



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Procesal

**LAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA  
REGLA DE ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO  
CONTENCIOSO DE LIBRE COMPETENCIA**

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

Autor:

**Elías Alcántar Martínez**

Profesor guía:

**Nicolás Carrasco Delgado**

Santiago, Chile

2023

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN</b> .....	4
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO</b> .....	8
1.    Concepto de prueba y su lugar en el proceso .....	8
2.    Presupuestos metodológicos de la teoría racionalista de la prueba.....	9
3.    Los momentos probatorios .....	11
3.1.    El primer momento: la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas 11	
3.2.    Segundo momento: la valoración de los elementos de juicio o pruebas .....	12
3.3.    Tercer momento: decisión probatoria .....	13
4.    Los momentos probatorios y el error en el proceso judicial.....	14
5.    ¿Tienen lugar los objetivos del Derecho y la Política de la Competencia en este marco conceptual?.....	15
6.    Identificando los momentos probatorios en la regulación de libre competencia .....	17
7.    El estándar probatorio.....	17
7.1.    Concepto .....	18
7.2.    Funciones del estándar probatorio.....	18
7.2.1.    Función heurística.....	18
7.2.2.    Función justificadora.....	19
7.2.3.    Función asociada a incentivos .....	19
7.3.    Fuentes.....	20
7.4.    Vinculación entre el estándar probatorio y el error en el proceso .....	20
7.5.    Relación entre el estándar y otras reglas probatorias.....	22
7.6.    Revisión de las principales formulaciones de estándar probatorio .....	23
7.6.1.    Duda razonable .....	23
7.6.2.    Prueba clara y concluyente .....	24
7.6.3.    Preponderancia de la evidencia.....	25
7.7.    Problemas en la formulación de estándares de prueba .....	26
<b>CAPÍTULO II: LA REGLA DE ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENICIOSO DE LIBRE COMPETENCIA</b> .....	27

1.	Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento contencioso de libre competencia .....	27
1.1.	Derecho sancionatorio y aplicación de las garantías penales .....	27
1.2.	Naturaleza civil del procedimiento contencioso de libre competencia .....	29
2.	Regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia.....	31
3.	Evolución jurisprudencial de la discusión sobre el estándar probatorio aplicable en libre competencia .....	31
3.1.	Primera etapa: el <i>ius puniendi</i> estatal y la duda razonable .....	31
3.2.	Segunda etapa: el caso Farmacias y la aplicación matizada las garantías del <i>ius puniendi</i> .....	32
3.3.	Tercera etapa: voto de prevención de la Sentencia N° 160/2017 y los cuestionamientos al estándar de prueba clara y concluyente .....	34
4.	Los argumentos del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 .....	34
4.1.	Razones dogmáticas.....	34
4.2.	Razones económicas.....	36
4.3.	Razones institucionales .....	37
5.	Posturas en la doctrina nacional .....	37
5.1.	El <i>ius puniendi</i> estatal y el estándar de prueba clara y concluyente .....	37
5.2.	Aproximación de eficiencia económica y consideraciones sustantivas de la normativa de libre competencia .....	40
6.	¿Un estándar probatorio para todas las infracciones al Derecho de la Competencia?.....	41
7.	El estándar probatorio de libre competencia en las principales jurisdicciones del derecho comparado.....	42

**CAPÍTULO III: Análisis Económico del estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia.....** 44

1.	El Análisis Económico del Derecho.....	44
1.1.	Dos aproximaciones del AED.....	45
1.2.	La metodología del AED.....	46
2.	Los criterios de eficiencia.....	46
2.1.	Los criterios de Pareto .....	47
2.2.	El Teorema de Coase .....	48
2.3.	El criterio Kaldor-Hicks .....	49
2.4.	El criterio de maximización de la riqueza de Posner.....	51
3.	Análisis Económico del Derecho Procesal.....	51

4.	Teoría económica de la sanción.....	55
5.	Las premisas de análisis.....	57
5.1.	La objeción institucional.....	58
5.2.	Una regla de estándar probatorio aplicable a todas las hipótesis infraccionales contempladas en el DL 211 .....	60
5.3.	El análisis del estándar probatorio aplicable a la sentencia definitiva.....	61
5.4.	Optimización de los costos procesales .....	61
5.5.	Finalidad del procedimiento contencioso de libre competencia .....	61
5.6.	Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento.....	62
5.7.	Sobre la aplicación del mismo estándar para casos tanto de <i>public</i> como <i>private enforcement</i> .....	62
5.8.	Los tipos de error en el procedimiento de libre competencia .....	63
6.	Análisis de la aplicación de los criterios de eficiencia el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia.....	65
6.1.	Sobre la aplicación de los criterios de Pareto .....	65
6.2.	Sobre la aplicación del criterio Kaldor-Hicks .....	66
6.3.	Sobre la aplicación del criterio de Coase .....	69
6.4.	Sobre la aplicación del criterio de Posner .....	69
7.	Otras consideraciones que justifican la aplicación del estándar civil al procedimiento contencioso de libre competencia .....	69
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	72
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	74

## **RESUMEN**

El objetivo del presente trabajo es analizar el rol de las consideraciones de eficiencia, propuestas por la escuela del Análisis Económico del Derecho, en la configuración de una regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia. Para ello, se expone en primer lugar los fundamentos dogmáticos de la teoría racionalista de la prueba en relación con el estándar probatorio. Luego, se revisa –en concreto– la evolución de la discusión del estándar probatorio aplicable al procedimiento de libre competencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, donde es posible apreciar que predomina el entendimiento de que el estándar aplicable es el de prueba clara y concluyente. Finalmente, se estudian los principales postulados del Análisis Económico del Derecho, en especial la teoría económica de la sanción y los criterios de eficiencia. Se concluye que, bajo el criterio de Kaldor-Hicks, el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia debe ser el estándar civil, de prueba preponderante o balance de probabilidades.

## **ABSTRACT**

The objective of this paper is to analyze the role of efficiency considerations, proposed by the Law & Economic School, in the configuration of a standard of proof rule in the competition procedure. To do so, firstly it is exposed the dogmatic foundations of the rationalist theory in relation the standard of proof. Then, it is reviewed the evolution of the discussion of the standard of proof in the competition process, both in doctrine and jurisprudence, where it is possible to appreciate that the main understanding is that the standard of clear and convincing evidence is applicable to this process. Finally, it is studied the Law & Economics foundations, especially the economic theory of sanctions and the efficiency criteria. It is concluded that, under the Kaldor-Hicks criterion, the standard of proof applicable in competition process should be the civil standard of preponderance of evidence o balance of probabilities

## INTRODUCCIÓN

La discusión sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia ha despertado paulatinamente el interés de la doctrina y la jurisprudencia nacional. Recientemente se han publicado varios trabajos que abordan este tema<sup>1</sup> y ha existido una importante evolución jurisprudencial tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) como de la Excelentísima Corte Suprema (en adelante “CS”).

Son varios los factores que pueden explicar esta situación. Por ejemplo, la necesidad de contar con mejores herramientas procesales para la persecución de prácticas anticompetitivas y la recepción en nuestro país de la teoría racionalista de la prueba y otros desarrollos provenientes del *common law*, cuyos postulados han significado la sofisticación de la discusión sobre cuestiones que antes eran ajenas a nuestra tradición, como el estándar probatorio.

En este contexto, hace ya cinco años el TDLC dictó la Sentencia N° 160/2017 que marcó un importante hito en esta discusión. Mediante un Voto de Previsión, los Ministros Tapia y Arancibia abordaron por primera vez de manera exhaustiva esta discusión, afirmando que existen razones dogmáticas, económicas e institucionales para fundamentar la aplicación del estándar civil, de prueba preponderante, al procedimiento contencioso de libre competencia.

El objetivo del presente trabajo es profundizar en las razones económicas que justifican la aplicación del estándar civil al procedimiento contencioso de libre competencia. Para ello, se recurre al marco conceptual del Análisis Económico del Derecho (en adelante “AED”) y a los distintos criterios de eficiencia propuestos por la doctrina especializada. Sin duda, tales criterios no son el único factor que tener en consideración en la discusión, pero tienen la ventaja de que permiten situar los incentivos de manera adecuada para promover el cumplimiento de la normativa de libre competencia, sobre todo en un sector del derecho donde –en principio– es esperable que los usuarios del sistema se comporten de acuerdo con criterios de racionalidad económica.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo (Gárate, 2022), (Pavic y Pardo, 2022), (Maturana, 2021), (Becerra, 2020), (Fuch, 2020), (Valenzuela y Rencoret, 2018), (Hamilton, 2018), (Grunberg y Montt, 2017: 305-383).

La importancia de esta discusión radica en la vinculación existente las reglas procesales –como la regla de estándar probatorio– y los intereses que tutela el derecho sustantivo. Esta relación es explicada por Stein en los siguientes términos:

«En medio de las complejidades que impregnan la búsqueda de los hechos, una proposición se destaca claramente. Las reglas de búsqueda de los hechos y los procedimientos son cruciales para la protección de los derechos sustantivos. Dos factores explican la dependencia de los derechos sustantivos en las reglas de búsqueda de los hechos y los procedimientos. Primero, la precisión de la decisión del tribunal es crucial para la vindicación de cualquier derecho sustantivo (...) Segundo, porque los adjudicadores desarrollan su tarea de búsqueda de los hechos en condiciones de incerteza, la determinación de los hechos siempre envuelve el riesgo de error» (2005: 12)<sup>2</sup>.

El primer factor, que se refiere al *accuracy* de la decisión<sup>3</sup> y su importancia para la vindicación de los derechos sustantivos, apunta a que la decisión corresponda con los hechos que efectivamente ocurrieron. Este análisis se sitúa en el ámbito de la epistemología y se puede resumir en la pregunta sobre ¿qué pasó? Por otro lado, el segundo factor, que se refiere a la distribución del riesgo de una decisión errónea, se sitúa en el plano normativo, cuando ya no puede darse respuesta a la pregunta ¿qué pasó?, sino que corresponde preguntarse ¿cuáles son las razones que justifican determinada distribución del riesgo del error? (Stein, 2005: 12).

Desde ya, salta a la vista que el tema propuesto en este trabajo se vincula con este segundo factor. Según expondremos más adelante, la regla de estándar probatorio cumple la función de distribuir el riesgo de error en la decisión judicial entre las partes o intervinientes en un proceso. En ese sentido, envuelve un análisis preminentemente normativo, pues la elección del estándar probatorio es un desafío ligado a los bienes en juego (Larroucau, 2012: 784).

---

<sup>2</sup> Traducción libre, cita original «Amid the many complexities that pervade adjudicative fact-finding, one proposition stands out as clear. Fact-finding rules and procedures are crucial to the protection of substantive rights. Two factors explain substantive rights' dependence upon fact-finding rules and procedures. First, the accuracy of the court's decision is crucial to the vindication of any substantive right (...) Second, because adjudicators carry out their fact-finding tasks in conditions of uncertainty».

<sup>3</sup> Se mantiene el término original, pues a nuestro juicio el concepto “precisión” no logra recoger por completo del término usado en este contexto.

Tal aproximación pone en evidencia que no es posible realizar un análisis completo de una institución procesal relacionada a la prueba –como el estándar probatorio– sin atender el marco sustantivo que le da fundamento. Parte de los problemas que se detectan en la discusión sobre el estándar probatorio de libre competencia derivan de un erróneo entendimiento del marco sustantivo que le da fundamento a este procedimiento. Veremos que inicialmente se entendió que el procedimiento contencioso tenía una naturaleza penal o *quasi* penal. Actualmente, predomina el entendimiento que vincula este procedimiento con el Derecho Administrativo Sancionador o infraccional. En el presente trabajo ofreceremos argumentos para sostener que el procedimiento contencioso de libre competencia tiene una naturaleza jurídica civil.

Pese a su importancia práctica en la persecución y sanción de prácticas anticompetitivas, el estándar probatorio no ha sido objeto de deliberación legislativa. El esfuerzo político de reformas al sistema de libre competencia se ha concentrado en el perfeccionamiento de los mecanismos de investigación (principalmente, facultades intrusivas y delación compensada<sup>4</sup>) y en mayores sanciones, lo cual, sin duda, ha mejorado considerablemente el *enforcement* de la normativa de libre competencia, pero no se ha discutido directamente la necesidad de regular por vía legal la regla de estándar probatorio aplicable (Fuchs, 2020: 2).

El presente trabajo se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo se expondrá el concepto y la función del estándar probatorio, poniendo énfasis en la identificación de la teoría racional de la prueba. Luego, en el segundo capítulo, se estudiará de la regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia, con especial atención en la evolución jurisprudencial de la discusión y las principales posiciones en la doctrina. Finalmente, en el tercer capítulo, se analizarán los criterios de eficiencia que justifican la aplicación de un estándar civil en el procedimiento contencioso de libre competencia.

---

<sup>4</sup> En marzo de 2020 fue presentado el Proyecto de Ley que Fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en el caso que indica (Boletín N° 13312-03), actualmente se encuentra en Primer trámite constitucional. Entre otras medidas, crea la figura del denunciante reservado (Disponible en: <https://tinyurl.com/yc28y22d>).



## CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

La discusión sobre el objetivo del proceso y su vinculación con la prueba sobrepasa con creces los objetivos del presente trabajo. Por ello, en este capítulo se procede a explicar brevemente los postulados de la teoría racionalista de la prueba<sup>5</sup>, con el fin de cimentar un marco de análisis común sobre el cual plantear la discusión sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento de libre competencia.

En primer término, se exponen algunas consideraciones sobre el concepto mismo de prueba y los problemas terminológicos asociados a ello (sección 1). Luego, se explican brevemente los presupuestos metodológicos de la llamada teoría racionalista de la prueba (sección 2). En seguida, se explica la distinción entre los distintos momentos probatorios (sección 3). Además, se problematiza sobre la vinculación entre este marco conceptual y error en el proceso (sección 4) y también su vinculación con los objetivos del derecho y la política de la competencia (sección 5). Finalmente, se analiza ya propiamente el objetivo de este trabajo, que es el concepto y función de la regla de estándar probatorio (sección 6), aquí desde un punto de vista general, y en el siguiente capítulo ya concretizado en el procedimiento contencioso de libre competencia.

### 1. Concepto de prueba y su lugar en el proceso

El concepto de prueba es polisémico, debido a que es usado para referirse a cuestiones diferentes. Ante esto, se han propuesto una serie de distinciones para encaminar una mayor claridad conceptual (Gascón, 2010: 77-79).

La primera distinción propuesta por la citada autora se presenta entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”. En el contexto de descubrimiento la prueba hace referencia al descubrimiento o conocimiento de los hechos que hacen verdaderos a los enunciados asertivos. Por su parte, en el contexto de justificación, la prueba hace referencia a la justificación de esos enunciados, las razones que permiten tener por verdadero cierto enunciado

---

<sup>5</sup> Para un análisis del alcance de la teoría racionalista de la prueba en el derecho continental y en el *common law* véase: (Accatino, 2019).

sobre los hechos. Podemos afirmar que la discusión referida al estándar probatorio es una cuestión que se refiere principalmente al contexto de justificación.

La segunda distinción apunta distintos aspectos del fenómeno probatorio a que el concepto de prueba hace referencia: 1) como medio de prueba, es decir, todo aquello que permite formular o verificar los enunciados sobre los hechos (la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, etc.), 2) como resultado probatorio, es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba, bajo este concepto las pruebas desempeñan una función justificativa y 3) como procedimiento probatorio, considerando que prueba es el procedimiento intelectual mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se conocen los hechos relevantes para la decisión, es decir, se formular o verifican enunciados asertivos sobre los hechos (Gascón, 2010: 77-79).

En lo pertinente para este trabajo, se estudia la prueba como resultado y procedimiento probatorio. Como resultado probatorio, en tanto la regla de estándar probatorio es precisamente aquella que permite afirmar que determinada hipótesis se tiene por probada en el proceso. Y como procedimiento probatorio, en tanto para entender el rol del estándar probatorio es necesario proponer una visión general de la actividad probatoria.

## **2. Presupuestos metodológicos de la teoría racionalista de la prueba**

Ferrer explica que la adscripción a la llamada “teoría racionalista de la prueba” implica la defensa de tres tesis centrales: 1) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial, 2) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia y 3) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba (2007: 19).

Esta teoría afirma que la finalidad de prueba en el proceso es la averiguación de la verdad. Tal objetivo deriva de la asunción de que la finalidad fundamental del derecho procesal es ser garantía de la correcta aplicación del derecho (Ferrer, 2017: 151). El sistema jurídico prevé la existencia de órganos específicos –los tribunales– cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de

los presupuestos fácticos que el derecho atribuye una consecuencia jurídica (Ferrer, 2007: 29). Para explicar la relevancia de este punto, el citado autor, propone pensar en un escenario en que la consecuencia jurídica prevista en la norma sea atribuida aleatoriamente. Expone que, en ese supuesto, no habrá razón para comportarse de acuerdo con lo dispuesto en las normas jurídicas, pues no existiría vinculación entre la conducta de los sujetos y la probabilidad de ser sancionados<sup>6</sup>.

«Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado en dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho» (Ferrer, 2007: 30).

En este sentido, el éxito de la actividad probatoria se produce cuando las afirmaciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas. Esta visión propone que la verdad es el objetivo principal de la actividad probatoria en el proceso, pero –como veremos más adelante– este objetivo principal puede coexistir con otros objetivos o intereses.

Esta teoría adscribe al concepto de verdad como correspondencia, que da cuenta de la relación teleológica entre verdad y proceso. Se considerará verdadero en el proceso determinado enunciado fáctico sólo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo externo. Ahora bien, se reconoce que no es posible arribar a certezas racionales, psicológicas o subjetivas en el proceso. Por ello, atendidas las limitaciones epistémicas inherentes al proceso de toma de decisiones en el proceso, el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico. Ahora bien, existen al menos dos grandes nociones de probabilidad que, a su vez, se proyectan al proceso: la matemática o estadística (bayesiana) y la lógica o inductiva (baconiana). Este punto escapa con creces de los objetivos del presente trabajo, pero cabe constatar que las formulaciones tradicionales de estándares probatorios están asociadas a criterios matemáticos de probabilidad. Tradicionalmente se explica que el estándar de duda razonable se vincula a una probabilidad de 0,99 (o 99%), el

---

<sup>6</sup> Cabe tener presente que hay quienes sostienen que la decisión aleatoria puede forzar a las partes a llegar a acuerdos (Elster, 1991).

estándar de prueba clara y concluyente 0,75 (75%) y el estándar civil de preponderancia de la prueba a 0,5 (o 50% + 1)<sup>7</sup>.

### **3. Los momentos probatorios**

Uno de los principales aportes de la teoría racional de la prueba es la identificación de los *momentos probatorios*. Esta aproximación analítica ofrece una radiografía del proceso de toma de decisiones, lo cual permite un mejor análisis de las problemáticas asociadas a la prueba. Cabe advertir, desde ya, que se trata de momentos lógicamente distintos y sucesivos, pero que en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados (Ferrer, 2007: 41).

