

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: “Poderes probatorios del tribunal experto e imparcialidad: el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno”

Alumna: Valeria Ortega Romo

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria: Abril/2022

Poderes probatorios del tribunal experto e imparcialidad: el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno

Introducción

El presente trabajo pretende analizar el alcance de la imparcialidad en materia probatoria en los ámbitos en que operan jueces expertos. Para ello, en la primera parte, (1), se revisa, en primer lugar, el concepto de imparcialidad judicial. En segundo lugar, se revisa el concepto de conocimiento privado del juez y, especialmente, su relación con el uso de los conocimientos expertos del juez experto, con el objetivo de evaluar si es posible distinguir estos conocimientos expertos de aquellos privados del juez y si su uso afectase la imparcialidad judicial. En tercer lugar, atendido el concepto de imparcialidad judicial como el de uso de los conocimientos expertos, ya estudiados, se revisa la noción de juez o jueces expertos y por último se realiza una evaluación respecto de si del hecho de existir jueces expertos conllevaría alguna afectación a la exigencia de imparcialidad judicial. También dentro de esta primera parte (2) se revisa la noción de juez o jueces expertos frente a los medios de prueba, en particular, respecto de la prueba pericial. Y, finalmente, (3), se revisa la relación entre el juez o jueces expertos y los poderes probatorios que se les reconozcan.

En la segunda parte del trabajo, intento enfocar las conclusiones y comentarios de los temas presentados en la primera parte, al caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno (“TDLC”), un tribunal de expertos creado el 2004, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Finalizando con un breve comentario respecto de este análisis.

I. Consideraciones generales respecto de la existencia de jueces expertos

1. Imparcialidad y uso del conocimiento privado del juez

1.1. Concepto de imparcialidad judicial

El derecho a un juez imparcial e independiente se consagra como un derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que, en su artículo 14.1, en lo pertinente dispone la exigencia de “*un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*” tanto para el proceso penal como para el civil. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en términos similares, establece también la exigencia de: (...) *un juez o*

tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” tanto para el proceso penal, civil, así como laboral, fiscal u otro. De esta forma, en ambos instrumentos se reconoce el derecho a un juez imparcial, unido a la garantía de independencia, como exigencia para procesos judiciales, en general, de cualquier materia.

Por su parte, la doctrina considera tanto imparcialidad e independencia como garantías consagradas dentro del debido proceso o el derecho a un “justo y racional procedimiento”¹. Ello se justificaría en la legitimidad que éstas le otorgan al juez o jueces como tercero ajeno al conflicto, de forma tal que las partes puedan confiar que la actuación de este tercero será respetando los derechos de ambas partes².

En cuanto a la relación entre independencia e imparcialidad, se afirma que, si bien se refieren a situaciones conectadas, tienen sustantividades diferentes³. De esta forma, por un lado, la independencia se refiere a un aspecto más orgánico que funcional, enfocado en la institucionalidad, mientras que la imparcialidad estaría vinculada a las funciones del juez o del tribunal⁴. Ahora bien, atendido el objeto de este trabajo, me enfocaré solo en esta última.

La imparcialidad judicial se reconoce como un principio nuclear del proceso judicial⁵ y, también, se considera inherente al propio concepto de juez⁶. Ahora bien, se han propuesto diversas definiciones⁷, siendo un primer alcance del concepto la exigencia de que el juez no sea parte, incluyéndose la exigencia al juez de no tomar partido a favor de ninguna de ellas⁸. En efecto, la imparcialidad se ha definido como “*la ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes*”⁹. De esta forma, la

¹ Como se consagra en la Constitución Política Chilena. En: Bordalí (2009), p. 266. También se ha sostenido que la “*justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa*” salvo -claro- la parcialidad de las mismas partes. En: Goldschmidt (1950), p. 5.

² Picado (2014), p. 38.

³ Bordalí (2009), p. 281.

⁴ Esta sería la postura más difundida sobre independencia e imparcialidad, señalándose que la primera es, usualmente, asociada a garantías institucionales, tales como no intervención política en el proceso, estabilidad del juez en su cargo, autonomía de otros poderes estatales, etc., que permitirían evitar posibles presiones externas al momento de decidir un caso. Imparcialidad, por su parte, generalmente se relaciona con la objetividad de la decisión o la ausencia de prejuicio a favor de una u otra parte del juicio. En: Papayannis (2016), pp. 3-4.

⁵ Bachmaier (2018), p. 506.

⁶ Ibid. p. 504.

⁷ Ibid. pp. 509 y ss.

⁸ Ibid. p. 508.

⁹ Montero (2006), p. 797.

imparcialidad sería una concreción del principio de igualdad, tanto de los ciudadanos frente al juez como en la aplicación del derecho¹⁰.

Por otro lado, se han estimado como elementos básicos de este concepto de imparcialidad, exigibles al juez de la causa, entre otros, la ausencia de prejuicios de todo tipo; la independencia de cualquier opinión; la no identificación con una ideología determinada; la ajenidad a la influencia de la amistad u el odio, o de deseos de “lucimiento personal” y el no involucrarse en el conflicto mismo, evitando toda participación tanto en *“la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto”*¹¹.

Respecto de este listado, algunas apreciaciones. En primer lugar, la exigencia de algunos de ellos parece ajena al concepto mismo de persona y a que la *“sentencia judicial, en la medida en que es la expresión de un quehacer humano, está influida por elementos subjetivos y en ella se refleja de manera más o menos intensa la personalidad del juez”*¹², por ejemplo, la exigencia que para ser imparcial el juez no debe identificarse con una ideología o no tener prejuicios. Sobre este punto, comparto que es más realista asumir que todo juez es un ser humano, con sus convicciones, creencias y sentimientos, y que, en ningún caso operará como una máquina sin emociones¹³. En efecto, existirían los *“elementos estructurales de la personalidad, también llamados elementos subjetivo-personales o condicionamientos sociales e ideológicos”*. Estos elementos no podrían considerarse ajenos a las circunstancias del proceso y, por tanto, su presencia no sería contraria *per se* a la garantía de imparcialidad¹⁴, ello pues están *“implícitos en la propia función jurisdiccional y el juez no puede prescindir de los mismos al elaborar su juicio”*¹⁵.

En segundo lugar, sobre la exigencia de no participación en la investigación de los hechos o en la formación de elementos de convicción, así como la prohibición de utilizar el conocimiento privado del juez, me pronunciaré en los subtítulos 1.2. y 3.2, *infra*.

¹⁰ Bachmaier (2018), p. 517.

¹¹ Picado (2014), pp. 35 y 36.

¹² Bachmaier (2018), pp. 514 y 515.

¹³ Ibid. p. 516.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. También se ha sostenido que el juez se enfrentaría al proceso con muchas herramientas, sin las cuales no podría realizar su función. En: Morales (2015), p. 129.

Finalmente, cabe señalar que, se ha distinguido entre imparcialidad en sentido subjetivo y en sentido objetivo. La primera se centra en la relación del juez y las partes¹⁶, en particular la actitud personal del juez frente al asunto¹⁷, de esta forma su enfoque es respecto de un juez concreto y sus actuaciones dentro del proceso judicial¹⁸. Por otro lado, la imparcialidad objetiva se enfoca en “*aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia*”, por lo que se relaciona con la “apariencia de imparcialidad” de jueces o tribunales¹⁹. A diferencia de la imparcialidad subjetiva, la imparcialidad objetiva considera el caso del juez o tribunal -en general- que no entrega suficientes garantías para excluir dudas respecto de su imparcialidad y, por tanto, podría no ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en el proceso judicial se ventilan²⁰. De esta forma, la imparcialidad objetiva se enfoca en definir si el juez, atendidas sus funciones, su situación o relaciones puede generar dudas sobre su imparcialidad y, por tanto, se relaciona con la apariencia de imparcialidad necesaria para la adecuada confianza de la sociedad en la administración de la justicia²¹. Con todo, esta distinción no está exenta de discusiones, puesto que no siempre es fácil realizarla y hay quienes sostienen que la imparcialidad solo puede revisarse desde un punto de vista subjetivo²².

Asimismo, se ha cuestionado la relevancia práctica de esta clasificación, pues la garantía de imparcialidad operaría sobre causas que ya han sido objetivadas o por la ley (inhabilidades) o por la jurisprudencia²³, lo que comparto. De esta forma, resultaría más práctico evaluar una actuación parcial del juez, a través de los elementos propuestos por Bachmaier: (1) el actuar bajo la influencia de elementos subjetivos y ajenos al caso tanto en el desarrollo del juicio como en su decisión, en los que no se encuentran los elementos estructurales de la personalidad; y (2) que, en consecuencia, “*se confiera o se tienda a conferir un trato desigual entre las partes al margen del estricto sometimiento a la ley*”²⁴. La autora plantea un tercer elemento que es la actitud del juez, pero más

¹⁶ Bordalí (2009), p. 272.

¹⁷ Bachmaier (2018), p. 512.

¹⁸ Ferrer (2022), p. 122 y 123.

¹⁹ Bordalí (2009), p. 273.

²⁰ Ibid.

²¹ Bachmaier (2018), p. 512. En el mismo sentido: Morales (2015), p. 131.

²² Bordalí (2009), p. 274.

²³ Bachmaier (2018), p. 513.

²⁴ Ibid. p. 511.

que un elemento que dé cuenta de la parcialidad me parece una herramienta para identificar el primer elemento señalado.

1.2. Conocimiento privado del juez

Atendidos los elementos que permitirían definir una actuación judicial como parcial, en particular, en relación con la intervención de elementos subjetivos ajenos al caso, es pertinente la revisión del concepto de “conocimiento privado del juez”. Lo anterior, por cuanto, se ha reconocido la prohibición del uso de este conocimiento del juez como un elemento de la imparcialidad judicial. Sin embargo, el estudio de este tema no está exento de dificultades, destacando la dificultad de conceptualizarlo.

Al respecto se ha propuesto distinguir el conocimiento privado del juez de los demás que podría tener éste como persona, ahora bien, esta distinción solo es posible si se observa el modo en que se ha adquirido el conocimiento²⁵. De esta forma, Stein afirma que se podría distinguir entre el “conocimiento oficial”, que se obtiene a través de los medios de prueba que se practiquen en el proceso judicial mismo; mientras que, todo lo demás, correspondería a conocimiento privado del juez²⁶. También se ha sostenido, que, dentro de éstos últimos, no cabrían los hechos notorios²⁷.

Otro autor, distingue entre la información que tiene el juez o los jueces a partir de ser personas - su sentido común, reglas de experiencia, etc.-, abogados -normas y principios, en particular sobre el razonamiento probatorio- y como persona de estudios -aquellos conocimientos paralelos, según sus gustos y pasatiempos-, los que serían sus conocimientos generales, previos²⁸ y distintos de aquellos conocimientos sobre hechos relativos a la causa que debe resolver y que adquiere, no mediante la sustanciación del proceso sino, por ejemplo, por haber sido testigo de los mismos de forma accidental²⁹. En el mismo sentido, se ha sostenido que el conocimiento privado del juez, no se equipara con el conocimiento general y especializado³⁰.

