



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

ANÁLISIS COMPARADO DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN JUICIOS DE DEFENSA DE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ROBERTO DARÍO SEGUEL RIVAS

Profesor Guía: JESÚS IGNACIO EZURMENDIA ÁLVAREZ

Santiago, Chile

2019

*A mis padres, Roberto Seguel y Rosa Rivas,
quienes me enseñaron el valor del esfuerzo.*

Resumen

La presente obra busca abordar el problema de la indeterminación de un estándar de prueba aplicable a los distintos procedimientos para la defensa de los derechos de los consumidores, procediéndose a revisar cómo otras legislaciones han tratado el tema. En el primer capítulo se tratará el marco de referencia sobre los estándares probatorios, estableciendo ciertas definiciones y distinciones conceptuales utilizadas a lo largo del trabajo, para luego buscar estándares de prueba a lo largo del proceso civil y penal en Chile, distinguiendo estándares aplicables a decisiones provisionales y a las decisiones de término. Posteriormente se analizará la regulación procesal de la Ley N° 19.496 para los distintos procedimientos judiciales contenidos en ella. En el segundo capítulo se procede con el análisis comparado de los estándares de prueba aplicables a los juicios de defensa de los consumidores en distintos países de Iberoamérica, estudiando principalmente la regulación legal que establece dichos procedimientos, junto con la revisión de doctrina y jurisprudencia atinente al tema. Finalmente se estudiará la regulación para la defensa de los consumidores en Estados Unidos de América, país perteneciente a la tradición jurídica del *Common Law* que cuenta con largo desarrollo sobre estándares de prueba.

Índice

Índice	4
Introducción.....	6
Capítulo I: Estándares probatorios y Derecho de los consumidores en Chile.....	11
1.1 Nociones generales.....	11
1.1.1 Estándar probatorio Penal.....	14
1.1.1.1 Estándar aplicable a decisiones provisionarias	16
1.1.1.1.1 Medidas cautelares personales	16
1.1.1.1.2 Medidas cautelares reales	18
1.1.1.2 Estándar aplicable a decisiones de término	19
1.1.2 Estándar probatorio Civil.....	20
1.1.2.1 Estándar aplicable a decisiones provisionarias	22
1.1.2.2 Estándar aplicable a decisiones de término	24
1.2 Ley de protección de los derechos de los consumidores	25
1.2.1 Procedimientos jurisdiccionales de protección de los derechos de los consumidores	26
1.2.1.1 Procedimiento de interés individual	27
1.2.1.2 Procedimiento de interés colectivo y colectivo	29
1.2.2 Conclusión.....	32
Capítulo II: Análisis comparado de los estándares probatorios en países de Derecho Continental	33
2.1 Países de Derecho Continental	33
2.1.1 Argentina	33
2.1.1.1 Conclusión.....	36
2.1.2 Colombia	36
2.1.2.1 Procedimientos por productos defectuosos	40

2.1.2.2	Proceso verbal sumario.....	41
2.1.2.3	Conclusión.....	42
2.1.3	España.....	42
2.1.3.1	Acciones de cesación.....	43
2.1.3.2	Sistema Arbitral del Consumo.....	45
2.1.3.2	Conclusión.....	47
Capítulo III: Análisis comparado de los estándares probatorios en países del <i>Common Law</i> ..		48
3.1	Estados Unidos de América.....	48
3.1.1	Consideraciones generales del sistema de protección de los consumidores en Estados Unidos.....	49
3.1.1.1	Mecanismos federales de protección a los consumidores	50
3.1.1.2	Mecanismos estatales de protección a los consumidores	51
3.1.2	Procedimientos judiciales de derechos de los consumidores	52
3.1.2.1	<i>Common Law Torts</i>	52
3.1.2.2	<i>Statutory Causes of Action</i>	52
3.1.2.3	<i>Class Action</i>	53
3.1.3	Estándar probatorio en los procedimientos civiles utilizados en Estados Unidos de América	53
3.1.3.1	Estándar de <i>proponderance of evidence</i>	54
3.1.3.2	Standard de <i>clear and convincing evidence</i>	55
3.1.4	Conclusión.....	56
Conclusiones.....		57
Bibliografía citada:		58

Introducción

Los procedimientos que regula la Ley del Consumidor no sólo tratan las acciones de interés individual¹, que actualmente conocen los juzgados de policía local, entre un consumidor y un proveedor de productos y servicios, sino además los de interés colectivo² y aquellos de interés difuso que están sometidos a un procedimiento distinto³, de competencia de los tribunales ordinarios de justicia. La regulación de estos procedimientos se vio sujeta a una ardua discusión parlamentaria en el contexto del proyecto de ley introducido a la Cámara de Diputados el 3 de enero de 2014.

Con fecha 24 de octubre de 2017, el Congreso Nacional aprobó distintos cambios a la Ley N° 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (“LPC”), mediante la aprobación del proyecto de ley Boletín N° 9369-03. Estos cambios, al igual que los introducidos por la Ley N° 20.945 que “[p]erfecciona el sistema de defensa de la libre competencia” al Decreto Ley 211, buscaban mejorar el sistema sobre defensa de los consumidores mediante: el aumento de las multas administrativas con que se podrá sancionar las infracciones cometidas en contra de esta ley; el otorgamiento de mayores facultades fiscalizadoras, sancionatorias, e interpretativas (en lo relativo a esta ley), entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC); y el otorgamiento de competencia al SERNAC para conocer de las denuncias realizadas por consumidores, en el marco del interés individual, iniciándose un procedimiento administrativo sancionador contra el denunciado, entre otras modificaciones relevantes.

Pese a lo positivo de la reforma, el Tribunal Constitucional declaró como inconstitucionales las facultades de sancionar, normar y conciliar en su sentencia de 18 de enero de 2018⁴.

¹ “Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”. Artículo 50 inciso cuarto de la ley 19.496.

² “Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”. Artículo 50 inciso quinto de la ley 19.496.

³ “Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”. Artículo 50 inciso sexto de la ley 19.496.

⁴ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señaló en su considerando trigésimo tercero de la sentencia sobre la constitucionalidad del proyecto que “por contravenir los artículos 19, N°3, inciso sexto, y 76, inciso primero de la Carta fundamental, en primer término se declararán inconstitucionales las normas del Proyecto de Ley que sustituyen el actual régimen de separación de funciones, por uno nuevo, en que se unen las funciones administrativas y jurisdiccionales.

Ahora bien, ni aun una vez dictada la sentencia del Tribunal Constitucional el proyecto comentado ha podido ver la luz de su promulgación. Lo anterior se debe a que la Contraloría General de la República no tomó razón del decreto promulgatorio dado que, según este órgano, al comparar “el texto de la ley que se promulga y la sentencia del Tribunal Constitucional⁵, de fecha 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-17, que se pronunció sobre el respectivo proyecto que le fuera sometido por la Cámara de Diputados al control preventivo de constitucionalidad, se advierte que el decreto promulgatorio contiene normas declaradas inconstitucionales por dicho fallo”⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, el cambio que se esperaba introducir a la LPC y que motiva el presente trabajo era el del Título IV de la Ley N° 19.496, “[d]e los procedimientos a que da lugar la aplicación de esta ley”. Si bien dicho cambio positivizaba a la sana crítica como sistema de valoración de la prueba en todos los procedimientos que regula tal ley, si buscásemos referencias al estándar probatorio aplicable, veríamos que éste no fue consagrado por el legislador. Esto, como se señalará más adelante, nos motiva a determinar el estándar probatorio que debe regir en estos procedimientos.

La importancia del estándar probatorio, fuera del proceso penal en el cual encontramos una regla expresa Código Procesal Penal (CPP) que establece el estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable”, no ha sido un tema muy tratado por la doctrina nacional. Lo anterior, creemos, tiene relación con la falta de fijación del estándar en materia civil, el cual a primera vista no fue regulado por el codificador de finales del siglo XIX. Digo a primera vista, porque pese no estar regulado expresamente el estándar de prueba, la doctrina nacional se ha encargado de elaborar un estándar aplicable a las decisiones provisionales –medidas cautelares–, y otro a las definitivas, materializadas en las sentencias definitivas.

Ello, porque mientras el régimen actual el Servicio Nacional del Consumidor ejerce unos cometidos de fiscalización que se corresponden con su pertenencia a la Administración del Estado, dejando entregado a los juzgados competentes la sanción y corrección de las infracciones a la normativa de que se trata, con el Proyecto dicho servicio público asumiría -además- potestades jurisdiccionales para arbitrar conciliaciones, sancionar a los proveedores y adoptar toda clase de medidas conservadoras y cautelares respecto de los derechos de los consumidores, en circunstancias que tales medidas sólo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que éste no reúne” (TC. 18 enero 2018. Rol 4012-17).

⁵ Diario Constitucional. CGR representó decreto que promulgaba ley que fortalece facultades del Sernac por haberse apartado del texto aprobado.

⁶ CGR. 27 abril 2018. Dictamen N° 010856-18.

Pasando a la importancia de la fijación del estándar probatorio en los juicios de defensa de los consumidores, tanto individuales como colectivos y de interés difuso, y excluyéndose de este trabajo los procedimientos administrativos sancionadores seguidos ante el SERNAC, debemos tener en cuenta las características que tienen estos procedimientos.

En primer lugar, encontramos la asimetría entre las partes en materias probatoria⁷. Por un lado, tenemos a los consumidores, quienes, dependiendo de las circunstancias, podrán sin mayores dificultades probar el daño y la relación de causalidad para poder configurar la responsabilidad del proveedor, siendo totalmente distinta la situación al aportar la prueba para establecer la culpa. Con lo anterior surge la pregunta de cuánta prueba se debe aportar para que se tenga por acreditado el hecho culposo. Por el otro lado está el proveedor, quien ciertamente está en una mejor posición para probar su diligencia, pero cuya situación nos hace enfrentarnos nuevamente a la misma pregunta, sobre cuánta prueba debe rendir para que se tenga por probado un hecho. Nótese que, si bien la asimetría probatoria se utilizó como fundamento en el proyecto del Código Procesal Civil⁸ para justificar la carga dinámica de la prueba, el problema acá no es analizado bajo una óptica de quién debe probar qué, sino de cuánto se debe probar⁹.

En segundo lugar, debemos tomar en consideración la naturaleza de las pretensiones que hacen valer los consumidores al momento de iniciar una acción en contra del proveedor del producto o servicio. En este sentido, analizando las distintas disposiciones dispersas a lo largo de la Ley N° 19.496, podemos señalar que las acciones contenidas en dicha ley son de carácter civil, pudiendo tratarse de acciones indemnizatorias, nulidad, de cumplimiento, etc. Teniendo en cuenta esta característica, al momento de buscar un estándar probatorio acorde con la pretensión ejercida por el consumidor, el SERNAC o alguna organización de consumidores como CONADECUS u ODECU, consideramos que *a priori* no debería aplicarse el estándar penal de la duda razonable.

Todo lo anterior es de suma relevancia, dado que en todo litigio la prueba tiene un rol central dentro del procedimiento, y al final del día será a través de ella que demuestre al juez la

⁷ Sobre las dificultades probatorias respecto de los consumidores, véase LORENZINI BARRÍA, Jaime. La carga dinámica de la prueba en materias de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor, pp. 387-405.

⁸ Mensaje N° 04-360

⁹ MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*, pp. 41-42.

veracidad de las proposiciones fácticas esgrimidas por las partes, por lo que conocer el umbral de suficiencia para que el juez tenga por acreditados los hechos es de igual importancia que conocer qué se debe probar, mediante cuáles instrumentos puede probarse o mediante cuál procedimiento lógico el juez atribuirá valor a la prueba ofrecida.

En virtud de lo anterior, lo que se pretende en este trabajo es, por un lado, buscar un estándar probatorio *ad-hoc* para los juicios de derechos del consumidor a través de la revisión de las distintas fuentes formales del Derecho chileno –legislación, jurisprudencia y doctrina–, y por otro, estudiar el Derecho comparado en esta materia, atendiendo a distintos países de la tradición de Derecho continental, como Argentina, Colombia y España, a la vez que se atiende a la misma regulación en el *Common Law*, específicamente Estados Unidos de América. De lo anterior, y dependiendo de si se encuentra o no alguna regulación que contemple un estándar de prueba para estos procedimientos que pueda ser importado para nuestra legislación, se propondrá un estándar de prueba que sea concordante con la lógica de procedimiento. Desde ya señalamos que el estándar penal no puede ser aplicado a estos procedimientos, debido a que su función de distribución del error no se justifica en esta materia¹⁰, por lo cual anticipamos que se deberá establecer un estándar mayor al juicio de probabilidad y menor que la duda razonable.

El Capítulo primero se centrará en la revisión de los estándares probatorios en Chile en materia civil y penal, teniendo en cuenta si se trata de decisiones provisionales –medidas cautelares reales o personales– o decisiones de término materializadas en sentencias definitivas. Posteriormente se revisará la legislación chilena en materia de Derechos de los consumidores, explicando brevemente la historia y evolución de la Ley N° 19.496 junto a los procedimientos regulados en dicha ley, señalando las principales características de cada uno de ellos.

Los Capítulos segundo y tercero buscarán, mediante un análisis tanto dogmático como comparado de la legislación de distintos países de la tradición del Derecho Continental y del *Common Law*, los estándares probatorios aplicables a los procedimientos jurisdiccionales, en caso de que existan.

¹⁰ VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, p. 25.

Finalmente, se expondrán las conclusiones individuales de cada capítulo, para responder si es posible aplicar un estándar probatorio ya consagrado en alguno de los ordenamientos que se estudiarán.

Capítulo I: Estándares probatorios y Derecho de los consumidores en Chile

En esta parte del trabajo se buscará revisar de forma general los distintos estándares de prueba aplicables tanto a las decisiones provisionales¹¹ como a aquellas decisiones que resuelven el asunto controvertido, materializadas en la dictación de la sentencia definitiva. La revisión se centrará en los dos grandes sistemas procesales nacional, como son el civil –a través del análisis de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (“CPC”)– y el penal –mediante el estudio del Código Procesal Penal (“CPP”).

1.1 Nociones generales

Si bien escapa a las pretensiones del presente trabajo el analizar con detenimiento la teoría general de la prueba y en particular el estudio epistemológico sobre los conceptos como *verdad*, *hechos* y *prueba*; procederé a distinguir entre ciertos conceptos necesarios para entender el estudio que se desarrollará.

En primer lugar, es necesario distinguir entre la verdad y la certeza. Para TARUFFO:

“la verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La certeza, en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de ‘certezas absolutas’) de intensidad del convencimiento del sujeto”¹².