Estos momentos probatorios son los siguientes: 1) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión o la etapa de inclusión probatoria; 2) la valoración de esos elementos o la etapa de valoración de la prueba; y 3) la adopción de la decisión o la etapa de decisión probatoria.

#### **3.1. El primer momento: la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas**

Una de las características más definitorias de la prueba jurídica es su *especificidad*, es decir, que para los efectos de la decisión jurídica sólo serán consideradas las pruebas existentes en el proceso, excluyéndose aquellos elementos o informaciones de los que se disponga privadamente. Ferrer explica que esto se refleja en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*, es decir, lo que no está en los autos no está en el mundo<sup>8</sup>. En otras palabras, en el proceso se analiza un subconjunto de elementos de juicio o pruebas: aquellos que constan en el expediente judicial (2007: 41-49).

En esta etapa recibe aplicación el “principio general de inclusión probatoria”, que establece que será admitida en el proceso toda prueba que sea *relevante* sobre los hechos que se juzgan y que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros impuestos por las reglas jurídicas. Una

---

<sup>7</sup> Para un completo análisis sobre la discusión de la probabilidad aplicada a la actividad probatoria, véase (Gascón, 2010: 144-167).

<sup>8</sup> Esta afirmación, por cierto, se puede matizar con la inclusión de hechos notorios o convenciones probatorias.

prueba es *relevante* si apoya o refuta algunas de las hipótesis fácticas del caso (esto se materializa en concreto en la resolución judicial que fija los puntos de prueba).

En cuanto a los filtros, podemos sostener que se tratan de reglas de exclusión que se justifican en valores distintos a la averiguación de la verdad, principalmente la protección de derechos fundamentales (intimidad, autonomía individual, no autoincriminación, etc.). Por ejemplo, se excluyen las pruebas obtenidas con infracción de derechos y garantías fundamentales (prueba ilícita) y las pruebas obtenidas de actuaciones decretadas nulas o sin el cumplimiento de los requisitos legal (prueba ilegal)<sup>9</sup>.

### **3.2. Segundo momento: la valoración de los elementos de juicio o pruebas**

Una vez que se ha formado el conjunto de los elementos de juicio, se pasa al segundo momento, de valoración de la prueba. El valor probatorio de las pruebas puede estar predeterminado por la ley (sistema de prueba legal o tasada) o bien, se puede establecer la libre valoración de la prueba. En este último caso, se procede a evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria (Ferrer, 2017: 156). El sistema de libre valoración de la prueba es *libre* en tanto las normas jurídicas no predeterminan el resultado de la valoración, pero esta valoración está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad (Ferrer, 2007: 45).

«(...) en este momento se trata de evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto de proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (las llamadas máximas de la experiencia)» (Accatino, 2011: 485).

---

<sup>9</sup> El ejemplo más elocuente de esto se presenta en las reglas exclusión probatoria aplicables al proceso penal. Esto es explicado en los siguientes términos: «Asimismo, en esta etapa [preparatoria del juicio oral] corresponde plantear las exclusiones probatorias que autoriza el Código (...) Es decir, en esta etapa el tribunal resolverá sobre las solicitudes encaminadas a excluir del debate principal aquella evidencia reunida en el curso de la investigación en cuya obtención se haya incurrido en algún defecto en la forma que acarree su nulidad o sea ilícita por violación de garantías constitucionales» (Horvitz y López, 2004: 22).

Según expone la citada autora, en esta etapa se debe seguir una aproximación atomista, que supone un examen de cada medio de prueba en relación con las hipótesis de hecho en juego. Lo que implica que la valoración no debe ser referida de manera global al relato de los hechos, sino a las diversas proposiciones fácticas que lo integran (Accatino, 2014: 43). En concreto, se debe evaluar la capacidad de corroboración de cada una de las hipótesis. Un ejercicio de valoración probatoria puede arribar a los siguientes resultados: 1) prueba fuerte de la verdad de la hipótesis  $b$ ; 2) prueba fuerte de la falsedad de la hipótesis  $b$ ; 3) prueba débil de la verdad de la hipótesis  $b$ ; 4) prueba débil de la falsedad de la hipótesis  $b$ ; 5) no hay prueba de la verdad de la hipótesis  $b$ ; 6) no hay prueba de la falsedad de la hipótesis  $b$ .

### **3.3. Tercer momento: decisión probatoria**

La valoración de la prueba habrá permitido asignar un determinado grado de confirmación a cada una de las hipótesis en conflicto (que nunca será igual a certeza absoluta, como hemos explicado). Corresponde ahora, decidir si determinada hipótesis puede declararse como probada o no, y esta decisión se realiza en base al estándar probatorio aplicable (Ferrer, 2007: 47) y la elección de ese estándar se realiza en atención a los valores en juego en cada procedimiento. La decisión que se adopte tiene una triple fisonomía: 1) está probado que  $p$ ; 2) no está probado  $p$ ; 3) está probado que no  $p$ , o está probado que  $q$ , siendo  $q$  una hipótesis alternativa y contradictoria con  $p$  (Valenzuela, 2017: 30-32).

Por otro lado, y a diferencia de la valoración de la prueba, en este momento se debe seguir una aproximación holista o global: «Una concepción holista de la estructura de las razones probatorias para la justificación del juicio sobre la fuerza probatoria del conjunto de elementos de prueba relevantes con respecto a cada hecho principal y su suficiencia conforme al estándar legal aplicable» (Accatino, 2011: 53).

Sobre el concepto y función de la regla de estándar probatorio se profundizará en la siguiente sección. De momento, basta con entender dónde se sitúa la regla de estándar dentro de la actividad probatoria y cuáles son las características de este marco general.

¿Cuál es la diferencia entre la valoración y la decisión probatoria? González explica que la finalidad de la valoración de la prueba es determinar el grado de corroboración de las distintas hipótesis acerca de cómo ocurrieron ciertos hechos. Pero el resultado de valoración nunca será total certeza «la credibilidad de una hipótesis es una cuestión de grado. El estándar de prueba tiene la función de definir el umbral a partir del cual es posible considerar que el grado de confirmación de una hipótesis es suficiente para basar en ella la decisión» (González, 2014: 109). Por ello, debido a que la valoración de la prueba solo indicará el grado de confirmación de una hipótesis, corresponde decidir si aquel grado de confirmación es suficiente para tener por acreditada determinada hipótesis en el proceso.

#### 4. Los momentos probatorios y el error en el proceso judicial

Como hemos explicado previamente, existe relativo acuerdo en la doctrina respecto de que en el proceso no es posible arribar a una decisión fundamentada en una certeza racional «No existe conclusión alcanzada en disputas legales que pueda ser adoptada con absoluta certeza» (Anderson, Schum y Twining, 2005: 246)<sup>10</sup>. De ahí que, para hacerse cargo de esta realidad, el ordenamiento jurídico establezca reglas que abordan la problemática del error en el proceso. Veremos que existen reglas que apuntan a reducir el error, otras apuntan a enmendarlo y otras a distribuir el error entre las partes o intervinientes.

Los dos primeros momentos probatorios –de inclusión y valoración probatoria– apuntan a *reducir* el error. Hemos visto que, de acuerdo con el principio de inclusión probatoria, deben ingresar al acervo probatorio todos aquellos elementos de juicio relevantes, salvo que existan razones epistémicas o de otros valores que justifiquen su exclusión (filtros). En principio, mientras más y mejor información esté disponible en el proceso, menor será la incidencia del error. En cuanto a la valoración de la prueba, los criterios de racionalidad epistémica apuntan a reducir la incidencia del error. En cambio, en el momento de la decisión probatoria el foco ya no es disminuir el error, sino que es *distribuir* el riesgo de error entre las partes o intervinientes en el procedimiento.

---

<sup>10</sup> Traducción libre, cita original «There are no conclusions reached in legal disputes that can be stated with absolute certainty».

## 5. ¿Tienen lugar los objetivos del Derecho y la Política de la Competencia en este marco conceptual?

Desde el punto de vista sustantivo, existe cierto consenso en que el objetivo del Derecho y la Política de la Competencia es la eficiencia y que el objetivo de la sanción de las prácticas anticompetitivas es la disuasión o *deterrence*. Así se ha reconocido tanto en el Derecho Antitrust de Estados Unidos<sup>11</sup> como en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea<sup>12</sup>.

A su vez, esto es explicado por la doctrina nacional en los siguientes términos: «En definitiva, dado que la eficiencia constituye “el” fin de la libre competencia (...) el modelo de la prevención debe constituir la guía central que anime la política de la competencia en general y la fijación de multas en particular» (Grunberg y Montt, 2017: 311).

En cuanto a la jurisprudencia nacional, el TDLC también ha reconocido este objetivo «Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general»<sup>13</sup>.

Identificados los objetivos sustantivos del sistema de libre competencia corresponde abordar la pregunta planteada al principio de este acápite. Sin duda el objetivo principal de la actividad probatoria es la averiguación de la verdad, pues esto le da sustento dogmático y legitimidad. Pero, según advierte la doctrina, es posible que otros valores o intereses sean ponderados en este marco conceptual. Y es precisamente el momento de decisión probatoria –donde recibe aplicación la regla de estándar probatorio– una instancia donde es posible introducir estos objetivos ajenos a la averiguación de la verdad.

---

<sup>11</sup> «Así, en Estados Unidos, la Sección de Antitrust de la American Bar Association (ABA) afirma que “en gran medida, los castigos a los crímenes en el ámbito de los negocios están diseñado para hacer que los delitos empresariales constituyan una proposición no lucrativa”» (Grunberg y Montt, 2017: 311).

<sup>12</sup> «A tal efecto, la comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación (...) Procede a fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio en específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81 [101] y 82 [102] del Tratado (efecto disuasorio general)» (Unión Europea, 2006).

<sup>13</sup> Considerando 193º de la Sentencia N° 85/2009 TDLC.



«En diversas ocasiones he señalado ya que la actividad probatoria en el derecho está informada por diversos valores y objetivos. El principal de ellos, porque de él depende la capacidad motivadora del propio derecho, es la averiguación de la verdad, pero no es el único. Ahora vale la pena advertir que esos diversos valores juegan también en momentos distintos. Y el momento pertinente en que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es la valoración de la prueba, mientras que los demás valores y objetivos rigen en el primero y en el tercero de los momentos» (Ferrer, 2007: 47).

El citado autor afirma que estos “otros valores” tienen lugar en los momentos de inclusión y decisión probatoria. Respecto del primer momento, es posible ejemplificar con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, establece la regla de exclusión probatoria respecto de la prueba ilícita, es decir, aquellas obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. Esta regla busca la protección de los derechos y garantías fundamentales del imputado y no la averiguación de la verdad. De hecho, en virtud de esta regla se pueden excluir pruebas muy valiosas desde el punto de vista de su capacidad de corroboración, pero si fueron obtenidas con inobservancia de las garantías del imputado carecen de todo valor probatorio<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, y ahora respecto de la etapa de decisión probatoria, el artículo 340 del Código Procesal Penal establece el estándar penal de la duda razonable. Pese a que existe discusión sobre su fundamento y alcance, sin temor equivocarnos podemos afirmar que objetivo de esta regla se vincula a esos “otros valores”, distintos de la averiguación de la verdad, que explica Ferrer. Pues –según veremos en el próximo capítulo– la formulación de este estándar atiende a consideraciones normativas, que ponderan el riesgo de condena del inocente por sobre el riesgo de la absolución del culpable, en miras de hacer operativas las garantías constitucionales del imputado.

Lo que queremos apuntar aquí es que la discusión sobre el estándar probatorio aplicable en el procedimiento contencioso de libre competencia debe considerar que el objetivo del

---

<sup>14</sup> Existe una interesante discusión sobre el valor probatorio de evidencias que fueron obtenidas de manera indirecta de una actuación declarada ilícita. Esta es la llamada «teoría de los frutos del árbol envenenado», véase: (Pitler, 1968). (Laudan, 2013: 253-256).

procedimiento es la disuasión. Y, como veremos en el Capítulo III, la regla del estándar probatorio tiene la importancia de ser uno de los factores que incide la probabilidad de sanción, que tienen en consideración los posibles infractores al momento de ponderar su comportamiento.

## **6. Identificando los momentos probatorios en la regulación de libre competencia**

La tarea de identificar los momentos probatorios en el procedimiento contencioso de libre competencia ya ha sido realizada por (Becerra, 2020: 4-6) y (Gárate, 2022: 83). Por ello, en este acápite nos remitiremos a lo expuesto por los citados autores.

En cuanto al primer momento, de inclusión probatoria, en este procedimiento se consagra el principio de libertad de prueba, el cual prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante de los hechos que se juzgan. Tiene consagración legal en el inciso 2° del artículo 22 del DL 211, el cual dispone que «son admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indico o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer hechos pertinentes».

Sobre el segundo momento, de valoración de la prueba, se hace referencia a las reglas de la sana crítica. El inciso final del artículo 22 del DL 22 señala «El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica».

Finalmente, en relación con el tercer momento, de decisión probatoria, el DL 211 no contiene regla alguna que consagre un estándar probatorio, pues no es regulado un umbral de decisión para admitir como probada una hipótesis sobre los hechos en el proceso.

## **7. El estándar probatorio**

Recapitulando lo expuesto, podemos afirmar que el estándar probatorio es aquella regla que fija el umbral de suficiencia para tener por acreditadas las afirmaciones sobre los hechos relevantes en el proceso. Esta regla opera en el tercer momento de decisión probatoria, y se materializa con una aproximación global u holista a los elementos de juicio o pruebas, y permite incorporar la tutela

de “otros valores” distintos a la averiguación de la verdad, como la protección de garantías fundamentales o la eficiencia. Además, y en relación con el error en el proceso, cabe agregar que el estándar probatorio no apunta a la disminución de errores, sino que es una regla que *distribuye* el riesgo de error entre las partes.

## 7.1. Concepto

Tomaremos en consideración la siguiente conceptualización: los estándares de prueba «son los *criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe*»<sup>15</sup>. En otros términos, el estándar probatorio responde a la pregunta sobre ¿qué grado de probabilidad o certeza se requiere para que pueda darse por probado un hecho? (Gascón, 2005: 129).

## 7.2. Funciones del estándar probatorio

Hemos expuesto que las funciones principales del estándar probatorio son fijar un umbral de suficiencia probatoria y distribuir el riesgo del error entre las partes o intervinientes en un proceso, estas funciones subyacen de la propia conceptualización del estándar probatorio. Sin embargo, esta no son las únicas funciones del estándar. La doctrina atribuye –al menos– dos funciones adicionales al estándar probatorio. Se trata de la función heurística y la función justificadora. Ambas son identificadas desde el punto de vista de la valoración de la prueba, y se refieren a lo que explicamos en la sección 2, del concepto de prueba como procedimiento probatorio y como decisión probatoria. Se trata de una aproximación *desde dentro* de la adjudicación. A este marco teórico, proponemos incorporar otra función más, que se identifica *desde fuera* de la actividad adjudicación propiamente tal. La que llamaremos función asociada a incentivos.

### 7.2.1. Función heurística

Esta función entiende que el estándar probatorio representa una guía de valoración racional «el SP [estándar probatorio] es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa» (Gascón, 2005: 129). Esto quiere decir que el adjudicador al

---

<sup>15</sup> Las cursivas son de la fuente original.

momento de valorar la prueba deberá tener presente el umbral de suficiencia aplicable. Esto se debe a que la regla de estándar probatorio es conocida *ex ante* por el juzgador, es ese sentido *orienta* la valoración de la prueba, como explica la citada autora.

### **7.2.2. Función justificadora**

Por su parte, la función justificadora apunta a que el estándar probatorio representa un criterio que permite la reconstrucción de la justificación de la decisión probatoria. Esto implica que «la justificación de la decisión será incompleta si no se justifica la concurrencia de elementos que componen el estándar» (Gascón, 2005: 138). Por ello, el estándar probatorio representa una vía de control intersubjetivo de la decisión probatoria, que permite hacer operativo el sistema de recursos, según explicaremos más adelante.

### **7.2.3. Función asociada a incentivos**

Ahora, desde un punto de vista externo a la actividad probatoria, el estándar probatorio cumple una función asociada a incentivos, pues orienta el comportamiento de las partes o intervinientes en el procedimiento «[el estándar probatorio] entrega *ex ante* información a ambas partes acerca de cuándo sus narraciones fácticas se entenderán aceptadas en un acto de juicio que resuelva el conflicto» (Carrasco, 2019: 703).

Es claro que las partes o intervinientes en un procedimiento saben (o deberían saber) desde antes de iniciar el procedimiento cuál es la regla de estándar probatorio aplicable, lo que les permite ponderar sus probabilidades de éxito en el juicio. Por ejemplo, en el supuesto de que resultará aplicable el estándar de duda razonable al procedimiento de libre competencia, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) o el demandante particular<sup>16</sup> —en principio— no presentarían un requerimiento o demanda por caso de colusión, si saben que no tienen prueba suficiente para superar el estándar probatorio más alto. Ahora bien, uno podría ir más lejos con esta propuesta y entender que la regla de estándar probatorio afecta los incentivos de las partes o intervinientes no solo respecto de la decisión de iniciar o no un procedimiento, sino también

---

<sup>16</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del DL 211 el procedimiento contencioso puede iniciar por requerimiento de la FNE o por demanda particular.

respecto de la posibilidad de llegar a acuerdos. Luego, también el estándar tiene un rol en los incentivos de las partes o intervinientes *durante* el procedimiento, en particular con la carga de producir y aportar pruebas (lo que se vincula con la regla de la carga de la prueba) y nuevamente, con la posibilidad de arribar a acuerdos durante el procedimiento.

### **7.3. Fuentes**

La regla del estándar probatorio puede estar contemplada directamente en la ley, como es el caso del proceso penal en nuestro país (artículo 340 del Código Procesal Penal) o ser fruto del desarrollo jurisprudencial, como parece ser el caso del procedimiento contencioso de libre competencia, según explicaremos en el siguiente capítulo.

En los sistemas de derecho civil, de tradición romana –como el nuestro– donde existe una preeminencia de la ley como fuente del derecho es particularmente importante que la regla se encuentre establecida a nivel legal. Sobretudo si la ponderación de los valores en juego y la incidencia de los tipos de errores es una cuestión que requiere deliberación democrática.

### **7.4. Vinculación entre el estándar probatorio y el error en el proceso**

Resulta evidente que durante el desarrollo del proceso se pueden cometer errores. Tanto el juez como las partes o terceros pueden incurrir en ellos, y en distintos momentos; durante el desarrollo del proceso o en la dictación de la sentencia; además, en cuanto a su importancia existen errores leves (o poco relevantes), graves (o relevantes) y errores gravísimos (o muy relevantes). El sistema asume esta posibilidad y, por ello, establece reglas encaminadas a su subsanación, disminución o distribución (Carbonell, 2021: 295).

