social, lo que podría impactarlas económicamente de manera adicional a la sanción pecuniaria impuesta.

De esta manera, a la hora de fijar el umbral de suficiencia probatoria no sólo debe considerarse la gravedad de los efectos de las conductas sancionadas, sino también la intensidad de la sanción impuesta. Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, la decisión que zanje la discusión acerca de la mayor o menor exigencia del estándar probatorio es una decisión política, y debería reflejar la preferencia de la sociedad en un momento determinado de ubicar el umbral probatorio en un punto específico.

Por otra parte, señalamos que era importante la consideración de las dificultades probatorias del caso al que se pretende aplicar el estándar, puesto que éstas operan como una razón para disminuir el nivel de exigencia y así evitar la impunidad. A este respecto, es posible identificar que en la sanción de los ilícitos administrativos se presentan dificultades probatorias derivadas del tipo de infracciones que se persiguen, además de que existen problemas dados por la posición de poder de los potenciales autores (normalmente se trata de personas jurídicas con grandes recursos, poder económico y político) y su gran importancia para el funcionamiento de la economía, todo lo cual hace pensar que un umbral alto en materia de estándar de prueba podría resultar socialmente insatisfactorio, ya que dejaría en impunidad una serie de conductas de impacto social⁹⁵.

Tratándose en particular de atentados a la libre competencia, este aspecto resulta especialmente relevante cuando nos enfrentamos a casos de colusión. Desde el punto de vista informacional, la gran dificultad que presentan los carteles es que su acción puede pasar completamente inadvertida, sin que las autoridades que resguardan la libre competencia ni las víctimas del cartel lo detecten. Este no es el caso de otras prácticas anticompetitivas, como

reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, la norma dispone que el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales.

⁹⁵ DUCE; 2018, p. 93.

la competencia desleal o las restricciones verticales, donde existen partes afectadas e informadas (firmas) que dan la señal de alarma a la autoridad⁹⁶.

En efecto, dado que las firmas que se coluden suelen ser entidades altamente sofisticadas, rara vez es posible aportar prueba directa de los acuerdos o prácticas concertadas. Esto se debe a que, por su propia naturaleza, la colusión es concebida y llevada a cabo en forma clandestina. Los miembros de un cartel evitarán por todos los medios dejar rastros o evidencia de su existencia, ya que las empresas que deciden coludirse son partes sofisticadas que anticipan la acción fiscalizadora de la autoridad y las eventuales sanciones del derecho de la competencia.

Lo anterior constituye una buena razón para considerar disminuir la exigencia probatoria del estándar de prueba en casos de colusión; mientras más estricto el estándar, más veces concluiremos que los acusados son inocentes cuando en realidad son culpables, con nefastos resultados en términos de eficiencias productivas y bienestar social, como hemos visto. Los problemas probatorios serán anticipados por las empresas que participan del mercado, las que preferirán coludirse antes que actuar independientemente; conocedoras de las dificultades probatorias referidas y de la aplicación de una regla de estándar elevada como la de “prueba clara y convincente”, actuarán de forma de no incurrir en ninguna conducta que pueda llegar a ser considerada como indicio de colusión. Valga aquí decir que la aplicación de estándares diferenciados dentro de una misma rama del derecho no debiese sorprendernos, puesto que sólo expresaría la decisión política de valorar diversamente los costos sociales involucrados o el objetivo de la institución a la que la regla se refiere⁹⁷.

⁹⁶ Véase GONZÁLEZ; 2006, p. 4. De hecho, existe el convencimiento que los métodos tradicionales de combate de los carteles como la aplicación de altas penas (civiles y criminales), el uso de indagaciones persecutorias y hasta allanamientos en busca de pruebas inculpatorias, no ha producido el efecto esperado de prevenir la operación de este tipo de organizaciones. Por eso en los últimos años se ha propuesto a la delación compensada como una manera de solucionar este problema.

⁹⁷ Así, por ejemplo, la aplicación de estándares probatorios diferentes a distintos tipos de delitos ha sido defendida por autores como Ferrer. Véase FERRER; 2018, p. 410. En Chile, Raúl Letelier plantea que en materia de sanciones administrativas se debe cumplir de manera general con el estándar de prueba preponderante, es decir, se debe generar una probabilidad simplemente mayor de que los hechos de la infracción ocurrieron. Sin embargo, admite que puede justificarse que, en casos excepcionales, se aplique un estándar más elevado, por ejemplo, a propósito de sanciones como la deportación, la internación psiquiátrica u otras sanciones más más estigmatizadoras o que requieren algún tipo de coacción física. Véase LETELIER; 2018, pp. 224-225.