Así, un enunciado será verdadero con independencia de la certeza que tenga un determinado sujeto. De la misma forma, un sujeto puede tener certeza sobre una afirmación verdadera, pero la verdad no proviene de la certeza subjetiva del sujeto, sino de la correspondencia de la afirmación con la realidad¹³. Sobre el concepto de “certeza” considero que se debe tener mucho cuidado, pues es normal ver usado dicho concepto para establecer la persuasión interior respecto del hecho que se trata de esclarecer. Lo anterior sólo establece una convicción íntima, y agregar que dicha certeza sea “calificada” o “elevada” en realidad no suma

¹¹ Para efectos de este trabajo, entenderemos como decisiones provisionales aquellas materializadas en resoluciones clasificadas como *autos* o en *interlocutorias* de primer grado. Son aquellos pronunciamientos del juez sobre ciertas materias que suscitan dentro –o incluso antes– del juicio y requieren de un pronunciamiento anterior a la dictación de la sentencia definitiva. Sobre este punto, véase MONTERO, ref. 9, pp. 116 y ss.

¹² TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, p. 102.

¹³ TARUFFO, ref. 12, p. 102.

nada, dado que “[l]a profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad”¹⁴.

Otra distinción conceptual que merece ser tratada es entre la verdad y la verosimilitud. La verosimilitud de un enunciado guarda relación con la habitualidad del acontecimiento o conducta descrito por el enunciado¹⁵. Así, Para TARUFFO, “es necesario disponer de un conocimiento de fondo relativo a la normalidad con que ocurre ese evento”¹⁶ y sólo teniendo ese conocimiento es posible considerar como verosímil el enunciado. Por otro lado, al igual que en la relación entre certeza y verdad, no existe correspondencia entre la verosimilitud y verdad de un enunciado, o sea, la verosimilitud no aporta ningún dato cognoscitivo sobre la verdad o falsedad del enunciado¹⁷.

Finalmente, en lo que respecta a términos conceptuales, encontramos la distinción entre verdad y probabilidad. Para este punto, pasaremos revista a la teoría cuantitativa, específicamente al teorema de Bayes, y a la probabilidad lógica o baconiana.

La probabilidad puede ser entendida desde una óptica cuantitativa. Dado que no es posible alcanzar la certeza absoluta mediante la determinación judicial de los hechos, tendremos que posicionarnos en el ámbito de la incertidumbre, lo que quiere decir que los juicios alcanzados dentro del proceso no podrán ser fundamentados de manera absoluta, completa e indiscutible¹⁸. Dicha incertidumbre nos lleva a que, al momento de determinar judicialmente los hechos, éstos se establezcan en términos de probabilidad. Si no se puede establecer una verdad absoluta, se tendrá que encontrar un sustituto aceptable establecido por una verdad probable¹⁹.

Bajo la teoría cuantitativa encontramos a su vez dos concepciones. Por un lado, encontramos la versión *objetiva*, donde “la probabilidad indica una característica de los fenómenos en el mundo real”²⁰, siendo esta probabilidad entendida en términos estadísticos. Por

¹⁴ TARUFFO, ref. 12, p. 104.

¹⁵ “[E]s verosímil lo que corresponde al *id quod plerumque accidit*: si habitualmente un cierto evento ocurre con ciertas modalidades en un cierto día de la semana, es verosímil que el mismo evento ocurra en el futuro o que haya ocurrido en el pasado ese mismo día de la semana” (TARUFFO, ref. 12, p. 105).

¹⁶ TARUFFO, ref. 12, p. 105.

¹⁷ TARUFFO, ref. 12, p. 107.

¹⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, pp. 190-191.

¹⁹ TARUFFO, ref. 18, p. 191.

²⁰ TARUFFO, ref. 18, p. 193.

el otro lado, está la versión *subjetiva*, donde se pretende “racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado”²¹. Aquí el valor de la probabilidad representa la *medida de convencimiento* racional acerca del evento que se afirma, o el grado en que es racional sostener que es verdadera la proposición que lo afirma²². En este punto es donde encontramos el teorema de Bayes²³. Según TARUFFO, aplicando este teorema “[e]l resultado es un número entre 0 y 1: se supone que este número expresa el grado de fiabilidad del enunciado o hipótesis fácticos sobre la base de los medios de prueba considerados”²⁴.

Por otro lado, encontramos las teorías de la probabilidad lógica o baconiana como contraste a las teorías cuantitativas señaladas anteriormente. Bajo la probabilidad lógica lo que se busca es racionalizar la incertidumbre que caracteriza la determinación de hipótesis sobre los hechos en el proceso, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis²⁵. En este mismo sentido, la probabilidad se entenderá como la “graduación de la posibilidad de fundar inferencias relativas a una hipótesis fácticas sobre la base de las pruebas disponibles, es decir, como graduación de *provability* de esa hipótesis”²⁶.

Para los fines de este trabajo entenderemos que “un enunciado es probable si se dispone de informaciones que justifique considerarlo verdadero”²⁷.

Habiéndose hecho las distinciones anteriores, es necesario entender el rol que juegan los estándares de prueba al momento de determinar la veracidad de los enunciados sobre los hechos. En primer lugar, definiremos los estándares de prueba conforme a la formulación de GASCÓN, para quien “son criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los

²¹ TARUFFO, ref. 18, p. 193.

²² TARUFFO, ref. 18, p. 193.

²³ “ $P(H/E) = [P(E/H)P(H)]/[P(E/H)P(H)+P(E/\neg H)P(\neg H)]$. El teorema puede leerse como: la probabilidad de que suceda el hecho H, dado que se da el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda el hecho E dado H por la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H por la probabilidad de H, más la probabilidad de que suceda E dado no H por la probabilidad de no H”. Nota del traductor en TARUFFO, ref. 18, p. 194.

²⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 31.

²⁵ TARUFFO, ref. 18, p. 224.

²⁶ TARUFFO, ref. 18, pp. 225-226.

²⁷ TARUFFO, ref. 12, p. 107.

criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”²⁸. A partir de lo anterior, la autora señala que la construcción de un estándar de prueba implica (i) determinar cuál es el grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera y (ii) formular el estándar de prueba de manera objetiva, o sea, en base a criterios objetivos que indiquen cuando se ha alcanzado el grado de probabilidad o certeza.

Dicho todo lo anterior, para los términos de este trabajo no consideraremos como un estándar de prueba la referencia a la convicción del juzgador en tanto dicha referencia, de establecer un estándar de prueba, sería completamente subjetiva y por tanto no tendría la calidad de estándar probatorio.

1.1.1 Estándar probatorio Penal

Si revisamos nuestro CPP encontraremos en el artículo 297 el sistema de valoración de la prueba²⁹, el cual, si bien no se nombra como *sistema de sana crítica*, establece un sistema racional de valoración, libre, pero sometido a límites, imponiendo al juez la obligación de analizar toda la prueba *lícita* rendida en el juicio, junto con fundamentar el razonamiento realizado por él, de modo que se permita la reproducción de dicho razonamiento³⁰.

Pasando al estándar de prueba, encontramos que el legislador chileno lo consagró de forma expresa en el artículo 340³¹, estableciendo un estándar probatorio de *más allá de toda duda*

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, María. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, p. 129.

²⁹ “Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Artículo 297 del Código Procesal Penal.

³⁰ MONTERO, ref. 9, p. 102.

³¹ “Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”. Artículo 340 del CPP

*razonable*³². De la lectura del artículo anterior podemos ver que éste está pensado para la sentencia condenatoria o absolutoria en tanto parte señalando que “*nadie podrá ser condenado*”, pues, claramente, no en todas las providencias dictadas por los tribunales con competencia penal se condena al imputado. Lo anterior nos lleva a considerar que dicho estándar no puede aplicarse a todas las decisiones tomadas dentro del proceso penal³³.

Que haya un tratamiento diferido entre las decisiones dictadas durante el proceso y aquellas que le ponen término a éste, responde a una cuestión que a primera vista podría pasarse por alto. Analizando desde la epistemología el estatus de los enunciados fácticos antes de que el juzgador emita su fallo, éstos tienen la calidad de “incertidumbre”³⁴. Así, durante el proceso sólo encontramos hipótesis afirmativas o negativas acerca de los hechos, las cuales son dudosas e inciertas, pudiendo ser verdaderas o falsas, cuestión que únicamente en la sentencia definitiva se responde³⁵.

Si revisamos nuestro sistema procesal penal, encontramos que lo anterior tiene mucho sentido en tanto la oportunidad procesal en que se rinde la prueba, por regla general, será en el juicio oral ante el Tribunal Oral en lo Penal (“TOP”)³⁶. Entendido de esta forma, sólo una vez se haya rendido toda la prueba –lícita– en el juicio oral el juzgador podrá decidir sobre la veracidad de los enunciados sobre los hechos esgrimidos por las partes, aplicándose así el estándar de prueba consagrado en el artículo 340 ya referido³⁷. Por otro lado, al momento de decidir sobre medidas cautelares, el juez de garantía no cuenta con todos los medios de prueba que tendrá el TOP, por lo cual el estándar de prueba no puede ser el mismo en virtud de la cantidad de prueba que tiene uno y el otro al momento de tomar la decisión de aceptar como verdaderas o falsas las hipótesis sobre los hechos en momentos distintos del proceso.

³² Sobre la crítica a este estándar de prueba, véase LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar.

³³ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile, p. 455.

³⁴ TARUFFO, ref. 24, p. 29.

³⁵ TARUFFO, ref. 24, p. 29.

³⁶ VALENZUELA, ref. 10, p. 74.

³⁷ Lo anterior se entiende sin perjuicio de las convenciones probatorias (artículo 275 CPP) y la exclusión de la prueba ilícita (artículo 276 CPP) que pueden suceder en la audiencia preparatoria del juicio oral, ante el juez de garantía.

Por último, para establecer el tratamiento separado de las decisiones cautelares de aquellas decisiones de término, encontramos la diferencia la construcción del relato por parte del juzgado al momento de decidir. Por un lado, encontramos que el juez, por regla general, al momento de dictar la sentencia definitiva tendrá que analizar los enunciados sobre los hechos de una forma retrospectiva³⁸, mientras que en el caso de las medidas cautelares el juez tendrá que realizar un juicio prospectivo sobre las hipótesis señaladas por la fiscalía o el querellante, dado que se tendrá que configurar un riesgo de fuga, para la investigación o la víctima³⁹.

1.1.1.1 Estándar aplicable a decisiones provisorias

En lo que respecta a decisiones provisorias dentro del proceso penal, considero que la más importante es aquella en que el juzgado de garantía se pronuncia sobre las medidas cautelares. Según los datos entregados por la Defensoría Penal Pública, encontramos que en el periodo enero a abril de 2018, se decretaron 85.001 medidas cautelares, de las cuales el 11,4% corresponden a prisión preventiva o internación provisoria⁴⁰. Por un lado, encontramos las medidas cautelares personales, de las cuales, para estos efectos, sólo analizaremos el caso de la prisión preventiva, al ser ésta la más gravosa de todas ellas. Por el otro, encontramos las medidas cautelares reales, las cuales coinciden con aquellas que encontramos reguladas en el CPC.

1.1.1.1.1 Medidas cautelares personales

Cuando hablamos de medidas cautelares personales, inmediatamente pensamos en la controvertida prisión preventiva. Su regulación se encuentra en el párrafo 4° del Título V del Libro I del CPP. Al revisar los requisitos para que proceda dicha medida cautelar, encontramos el artículo 140, que señala:

“Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

³⁸ En este sentido, el juez tendrá que verificar que los “hechos” acaecieron en el pasado.

³⁹ VALENZUELA, ref. 10, p. 72-73.

⁴⁰ Defensoría Penal Pública. *Informe Estadístico 2018. Período de medición: enero a abril. Informe Estadístico 2018. Período de medición: enero a abril*, p. 104.

a) *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;*
b) *Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y*
c) *Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes”.*

En lo que a nuestro estudio respecta, sólo revisaremos el estándar de prueba establecido en las letras a) y b) del artículo anterior, los que han sido señalados por la doctrina como los *criterios materiales* consistentes en la existencia de un hecho punible y de la participación del imputado⁴¹. Sobre estos puntos, se ha señalado que el estándar de prueba aplicable al hecho punible y a la participación no son iguales, toda vez que en la letra a) se requieren antecedentes que “*justificaren*”, mientras que para la letra b) se establece que los antecedentes deben permitir “*presumir fundadamente*” la participación del imputado⁴².

Sobre las presunciones fundadas señaladas en la letra b) del artículo 140 encontramos lo señalado por HORVITZ y LÓPEZ, para quienes éstas no constituyen un medio de prueba (presunciones)⁴³, sino que establecen “un estándar de convicción que no está llamado a ser definitivo, sino sólo a ser ubicado en un lugar intermedio entre la duda y la convicción. Se trata, en otras palabras, de requerir la formulación de un *juicio de probabilidad* acerca de la participación del imputado”⁴⁴.

⁴¹ “el establecimiento del elemento material en la prisión preventiva responde a la exigencia del *fumus delicti comissi*, equiparable con el *fumus boni iuris* del Derecho civil, y que, respecto a la prisión preventiva, comprende la obligación del solicitante de “acreditar” que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor” (BELTRÁN, ref. 33, p. 467).

⁴² MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 492.

⁴³ La idea de que la referencia a las *presunciones fundadas* no se refiere al medido de prueba “presunciones”, fundada además porque dicho medio de prueba no se encuentra presente en el CPP, la podemos encontrar en los cambios que el Senado introdujo a la redacción original del artículo en el proyecto ingresado por el ejecutivo. (PEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código procesal penal anotado y concordado*).

⁴⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, p. 407. Al contrario, BELTRÁN considera que “[e]n nuestro país no existe normativamente hablando un baremo distinto a la duda razonable a fin de acreditar el componente fáctico que rodea el elemento material de la prisión preventiva” (BELTRÁN, ref. 33. p. 475).

Sobre este mismo punto, encontramos la posición de VALENZUELA, quien, siguiendo el exigente estándar de prueba formulado por FERRER⁴⁵, propone el siguiente estándar de prueba cautelar penal:

“1) La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente.

2) Las predicciones de nuevos datos y sus correlativas hipótesis de hecho deben haber resultado confirmadas;

3) Deben formularse predicciones basadas en las evidencias que permitan que se acepte como probable un determinado enunciado sobre hechos necesarios para la imposición de la pena cuyo acaecimiento debe tener lugar en el futuro”⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo autor señala la dificultad de aplicar este estándar de prueba a la prisión preventiva debido a que ésta “no tiene autonomía fenomenológica respecto de la prueba”⁴⁷, computándose el tiempo en prisión preventiva al cumplimiento de la pena⁴⁸.

Considerando todas las posturas anteriores alrededor del estándar de prueba aplicable a las decisiones provisionales en el proceso penal, podemos concluir, a lo menos, que dicho estándar no puede ser igual al de duda razonable aplicable a las decisiones de término.