²⁵ Stein (2018), p. 83.

²⁶ Ibid.

²⁷ Soto (1985), p. 52. En esta misma línea se afirma que esta distinción, obliga a “*distinguir, prima facie, el conocimiento privado del juez de algunas figuras semejantes, por lo menos en apariencia, como son las máximas de la experiencia, los hechos notorios y el conocimiento de la normatividad o de la jurisprudencia, por mencionar las más relevantes*”. En: Calderón y Jiménez (2016), p. 167.

²⁸ Morales (2015), p. 131 y 137.

²⁹ Ibid. p. 129.

³⁰ Calderón y Jiménez (2016), p. 146.

En la misma línea, se afirma que el “*objeto del conocimiento privado del juez son los hechos; (...) [y que] se puede considerar como privado todo aquel conocimiento del juez referido a los hechos objeto de discusión en el proceso, no así el que se posee sobre teorías, técnicas, máximas de la experiencia, entre otros, pues los mencionados, aunque sean información conocida por el juez de modo exclusivo, no constituyen hechos en sí mismos sino medios para valorar estos últimos*”³¹. Adicionalmente, el conocimiento privado del juez es el obtenido a través de medios distintos a los probatorios debidamente decretados y practicados en el proceso judicial respectivo y que se utilizan -y de allí el reproche- para decidir la controversia³².

Otra forma de conceptualizar el conocimiento privado del juez es revisando aquellos ordenamientos que contemplan expresamente la prohibición de su uso³³, lo que limitaría el pronunciamiento del juez a las pruebas aportadas en el proceso³⁴, de esta forma los medios de prueba no pueden ser reemplazados por el conocimiento privado que tenga el juez sobre los hechos de la causa³⁵. Esta prohibición tendría como finalidad evitar la vulneración de los principios de contradicción y publicidad³⁶, puesto que el uso de este conocimiento impediría que las partes puedan contradecir lo que el juez tiene en su mente³⁷. Por lo demás, se sostiene que “*desatender este precepto colocaría a las partes frente a un juez parcial*”³⁸, como se ha señalado anteriormente.

En cuanto al uso de este conocimiento privado, además de los ordenamientos donde expresamente se prohíbe utilizarlo, se observa que hay quienes rechazan “*dar cualquier valor probatorio al conocimiento privado del juez al considerar que no basta que la decisión sea justa sino que es necesario, además que lo parezca*”³⁹.

³¹ Calderón y Jiménez (2016), p. 170. Esto asimilaría este tipo de conocimientos a los que se deben usar al ejercer la sana crítica.

³² Ibid.

³³ Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ahora bien, Taruffo sostiene que es un “*principio general existente en todos los sistemas procesales [el que] establece que el juez no puede tomar en cuenta ningún hecho del que haya tenido noticia privada y que no haya sido debidamente probado*” En: Taruffo (2008), p. 143.

³⁴ Calderón y Jiménez (2016), p. 167.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Soto (1985), p. 51.

³⁸ Calderón y Jiménez (2016), p. 167. Este principio también es conocido como principio de necesidad de la prueba, véase: Soto (1985), pp. 51 y 52.

³⁹ Bentham (1825), p. 123. Esto justamente en relación con el caso en que el juez es testigo inmediato de los hechos.

Sin embargo, también se ha indicado que es posible su uso cuando el ordenamiento jurídico no lo prohíbe⁴⁰, permitiéndole al juez hacer valer su conocimiento sin preguntar su origen⁴¹. Esta postura considera que cuando el juez utiliza “*un conocimiento técnico no efectúa por ello una actividad distinta a la judicial, sino contenida dentro de ésta*”⁴². Se observa respecto de esta postura, una falta de claridad respecto de la definición de conocimiento privado del juez, pues si se asume que éste corresponde a aquel referido a los hechos del caso obtenido por medios distintos a las pruebas presentadas en la causa, no podría entenderse como parte integrante de éste, el conocimiento técnico.

Adicionalmente, se observa una controversia en el concepto: considerar el conocimiento privado como el conocimiento sobre los hechos del proceso, adquirido por fuera de dicho proceso, o como el conocimiento privado que puede utilizar el juez para valorar la prueba. Calderón y Jiménez son de la idea de que no es conocimiento privado aquel relativo a máximas de experiencia, que es por donde decanta la propuesta de Stein. En este trabajo, comparto la primera propuesta, así, se entenderá por conocimiento privado del juez aquellos relativos a los hechos de la causa cuya controversia debe dirimir y que han sido adquiridos no a través del procedimiento judicial. Y, por tanto, aquellos conocimientos derivados de la calidad de experto en una materia no podrían considerarse como conocimiento privado del juez.

Despejado el punto respecto a si el conocimiento experto podría considerarse dentro del conocimiento privado del juez, cabe referirse brevemente a la exigencia para el juez de utilizar dicho conocimiento, más aún frente al caso de juez o jueces expertos de los que se esperaría que utilicen dicha información para resolver la controversia.

Al respecto y en relación con la prueba pericial, se ha señalado que el juez actual -no experto- “*se inserta en un contexto diferente al juez del siglo diecinueve o incluso siglo veinte: pasamos del conocimiento privado tradicional [según Stein] al uso de información obtenida por internet por parte de los jueces, a la facilidad y al exceso de insumos*”⁴³. En particular, esto se plantea en relación con la valoración del informe de peritos, proponiéndose un camino intermedio entre la

⁴⁰ Stein (2018), p. 94.

⁴¹ Ibid. p. 96.

⁴² Ibid.

⁴³ Soba (2021), p. 56.

deferencia del juez o el optimismo de creer que el juez tendrá todos los conocimientos necesarios para entender dicho informe. Este camino intermedio implica no prescindir de los peritajes sino fortalecer la capacitación de los jueces y de los abogados para garantizar una adecuada valoración de ellos⁴⁴, lo que también mejoraría el ejercicio del contradictorio. Esta propuesta no es nueva, y se desarrolla con mayor profundidad por Vázquez⁴⁵ al distinguir, respecto del origen de la prueba pericial, el tratamiento que debe tener la prueba pericial de parte y aquella que provenga del perito de confianza de los jueces. De esta forma la prueba pericial elaborada por un perito de confianza del juez llevaría a un modelo deferencialista y aquella elaborada por el perito de parte conllevaría a un modelo educativo, lo anterior por cuanto responden a modelos testimoniales diversos, por lo que *“las afirmaciones testimoniales que el juez use en su razonamiento probatorio atenderán a criterios de justificación distintos en función del tipo de perito frente al que estemos”*⁴⁶. La autora, sostiene que no es necesario escoger entre una y la otra, sino que el ideal sería un modelo complementario, pues contar con peritajes de peritos de confianza del juez así como de las partes *“enriquece las opciones que tienen los juzgadores para adquirir información experta relevante para la decisión sobre los hechos no sólo en un caso concreto sino en términos más generales para el desarrollo de su función jurisdiccional y segunda, a la vez que se respeta el derecho de las partes a proponer pruebas relevantes se garantiza la ‘publicización’ o ‘socialización’ del proceso judicial como función pública del Estado, no dejando totalmente en manos de las partes el tipo y/o la calidad del conocimiento experto que tiene cabida en este contexto”*⁴⁷. En cuanto a los jueces expertos, además de lo que se revisará en subtítulo 2.1, pareciera una exigencia de su existencia hacer uso de este conocimiento experto.

En cuanto al uso de este conocimiento experto, ya sea porque el juez lo obtenga mediante su investigación o porque se trate de un juez o jueces expertos, este no debería entenderse como una afectación al principio de imparcialidad. Es más, se ha sostenido que el juez tiene que basarse en su *background* de conocimientos y, cuando dispone de ellas, puede incluso recurrir a leyes y a generalizaciones científicas⁴⁸. Lo anterior, como se indicó, sería exigible frente al juez o los jueces

⁴⁴ Soba (2021), p. 58.

⁴⁵ Véase: Vázquez (2015a).

⁴⁶ Ibid. p. 149.

⁴⁷ Ibid. pp. 81 y ss.

⁴⁸ Taruffo (2008), p. 106.

expertos, pues son nombrados como tales a partir de su calidad de expertos. Ahora bien, sin perjuicio de que se pueda o se deba utilizar este conocimiento, en ningún caso su uso implicaría dejar de lado el acervo probatorio presentado en el proceso judicial que se conoce. Así, por ejemplo, sería criticable (e ilegal) que un juez, buscando en internet información que le permitiera entender el actuar de un médico, solo basara la resolución de la controversia en base a dicha información y no al conjunto de pruebas que fueron decretadas y realizadas en el proceso judicial.

Por último, resulta interesante revisar si el conocimiento técnico o científico del juez o jueces expertos, podría ser subsumido en otro concepto, como lo es el de los “hechos notorios”. Estos hechos serían aquellos que “*pertenecen a la cultura media común, existentes en el momento y en el lugar del juicio y que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias de conocimiento*”⁴⁹. Un primer problema que se observa es que este conocimiento experto no pertenece a la cultura media común de una sociedad y, por tanto, no cabría dentro de este concepto. También, habría dudas al intentar entender que un conocimiento experto pueda considerarse como un hecho notorio, especialmente respecto del grado de generalidad que debería cumplir ese conocimiento para entenderse como notorio⁵⁰. Atendido lo anterior, considero mejor asumir este tipo de conocimiento como parte de las herramientas que tiene el juez para resolver la controversia⁵¹.

1.3. Juez o el tribunal experto

Se sostiene que la forma general de allegar información experta a un proceso judicial es mediante un tercero denominado perito, sin embargo, también se ha reconocido como una alternativa la existencia de jueces expertos “*tanto en derecho como en la premisa fáctica o solo en ésta última, donde el conocimiento experto del juez o los jueces que los constituyesen sería un aspecto determinante para formar parte del tribunal*”⁵². Frente a la existencia de estos jueces expertos, que serían “*especialistas en áreas no-jurídicas que harían de jueces*”⁵³, no se observa un estudio

⁴⁹ Taruffo (2008), p. 144.

⁵⁰ Véase: Vázquez (2015), pp. 160 y 161.

⁵¹ Así, podríamos entender que el conocimiento experto sería parte de los elementos estructurales de la personalidad del juez o como sostiene Morales, como parte de las herramientas con las que cuenta el juez. En: Morales (2015), p. 131 y 137.

⁵² Vázquez (2017), p. 172 (pie de página N° 2).