En este contexto tiene lugar la regla de estándar probatorio, que es explicada en los siguientes términos:

«Desde la teoría de la prueba, la noción de error se asocia particularmente a la regla de estándar de prueba que, para usar una formulación muy difundida actualmente, tiene por finalidad distribuir el error. El estándar de prueba es un caso claro de una regla que

*distribuye* los riesgos de una decisión judicial errónea en cuanto a la reconstrucción de los hechos» (Carbonell, 2021: 299)<sup>17</sup>.

En concreto, los errores que se pueden cometer en el momento de decisión probatoria son dos. El error 1 consiste en aceptar como verdadero (o dar por probado) aquello que es falso y el error 2 consiste en no aceptar como verdadero (o no dar por probado) aquello que es verdadero (Gascón, 2005: 130). Cabe notar que esta distinción entre los tipos de error se suele extrapolar a la decisión final del juicio o procedimiento como tal. Son bien conocidas las nociones del error en el proceso penal, que describen el llamado “error de tipo 1” (o falso positivo), como la condena del inocente y el “error de tipo 2” (o falso negativo) como la absolución del culpable. En el proceso civil, se afirma que el falso positivo consiste en acoger una acción cuando el demandado no es responsable y falso negativo cuando se desestima una acción siendo responsable el demandado (Larroucau, 2012: 785). Más adelante se expondrá una versión de los tipos de error para el procedimiento contencioso de libre competencia.

La distribución del riesgo del error puede ser simétrica o asimétrica, de acuerdo con los bienes en juego. Por ejemplo, en el proceso penal existe cierto consenso que se debe establecer un estándar probatorio exigente para la hipótesis de condena, para reducir la incidencia de los falsos positivos (condena del inocente), porque esto significaría error inaceptable desde el punto de vista normativo, pues existen valores importantes en juego, como la libertad personal del imputado y la presunción de inocencia.

Ahora bien, en la medida que se reduce la incidencia de un tipo de error, aumenta necesariamente la incidencia del otro tipo de error. Siguiendo el ejemplo del proceso penal, esta relación entre ambos tipos de error se puede explicar en los siguientes términos:

«Bajo condiciones de incerteza, sin embargo, minimizar errores en la adjudicación (...) siempre envuelve compromisos [*tradeoffs*] (...) En resumen, al reducir la incidencia de los falsos positivos (condena errónea del factualmente inocente), el estándar de la “duda

---

<sup>17</sup> Cursiva en la cita original.

razonable” incrementa la incidencia de los falsos positivos (absolución errónea o no persecución del factualmente culpable)» (Bierschbach y Stein, 2007: 191)<sup>18</sup>.

## 7.5. Relación entre el estándar y otras reglas probatorias

Además del estándar probatorio, existen otras reglas que gestionan el costo de error en el proceso, por ejemplo, la carga de la prueba y las presunciones (Hamer, 2014: 221).

La regla de la carga de la prueba y el estándar probatorio tienen en común que se tratan de reglas que distribuyen el error (Laudan, 2005: 112). Ahora bien, operan en niveles distintos. De la carga de la prueba podemos identificar manifestaciones en los momentos de inclusión y decisión probatoria<sup>19</sup>, en cambio, la regla de estándar probatorio recibe aplicación paradigmáticamente en el momento de decisión probatoria, aunque su influencia se proyecta durante todo el proceso, incluso antes de iniciar, según hemos explicado en la sección 7 sobre la función del estándar de prueba.

La regla de la carga de la prueba determina básicamente quien pierde si no hay prueba suficiente, pero ¿cómo saber si hay prueba suficiente? Mediante la regla de estándar probatorio. Esta vinculación entre la regla de la carga de la prueba y el estándar probatorio es explicada en los siguientes términos<sup>20</sup>:

«Sólo si disponemos de estándares de prueba que indiquen el grado de suficiencia probatoria (*i.e.*, la probabilidad necesaria para dar por probada una hipótesis) podrán ser utilizables otras reglas para la toma de decisión, como las cargas de prueba o las presunciones. En efecto, las reglas de carga de la prueba tienen la función de determinar

---

<sup>18</sup> Traducción libre, cita original «Under conditions of uncertainty, however, minimizing adjudicative errors (...) always involves tradeoffs (...) In short, by decreasing the incidence of false positives (erroneous convictions of the factually innocent), a “reasonable doubt” standard increases the incidence of false negatives (erroneous acquittals and non-prosecutions of the factually guilty)».

<sup>19</sup> En la etapa de inclusión probatoria, la carga de la prueba determina qué parte debe aportar elementos de juicio o pruebas para respaldar su posición. Por otro lado, en la etapa de decisión se produce la consecuencia de la carga de la prueba, pues en la medida que se decida que no está probada determinada hipótesis respecto de la cual una parte tiene la carga de probar, su posición será desmejorada en relación con la decisión final del juicio.

<sup>20</sup> Ahora bien, en el caso de que no haya prueba alguna respecto de una hipótesis que una de las partes tenga la carga de probar se pasaría directamente al momento de decisión probatoria, pues no habría prueba para valorar.

quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto, pero para aplicarlas es necesario conocer cuándo hay prueba suficiente» (Ferrer, 2018: 403)

El citado autor explica que, para la configuración de un estándar probatorio, se debe considerar también estas otras reglas que tienen un rol en la distribución del riesgo del error:

«Pues bien, es fácil observar que, si queremos distribuir el riesgo probatorio de los estándares de prueba, debemos también tener en cuenta qué otras reglas operan en esa misma distribución. Si, por ejemplo, con el argumento de favorecer a la parte débil en las relaciones de consumo, establecemos la regla de que la carga de la prueba en procesos por productos defectuosos corresponde al fabricante y simultáneamente rebajamos mucho el estándar de prueba, quizá el resultado será exactamente el contrario al buscado» (Ferrer, 2018: 414).

## **7.6. Revisión de las principales formulaciones de estándar probatorio**

A continuación, se reseñan brevemente las formulaciones tradicionales del estándar probatorio en los diversos procedimientos. Partiendo desde la más exigente a la menos exigente.

### **7.6.1. Duda razonable**

Existe relativo consenso en que en el proceso penal debe regir un estándar probatorio exigente (o el más exigente) en relación con los demás procedimientos. Esto debido a los bienes jurídicos en juego. En particular, la libertad de personal del imputado y la presunción de inocencia. Cabe destacar que, pese a las críticas que ha recibido su formulación, este es el único estándar probatorio en nuestro ordenamiento jurídico que tiene reconocimiento legal expreso. Se encuentra regulado en el artículo 340 del Código Procesal Penal:

«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»<sup>21</sup>.

Se trata del estándar que fija el umbral de suficiencia probatoria más alto, reduciendo la incidencia de los falsos positivos (condena del inocente) al costo de aumentar la incidencia de los falsos negativos (absolución del culpable). Eso refleja una decisión político-jurídica que se remonta a la célebre frase de Blackstone «Es mejor absolver a diez personas culpables que condenar a una inocente» (2016: 24)<sup>22</sup>.

### 7.6.2. Prueba clara y concluyente

El estándar de prueba clara y concluyente (o *clear and convincing evidence*) resulta aplicable a ciertos procedimientos en que puede haber graves consecuencias o que están involucrados derechos o intereses importantes, por lo que se justificaría reducir la incidencia de los falsos positivos al costo de aumentar los falsos positivos. Se trataría de un estándar intermedio entre la duda razonable penal y la preponderancia de la evidencia civil.

Este estándar recibiría aplicación cuando se impute a una persona responsabilidad infraccional, para la imposición de una sanción administrativa. Se diferencia con la responsabilidad civil, en que no se persigue reparar el daño causado a otra persona, sino que se imponen con finalidades retributivas o disuasivas (Maturana, 2021: 325).

Se suele señalar que este estándar aplica a casos de fraude o cuando se ven comprometidas las libertades personales.

«En la categoría de fraudes, el hallazgo de que una persona ha cometido fraude la expone a dos sanciones, en vez de una. La primera sanción es legal. La persona asume responsabilidad o pierde su alegación y consecuentemente sufre una disminución en su bienestar. La segunda sanción es social. Identificado como fraudulento, la persona sufre

---

<sup>21</sup> Cursivas incluidas por el autor.

<sup>22</sup> Traducción libre, cita original: «it were better that ten guilty men go free than one innocent man be convicted».

una pérdida en su reputación en su comunidad, la que puede reducir su bienestar, como la pérdida de negocios o oportunidades sociales» (Stein, 2005: 153)<sup>23</sup>.

Los criterios que se han propuesto para la aplicación de este estándar son la naturaleza de la responsabilidad imputada, el efecto inhibitorio (o *chilling effect*) que se puede producir en conductas socialmente deseadas, la afectación de los bienes jurídicos de la persona acusada (censura o estigma social) y como contrapeso a la desigualdad procesal entre las partes (Maturana, 2021: 324-328). Larroucau explica que este estándar recibe aplicación en casos en que se cuestione la capacidad del testador para disponer de sus bienes, pues el derecho de Estados Unidos considera la voluntad manifestada del testador como una meta preminente del sistema. Así, mediante el estándar de prueba clara y concluyente, se aceptan más falsos negativos (no sancionar a quienes forzaron al testado) que falsos positivos (revisar la voluntad del testador cuando no correspondía) (2012: 785).

### **7.6.3. Preponderancia de la evidencia**

El estándar de prueba preponderante (o “preponderancia de la probabilidad”, “balance de probabilidades” o “mayor peso de la prueba”) es generalmente aplicable a los procesos civiles, pues distribuye de manera igualitaria el riesgo de error entre demandante y demandado, considerados como clases de litigantes (Larroucau, 2012: 789). En cuanto al contenido de este estándar se ha expuesto lo siguiente:

«Este estándar establece, en esencia, que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe «sopesar» las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente «más probable», sobre la base de los medios de prueba disponibles» (Taruffo, 2008: 137).

---

<sup>23</sup> Traducción libre, cita original: «In the fraud category, a finding that a person committed fraud exposes that person to two sanctions, rather than one. The first sanction is legal. The person assumes liability or loses his or her claim and consequently suffers a reduction on his or her welfare. The second sanction is social. Identified as fraudulent, the person suffers a reputation loss in this or her community, which bring about further reductions of his or her welfare, such as lost business and social opportunities».

Este estándar probatorio se compone de dos reglas: la de *más probable que no* y la *prevalencia relativa de la probabilidad*. La regla de *más probable que no* implica que se considere que respecto de cada hipótesis sobre los hechos siempre existan dos hipótesis complementarias, una positiva (que sea verdadero) y otra negativa (que sea falso). Entre ellas, el juzgador deberá elegir aquella que tenga un mayor grado de confirmación que la otra. La regla de *prevalencia relativa* recibe aplicación cuando distintos enunciados narran un hecho de manera distinta. Considerando que sólo aquellas hipótesis que hayan resultado *más probables que no*, la regla de *prevalencia relativa* implica que el juez elija como verdadero el enunciado de hecho que ha recibido el grado de confirmación relativamente mayor (Taruffo, 2009: 424).

### 7.7. Problemas en la formulación de estándares de prueba

Ferrer explica que las formulaciones de estándar probatorio suelen adolecer de dos graves problemas. En primer lugar, que suelen apelar a elementos subjetivos del decisor, como “íntima convicción” o “certeza subjetiva o moral”, lo que no permitiría un adecuado control intersubjetivo de la decisión<sup>24</sup> y, en segundo lugar, debido al nivel de vaguedad en que son expresados, no fijarían –en realidad– un umbral de suficiente (2018: 403-404).

El citado autor, explica que para que una regla pueda denominarse estándar de prueba debe cumplir tres requisitos metodológicos: 1) debe apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan (y no a criterios subjetivos del decisor); 2) los criterios que se utilicen para la formulación del estándar deben cumplir la función de establecer un umbral a partir del cual la hipótesis sobre los hechos pueda ser considerada suficientemente corroborada; y 3) el umbral no puede establecerse mediante números o formulas matemáticas, sino a través de criterios cualitativos (Ferrer, 2018: 405-406).

---

<sup>24</sup> Sobre esta idea de que las formulaciones tradicionales del estándar probatorio no permitirían el control intersubjetivo de la decisión, cabe apuntar que en la práctica esto no es efectivo, toda vez que los distintos procedimientos contemplan mecanismos de impugnación que permiten la corrección de error en la aplicación de la regla de estándar probatorio. Por ejemplo, por la vía del recurso de casación en el fondo, la CS puede revisar si se aplicó correctamente el estándar probatorio, por la causal que se refiere a las leyes reguladores de la prueba. Para una revisión de cómo la CS ha interpretado esta atribución, véase (Larroucau, 2017).

## **CAPÍTULO II: LA REGLA DE ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO DE LIBRE COMPETENCIA**

En el presente capítulo se describe el estado actual de la discusión sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia. En primer término, se problematiza sobre la naturaleza jurídica del procedimiento contencioso de libre competencia (sección 1), luego se explican algunas consideraciones sobre la fuente de la regla de estándar probatorio en este procedimiento (sección 2) y se ofrece un recuento de la evolución jurisprudencial de la discusión (sección 3). Además, se analiza, en particular, el Voto de Prevención de la sentencia N° 160/2017 (sección 4). Posteriormente, se exponen las principales posiciones doctrinales sobre este punto (sección 5). Adicionalmente, se plantea la pregunta de si se debe establecer un estándar probatorio en general para todas las infracciones susceptible de someterse al procedimiento contencioso o si se debe diferenciar de acuerdo con el tipo de conducta (sección 6). Finalmente, se revisa brevemente el estado de la discusión en las principales jurisdicciones del derecho comparado (sección 7).

### **1. Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento contencioso de libre competencia**

La discusión sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia trae consigo otra discusión que opera en un nivel más amplio, y que muchas veces no ha sido transparentada por la doctrina, y es la discusión sobre la naturaleza jurídica del procedimiento. Este punto no es baladí, pues esto repercute –en mayor o menor medida– en la determinación de la normativa supletoria, en los principios formativos del procedimiento y en los derechos y garantías de las partes o intervinientes.

A continuación, expondremos las principales posiciones sobre este punto.

#### **1.1. Derecho sancionatorio y aplicación de las garantías penales**

La posición mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>25</sup> es que el procedimiento contencioso de libre competencia regulado en el DL 211 tiene una naturaleza sancionatoria, vinculada al Derecho Administrativo Sancionador o Derecho infraccional<sup>26</sup>. Valdés explica que las infracciones reguladas en el DL tienen una naturaleza infraccional vinculada a un procedimiento de carácter contencioso-administrativo (2006: 267). Por su parte, Tavolari señala que las sanciones que contempla el régimen de libre competencia integran el *ius puniendi* estatal (2010: 17). En la misma línea argumenta (Romero, 2007: 35) y (Valenzuela, 2017: 37).

Ahora bien, parte de la doctrina nacional –recogiendo la posición de la jurisprudencia constitucional mayoritaria<sup>27</sup>– ha optado por la aplicación a este procedimiento de las garantías del llamado *ius puniendi* estatal “con matices”. A mayor abundamiento:

«En todo caso, el orden o prelación de valores es claro y no debe ser subvertido: la sanción en el Derecho de la Competencia tiene un fin preventivo orientado a maximizar el bienestar, que sólo cede en los *extremos* a las limitaciones impuestas constitucionalmente por razones de justicia retributiva (la lógica del *ius puniendi*). El Derecho de la Competencia no es Derecho Penal ni debe guiarse por los principios del mismo, por la sencilla razón (entre otras) que no involucra penas corporales ni privativas de libertad»<sup>28</sup> (Grunberg y Montt, 2017).

Esta es la posición predominante también la jurisprudencia. En reiteradas ocasiones, tanto el TDLC<sup>29</sup> como la CS<sup>30</sup> han calificado este procedimiento como sancionatorio: «(...) corresponde

---

<sup>25</sup> Ahora bien, la aproximación de la jurisprudencia mayoritaria ha sido, más bien, solo afirmar que el procedimiento tendría una naturaleza sancionatoria o infraccional, pero sin profundizar en los fundamentos de tal posición (Carrasco, s/p).

<sup>26</sup> Siguen esta tesis, entre otros: (Valdés, 2006: 267), (Romero, 2007: 31-37) (Tavolari, 2010: 17-26), (Grunberg y Montt, 2017), (Hamilton, 2018), (Rencoret y Valenzuela, 2018), (Gárate, 2020), (Maturana, 2021) y (Pardo y Pavic, 2022).

<sup>27</sup> «(...) aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia “con matices”, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos» (Sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol 479-2006).

<sup>28</sup> Cursivas de la cita original.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo «Que, sin perjuicio de no haber sido solicitada en el requerimiento ninguna sanción, siendo este un *procedimiento sancionatorio* y habiéndose configurado una conducta anticompetitiva, este Tribunal hará uso de la

tener en cuenta que el contenido de la acción persecutoria que general el *proceso sancionatorio*, constituye la manifestación de una actuación, sea de parte, o de la Fiscalía Nacional Económica, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211»<sup>31</sup>. Cabe tener presente, que más allá de la afirmación de que se trata de un procedimiento sancionatorio, no se ha profundizado en la fundamentación de tal planteamiento.

## 1.2. Naturaleza civil del procedimiento contencioso de libre competencia

Tanto el profesor Nicolás Carrasco (s/p) como los Ministros Tapia y Arancibia afirman que el procedimiento contencioso de libre competencia, regulado en el DL 211, tiene una naturaleza jurídica civil. Sobre la posición de los Ministros, plasmada en el Voto de Prevención de la Sentencia N° 160 del TDLC, se profundizará en la sección 4, aquí se expondrá la posición del citado autor.

Expone que existe una diferencia conceptual general entre los procedimientos civiles y penales. El procedimiento civil busca la imposición de una obligación avaluable pecuniariamente, de carácter disponible, lo cual se mantendría incluso después de que la sentencia definitiva produce el efecto de cosa juzgada. Este “mal civil” puede ser sustituido o modificado, de hecho, nada impide que otra persona –distinta del condenado– sea quien soporte, en definitiva, el pago de la obligación impuesta<sup>32</sup>. Por su parte, la sanción penal –generalmente– no resulta avaluable económicamente y es indisponible, por ejemplo, no es concebible que la pena sea impuesta a alguna persona distinta del condenado. Estas diferencias se proyectan en la configuración de las reglas procesales aplicables a cada materia. En el proceso penal, los intervinientes tienen menores posibilidades estratégicas que en el proceso civil. A su vez, en materia probatoria, el proceso penal articula una

---

atribución que le otorga el artículo 26° del Decreto Ley N° 211» Considerando 13°, de la Sentencia N° 28/2005 del TDLC, cursivas incluidas por el autor.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo «(...) ya que se trata de disposiciones relativas a la configuración de *tipos infraccionales*, y por lo tanto rigen para lo futuro, no pudiendo aplicarse a conductas ejecutadas con anterioridad a la vigencia del texto legal que se trata» Considerando 19° de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en la Causa Rol N° 3.327 de 2005, cursivas incluidas por el autor.

<sup>31</sup> Considerando 25° de la Sentencia de la CS, en la causa Rol N° 27.181 de 2014. Cursivas incluidas por el autor.