1.1.1.1.2 Medidas cautelares reales

La regulación de las medidas cautelares reales en el CPP está en el artículo 157, el cual señala:

“Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decreta respecto del imputado, una o más de las

⁴⁵ “Imaginemos que nuestra ley de enjuiciamiento criminal estableciera que para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia, p. 22).

⁴⁶ VALENZUELA, ref. 10, p. 82.

⁴⁷ VALENZUELA, ref. 10, pp. 83-84.

⁴⁸ Sobre este punto VALENZUELA, Jonatan. *Estándar De Prueba Para La Prisión Preventiva* (video). El autor describe esto como la *fenomenología del encierro*, en virtud de la cual siempre que estemos frente a una decisión que pueda privar de libertad al imputado estaríamos frente a la misma norma moral que justifica el estándar de prueba de duda razonable.

medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60”.

Al regularse las medidas cautelares reales por las disposiciones contenidas en el CPC, el estándar de prueba sobre éstas se desarrollará con mayor profundidad en el punto sobre el estándar aplicable a las decisiones provisionales en el proceso civil⁴⁹.

1.1.1.2 Estándar aplicable a decisiones de término

Como ya se ha señalado anteriormente, el estándar de prueba para las decisiones condenatorias o absolutorias se encuentra en el artículo 340, estableciéndose el estándar de *más allá de toda duda razonable*⁵⁰.

Sobre este estándar de prueba considero importante señalar las dos teorías que normalmente están detrás de éste. Por un lado, encontramos el sistema de la íntima convicción, en el cual para condenar al imputado se requiere de una “certeza moral” o una “certeza que va más allá de la duda razonable”. Por el otro lado, tenemos el modelo probabilístico bayesiano en el cual el estándar de prueba se establece como un umbral de probabilidades –normalmente varía entre un 90% y un 95%– que el juzgador tendrá que lograr para poder condenar al imputado⁵¹.

Sobre ambas teorías podemos señalar que son igualmente criticadas por la doctrina por no establecer un estándar de prueba objetivo. Por un lado, tenemos la teoría de la íntima convicción, de la cual podemos decir que esta “certeza moral” está definida por una “corazonada”, o sea el razonamiento del juzgador puede quedar a merced del simple voluntarismo y de la adquisición de cierta “actitud”, como es la “adquisición de una convicción”⁵². Por otro lado, sobre el modelo

⁴⁹ Ver infra § 1.1.2.1.

⁵⁰ Para profundizar sobre el este estándar de prueba en el proceso penal, véase MATURANA y MONTERO, ref. 17, t. 2, pp. 759-789, ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal, HORVITZ y LÓPEZ, ref. 19, t. 2, pp. 336-339.

⁵¹ LAUDAN, ref. 32, p. 98.

⁵² VALENZUELA, ref. 10, p. 29. Sobre este mismo punto, LAUDAN critica esta visión subjetivista de este estándar de prueba señalando “La obsesión consistente en definir el BARD centrándose en lo estados mentales subjetivos de los miembros del jurado que ha prevalecido durante un siglo y medio, debería abandonarse para dar paso a definiciones y ejemplificaciones de BARD centradas en el tipo de pruebas necesarias para hacer que una personal

bayesiano normalmente se critica la pretensión cuantificadora. Así, encontramos las palabras de Laurence Tribe:

*“BARD no denota método matemático alguno para medir el grado preciso de certidumbre que requerimos de los miembros del jurado en casos penales; sino que implica un compromiso sutil entre el conocimiento de que no podemos insistir, al menos en forma realista, en que se absuelva siempre que la creencia en la culpabilidad sea menor al estado de certeza absoluta; y el reconocimiento de que sería demasiado alto el costo de manifestar dicho conocimiento explícitamente y con una precisión calculada en el curso de un proceso penal”*⁵³.

1.1.2 Estándar probatorio Civil

Al analizar las disposiciones que regulan la prueba civil en el Derecho chileno encontramos una doble regulación. Por una parte, encontramos ciertas disposiciones sobre prueba en el Título XXI del Libro IV del Código Civil (“CC”), como lo es la carga de la prueba⁵⁴; los medios de prueba admitidos en juicio⁵⁵; exclusión de la prueba testimonial para la prueba de ciertas obligaciones⁵⁶; regulación de la prueba documental⁵⁷; presunciones como medio de prueba⁵⁸; y la confesión de parte⁵⁹. Por otra, encontramos la regulación del CPC, la cual se refiere a las

raciona esté razonablemente segura de la culpabilidad de alguien” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, p. 101).

⁵³ *“The concept signifies not any mathematical measure of the precise degree of certitude we require of juries in criminal cases, but a subtle compromise between the knowledge, on the one hand, that we cannot realistically insist on acquittal whenever guilt is less than absolutely certain, and the realization, on the other hand, that the cost of spelling that out explicitly and with calculated precision in the trial itself would be too high”* (TRIBE, Laurence H. *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, p. 1375). Traducción del texto original en LAUDAN, ref. 52, p. 83.

⁵⁴ *“Art. 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*. Artículo 1698 del CC.

⁵⁵ *“Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”*. Artículo 1698, inciso segundo del CC.

⁵⁶ *“Art. 1708. No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”*. Artículo 1708 del CC.

⁵⁷ Artículos 1699 a 1711 del CC.

⁵⁸ *“Art. 1712. Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes”*. Artículo 1712 del CC.

⁵⁹ *“Art. 1713. La confesión que alguno hiciere en juicio por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1701, inciso 1.º y los demás que las leyes exceptúen. No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho”*. Artículo 1713 del CC.

características particulares de los distintos medios de prueba, señalando la oportunidad y forma en que deben aportarse al proceso.

De la regulación de la prueba en el proceso civil, la doctrina ha señalado que existe un sistema de prueba legal o tasada, en tanto es el legislador quien establece el valor de los medios de prueba, excluye algunos para probar ciertos “hechos” o establece que ciertos “hechos” sólo pueden ser probados mediante medios de prueba específicos⁶⁰.

Pese a lo anterior, igualmente se ha señalado que dicho sistema se encuentra “atenuado” por ciertas disposiciones que rompen la rigidez del sistema de prueba legal. Así, por ejemplo, encontramos el artículo 425 relativo a la valoración conforme a las reglas de la sana crítica de los informes periciales⁶¹; la regla del artículo 429 para poder impugnar la autenticidad de una escritura pública mediante la prueba testimonial, debiendo valorarse la prueba conforme a la sana crítica⁶², y la regla de apreciación comparativa entre dos medios de prueba contradictorios en el artículo 428⁶³.

De lo anterior podemos afirmar que en Chile existe un sistema de prueba legal o tasa atenuado en el proceso civil.

Teniendo el panorama general de la prueba en el proceso civil, procederemos a buscar de manera separada la consagración de un estándar de prueba aplicable a las decisiones provisionales, específicamente la decisión de conceder o rechazar una solicitud de medida precautoria, y a las decisiones de término, materializadas en las sentencias definitivas.

⁶⁰ MONTERO, ref. 9, p. 111.

⁶¹ “Art. 425 (427). Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”. Artículo 425 del CPC.

⁶² “Art. 429 (432). Para que pueda invalidarse con prueba testimonial una escritura pública, se requiere la concurrencia de cinco testigos, que reúnan las condiciones expresadas en la regla segunda del artículo 384, que acrediten que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el escribano, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes. Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica. La disposición de este artículo sólo se aplicará cuando se trate de impugnar la autenticidad de la escritura misma, pero no las declaraciones consignadas en una escritura pública auténtica”. Artículo 429 del CPC.

⁶³ “Art. 428 (431). Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”. Artículo 428 del CPC.

1.1.2.1 Estándar aplicable a decisiones provisionales

Al igual que como se estudió el estándar de prueba aplicable a las decisiones provisionales en el proceso penal, en este apartado se revisará el estándar probatorio aplicable a las decisiones sobre medidas precautorias dentro del proceso civil.

La regulación de las medidas cautelares la encontramos en el Título V del Libro II del CPC, en los artículos 290 y siguientes. Sin perjuicio de lo anterior, encontramos que las medidas cautelares contenidas en dicho título no son las únicas. Así, incluso dentro del mismo CPC encontramos otras diversas en distintas partes de este cuerpo normativo, tales como: (i) las llamadas medidas prejudiciales precautorias del Título IV del Libro II del CPC; (ii) aquellas consagradas para ciertos procedimientos especiales dentro del mismo CPC, pero fuera de las medidas precautorias y las prejudiciales precautorias, tales como la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva y las medidas urgentes de precaución previstas en la denuncia de obra ruinoso; y, (iii) por último, encontramos las medidas precautorias indeterminadas o innominadas creadas de forma jurisprudencial en virtud del artículo 298 de CPC⁶⁴.

En esta parte del estudio nos centraremos en las reglas generales sobre medidas precautorias en el procedimiento civil, es decir, en las disposiciones del Título V del Libro II del CPC.

En primer lugar, encontramos el artículo 298, el cual establece el requisito del *fumus boni iuris* en su primera parte, señalando que

“[l]as medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”.

Al tratar este artículo, MARÍN señala que esta disposición no exige plena prueba, sino un grado inferior de *presunción grave* del derecho reclamado. Para analizar dicha expresión, recurre al argumento histórico relativo al Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil de 1875 que establecía la *prueba semiplena* para la concesión de medidas precautorias. Si bien considero

⁶⁴ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Tratado de las medidas cautelares: Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*, pp. 282-283.

acertada la afirmación de MARÍN al señalar que el artículo 298 busca establecer un estándar de prueba “menos exigente” que el de plena prueba aplicable a las decisiones de término, podemos ver que el autor está buscando establecer un estándar de prueba subjetivo al señalar que la prueba no necesita producir *pleno convencimiento* del juzgador, sino algún grado menor de *persuasión*⁶⁵.

Por otro lado, encontramos el análisis de MONTERO sobre el mismo artículo 298. Para este autor, dicha disposición establece un nivel de comprobación o acreditación en grado de probabilidad, señalando que el legislador no estableció el mismo grado de *convicción* necesario para pronunciarse en la sentencia definitiva de la causa⁶⁶. Agrega que, de los comprobantes debe emanar una “presunción grave” entendida como un criterio de probabilidad y no como el medio de prueba –presunción– regulado en el CC y CPC.

Habiéndose revisado la postura de estos dos autores, considero que ambos aciertan al momento analizar el artículo 298 encontrando atenuación al estándar de prueba civil de plena prueba. Si bien MARÍN busca establecer un estándar de prueba, éste lo hace desde una perspectiva subjetivista basada en la persuasión que producirán los comprobantes en la convicción del juzgador sobre la pretensión que se busca cautelar. Por otro lado, MONTERO, con una mayor claridad conceptual en torno a los estándares de prueba, busca establecer un criterio objetivo de confirmación del enunciado fáctico en base a un juicio de probabilidad.

Con todo, considero que la mera expresión de “presunción grave” no logra, en sí misma, establecer un estándar de prueba que cumpla con los dos requisitos básicos señalados por GASCÓN. En efecto, siguiendo a MONTERO, la “presunción grave” establece el criterio objetivo en base al juicio de probabilidad, pero ¿qué sucede con el grado de probabilidad o certeza necesario para aceptar como verdadera la hipótesis? Parece que por el contexto histórico de la disposición en estudio no logra establecer dicho umbral. Así, ni siquiera MONTERO propone el estándar de prueba que debiese ser satisfecho por las partes para que el juez pueda tener por acreditado el *fumus buni iuris* al momento de pronunciarse sobre la medida precautoria.

Por mi parte, considero que la formulación del artículo 298 busca establecer un estándar de prueba menor al de plena prueba o *certeza*. Sin embargo, la mera referencia a que “los

⁶⁵ MARÍN, ref. 64, p. 331.

⁶⁶ MONTERO, ref. 9, p. 119.

comprobantes constituyan a lo menos presunción grave” no logra establecer un estándar de prueba objetivo.

1.1.2.2 Estándar aplicable a decisiones de término

Como se ha venido señalando en este trabajo, la regulación del proceso civil establece un sistema de prueba legal o tasada atenuada, en el cual el estándar de prueba está determinado por la plena prueba, por regla general, existiendo algunos casos donde encontramos prueba semiplena, configurada por las “bases para una presunción judicial”⁶⁷.

Por otro lado, encontramos que en la legislación civil no hay ninguna norma que contenga un estándar de prueba, pudiéndose encontrar sólo la regulación de los requisitos de las sentencias en el artículo 170 del CPC.

Consecuentemente, en un sistema donde, por regla general, rige la plena prueba y no existe libertad en la valoración de la prueba (salvo en los casos señalados en *supra* § 1.1.2) estaríamos frente a un sistema que, en teoría, no debería cometer errores, pues siempre tendría que haber plena prueba (“está probado que *p*”)⁶⁸ para poder fallar a favor de quien tiene la carga de la prueba. En el caso de que no se lograra la plena prueba (“no está probado que *p*”), el juez deberá rechazar la pretensión en virtud de que no se cumplió, por quien tenía la carga de la prueba, con el “estándar” de plena prueba.

Sobre este punto MONTERO señala que

*“Resulta manifiesto entonces, en la regulación del CPC vigente, la ausencia de una regla específica que determine el grado de suficiencia probatoria de los medios de aportados al proceso, lo que convive con un sistema de valoración de prueba legal que regula mayoritariamente pruebas plenas o semiplenas, y en el que a la convicción judicial se arriba en clave esencialmente subjetiva, entendida ésta como el convencimiento al que debe arribar el sentenciador”*⁶⁹.

De lo anterior, podemos concluir que no existe regla expresa sobre el estándar de prueba aplicable al proceso civil en Chile. De la misma forma, tampoco se puede desprender dicha regla

⁶⁷ Artículos 398 y 357 inciso 1° del CPC.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, p. 78.

⁶⁹ MONTERO, ref. 9, pp. 115-116.

de suficiencia probatoria de alguna disposición de los cuerpos normativos que regulan esta materia.

1.2 Ley de protección de los derechos de los consumidores

Como ya se señaló anteriormente, en Chile, la regulación de los Derechos de los consumidores se encuentra actualmente en la Ley N° 19.496. Anteriormente, existían diversos cuerpos normativos dispersos que regulaban de forma sectorial distintas materias relativas al consumo, encontrándose así, por ejemplo, (i) el Decreto Ley (“DL”) N° 520, del año 1932 que creó al Comisariato de Subsistencias y precios; (ii) el Decreto Supremo N°1262 del año 1953 que cambió el nombre del organismo anterior, para llamarlo Superintendencia de Abastecimientos y Precios; (iii) el Decreto con Fuerza de Ley N° 242 del año 1960, Ley Orgánica de la Dirección de Industria y Comercio; (iv) DL N° 280 del año 1974, que estableció delitos económicos contrarios a los consumidores; y, (v) la Ley N° 18223 del año 1983 que estableció a las conductas tipificadas en el DL N°280 como contrarias a los derechos de los consumidores⁷⁰.