⁵³ Vázquez (2018), p. 93.

acabado del tema, presentándose principalmente dudas sobre como materializar su constitución⁵⁴, así también, se discute, a nivel de diseño normativo, si sería aplicable dicho modelo a todos los procesos judiciales, siendo necesario definir cuál es la *expertise* necesaria para constituirse como un juez experto o un tribunal de expertos o, por el contrario, si tendrá aplicación solo para algunas materias, siendo necesario determinar cuáles son estos casos⁵⁵. También se plantean dudas respecto de la revisión en segunda instancia de las decisiones de jueces expertos⁵⁶.

Con todo, parece relevante iniciar revisando qué debiera caracterizar a un juez o tribunal de expertos. Al respecto, se puede utilizar en parte el método para definir cuándo un perito tiene la calidad de experto⁵⁷. Así, se afirma que el ser experto “*es una propiedad disposicional, es saber cómo llevar a cabo cierto tipo de actividades, no sólo poseer un conjunto de conocimientos proposicionales (saber que). Por ello, ser experto no es reducible a un criterio formal consistente con calificaciones, credenciales o acreditaciones*”⁵⁸. Tampoco lo es “*solo poseer la información correcta, sino tener la capacidad y la disposición para utilizarla adecuadamente cuando se requiera*”⁵⁹. De esta forma, no sería suficiente exigir solo una formación específica en la materia, sino que se requiere saber que el potencial juez sabe cómo desarrollar determinada actividad o que será capaz y tendrá la disposición de utilizarla adecuadamente durante el desarrollo del proceso judicial, así como en la dictación de la sentencia.

Lo anterior no está exento de dificultades, evidentemente el punto de partida para la designación de un juez o jueces expertos sería exigir determinadas credenciales formales (grados académicos, capacitaciones, etc.), pero no sería suficiente. También, se podrían exigir antecedentes de una carrera académica que permita afirmar que sus conocimientos están en continuo debate dentro del foro universitario u otro. E incluso, valorar el desarrollo profesional de la persona relacionada con el proceso judicial. Así, por ejemplo, se podría evaluar su desempeño como asesores para determinadas causas e incluso podría revisarse si fungieron como peritos para otros procesos judiciales y cuál fue la valoración de su informe. Del mismo modo, sería relevante contar con

⁵⁴ Vázquez (2015a), p. 45.

⁵⁵ Vázquez (2017), p. 172 (pie de página N° 2).

⁵⁶ Ibid. En el mismo sentido en: Vázquez (2018), p. 93.

⁵⁷ Para revisar en profundidad un método que permita definir la calidad de experto de una persona, véase: Vázquez (2017).

⁵⁸ Vázquez (2018), p. 85

⁵⁹ Ibid. p. 86.

mecanismos de selección de estos jueces expertos que permitan reconocer que su *expertise* tiene un ámbito social, considerándose para ello, entrevistas técnicas permitan evaluar a dichos expertos que buscan ser nombrados jueces. Con ello se podría acreditar su *expertise*, no solo considerando que cuenta con los conocimientos exigidos sino también que sepa utilizarlos. Por último, y ya dentro de una mirada institucional, se podría favorecer a quienes cuentan con desempeño anteriores en cargos similares, como se revisará, en el caso del TDLC existe la figura de jueces suplentes, cuyo periodo de trabajo y evaluación podría ser útil al momento de seleccionar a los jueces titulares.

Lo anterior, sería aplicable también en caso de que sea un tribunal colegiado, en que se exija la existencia de expertos en la materia respecto de la cual deben resolver controversias. Ahora, la composición de un tribunal podría dar lugar a escenarios distintos: podrían existir tribunales en los que todos sus miembros sean expertos en la materia y compartan una misma formación; otro caso, podría ser de un sistema mixto con expertos multidisciplinarios; y un tercer escenario, un sistema mixto, pero como jueces -con formación judicial- y la incorporación de expertos en materias específicas. Si bien todos estos escenarios exigen claridad respecto a cómo definir la calidad de experto de sus miembros, la existencia de tribunales mixtos genera, adicionalmente, dudas sobre el diseño normativo que permita aprovechar de mejor manera la *expertise* de cada uno de sus miembros.

Asumiendo que es posible generar un diseño normativo que permita escoger a expertos como juez o jueces, cabe preguntarse sobre la necesidad de un modelo de juez o tribunal experto, especialmente si consideramos que existen otros medios para poder incorporar información especializada al proceso. Esta pregunta incluye tanto la discusión sobre la existencia de tribunales especializados, así como que dichos tribunales estén formados por su totalidad o una mayoría por expertos. Me parece que la existencia de tribunales especializados tiene una mejor acogida al reconocer la complejidad de nuestras actuales sociedades y nuestros conflictos, quedando a nivel legislativo (o incluso constitucional) la definición de que áreas de la sociedad requieren tribunales especializados. Respecto de la segunda discusión, i.e., la necesidad de expertos en dichos tribunales no se observa una defensa clara y se presentan críticas: pareciera existir una tendencia hacia una deferencia a los expertos cuando hay problemas frente al conocimiento experto, *“así, por ejemplo, (...) cuando se duda sobre la capacidad cognitiva de los jugadores de los hechos para valorar la prueba pericial entonces se sugiere tener jueces expertos. En realidad no se aborda los problemas*

sobre cómo el juez conoce mediante tercero, si no que se intenta suplir con otras figuras o desplazar los problemas; de cualquier forma siempre tendremos la falibilidad del razonamiento humano y la heterogeneidad de expertise”⁶⁰.

Atendido que en este trabajo me quiero pronunciar sobre un caso concreto, no profundizaré en esta crítica, que me parece del todo pertinente, pero que es un cuestionamiento de diseño normativo. Ahora bien, sí me parece que pueden existir beneficios de contar con jueces expertos en un área, pues podría afirmarse que este conocimiento experto previo es útil para lograr sentencias que más probablemente coincidan con la verdad, por cuanto hay una mayor cercanía del juez al contexto en el cual se desarrollaron los hechos que deben ser acreditados en el proceso judicial y, por tanto, a diferencia de un juez común, podría de forma más rápida entender dicho contexto, saber las condiciones en que se puede afirmar la existencia de ese hecho o qué medios de prueba son necesarios para mejorar el acervo probatorio que se encuentra en el proceso. También, habría beneficios en la práctica de la prueba, especialmente, para el caso de la prueba pericial⁶¹.

Siendo así, quedan de todas maneras varias dudas que plantearse ¿debería exigirse una mayor especialización de los tribunales o juez en todos los ámbitos? ¿es suficiente únicamente que el juez sea un experto en un área no jurídica? ¿qué ocurre con el principio del *iuria novit curia* frente a un juez o tribunal de expertos? Y luego, como se ha indicado, ¿qué ocurriría con los sistemas de control jurisdiccional por parte de tribunales superiores? ¿hasta qué punto los jueces generalistas pueden pronunciarse como instancia superior en estos procesos, asumiendo la necesidad de que la investigación jurisdiccional debe necesariamente tener un fin en algún momento?

1.4. ¿El juez experto o el tribunal de expertos afectaría la garantía de imparcialidad?

Como señalé, asumiendo la existencia de juez o jueces expertos, especialmente de tribunales de expertos, me parece relevante discutir si su constitución o su proceder pudiera afectar la garantía de imparcialidad. Al respecto, considero que la calidad de expertos que tengan los miembros de

⁶⁰ Vázquez (2015a), p. 141 (nota al pie N° 143). Esta crítica se basa en la desconfianza de las facultades cognitivas de juzgador, frente a la cual, la autora reconoce, al menos dos tipos de decisiones, la primera es cambiar a los sujetos que deciden, que sería la opción de tener jueces expertos y la segunda, identificable como paternalismo jurídico, que pretende proteger al decisor de sus malas decisiones al guiarlo en la propia toma de la decisión, por ejemplo, excluyendo prueba que podría “contaminar” la decisión. En: Vázquez (2015a), p. 141. La autora, critica también la estrategia del paternalismo jurídico. En: Vázquez (2015a), p. 148.

⁶¹ En este sentido: Ibid. p. 44 (nota al pie N° 42) y p. 183 y ss.

un tribunal no debería afectar en ningún caso las exigencias que se le hacen a un juez o tribunal común, debiendo cumplirse entonces con las garantías tanto del debido proceso, especialmente con la de imparcialidad judicial.

Ahora bien, a diferencia del juez o un tribunal común, el tribunal formado por expertos podría verse más propenso a la crítica del uso del conocimiento privado del juez, pues, justamente, este caudal de información experta y que sean personas que sepan cómo usarla, ha sido el motivo de su nombramiento. Con todo, como se indicó en el subtítulo 1.2., el uso del conocimiento experto del juez no calificaría como uso de conocimiento privado del juez y, por tanto, en principio, un juez experto no sería más propenso a la parcialidad que un juez común en relación con dicho elemento. Se asume, entonces, que dicho conocimiento experto forma parte de las herramientas con las que cuenta el juez y se espera que sean utilizados en la solución de un caso.

Ahora bien, por el hecho de ser juez o jueces expertos no necesariamente se puede asumir una objetividad respecto de sus inferencias, pues, tal como se analiza respecto del perito, lejos de estar frente a un análisis objetivo, el *“conocimiento experto tiene un aspecto social ineludible, pues las generalizaciones usadas por el experto deben ser acordes con unos estándares de aceptabilidad racional a los que esa persona adhiere. Constituyéndose, entonces, la expertise tanto por la agencia del experto en su forma de percibir el mundo como por su uso de criterios intersubjetivos diversos a la hora de interpretar aquello que percibe”*⁶². En relación con lo anterior, cabe la crítica respecto de los problemas prácticos en la constitución de un tribunal o el nombramiento de un juez experto, debiendo considerarse que *“su conformación podría determinar la resolución de tipos de casos en un sentido u en otro, fundamentalmente cuando haya desacuerdos genuinos en el área de conocimiento a la que el juez como experto pertenece. Así pues, en algunos casos, el juzgador no tendría al menos la apariencia de imparcialidad que se le pide”*⁶³. Lo anterior atendido la existencia de desacuerdos genuinos entre expertos⁶⁴ y, por tanto, nombrar a un experto que ha tenido una determinada tendencia respecto de ciertos desacuerdos genuinos, no permitiría afirmar una adecuada imparcialidad frente a la decisión de controversias en esas materias. Con todo, así como no podemos presuponer que los jueces no tengan prejuicios

⁶² Vázquez (2018), p. 91.

⁶³ Ibid. p. 93.

⁶⁴ Ibid. p. 92.

o sesgos, considero que no podemos afirmar *a priori* que un tribunal de expertos o un juez experto será siempre parcial. Me parece sí relevante que el diseño institucional considere este elemento para la selección de estos expertos y que en su selección participe, al menos, alguna entidad que pueda justamente constatar la postura de este experto frente a determinadas materias o que exista una forma de evaluar sus posturas.

