



Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia

Recibido: 24 de junio de 2019 • Aprobado: 5 de diciembre de 2019
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a11>

José Manuel Santibáñez Orellana

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Talca, Chile
josesantibanez1@santotomas.cl; acdelegal@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5435-4267>

RESUMEN

El artículo pretende demostrar que, tras buscar una alternativa a la aparente feble sanción que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia impone a los responsables de colusión, el legislador incurrió en imprecisiones que pueden comprometer la institucionalidad que la regula y sanciona. Propone las contrariedades de identificarla como delito aplicando el estándar probatorio penal, la discutible eficiencia de sancionarla en dicha sede y sus efectos para los fines del derecho de la competencia. Como metodología utiliza la investigación teórica y la recopilación, revisión y análisis de los trabajos doctrinarios. Por la evolución jurídica de la colusión, acude al método histórico lógico para, finalmente, utilizar el método sistemático, lo que permite un estudio concreto de la conducta en una estructura compleja que, con la nueva regulación, hoy la vincula con un estándar probatorio específico. Los resultados evidencian fragilidades en la observancia del *non bis in idem*, existencia de sentencias contradictorias en sedes administrativa sancionadora y penal e insatisfacción ciudadana, al no existir cárcel efectiva para sus responsables. La conclusión confirma inconsistencias dogmáticas en su tipificación y que, considerando atenuantes, calidad, entidad de las pruebas y, fundamentalmente, el elevado estándar de apreciación de estas, solo estamos en presencia de un establecimiento simbólico de su penalización. Con ello, los fines preventivos, correctivos y sancionatorios de la Ley no están suficientemente resguardados, se sugiere, entonces, fortalecer las atribuciones del Tribunal Administrativo Sancionador y un estándar probatorio que permita la adecuada y eficaz sanción de la colusión, en concordancia con los objetivos del derecho de la libre competencia.

Palabras clave: derecho de la competencia, libre competencia, colusión, estándar de prueba, fines del derecho de la libre competencia.

Collusion, Contrariness in its Typing in Relation with the Standard of Proof and the Purpose of the Right to Competition

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that, after looking for an alternative to the apparently feeble sanction that the Competition Court (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia or TDLC in Spanish) imposes to those responsible of collusion, the legislator incurred in imprecisions that might compromise the institutionalality that regulates and sanctions it. It proposes the contrarities of identifying it as a felony by applying the criminal justice standard of proof, the debatable efficiency and sanctioning it in the said court and its effect for purposes of the right to freedom of competition. As a methodology, this piece of work employs a theoretical research methodology and a collection, review and analysis of doctrinal works. Because of the judicial evolution of collusion, the research is aimed by the logical-historical method in a complex structure that, because of the new regulation, binds it now with a specific standard of proof. The results make evident fragilities in the observance of the *non bis in idem*, existence of contradictory sentences in sanctionative and criminal law administrative headquarters, as the inexistence of effective jail for its felons. The conclusion confirms dogmatic inconsistencies in its typing and that, considering as mitigations the quality, quantity and entity of the proofs and fundamentally the high standard for the appreciation of these, we are in front of symbolic establishment of its penalty. With this, the preventive, corrective and sanctionative purposes of the Law are not protected; it is then suggested to strengthen the attributions of the Sanctioning Administrative Tribunal and standard of proof that allows an adequate and efficient sanction of collusion under the objectives of the freedom of competition law.

Keywords: freedom to competition; freedom of competition; collusion; standard of proof; purpose of the right to freedom of competition

Colusão, contrariedades de sua tipificação em relação com o standard probatório e os objetivos do direito de concorrência

RESUMO

Este artigo pretende demonstrar que, após buscar uma alternativa à aparente leve sanção que o Tribunal de Defesa da Livre Concorrência impõe aos responsáveis de colusão, o legislador incorreu em imprecisões que podem comprometer a institucionalidade que a regulamenta e sanciona. Propõe as contrariedades de identificá-la como delito com a aplicação do standard probatório penal, a discutível eficiência de sancioná-la nessa sede e seus efeitos para os objetivos do direito de concorrência. Como metodologia utiliza a pesquisa teórica e a coleta, revisão e análise dos trabalhos doutrinários. Pela evolução jurídica da colusão, recorre ao método histórico lógico para, finalmente, utilizar o método sistemático, o que permite um estudo concreto do comportamento, em uma estrutura complexa que, com a nova regulamentação, hoje a vincula com um standard probatório específico. Os resultados evidenciam fragilidades na observância do *non bis in idem*, existência de sentenças contraditórias em sedes administrativa sancionadora e penal, e insatisfação cidadã, ao não existir prisão efetiva para seus responsáveis. A conclusão confirma inconsistências dogmáticas em sua tipificação e que, considerando atenuantes, qualidade, entidade das provas e fundamentalmente o elevado padrão de apreciação destas, somente estamos na presença de um estabelecimento simbólico de sua penalização. Com isso, os fins preventivos, corretivos e sancionatórios da lei não estão suficientemente garantidos. Portanto, sugere-se fortalecer as atribuições do Tribunal Administrativo Sancionador e um standard probatório que permita a adequada e eficaz sanção da colusão, em concordância com os objetivos do direito da livre concorrência.