Sin perjuicio que la LPC fue la primera en regular de forma conjunta los derechos de los usuarios y consumidores⁷¹, esta ley se caracteriza por no ser ordenada, sistemática ni clara, lo cual dificulta los estudios que puedan realizarse sobre ella⁷². Con todo, esta ley está estructurada en seis títulos, más el título final, tratándose en estos (i) el ámbito de aplicación y disposiciones básicas⁷³; (ii) las disposiciones generales⁷⁴; (iii) las disposiciones especiales⁷⁵; (iv) el procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso; (v) del sello SERNAC, del servicio de atención al cliente y del Sistema de Solución de Controversias; (vi) del Servicio Nacional del Consumidor; y, (vii) el

⁷⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial*, vol. 1, p. 129.

⁷¹ SANDOVAL, ref. 70, vol. 1, p. 129.

⁷² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Prólogo, p. 22.

⁷³ En el artículo 1, inciso primero, de la LPC se establece que el objeto de esta ley es “*normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias*”. Por otro lado, el mismo artículo señala las definiciones de consumidor, proveedor, información básica comercial, publicidad, anunciante, contrato de adhesión, promociones y oferta.

Por otro lado, el artículo 2 de la LPC establece los actos que quedan sujetos a esta ley.

⁷⁴ En este título se tratan (i) los derechos y deberes de los consumidores; (ii) las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores; (iii) las obligaciones de los proveedores; (iv) las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión; y, (v) la responsabilidad por incumplimiento.

⁷⁵ Por otro lado, este párrafo trata de forma separada (i) la información y la publicidad; (ii) las promociones y ofertas; (iii) el crédito al consumidor; (iv) las normas especiales en materia de prestación; y, (v) las disposiciones relativas a la seguridad de los productos y servicios.

título final donde se establece que (a) las multas establecidas en esta ley serán a beneficio fiscal y (b) la potestad reglamentaria del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo para dictar reglamentos.

Si revisamos las distintas modificaciones que ha experimentado la LPC encontramos que, hasta ahora, la principal ha sido la reforma del año 2004, la cual introdujo 54 de los 114 cambios que ha experimentado la LPC desde el año 1997⁷⁶, modificando de forma sustancial el Título IV “[d]el procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso”, título que no siempre ha tenido el mismo nombre⁷⁷.

Para efectos de este trabajo sólo nos centramos en el estudio del Título IV.

1.2.1 Procedimientos jurisdiccionales de protección de los derechos de los consumidores

En la LPC, como ya se ha dicho, encontramos dos procedimientos jurisdiccionales para la protección de los derechos de los consumidores –uno para el interés individual y otro para el interés colectivo o difuso–, los cuales se desarrollarán de forma individual en las secciones siguientes. Ahora bien, que existan dos procedimientos aplicables en caso alguno quiere decir que sólo existan dos acciones que pueda ejercer el consumidor. Así, el mismo artículo 50 de la LPC establece que:

“El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

⁷⁶ https://www.leychile.cl/Consulta/nav_vinc_modificacion?idNorma=61438&tipoParte=0&idParte=&fechaVigencia=2018-01-08&clase_vinculacion=MODIFICACION, consultado el 12 de mayo de 2018.

⁷⁷ Antes de la reforma del año 2004 este Título se llamaba “[d]el procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley”. En dicho Título, se establecía en artículo 50 la regla de competencia judicial la cual establecía que “Será competente para conocer de las acciones a que dé lugar la aplicación de la presente ley el juez de policía local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución”. Dicha disposición es similar al actual artículo 50 A aplicable al procedimiento individual, con la diferencia que actualmente el tribunal competente puede ser elegido por el actor al momento de iniciar la acción.

SANDOVAL clasifica a las acciones establecidas en el artículo señalado según si su objeto es: (i) sancionar al proveedor que incurre en infracción; (ii) anular cláusulas abusivas de los contratos de adhesión; (iii) obtener la prestación de la obligación incumplida; (iv) hacer cesar el acto que afecte los derechos de los consumidores; y, (v) obtener la indemnización de los perjuicios o la reparación que corresponda⁷⁸.

1.2.1.1 Procedimiento de interés individual

El párrafo primero del Título IV de la LPC trata las normas generales, aplicables a ambos procedimientos –individual y colectivo o difuso–. Así, el artículo 50 A inciso primero establece la regla general de competencia, en virtud de la cual “[l]os jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley [...]”, estableciendo como excepciones “a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2° bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley”. En dichas acciones, los tribunales competentes serán los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales. Por otro lado, el artículo 50 B establece que el procedimiento individual podrá iniciarse por demanda, denuncia o querrela, señalándose que las disposiciones de la Ley N° 18.287, que establece los procedimientos ante los juzgados de policía local, se aplicarán en lo no previsto en el párrafo en comento, y en subsidio aplicarán las disposiciones del CPC.

Que el procedimiento individual se rija de forma subsidiaria por las disposiciones de la ley de policía local y el CPC⁷⁹ tiene una importante implicancia en lo que respecta a la búsqueda del estándar probatorio aplicable a dicho procedimiento. Si revisamos la LPC, encontraremos que, en el párrafo primero del Título IV, la única referencia a la prueba está en el inciso segundo del artículo 50 C⁸⁰, el cual sólo señala que las partes podrán realizar gestiones procesales para probar su pretensión, sin excluir la prueba testimonial. Hasta ahora nada nuevo.

⁷⁸ SANDOVAL, ref. 70, vol. 1, p. 148.

⁷⁹ SANDOVAL, ref. 70, vol. 1, p. 152.

⁸⁰ “En su comparecencia, las partes podrán realizar todas las gestiones procesales destinadas a acreditar la infracción y a probar su derecho, incluidas la presentación, examen y tacha de testigos, cuya lista podrá presentarse en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba”. Artículo 50 C inciso segundo.

Ahora, si revisamos las disposiciones del Título I de la ley N° 18.287, sobre el procedimiento ordinario ante el juez de policía local, encontramos en el artículo 14 el sistema de valoración de la prueba:

“El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y del mismo modo apreciará la denuncia formulada por un Carabinero, Inspector Municipal u otro funcionario que en ejercicio de su cargo deba denunciar la infracción. El solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido.

Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En virtud de lo señalado en este artículo podemos afirmar categóricamente que el sistema de valoración de la prueba en el procedimiento de defensa del interés individual es el de sana crítica.

Veamos ahora lo que sucede con el estándar probatorio en este procedimiento, pues, si revisamos con cuidado el mismo artículo tal vez podríamos encontrar la respuesta. En la parte final del artículo en comento encontramos una expresión que establece –tal vez sin quererlo– un estándar de prueba. Así, consideramos que la expresión “[...] el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador” establece un estándar de prueba de convencimiento. Siguiendo a MONTERO:

“La determinación de una medida de cantidad le permite al tribunal en esta fase de decisión, contar con la herramienta adecuada para “tener por probada” una hipótesis determinada, y satisfecho con ello “cuán convencido” debe estar respecto del grado de corroboración que le corresponde exigir a una hipótesis, en relación a los medios de

prueba que se le han propuesto a tal fin, Por lo anterior, los estándares de prueba permiten al tribunal operar válidamente en contexto de incertidumbre, cual es el proceso”⁸¹.

Si bien podríamos entender que el legislador, al momento de redactar la disposición en comento, buscó establecer un estándar mínimo de prueba para que el juzgador pueda por tener verdadero los enunciados sobre los hechos, la pretensión falla y no logra su cometido. Encontramos que “el examen” de la prueba, esto es la valoración de la prueba, debe conducir lógicamente a la conclusión. En esta primera parte podríamos entender que el legislador busca establecer un análisis de la prueba en base a la probabilidad lógica explicada en *supra* § 1.1, lo cual iría bien encaminado al establecimiento de un estándar de prueba objetivo. Lamentablemente, al momento de terminar la formulación se establece que la conclusión debe “convencer” al sentenciador. Lo anterior vuelve claramente al estándar de prueba formulado en uno de carácter subjetivo. En virtud de lo anterior es necesario hacer presente la crítica de LAUDAN sobre este tipo de “estándares” cuya baja formulación en realidad sólo establece un estándar de prueba subjetivo y ambiguo, dado que el convencimiento del juez no es más que “estado subjetivo” de éste, y, por otra parte, no establece una regla en virtud de la cual se puede entender que hay suficiente prueba para tener por acreditada los enunciados fácticos⁸².

Del análisis, consideramos que el legislador buscó establecer un estándar de prueba para los procedimientos ante los juzgados de policía local. Lamentablemente, al momento de redactar dicho estándar, se terminó estableciendo uno de carácter subjetivo que no logra determinar de forma objetiva en qué casos se tendrá la prueba suficiente para poder tener por verdaderas o falsas las hipótesis formuladas sobre los hechos.

1.2.1.2 Procedimiento de interés colectivo y difuso

De acuerdo con el artículo 51 de la LPC, este procedimiento se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores⁸³. Pese a que la ley da un tratamiento similar a ambos intereses, consideramos que esto corresponde a que los dos pueden, a su vez,

⁸¹ MONTERO, ref. 9, pp. 92-93.

⁸² Sobre este punto véase LAUDAN, ref. 32.

⁸³ SANDOVAL, ref. 70, vol. 1, p. 152.

clasificarse como intereses supra individuales⁸⁴. La doctrina ha desarrollado tres criterios para definir el concepto de “*interés supra individual*”, encontrando un criterio objetivo⁸⁵, uno subjetivo⁸⁶ y uno normativo⁸⁷. En virtud de lo anterior, podemos considerar que el haber asignado un procedimiento común a las acciones de interés colectivo y a las de interés difuso se entiende en tanto ambas corresponden a intereses supra individuales. Así, los intereses difusos como los colectivos comparten características que los hacen más parecidos entre ellos que en comparación con los intereses individuales, lo cual justifica que el procedimiento individual tenga una estructura distinta a aquellos que buscan tutelar intereses supraindividuales.

Si bien ambos intereses responden a una clasificación común, esto no quiere decir que sean iguales. Por un lado, para que una acción se promueva en beneficio de interés colectivo se requiere que haya un grupo determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Por el otro, las acciones de interés difuso se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. En virtud de lo anterior, la doctrina ha señalado como factor de distinción entre el interés colectivo del difuso el grado de determinación del grupo titular del interés⁸⁸.

Pasando a la revisión del procedimiento establecido en la LPC, encontramos un procedimiento *sui generis*, en tanto se aparta de la estructura propia de los procedimientos

⁸⁴ “El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos ‘no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica’” (AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y ROMERO SEGUEL, Alejandro. El control de oficio de la competencia absoluta en relación a las acciones de protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores, p. 161).

⁸⁵ “El criterio objetivo parte de la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés supraindividual. La existencia de un interés de este tipo viene dada por la aptitud de este bien para ser disfrutado por un grupo de sujetos, mientras que su carácter difuso no sólo vendría dado por la referencia a un conjunto indeterminado de sujetos, sino también por la naturaleza del bien y el tipo de régimen jurídico a que esté sometido” (AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos), p. 76).

⁸⁶ “El posicionamiento doctrinal mayoritario se inclina por el criterio subjetivo, puesto que incluso cuando se habla de “*interés supraindividual*” se remarca el elemento plural y colectivo del elemento subjetivo. Se destaca que son colectivos, puesto que nadie es su titular, pero al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada lo son” (AGUIRREZABAL, ref. 85, p. 77).

⁸⁷ “Un tercer criterio es el normativo, que se concreta en determinar si el ordenamiento reconoce un interés como jurídicamente relevante. Lo que caracterizaría a estos intereses es el hecho de permanecer ajenos a las normas jurídicas y mantenerse, por tanto, como intereses meramente fácticos. Los órganos jurisdiccionales no pueden proteger posiciones subjetivas que no hayan sido consideradas prevalentes y por tanto dignas de protección por el ordenamiento que deben aplicar”. (AGUIRREZABAL, ref. 85, p. 77).

⁸⁸ AGUIRREZABAL, ref. 85, p. 87.

ordinarios o sumarios establecidos en el CPC⁸⁹. Por ejemplo, encontramos una fase de admisibilidad, respecto de la cual, si bien no establece grandes requisitos más allá de los señalados en el artículo 52 de la LPC, sí se ha señalado por la jurisprudencia que el examen de admisibilidad no es meramente formal⁹⁰.

A la hora de revisar disposiciones relativas a la prueba en el procedimiento colectivo-difuso, las únicas referencias que encontramos son las del artículo 51, en que establece como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica, y la del artículo 50 inciso décimo, en que se establece un término probatorio de 20 días. Entonces debemos preguntarnos cuál es el estándar de prueba se aplica en este tipo de procedimientos.

Del análisis de las disposiciones del párrafo segundo del Título IV de la LPC no encontramos un estándar de prueba aplicable a la resolución del conflicto. Podría intentarse, mediante el artículo 53 C de la LPC aplicar el estándar de prueba civil –que como ya se vio, es inexistente en lo relativo a las decisiones de fondo– en virtud de la referencia al artículo 170 del CPC. Sin embargo, el artículo 170 sólo enumera los requisitos formales que debe tener una sentencia definitiva⁹¹. Así, en el número cuatro de dicho artículo se establece que la sentencia contendrá “[l]as consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia”. Que en la sentencia se señalen los hechos que sirven de fundamento para la mismas no es establecer un estándar de prueba, en tanto se está diciendo cuáles enunciados fácticos justifican la decisión del sentenciador, que dista de ser lo mismo a señalar mediante cuál(es) medio(s) de prueba se tuvo por acreditada la proposición fáctica.

Como se señaló en *supra* § 1.1.2.2, en el procedimiento civil no encontramos reglas que establezcan un estándar de prueba para las decisiones de término, en tanto en el sistema de

⁸⁹ Sobre este punto considero necesario señalar que mediante la ley 20.543 se eliminó del artículo 51 de la LPC la aplicación de las reglas del juicio sumario en este procedimiento. Sin texto expreso que señale que en el procedimiento colectivo-difuso se apliquen las reglas del juicio sumario sólo cabría aplicar las reglas propias del párrafo segundo del Título IV de la LPC y, en subsidio, las reglas del juicio ordinario en virtud del artículo 3 del CPC.

⁹⁰ AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*, p. 82.

⁹¹ Sobre la forma de las sentencias definitivas véase el auto acordado de la excelentísima Corte Suprema de fecha 30 de septiembre del año 1920. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042157>, consultado el 13 de mayo de 2018.

prueba civil rige la prueba legal o tasada, según la cual los hechos se tendrán un 100% acreditados mediante los instrumentos que hacen plena prueba.