Respecto de este último punto, también es interesante revisar que optar por un diseño de un tribunal de expertos y no un órgano unipersonal, podría contrarrestar en parte estas eventuales parcialidades, al menos, satisfaciendo la apariencia de imparcialidad requerida. Lo anterior sumado a la debida motivación de la sentencia. Asimismo, considero que la existencia de poderes probatorios daría mayor espacio a las partes para poder evaluar la postura del juez según cómo este se comporte respecto de determinadas pruebas, porque un actuar activo en la práctica de las pruebas y la protección de un debido contradictorio podrían aportar al momento de identificar una actuación parcial del juez o jueces expertos, como se verá más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso considero que el tribunal de expertos deba dirimir frente a un desacuerdo legítimo, pues no le corresponde, pudiendo utilizarse la carga de la prueba para resolver la controversia⁶⁵.

Relacionado con lo anterior, también está el riesgo de los sesgos cognitivos frente al actuar judicial. De esta forma se ha sostenido la posibilidad de que *“el funcionario judicial adopte hipótesis que se evalúan a lo largo del proceso, incrementando el riesgo de caer en sesgos cognitivos de confirmación que terminarían por extraviar la respectiva investigación y que, de hecho, romperían con el principio de igualdad de armas.”*⁶⁶ Lo que afectaría, por ejemplo, la utilización de poderes probatorios que se le entreguen al juez, pudiendo infringirse la imparcialidad.

No obstante, la existencia de estos sesgos se presenta tanto para jueces comunes como para expertos. Al respecto, ¿es posible impedir estas llamadas “maquinaciones mentales”⁶⁷?, ¿bastaría para ello con tener jueces pasivos frente a las actuaciones de las partes?, de forma tal que éstos se limiten a ser recipientes de toda la información vertida en el proceso judicial, alcanzando una

⁶⁵ Vázquez (2018), p. 94.

⁶⁶ Perafán, Arenas y Luna (2021), p. 11.

⁶⁷ Ibid.

neutralidad pura de la persona o grupo de personas detrás del órgano jurisdiccional, o, más bien la existencia de estos sesgos debería ser asumida y hacerse cargo de ellas en el proceso. Al respecto, se considera que no es posible afirmar que una persona puede ser completamente neutral a la información que se le entrega (vía alegaciones o resultados de los medios de prueba incorporados al proceso), por lo tanto, no es útil asumir que un determinado modelo de juez, en este caso, pasivo, podría evitar estos sesgos y, por tanto, tenemos que enfrentarnos a esta circunstancia que afecta tanto a jueces comunes como jueces expertos. Ahora bien, sí podría presumirse, especialmente respecto del punto de los desacuerdos genuinos que un experto que tiene una postura respecto de ese desacuerdo, será propenso a favorecer su postura (sesgo de confirmación), pues, a diferencia de un juez común, éste último no tendría, en principio, información o una postura que “reafirmar”, por tanto, se hace muy relevante, como manera de enfrentar todos los eventuales sesgos, en primer lugar, que tanto los jueces como las partes sean conscientes de estas limitaciones al momento de enfrentarse a la práctica de las pruebas, así como a las diferentes instancias relacionadas con los medios de prueba, a saber, en su admisibilidad, valoración y decisión. En segundo lugar, habría que potenciar el contradictorio como una garantía no solo de las partes sino una herramienta cognoscitiva de los jueces y, en tercer lugar, habrá que potenciar el control a través de la motivación de las decisiones judiciales sobre la prueba, lo que permitirá al menos un control intersubjetivo tanto de las partes del proceso, mediante recursos judiciales, así como de la sociedad en su conjunto⁶⁸.

2. *Consideraciones en materia de medios de prueba, especialmente respecto de la prueba pericial*

La *expertise* que tiene un juez o un tribunal de expertos afectará sin duda al modo en que estos enfrentarán todos los tipos de medios de prueba que se le presenten o que pueda decretar, pues su análisis partirá desde un conocimiento previo y atinente a la controversia a dirimir. Lo anterior, como se indicó, en primer lugar, sería positivo en materia de admisibilidad de la prueba, pues se asume que el análisis de pertinencia o relevancia de la prueba propuesta por las partes podrá realizarse con mayor seguridad, por cuanto, el juez o el tribunal experto al conocer la materia podría

⁶⁸ Ahora, respecto de este último punto, es relevante señalar que ello requiere un desarrollo de sentencias y, en general, de decisiones judiciales que sean legibles y comprensibles, al menos, de forma general, lo que ayuda también a la adecuada legitimidad del proceso judicial y, por ende, del Estado de Derecho.

distinguir con mayor claridad la relevancia de una prueba para probar un determinado hecho relacionado con su ciencia o arte.

Con todo, este análisis positivo se enfrenta a una eventual controversia que se podría generar con la prueba pericial, tal como se revisará a continuación.

2.1. Sobre la prueba pericial frente a juez o jueces expertos

Los peritos son definidos como “*terceros imparciales y extraños al juicio, que informan al tribunal sobre hechos controvertidos para cuya adecuada percepción resulta necesario el conocimiento de una determinada ciencia o arte*”⁶⁹. Estos conocimientos generalmente no están disponibles para alguien de “cultura media”⁷⁰.

Si uno analiza el concepto de prueba pericial, pareciera que el requisito de necesidad de este tipo de prueba frente a jueces expertos podría no cumplirse. Ahora bien, esto requiere, por un lado, tener certeza que es comparable la *expertise* y conocimientos del juez experto con aquellos que puede brindar el perito; y, en tribunales colegiados, es posible que no todos los jueces sean expertos en las mismas materias.

En el caso de ordenamientos que establezcan que la prueba pericial sea admitida según su necesidad brinda un espacio de discreción al juez o jueces expertos para poder definir la relevancia de la prueba pericial frente a la controversia que se debe resolver (lo que también se considera un poder probatorio, como se verá *infra*). Adicionalmente, el objeto del peritaje puede no solo ser para allegar al proceso conocimiento experto de una determinada ciencia o arte independiente de los hechos del caso, sino también, puede ser respecto de los hechos del caso “como instancia de una generalización independiente o bien, directamente sobre los hechos particulares del caso”⁷¹.

Y si bien, podría cuestionarse que un tribunal de expertos requiera peritajes cuyo objeto es que el perito se pronuncie sobre el conocimiento experto general, lo anterior no tendría asidero, pues del hecho de que exista un juez o jueces expertos no se puede afirmar que en ellos se condense todo el conocimiento de una ciencia o arte. Así mismo, la incorporación de este tipo de peritajes resultaría útil en caso de genuinos desacuerdos entre expertos o en casos de tribunales de expertos mixtos,

⁶⁹ Bulnes y Vial (2018), p. 5.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Vázquez (2018), p. 82.

pues no todos los jueces tendrán la misma *expertise*. En este punto, la presentación de un peritaje con este objeto podría ser una oportunidad para las partes para dar cuenta de la existencia de este tipo de desacuerdos genuinos y un medio de control para los demás jueces integrantes del tribunal frente al experto y sus eventuales sesgos de confirmación. Lo anterior es consistente con la idea de que el juez o el tribunal experto, no debería entenderse como un órgano que dirime sobre legítimos acuerdos que pueden existir en las comunidades de expertos a modo general, sino que se debe pronunciar respecto de un caso específico y considerando todo el acervo probatorio incluido en él, no solo el peritaje.

Además, el conocimiento experto de los jueces le permitirá definir de mejor forma el objeto mismo del peritaje que se requiera, y, una vez admitida la prueba pericial, en su práctica, podrán dirigir de mejor forma las declaraciones de los peritos a través de preguntas adecuadas y guiar el contradictorio con las partes, comprender mejor el peritaje, aumentando así la probabilidad de acercarse a la verdad en el proceso.

Ahora bien, tanto la posibilidad de que el juez o jueces expertos puedan decidir respecto de la admisión de la prueba, el decretar un peritaje o su objeto, su intervención en las audiencias probatorias, no solo depende de la calidad de expertos sino también de los poderes probatorios que se le reconozcan, lo que revisaré a continuación.

3. *Poderes probatorios frente a jueces expertos o tribunales de expertos*

3.1. *Concepto de poderes probatorios*

Cuando hablamos de poderes probatorios, nos referimos de forma general a aquellas facultades relativas a incorporación prueba en el proceso judicial, y en particular, cuando nos referimos a poderes probatorios del juez, el foco está definido por las potestades que tiene órgano jurisdiccional respecto a la prueba. En general, la doctrina asimila poderes probatorios a la facultad de decretar prueba de oficio por el juez o el tribunal, no obstante, ello implica una “reducción excesiva” del tema⁷². Frente a ello, Ferrer ha propuesto una lista de los poderes probatorios que pueden incluirse en el proceso judicial, no taxativa⁷³. Un proceso podría considerar uno o más de éstos y para ello

⁷² Ferrer (2022), p. 94.

⁷³ Ferrer (2017), pp. 97-104 y Ferrer (2022), pp. 95 y ss. Dejo fuera de la lista, la facultad del juez de invertir la carga de la prueba como mecanismo para incentivar la incorporación de pruebas por alguna de las partes, pues se comparte lo señalado por Ferrer (2022), pp. 115 y ss.

debería considerarse el mejor diseño procesal que, a través de un adecuado reparto de estos poderes, aumente la probabilidad de averiguación la verdad sobre los hechos del caso, así como otros objetivos, como la celeridad, contención de costos, etc.⁷⁴.

En dicha lista⁷⁵ se distingue entre aquellos poderes del juez relacionados con la proposición y admisión de la prueba, como lo son la facultad de la persona juzgadora de: (1) “*admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes*”⁷⁶; (2) *realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar o a las pruebas a aportar*”; (3) “*admitir o rechazar los acuerdos probatorios de las partes*”; (4) “*rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica*”; (5) “*seleccionar al experto o experta que lleve a cabo el peritaje y determinar los extremos sobre los que deba pronunciarse*”; (6) “*ordenar pruebas de oficio*”; y (7) de “*imponer deberes de producción probatoria*”⁷⁷. También se consideran poderes relacionados con la práctica de la prueba, como sería “[l]a capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba especialmente por lo que hace a las pruebas personales (testificales y periciales) formulando preguntas pidiendo aclaraciones solicitando los deponentes mayores detalles o precisiones”⁷⁸, en donde se reafirma la importancia de un adecuado contradictorio como “*mecanismo epistemológico para determinar la fiabilidad de las pruebas*”⁷⁹. Y aquellos poderes que dicen relación con “*decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada y, con ello dirimir el procedimiento*”⁸⁰.

La incorporación de los poderes probatorios del juez a los distintos ordenamientos no ha estado ajena a críticas, especialmente, porque parte de la doctrina que considera que su presencia

⁷⁴ Ferrer (2022), p. 95.