<sup>32</sup> Con excepción de las obligaciones *inuito personae*, que solo pueden ser cumplidas en naturaleza por el deudor.

serie de garantías para tutelar la posición del imputado<sup>33</sup>. Esta diferenciación se explicaría por la necesidad de igualar la desigualdad procesal por medio de conceder mayores facultades de actuación a la parte más débil.

La noción de *ius puniendi* estatal se vincularía a aquel supuesto en que el sujeto pasivo del procedimiento se vea enfrentando a una contienda configurada de manera desigual. Siendo el imputado perseguido por un órgano estatal (el Ministerio público), juzgado por un poder del Estado (tribunales de justicia) y sujeto a una sanción ejecutada y fiscalizada por el Estado. En este supuesto, las garantías procedimentales están pensadas en preservar la posición del acusado. Por otro lado, en el proceso civil no se requiere esta distribución de garantías, pues se considera que las partes se encuentran en una situación de igualdad. Es decir, de la naturaleza jurídica del procedimiento dependerá la necesidad o no de establecer garantías especiales en favor de una de las partes o intervinientes.

Explica que la naturaleza jurídica del procedimiento depende, a su vez, de la naturaleza de la sanción que se pretende imponer. En este sentido, la principal sanción de este procedimiento es una multa, que es precisamente –en cuanto a su naturaleza– una sanción civil. Una de sus características es su posibilidad de sustitución y transferencia, pese a que la letra c) del artículo 26 del DL 211 señala que la multa no puede ser pagada por un sujeto distinto al condenado, ello no impediría que sea considerada una sanción civil, pues aun puede ser solucionada por un sujeto distinto del condenado. Esta norma solo aplica en casos de que el condenado sea una persona natural, para que no sean pagadas por la persona jurídica donde el infractor ejerce sus funciones, por el problema de agencia que ello puede implicar. Por ello, respecto de las personas jurídicas, la multa mantiene su carácter sustituible. Por otro lado, la multa es susceptible de transferencia, en cuanto se trata de una obligación de pago avaluable pecuniariamente, a falta de norma que prohíba todo acto o contrato a su respecto.

Otro aspecto importante por considerar es lo dispuesto en el artículo 29 del DL 211 «Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”) se

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, el artículo 340 del Código Procesal Penal dispone que no se podrá condenar al imputado con el solo mérito de su propia declaración. En cambio, en materia civil la absolución de posiciones puede llegar a constituir plena prueba.

aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él». El legislador optó porque el régimen procedimental supletorio fuera el civil, y no el penal. Esta remisión normativa importa un argumento adicional para considerar que el procedimiento regulado tiene una naturaleza civil, pues cabe recordar que, como hemos expuesto al inicio de esta sección, la discusión sobre la naturaleza jurídica del procedimiento incide en la normativa supletoria. En este caso, la argumentación se construye desde una de las manifestaciones de la naturaleza jurídica. A esto corresponde agregar que en los procedimientos de naturaleza administrativa sancionatoria recibe aplicación supletoria la normativa penal.

## **2. Regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia**

El DL 211 no se pronuncia de manera directa sobre la regla de estándar probatorio aplicable «el DL 211 nada dice acerca del tercer y último momento de la actividad probatoria, pues no fija un estándar para adoptar una decisión sobre cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos en el proceso» (Becerra, 2020: 6). En la misma línea (Gárate, 2022: 83).

Ahora bien, como hemos expuesto en la sección 1 de este capítulo, el artículo 29 del DL 211 establece la aplicación supletoria de los Libros I y II del CPC al procedimiento contencioso de libre competencia *en todo aquello que sea incompatible con él*. Esta remisión normativa tampoco ofrece respuesta, pues el CPC no contempla directamente una regla de estándar probatorio y en caso de que tuviera, faltaría examinar su compatibilidad con el procedimiento regulado en el DL 211. Ante esta situación, ha sido la jurisprudencia la que ha perfilado la discusión sobre el estándar probatorio aplicable, principalmente tratándose de casos en los cuales se imputa la infracción de colusión.

## **3. Evolución jurisprudencial de la discusión sobre el estándar probatorio aplicable en libre competencia**

### **3.1. Primera etapa: el *ius puniendi* estatal y la duda razonable**



En esta primera etapa, no existía un pronunciamiento directo respecto del estándar probatorio aplicable, pero imperaba el entendimiento del procedimiento contencioso de libre competencia como un procedimiento de naturaleza penal, de ahí que resultaran aplicables las garantías de *ius puniendi* estatal, dentro de las cuales se encuentra el estándar de duda razonable:

«Así, durante la primera etapa de la jurisprudencia, era posible encontrar que los estándares exigían que el acuerdo se “determinara fehacientemente” o que se requería “plena certeza” para poder condenar (...) De hecho, si se analiza la jurisprudencia en materia de carteles mientras el TDLC y la Corte Suprema fallaban de ese modo, se concluirá que, efectivamente, en la mayoría de los casos de carteles durante esta época las demandas fueron rechazadas, atendida la falta de prueba del acuerdo» (Fuchs, 2020: 6).

Este entendimiento repercutió directamente –junto con otras situaciones, como la ausencia de facultades intrusivas y de regulación sobre la delación compensada– en que la mayoría de las demandas o requerimientos presentados en este periodo fueran rechazadas (Fuchs, 2020: 9).

### **3.2. Segunda etapa: el caso Farmacias y la aplicación matizada las garantías del *ius puniendi***

En esta etapa, el entendimiento del procedimiento contencioso de libre competencia pasó paulatinamente desde la noción inicial, vinculada al proceso penal, a ser entendido como un procedimiento de naturaleza contencioso-administrativa, cuyo foco esencial sería la imposición de sanciones (Carrasco, 2019: 702).

Bajo este entendimiento, las garantías penales ya no regían plenamente, sino que deberían ser aplicadas con “matices”. En estos términos resolvió el Tribunal Constitucional conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad «no es posible sostener que el tribunal que conoce de la gestión pendiente de autos [el TDLC] esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución»<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Considerando decimoséptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2381 de 2012.

Pero, sin duda, el hito más importante de esta etapa es la sentencia del llamado caso Farmacias, el TDLC se refiere por primera vez al estándar probatorio aplicable para descartar la aplicación del estándar penal:

«Que, sin embargo, este Tribunal, con el fin de descartar cualquier duda que aún pueda existir respecto de la existencia del acuerdo colusorio objeto del requerimiento, analizará a continuación -con antecedentes adicionales- si el comportamiento observado en el mercado es compatible con la hipótesis de una mera interdependencia oligopolística o sólo puede explicarse con la hipótesis de colusión. De concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede»<sup>35</sup>.

Luego, la CS, conociendo este mismo caso por vía del recurso de reclamación, fue más allá y resolvió que el estándar aplicable en este procedimiento era el de prueba clara y concluyente:

«el grado de confirmación que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores»<sup>36</sup>.

Ahora bien, la CS no delimitó ni explicó los alcances de la aplicación de tal estándar probatorio. Luego, tanto el TDLC como la CS replicaron esta aproximación: de afirmar la aplicación de este estándar sin profundizar en su fundamentación. Según expone Carrasco, esta indefinición conceptual generó incertidumbre en los operadores jurídicos, pues no resultaba claro la forma en que el TDLC valoraba la prueba (Carrasco, 2019: 703).

---

<sup>35</sup> Considerando centésimo sexagésimo séptimo de la Sentencia del TDLC N° 119/2012.

<sup>36</sup> Considerando undécimo de la Sentencia de la CS, en la causa Rol N° 2578 de 2012

### **3.3. Tercera etapa: voto de prevención de la Sentencia N° 160/2017 y los cuestionamientos al estándar de prueba clara y concluyente**

Frente a las indefiniciones asentadas en la jurisprudencia, el voto de prevención de la Sentencia N° 160/2017, de los Ministros Javier Tapia y Jaime Arancibia, realizó un esfuerzo para fundamentar la aplicación a este procedimiento del estándar probatorio civil, de preponderancia de la prueba.

En primer lugar, en el voto de prevención sostiene que el derecho de la libre competencia no se rige por el *ius puniendi* estatal, sino por el derecho regulatorio administrativo, cuyos principios y finalidades se vinculan a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Conviene resaltar que el propio voto de prevención identifica la imprecisión del propio tribunal, que no ha explicitado los razonamientos subyacentes a la elección del estándar de prueba clara y concluyente. Y que, en aras de brindar predictibilidad al sistema, propone una serie de argumentos para descartar la aproximación dominante.

La tesis principal de este voto de prevención se puede resumir de la siguiente forma «existen razones de orden dogmático, económico e institucional que permiten concluir que el estándar aplicable en sede de libre competencia es el denominado “preponderancia de la prueba”<sup>37</sup>.

## **4. Los argumentos del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017**

A continuación, se resumen los argumentos expuestos en este voto de prevención:

### **4.1. Razones dogmáticas**

Señalan que el estándar probatorio aplicable depende de la naturaleza de la responsabilidad imputada. Y que, por regla general, la responsabilidad patrimonial de un sujeto se rige por el estándar civil, mientras que, la responsabilidad penal, que envuelve un reproche ético-social por atentados a bienes jurídicos extra-patrimoniales, exige un estándar de más allá de toda duda

---

<sup>37</sup> Considerando 2° de Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

razonable. Concluyen que la naturaleza de la responsabilidad regulada en el DL 211 es civil o avaluable pecuniariamente.

A mayor abundamiento, explican que la normativa de libre competencia es parte de la regulación económica, que apunta a asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público. Esto se realiza mediante la imposición de cargas públicas y obligaciones de dar, hacer o no hacer, por ello se vincula a una responsabilidad de tipo patrimonial y no penal:

«Por corresponder, entonces, a cargas públicas predeterminadas avaluables económicamente, su incumplimiento genera necesariamente una responsabilidad patrimonial infraccional y, sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal o retributiva»<sup>38</sup>.

Puntualizan que en nuestro derecho de la libre competencia la responsabilidad patrimonial infraccional y la penal están claramente separadas. La función del TDLC se aboca exclusivamente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria.

En relación con la aplicación matizada de las garantías del *ius puniendi* expresan:

«Por consiguiente, las potestades de este Tribunal en un litigio como el de autos no corresponden al ejercicio del *ius puniendi*, con o sin “matices”, porque no tienen por objeto formular un reproche ético al infractor e imponer un castigo o retribución de carácter retrospectivo (...) Antes bien, de lo que se trata es de corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o avaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas»<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Considerando 13° del Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

<sup>39</sup> Considerando 15° del Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

Señalan que se trata más bien de un *“ius corrigendi”*, pues el objetivo es corregir y no penar conductas, exigir el cumplimiento de obligaciones y no retribuir males con males, «cobrar antes que castigar».

En este sentido, la aproximación del Voto del Previsión está más cercana a una noción civil de la naturaleza jurídica del procedimiento que a una noción penal.

#### **4.2. Razones económicas**

En cuanto a las razones económicas refieren que el AED pone el énfasis en la posibilidad de errar en la decisión judicial y en su minimización. Exponen los tipos de error que puede adolecer una decisión judicial. El error de tipo I (“falso positivo” o sobre-inclusión) que implica dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo el costo de condenar prácticas lícitas (de ahí que se le llame sobre-inclusión). Por su parte, el error de tipo II (“falso positivo” o infra-inclusión) implica tener por probado aquello que no ocurrió, asumiendo el costo de condonar prácticas que son ilícitas. Afirman que el sistema óptimo, desde el punto de vista económico, debería tener a la minimización de ambos tipos de error.

En este sentido, explican el rol del estándar probatorio en la distribución de ambos tipos de error:

«Así, mientras bajo un estándar de prueba civil la probabilidad cometer errores del Tipo I o errores Tipo II se distribuye de manera igualitaria en caso de que la decisión corresponda a un tribunal independiente e imparcial, bajo un estándar penal el error Tipo I es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia»<sup>40</sup>

Concluyen que, a diferencia del derecho penal, la normativa de libre competencia no puede preferir, en principio, un tipo de error sobre otro: «las normas de libre competencia deben ser

---

<sup>40</sup> Considerando 19° del Voto de Previsión, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que de inmediato las sitúa *prima facie* en el ámbito del estándar de balance de probabilidades»<sup>41</sup>.

### 4.3. Razones institucionales

Sostienen que bajo esta perspectiva el análisis se debió haber realizado en atención del tipo de órgano encargado de atribuir la responsabilidad infraccional. Cuando esta función le corresponde a un órgano administrativo, que carece de imparcialidad respecto del interés público, parte de la doctrina explica que existe una mayor propensión a cometer errores de tipo I, por ello se justificaría que el estándar probatorio debe ser superior al de prueba preponderante. Por otro lado, cuando la función de atribuir la responsabilidad corresponder a un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, no existe justificación para una distribución diferenciada de los errores. Bajo este criterio, afirman que «En este marco institucional, por tanto, no existirían razones que aconsejen elevar el estándar de balance de probabilidades»<sup>42</sup>.

A lo anterior, también vinculan la configuración del sistema recursivo, indicando que la revisión judicial efectuada por la CS, vía de reclamación, es amplísima. En los hechos y según ha indicado la propia Corte, esta revisión incluye los hechos, el derecho e incluso la política de la competencia. Ante un control tan amplio, las posibilidades de sobre-inclusión resultarían aún más bajas.

Luego de explicar sus razones, el citado voto de prevención da contenido al estándar de prueba «como explica Michele Taruffo, este estándar se compone de dos reglas: la regla de “más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa de la probabilidad”».

## 5. Posturas en la doctrina nacional

### 5.1. El *ius puniendi* estatal y el estándar de prueba clara y concluyente

Más allá de la afirmación de que en procedimiento de libre competencia –y particularmente en casos de colusión– recibe aplicación de un estándar intermedio entre la duda razonable y la

---

<sup>41</sup> Considerando 20° del Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

<sup>42</sup> Considerando 21° del Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 TDLC.

preponderancia de la prueba, esta postura no ha ofrecido criterios para dotar de contenido al estándar de prueba clara y concluyente. El enfoque argumentativo ha sido desechar la aplicación del estándar penal y el estándar civil a este procedimiento y fundamentar la aplicación de este estándar intermedio, pero sin profundizar en los criterios de aplicación.

Romero considera que la sanción en este procedimiento es un reflejo de la acción punitiva del Estado de naturaleza administrativa, por lo que el estándar aplicable debe ser de evidencia clara y concluyente (2007: 35). Por su parte, Grunberg y Montt, comparten este criterio, señalando que por razones de justicia retributiva se justifica la aplicación del estándar de prueba clara y concluyente (2017: 335). En la misma línea, Hamilton explica que, al ser un proceso de naturaleza sancionatoria, debiese aplicársele este estándar intermedio entre el penal y el civil (2018: 107). Más recientemente, Pardo y Pavic, mantienen el mismo criterio, justificando la aplicación del estándar de prueba clara y concluyente en que las sanciones reguladas en el DL 211 serían manifestación del *ius puniendi* estatal (2022: 308).

Tomando como base la formulación realizada por Ferrer respecto del estándar aplica a la responsabilidad civil extracontractual, Valenzuela propone la siguiente formulación de estándar probatorio para la hipótesis acusatoria en casos de colusión:

- «1) Que la hipótesis seleccionada sea la mejor explicación disponible de los hechos que se tratan de probar a la luz de los elementos de juicio existentes en el caso;
- 2) Esta hipótesis debe ser capaz de derrotar a las hipótesis relevantes que muestren al acusado como inocente;
- 3) El peso probatorio conjunto de elementos de juicio debe ser tendencialmente completo» (Valenzuela, 2017: 29).

En esta misma línea, pero modificando la segunda premisa de este estándar probatorio<sup>43</sup> (Rencoret y Valenzuela, 2018: 106). Ahora bien, comparten las razones de la doctrina mayoritaria

---

<sup>43</sup> «1) Que la hipótesis acusatoria sea la mejor explicación disponible de los hechos que se tratan de probar a la luz de los elementos de juicio existentes en el caso; 2) Esta hipótesis debe ser capaz de derrotar a las hipótesis que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión (hayan sido o no planteadas por las acusadas); 3) El peso

de considerar que la naturaleza de la imputación justifica la aplicación de un estándar intermedio entre el civil y el penal, pero añaden que la formulación del estándar de prueba clara y concluyente carece de la precisión y objetividad requerida. Este planteamiento ha sido cuestionado por Carrasco, quien señala que, en definitiva, no se ofrecen criterios para diferenciar el estándar propuesto del estándar penal, pues tal formulación tiene la misma finalidad que el estándar penal que es evitar falsos positivos o la condena del inocente, que serían los mismos criterios del estándar penal. Por otro lado, el citado autor apunta ciertas objeciones metodológicas del planteamiento: 1) que la segunda condición sería innecesaria si se cumple la primera, pues demostrada la verdad de la hipótesis de descargo es imposible que la hipótesis sancionatoria pueda ser la mejor explicación de los hechos a probar, y 2) que la tercera condición, pues «la necesidad de ponderar la completitud del *“peso probatorio”* de los elementos de juicio busca evitar que triunfe una hipótesis sancionatoria que *“que sea una mala explicación de los hechos”* (a pesar de que se hayan cumplido las dos condiciones). Por tanto, esa condición conduce a un juicio valorativo *ex ante* de lo que es una “buena” o “mala” explicación para un caso concreto» (Carrasco, 2019). Estas mismas objeciones resultan aplicables a la propuesta de Rencoret y Valenzuela.

Por otro lado, hemos explicado que atención de la mayoría de la doctrina solo se ha referido el estándar aplicable para la hipótesis de colusión, que se trata de infracción más grave a la normativa de libre competencia. Ahora bien, más recientemente se ha propuesto la aplicación de distintos estándares de prueba en el procedimiento de libre competencia, dependiendo principalmente de la gravedad de la conducta o de la naturaleza de la responsabilidad atribuida (según veremos en la sección 6). Estos planteamientos, sin embargo, mantienen la postura de la doctrina mayoritaria en orden a que respecto de la infracción de colusión aplique el estándar de prueba clara y concluyente.

En este sentido, Maturana explica que el estándar probatorio aplicable dependerá de la naturaleza de la responsabilidad imputada y que tratándose de la hipótesis infraccional recibe aplicación el estándar de prueba clara y concluyente (2021: 328-339)

---

probatorio del conjunto de elementos de juicio debe ser tendencialmente completo» (Rencoret y Valenzuela, 2018: 106).



Por su parte, Gárate, explica que la discusión sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento de libre competencia no se encuentra zanjada, pero que es posible concluir que los estándares de prueba que satisfacen de mejor manera los valores y principios del Derecho de la Competencia son los estándares de prueba clara y concluyente y el estándar de preponderancia de la evidencia. En aquellos casos en que la sanción perseguible solo tenga consecuencias patrimoniales debiera ser aconsejable la implementación del estándar de probabilidad prevaleciente, pero en aquellos casos en que la sanción genere cambios en la estructura del mercado, por la vía de establecer prohibiciones o inhabilidades de contratación con el Estado, o la eliminación de una entidad económica, o la modificación de actos o contratos, justificaría la implementación de un estándar de prueba clara y concluyente (2022: 170-171).