También anticipamos que, si queremos distribuir el riesgo probatorio a través de los EdP, debemos tener en cuenta que hay otras reglas que operan en esa misma distribución, como la carga de la prueba. Pues bien, en esta sede, quien corre con el riesgo por falta de prueba en caso de que ninguna de las partes consiga corroborar sus respectivas hipótesis fácticas al nivel del estándar aplicable es la parte acusadora, es decir, la Fiscalía Nacional Económica o la demandante, lo que inclina la balanza en favor de los eventuales responsables.

En resumen, podemos señalar que a la hora de tomar la decisión política de la distribución de los riesgos del error (de falsas condenas y falsas absoluciones) en sede de libre competencia, debemos considerar, al menos: (i) la finalidad preventiva y disuasoria -no retributiva- de las sanciones que se imponen; (ii) que el bien jurídico afectado por las sanciones impuestas es el patrimonio y el prestigio de grandes empresas, y no los derechos que atañen a la esfera personal de un individuo, como su vida, libertad, dignidad, derechos civiles y políticos, etc.; (iii) que las conductas anticompetitivas afectan gravemente el correcto funcionamiento del mercado, lo que puede redundar en perjuicio al bienestar social, al interés general de los consumidores y/o en daños a otras empresas; (iv) que dado el nivel de sofisticación de las firmas que actúan en los mercados, generalmente se enfrentan dificultades probatorias a la hora de probar en juicio conductas anticompetitivas, especialmente en los casos de colusión; y (v) que la carga de la prueba recae siempre sobre la parte acusadora, que corre con el riesgo de falta de prueba. Me parece que todas estas consideraciones aconsejan la adopción de un EdP menos exigente que el que se ha propuesto hasta hoy por la jurisprudencia y doctrina chilenas -a falta de regulación normativa-, el cual aún cuando tiene un contenido indeterminado, posee una clara preferencia por los falsos negativos.

Ahora bien, debemos enfrentar el problema adicional de determinar en qué debería consistir este estándar, de manera que permita cumplir con su función pragmática de orientar al juzgador en su aplicación. Como vimos a propósito del acápite iii, la regla debe cumplir con criterios de objetividad y precisión, y no puede expresarse en términos matemáticos.

Una primera aproximación es la que tuvo el voto de prevención referido en el acápite anterior que, como vimos, justificó su preferencia por un estándar de “prueba prevaleciente”,

recurriendo a Taruffo para señalar en qué consiste, explicando que se compone de la combinación de dos reglas: la regla del “más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa de la probabilidad”⁹⁸.

Taruffo señala que la regla del “más probable que no” importa que se considere la posibilidad de que cada enunciado pueda ser verdadero o falso, es decir, que respecto del mismo hecho se presente una hipótesis positiva y su hipótesis negativa complementaria. El juez debe escoger aquella que sobre la base de las pruebas disponibles tiene un grado de confirmación lógica superior a la otra. “Si se piensa, en particular, en la hipótesis positiva, por ejemplo, en la confirmación de la verdad del enunciado, esto implica que existan pruebas preponderantes a su favor: sucede así cuando existen una o más pruebas directas -de las que es segura su credibilidad o su autenticidad- que confirman la hipótesis, o bien existen una o más pruebas indirectas de las que es posible derivar válidamente inferencias convergentes a favor de la hipótesis. En cambio, estaremos ante una confirmación débil y, por tanto, ante la prevalencia de una hipótesis negativa, cuando a favor de la hipótesis positiva dispongamos de indicios inciertos, presunciones débiles o no concordantes, o bien pruebas divergentes o contradictorias”⁹⁹.

La regla de la “prevalencia relativa”, en cambio, “se refiere al caso en que sobre el mismo hecho existan diversas hipótesis, es decir, diversos enunciados que narran el hecho de formas distintas, que hayan recibido alguna confirmación positiva de las pruebas aportadas al proceso”¹⁰⁰, tomándose en consideración sólo las hipótesis que hayan resultado “más probables que no”. En este caso, la regla de la prevalencia relativa obliga al decisor a tener por verdadero el hecho que haya recibido el grado relativamente mayor de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles¹⁰¹.