⁷⁵ La lista propuesta por Ferrer (2022), contempla tanto la enumeración de poderes probatorios del juez como de las partes, me enfocaré en los primeros, pero enuncio los que serían poderes probatorios de las partes: (1) la facultad de proponer pruebas para su admisión al proceso (pp. 96-98); (2) la facultad de llegar acuerdos probatorios (pp. 102-104); (3) la facultad de la parte que propuso una prueba admitida por el Tribunal de renunciar a ella antes de su práctica (pp. 106-109); y (4) la facultad de solicitar el nombramiento de un perito y de proponer los extremos del peritaje (pp. 110-111).

⁷⁶ Respecto de este poder probatorio, Ferrer sostiene que dependerá del grado de discrecionalidad que le otorgue el legislador, y coloca como ejemplo de discrecionalidad en sentido fuerte que la prueba pericial sea admitida siempre que dependa de las necesidades de la persona juzgadora. En: Ferrer (2022), pp. 98 y 99. Ahora bien, este criterio de admisibilidad no ha estado exento de críticas, pues no se comprende que una prueba pericial aportada por las partes requiera ser confrontada a la necesidad del juzgador. En: Vázquez (2015b), pp. 119 y ss.

⁷⁷ Ferrer (2022), pp. 95 y 96.

⁷⁸ Ferrer (2017), p. 98.

⁷⁹ Ibid. p. 99.

⁸⁰ Ibid. p. 104.

transforma a los procesos judiciales en sistemas autoritarios, además de conllevar una afectación a la garantía de imparcialidad judicial, por cuanto el juez estaría interviniendo en una actuación que debiese ser de las partes⁸¹, como se planteó en el subtítulo 1.1.

Frente a estas críticas, se propone una respuesta que sitúe los argumentos a favor y en contra de esta institución en un contexto más amplio, a diferencia del tratamiento que hace la doctrina contraria a esta institución⁸², distinguiendo entre modelos de proceso. Ello, pues detrás de la decisión de otorgar al juez poderes probatorios hay un modelo de juez y de proceso judicial que pocas veces se explicita ni menos se justifica⁸³.

De esta forma, existiría un modelo de proceso dirigido a la resolución de conflictos, en el cual el juez actúa como un árbitro pasivo frente a las acciones de las partes y otro dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas, cuyo objetivo es la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento⁸⁴. Este último modelo, tendría a la averiguación de la verdad como el fin institucional de la prueba para poder cumplir con el objetivo del proceso, entonces al juez no le sería indiferente quién gane la controversia⁸⁵. Además, no habría una afectación a la garantía de imparcialidad, por cuanto ésta requiere *“indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte de beneficiario”*⁸⁶. De esta forma, *“la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de estos hechos condicionantes (...) [y] el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos”*⁸⁷.

⁸¹ Ferrer (2017), p. 89. Así también, Bachmaier (2018), pp. 519 y ss. En contra de otorgar poderes probatorios al juez: Picado (2014), pp. 39 y 42; Montero (2000), pp. 29 y ss. y Palomo (2005), pp. 178 y ss.

⁸² Ferrer (2022), p. 82. El autor destaca el tratamiento genérico de los problemas involucrados que realiza la postura contraria al otorgamiento de poderes probatorios.

⁸³ Ibid. En la misma línea argumental, Hunter reconoce que la discusión sobre los poderes probatorios del juez “se muestra como una arista de algo más abstracto y general acerca de la función que cumple la jurisdicción en un Estado de Derecho y el rol del juez en el proceso civil” En: Hunter (2007), p. 207.

⁸⁴ Ferrer (2022), p. 83.

⁸⁵ Ibid. p. 84.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid. p. 89. Lo anterior, como señala el autor, no obsta a que existan otros objetivos que se deban resguardar durante el proceso, como la celeridad en la toma de decisiones, el resguardo de derechos humanos, entre otros. Sin embargo, ello no conlleva que se deje de lado el objetivo de la averiguación de la verdad.

En el modelo de proceso que busca la implementación de políticas públicas, la iniciativa probatoria puede quedar designada a las partes o al juez y a las partes; sin embargo, una vez iniciado el proceso, este está guiado por el objetivo de la averiguación de la verdad y la pregunta relevante es cuál es el reparto de poderes probatorios que resulta más adecuado para lograr dicho objetivo⁸⁸. Distinguiéndose, así el principio dispositivo del principio de aportación de parte, pues el primero *“incluiría el poder de iniciar el proceso y de continuarlo, así como la determinación del objeto del proceso (...) [y el segundo] supondría que solo las partes pueden aportar pruebas al proceso para acreditar sus alegatos fácticos”*, por lo que es posible concebir un modelo que adopte ambos principios o solo uno de ellos⁸⁹. Ello permitiría reconocer tanto la contribución al objetivo de averiguación de la verdad a través de la mejora del acervo probatorio mediante el uso de los poderes probatorios del juez como el relevante aporte de prueba por las partes, tanto por el conocimiento que tienen de los medios de prueba y su participación en el contradictorio⁹⁰.

Asumo que el proceso judicial busca justamente la aplicación correcta de las consecuencias jurídicas definidas por el ordenamiento y que dicha aplicación es correcta cuando los hechos que el juez o el tribunal asume probados corresponden a lo ocurrido en el mundo. De este modo, los poderes probatorios serían útiles para cumplir con el objetivo de averiguación de la verdad.

Ahora bien, el margen de discrecionalidad que se le entrega al juez o a los jueces, podría ir en detrimento del distanciamiento del juez con el caso concreto y en particular con las partes, de forma tal que *“mientras más amplio es el ámbito de discrecionalidad judicial, mayor es el riesgo de que en la decisión del juez influyan elementos externos a favor o en contra de alguna de las partes”*⁹¹, por tanto, estos poderes requieren límites adecuados para no afectar la garantía de imparcialidad, pues se reconoce la necesidad de compatibilizar dicha garantía con el beneficio epistémico que significa la incorporación de estos poderes en un proceso judicial. Una propuesta de estos límites se revisará a propósito del caso del TDLC.

3.2. Jueces expertos y poderes probatorios

⁸⁸ Ferrer (2017), p. 96.

⁸⁹ Ferrer, J. (2022), p. 92 (nota al pie N°26). En el mismo sentido, Hunter (2010), p. 160.

⁹⁰ Ferrer (2017), pp. 96-97. Se reconoce el valor del contradictorio no solo como una garantía de las partes, sino también como una herramienta cognoscitiva de gran valor para mejorar el conjunto de elementos del juicio tanto cuantitativamente como cualitativamente. En el mismo sentido, Duce (2013) p. 129 y Vázquez (2015a), p. 33.

⁹¹ En este sentido, Bachmaier (2018), p. 515 y Hunter (2007), p. 90

He asumido en este trabajo que el modelo de proceso que nos interesa (y por el cual tiene sentido el uso de recursos públicos por parte del Estado) es aquel que busca garantizar el Estado de Derecho, velando porque las consecuencias jurídicas previstas en las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico se apliquen a los casos correctos (modelo de aplicación de políticas públicas). Lo anterior solo es posible si uno de los objetivos del proceso judicial es la averiguación de la verdad. Con estas premisas, se puede fundamentar que el juez o jueces cuenten con poderes probatorios para mejorar el acervo probatorio y así aumentar las probabilidades de acercarse a la verdad de los hechos, lo que no excluye la aportación de prueba de las partes.

Ahora, bien si aceptamos que el juez o el tribunal utilice estos poderes probatorios, ¿qué consecuencias podremos obtener de que estos jueces sean expertos? Pareciera, a primera vista, que nos beneficiamos con una mirada clara respecto de la evaluación de la relevancia de los medios de prueba requeridos para, por ejemplo, completar las lagunas probatorias, decretar pruebas de oficio o establecer deberes probatorios a las partes. Así también, respecto de la facultad de decretar un peritaje y su objeto, un juez experto se encontraría en una mejor posición cognitiva respecto de la necesidad de dicho peritaje. Lo anterior, también se podría observar en relación con la conducción de audiencias, pudiendo el juez experto, como ya se ha señalado, hacer las preguntas adecuadas y guiar un contradictorio que permita controlar la calidad de la prueba practicada.

A mayor abundamiento, si uno de los objetivos principales del proceso es la averiguación de la verdad, contar con jueces o tribunales más capacitados y preparados para recibir y procesar la información que se aporta podría mejorar el acervo probatorio para el caso concreto, lo que, a su vez, permitirá aumentar las posibilidades de averiguar la verdad. Con todo, sí debería tenerse presente que un tribunal o juez experto podría verse afectado en mayor medida por el sesgo de confirmación, como se indicó, y en este caso, la existencia de poderes probatorios permitirán tener un juez activo lo que, a su vez, posibilitará que las partes controlen “*in itinere el razonamiento judicial*”⁹², además, éstas podrán reaccionar a eventuales sesgos que el juez podría exponer en el uso de dichas facultades como, por ejemplo, en las preguntas que realice a testigos, absolventes o

⁹² Vázquez (2015a), p. 208. En el mismo sentido, y de forma general frente a los poderes probatorios que puede tener el juez en Ferrer (2022), p. 128.

peritos. Así, ello podría controlarse a través de un adecuado contradictorio, además de la exigencia de una adecuada motivación de las decisiones sobre la prueba.

II. El caso del TDLC chileno

1. Sobre el TDLC

El TDLC, se encuentra regulado en los artículos 5° y siguientes del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”). Se establece que es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Su función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Por su parte, se ha reconocido por la Corte Suprema, en variadas ocasiones, el interés público detrás del bien jurídico de la libre competencia⁹³.

En cuanto a su composición, el TDLC es un tribunal colegiado compuesto por cinco jueces, tres de ellos abogados y dos economistas, todos expertos en libre competencia. También se designan dos ministros suplentes, uno abogado y otro economista. El D.L. N° 211 no establece cómo se comprueba la calidad de expertos de estos jueces, solo se exige el grado académico o profesional y para el caso del Ministro Presidente, además de exigir que sea abogado, se pide que cuente con una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico y acredite por lo menos diez años de ejercicio profesional.

2. Procedimientos ante el TDLC

Una primera observación a los distintos procedimientos que conoce el TDLC es la distinción, reconocida doctrinariamente⁹⁴, entre facultades jurisdiccionales propiamente tales y aquellas que corresponden a facultades de índole administrativas-regulatorias. En relación con esta última función es posible enumerar procedimientos de índole administrativa en los cuales se busca resolver consultas sobre actos, hechos o contratos, existentes o por celebrarse que pudieran infringir el D.L. N° 211; dictar instrucciones de carácter general aplicables a particulares respecto de actos o contratos que tuvieren relación con la libre competencia o pudieran atentar contra ella, emitir informes, entre otras.

⁹³Sentencia Corte Suprema, 6.09.2021, Rol N° 94189-2020, c. 4°; y Sentencia Corte Suprema, 8.06.2020, Rol N° 26525-2018, c. 6°.

⁹⁴ Campos y Corte (2021), p. 4. Interesante es el análisis respecto a la dificultad existente para distinguir entre aquellos procedimientos contenciosos y los consultivos propiamente tal.