## **5.2. Aproximación de eficiencia económica y consideraciones sustantivas de la normativa de libre competencia**

Con fundamento en ciertas normas sustantivas de la normativa de libre competencia, Carrasco sostiene que en el procedimiento contencioso de libre competencia rige un estándar probatorio algo menor que el de preponderancia de la prueba (Carrasco, 2019: 720). El citado autor expone que los artículos 2 y 5 del DL 211 permiten concluir que el TDLC debe resolver teniendo con un sesgo a favor de la sanción.

«Los artículos 2 y 5 del DL 211 entregan al TDLC un mandato normativo de *resguardar la libre competencia en los mercados*, así como, *prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*. Ello significa que se admite un mayor margen de error que favorece el error de tipo I (condenar al inocente). Por, se sancionan incluso infracciones de peligro abstracto (...) donde es débil el vínculo de causalidad para determinar la culpabilidad. Así, el fin de *resguardar la libre competencia y prevenir y corregir los atentados a la LC* permea la actitud del TDLC hacia admitir como socialmente deseable ciertos casos límites de costo de error de tipo I» (Carrasco, 2019: 720).

Concluye que, en aquellos casos donde existe una idéntica confirmación media para la hipótesis de condena y de absolución, debe favorecerse la condena, para resguardar la libre competencia, fin reconocido en las normas antes señaladas.

## 6. ¿Un estándar probatorio para todas las infracciones al Derecho de la Competencia?

Del análisis del estado de la discusión en nuestro país sobre el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia es posible identificar que la discusión ha estado centrada principalmente en casos de colusión. Este análisis es compartido en nuestra doctrina:

«(...) es importante indicar que la aplicación jurisprudencial del PCyC+ [estándar de prueba clara y concluyente] no se exhibe como un EdP [estándar de prueba] general aplicable a efectos de examinar conductas anticompetitivas, sino que como una regla que ha sido aplicada solamente en casos de colusión. Con ello, la discusión sobre EdP se encuentra alejada a los procesos en los cuales se discuten otro tipo de conductas anticompetitivas. Sin embargo, ello no significa que el TDLC no haya aplicado un EdP en la resolución de dichas conductas; por el contrario, lo que se aprecia en todos estos casos es un EdP que se desprende de la forma de razonar la evidencia, la relación entre hipótesis acusatorias, defensivas y la distribución de cargas» (Gárate, 2022: 103).

El citado autor explica que, respecto de las prácticas anticompetitivas en general, el TDLC suele oscilar entre el estándar de prueba clara y concluyente y el estándar de prueba preponderante, dependiendo del tipo de infracción (aunque en la sentencia no se refiera directamente a una formulación del estándar de prueba) Por ejemplo, en casos de prácticas unilaterales, el TDLC considerando las dificultades probatorias de ese tipo de prácticas ha aplicado un estándar probatorio diferente al de prueba clara y concluyente (Gárate, 2022: 103-104). En otros términos, el TDLC entiende que se debe aplicar un estándar probatorio distinto a cada tipo de infracción. Tal aproximación se fundamenta en las siguientes razones: 1) la sofisticación del debate tiende a la diferenciación de estándar probatorio –aún dentro del mismo procedimiento– considerando, incluso, la etapa del mismo o los valores en juego (por ejemplo, la discusión sobre el estándar probatorio para decretar una medida cautelar en relación al estándar en la decisión final, plasmada en la sentencia definitiva); 2) una aproximación diferenciada atiende a las particularidades de cada tipo de infracción y la dificultades probatorias existentes.

«Valga aquí decir que la aplicación de estándares diferenciados dentro de una misma rama del derecho no debiese sorprendernos, puesto que sólo expresaría la decisión política de valorar diversamente los costos sociales involucrados o el objetivo de la institución a la que la regla se refiere» (Becerra, 2021: 28).

En esta misma línea, Maturana propone que el estándar probatorio aplicable en materia de libre competencia debe ser diferenciado de acuerdo con el tipo de responsabilidad que se persigue atribuir. Identifica tres estándares probatorios distintos: 1) tratándose de la responsabilidad criminal por delito de colusión debe recibir aplicación el estándar penal de duda razonable; 2) respecto de la responsabilidad civil derivada de un ilícito anticompetitivo, regulada en el artículo 30 del DL 211, debe aplicarse el estándar civil de prueba preponderante y; 3) respecto de la responsabilidad contravencional por ilícitos anticompetitivos, comparte la aproximación mayoritaria del estándar de prueba clara y concluyente (2021: 328-339).

## **7. El estándar probatorio de libre competencia en las principales jurisdicciones del derecho comparado**

En el derecho comparado existe una tendencia a optar por un estándar probatorio menos exigente que el de prueba clara y concluyente en casos de *antitrust* o competencia. Tal es el caso de Estados Unidos, en que los casos de *antitrust* quedan sometidos a la regla de prueba preponderante. Sin embargo, tratándose de casos de colusión se contemplan exigencias particulares, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Monsanto, señaló que es necesario contar con indicios que, considerados en su totalidad, tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente. Luego, en el caso Matsushita, la propia Corte Suprema de Estados Unidos, clarificó que los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es razonable al compararla con la inferencia alternativa de actuación independiente (Becerra, 2021: 19).

Por su parte, en el Derecho Comunitario Europeo, Maggiolino explica no se usan las formulaciones tradicionales del estándar de prueba –como la preponderancia de la prueba o la duda razonable–, sino que la regla va cambiando de acuerdo con ciertos criterios, como la gravedad de la multa y la necesidad de no neutralizar el efecto disuasorio. A mayor abundamiento, la citada autora señala que, en casos de colusión, la Comisión Europea aplica dos estándares

distintos, dependiendo de la evidencia recolectada. Si hay antecedentes que establecen directamente la existencia de prácticas concertadas, no es necesario examinar si las firmas involucradas tienen otra justificación para formar parte del acuerdo. Por otro lado, si la evidencia disponible es meramente circunstancial, la Comisión debe establecer la ausencia de otra explicación plausible (Maggiolino, 2014: 115).

### **CAPÍTULO III: Análisis Económico del estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia**

El objetivo del presente capítulo es analizar la regla de estándar probatorio desde el punto de vista de los criterios de eficiencia económica. En primer lugar, se explican los principales postulados del AED (sección 1). Luego, se exponen los distintos criterios de eficiencia propuestos por la doctrina (sección 2). En seguida, se explican los principales lineamientos del Análisis Económico del Derecho Procesal (sección 3). Adicionalmente, se revisa la estructura de la teoría económica de la sanción (sección 4). Posteriormente, se argumenta que la eficiencia económica aconseja que el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia debe ser el estándar civil de balance de probabilidades (sección 5). Finalmente, se ofrecen otras consideraciones que respaldan la aproximación previamente expuesta (sección 6).

#### **1. El Análisis Económico del Derecho**

El Análisis Económico del Derecho (en adelante “AED”) es una escuela de análisis jurídico que permite analizar los efectos de las reglas sobre el comportamiento de las personas y la deseabilidad social de tales efectos, utilizando la metodología de la microeconomía (Vásquez, 2021: 13). Este marco de análisis el Derecho se nutre de la Economía<sup>44</sup>, la cual provee una teoría científica para predecir los efectos de las reglas legales en el comportamiento de las personas (Cooter y Ulen, 2014: 3), tomando como base el modelo de elección racional.

Este modelo de elección racional considera que las personas son racionales y que buscan maximizar su propio interés, lo cual implica que las personas responden a incentivos «si el entorno de una persona cambia de manera que incrementa su satisfacción al alterar su comportamiento, esta lo hará»<sup>45</sup> (Posner, 1986: 4).

---

<sup>44</sup> «(...) la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo –nuestro mundo– en el cual los recursos son limitados en relación con las necesidades del humano» (Posner, 1986: 3). Traducción libre, cita original «(...) economics is the science of rational choice in a world –our world– in which resources are limited in relation to human wants».

<sup>45</sup> Traducción libre, cita original «that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase this satisfactions by altering his behavior, the will do so».

En cuanto a sus orígenes, Posner explica que el AED se vincula al desarrollo del derecho *antitrust* en Estados Unidos, aunque también existieron trabajos relacionados a otros tópicos (impuestos o corporaciones). Ahora bien, sitúa el origen del “nuevo” AED, a comienzos de la década de 1960, con los trabajos de Guido Calabresi y Ronald Coase. Este “nuevo” AED incorporó la aplicación de las teorías y métodos económicos al sistema legal en su conjunto –y no sólo al *antitrust* u otras áreas específicas– (1986: 19-20).

Si bien los postulados del AED no han estado exentos de críticas<sup>46</sup>, su estudio se ha consolidado en los sistemas del *common law* y su influencia ha trascendido hasta los sistemas de derecho continental. En nuestro país, son varias las Escuelas de Derecho que han incorporado cursos sobre esta materia y el interés en su estudio ha ido creciendo por parte de nuestra doctrina.

### 1.1. Dos aproximaciones del AED

Los autores que adscriben a esta escuela de análisis jurídico diferencian entre dos aproximaciones (Shavell, 2004: 1-5)<sup>47</sup>.

Una *aproximación descriptiva* (o AED positivo), que estudia los efectos de las reglas existentes en el comportamiento de las personas, por ejemplo, se puede estudiar ¿cómo la regla de estándar probatorio en el procedimiento de libre competencia orienta el comportamiento de las partes del proceso para producir y aportar pruebas?

Por otro lado, está la *aproximación normativa* (o de AED normativo) que analiza la deseabilidad social o conveniencia de las reglas existentes, valora cómo el ordenamiento jurídico puede ser utilizado para obtener determinados fines (Carrasco, 2015: 3), por ejemplo, se puede estudiar ¿cuál es la regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia que permite alcanzar un determinado criterio de eficiencia?

---

<sup>46</sup> Para una breve revisión de las críticas al AED, véase (Posner, 1986: 22-26). Uno de los nuevos frentes a que se ha enfrentado el AED es el cuestionamiento de los presupuestos de racionalidad realizado por la economía del comportamiento.

<sup>47</sup> Véase también (Posner, 1986: 20-22).

La razón para diferenciar ambas aproximaciones u objetivos apunta a la rigurosidad del análisis (Shavell, 2004: 1-5), pero ello no obsta a que ambas se puedan desarrollar en un mismo trabajo, siempre que se transparente a cuál de ellas se hace referencia. En los dos primeros capítulos del presente trabajo se ha ofrecido –principalmente– una aproximación descriptiva del objeto de estudio. En el presente capítulo, luego de describir los presupuestos metodológicos del AED, se expondrá una aproximación normativa, que apunta a justificar, en base a determinado criterio de eficiencia, la aplicación del estándar probatorio civil al procedimiento contencioso de libre competencia.

## **1.2. La metodología del AED**

El AED propone modelos matemáticos para la descripción y proyección de la conducta de las personas. Se presentan modelos simplificados de la realidad que, generalmente, asumen ciertas variables. La principal variable que el AED asume es que los individuos son racionales y prospectivos en la toma de decisiones, considera que las personas buscan maximizar su bienestar (Vásquez, 2021: 16). En este sentido, la perspectiva del AED es *ex ante*, es decir, pretende establecer incentivos para comportamientos futuros, los que se predicen racionales. Pese a que esta aproximación no ha estado exenta de críticas, sigue siendo una herramienta útil para la evaluación y perfeccionamiento del sistema legal.

## **2. Los criterios de eficiencia**

En sus dos aproximaciones, el AED se concretiza a través de ciertos criterios de eficiencia que le dan contenido «De esta forma, cuando nos referimos al análisis económico del derecho concretizamos las referencias a la eficiencia que tal disciplina realización, por intermedio de los criterios que examinaremos» (Carrasco, 2018a: 13-14). Tales son: los criterios paretianos de eficiencia (óptimo y superior de Pareto), el parámetro de minimización de costos de Coase, el criterio de Kaldor-Hicks y la maximización de bienestar de Posner.

A continuación, se explican brevemente los principales elementos y críticas de cada uno de estos criterios:

## 2.1. Los criterios de Pareto

En miras a desarrollar una teoría de elección social que prescindiera de los juicios de valor, Pareto definió, basado en un criterio de unanimidad débil, dos conceptos de eficiencia: Pareto-superior y Pareto-óptimo.

Una decisión es eficiente, bajo el criterio de Pareto-superior, cuando todos los miembros de una comunidad prefieren la situación X a la situación Y, o cuando son indiferentes a ambas situaciones, pero prefieren mínimamente la situación X. La necesidad de acuerdo por parte de toda la comunidad es a lo que se refiere con unanimidad. Por otro lado, se presenta una situación Pareto-óptima cuando se transita de una situación social X a otra Y, sin que, al menos una persona, sufra un perjuicio por ese cambio.

La principal crítica a tales criterios es que no existe manera de dotar a una decisión de la unanimidad que esperaba que se lograra Pareto, pues de todas formas la decisión jurisdiccional es impuesta por un tercero –el tribunal– a las partes del juicio «de manera que, igualmente la imposición de la eficiencia resulta de una demostración de poder y coacción» (Carrasco, 2015: 4). Además, Dworkin añade que la eficiencia Paretiana no elimina las externalidades negativas ni logra diferenciar situaciones de eficiencia frente a situaciones Pareto-eficientes (1998: 262). Por su parte, Coleman desacreditó la posibilidad de fundar los estados Pareto-superior en el consentimiento, pues la preferencia por determinado estado social no implica que sean necesariamente consentidos. De esta misma forma, tampoco es posible sostener el consentimiento como fundamento ético del estado Pareto-óptimo, al considerar que no existe ningún estado superior a su formulación y, en consecuencia, cualquier cambio desde un estado Pareto-óptimo produciría necesariamente perdedores (2004: 24).

A mayor abundamiento:

«A lo más, entonces, podríamos suponer que los miembros de una sociedad no consentirían en alejarse de dicho estado, más no, tendríamos cómo suponer que aceptaría cualquier cambio desde dicho estado, precisamente porque resulta complejo



elaborar una base ética que *ex ante* explique la razón de los perdedores en justificar su nueva condición» (Carrasco: 2018a: 15).

Pese a las críticas reseñadas, se reconoce la utilidad de los criterios de Pareto –en el contexto procesal– en los métodos auto-compositivos, pues tales instrumentos se basan en el consentimiento de las partes «(...) en tales instrumentos existe una suposición de racionalidad, según la cual nadie aceptaría un acuerdo que ponga término al proceso si es que no considerara que el estado social al que accede por el acuerdo, es mejor que el estado social en el que se encuentra sin el acuerdo» (Carrasco, 2018a: 15).

## 2.2. El Teorema de Coase

Ronald Coase<sup>48</sup> explica que toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, pues al beneficiar a una persona A, se está perjudicando a otra B. Por ello, y buscando evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o que B dañe a A. En base a este planteamiento se dio origen al denominado “Teorema de Coase”, el cual puede ser explicado en los siguientes términos:

«(...) sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno» (Carrasco, 2018a: 16).

En base a lo anterior, es posible distinguir dos situaciones: una sin costos de transacción, en la cual se podría lograr un resultado eficiente con independencia de la norma o decisión judicial y, por otro lado, la situación en que hay costos de transacción, en la que no puede lograrse la solución eficiente con independencia de la norma jurídica o decisión judicial, siendo preferible aquella norma o decisión que reduzca los efectos de los costos de transacción.

---

<sup>48</sup> Véase la más célebre obra del autor (Coase, 1960).

El objetivo de este teorema es que, al valorar los escenarios alternativos de una decisión, respecto de los perjuicios y beneficios que afectan a las partes, se tienda a la reducción de los costos involucrados; con esta reducción se aumentan los beneficios netos. Bajo este criterio, «el Derecho estaría equilibrando los intereses de ambas partes, en cuanto a balancear las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevenirlos, llegando a una situación de óptimo y de eficiencia» (Carrasco, 2018a: 17).

Lo que plantea el Teorema de Coase es la vinculación entre dos extremos: las preferencias individuales y los objetivos sociales. La eficiencia sería el parámetro para ponderar dichas preferencias y objetivos. En la medida en que se decide un caso particular se resuelve, a la vez, un asunto que compete a toda la comunidad, pues mediante la sentencia se busca alcanzar mayores niveles de bienestar social. Como explica Carrasco «No por nada, el acto de adjudicación de derechos debe tender a constituirse en la manifestación, por antonomasia, de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho» (2012: 32-33).

Las críticas al Teorema de Coase apuntan a sus dos presupuestos. En primer lugar, porque la situación normal es que existan costos de transacción, y en presencia de ellos, los bienes no transitan a quienes le asignan un mayor valor, más bien subsisten en manos de aquellos que a los que les fueron asignados inicialmente. Además, el primer supuesto no considera la existencia de externalidades. Coleman explica que solamente es posible alcanzar una asignación eficiente de recursos en los términos de Coase, en casos de presentarse una economía perfectamente competitiva y que los precios se encuentren exentos de externalidades (Coleman, 1980: 221-249).

Otra crítica se refiere al segundo presupuesto del teorema de Coase, en particular, apunta a la necesidad de justificación para aceptar la existencia de ganadores y perdedores. El por qué las personas deben aceptar ser regidas por un criterio que maximice el bienestar social, por qué deben renunciar a una decisión basada exclusivamente en el caso concreto (Coleman, 2004: 20-25).

### **2.3. El criterio Kaldor-Hicks**

Haciéndose cargo de las críticas a los planteamientos anteriores, en particular respecto de la imposibilidad de la unanimidad, Kaldor formuló una regla que pretendía elegir entre dos estados

sociales en base a un criterio que significara una mejoría en los términos de Pareto (Kaldor, 1939). Su planteamiento puede ser explicado de la siguiente forma:

«Un estado de cosas, X, es eficiente en término de Kaldor, a otro estado de cosas, Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perdedores. En consecuencia, de acuerdo a tal criterio, y a diferencia de Pareto, existen perdedores y ganadores. La manera de operar del mismo, supone que el sujeto a quien le corresponde decidir acerca de la elección de un determinado estado de cosas, debe poner en práctica aquella indemnización potencial por parte de los ganadores a favor de los perdedores, y no por ello, los primeros dejan de perder su calidad de ganadores» (Carrasco, 2018: 19-20).

Este criterio solo supone una indemnización potencial, que no necesariamente se debe traducir en una indemnización real.

Adicionalmente, se ha complementado este criterio con lo expuesto por (Hicks, 1939) (de ahí que el criterio se llame Kaldor-Hicks), quien analiza si los perdedores podrían sobornar a los ganadores para no permitir el movimiento hacia el nuevo estado social «el perdedor pudiera estar dispuesto a pagar al ganador una cantidad de dinero determinada para impedir el paso al nuevo estado social (X), en la medida que dicha suma de dinero sea menor que la pérdida que sufre en el paso del estado social (Z) a (X)» (Carrasco, 2018b: 104).