1.2.2 Conclusión

En el procedimiento aplicable a las acciones de interés individual de la LPC encontramos un estándar de prueba de subjetivo, dada la remisión hecha por el artículo 50 B a las disposiciones de la ley de procedimientos ante los juzgados de policía local. Dicha ley, en su artículo 14, consagra como sistema de valoración de la prueba el de sana crítica y, además, establece que el examen de la prueba conduzca de forma lógica a la conclusión que *convence* al sentenciador.

Al revisar las disposiciones que regulan el procedimiento por acciones de interés colectivo o difuso no pudimos encontrar ninguna referencia, siquiera remota a un estándar de prueba, dado que la ley sólo se preocupó de establecer el sistema de valoración de la prueba en el artículo 51 de la LPC.

Capítulo II: Análisis comparado de los estándares probatorios en países de Derecho Continental

2.1 Países de Derecho Continental

En esta parte, el objetivo es analizar las disposiciones establecidas en el Derecho positivo de Argentina, Colombia y España relativas a los procedimientos judiciales de defensa de los consumidores –por lo cual se excluyen los procedimientos administrativos sancionatorios–, para proceder a la búsqueda del estándar probatorio aplicable a éstos, en caso de que exista. Antes de partir con la revisión individual de estos países, considero importante señalar que todos éstos comparten una característica, ésta es la protección constitucional de los derechos de los consumidores, incluyendo algunos la garantía de la protección mediante medios eficaces⁹². En virtud de lo anterior, para una tutela efectiva de estos derechos “[e]l proceso se orientará a la obtención de certeza, mediante la cosa juzgada, la que tiene el carácter meramente formal, en tanto que la decisión debe más bien observar requisitos formales, correspondiendo al Estado principalmente asegurar a los ciudadanos el desarrollo de un procedimiento justo”⁹³. Así, para que el procedimiento sea justo, uno de los requisitos formales necesarios que se deben observar es el estándar probatorio.

Desde ya adelantamos que las legislaciones de estos países no regulan de manera expresa el estándar probatorio aplicable a estos procedimientos. Por esto, será necesario interpretar las disposiciones legales que se señalarán a la luz de los razonamientos judiciales y doctrinales, en cada caso.

2.1.1 Argentina

A la hora de analizar el marco regulatorio de los derechos de los consumidores en Argentina, encontramos un primer punto de diferencia con el sistema chileno. Ésta es la protección

⁹² “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Artículo 51 de la Constitución Española.

⁹³ MONTERO, ref. 9, pp. 43.

constitucional de los derechos de los consumidores⁹⁴. En efecto, el artículo 42 inciso primero de la Constitución Nacional de Argentina señala:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

El resto de la regulación positiva la encontramos en la Ley N° 24.240⁹⁵, junto a las modificaciones agregadas a ésta por la Ley N° 26.361 del 7 de abril de 2008⁹⁶, “la que introdujo figuras como el daño punitivo, la protección de conductas indignas o abusivas en perjuicio del consumidor y la posibilidad de fijar reparación de daños a favor del consumidor en la esfera administrativa”⁹⁷. La Ley de Defensa de los Consumidores establece en su capítulo XIII las acciones judiciales que pueden interponer consumidores o usuarios; las asociaciones de consumidores o usuarios; la autoridad de aplicación nacional o local⁹⁸; el Defensor del Pueblo; y, el Ministerio Público Fiscal⁹⁹.

Por su parte, el artículo 53 de la referida Ley establece las normas del proceso aplicables a estas acciones, señalándose que “regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”¹⁰⁰. Dada la extensión del presente trabajo, no se revisará la regulación de cada provincia de Argentina y sólo nos centraremos en el

⁹⁴ “La República de Argentina posee uno de los ordenamientos más avanzados de la región en materia de protección al consumidor, incluyendo un conjunto de normas, decretos y regulaciones que regulan y organizan, directa e indirectamente, la actividad económica de los mercados, las obligaciones de los proveedores y los derechos de los usuarios y consumidores argentinos” (APPELGREN DECK, Francisco Javier, y PÉREZ MARCHANT, Javier Ignacio. *Los Derechos de los consumidores como Derechos constitucionales implícitos*, pp. 34-33).

⁹⁵ INFOLEG. *Ley de defensa del consumidor* [en línea]. [citado el 30 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#9>>.

⁹⁶ UMANSKY, Sandra Natalia. La regulación de la conducta en las relaciones de consumo, p. 27

⁹⁷ APPELGREN DECK y PÉREZ MARCHANT, ref. 94, p. 35.

⁹⁸ “Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”. Artículo 41, Ley de Argentina N° 24.240.

⁹⁹ Artículo 52 inciso segundo, Ley de Argentina N° 24.240.

¹⁰⁰ Artículo 53 inciso primero, Ley de Argentina N° 24.240.

procedimiento sumarísimo establecido en el Libro segundo, Título III, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁰¹ (“C.P.C.C.N.”)¹⁰².

El procedimiento sumarísimo, según el artículo 498 del C.P.C.C.N, se tramita en la forma establecida para el proceso ordinario, con las diferencias que el mismo artículo señala y que no guardan relación con alguna con la valoración de la prueba o el estándar probatorio. Por esto, procederemos a revisar las normas relativas al contenido de las sentencias y a la valoración de la prueba. Es parte del contenido de las sentencias, según el artículo 163 N°5 del C.P.C.C.N, los fundamentos y la aplicación de la Ley, agregando dicha disposición que:

“Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.

Por su parte, el artículo 386 del C.P.C.C.N establece la regla para la apreciación de la prueba en el juicio ordinario, señalando lo siguiente

“Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

De las disposiciones anteriores, vemos que el legislador argentino tuvo en mente la idea de la convicción a la que debe arribar el juez, en materia probatoria, para poder tener por acreditados los hechos presentados por las partes¹⁰³. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que, de las reglas anteriores, no se logra extraer una regla que determine el estándar que ellas

¹⁰¹ Sobre la historia de la codificación del proceso civil en Argentina véase LEVAGGI, Abelardo. La codificación del procedimiento civil en la Argentina. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983, n° 9, pp. 211-247.

¹⁰² INFOLEG. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* [en línea]. [citado el 30 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#9>>.

¹⁰³ “Para la reconstrucción de los hechos el juez actúa como lo hace un historiador: examina documentos, analiza las declaraciones de los testigos, aprecia los informes de éstos, etc. Ello le permite comprobar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por el actor y el demandado [...]” (FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, y RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel. *Manual de derecho procesal civil*, t. 2, p. 13).

mismas señalan y sólo estamos frente a una formulación subjetiva de estándar de prueba. Así, el legislador confunde el proceso de valoración de la prueba, realizado mediante las reglas de la sana crítica, con las reglas que determinan el estándar de prueba, señalando que el último se puede lograr a través del primero.

2.1.1.1 Conclusión

De lo analizado anteriormente, podemos inferir que, si bien existe en la ley la idea de convicción a la que debe llegar el juez para poder fallar en favor de un litigante o el otro, el legislador omitió el pronunciamiento sobre la regla que establezca el estándar probatorio por creer que, al establecerse la sana crítica como modelo de valoración de la prueba, era suficiente.

2.1.2 Colombia

Al igual que en el caso argentino, encontramos que la Constitución Política Colombiana en su Capítulo 3, “De los derechos colectivos y del ambiente”, consagra constitucionalmente los derechos de los consumidores, los cuales no sólo se limitan a los derechos individuales, sino además que se tutelan los derechos colectivos de estos¹⁰⁴. En efecto, el artículo 78 de la constitución colombiana establece que

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

¹⁰⁴ CHAMIE, José Felix. Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor, p. 129.

De la transcripción anterior podemos notar que son derechos de los consumidores: i) la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados; ii) la información suministrada a los consumidores; iii) la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a los consumidores y usuarios; y iv) la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios. Se ha señalado que estos derechos cumplen una función interpretativa de aquellos derechos consagrados a nivel legal¹⁰⁵. A su vez, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁰⁶ han entendido que estos derechos constitucionales funcionan como límites incluso para el legislador, en su calidad de derechos esenciales¹⁰⁷.

Pasando a la regulación legal de los derechos de los consumidores, encontramos la Ley N° 1.480, del 12 de octubre de 2011, la cual en su Título VIII, Capítulo I, señala las acciones jurisdiccionales que protegen al consumidor. El artículo 56 de la referida ley establece 3 posibles caminos, los cuales son: i) las acciones populares y de grupo¹⁰⁸; ii) las acciones de responsabilidad¹⁰⁹ por daños producidos por productos defectuosos¹¹⁰; y, iii) las acciones de protección al consumidor que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor, los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía, los encaminados a obtener la reparación de los daños causados en la prestación de un servicio o por información o publicidad engañosa. Estos últimos se tramitarán por el Proceso verbal sumario, en única

¹⁰⁵ CHAMIE, ref. 104, p. 129.

¹⁰⁶ Así, la sentencia N° 909, de fecha 7 de noviembre de 2012, pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia, en su consideración séptima recurre al precedente establecido por ella misma en la sentencia N°973, de fecha 13 de noviembre de 2002, en la cual se estableció que “[e]l legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor en el mismo texto superior. Ello comporta el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo -que constituyen la base de la protección constitucional-, para producir normas que armonicen con el ánimo del Constituyente de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen” (Sentencia de Constitucionalidad n°909-12 de Corte Constitucional, D-9075 Corte Constitucional de Colombia 7 de noviembre de 2012).

¹⁰⁷ CHAMIE, ref. 104, p. 129.

¹⁰⁸ Según la misma ley, estos procedimientos se rigen por lo establecido en la Ley 472, del 5 de agosto de 1998.

¹⁰⁹ Sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos en Colombia, véase CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y la legislación colombiana). *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, Colombia*, junio 1986, n° 1, pp. 33-74, y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*, 2014, vol. 14, n° 27, pp. 17-40.

¹¹⁰ Según señala la misma ley, estas causas se tramitarán ante los tribunales ordinarios, rigiéndose por el Código de Procedimiento Civil (“CPC Colombiano”) para establecer la competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales. En este sentido, es necesario señalar que el de CPC Colombiano se encuentra derogado tras la dictación del Código General del Proceso (“CGP”), del 12 de julio de 2012. Por esto, todas las remisiones que leyes especiales hagan al CPC Colombiano se entenderán realizadas al CGP.

instancia¹¹¹, con las modificaciones que introduce el artículo 58 de esta ley. A lo anterior, se puede agregar como novedad el hecho que no sólo los jueces son competentes para conocer de estos procesos, otorgando la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades jurisdiccionales y competencia preventiva junto a los jueces ordinarios¹¹². En el mismo sentido, esta ley en su artículo 57 también otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia para conocer las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por dichas Superintendencia.

En virtud de lo anterior, se analizará cada una de las tres posibles vías que tienen a su disposición los consumidores, centrando el estudio en lo que respecta a las disposiciones sobre: i) competencia jurisdiccional, para así ver si estamos ante un juez letrado o no; ii) la prueba; y, la fundamentación de la sentencia, para ver si es posible extraer de éstas un estándar de prueba general o particular.

2.1.2.1 Acciones populares y colectivas

En primer lugar, y siguiendo el orden anterior, analizaremos las disposiciones relativas a los procedimientos colectivos regulados por la Ley 472, los cuales son diferenciados por esta ley entre acciones populares¹¹³ y las acciones colectivas¹¹⁴, siendo similares a las acciones chilenas de interés difuso y las de interés colectivo. De la lectura de los artículos 15 y 16 de esta ley, podemos establecer que la jurisdicción llamada a conocer las acciones populares es la ordinaria civil, siendo competentes en primera instancia los jueces civiles de circuito de la ocurrencia de los hechos o del domicilio del demandado a elección del actor popular, y en segunda instancia la competencia será de la Sala Civil de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia. En el mismo sentido, los artículos 50 y 51 regulan de la misma forma las acciones de grupo.

¹¹¹ MESA GIL, Julián. Los procedimientos judiciales y administrativos para la protección de los consumidores, p. 102.

¹¹² ESLAVA DANGOND, Alejandra. La responsabilidad del fabricante por producto defectuoso en el nuevo estatuto del consumidor Ley 1480 de 2011, p. 13.

¹¹³ “*Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*”. Artículo 2 inciso primero de la Ley 472.

¹¹⁴ “*Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad*”. Artículo 3 inciso primer de la Ley 472.

Dentro de la regulación que da el Título II, “De las acciones populares” en materia probatoria, encontramos las siguientes reglas relevantes. En primer lugar, artículo 29 de esta ley admite las mismas pruebas que establece el Código de Procedimiento Civil¹¹⁵, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en esta ley especial; la carga de la prueba recae en el demandante, sin embargo el juez en ciertos casos, y por razones de orden económico o técnico, pueda impartir órdenes a entidades públicas para suplir la deficiencia probatoria del demandante; y, en lo que respecta a la valoración de la prueba, encontramos el sistema de la sana crítica en el artículo 32 de esta ley, que se refiere sólo a la prueba pericial. además, este artículo señala que el informe pericial podrá “tenerse como suficiente para verificar los hechos a los cuales se refiere”. La utilización del término “suficiencia” nos da a entender, siguiendo a MONTERO, que se establece un estándar probatorio basado en la probabilidad¹¹⁶, mas no necesariamente lo anterior nos fija el umbral mínimo de prueba.

En el caso de las acciones de grupo, la regulación de la prueba es más bien escueta, señalándose sólo el término probatorio en su artículo 62. Con todo, debemos mencionar que esta ley contiene en su Título V de “Disposiciones comunes a acciones populares y de grupo, en materia probatoria” un artículo relativo a la eficacia de la prueba, el cual establece lo siguiente:

“El Juez apreciará la eficacia de la prueba cuando haga su valoración o apreciación, ya sea en la sentencia o en la providencia interlocutoria según el caso, y en ninguna circunstancia lo hará en el momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba”.

Consideramos que de la transcripción anterior podemos entrever la idea de “eficacia de la prueba” como el valor de ésta para acreditar las proposiciones fácticas de las partes¹¹⁷. Sin embargo, de esta disposición no podemos extraer un estándar.

¹¹⁵ “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Artículo 165 inciso primero del CGP.

¹¹⁶ “Así, podrá estimarse como probada aquella proposición que disponga de *suficientes* elementos de juicio a su favor, y como no probada, aquella que no los disponga, o cuando éstos no sean suficientes” (MONTERO, ref. 9, p. 73).

¹¹⁷ “Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal” (BERGMAN, Paul. *La defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*, p. 23).