Por su parte, las facultades jurisdiccionales serían aquellas relativas al deber de conocer, a solicitud de parte o de la FNE, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la libre competencia, denominado “procedimiento contencioso”, así como el procedimiento contencioso de indemnización de perjuicios.

3. *Regulación del proceso contencioso*

Se encuentra regulado en los artículos 20 y siguientes del D.L. N° 211 y, de forma supletoria, por el Código de Procedimiento Civil (“CPC”) según lo dispuesto en el artículo 29 del D.L. N° 211, en todo aquello que no sea incompatible con el citado decreto ley. Así, el TDLC debe conocer a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico de las situaciones que pueden constituir infracciones al D.L. N° 211⁹⁵.

Este procedimiento es escrito, salvo la vista de la causa (audiencia pública y oral en la que alegan los abogados de las partes). Además, se establece que el procedimiento será público y que le corresponde al TDLC su impulso de oficio hasta su resolución definitiva.

En cuanto a su tramitación, es posible distinguir las tres etapas usuales en procedimientos escritos. En primer lugar, una etapa de discusión que inicia solo a solicitud de parte. Acogida la demanda a tramitación, en general, se da traslado por el plazo mínimo de 15 días hábiles y máximo de 30 días. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para evacuar su traslado, el artículo 22 del D.L. N° 211, establece la facultad de citar a las partes a conciliación. Se establece que el Tribunal puede obviar este procedimiento en caso de que no lo considere pertinente debiendo recibir la causa a prueba. Ahora bien, acordada la conciliación, el Tribunal deberá cerciorarse de que el acuerdo no atente contra la libre competencia.

En caso de que se no se apruebe la conciliación o que esta se frustre, el TDLC, en caso de existir hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes, debe recibir la causa a prueba, iniciándose la etapa de prueba.

La regulación general en materia de prueba se encuentra en el artículo 22, regulando los medios de prueba aceptados -instrumentos, testigos, confesional, inspección personal del Tribunal, así como

⁹⁵ Cabe aclarar que el D.L. N° 211 diferencia entre demanda, aquella presentada por los particulares, del requerimiento, que es el presentado por la FNE. A continuación, nos referiremos a la demanda de forma general, por lo que incluirá a ambos.

“todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”-; la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio diligencias probatorias, “en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes.” (Art. 22, inciso tercero); algunas consideraciones específicas para la prueba testimonial y la instrumental; la toma de audiencias testimoniales, inspección personal del Tribunal o absolución de posiciones, las que deben ser “practicadas ante el miembro que el Tribunal designe en cada caso, el que podrá efectuar las preguntas que estime convenientes, impedir que las declaraciones y las preguntas de las partes se desvíen hacia aspectos irrelevantes o inadmisibles y resolver de plano las objeciones que fueren formuladas” y el sistema de valoración de la prueba que es la sana crítica. No hay estándar legal de suficiencia probatoria.

Atendiendo el bien jurídico protegido es posible declarar la confidencialidad de información contenida en instrumentos, de modo tal que las demás partes no puedan acceder a dicha información. En cualquier caso, si la información confidencial es utilizada para resolver la controversia, el TDLC debe alzar dicha confidencialidad.

Finalizado el término probatorio, el Tribunal debe citar a todas las partes a la vista de la causa. Realizada esta audiencia, se inicia la etapa de fallo. La sentencia definitiva que dicte el TDLC deberá ser fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella, el Tribunal decide el caso debiendo hacerse cargo de la prueba acompañada por las partes y los hechos acusados; determina si los hechos constituyen o no una infracción al D.L. N° 211 en los términos señalados en la demanda (principio de congruencia) y establece la aplicación de alguna de las sanciones señaladas en el artículo 26, así como toda medida preventiva, correctiva y prohibitiva que determine conforme a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211. La sentencia definitiva solo es susceptible del recurso de reclamación ante la Corte Suprema (artículo 27).

4. *Poderes probatorios del TDLC como tribunal de expertos*

A continuación, revisaremos los poderes probatorios que detenta el TDLC de conformidad a la clasificación revisada el subtítulo 3.1. *supra*.

En primer lugar, está la potestad del TDLC de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes. De su regulación, anteriormente expuesta, no existe referencia explícita a la admisibilidad de la prueba, ni tampoco existe dentro del proceso una instancia (como una audiencia preliminar) en donde el TDLC pueda revisar la prueba que propongan las partes, sino que ésta se recibe dentro del término probatorio según las solicitudes de las partes. Por lo general, en la práctica del TDLC se observa la tendencia a admitir de modo general los medios de prueba solicitados por las partes, salvo en excepciones concretas, como alguna solicitud de prueba pericial o alguna inspección personal del Tribunal, como revisaremos más adelante. En el caso de la prueba pericial, se aplica el artículo 411 del CPC, el que señala, en lo pertinente, que se oirá el informe de peritos siempre que la ley así lo exija o, facultativamente, si “se requiere” sobre puntos de hecho para cuya apreciación “se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte”; por tanto, podemos afirmar que, en este caso, que el TDLC tiene la posibilidad de inadmitir solicitudes de prueba pericial en caso de que considere que no sea necesaria.

Respecto de esta facultad, la calidad de expertos de los miembros del TDLC, se subutiliza, pues no se observa un control de la admisibilidad de la prueba, generándose juicios con un acervo probatorio muchas veces redundante, generando dificultades a la hora de su estudio. Asimismo, respecto de la prueba pericial, en la práctica las partes presentan informes económicos tal como si fueran informes en derecho, sin que el TDLC se pronuncie sobre su relevancia al momento de la admisión.

En segundo lugar, también se observa la facultad de la persona juzgadora de intervenir en la práctica de pruebas en la regla que permite al juez la conducción de la audiencia de prueba. Esta facultad está regulada de forma amplia, permitiéndole al juez, frente a audiencias testimoniales, absoluciones e inspección personal del tribunal, efectuar preguntas, impedir que las declaraciones se desvíen hacia aspectos irrelevantes e inadmisibles e incluso, resolver de plano objeciones. Al respecto, es cuestionable que la norma no se pronuncie específicamente sobre la práctica de la prueba pericial. Ahora bien, como la exigencia legal -mínima- es que un miembro del TDLC sea comisionado a la toma de la audiencia, son posibles dos escenarios, el primero, que quien tome la audiencia sea un juez abogado, que si bien es experto en libre competencia, no tendrá, necesariamente, el mismo conocimiento experto que un juez economista, entonces frente a la práctica de la prueba pericial -en caso que se considere que es aplicable esta regulación- se perdería

el beneficio de contar con un experto que pudiera guiar la declaración del perito así como las actuaciones de las partes. El segundo escenario es el del juez economista frente a una prueba testimonial o una prueba confesional, en la que puede no contar con el conocimiento necesario del procedimiento probatorio para dirigir la práctica de la prueba. Por lo demás, y como se revisará más adelante, el hecho de que de un tribunal colegiado solo uno de los jueces sea quien tome las distintas audiencias, afecta la idea de intermediación judicial. Si bien se podrían encontrar argumentos de eficiencia de recursos para justificar que solo un juez esté presente en las audiencias probatorias, no es menos cierto que este sacrificio desconfigura la idea de un tribunal colegiado, así como del aprovechamiento de la composición experta del TDLC. Al respecto, se podrían sugerir cambios en el diseño del proceso contencioso que permitan avanzar hacia la participación de todos los jueces, o al menos la combinación de abogado-economista en la práctica de las audiencias probatorias, incorporando de forma expresa las facultades de conducción de las audiencias para las audiencias de peritos.

Respecto a la facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes, este poder probatorio no se observa en la regulación del procedimiento contencioso. Ello desaprovecha el conocimiento experto con el que cuenta el TDLC, pues podría ser evidente para sus miembros la falta de una determinada prueba atendida la materia que se discute. Adicionalmente, la incorporación de este poder probatorio permitiría limitar la dictación de pruebas de oficio, que es el camino que le queda al TDLC frente a lagunas probatorias.

En cuanto a la facultad de admitir o rechazar acuerdos probatorios, la regulación del D.L. N° 211, no los admite expresamente, sin embargo, a través de la aplicación supletoria del CPC se ha permitido que en ciertas causas se acepten acuerdos probatorios⁹⁶. Mientras que, sobre la facultad de rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica, el TDLC ha hecho uso

⁹⁶ Es interesante revisar la discusión que se generó en la tramitación de la ley N° 19.911 que incorporó la conciliación al D.L. N° 211, institución que podría utilizarse para celebrar acuerdos probatorios entre las partes. Por un lado, se sostuvo que era erróneo admitir esta institución, pues implicaría una transacción de intereses privados y por otro, se argumentaba a favor de la necesidad económica de las partes de acceder a un mediador como el TDLC, resolviendo sus diferencias en beneficio también de la economía procesal primando esta última postura. En: Schmidt (2019) pp. 23 y 24. Se afirma que los acuerdos conciliatorios, especialmente aquellos respecto del reconocimiento de hechos, permitirían una *“mejora en eficiencia en la búsqueda de la verdad procesal o en la obtención de información que permita reducir los costos de error en la resolución, permitiendo una decisión mejor fundamentada basada en documentos, datos e información que de otra forma no hubieran sido conocidos en el juicio”* En: Schmidt (2019), p. 55.

recientemente de ello⁹⁷, a través de la aplicación del artículo 431 del CPC, el que establece que no será motivo para demorar un juicio la falta de la práctica de diligencias probatorias, las que, en caso de considerarse “estrictamente necesarias” se pueden reiterar como medidas para mejor resolver. En este caso, la presencia de un tribunal de expertos permitirá una mejor decisión respecto de las pruebas que son necesarias de realizar, además de que esta facultad puede evaluarse también en términos de evitar prueba relevante, pero redundante.

Sobre la facultad de nombrar peritos y el objeto del peritaje, el TDLC puede dictar este tipo de prueba de oficio, y en tal caso, nos remitimos a lo señalado en el subtítulo 1.3. respecto de la necesidad de contar con dichos peritajes. Definida la necesidad de la prueba, claramente la presencia de expertos en el TDLC permitiría fijar los extremos del peritaje de forma apropiada y fundada.

En cuanto a decretar prueba de oficio, el TDLC puede hacerlo *“en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes.”* Respecto de esta regulación cabe destacar que se encuentra descrita de forma muy amplia, incluso desde el punto de vista de la oportunidad procesal para ejercerla, permitiéndose incorporar prueba de oficio, luego de concluido el término probatorio. El problema que se observa en lo amplio de la regulación de esta facultad es que no se exige que el TDLC en la incorporación de prueba de oficio, respete el adecuado contradictorio, sin embargo, esta exigencia deriva del debido proceso, pudiendo las partes impugnar las resoluciones que no consideren esta instancia. Ahora bien, se podría confiar en que la composición del TDLC, le permitiría detectar de manera previa a la vista de la causa, las lagunas probatorias y con ello las pruebas de oficio que se deberían incorporar, aprovechando la etapa de prueba del proceso y respetando un adecuado contradictorio, así como la posibilidad de que las partes reaccionen a dicha prueba.