Se ha criticado que, bajo este criterio, cuyo fundamento utilitarista permite incluir el cardinalismo<sup>49</sup>, se configura la paradoja de Scitovsky (1941: 77-88). Esta paradoja supone que los criterios propuestos por Kaldor y Hicks, considerados separadamente, producen una inconsistencia lógica, toda vez que dos situaciones distintas pueden cumplir, a la vez, con la eficiencia en los términos de Kaldor-Hicks. Por lo que, bajo este criterio, no habría transitividad, ya que dos situaciones sociales son al mismo tiempo igualmente eficientes para ambas partes, lo

---

<sup>49</sup> El cardinalismo supone que la utilidad de cada sujeto puede ser representada mediante un número cardinal.

que no permitiría identificar a un perdedor que estuviera en condiciones de pagar al posible ganador para impedir el paso al estado social que lo hace perdedor (Carrasco, 2018b: 107)<sup>50</sup>.

#### **2.4. El criterio de maximización de la riqueza de Posner**

Con la finalidad de evitar los problemas del utilitarismo relacionados a la comparación interpersonal de utilidades y lo límites de la utilidad como criterio de elección social, propone un principio que persigue la eficiencia fundamentada en la disposición a pagar por los derechos que tienen las personas en el mercado, lo cual la riqueza sería el valor de todo lo que existe en la sociedad, expresado en dólares u otra unidad equivalente. Bajo este planteamiento, los derechos se desplazarían a quienes les otorguen más valor, pues ellos estarían dispuestos a desembolsar mayores recursos para obtenerlos (Posner, 1979: 291-300).

Pretende justificar este principio en la autonomía de las personas, quienes, de manera libre y unánime, adherirían a un criterio que maximice la riqueza. En este sentido, el consentimiento daría lugar a una compensación *ex ante*, pues las personas convendrían que la maximización de la riqueza sea el criterio para la adjudicación de derechos (Carrasco, 2018b: 22).

Se han formulado, principalmente, dos críticas a este planteamiento. Por un lado, que no atiende a los conceptos de eficiencia asignativa y productiva, y que no da respuesta adecuada a los cuestionamientos del utilitarismo clásico que pretendía hacer frente (Kornhauser, 1980: 591-639).

Pese a las críticas que ha recibido este planteamiento, es posible identificar ámbitos de aplicación de este criterio de eficiencia, por ejemplo, en las reglas de subasta y asignación de bienes en un proceso (Carrasco, 2018b: 24).

### **3. Análisis Económico del Derecho Procesal**

Los principales trabajos sobre AED generalmente apartan un capítulo para el estudio de los alcances del AED dentro del procedimiento (*litigation and the legal process*)<sup>51</sup>. Eso es lo que llamamos

---

<sup>50</sup> Para un planteamiento sobre la procedencia del criterio Kaldor-Hicks al proceso civil chileno, véase (Carrasco, 2018b).

“Análisis Económico del Derecho Procesal”, es decir, el AED en el contexto del proceso, que estudia las problemáticas asociadas a la estructura del sistema judicial, los incentivos para las partes, el derecho probatorio, los recursos, entre otros.

El foco del análisis está en administrar –de acuerdo con alguno de los criterios de eficiencia– dos tipos de costos que se identifican en el proceso. El costo del error en la decisión y los costos administrativos del sistema. Los costos administrativos corresponden a todos aquellos que implican acudir al sistema judicial (costos de imponer una demanda, costos de negociación, entre otros). Por su parte, los costos de errores judiciales se producen cuando los tribunales no identifican correctamente los hechos o no interpretan correctamente el derecho (Vásquez, 2021: 123).

La aproximación tradicional de la doctrina es de minimización de la suma de ambos tipos de costos (Posner, 1986: 517)<sup>52</sup>, pero también se ha argumentado que el correcto tratamiento del error en el proceso es el de optimización. Esto, considerando que los costos a minimizar operan inversamente relacionados, es decir, en la medida que aumenta uno disminuirá el otro, por ejemplo, con el establecimiento de mejores mecanismos probatorios o mayores plazos para rendir prueba o para dictar sentencia se produce una disminución en el costo del error, pero aumentan los costos administrados «Así, un aumento de los costos administrativos tendientes a la corrección de las decisiones generará una disminución de los costos del error» (Carrasco, 2017:448-453). El citado autor, explica que esta relación inversamente proporcional entre ambos tipos de error puede ser representada en una función decreciente (Figura 1). En el eje vertical se expresa la valoración monetaria de los costos del error, y en el eje horizontal, la valoración monetaria de los costos administrativos.

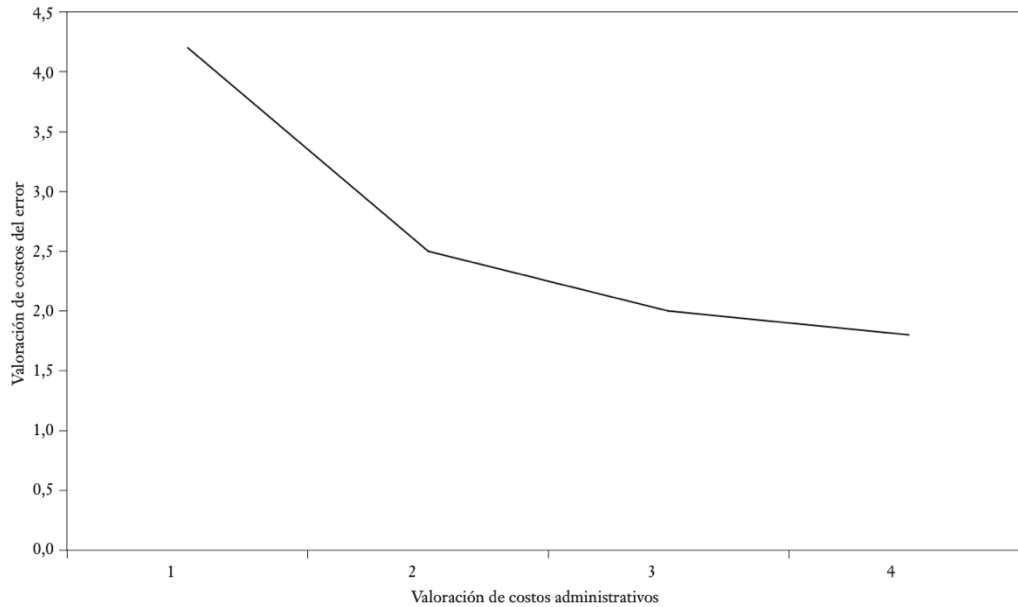
### **Figura 1:**

#### **Relación inversa de los costos de error y los costos administrativos de corrección**

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo (Posner, 1986: 489-478), (Shavell, 2004: 387-470) y (Cooter y Ulen, 2014: 375-412).

<sup>52</sup> En el mismo sentido «Asumimos que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos del error» (Cooter y Ulen, 2014: 379). Traducción libre, cita original «We assume that the economic objective of procedural law is to minimize the sum of administrative and error costs».

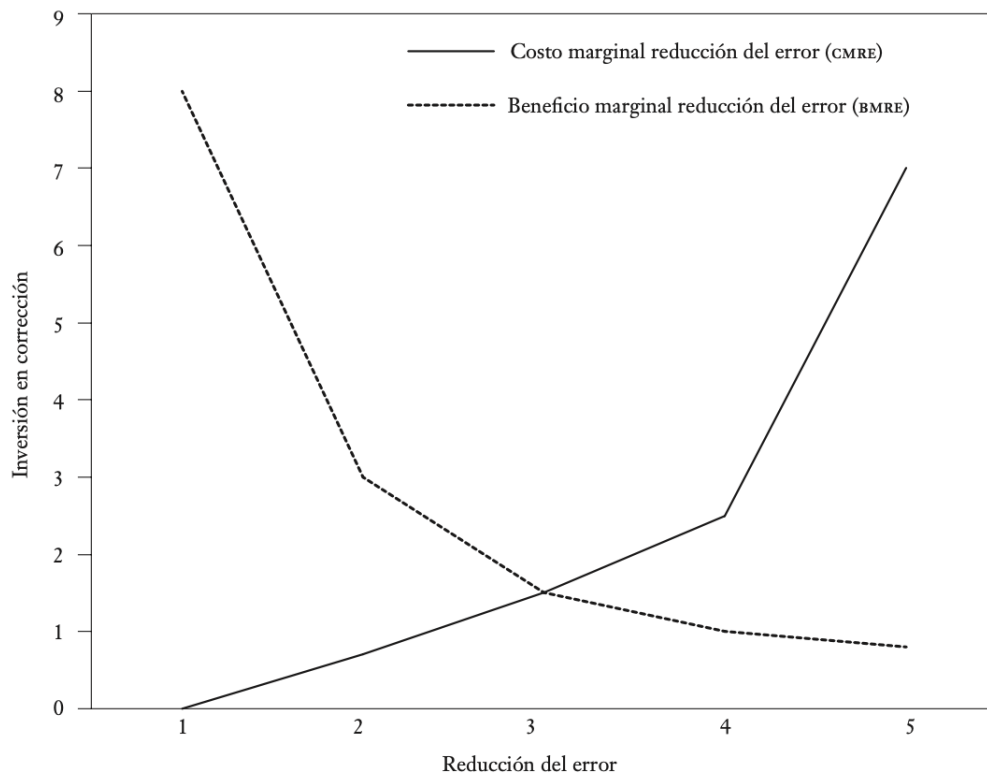


Fuente: (Carrasco, 2017: 447).

En base a este cuestionamiento, el citado autor propone el siguiente gráfico (Figura 2) para explicar la función de optimización. En el eje vertical se representa la cantidad de dinero que se invierte en la corrección del sistema judicial; por otro lado, el eje horizontal representa la reducción del error, en la abscisa se encuentra el punto denominado de “100% de reducción del error”. La curva continua representa el costo marginal de reducción del error (CMEJ), que se presenta los gastos adicionales vinculados a una menor cantidad de error en la decisión. Esta curva tiene una pendiente positiva creciente, lo que refleja que cada esfuerzo adicional en la reducción del error exige un gasto mayor. La curva punteada representa el beneficio marginal de una reducción del error judicial (BMEJ), da cuenta de la utilidad marginal que trae cada disminución adicional del error en la decisión judicial. Esta curva tiene una pendiente negativa decreciente, que refleja la utilidad marginal decreciente. Se puede apreciar en la Figura 2 que las inversiones iniciales de corrección del error generan beneficios relevantes, pues la pendiente negativa de la curva de beneficios marginales es más pronunciada en las primeras inversiones, luego se va aplanando cuando se alcanza el punto en que se igualan los costos y beneficios marginales (Carrasco, 2017: 449).

**Figura 2:**

**El problema de la reducción de costos del error en la decisión judicial**



Fuente: (Carrasco, 2017: 449)

En la Figura 2 se demuestra que el punto óptimo de reducción del error corresponde al punto donde se igualan la curva de costo marginal de reducción del error (CMEJ) y la curva de beneficio marginal de reducción del error (BMEJ). Este planteamiento permite concluir que el punto de “100% de reducción del error” no es una solución óptima, porque todo gasto adicional en corrección del error no se ve justificado por una reducción proporcional del beneficio marginal de reducción del error.

La función de optimización propuesta por el autor puede resumirse de la siguiente forma:

«Un óptimo es aquella combinación que permite alcanzar la máxima satisfacción, considerando los costos marginales de la inversión en corrección del sistema y los beneficios marginales que se reportan de la inversión de esos recursos en una reducción de los costes del error» (Carrasco, 2017: 450),

#### 4. Teoría económica de la sanción

El estudio de lo que en el derecho continental llamamos sanciones corresponde, para el AED, al estudio del *enforcement* del derecho. El objetivo de la sanción es darle aplicación al derecho. En este sentido, la sanción es algo propio del derecho; no es algo excepcional o anómalo. Las normas de comportamiento (aquellas que establecen determinada obligación) se encuentran intrínsecamente vinculadas a las normas de sanción, que le dan efectividad al sistema<sup>53</sup>. Esta aproximación se remonta a los trabajos de Beccaria y Bentham, en que se sofisticó el análisis de la disuasión (*deterrence*), y que luego recibió su más célebre formulación en el trabajo de Becker (Polinsky y Shavell, 2000: 45).

Sobre la importancia de la vinculación entre la norma de conducta y la norma de sanción, desde un punto de vista dogmático y económico, Letelier explica:

«Una obligación sin sanción no es una obligación jurídica. Y ello no solo desde la bien conocida óptica kelseniana sino que también desde una perspectiva económica. Sólo una obligación sujeta a sanción puede considerarse un costo para su receptor y, en tanto tal, una obligación que impone una conducta minimizadora o neutralizadora de ese costo» (2020: 74).

Tendiendo presente esta aproximación, el foco de la teoría económica de la sanción es situar los incentivos económicos de manera que la sanción produzca el efecto de disuadir (*deterrence*) las conductas indeseables para el derecho<sup>54</sup>. Desde el punto de vista del infractor, este cometerá la infracción si y solo si su utilidad esperada al cometer la infracción excede su utilidad sin cometer la infracción, tomando en consideración su ganancia y la *chance* de ser detectado y sancionado (Polinsky y Shavell, 2000: 47).

---

<sup>53</sup> Para un análisis de la fractura entre las reglas de conducta y reglas de sanción, véase (Letelier, 2020: 72-77).

<sup>54</sup> «Como en general ocurre con las reglas legales, desde la responsabilidad a la política de impositiva, el antitrust law crea incentivos que moldean el comportamiento de todas las firmas, incluyendo aquella que nunca son halladas infractoras» (Baker, 2003: 40). Traducción libre, cita original «As with legal rules generally, from tort law to tax policy, the antitrust laws create incentives that shape the behavior of all firms, including those never found in violation».



Ya, en concreto para el sistema de libre competencia, Posner ha señalado que las normas sustantivas de *antitrust* requieren un adecuado *enforcement*. Son necesarias sanciones efectivas y una estructura institucional que permita que las infracciones sean determinadas con una precisión (*accuracy*) y prontitud, a un costo razonable (Posner, 2001: 266).

La estructura de la sanción se puede explicar de la siguiente forma:

«He dicho que la sanción debe ser diseñada para imponer el costo de la infracción en el infractor. Es fácil saltar a la conclusión de que la sanción debe ser igual a sus costos. Pero esta conclusión sería incorrecta respecto de las infracciones ocultas en antitrust. Este carácter oculto de la conducta impulsa la probabilidad de ser sancionado por cometer infracción por debajo del 100%, y el infractor prospectivo descontará (esto es, multiplicará) el costo de la sanción por la probabilidad resultante en determinar el costo esperado de la sanción por la infracción. El resultado será dividir el costo social de la infracción con el costo privado del infractor, a menos que el costo del castigo se eleve sobre el costo social de la infracción individual» (Posner, 2001: 269)<sup>55</sup>.

El citado autor ejemplifica esto con el siguiente supuesto: el costo social de una colusión es 1 millón de dólares y la multa está fijada en ese mismo monto, pero la probabilidad de que los infractores sean detectados y sancionados es sólo de 0,25. Los infractores, asumiendo que son neutrales al riesgo<sup>56</sup>, dividirán la multa por la probabilidad de sanción (0,25), lo que arriba a un costo esperado de sanción sólo de \$250.000 dólares. La multa correcta –o eficiente– se calcula dividiendo el costo social de la infracción por la probabilidad de detección y sanción. En este ejemplo, la multa debería ser 4 millones de dólares (2001: 269).

---

<sup>55</sup> Traducción libre, cita original «I have said that the penalty should be designed to place the social costs of the violation on the violator. It is easy to jump to the conclusion that the penalty should be equal to those costs. But this conclusion would be incorrect with regard to concealable antitrust violations. Concealability drives the probability of being punished for committing the violations below 100 percent, and the prospective violator will discount (that is multiply) the punishment cost by the resulting probability in determining the expected punishment cost for the violation. The result will be to drive a wedge between the social cost of the violation and the private cost to the violator, unless the punishment cost is raised above the social cost of the individual violation».

<sup>56</sup> Que, según explica Posner, es precisamente el supuesto en casos de *antitrust* (2001: 269).

A nuestro juicio, dentro de este marco de análisis el estándar probatorio incide en la determinación de la probabilidad de sanción<sup>57</sup>. Existe una relación inversamente proporcional entre la exigencia del estándar probatorio y la probabilidad de sanción. Mientras mayor sea la exigencia del estándar probatorio menor será la probabilidad de sanción y, por ende, menor será el efecto disuasivo de la norma. Por ello, si lo que se quiere es aumentar el *enforcement*, en principio, se debería disminuir la exigencia del estándar probatorio y viceversa.

## 5. Las premisas de análisis

Habiendo expuesto los principales postulados del AED corresponde analizar cuál de los criterios de eficiencia económica propuestos resulta aplicable al estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia, lo cual puede ser formulado mediante la pregunta esbozada al principio de este capítulo: ¿cuál es la regla de estándar probatorio en el procedimiento contencioso de libre competencia que permite alcanzar un determinado criterio de eficiencia? Previamente se explican algunas premisas que se estiman necesarias para delimitar metodológicamente el análisis.

Recogiendo los aportes de las distintas posturas reseñadas en los capítulos anteriores, previo a entrar en el análisis de los criterios de eficiencia se requiere clarificar una serie de premisas que se tendrán en consideración: 1) la objeción institucional; 2) un estándar probatorio aplicable a todas las hipótesis infraccionales del DL 211; 3) el estándar probatorio que se analizará es el aplicable a la sentencia definitiva. Esto implica que no se analizará el estándar aplicable a otras decisiones dentro del procedimiento (como las mediadas cautelares); 4) la correcta aproximación a los costos procesales (del error y administrativos) es de optimización, y no de minimización; 5) La finalidad del procedimiento en libre competencia es la disuasión de las conductas anticompetitivas; 6) El procedimiento contencioso de libre competencia está encaminado a la aplicación de una sanción, pero no por ello pierde su naturaleza jurídica de procedimiento civil; 7) el mismo estándar probatorio para los casos de *public enforcement* (cuando el procedimiento inicie por requerimiento de

---

<sup>57</sup> Ciertamente, no es el único factor para considerar, existen otros elementos muy importantes como herramientas de investigación eficaces y la delación compensada, que han demostrado su efectividad para la detención de carteles.

la FNE) y para casos de *private enforcement* (cuando el procedimiento inicie por demanda particular);  
8) sobre los distintos tipos de error en el procedimiento de libre competencia.

A continuación, me referiré brevemente a cada una de estas premisas.

### 5.1. La objeción institucional

Pese a que no es el objeto de estudio del presente trabajo, hay un tema recurrente e ineludible en el análisis del estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia, y es la rareza institucional del TDLC. Montt sostiene que el TDLC es un regulador de comercio, debido a que debe aplicar una norma tan abierta como el artículo 3° de DL 211:

«(...) cada vez que se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio (que pueden ser muchos o pocos)» (2010: 7).

En este sentido, se trataría de un tribunal regulador, que debe tener una aproximación casuística y sistémica a la vez, pues resuelve el caso para las partes, pero también para todos los miembros de la comunidad económica. Esto implicaría, entre otras cosas, que –a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal– el TDLC debe preferir una aproximación balanceada a ambos tipos de errores (error de tipo 1 y error de tipo 2).