En lo que respecta a la motivación de la sentencia, la sentencia de las acciones populares se encuentra regulada en el artículo 34 de la Ley 472, en la cual no se señala remisión alguna a las normas del CPC Colombiano, ni señala algún grado de convicción del sentenciador para fundamentar su sentencia. Por otro lado, en las acciones colectivas, el artículo 65 señala que la sentencia que ponga término al proceso se sujetará a las disposiciones generales del CPC Colombiano¹¹⁸, además de ciertas menciones que señala este artículo. El artículo 280 del Código General del Proceso (“CGP”) establece el contenido de la sentencia, de dicho artículo podemos ver que el legislador dio especial énfasis en la motivación de la sentencia en relación con la prueba rendida en el proceso. Con todo, dicha disposición parece reiterar la idea de un sistema crítico de valoración judicial de la prueba, dado que el sistema de la sana crítica está expresamente consagrado en el artículo 176 del CGP, de modo que el artículo 280 no establece un estándar probatorio.

2.1.2.1 Procedimientos por productos defectuosos

En segundo lugar, pasando a revisar el procedimiento por productos defectuosos, encontramos que éste, al no estar sujeto a una tramitación especial determinada por el artículo 56 de la Ley N° 1480, se sujeta al procedimiento declarativo ordinario establecido en el Código General del Proceso¹¹⁹. Así, la responsabilidad se determinará mediante el “proceso verbal” regulado en el Libro Tercero, Título I, específicamente entre los artículos 368 y 373 del Capítulo I. En las reglas mencionadas anteriormente sólo encontramos disposiciones de orden procedimental, en lo que respecta a la prueba y la dictación de la sentencia. Por lo anterior, en este proceso se aplican las disposiciones generales sobre la prueba, contenidas en el Libro Segundo, Sección Tercera, Título Único del CGP y, en relación con la sentencia, se aplica la disposición del artículo 280 del CGP que se analizó anteriormente.

De las disposiciones contenidas en el CGP en materia de prueba y de fundamentación de la sentencia no encontramos alguna que permita establecer un estándar probatorio aplicable.

¹¹⁸ “Contenido de la sentencia. *La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella*”. Artículo 280 inciso primero del CGP.

¹¹⁹ “Asuntos sometidos al trámite del proceso verbal. *Se sujetará al trámite establecido en este Capítulo todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial*”. Artículo 368 del CGP.

2.1.2.2 Proceso verbal sumario

Por último, las acciones “que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario”¹²⁰ con las modificaciones que agrega el artículo 58 la Ley del consumidor. Un primer punto que llama la atención de las reglas especiales contenidas en el artículo 58 es la competencia preventiva otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio, dado que vuelve a este último en un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales. Otra cosa interesante, para los fines del trabajo, es la regla especial N°9 del artículo 58 que señala:

“Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”.

De la transcripción anterior, lo que más llama la atención es: i) la resolución del conflicto de la formas *más justa*, dada la amplitud del término¹²¹, y que no necesariamente la justicia se condice con lo justo legal¹²²; ii) la resolución se fundamentará en lo probado en el proceso, pero la disposición transcrita no señala cuándo o en qué medida algo estará probado; y, iii) por último, la facultad de la Superintendencia para fallar en *extrapetita* y en *ultrapetita* son algo completamente nuevo, dado que en nuestro sistema jurídico, ambas situaciones son causales para el recurso de casación en la forma¹²³.

¹²⁰ Artículo 58 de la Ley del consumidor.

¹²¹ La amplitud señalada tiene que ver con las distintas teorías sobre la justicia y lo justo, como lo son las teorías grecolatinas, con autores como Aristóteles y Platón; las teorías de la época moderna, con autores como Hobbes y Rousseau; y, las teorías formalistas como Kelsen, Hart y Perelman, por señalar algunas.

¹²² Véase el Tratado de la Justicia de Santo Tomás de Aquino.

¹²³ “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: [...] 4a. En haber sido dada *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”. Artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil.

En lo que respecta a la tramitación del proceso verbal sumario, el CGP establece las disposiciones generales en los artículos 390, 391 y 392, las cuales regulan los asuntos que se tramitan mediante este procedimiento; la demanda y la contestación; y, la tramitación, respectivamente. Por lo anterior, la prueba y la fundamentación de la sentencia se regula por las reglas generales ya comentadas en los apartados anteriores.

Analizado todo lo anterior, si bien es cierto que el CGP regula la prueba en lo que respecta a la actividad probatoria de las partes y en relación a los medios de prueba en particular, consideramos que, de la legislación positiva vigente en Colombia, no es posible extraer un estándar probatorio general aplicable a los procedimientos de los derechos de los consumidores.

2.1.2.3 Conclusión

Del análisis de los distintos procedimientos que tienen los consumidores en Colombia, regulados ya sea por la Ley 472 o por el CGP, la ley no establece ningún estándar probatorio y sólo se regula el sistema de valoración de la prueba.

2.1.3 España

En España, al igual que en los dos países revisados anteriormente, encontramos protección constitucional a los consumidores en relación con la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, según el artículo 51 de la Constitución Española. Esta disposición no se queda en la enunciación de derechos de los consumidores, sino, además, agrega que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces¹²⁴.

Pasando a la revisión de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (“RDL 1/2007”), encontramos que ésta establece dentro de las disposiciones generales, tanto procedimientos judiciales –a través de las acciones de cesación– como procedimientos extrajudiciales –mediante el Sistema Arbitral del Consumo–. Éste último se analizará escuetamente, dado el foco de este trabajo está en los procedimientos judiciales y la legislación

¹²⁴ “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Artículo 51.1 de la Constitución Española.

española señala expresamente que el sistema de arbitraje constituye un procedimiento extrajudicial. Con todo, su revisión igualmente se justifica porque en Chile el arbitraje si es un procedimiento judicial, dado que los árbitros son jueces según el Código Orgánico de Tribunales¹²⁵.

2.1.3.1 Acciones de cesación.

La primera herramienta jurisdiccional la encontramos en el artículo 53 del RDL 1/2007, estableciendo que es aquella que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”. Agrega el mismo artículo que son acumulables otras acciones a ésta, siempre que se solicite la nulidad y anulabilidad, como la acción de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual, la restitutoria y la indemnizatoria. Los legitimados activos, según señala el artículo 54 del RDL 1/2007, por regla general serán entes públicos, como el Instituto Nacional del Consumo, el Ministerio Fiscal, entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses de los consumidores. Pese a lo anterior, las asociaciones de consumidores, sin fines de lucro, igualmente están legitimadas para interponer una acción de cesación, en la medida que reúnan los requisitos establecidos por la ley. Con todo, la acción de cesación iniciada sólo podrá ser interpuesta particulares cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos: i) se trate de una conducta no establecida en el inciso primero del artículo 54 del RDL 1/2007¹²⁶; y, ii) corresponda a la tutela del interés colectivo, o sea, se necesita un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, según señala la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (“LEC”).

Pasando al procedimiento, esta acción se substancia mediante el juicio –declarativo– verbal, regulado en los artículos 437 y siguientes, en virtud del artículo 250 N° 12 de la LEC. De este procedimiento se revisará en primer lugar la regulación probatoria, la cual está en el artículo 445 que contempla la siguiente regla:

¹²⁵ “Se llaman árbitros, los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. Artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales.

¹²⁶ Estas conductas son las cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados.

“En materia de prueba y de presunciones, será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los capítulos V y VI del Título I del presente Libro”.

El artículo anterior nos envía al capítulo “[d]e la prueba: disposiciones generales” y “[d]e los medios de prueba y las presunciones”. De las disposiciones encontradas en dichos capítulos, se ha dicho que “aparece con claridad que el sistema de valoración que contempla como regla general es el de ‘sana crítica’, lo que fluye de lo previsto en el art. 218.2, en relación con los arts. 316.2, 326.3, 348, 376, 382.3 y 384.3”¹²⁷. En el mismo sentido, TARUFFO ha señalado que “[e]n España, por ejemplo, la referencia tradicional a la *reglas de la sana crítica* (que es hecha repetidamente por los artículos 316 n.2, 348 y 376 de la *Ley 2000 de Enjuiciamiento Civil*) es usualmente interpretada como una exclusión de la prueba legal y como una referencia a reglas de sentido común de razonamiento y al conocimiento ordinario del mundo”¹²⁸, agregando que “[d]e todos modos, no hay un estándar de prueba específico para las cortes de España e Italia en casos civiles, aunque ellas también pretenden establecer la ‘verdad’ de los hechos controvertidos”¹²⁹. En virtud de lo anterior, podemos concluir que el legislador español no determina un estándar probatorio en el Derecho positivo, regulando solamente el sistema de valoración de la prueba a través de las reglas de la sana crítica.

Pasando a la fundamentación de la sentencia en el procedimiento verbal, el artículo 447 de la LEC sólo estipula reglas procedimentales, en relación con los plazos que tiene el tribunal para dictar sentencia y los efectos de la sentencia pronunciada en este procedimiento. En virtud de la deficiencia del artículo anterior, revisaremos brevemente “los requisitos internos de la sentencia y de sus defectos” contenidos en la sección 2ª del capítulo VIII “[d]e las resoluciones judiciales” de la LEC.

En primer lugar, encontramos el artículo 216 del código en comento, el cual señala que:

¹²⁷ MONTERO, ref. 9, p. 123.

¹²⁸ “*In Spain, for instance, the traditional reference to the reglas de la sana crítica (that is repeatedly made by arts. 316 n.2, 348 and 376 of the 2000 Ley de Enjuiciamiento Civil) is usually interpreted as an exclusion of legal proofs and as a reference to commonsense rules of reason and to the average experience of the world*” (TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*, p. 668).

¹²⁹ “*At any rate, no specific standards of proof are prescribed to Spanish and Italian courts in civil cases, although they are also supposed to establish the ‘truth’ of the facts in issue*” (TARUFFO, ref. 128, p. 669).

“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

En esta disposición encontramos la regla en virtud de la cual los tribunales deben fallar conforme el mérito del proceso.

Por otro lado, compartimos lo señalado por MONTERO sobre los números uno¹³⁰ y dos¹³¹ del artículo 217, para quien el “baremo” utilizado por el legislador en esta materia dista de ser objetivo, o aún más, algo definido. Al señalarse lo “dudoso” de los hechos que deben probarse en relación a la facultad de rechazar la pretensión de quien tiene la carga de la prueba -a nivel de certeza- se está estableciendo un nivel subjetivo de grado de comprobación¹³². Por último, y en el mismo sentido, ABEL LLUCH ha señalado en relación con el estándar probatorio que éste no está determinado de forma previa, ni legalmente, para cada supuesto de hecho, considerando cierta la afirmación que no existe ninguna regla legal –ni jurisprudencial– que determine la cantidad de prueba necesaria un hecho por probado, quedando en manos del tribunal la valoración de la prueba, salvo los casos de prueba tasa en que se aplican las reglas de la sana crítica¹³³.

2.1.3.2 Sistema Arbitral del Consumo.

Este Sistema Arbitral del Consumo está consagrado en el RDL 1/2007, siendo regulado principalmente en Real Decreto 231/2008 (“RD 231/2008”) y, subsidiariamente, por la Ley 60/2003 de arbitraje (“LA”) y la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, para el arbitraje electrónico. Este sistema de resolución de conflictos está definido en el artículo 57 del RDL 1/2007, el cual señala que:

¹³⁰ “1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. Artículo 217 N°1 de la LEC.

¹³¹ “2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. Artículo 217 N°2 de la LEC.

¹³² MONTERO, ref. 9, p. 127

¹³³ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*, p. 337

“El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”.

A su vez, el N°1 del artículo 33 del RD 231/2008 estipula que

“1. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”.

De las transcripciones anteriores, podemos señalar una primera característica de los procedimientos regulados por el RDL 231/2008, la cual es la decisión en equidad del mismo. Lo anterior se condice con lo establecido en el número dos del artículo 57 del RDL 1/2007, en el cual se señala que el reglamento al que estará sujeto el Sistema Arbitral de Consumo podrá preverse la decisión en equidad¹³⁴, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho.

Una segunda característica de este procedimiento arbitral es la búsqueda de soluciones autocompositivas extrajudiciales, específicamente mediante la mediación entre las partes. Lo anterior está expresamente consagrado en el artículo 38 del RD 231/2008. La mediación es necesaria para proceder al Sistema Arbitral de Consumo, como ha señalado FUENTE NORIEGA “[...] la mediación en materia de consumo se concibe en nuestro país, en un plano legislativo como una fase previa al Sistema Arbitral en el que cual se integra, regulado por la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre y por el RD 231/2008, de 15 de febrero por el que se

¹³⁴ Con relación a esta característica del arbitraje de consumo, señala MARCOS FRANCISCO que “[e]n cumplimiento de la confusa Disposición Adicional Única de la LA24, el RD postula en su art. 21, rubricado “*normas aplicables a la solución del litigio*”, que “*el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho*” (apartado 1). Y, por otro lado, considerando que igualmente el propio RD posibilita a los empresarios o profesionales adherirse al sistema arbitral de consumo en derecho, esto es, expresar “*si se opta por que el arbitraje se resuelva en derecho o en equidad*” (art. 25.1.2° RD), también soluciona cómo se ha de proceder en aquellos casos en que, estando el reclamado adherido en derecho, el consumidor o usuario no ha hecho constar en su solicitud “*si presta su conformidad a que se resuelva en esta forma*” (extremo que, según el art. 34.1.f), debe constar en toda solicitud de AC). Y la solución pasa, como indica el art. 34.2 RD, porque “*se comunicará este hecho al reclamante para que manifieste su conformidad con la decisión en derecho. En caso de no estar de acuerdo, se tratará la solicitud como si fuera dirigida a una empresa no adherida*” (art. 33.1.2° RD)” (MARCOS FRANCISCO, Diana. El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española, p. 256).

regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC) que dedica el art. 38 a la mediación”¹³⁵, agregando que “la mediación se configura como parte del Sistema Arbitral, siendo las Juntas Arbitrales las que asumen la función de la mediación antes de iniciar el procedimiento arbitral, tal como se indica en el art. 6 del RDSAC”¹³⁶.

Por último, en relación con la actividad probatoria ante árbitros de equidad, creemos demasiado oportuno hacer presente las consideraciones de BUJOSA en relación con los problemas que han señalado otros autores de que en realidad lo árbitros de equidad no están obligados a ajustarse a lo probado en el proceso, dado que no hay regla legal que tenga tal obligación. BUJOSA, por el contrario, cree que evidentemente la prueba es esencial para formar la convicción del juzgador llamado a resolver un conflicto en un proceso heterocompositivo, sea que falle conforme a derecho o la equidad, de otra forma no sería más que arbitrariedad¹³⁷.

2.1.3.2 Conclusión

En cuanto a la regulación de los estándares de prueba en el Derecho español en los procedimientos de defensa de los derechos de los consumidores, podemos concluir que i) nuevamente el legislador no los ha determinado de forma expresa en la ley y ii) como se pudo ver en su oportunidad, la resolución de los conflictos “en equidad” genera problemas a la hora de sujetar la decisión del árbitro al mérito de la prueba rendida.