En este punto, cabe mencionar la práctica del TDLC de llamar a los informantes que elaboran informes económicos a una audiencia de “careo”⁹⁸ cuando existen diferencias entre sus informes o

⁹⁷ Resolución de 14.03.2022 en causa Rol C N° 349-18.

⁹⁸ Por ejemplo, en causa Rol C 323-19, resolución intermedia de fojas 4042 y acta de fojas 4291. En: https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=42072 De hecho, la herramienta no es nueva y se conoce de muchas formas: declaración concurrente de peritos, careo de peritos, entre otras, y busca *“confrontar directamente las*

se requiere una aclaración de sus metodologías y conclusiones. Estas audiencias se realizan en presencia de las partes, las que pueden intervenir también potenciándose el contradictorio tanto a nivel de los informantes como de las mismas partes. A esta audiencia, en general, asisten los jueces economistas, lo que beneficiaría la conducción de la discusión entre los peritos y el contradictorio entre partes, pero no necesariamente asisten todos los jueces, por tanto, los jueces economistas podrían carecer de adecuados conocimientos en materia probatoria y serían menos evidentes para los jueces abogados la existencia de sesgos, especialmente el de confirmación, que podrían tener los economistas. Lo anterior, no solo porque no asistan a dicha audiencia sino también porque dicha audiencia no se registra de ninguna forma y solo se levanta un acta simple de la audiencia, esto es grave en términos de la incorporación de esta prueba al acervo probatorio especialmente respecto de quienes no participaron de ella⁹⁹.

Sobre la dictación de prueba de oficio, es interesante la revisión de si estamos frente a un deber o a una facultad. Al respecto presento el análisis de una sentencia de la Corte Suprema¹⁰⁰ que se pronuncia al respecto. En su sentencia, el TDLC sostuvo, en general, que no había evidencia para las acusaciones de la demandante y, por tanto, rechazó la demanda, lo que fue reclamado por la demandante. La Corte Suprema por su parte, revisa los argumentos de la reclamación y la rechazó, sin embargo, realizó la siguiente prevención en relación con la aplicación de la carga de la prueba por el TDLC:

*DECIMOSEXTO: Que llegados a este punto resulta necesario consignar que, como se observa, la demanda deducida por Transportes Delfos ha sido desestimada **por falta de prueba de las circunstancias de hecho en que se asienta.***

*En este sentido es necesario subrayar que, ante una situación fáctica como la descrita en autos, que eventualmente **podría comprometer el orden público económico, el TDLC cuenta con facultades para ir más allá de la actividad probatoria de las partes, de modo que no se encuentra inerte ante la omisión en que éstas puedan incurrir en este específico ámbito.** (...)De las normas transcritas se sigue que, dada su naturaleza y el objeto con el que fue establecido, que se refiere a la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia, lo esperable es que el TDLC, **teniendo noticia de hechos que podrían afectar el orden público, disponga la práctica de las medidas probatorias que fueren necesarias***

opiniones de los expertos con la idea de generar un diálogo entre ellos, que permita esclarecer los puntos oscuros y controvertidos de los sus informes” En: Covarrubias (2021) p. 67. Esta practica permite ejercitar la contradicción, con todo requiere que el juez tenga las herramientas adecuadas para gestionar una especie de dialogo entre los peritos (Vázquez (2015a), p. 34), frente a este punto, la existencia de un tribunal de expertos podría aportar a ese dialogo.

⁹⁹ Andrés Ibáñez sostiene que es necesario que “*el desarrollo del juicio de instancia sea documentado con la máxima fidelidad -en su “clave verbal”, incluyendo la literalidad de las preguntas y respuestas- para hacer posible su examen en vía de recurso” En: Andrés Ibáñez (2003), p. 66. En este caso, no solo sería para un eventual recurso, sino para los demás jueces o partes que no participaron en la audiencia, perdiéndose con esto, el necesario contradictorio.*

¹⁰⁰ Sentencia Corte Suprema, 30.05.2017, Rol N° 34849-2016, c. 16°.

*a fin de verificar la efectividad de hechos de público conocimiento o de simple y directa comprobación por sus miembros mediante, por ejemplo, la realización de una inspección personal. En efecto, de acuerdo a las atribuciones que le son propias y desde que se interponga la respectiva acción, el Tribunal se encuentra facultado para decretar **proactivamente la realización de aquellas diligencias idóneas para verificar la efectividad de hechos tan graves como los descritos por la actora, sin que deba limitarse, pasivamente, a esperar la actividad de las partes en este ámbito, considerando, en especial, la negligencia de la demandante en la satisfacción de la carga probatoria que le correspondía. De igual manera puede solicitar la realización de estudios cuantitativos en el lugar específico para verificar los hechos denunciados, puesto que además del interés de la reclamante se encuentra el de la sociedad, sin que pueda simplemente rechazar la demanda por falta de prueba, en circunstancias que ha podido, en una fecha próxima a la denuncia, determinar la forma como funciona el mercado específico y relevante, las condiciones de entrada y cualquier otro aspecto relacionado con lo anterior, incluso instruyendo a la Fiscalía Nacional Económica o efectuando determinaciones generales que permitan regular, conforme a los principios de la máxima y sana competencia, el mercado cuestionado, todo en beneficio de las partes y los usuarios de éste. Aspectos todos que al transcurrir más de un año en la terminación de la concesión y estar regido por un nuevo contrato, las subconcesiones han debido regularse por nuevos términos, por lo que cualquier acción desplegada ahora parece carente de oportunidad.***” (destacado propio).

En este caso la Corte Suprema considera que el TDLC tiene amplias facultades para incorporar prueba al juicio, es más, que debe hacerlo¹⁰¹. Ahora bien, lo discutible sería el punto de equilibrio entre la aportación de la parte y el deber del Tribunal de actuar de oficio para buscar la verdad sobre los hechos acusados¹⁰². En este caso, la configuración de esta facultad, según la interpretación de la Corte, sería de un deber, sin embargo, no hay claridad de los límites para cumplir con él, pues la regulación del artículo 22 es muy amplia, lo que podría afectar la garantía de imparcialidad judicial, especialmente para disminuir el riesgo de parcialidad inconsciente¹⁰³. Para evitar ello, se podría utilizar los límites propuestos por Picó i Junoy¹⁰⁴, así, en primer lugar, las pruebas decretadas de oficio deben referirse a los hechos controvertidos entre las partes (lo que sería un límite coherente con el principio de congruencia); en segundo lugar, se considera necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la actividad probatoria del juez; y, en tercer lugar, se debe respetar el principio de contradicción, permitiéndole incorporar nuevas pruebas y participar en las diligencias probatorias ordenadas de oficio. Respecto de estos límites, el segundo me parece el límite más fuerte y que incluso podría entorpecer el ejercicio de este poder

¹⁰¹ Lo anterior, es similar al primer modelo propuesto por Taruffo. En: Taruffo (2006), p. 255.

¹⁰² Ello, pues un modelo basado solo en aportación de prueba de la persona juzgadora sería muy ineficiente, ya que las partes son las que están en mejor posición respecto del conocimiento de las pruebas y el acceso a éstas. En: Ferrer (2022), pp. 92 y 93.

¹⁰³ Ferrer (2022), p. 127.

¹⁰⁴ Picó i Junoy (2007) “El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debe secundum allegata et probata, no secundum conscientiam* y su repercusión actual”, pp. 117 y 118. Citado por: Ferrer (2022), p. 127.

probatorio, debiendo ponderarse su presencia en relación con el beneficio epistémico de la incorporación de prueba de oficio al proceso.

Por último, respecto del poder probatorio relativo a la capacidad de determinar el estándar de suficiencia probatoria necesaria para dar por acreditados los enunciados de hecho que se buscan probar, podemos observar en el procedimiento contencioso revisado que no existe de parte del legislador una definición de estándar probatorio y, por tanto, ha sido definido de forma jurisprudencial por el mismo Tribunal.

Del anterior análisis, es posible concluir que el TDLC cuenta con amplios poderes probatorios dentro del proceso contencioso, los que a su vez serían potenciados por la composición de este tribunal, ello siempre y cuando, el diseño del proceso judicial procure la presencia tanto de jueces abogados y jueces economistas en las distintas actuaciones probatorias. En relación con este punto, revisaremos, a continuación, la exigencia de la inmediación judicial.

4.1. ¿Existencia del requisito de inmediación judicial en el proceso contencioso del TDLC?

Como último tema se revisará si se presenta en el procedimiento contencioso la inmediación judicial y si ella fuese necesaria. Al respecto, en primer lugar, la inmediación ha sido entendida tanto como “*observación inmediata (Florián), como forma de acortar las distancias (Carnelutti), o de integral y directa percepción por parte del juez de la prueba (Silva Melero)*”¹⁰⁵. Respecto de la inmediación parece interesante revisar que, en Chile, encontramos su consagración legal y desarrollo doctrinario tanto en materia penal¹⁰⁶, como también en el derecho de familia y laboral¹⁰⁷, los que coinciden con ser procedimientos orales¹⁰⁸. Incluso, en miras de una eventual reforma al procedimiento civil, actualmente escrito, se ha planteado que se requiere su consagración legal expresa¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Andrés Ibáñez (2003), p. 58.

¹⁰⁶ Horvitz y López (2004), pp. 234 y ss.

¹⁰⁷ Respecto de derecho de familia, véase Andrade (2017), pp. 22 y ss. Y sobre derecho laboral, véase Silva (2009) pp. 18 y 19.

¹⁰⁸ Lo anterior, por cuanto la oralidad sería el supuesto básico de la inmediación, así se afirma que “[n]o puede existir inmediación del tribunal respecto del debate y las pruebas, ni contradicción en la producción del material probatorio si no existe oralidad” En: Horvitz y López (2004), p. 234.

¹⁰⁹ Domínguez (2007), p. 596.

En cuanto a la justificación del principio de inmediación, se sostiene que uno de sus fundamentos es epistemológico, pues sería “*una regla de conocimiento dentro del proceso, donde hechos deben entrar en contacto con el juzgador, a través de la prueba, sin sufrir alteración alguna por influencia externa al mismo ‘que pueda tergiversar así la verdad de los hechos dando una base falsa de justicia’*”¹¹⁰. Sin perjuicio de las críticas -compartidas- respecto de que la inmediación del juez con los medios de prueba no permite un contacto directo con los hechos -enunciados sobre hechos- que se pretenden probar y que la información que recibe el juez en el juicio implica siempre un conocimiento mediado, por lo que recibir los testimonios directamente tampoco transformaría a la persona juzgadora en una especie de detector de mentiras al dar valor a gesticulaciones, tonos de voz, etc., sí comparto la existencia de ventajas de tener al juez en contacto directo con la prueba en contraposición del escenario sin inmediación, incluso si consideramos que, en ciertos casos, su justificación no sea necesariamente propender a una mayor veracidad del testimonio¹¹¹. En efecto, el principio de inmediación serviría para asegurar la confrontación de los testigos y posibilidad del conainterrogatorio¹¹², resguardando el principio de contradicción, lo que es fundamental como forma de control de la calidad de la prueba, en particular de la prueba testimonial y de la prueba pericial¹¹³, así también frente a los careos de peritos, tal como se ha indicado *supra*.