Ahora bien, el análisis anterior no obsta a que –en concreto– el TDLC sea considerado como un tribunal, en el sentido procesal de la palabra<sup>58</sup>. Así ha resuelto el Tribunal Constitucional:

«A la luz de los conceptos presentados, no es posible sostener que el tribunal que conoce de la gestión pendiente de autos esté ejerciendo una potestad punitiva administrativa, sino una función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto en la

---

<sup>58</sup> El artículo 5° del DL 211 define al TDLC como un órgano jurisdiccional «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia».

Constitución, ya que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resuelve un conflicto de relevancia jurídica originado en la acción de un individuo que, aparentemente, ha quebrantado el ordenamiento jurídico, mediante un proceso y efecto de cosa juzgada»<sup>59</sup>

El hecho de que el TDLC presente esta rareza institucional no cambia su naturaleza jurídica. Es un tribunal, por tanto, le resultan aplicables los principios y bases para el ejercicio de la jurisdicción (legalidad, independencia, etc.). No forma parte de la Administración, por lo que todas las referencias al llamado Derecho Administrativo Sancionador o principios del *ius puniendi* estatal no tendrían sentido desde el punto de vista institucional, porque la actividad del TDLC es la adjudicación. No está sancionando en el término administrativo de la palabra, sino que al imponer una multa u otra obligación está ejerciendo jurisdicción<sup>60</sup>. Hasta ahora, no se han ofrecido razones que justifiquen considerar que las sanciones impuestas por el TDLC sean asimilables a las sanciones administrativas.

De hecho, Letelier critica el sistema institucional de libre competencia en el sentido de que grafica el retroceso de la Administración en el control del mercado, renunciando a su atribución sancionatoria, que sería propia de su actividad (2018). Entendemos que el citado autor preferiría seguir el modelo de las “superintendencias”, en que sea la FNE la que aplique las sanciones por conductas anticompetitivas y que el TDLC revise *ex post* la legalidad de las sanciones impuestas por la FNE, en lo que sería dogmáticamente correcto llamar un procedimiento contencioso-administrativo.

En este punto se comparten las razones institucionales expuestas por el Voto de Previsión:

«Ante todo, esta óptica indica que el análisis debe ser hecho en función del tipo de órgano encargado de atribuir la responsabilidad infraccional en libre competencia. Cuando dicha función es ejercida por un órgano administrativo, que carece de

---

<sup>59</sup> Considerando decimoséptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional, en la causa Rol N° 2381/2012.

<sup>60</sup> De hecho, aún en el propio ámbito del Derecho Administrativo este no es un tema zanjado. Existe discusión sobre la aplicación de las garantías del llamado *ius puniendi* estatal al Derecho Administrativo Sancionador. Para una aguda crítica a la aproximación tradicional, véase (Letelier, 2017).

imparcialidad respecto del interés público perseguido, una parte de la doctrina ha indicado que existiría una mayor propensión a cometer errores del Tipo I, razón por la cual el estándar de prueba aplicable debiera ser superior al de probabilidad mayor (...). Sin embargo, cuando la función decisoria es ejercida por un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial, colegiado y especializado, como lo es este Tribunal y más aun, la Administración acusadora no goza de privilegios en la etapa de ponderación de la prueba, la distribución en abstracto de las probabilidades de cometer errores de tipo I y II se torna al menos en equivalente»<sup>61</sup>

Como hemos expuesto, no se descarta sin más la idea de que la función del TDLC se vincula al Derecho Administrativo Sancionador y al derecho infraccional, pero hasta ahora no se han ofrecido argumentos que permitan derribar las razones institucionales propuestas por el Voto de Prevención, porque –a nuestro juicio– son insoslayables.

## **5.2. Una regla de estándar probatorio aplicable a todas las hipótesis infraccionales contempladas en el DL 211**

Si bien, hemos expuesto que existen buenas razones para diferenciar la regla de estándar probatorio de acuerdo al tipo de sanción (sección 6 del Capítulo II), para efectos de simplificar el análisis y como punto de partida, se ofrecerá un análisis que abarque todas las hipótesis infraccionales que contempla el DL 211: la hipótesis general del inciso 1° del artículo 3° del DL 211, las hipótesis específicas del inciso 2° de la citada norma (colusión, abuso de posición dominante, prácticas predatorias y competencia desleal e *interlocking*), incluso las hipótesis del artículo 3 bis del DL 211 (relacionadas al sistema de control de operaciones de concentración) y artículo 4 bis del DL 211 (participación cruzada en la propiedad de competidores). Según veremos más adelante (sección 5.6.) estas tienen la misma naturaleza jurídica, en que se imputa la infracción de una norma de conducta y están solicitada la imposición de una de las sanciones contempladas en el artículo 26 del DL 211.

Pese a que se reconoce que existen importantes diferencias entre cada tipo de infracción, en particular, ciertas instituciones sólo aplican para la hipótesis de colusión (facultades intrusivas y

---

<sup>61</sup> Considerando 22° del Voto de Prevención, de la Sentencia N° 160/2017 del TDLC.

delación compensada), no se justifica un tratamiento diferenciado de las infracciones desde el punto de vista probatorio. Pues tanto la parte requirente o demandante como la defensa gozan de todas las garantías procesales para la tutela de sus intereses (bilateralidad de la audiencia, derecho a la prueba, derecho al recurso, etc.), desde el punto de vista procesal son considerados en términos de igualdad, y esta situación no cambia por el hecho de que en una etapa previa al procedimiento se hayan empleado facultades intrusivas o parte de la defensa se acoja a la delación compensada, pues esa evidencia será incorporada al procedimiento por la FNE como cualquier otro medio de prueba y este será ponderado bajo las mismas reglas de la sana crítica. Por ello, no se justificaría distribuir en favor de la defensa el riesgo del error.

### **5.3. El análisis del estándar probatorio aplicable a la sentencia definitiva**

Según hemos indicado en el presente análisis nos centraremos en estándar susceptible de ser aplicado al momento de decidir el caso como tal, lo que se materializa en la sentencia definitiva. La pregunta sobre el estándar aplicable en otras etapas del procedimiento escapa del objetivo del presente trabajo.

### **5.4. Optimización de los costos procesales**

La aproximación a los costos procesales que ofrece el mejor sustento dogmático y económico es el de optimización, la cual fue explicada en la sección 3 del presente capítulo.

### **5.5. Finalidad del procedimiento contencioso de libre competencia**

En cuanto a su estructura, el procedimiento contencioso de libre competencia está encaminado a la imposición de una sanción por la infracción de las normas sustantivas del derecho de libre competencia.

En el marco de la teoría económica de la sanción, el objetivo del procedimiento es la disuasión de conductas anticompetitivas, dentro de este planteamiento, el estándar probatorio es una regla que incide en la probabilidad de sanción. Con los matices que hemos expuesto anteriormente (sección 4), mientras mayor es la exigencia del estándar probatorio es menor la probabilidad sanción y, por

ende, menor el efecto disuasivo de la norma de sanción. No es una novedad el hecho de que a las empresas que incurren en conductas anticompetitivas les favorezca más un estándar probatorio alto, porque menor será probabilidad que sean efectivamente sancionados.

## **5.6. Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento**

Como hemos expuesto, la naturaleza jurídica de un procedimiento depende del tipo de responsabilidad imputada<sup>62</sup>. Bajo este entendimiento sólo existirían dos posibles tipos de procedimientos: civil y penal. El procedimiento civil está encaminado a determinar la responsabilidad patrimonial de una persona, la cual es evaluable económicamente y disponible. El procedimiento penal importa la reacción del Estado ante el quebrantamiento del ordenamiento jurídico y busca la imposición de una pena que no es evaluable económicamente y que es personalísima.

Cabe preguntarse si, de acuerdo con este criterio, es posible plantear la existencia de otro tipo de procedimiento. Una posible respuesta podría ser el procedimiento contencioso-administrativo. El cual es aquel encaminado a la revisión de la legalidad de un acto administrativo que ha causado un daño a una persona (por ejemplo, la sanción administrativa), en este contexto el sujeto se enfrenta a la Administración que goza de privilegios y facultades exorbitantes. Ahora bien, este procedimiento también tendría una naturaleza civil, en cuanto al tipo de responsabilidad imputada.

Por lo anteriormente expuesto y considerando que en el sistema de libre competencia chileno la responsabilidad penal e infraccional se encuentran claramente diferenciadas, es posible concluir que el procedimiento tiene naturaleza civil, pues por su intermedio se persigue la responsabilidad patrimonial de los infractores, la cual es evaluable pecuniariamente y disponible.

## **5.7. Sobre la aplicación del mismo estándar para casos tanto de *public* como *private enforcement***

---

<sup>62</sup> Esta afirmación es compartida tanto por quienes afirman que se trataría de un procedimiento de tipo sancionatorio o infraccional como quienes postulan que se trata de un procedimiento civil (según hemos explicado en la sección 1.1. y 1.2. del Capítulo II).

A raíz de que la discusión sobre el estándar probatorio ha estado centrada principalmente en los casos de colusión pareciera ser que el sistema sólo permite a la FNE iniciar el procedimiento. Lo que no es efectivo, incluso para los casos de colusión –al menos desde el punto de vista procesal– nada impide que un procedimiento sea iniciado por demanda particular.

Bajo la actual regulación no existen razones para diferenciar el estándar probatorio para casos de *public enforcement* y de *private enforcement*, esto se debe a que tanto la FNE como el demandante particular tienen las mismas facultades procesales de actuación en cuanto a la prueba.

Ahora, bien se podría discutir de *lege ferenda* la deseabilidad de establecer incentivos para potenciar el *private enforcement*<sup>63</sup>. Consideramos que establecer un estándar distinto para casos de *private enforcement* no sería una medida apropiada. En primer lugar, porque desde el punto de vista epistémico no existe un estándar inferior al de balance de probabilidades, por lo que no sería posible. Y, en segundo lugar, otros mecanismos parecieran cumplir esta finalidad de mejor manera y a menor costo (como el otorgamiento de un porcentaje de la multa a quien presenta la demanda con fundamentos plausibles, etc.).

## 5.8. Los tipos de error en el procedimiento de libre competencia

Grunberg y Montt proponen la siguiente categorización de los tipos de error en el procedimiento de libre competencia:

«Desde el punto de vista del diseño y aplicación de las prohibiciones, es posible que el legislador y/o juez cometan dos tipos de errores: error tipo I o falso positivo, y el error tipo II o falso negativo. En el primer caso, se prohíbe una conducta que en realidad es pro-competitiva, y en el segundo caso, se permite una conducta que en realidad es anticompetitiva (considerando que la hipótesis nula es “conducta pro-competitiva”» (2017: 318).

---

<sup>63</sup> Pardow sostiene que se debería fomentar la división de trabajo entre los litigantes privados y la FNE, permitiendo que ambos tipos de *enforcement* se complementen. A mayor abundamiento «Antes que implementar un programa de sustitución, donde se fortalezca la FNE y se limite la intervención privada, resulta preferible continuar con la orientación adoptada por el actual Fiscal Nacional Económico y redireccionar los esfuerzo de la persecución pública a la persecución de carteles» (2015: 425).



Esta formulación es incorrecta en dos sentidos. En primer lugar, pues no distingue el plano político-legislativo del plano de la adjudicación. Prohibir una conducta que es pro-competitiva y permitir una conducta anticompetitiva son supuestos que se vinculan, más bien, a la política de la competencia. Se podría detectar este tipo de errores en determinada política o normativa implementada por el Gobierno, por ejemplo, a propósito de la recién promulgada Ley Fintech<sup>64</sup> podría preguntarse si la regulación introducida a los medios de pago es una medida que restringe la competencia, en este caso se podría analizar si se prohibió una conducta pro-competitiva o si se permite una conducta anticompetitiva. Ahora, en un caso concreto, la aproximación que debería tener el adjudicador a los tipos de error es la misma que a todos los procedimientos: la verdad de las proposiciones fácticas formuladas por las partes o intervinientes, correspondiendo el “error de tipo 1” a aceptar como verdadero (o dar por probado) aquello que es falso y el “error de tipo 1” en no aceptar como verdadero (o no dar por probado) aquello que es falso (Gascón, 2005: 130). Ahora bien, podría decirse que el tribunal al sancionar al infractor lo que está haciendo en realidad es prohibir o permitir una conducta en el caso concreto, lo que tampoco efectivo y se contradice con la propia aproximación de quienes sostienen esta tesis, pues si el procedimiento contencioso de libre competencia tiene una naturaleza infraccional o sancionatoria su objetivo es imponer responsabilidad al acusado por el incumplimiento de la normativa, con la finalidad de reforzar la vigencia de la norma de comportamiento, y no prohibir o permitir conducta *lato sensu*. Esta conclusión de los citados autores se puede explicar en la tendencia de la doctrina a extrapolar la conceptualización de los tipos de error en el procedimiento a los tipos de error en la decisión del caso como tal.

Tal planteamiento se entiende desde el punto de vista del sistema de libre competencia y la normativa sustantiva, pero para el análisis del estándar probatorio en el caso concreto es más pertinente la formulación de Gascón, que abarcaría todas las hipótesis relevantes involucradas en un procedimiento. Ahora bien, el análisis propuesto por Grunberg y Montt, es pertinente para el sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, regulado en el Título IV del DL 211. En ese caso, la decisión de la FNE –de aprobar la operación de manera pura y simple, de aprobar la operación sujeta a medidas de mitigación o prohibir la operación–,

---

<sup>64</sup> Ley N° 21.5221, que promueve la competencia y la inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros, publicada el 4 de enero de 2023.

pues en la decisión se podrían cometer los tipos de error reseñados (por ejemplo, se podría prohibir una operación de concentración que fuera pro-competitiva). En este caso es más evidente el planteamiento propuesto.

## **6. Análisis de la aplicación de los criterios de eficiencia el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia**

Habiendo explicado las premisas metodológicas que delimitarán el análisis, a continuación, se procede a revisar la posible aplicación de cada uno de los distintos criterios de eficiencia al estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia.

### **6.1. Sobre la aplicación de los criterios de Pareto**

Según hemos expuesto, esta postura es esbozada en el Voto de Previsión de la Sentencia N° 160/2017. Los Ministros Tapia y Arancibia afirman que el estándar de preponderancia de la prueba, en la medida que distribuye de manera equitativa el error entre las partes, es eficiente en los términos de Pareto. «De este modo, como cualquier otra regulación, las normas de libre competencia deben ser neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que de inmediato las sitúa *prima facie* en ámbito del estándar de balance de probabilidades»<sup>65</sup>.

En cuanto las “razones económicas”, la conclusión del Voto de Previsión es correcta, pero por las razones equivocadas.

En primer lugar, el Voto de Previsión afirma que el tratamiento adecuado para ambos tipos de error en el procedimiento sería el de minimización, lo cual hemos explicado que no sería correcto (sección 3), pues no da cuenta de la relación inversamente proporcional entre los costos administrativos y los costos del error. Además, hemos expresado que el estándar probatorio no es una regla que apunte a disminuir los costos del error, sino que a la distribución (sección 7.2. del Capítulo I).

---

<sup>65</sup> Considerando 20°, Voto de Previsión Sentencia N° 160/2017 del TDLC.

Sobre la referencia al óptimo paretiano, Carrasco se pregunta si las normas procesales de estándar de prueba son susceptibles de análisis de acuerdo con el óptimo paretiano.

«Lo esencial en Pareto es que pueda desprenderse una preferencia (en sentido débil) o un consentimiento (en sentido fuerte) por aquel estado social en donde solamente existan ganadores (esto es, donde nadie sufra un perjuicio). Entendemos que la idea de neutralidad del considerando respectivo refiere a algún tipo de adscripción impersonal a una regla que distribuye el error igualitariamente. Desde esa perspectiva, entonces, nadie podría verse perjudicado.

Sin embargo, las normas procesales no son neutras. Ellas están hechas para generar ganadores y perdedores» (Carrasco, 2019: 718).

El citado autor concluye que el criterio de eficiencia que rige no es el de Pareto, sino el de Kaldor-Hicks. A continuación, se expondrá esa posición.

## **6.2. Sobre la aplicación del criterio Kaldor-Hicks**

Según hemos expuesto previamente (sección 3) las normas procesales no son neutras, pues generan ganadores y perdedores, por ello no es posible aplicar el criterio de óptimo de Pareto al análisis de este tipo de reglas. Carrasco explica que los “estados de cosas procesales” (lo que sería una formulación para el contexto del proceso de un “estado social” en los términos de los criterios de eficiencia) no son neutrales, pues tales “estados de cosas procesales” asignan cargas, derechos y obligaciones a las partes y al juez, quienes soportan el costo o reciben el beneficio, según corresponda. Es decir, estos “estados de cosas procesales” no son neutros, puede generar ganadores y perdedores.

A modo de ejemplo, considera un determinado “estado de cosas procesal” en que el estándar probatorio aplicable es de preponderancia de la prueba que genera una situación social 1, y otro estado en que el estándar probatorio aplicable es de más allá de toda duda razonable que genera una situación social 2. Explica que el movimiento desde y hacia cualquiera de esas situaciones sociales genera ganadores y perdedores. Propone el siguiente cuadro para representar este planteamiento (Carrasco, 2019: 714).

**Figura 3:**

**Criterio de Kaldor-Hicks en el estándar probatorio de libre competencia**

	<b>Civil (estado social 1)</b>	<b>Penal (estado social 2)</b>
<b>Infractor absuelto</b> <b>Infractor condenado</b>	(1-& &	& (1-&)

Fuente: (Carrasco, 2019: 719)

El citado autor explica que el parámetro (&) representa una escala de probabilidad entre 0,5 y 1, donde 1 es el máximo de la escala, y el parámetro (1-&) representa una escala de probabilidad inferior a (&). Este cuadro da cuenta de que siempre es más probable la absolución del infractor en el proceso penal que en el civil. Para el supuesto de cambio de estado social desde 2 a 1 «Es claro que los perdedores son los infractores condenados en el estado social 2, quienes no aceptarán pasar al estado social 1 porque aumenta su posibilidad de condena» (Carrasco, 2019: 715). En este paso del estado de cosas procesal 2 (en que aplica el estándar de duda razonable) al estado de cosas procesal 1 (en que aplica el estándar de preponderancia de la evidencia), los perdedores serían el o los infractores y los ganadores serían los consumidores o el mercado<sup>66</sup> (de acuerdo con el criterio que se siga en la discusión sobre el bien jurídico tutelado por la libre competencia). El interés del o los infractores sería puramente privado y el interés de mercado o de los consumidores sería general o colectivo.