Finalmente, consideramos correcta la idea de TARUFFO al analizar la legislación española, que, de las referencias a las probabilidades, uno piensa en el estándar de prueba preponderante y no en el de más allá de toda duda razonable¹³⁸.

¹³⁵ FUENTE NORIEGA, Margarita. La mediación en conflictos de consumo, p. 2517.

¹³⁶ FUENTE NORIEGA, ref. 135, p. 2517.

¹³⁷ BUJOSA VADELL, Lorenzo. El arbitraje de consumo, pp. 2597-2598.

¹³⁸ TARUFFO, ref. 128, p. 669

Capítulo III: Análisis comparado de los estándares probatorios en países del *Common Law*

El país del *Common Law*¹³⁹ que revisaremos será Estados Unidos de América. La decisión de sólo analizar este país, dejando de lado países como Canadá, Nueva Zelanda o Australia, entre otros¹⁴⁰, se justifica por la importancia que representa para la tradición jurídica en la que se enmarcan. Los Estados Unidos, al poder considerársele como una colonia británica hasta la declaración formal de independencia en el año 1776¹⁴¹, se encuentra históricamente ligada a su raíz inglesa en la cual se dio el génesis de la tradición jurídica del *Common law*, cuyo inicio podemos vincular a la victoria William I frente a los anglosajones en la batalla de Hastings en 1066¹⁴². Sin perjuicio de lo anterior, Estados Unidos, al igual que otros países pertenecientes al *Common Law*, ha desarrollado su ordenamiento jurídico con independencia al sistema inglés¹⁴³.

En este capítulo, al revisar a Estados Unidos, veremos que éste tienen reglas “ya sea en la ley o en otra parte, un estándar probatorio especifica el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido comprobada”¹⁴⁴. Así, al momento de analizar los procedimientos de los consumidores, el enfoque estará en determinar si éstos pueden enmarcarse en los procedimientos civiles, en los cuales el “umbral está ajustado a >50%, o «más probable que no»”¹⁴⁵

3.1 Estados Unidos de América

Considero necesario partir haciendo la siguiente prevención: si bien la primera impresión del *Common law* es pensar que todo el derecho se basa en la regla del *stare decisis et quieta non movere*, la cual laxamente significa que “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo

¹³⁹ Entendemos el *common law* como “el sistema jurídico nacido en Inglaterra y llevado por la colonización británica a Estados Unidos, Canadá, Australia y diversos países asiáticos” (GOTTHEIL, Julio. *Common law y Civil Law*, p. 17, nota 1).

¹⁴⁰ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty. Nueva perspectiva del sistema de Derecho Continental en Colombia, p. 27.

¹⁴¹ GONZÁLEZ QUINTERO, Rodrigo. Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema americana, p. 91.

¹⁴² GONZÁLEZ, ref. 92, p. 91.

¹⁴³ PINO EMHART, Alberto. Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos, p. 234.

¹⁴⁴ “*whether in the law or elsewhere, a SoP specifies a minimum threshold for asserting as proven some hypothesis*” (LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*, p. 64). “SoP” significa “*standard of proof*”. La idea de “en otra parte” quiere referirse a reglas de *common law*, o sea, reglas creadas por los jueces)

¹⁴⁵ “In civil law, that threshold is set at 50+ percent, or «more likely than not»” (LAUDAN, ref. 95, p. 64).

que ya está quieto”¹⁴⁶, el *common law*, al igual que el Derecho Continental, cuenta con una vasta legislación codificada, encontrando, por ejemplo, la Constitución¹⁴⁷, legislación federal (U.S Code)¹⁴⁸, regulación federal (CFR)¹⁴⁹ y reglas federales (*federal rules*)¹⁵⁰, sin contar la distinta regulación legal de cada Estado.

En este primer apartado revisaremos la regulación, en general, sobre la protección a los derechos de los consumidores. Posteriormente se pasará a analizar la regulación de los procedimientos jurisdiccionales de protección a los consumidores, junto a los estándares de prueba aplicables a dichos procedimientos.

3.1.1 Consideraciones generales del sistema de protección de los consumidores en Estados Unidos.

Dentro de lo que es el Derecho de protección de los consumidores en Estados Unidos, podemos señalar en cuanto a sus orígenes que “[l]a historia de la protección de los consumidores en los Estados Unidos es la historia de respuestas legales formales específicas a crisis y emergencias que generan gran indignación pública y requieren una respuesta pública. Estos patrones empezaron contra los antecedentes del *common law* del siglo XIX, los cuales enfatizaban la libertad de contratación y *caveat emptor* (que proceda con cuidado el comprador)”¹⁵¹.

Luego, podemos encontrar en la década de 1960 a los movimientos modernos sobre la protección de los consumidores “referidos con la *Consumer Bill of Rights* del presidente Kennedy, el crecimiento del programa llamado “*Great Society*” de la administración de

¹⁴⁶ LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis", p. 109.

¹⁴⁷ *U.S. Constitution* [en línea]. [citado el 25 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>.

¹⁴⁸ *U.S. Code* [en línea]. [citado el 25 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>>.

¹⁴⁹ *Electronic Code of Federal Regulations* [en línea]. [citado el 25 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=browse>>.

¹⁵⁰ *Federal Rules* [en línea]. [citado el 25 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.law.cornell.edu/rules>>.

¹⁵¹ “*The history of consumer protection in the United States is the story of specific formal legal responses to crises and emergencies that generate great public outrage and require a public response. This pattern began against the background of the 19th century common law, which emphasized freedom of contract and caveat emptor (let de buyer beware)*”. (WALLER, Spencer Weber, BRADY, Jillian G., y ACOSTA, R. J. *Competition & Consumer Protection Authorities Worldwide*, p. 1).

Johnson, y los esfuerzos de Ralph Nader y otros abogados de consumidores para resaltar la existencia de productos inseguros y la necesidad de una mejor regulación gubernamental”¹⁵².

Debido a que los “consumidores americanos están protegidos de productos inseguros¹⁵³, fraudes¹⁵⁴, publicidad engañosa¹⁵⁵, y a las prácticas comerciales injustas¹⁵⁶ a través de una mezcla de leyes nacionales, estatales y de gobierno local y muchos derechos de acción privados”¹⁵⁷, consideramos apropiado revisar, dada la extensión del presente trabajo, los mecanismos federales de protección a los consumidores y someramente los mecanismos estatales.

3.1.1.1 Mecanismos federales de protección a los consumidores

En primer lugar, encontramos a la “*United States federal Trade Commission*” (“FTC”) la cual actúa sola o colaborando con otras agencias federales. Esta agencia tiene dos objetivos: i) proteger a los consumidores y ii) mantener la competencia, previniendo prácticas económicas anticompetitivas¹⁵⁸. Esta agencia cuenta con potestades investigativas, para descubrir infracciones a cualquier ley en la que tenga autoridad, y para presentar demandas en caso del resultado de la investigación se crea que existe una violación y que el cumplimiento es en virtud del interés público¹⁵⁹.

¹⁵² “[...] with reference to a Consumer Bill of Rights by president Kennedy, the growth of the so-called “Great Society” program of the Johnson Administration, and the efforts of Ralph Nader and other consumer advocates to highlight the existence of unsafe products and the need for greater government regulation” (WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, pp. 1-2).

¹⁵³ En lo que respecta al caso chileno, acá entraría la responsabilidad por productos defectuosos, regulados principalmente en los artículos 19 y 20 de la Ley 19.496.

¹⁵⁴ En Chile, los casos de fraude escapan a la regulación de la ley 19.496, enmarcándose éste en lo que es el delito de estafa. Para mayor profundización véase BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2001, vol. 24, n° 1, pp. 59-85.

¹⁵⁵ Los casos de publicidad engañosa están regulados en la ley 19.496, encontrándose referencias a aquella en el artículo 17 L; artículo 18; artículo 20 letra c); y, especialmente regulada en el párrafo 1° del Título III de dicha Ley.

¹⁵⁶ En Chile, estos casos podemos homologarlos a los referidos a productos y servicios financieros, los cuales fueron regulados con mayor dedicación a través de la modificación introducida por la Ley 20.555, del 4 de marzo de 2012, a la ley 19.496.

¹⁵⁷ “*American consumers are protected from unsafe products, fraud, deceptive advertising, and unfair business practices through a mixture of national, state and local governmental laws and the existence of many private rights of action*” (WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 2).

¹⁵⁸ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 3.

¹⁵⁹ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 4.

Por otro lado, encontramos a otras agencias federales como la “*U.S Consumer product safety Commission*” (“CPSC”)¹⁶⁰ la cual se encarga de reducir los daños o muertes causadas por productos de consumo, desarrollando estándares de manufacturación de productos además de realizar retiros de cualquier producto que pueda causar o cause daño¹⁶¹. Además, la “*National Highway Traffic Safety Administration*” (“NHTSA”)¹⁶² encargada de cubrir la seguridad de automóviles, camiones y motocicletas¹⁶³. Adicionalmente, encontramos a la “*Federal Communications Commission*” (“FCC”)¹⁶⁴ con competencia sobre las estaciones de comunicaciones como de los operadores de comunicaciones¹⁶⁵.

Por último, a nivel de agencias federales, encontramos el “*Bureau of Consumer Financial Protection*”. La cual fue creada como respuesta a la crisis financiera del año 2008 a través de la “*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009*”¹⁶⁶. Cabe señalar que dicha regulación se tuvo en cuenta en la discusión parlamentaria durante la tramitación de la Ley N° 20.555 que modificó la ley N°19.496 para dotar de atribuciones financieras al Servicio Nacional del Consumidor¹⁶⁷. Dentro de las potestades más importantes de este órgano encontramos la facultad investigativa, la cual incluye la facultad para requerir evidencia¹⁶⁸ y la facultad para sancionar.

3.1.1.2 Mecanismos estatales de protección a los consumidores

A nivel estatal encontramos a los “*State Attorney Generals*”, quienes tienen la autoridad de iniciar demandas investigativas civiles, a través de las cuales puede requerir documentos o testimonios de particulares o compañías¹⁶⁹. Por otro lado, a nivel estatal encontramos cuerpos legales que moldean el *Federal Trade Commission Act* (“FTCA”), conocidos como “*Little FCT*

¹⁶⁰ <http://www.cpsc.gov/>, consultado el 25 de diciembre de 2017.

¹⁶¹ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 8-9.

¹⁶² <http://www.fda.gov/>, consultado el 25 de diciembre de 2017.

¹⁶³ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 9.

¹⁶⁴ <http://www.fcc.gov/>, consultado el 25 de diciembre de 2017.

¹⁶⁵ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 10.

¹⁶⁶ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, H.R. 4173 §1011(a), 111th Cong. (2nd Sess. 2010) (enacted).

¹⁶⁷ Historia de la Ley 20.555, p. 344.

¹⁶⁸ H.R. 4173 Title X Subtitle E §1052(a-b)

¹⁶⁹ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 17.

Acts”. Dichos cuerpos normativos buscan ajustar la ley federal a las necesidades estatales a través de modificaciones de la FTCA¹⁷⁰.

3.1.2 Procedimientos judiciales de derechos de los consumidores

Dentro de los juicios de defensa de Derechos de los consumidores, encontramos tres posibles vías judiciales para que éstos vean resarcidos los perjuicios ocasionados por los proveedores de productos o servicios: i) acciones del *common law* por haberse cometido un *tort*¹⁷¹; ii) acciones legales, por infracciones a la ley; y, iii) acciones colectivas.

3.1.2.1 *Common Law Torts*

En primer lugar, se puede demandar a través de las acciones de *common law*, las cuales se entienden como “[u]na demanda regida por los principios generales de ley derivados de las decisiones de las cortes, como opuesta a las que proveen las leyes”¹⁷², específicamente mediante *Torts*, término que ha sido definido por *Black’s Law Dictionary* como “un mal legal cometido contra una persona o propiedad independiente de un contrato”¹⁷³. Así, los consumidores podrán presentar una “*Common-Law Action*”, la cual se substanciará en base a las reglas de procedimiento civil del Estado que la conozca.

3.1.2.2 *Statutory Causes of Action*

Como se mencionó anteriormente, la gran mayoría de los estados tiene su propia “*Little FCT Acts*” las cuales pueden establecer acciones privadas para los consumidores, dado que la regulación federal –*Federal Trade Act*– no se establece ninguna acción para los particulares¹⁷⁴.

¹⁷⁰ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 18.

¹⁷¹ Para la doctrina nacional, *torts* son asimilados a la responsabilidad civil extracontractual o Derecho de daños. Véase BANFIDEL RÍO, Cristian. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n° 19, pp. 165-192. BANFIDEL RÍO, Cristián. Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 2014, vol. 41, n° 1, pp. 37-58. BANFIDEL RÍO, Cristián. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, n° 21, pp. 217-258.

¹⁷² “*lawsuit governed by the general principles of law derived from court decisions, as opposed to the provisions of statutes*”. Common-Law Action. (n.d.) West’s Encyclopedia of American Law, edition 2. (2008). Recuperado el 6 de enero de 2018 de <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Common-Law+Action>

¹⁷³ “A tort is a legal wrong committed upon the person or property independent of contract”. *Black’s Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed.* <https://thelawdictionary.org/tort/>, consultado el 25 de diciembre de 2017.

¹⁷⁴ WALLER, BRADY y ACOSTA, ref. 151, p. 20.

En la medida que la ley estatal establezca una acción para los consumidores, estos podrán hacerla valer conforme al procedimiento civil.

3.1.2.3 Class Action

Por último, encontramos las *Class Actions* o acciones colectivas, las cuales se encuentran regularas en la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (“FRCP”). Para que proceda esta acción, es necesario que cumpla con los requisitos establecidos en la regla 23(a)¹⁷⁵, entre los cuales encontramos: i) la impracticabilidad de reunir a todos los miembros de la clase debido a su número; ii) que existan cuestiones legales y fácticas comunes a la clase; iii) las demandas o defensas de los representantes sean las iguales a las demandas y defensas de la clase; y, iv) los representantes protejan de manera justa y adecuada los intereses de la clase. En la medida que se cumplan estos requisitos, los consumidores podrán presentar su demanda colectiva ante una corte federal, la cual conocerá conforme a las reglas contenidas en la FRCP.

3.1.3 Estándar probatorio en los procedimientos civiles utilizados en Estados Unidos de América

Dado que todas las acciones que tienen los consumidores para poder hacer valer sus derechos son reglamentadas por las reglas de procedimiento civil, el análisis de los estándares probatorios estará enfocado solamente en aquellos utilizados en materia civil.