Para cumplir con dicha inmediación, no cualquier juez debe estar presente en la práctica de la prueba sino aquel o aquellos que decidirán la controversia del caso¹¹⁴. Sin embargo, atendida la actual regulación del TDLC no es posible afirmar la existencia de inmediación judicial, en primer lugar, porque el proceso contencioso es escrito, y en aquellas audiencias prueba orales su conducción solo es realizada por uno de los jueces, así cuatro de los posibles cinco jueces que dirimirán la controversia no habrán estado presentes en dichas audiencias, incluso, puede suceder que el juez que tome una audiencia probatoria ni siquiera esté presente en la vista de la causa (por

¹¹⁰ Andrade (2017), p. 16.

¹¹¹ Bachmaier (2019), p. 291. Además, que ha sido su aplicación en los procesos ha demostrado ser a lo largo de la historia, el sistema más efectivo para la “*garantizar un juicio justo y comprobar la credibilidad del testimonio salvaguardando el derecho a de defensa y la igualdad de armas*”.

¹¹² Andrade (2017), p. 17.

¹¹³ La determinación de controles de calidad de las pruebas vertidas en juicio es relevante por cuanto la doctrina ha identificado, dentro de las causales de producción de condenas erróneas tanto el uso de prueba pericial de baja confiabilidad y calidad, así como el uso de confesiones falsas y el uso de testigos mentirosos o poco confiables. En: Duce, M. (2018), p. 17. Esta “*mejor evaluación de la prueba (...) sería la justificación ‘epistémica’ de la inmediación, aceptada sin fisuras*” En: Bachmaier (2019), p. 292.

¹¹⁴ Bachmaier (2019), pp. 283 y 284.

vacaciones, término del mandato u otras causales) y como consecuencia no participará de la decisión del caso. Incluso, la actual regulación del procedimiento contencioso permitiría que una audiencia de peritaje fuera conducida por un funcionario de planta del TDLC (lo que, en la práctica, al menos, no ha sucedido). Este diseño normativo, además de que, en este último caso se pierde completamente la facultad de conducir las audiencias, no es consistente con la constitución de un tribunal colegiado mixto y de expertos, pues ni siquiera se requiere que estén en la audiencia, al menos, un juez abogado y otro economista -ya no por la posibilidad de la intermediación del tribunal propiamente- sino por resguardo del contradictorio y utilización de la combinación de las distintas *expertise* que lo componen.

Finalmente, se ha afirmado que sería una preocupación para los defensores de intermediación, lo que ocurre con la prueba pericial pues, en dicho caso, el juez o los jueces no tendrían acceso directo e inmediato a la información, sino que dependerían de un intermediario que sería el perito¹¹⁵. Al respecto, cabe destacar la regulación autoimpuesta del TDLC (a través de un auto acordado) en la que se exige, frente a informes técnicos y económicos presentados por las partes, se entregue como anexo “todos los antecedentes, datos cuantitativos, bases de datos y fórmulas de cálculo” utilizados en dicho informe con el objeto de “replicar los cálculos pertinentes y corroborar sus resultados”¹¹⁶. De esta forma, el TDLC, por su composición experta podría comprobar los resultados propuestos por los informantes de cada parte y cabría revisar si con esa corroboración se cumpliría la exigencia de no contar con la intermediación del perito frente a la información brindada. Con todo, advirtiendo que la preocupación no dice relación con la ventaja observada de la intermediación, esto es, el resguardo del adecuado contradictorio, no parece relevante su revisión en este subtítulo.

¹¹⁵ Vázquez (2015a), p. 46.

¹¹⁶ Considerando b) del Auto Acordado N° 7/2006. Recuperado de: https://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_7-2006.pdf

A modo de conclusión

La existencia del TDLC como tribunal de expertos y su funcionamiento plantea una serie de observaciones tanto respecto de su diseño normativo, como del diseño del proceso contencioso y las prácticas adoptada por sus jueces.

Estas observaciones dicen relación con una falta de conexión del diseño o de la práctica del TDLC con materias estudiadas en el área del razonamiento probatorio, algunas de las cuales se presentan en la primera parte de este trabajo. Así también, se observa un desaprovechamiento de la composición del tribunal de jueces abogados expertos y jueces economistas. Con este trabajo se busca fomentar un funcionamiento del TDLC para que, considerando estos temas, logre cumplir el objetivo de que el proceso judicial regulado en el artículo 20 del D.L. N° 211 siga el modelo de aplicación de políticas públicas, siendo su objetivo principal la averiguación de la verdad, cumpliendo con las garantías del debido proceso.

Asimismo, dentro de estas líneas, se observan varios temas aún por discutir y evaluar en profundidad, como los poderes probatorios de las partes, en particular, considerando que la actual institucionalidad en materia de libre competencia en Chile, considera a la Fiscalía Nacional Económica como órgano encargado de representar el interés de la colectividad y las consecuencias de que este interés sea armónico con el del TDLC e incluso el modelo de proceso judicial antes señalado; la posibilidad de incorporar otros poderes probatorios como la facultad del TDLC de imponer deberes probatorios a las partes; las implicancias en materia probatoria de la confidencialidad de los instrumentos o de corroborar los cálculos de informes técnicos y económicos; entre otros.

Referencias

1. Andrade, S. (2017). “El rostro de la justicia: el quiebre de la intermediación en la segunda instancia en materia de familia. Problemas y soluciones”. Memoria de licenciatura. Recuperado de: http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-8000/UCC8362_01.pdf
2. Andrés Ibáñez, P. (2003). “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”. *Jueces para la Democracia*, (46), pp. 57-66.
3. Bachmaier, L. (2018). “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: imparcialidad y prueba en el proceso penal- reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez”. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 4 (2), pp. 501-532.
4. ----- (2019). “Principio de mediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testimonial. Fundamentos de la decisión probatoria en materia penal”. Editorial Tirant Lo Blanch.
5. Bentham, J. (1825). Tratado de las pruebas judiciales. Recuperado de: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080045433_C/1080045433_T1/1080045433_MA.PDF
6. Bordialí, A. (2009). “El Derecho Fundamental a un tribunal independiente e imparcial”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, pp. 263-302.
7. Bulnes, F. y Vial, G. (2018). “La prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción: medidas para una adecuada valoración de la pericia”. Recuperado de: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/ArticulosobrePeritos.pdf
8. Calderón, J. y Jiménez, F. (2016). “Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial”. *Cuadernos de Derecho Penal* (15), pp. 141-173.
9. Campos, J. y Corte, R. (2021). “El futuro de la potestad consultiva del TDLC”. Recuperado de: <https://centrocompetencia.com/campos-corte-futuro-potestad-consultiva-tdlc/>
10. Covarrubias, S. (2021). “Declaración de perito de parte y principio de contradicción: hacia un mejor control y entendimiento de la prueba experta en el NCPC”. Memoria de licenciatura. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/180443/Declaracion-de-perito-de-parte-y-principio-de-contradiccion-hacia-un-mejor-control-y-entendimiento-de-la-prueba.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
11. Domínguez, J. (2007). “Principios procesales relativos al procedimiento”. *Revista Chilena de Derecho*, (34) 3, pp. 595-598.

12. Duce, M. (2013). “La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios”. Ediciones Didot.
13. ----- (2018). “Condena de inocentes y litigación en juicio oral: Resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial”. *Sistemas Judiciales*, 17 (21), pp. 16-29.
14. Ferrer, J. (2017). “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, (36), pp. 88-108.
15. ----- (2022). “La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas” En Ferrer, J. (Coord.) *Manual sobre Razonamiento Probatorio* (inédito).
16. Goldschmidt, W. (1950). “La imparcialidad como principio básico del proceso”. Recuperado de: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf
17. Horvitz, M. y López, J. (2004). “Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil”. Editorial Jurídica de Chile.
18. Hunter, I. (2010). “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV, pp. 149-188.
19. ----- (2007). “Poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Revista de Derecho*, XX (1), pp. 205-229.
20. Montero, J. (2006). “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/33.pdf>
21. Montero, J. (2000). “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”. *Cuadernos de derecho procesal*, (7), pp. 15-66.
22. Morales, R. (2015) “El conocimiento privado del juez como causal de impedimento y/o recusación”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, pp. 127-149.
23. Palomo, D. (2005). “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”. *Revista de Derecho*, XVIII (1), pp. 171-197.
24. Papayannis, D. (2016). “Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication” *Revus* (28), pp. 1-24.
25. Perafán, P., Arenas, S., y Luna, J. (2021). “El conocimiento privado del juez y la valoración de la prueba pericial en la responsabilidad penal médica”. *Nuevo derecho*, 17 (28), pp. 1-21.

26. Picado, C. (2014). “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”. *Revista de IUDEX*, (2), pp. 31-62.
27. Rodríguez, V. (1998). “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre derechos humanos”. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>
28. Schmidt, A. (2019) “Acuerdos conciliatorios en Libre Competencia. ¿Qué debe contemplar un acuerdo conciliatorio para ser aprobado a los ojos del TDLC? Criterios que adopta el TDLC para enfrentar el vacío normativo en materia de acuerdos conciliatorios”. Memoria de licenciatura. Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170897/Acuerdos-conciliatorios-en-libre-competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
29. Silva, R. (2009). “Manual de Procedimiento Laboral”. Editorial Jurídica de Chile.
30. Soba, I. (2021). “Prueba Pericial y conocimiento privado del juez: entre el optimismo y la deferencia”. *Revista De Ciencias Sociales*, 1 (78), pp. 48-64.
31. Stein, F. (2018). “El conocimiento privado del juez” (A. de la Oliva Santos, Trad.). Ediciones Olejnik. (Obra original publicada en 1893).
32. Taruffo, M. (2006). “Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa”. *Revista Ius et Praxis*, 12 (2), pp. 95-122.
33. ----- (2008). “La prueba”. Editorial Marcial Pons.
34. Vázquez, C. (2015a) “De la prueba científica a la prueba pericial”. Editorial Marcial Pons.
35. ----- (2015b). “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), pp. 101-130.
36. ----- (2017). “El perito de confianza de los jueces”. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX (18), pp. 163-194.
37. ----- (2018). “La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos”. *Isonomía*, (48), pp. 69-107.