El problema del estándar que fijan estas reglas es que la hipótesis que tiene un grado de confirmación lógica mayor a la(s) otra(s) puede ser la mejor explicación disponible de los

⁹⁸ Considerando 25° del voto de prevención de la Sentencia TDLC 160/2017 de 28 de diciembre de 2017, Requerimiento FNE contra empresas CMPC Tissue y SCA.

⁹⁹ TARUFFO; 2008, p. 275.

¹⁰⁰ Ídem, p. 276.

¹⁰¹ Ídem, p. 276.

hechos del caso y ser, todavía, una mala explicación. Con el objeto de dar solución a este problema, me parece atingente recurrir a una formulación propuesta por el profesor Ferrer:

“Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes condiciones:

- a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)”¹⁰².

La segunda cláusula incorpora una exigencia no comparativa entre las hipótesis sino relativa a la riqueza del acervo probatorio. Advierte el autor que la noción de peso probatorio, que tiene su origen en Keynes, debe distinguirse de la de valor probatorio. Mientras que el valor probatorio dice relación con el grado de confirmación que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis; el peso probatorio mide el grado de completitud, por ejemplo, la riqueza del conjunto de elementos de juicio con el que se adopta la decisión¹⁰³.

El EdP propuesto permitiría, de este modo, agregando una exigencia de peso probatorio, “evitar la debilidad de la sola exigencia del criterio de la inferencia a la mejor explicación, puesto que incorporando el requisito de la completitud del peso probatorio ya no se produciría la consecuencia de tener que declarar probada una hipótesis con muy escaso apoyo probatorio, únicamente por ser relativamente mejor que su contraria”¹⁰⁴.

vi. Diferenciación de estándares dependiendo de las etapas del procedimiento.

¹⁰² Véase FERRER; 2015, p. 165 y FERRER; 2018, p. 417.

¹⁰³ FERRER; 2015, p. 166. A continuación, explica que, “en términos de Keynes, el peso probatorio es la suma de elementos de juicio relevantes, favorables y desfavorables, que permiten atribuir valor probatorio a cada una de las hipótesis en conflicto. Así, mientras que el valor probatorio de una hipótesis da cuenta de la probabilidad de que esa hipótesis sea verdadera en términos comparativos con sus hipótesis rivales, el peso probatorio da cuenta de la probabilidad de acierto de la decisión, en función de la riqueza de los elementos de juicio tomados en consideración para decidir”.

¹⁰⁴ Ídem, p. 167.

Normalmente tendemos a poner el foco en los estándares de prueba aplicables a la decisión final. Sin embargo, si adoptamos un modelo que aborde completamente el proceso de litigación, que se compone de diversas decisiones específicas y de diferentes participantes, también debería considerar otros estándares de decisión¹⁰⁵.

Si se quieren formular adecuadamente los estándares de prueba intermedios del procedimiento, deberá tenerse en cuenta que el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para distintas fases del procedimiento debe seguir una línea ascendente, de modo que la exigencia probatoria para que el TDLC acceda a decretar una medida intrusiva de aquellas contempladas en el artículo 39 letra n) del DL 211, a solicitud del Fiscal Nacional Económico en un caso de colusión, debe ser inferior que la que se pida para dar por probada la hipótesis de la decisión final. De no ser así, las decisiones intermedias que hayan de tomarse durante el proceso no constituirán sino un adelantamiento de la decisión final, volviendo inútil todo el procedimiento subsiguiente¹⁰⁶.

La misma lógica debería operar para la toma de decisiones por parte de la parte acusadora, en particular la Fiscalía Nacional Económica, que debiese contar con una sucesión de estándares, que deberían ir en una línea ascendente de exigencia (como una escalera), para ir tomando decisiones a lo largo del procedimiento administrativo que lleva a cabo. Así, el Fiscal debería contar con un estándar mínimo para decidir cuándo va a iniciar una investigación (a partir de una denuncia, de una delación compensada o de oficio); luego, con uno un poco más alto para determinar cuándo se justifica solicitar autorización judicial para que se decrete una medida intrusiva en un caso de colusión; y, finalmente, con uno un poco más alto para decidir si, finalizada la investigación administrativa, la Fiscalía va a presentar un requerimiento ante el TDLC, dando inicio al juicio, o si ordenará su archivo. Este último necesariamente deberá tener relación con si las alegaciones de hechos que se presentarán al Tribunal están respaldadas por pruebas recopiladas durante la investigación administrativa.