Entrando derechamente en el estudio de los estándares probatorios civiles en Estados Unidos, podemos señalar que la práctica judicial de los países del *common law* cuenta con vasta tradición en lo que respecta a los estándares de prueba, a diferencia de lo que sucede con la doctrina continental europea¹⁷⁶. La razón detrás de lo anterior la podemos encontrar una diferencia sustancial entre un sistema y el otro en materia probatoria, esto es la utilización de jurados *legos* que valoran la prueba libremente y sin necesidad de fundamentar su decisión¹⁷⁷. Además, es necesario agregar la relación entre el estándar probatorio y el *onus probandi* o carga

¹⁷⁵ “Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”. Rule 23(a) del *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹⁷⁶ MONTERO, ref. 9, p. 76.

¹⁷⁷ MONTERO, ref. 9, p. 76.

de la prueba, “que en el sistema anglosajón, tiene una doble comprensión: por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden* o *legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido; y, por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos”¹⁷⁸.

En este sentido, podemos conceptualizar al estándar probatorio del *common law* en las palabras del doctor Roman Maydanyk en su “*expert report*”¹⁷⁹ como:

“[...] el nivel de prueba demandado o requerido en un caso específico. En otras palabras el estándar de prueba relaciona la pregunta del umbral de confiabilidad de la evidencia a las partes con el fin de convencer al juez de que la descripción fáctica de la parte interesada es verdad. La pregunta de cuándo o en cuál etapa de los procedimientos pruebas específicas, como los documentos o declaraciones testimoniales deberían ser aducidas es una técnica del procedimiento, y aunque los documentos sean producidos temprana o taradamente en el caso esto tiene poca relevancia para la pregunta sustantiva de la persuasibilidad y peso de la evidencia”¹⁸⁰.

Dicho lo anterior, pasaremos a revisar los dos estándares de prueba civil más relevantes en los Estados Unidos, estos son el estándar de prueba preponderante y el de prueba clara y convincente.

3.1.3.1 Estándar de *proponderance of evidence*

En primer lugar, encontramos el estándar *proponderance of evidence*, también conocido como criterio de *más probable que no*¹⁸¹, señalando MONTERO que “[e]ste estándar se inserta dentro de aquellos de probabilidad lógica, y conlleva en sí básicamente dos reglas: la regla del más

¹⁷⁸ ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el common law y el civil law, p. 178.

¹⁷⁹ En Chile equivaldría a un informe en Derecho.

¹⁸⁰ “[...] it is the level of proof demanded or required in a specific case. In other words the standard of proof relates to the question of threshold level of reliability of the evidence by the parties in order to persuade the judge that the relevant party's description of facts is true. The question of when or at which stage of the proceedings specific proofs, such as documents or witness statements should be adduced is a procedural technique, and whether or not the documents are produced early or later in the case has little relevance to the substantive question of the persuasiveness and weight of the evidence”. (MAYDANYK, Roman. 2014. *Second Expert Report of Dr. Roman Maydanyk*, p. 12).

¹⁸¹ ABEL LLUCH, ref. 178, p. 187.

'probable que no' y la de 'prevalencia relativa de la probabilidad'"¹⁸². En base a la primera regla el juez determinará que una proposición fáctica es verdadera en la medida que esta hipótesis tenga un mayor grado de confirmación lógica a que la proposición sea falsa¹⁸³. Por otro lado, en relación con *regla de la prevalencia relativa de la probabilidad*, ésta implica la multiplicidad de hipótesis sobre el mismo hecho, sobre este punto ABEL LLUCH ha agregado que “[e]l juez deberá partir también de la regla *más probable que no* y tomar en consideración sólo aquellas hipótesis que tengan una confirmación positiva y, de entre ellas, aquella que haya recibido el grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (*a, b, c*) y cuyos grados de probabilidad son del 40 por 100, del 55 por 100 y del 75 por 100, tendremos de elegir la hipótesis *c* con un grado de confirmación del 75 por 100 puesto que es la hipótesis que ha recibido el grado de confirmación mayor”¹⁸⁴. En virtud de ambas reglas, se deduce que “ha de existir un «mínimo necesario» para que una hipótesis pueda reputarse por verdadera y ese mínimo es el del 50 por 100”¹⁸⁵.

3.1.3.2 Standard de *clear and convincing evidence*

Por el otro lado, encontramos el estándar *clear and convincing evidence* el cual es reconocido en Estados Unidos, pero no sucede lo mismo con este estándar intermedio en Inglaterra¹⁸⁶. Este estándar “[s]e ha aplicado en casos de fraude u otros con hechos ilícitos semejantes, en casos donde hay particulares intereses en juego, como procedimientos de deportación y privación de nacionalidad, o en procedimientos civiles para internar indefinidamente a un enfermo mental contra su voluntad”¹⁸⁷, en virtud de lo señalado por ABEL LLUCH, consideramos que no estamos en frente de “particulares intereses en juego”, si no en frente de una disputa civil de carácter patrimonial, por lo cual no consideramos procedente aplicar este estándar de prueba para los juicios de defensa de los derechos de los consumidores.

¹⁸² MONTERO, ref. 9, p. 86.

¹⁸³ ABEL LLUCH, ref. 178, p. 189.

¹⁸⁴ ABEL LLUCH, ref. 178, p. 189.

¹⁸⁵ ABEL LLUCH, ref. 178, p. 189.

¹⁸⁶ Según la doctrina, este estándar se ajusta a la regla “ $P > 0.75$ ”. MONTERO, ref. 9, p. 89, nota 173.

¹⁸⁷ ABEL LLUCH, ref. 178, p. 191.

3.1.4 Conclusión

Del análisis de Estados Unidos, encontramos que en materia civil existen dos grandes estándares de prueba, los cuales pueden ser establecidos por la ley o como una regla de *common law*. Estos estándares establecen reglas de probabilidad lógica para que le juez tenga por acreditados los hechos, estableciéndose un mínimo de $P > 0.5$ en el estándar de prueba preponderante y aumentando hasta el estándar de prueba clara y convincente de $P > 0.75$ en virtud de los derechos que estén sujetos a la decisión del juez. También, del análisis de los derechos de los consumidores, podemos concluir que éstos, al ser principalmente de carácter patrimonial, no justifican alzar el estándar general civil de prueba preponderante, en tanto no encontramos una regla moral que prefiera un tipo de error (condenar un agente económico que no ha infringido los derechos de los consumidores) por sobre otro (no condenar a un agente económico que si ha infringido los derechos de los consumidores), justificándose la aplicación de un estándar que distribuya de igual forma los posibles errores. De todo lo anterior, podemos concluir que el estándar probatorio aplicable a los distintos juicios de defensa de los derechos de los consumidores en Estados Unidos es el de prueba preponderante.

Conclusiones

- a) Al analizar la legislación nacional en busca de estándares de prueba sólo encontramos el de duda razonable, aplicable al proceso penal. En la búsqueda de estándares aplicables al proceso civil y, específicamente, a los procedimientos establecidos en la Ley N° 19.496 no pudimos encontrar ningún estándar de prueba objetivo que lograra establecer con cuánto material probatorio el juez estaría en posición de tener por verdadero los enunciados sobre los hechos.
- b) En el análisis comparado de los distintos países de Iberoamérica encontramos que en ninguno se establece un estándar de prueba aplicable a los procedimientos establecidos para defender los derechos de los consumidores. Salvo el caso de España donde la doctrina ha señalado que las referencias de la ley a la “probabilidad” se podrían entender más cercanas al estándar de prueba preponderante que al de duda razonable.
- c) En cuanto a la revisión de Estados Unidos, encontramos un vasto desarrollo en las instituciones relativas a la defensa de los consumidores y de los estándares de prueba aplicable a los procedimientos civiles, pudiendo aplicarse la regla general de prueba preponderante o el de prueba clara y convincente cuando haya particulares intereses en juego. En el caso de los derechos de los consumidores no encontramos la regla moral detrás del estándar de prueba que busque preferir un tipo de error por sobre otro. Dicho lo anterior, en los procedimientos de defensa de los derechos de los consumidores encontramos un estándar de prueba de prueba preponderante.
- d) De las conclusiones anteriores, considero que no habría problema alguno en que se utilizara el estándar de prueba preponderante en los juicios de defensa de los consumidores consagrados en Chile, dado que al igual que los otros países de Derecho Continental, no hay un estándar probatorio determinado. De la misma forma, en nuestra legislación tampoco encontramos una regla moral que busque distribuir el error de una manera distinta a 50% y 50% entre los litigantes en materia civil.

Bibliografía citada

ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch, 2012.

ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2012, n° 35, pp. 173-200.

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2011, vol. 37, pp. 483-511.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, pp. 69-91.

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite y ROMERO SEGUEL, Alejandro. El control de oficio de la competencia absoluta en relación a las acciones de protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores. En DELAVEAU SWETT, Rodrigo y FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Sentencias destacadas 2009: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Santiago: Libertad y Desarrollo, 2010, pp. 155-176.

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. Artículo 50. En De la Maza, Íñigo, *et al. La protección de los derechos de los consumidores: Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

APPELGREN DECK, Francisco Javier, y PÉREZ MARCHANT, Javier Ignacio. *Los Derechos de los consumidores como Derechos constitucionales implícitos*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. guía: Paulino Varas Alfonso. Santiago: Universidad de Chile, 2014.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2001, vol. 24, n° 1, pp. 59-85.

BANFI DEL RÍO, Cristian. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n° 19, pp. 165-192.

BANFI DEL RÍO, Cristián. Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 2014, vol. 41, n° 1, pp. 37-58.

BANFI DEL RÍO, Cristián. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, n° 21, pp. 217-258.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Prólogo. En ISLER, Erika. *Prescripción extintiva en el derecho del consumo*. Santiago: Rubicón, 2017.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Política criminal*, 2012, vol. 7, pp. 454-479.

BERGMAN, Paul. *La defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1995.

BUJOSA VADELL, Lorenzo. El arbitraje de consumo. En GARCÍA GARCÍA, Luz María (coord.) y LEÓN ARCE, Alicia de (dir.). *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, vol. 2, pp. 2562-2623.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y la legislación colombiana). *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, Colombia*, junio 1986, n° 1, pp. 33-74.

CHAMIE, José Felix. Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado de la Unviersidad Externado de Colombia*, 2013, n° 24, pp. 115-132.

Defensoría Penal Pública. *Informe Estadístico 2018. Período de medición: enero a abril*. *Informe Estadístico 2018. Período de medición: enero a abril*. [en línea]. 2018 [citado el 19 de junio de 2018]. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/0057f8caebfb21dbd2fdc933ddf2736.pdf>>.

Diario Constitucional. *CGR representó decreto que promulgaba ley que fortalece facultades del Sernac por haberse apartado del texto aprobado*. [en línea]. 2 de mayo de 2018 [citado el 12 de mayo de 2018]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/dictamenes/2018/05/02/cgr-represento-decreto->

que-promulgaba-ley-que-fortalece-facultades-del-sernac-por-haberse-apartado-del-texto-aprobado/>.

ESLAVA DANGOND, Alejandra. La responsabilidad del fabricante por producto defectuoso en el nuevo estatuto del consumidor Ley 1480 de 2011. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, Colombia*, enero-julio 2013, n° 49, pp. 1-33.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. [en línea]. 2010, vol. 4, n°1. [citado el 18 de junio de 2018]. Disponible en la World Wide Web: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2393/2341>>.

FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, y RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel. *Manual de derecho procesal civil*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009, 2 t.

FUENTE NORIEGA, Margarita. La mediación en conflictos de consumo. En GARCÍA GARCÍA, Luz María (coord.) y LEÓN ARCE, Alicia de (dir.). *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, vol. 2, pp. 2501-2538.

GASCÓN ABELLÁN, María. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, n°28, pp. 127-139.

GONZÁLEZ QUINTERO, Rodrigo. Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema americana. *Estudios Constitucionales*, 2013, año 11, n° 1, pp. 89-142.

GOTTHEIL, Julio. *Common law y Civil Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 2 t.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2005, n° 28, pp. 95-113.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2006.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del "*Stare Decisis*". *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, n°1, pp. 109-124.

LEVAGGI, Abelardo. La codificación del procedimiento civil en la Argentina. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983, n° 9, pp. 211-247.

LORENZINI BARRÍA, Jaime. La carga dinámica de la prueba en materias de consumo: Un desafío pendiente para asegurar la igualdad procesal del consumidor y proveedor. En TAPIA, Mauricio, GATICA, María Paz y VERDUGO, Javiera. *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 387-405.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho procesal penal*. Santiago: LegalPublishing, 2010, 2 t.

MARCOS FRANCISCO, Diana. El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 2011, vol. 18, n° 1, pp. 241-266.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. *Tratado de las medidas cautelares: Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica, 2015.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty. Nueva perspectiva del sistema de Derecho Continental en Colombia. *Ius et Praxis*, 2011, año 17, n°2, pp. 25-52.

MAYDANYK, Roman. 2014. *Second Expert Report of Dr. Roman Maydanyk*. No. 8514-VCN, Delaware: Chancery Court of Delaware, October 20, 2014.

MESA GIL, Julián. Los procedimientos judiciales y administrativos para la protección de los consumidores. En CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUÍA. *Foro del Jurista: Análisis Estatuto del Consumidor*, Medellín, Colombia: Tragaluz editores, 2011, pp. 75-107.

MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago: Librotecnia, 2017.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código procesal penal anotado y concordado*. 2ª edición. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2006.

PINO EMHART, Alberto. Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2014, n° 22, pp. 233-253.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial*. 7ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 5 vols.

Sentencia de Constitucionalidad n°909-12 de Corte Constitucional, D-9075 Corte Constitucional de Colombia 7 de noviembre de 2012.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. (24)

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. (18)

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, n° 3, pp. 659-678.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. (12)

TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, abril 1971, vol. 84, n°6, pp. 1329-1393.

UMANSKY, Sandra Natalia. La regulación de la conducta en las relaciones de consumo. *Enfoques*, 2009, vol. 21, n° 2, pp. 15-35.

VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago: Rubicón editores, 2017. (10)

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*, 2014, vol. 14, n° 27, pp. 17-40.

WALLER, Spencer Weber, BRADY, Jillian G., y ACOSTA, R. J. *Competition & Consumer Protection Authorities Worldwide* [en línea]. 2015 [citado el 25 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/USConsumerProtectionFormatted.pdf>>.

Jurisprudencia:

CGR. 27 abril 2018. Dictamen n° 010856-18.

TC. 18 enero 2018. Rol 4012-17.

Leyes y mensajes:

Mensaje N° 04-360

Video:

VALENZUELA, Jonatan. *Estándar De Prueba Para La Prisión Preventiva*. [en línea]. Universitat De Girona. Departament De Dret Privat, 2016. [citado el 18 de junio de 2018]. Disponible en la World Wide Web: <<http://diobma.udg.edu/handle/10256.1/4402>>.