El mismo análisis se puede replicar respecto del estándar de prueba clara y concluyente, que ocuparía el espacio del estado social 2, porque será más probable la absolución del infractor bajo el estándar de prueba clara y concluyente que bajo el estándar civil. Por ello, al igual que en el supuesto anterior, con el paso del estado de cosas procesal 2 (en que aplica el estándar de prueba

---

<sup>66</sup> Esto, independiente de si se trata de casos de *public* o *private enforcement*. Pues en ambos casos lo que se imputa al requerido o demandado es la infracción de una norma que tutela la libre competencia en los mercados. En definitiva, son casos de *enforcement* de la misma normativa, solamente que la iniciativa del procedimiento viene distintas fuentes. Un supuesto totalmente distinto sería el caso, por ejemplo, en que un competidor del infractor demande indemnización de perjuicios por daño que se produjo a causa de una conducta anticompetitiva, en ese caso, el ganador o perdedor a considerar sería la víctima del daño anticompetitivo.

clara y concluyente) al estado de cosas procesal 1 (en que aplica el estándar de prueba preponderante) los perdedores serían los infractores.

Ahora bien, el análisis sobre la aplicación del criterio Kaldor-Hicks no termina aquí, pues resta referirse a la posibilidad de que los ganadores compensen a los perdedores y que, en caso de que se produzca la compensación, los ganadores sigan siendo ganadores. Con el paso de un estándar de prueba clara y concluyente a un estándar de preponderancia de la evidencia ¿es posible que los consumidores negocien con el infractor la compensación por el cambio del estado de cosas procesales? Pareciera ser contraintuitivo que el mercado o los consumidores deban compensar a un infractor que ha impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, pero la compensación no se refiere necesariamente a una transferencia directa por parte de los ganadores a los perdedores. Considerando que el análisis propuesto es normativo, y no referido a un caso concreto, se mantiene la posibilidad de compensar el cambio de estado de cosas procesal, mediante el establecimiento de otras facultades o posibilidades de actuación para los infractores<sup>67</sup>. En caso de que esta compensación se materialice, los ganadores (el mercado o los consumidores) seguirían siendo ganadores, pues se mantendría la aplicación del estándar de prueba preponderante<sup>68</sup>.

En el supuesto inverso, del paso de estado de cosas procesal 1 (estándar de prueba preponderante) al estado de cosas procesal 2 (estándar de prueba clara y concluyente), los ganadores serían los infractores y los perdedores los consumidores o el mercado. En este supuesto no existe posibilidad de compensación, ni siquiera potencial. A diferencia el supuesto anterior, no es posible considerar que el infractor puede modificar el régimen legal en favor de los consumidores o el mercado, y menos tendrán incentivos para indemnizar a los consumidores de manera voluntaria luego de que han sido absueltos.

Por tanto, el único estado social en que se cumpliría el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks es en el que se establece el estándar civil de prueba, prueba preponderante.

---

<sup>67</sup> Se podría construir una argumentación que permita reconducir la decisión legislativa de cambio normativo a los consumidores en general, en la medida que el congreso representa la voluntad soberana.

<sup>68</sup> Eso dependerá, por supuesto, del tipo de cambio normativo que se trate, pues hemos explicado que otras reglas procesales también influyen en la probabilidad de sanción.

### **6.3. Sobre la aplicación del criterio de Coase**

El Teorema de Coase no resulta aplicable como criterio de eficiencia a la regla de estándar probatorio. Toda vez que la preocupación de este criterio es la asignación de derechos, y la posibilidad de distribución luego de la asignación inicial. Dado que la regla de estándar probatorio tiene vocación de permanencia y no es posible contemplar una hipótesis en que las partes del juicio puedan llegar a un acuerdo respecto del estándar aplicable.

Bajo este supuesto, el único caso donde sería concebible plantear este criterio es en las convenciones probatorias que se ha admitido en algunas conciliaciones. En que la distribución inicial está dada por las normas jurídicas de la carga de la prueba, y mediante una convención probatoria se acuerda que determinada hipótesis se tendrá por probada, sin necesidad de cumplir con la carga de aportar los antecedentes necesarios. Esto permitiría a las partes el ahorro de importantes recursos para las partes, pero todo parece indicar que los costos de transacción y los incentivos que tienen las partes a comportarse de manera estrategia durante el procedimiento, descartarían esta posibilidad.

### **6.4. Sobre la aplicación del criterio de Posner**

Respecto de este criterio resultan aplicables las mismas aprehensiones planteadas respecto del criterio de Coase, en el sentido de que este criterio se preocupa de la asignación y distribución de derecho o facultades. Además, se mantienen las críticas esbozadas a este planteamiento, que fueron descritas en la sección 2.4. del presente capítulo.

## **7. Otras consideraciones que justifican la aplicación del estándar civil al procedimiento contencioso de libre competencia**

Adicionalmente a las razones ya expuestas, cabe hacerse cargo de la idea de que el estándar de prueba clara y concluyente resulta aplicable cuando la gravedad de la imputación pueda generar “graves consecuencias” en el acusado. Esta idea fue esbozada por Stein y recogida en nuestro derecho por Larroucau.

Esta es la idea de que, en los casos de fraude, el infractor se vería expuesto a dos sanciones, la que contempla la norma (la multa) y una sanción social, que es la pérdida de reputación en la comunidad, como podría ser la pérdida de negocios u oportunidades sociales (Stein, 2005: 153). Sin embargo, esta premisa es incorrecta, toda vez que no da cuenta del análisis completo del citado autor. Stein explica que el estándar de prueba clara y concluyente reduce la expectativa de sanción (tanto legal como social), con el objetivo de atenuar el *overenforcement* y la consecuente sobre-disuasión (*overdeterrence*).

«Esto es exactamente lo que el estándar de prueba clara y concluyente hace. Este mecanismo probatorio reduce las sanciones esperadas por la persona, tanto la sanción legal como social (la sanción es impuesta con base en la decisión del tribunal). Este mecanismo especial no apunta a obtener el nivel socialmente deseable de falsos positivos versus falsos negativos. Tampoco apunta a ahuyentar demandas frívolas reduciendo algunas demandas meritorias también. Este mecanismo atenúa el *overenforcement* y la consecuente sobre-disuasión que ambas, decisiones correctas y erróneas producen» (Stein, 2005: 153)<sup>69</sup>

Es decir, el estándar de prueba clara y concluyente trae consigo importantes consecuencias para el sistema. La argumentación de Stein es incompleta si sólo se atiende a la gravedad de las consecuencias de la sanción, pues también vincula casos donde el sistema está saturado con un nivel excesivo de *enforcement*. Cabe preguntarse si en nuestro contexto es razonable implementar un mecanismo que atenúa el *overenforcement* ¿existe una saturación del sistema?, ¿existe una sobre-disuasión?

Aún omitiendo el análisis anterior ¿es plausible sostener que esa pérdida reputacional de las empresas que incurran en prácticas anticompetitivas sea un valor que justifique reducir el *enforcement* del sistema en su totalidad, considerando nuestra realidad? Lamentablemente no existe

---

<sup>69</sup> Traducción libre, cita original «This is exactly what the ‘clear and convincing’ standard does. This evidential mechanism reduces a person’s expected sanctions, both legal and social (the social sanction is imposed on the basis of the court’s decision). This special mechanism does not aim at attaining a socially desirable ratio of false positive versus false negatives. Nor does it aim at driving away frivolous claims by chilling some meritorious claims as well. This mechanism attenuate overenforcement and the consequent overdeterrence that both correct and erroneous liability decisions (as well as both frivolous and meritorious claims) produce on the ground»

algún estudio cuantitativo que pondere la real pérdida de negocios que se produce con la sanción errónea en este y otros casos, por lo que sólo cabe especular.



## CONCLUSIONES

El presente trabajo nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

En primer término, con relación al objetivo principal de este trabajo podemos concluir que, bajo el criterio de Kaldor-Hicks, se justifica la aplicación del estándar de prueba civil –prueba preponderante o balance de probabilidades– al procedimiento contencioso de libre competencia.

Adicionalmente, se identificó la importancia y función del estándar probatorio, bajo el marco de la teoría racionalista de la prueba. Se propuso una nueva función –en base a concepto del AED– del estándar probatorio, que llamamos función asociada a incentivos.

El análisis de la evolución de la discusión doctrinaria y jurisprudencial permitió identificar una serie de problemas en la posición mayoritaria, que afirma que el estándar probatorio aplicable a este procedimiento es el de prueba clara y concluyente. Uno de esos puntos identificados es la discusión sobre la naturaleza jurídica del procedimiento, sobre lo cual se propuso en este trabajo que se trata de un procedimiento de naturaleza civil. Luego, se notó que el foco de la doctrina mayoritaria ha sido la hipótesis de colusión, dejando de lado un análisis global al tema propuesto, frente a esto se ofrecieron argumentos para considerar la necesidad y pertenencia de una sola regla de estándar probatorio para todas las infracciones.

Más adelante se demostró que el Análisis Económico del Derecho Procesal ofrece una aproximación que se debe tener en consideración al analizar este tipo de discusiones. En especial, considerando el aporte de la idea de los costos procesales y la teoría económica de la sanción como fundamento de la sanción en libre competencia.

Finalmente, y bajo una serie de premisas que se consideran importante, se ha concretado el objetivo del presente trabajo, revisando la posibilidad de aplicación de cada uno de los criterios de eficiencia propuestos por la doctrina especializada (los criterios de Pareto, el teorema de Coase, el criterio de Kaldor-Hicks y el criterio de Posner) al análisis de la regla de estándar probatorio en libre competencia.

Se ha concluido con que, bajo el criterio de Kaldor-Hicks, el estándar probatorio aplicable al procedimiento contencioso de libre competencia debería ser el estándar civil, de prueba preponderante o balance de probabilidades.

## BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso) [483-511] (Disponible en: <https://tinyurl.com/28ux99ay>).

—. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. Isonomía N° 40 [17-59] (Disponible en: <https://tinyurl.com/5n9ypt9p>).

—. (2019), Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? Revus 39 [Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/5559>).

ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2005). Analysis of evidence. Second Edition. Cambridge University Press.

BAKER, Jonathan (2003). The Case for Antitrust Enforcement. En The Journal of Economic Perspectives. Vol. 17 Núm. 4 (disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3216930>).

BECERRA, Daniela (2020). Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno. Trabajo final de máster. Tutor: Jordi Ferrer. Universitat de Girona (Disponible en: <https://tinyurl.com/yc4ufanr>).

BECKER, Gary (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. En Journal of Political Economy Vol. 76 Núm. 2 (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1830482>).

BIERSCHBACH, Richard y STEIN, Alex (2007). Deterrence, retributivism, and the law of evidence. Virginia Law Review, Vol. 93 [189-198].

BLACKSTONE, William (2016). Commentaries on The Laws of England. Book IV: Of Public Wrongs. Wilfrid Prest (general director). Oxford University Press (Oxford).

CARBONELL, Flavia (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. En Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal. Tirant Lo Blanch (Valencia).

CARRASCO, Nicolás (2012). Análisis económico de las medidas cautelares civiles. Abeledo Perrot (Santiago).

—. (2016). El Análisis Económico del Derecho como herramienta procesal en la sociedad post crisis. En Neira, Ana María. Los desafíos de la justicia en la era post crisis [165-388] (Barcelona).

—. (2018a). Breve introducción a los criterios de eficiencia. En Nicolás Carrasco (Coordinador) Análisis Económico del Derecho Procesal: nuevas perspectivas. Editorial Jurídica de Chile (Santiago).

—. (2018b). Acerca de la procedencia del criterio Kaldor-Hicks en el proceso civil. En Nicolás Carrasco (Coordinador) Análisis Económico del Derecho procesal: nuevas perspectivas. Editorial Jurídica de Chile (Santiago).

—. (2019). Estándar de preponderancia de prueba en libre competencia: ¿Cómo entender las razones de eficiencia que los fundamentan? En: La prueba en los Procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Thomson Reuters (Santiago) [701-724].

—. (s/p). Introducción: el procedimiento contencioso de libre competencia.

COASE, Ronald (1960). The problem of social cost. En The Journal of Law & Economics Vol. 3 [1-44] (Disponible: <https://www.jstor.org/stable/724810>).

COLEMAN, Jules (1980). Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. En California Law Review Vol. 68 Núm. 2 [221-249] (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3479985>).

—. (2004). Los fundamentos del bienestar. En Derecho y Humanidades N° 10 [17-46] (Disponible en: <https://tinyurl.com/mrx8whz9>).

COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2014). Law and Economics. Sixth Edition. Pearson New International Edition.

DWORKIN, Ronald (1998). ¿Es la riqueza un valor? En Estudios Públicos N° 69 [259-298] (Disponible en: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1045>).

ELSTER, Jon (1991). Domar la suerte. La aleatoriedad en decisiones individuales y sociales. Ediciones Paidós (Barcelona).

FERRER, Jordi (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial Pons (Madrid, Barcelona y Buenos Aires).

—. (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, vol. IX N° 18 (Cartagena).

—. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea. En: Diego Papayannis y Esteban Pereira (Editores) Filosofía del Derecho Privado. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo).

FUCHS, Andrés (2020). El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos. Centro Competencia. Universidad Adolfo Ibáñez (Disponible en: <https://tinyurl.com/3962cure>).

GÁRATE, Óscar (2020). Estándar probatorio en libre competencia. Tirant Lo Blanch (Valencia).

GASCÓN, Marina (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 28 [127-139] (disponible en: <https://tinyurl.com/mhr8wb3f>).

—. (2010). Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Tercera Edición. Marcial Pons (Madrid, Barcelona y Buenos Aires).

GONZÁLEZ, Daniel (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En Prueba y razonamiento probatorio. Debates sobre abducción. Coordinadores: Juan Antonio García y Pablo Raúl Bonorino. Editorial Comares.

GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago (2017). Prueba de la Colusión. En Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017) (Santiago) (Disponible en: <https://tinyurl.com/2m7m949p>).

HAMER, David (2014). Presumptions, standards and burdens: managing the cost of error. En *Law, Probability and Risk*, Vol. 13, Issue 3-4 [221-242] (Disponible en: <https://doi.org/10.1093/lpr/mgu006>).

HAMILTON, María (2018). Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y el rol de la Corte Suprema. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Cristián Maturana (Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159454>).

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004). Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile (Santiago).

HICKS, John (1939). The Foundations of Welfare Economics. En *The Economic Journal* Vol. 49 Núm. 196 [696-712] (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2225023>).

KALDOR, Nicholas (1939). Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. En *The Economic Journal* Vol. 49 Núm. 195 [549-552] (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2224835>).

KORNHAUSER, Lewis (1980). A Guide to the Perplexed Claims of efficiency in the Law. En *Hofstra Law Review* Vol. 8, Issue 3 [591-639] (Disponible en: <https://tinyurl.com/54cep6x6>).

LARROUCAU, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3 [783-808] (Disponible en: <https://tinyurl.com/jhbyrvfw>).

—. (2017). Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema. En *Revista de Derecho de Valdivia* Vol. 30 Núm. 1 [311-331] (Disponible en: <https://tinyurl.com/2p82e2pb>).

LAUDAN, Larry (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 [95-113].

LETELIER, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32 [65-83] (Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/26867>).

MAGGIOLINO, Mariateresa (2014). Plausibility, Fracts and Economics in Antitrust Law. En *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* Vol. 2014, 7 (10) [107-128]. (Disponible en: [https://yars.wz.uw.edu.pl/images/yars2014\\_7\\_10/Yearbook\\_7\\_10.pdf](https://yars.wz.uw.edu.pl/images/yars2014_7_10/Yearbook_7_10.pdf))

MATURANA, Javier (2021). Estándares de prueba en libre competencia y una propuesta de delimitación del estándar de prueba clara y concluyente. En *Proceso, prueba y epistemología ensayos sobre derecho probatorio*. Director Jesús Ezurmendia. Tirant Lo Blanch (Valencia).

MONTE, Santiago (2010). El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como regulador de comercio: una mirada desde las políticas públicas. Documento de trabajo, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

PARDOW, Diego (2015). El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados? En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Núm. 2 [419-541] (Disponible en: <https://tinyurl.com/2p8yyc8u>).

PAVIC, Lorena y PARDO, José (2022). Evolución legislativa y jurisprudencial de la colusión: objeto y estándar de prueba. En Nuevo Régimen de Libre Competencia. Editores: Domingo Valdés y Omar Vásquez. Rubicón (Santiago).

PITTLER, Robert (1968). The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized. California Law Review Vol. 56 Issue 3 (Disponible en: <https://tinyurl.com/3puzaetx>).

POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven (2000). The Economic Theory of Public Enforcement of Law. En Journal of Economic Literature Vol. 38 Núm. 1 [45-76] (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2565359>).

POSNER, Richard (1979). Some uses and abuses of economics in law. En The University of Chicago Law Review Vol. 46 Núm. 2 [281-306] (Disponible: <https://www.jstor.org/stable/1599454>).

—. (1986). Economic analysis of law. Third edition. Wolters Kluwer, Law & Bussiness.

—. (2001). Antitrust Law. Second edition. University of Chicago Press (Chicago).

ROMERO, Juan (2007). Documento de trabajo. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? En Centro de Libre Competencia UC (Disponible en: <https://tinyurl.com/5fs7aur4>).

SCITOVSKY, Tibor (1941). A note on Welfare Propositions in Economics. En The Review of Economic Studies Vol. 9 Núm. 1 [77-88] (Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2967640>).

SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law (2004). Harvard University Press (Cambridge).

STEIN, Alex (2005). Foundations of Evidence Law. Oxford University Press.



TARUFFO, Michele (2009). Páginas sobre justiciar civil. Marcial Pons (Madrid, Barcelona y Buenos Aires).

—. (2011). La prueba de los hechos. 4º Edición. Trota Editorial (Madrid).

VALDÉS, Domingo (2006). Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile (Santiago).

VALENZUELA, Cristóbal y RENCORET, Pablo (2018). Aproximaciones sobre la regla de estándar de prueba aplicable a la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno: un análisis a partir del Voto de Prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Jonatan Valenzuela (Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159385>).

VALENZUELA, Jonathan (2017). Informe en derecho: una regla de estándar de prueba en el derecho de la competencia a propósito de la causa Rol 304-2016, presentado a fojas 10.811 en la causa Rol 304-2016, seguida ante el TDLC (Disponible en: <https://tinyurl.com/5bu8cspp>).

VÁSQUEZ, Omar (2021). Una introducción al análisis económico del Derecho. Tirant Lo Blanch (Valencia).

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Suprema, Sentencia en la causa Rol N° 2578-2012, caratulado “Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros”.

—. Sentencia en la causa Rol N° 27181 de 2014, caratulado “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”.

Tribunal Constitucional, Sentencia en la causa Rol N° 2381-2012, sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 28 de 2005, sobre Requerimiento de la FNE en contra de las empresas TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y Complejo Manufacturero de Equipos Telefónico S.A.C.I.

—. Sentencia N° 85 de 2009, sobre demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.

—. Sentencia N° 119 de 2012, sobre requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.

—. Sentencia N° 160 de 2017, sobre requerimiento de la FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.

## **OTROS SOPORTES**

LETELIER, Raúl (2017) Ponencia: Análisis económico de las sanciones administrativas. En Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Disponible en: <https://youtu.be/QoveZ3GtBQs?t=1289>).