¹⁰⁵ Véase ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W.; 2015, pp. 284 y ss.

¹⁰⁶ Véase FERRER; 2018, p. 415.

Bibliografía

1. ACCATINO, Daniela, 2011: “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII* (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2011), pp. 483-511.
2. ACCATINO, Daniela, 2019: “Teoría de la prueba ¿somos todos “racionalistas”?”, en *Revus* [Online], 39/2019, Online since 23 December 2019, connection on 18 January 2020, URL: <http://journals.openedition.org/revus/5559>
3. ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., 2015: *Análisis de la prueba*. Traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Marcial Pons. Madrid.
4. ARTAZA, Osvaldo, 2017: “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho* Vol. XXX - N°2 - Diciembre 2017, pp. 339-366.
5. BAYÓN, Juan Carlos, 2008: “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Analisi e Diritto*, pp. 15-34.
6. CARRASCO, Nicolás, 2019: “Estándar de prueba en libre competencia: ¿Cómo entender las razones de eficiencia que lo fundamentan?”, en *La Prueba de los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters, Santiago, pp. 701-723.
7. DE PAULA, Víctor, 2019: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al dialogo con la psicología y epistemología*. Marcial Pons. Madrid.
8. DUCE, Mauricio, 2018: “Reflexiones sobre el proceso administrativo sancionador chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo”, en *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimetrale* 2/2018, pp. 83-101.
9. FERRER, Jordi, 2005: *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons. Madrid.
10. FERRER, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid.
11. FERRER, Jordi, 2015: “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en *Analisi e Diritto*. Marcial Pons. Madrid.
12. FERRER, Jordi, 2018: “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en *Filosofía del Derecho Privado*, Diego Papayannys y Esteban Pereira (Eds.). Marcial Pons. Madrid.
13. FUCHS, Andrés, 2017: “Relevancia y admisibilidad de la prueba en libre competencia”, en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia. Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, pp. 285-304. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>.
14. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*.

Disponible

en:[https://www.academia.edu/37549075/ Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba?auto=download](https://www.academia.edu/37549075/Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba?auto=download)

15. GONZÁLEZ, Aldo, 2006: “Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la Persecución de los Carteles” en *Serie de Documentos de Trabajo N° 218*, Departamento de Economía de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144562/Fundamentos-de-los-programas.pdf?sequence=1>
16. GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, 2017: “La prueba de la colusión”, en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, pp. 305-383. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/FNE-Libro.pdf>.
17. HAACK, Susan, 2013: “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vásquez (Ed.). Marcial Pons. Madrid.
18. ISENSEE, Carlos, 2018: *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil*. Librotecnia. Santiago, Chile. pp. 66-118.
19. LARROUCAU, Jorge, 2012: “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 n°3.
20. LAUDAN, Larry, 2005: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), Unam, México, pp. 95-113.
21. LAUDAN, Larry, 2013: *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Traducción de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons. Madrid.
22. LETELIER, Raúl, 2018: “El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas”, en *Revista de Derecho Valdivia* Vol. XXXI – N°1 - junio 2018, pp. 209-229.
23. MAGGIOLINO, Mariateresa, 2014: “Plausibility, Facts and Economics in Antitrust Law”, en *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Centre for Antitrust and Regulatory Studies University of Warsaw, Vol. 2014, 7(10), pp. 107-127.
24. MAÑALICH, Juan Pablo, 2014: “El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Polit. Crim. Vol. 9*, N°18 (Diciembre 2014), Art. 8, pp. 543-563.
25. MOTTA, Massimo, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
26. ROMERO, Juan José, “Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”, en *Documentos de trabajo*, Centro de Libre Competencia UC, Febrero 2007.
27. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, 2002.
28. TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

29. VALDES, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial jurídica de Chile, 2006.
30. VALENZUELA, Jonatan, 2017: *Una regla de estándar de prueba en el derecho de competencia a propósito de la causa rol 304-2016*, Informe en Derecho presentado en causa Rol 304-2016 ante el TDLC.