Palavras-chave: direito de concorrência; livre concorrência; colusão; standard probatório; objetivos do direito da livre concorrência.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo proviene de la actividad académica de investigación en la línea del derecho de competencia que el autor desarrolla en sus estudios doctorales de derecho en el Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Chile.

El sistema chileno de defensa de la libre competencia, con un marcado enfoque en la maximización de los beneficios de la economía de libre mercado, tiene entre sus pilares institucionales tres órganos fundamentales para su adecuado funcionamiento: la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Excelentísima Corte Suprema de Justicia (CS)¹.

La FNE es un servicio público que, representando el interés general de los ciudadanos, se encarga de investigar las eventuales infracciones a la libre competencia. Por su parte, las atribuciones de prevenir, corregir y sancionar atentados contra la libre competencia están entregadas al TDLC, órgano jurisdiccional especial e independiente, de composición mixta entre abogados y economistas expertos. Finalmente, la CS es el tribunal de última instancia, encargado de revisar, en la eventualidad de que las partes recurran del fallo del TDLC, las resoluciones que este último haya dictado.

Desde el punto de vista legislativo, al menos a nivel latinoamericano, el sistema chileno muestra una interesante evolución que comienza el año 1959 y que, hasta ahora, encuentra su última estación en la Ley 20945 (en adelante la Ley), la cual modificó un derecho de la competencia que, particularmente a la luz de bullados casos de colusión², reclamaba reacción del legislador para adecuar sus normas a estos acontecimientos³. Tras su publicación y, pese al efecto lenitivo que provocó, sus disposiciones no pueden estar ajenas al análisis, especialmente la referida a la tipificación de la colusión y la aplicación del estándar probatorio que permite que ambos jueces, tanto el TDLC como el Tribunal Oral Penal (TOP), arriben a la conclusión que, tanto en sede administrativa como penal, estamos en presencia de ella.

¹ Véase el interesante trabajo de Felipe Irrazábal Philippi, exfiscal nacional económico de Chile (2019, p. 136).

² "La Ley 20.361, modifica el Decreto ley 211, de 1973 (DL 211). La Ley 20.361 fue dictada a pocos meses de revelarse un supuesto acuerdo colusivo entre cadenas de farmacias, con gran escándalo público, lo que no sólo dio un fuerte impulso al proyecto de ley, sino que evidencia un cambio cultural respecto de la importancia de la libre competencia en nuestra sociedad" (Agüero, 2009, p. 1).

³ Muñoz (2013) afirma que "la suspensión condicional del procedimiento (caso farmacias) fue precedida por una gran cantidad de críticas, formuladas a través de la prensa por parte de diversos actores, dirigidas contra la condición consistente en la concurrencia a cursos de ética empresarial. Así, por ejemplo, un sacerdote cuestionó la disparidad entre el tratamiento que reciben, por parte de la judicatura, los empresarios y los pobres; diversos parlamentarios expresaron la necesidad de modificar la legislación para castigar con mayor firmeza el delito de colusión. Estas críticas reflejan una cierta indignación moral por el hecho de que el resultado de la conducta típica, culpable y antijurídica de los empresarios imputados fuese sencillamente el escuchar confortablemente unas charlas" (p. 194).

En el intento por fortalecer la sanción que el TDLC impone a la colusión, el legislador incurrió en imprecisiones que podrían afectar la institucionalidad sancionadora. El artículo refiere al problema de reconocer la colusión como delito aplicando el estándar probatorio penal, en desmedro, según veremos, de los fines especiales que, proponemos, tiene el derecho de la libre competencia.

La metodología utilizada en la elaboración del artículo es la investigación teórica propia de las ciencias jurídicas, es decir, aquella consistente en la recopilación, revisión y análisis de cada uno de los trabajos doctrinarios existentes sobre el tema, contrastando y complementándolas con las del autor de este texto. También acude al método histórico lógico, particularmente por la evolución que su tratamiento normativo ha tenido en nuestro derecho. Finalmente se utiliza el método sistemático pues permite el estudio de la colusión en una estructura compleja que la relaciona con el estándar de prueba a la luz de la regulación que propone la Ley que la tipifica y la relación de ello, con fines preventivos y de eficiencia propios del derecho de la competencia.

El trabajo muestra el momento histórico del tratamiento de la colusión en Chile, siguiendo con su estudio conceptual, revisando sus notas distintivas y la inclusión que, desde el administrativo sancionador, la Ley realiza al derecho penal⁴. El artículo revisa las posiciones doctrinarias, jurisdiccionales y normativas que presenta la colusión, con sentido crítico del escenario que presenta posterior a la reforma que la tipificó. En la parte final desarrollamos la tensión, que estimamos se producirá, entre ambos sistemas sancionadores de la colusión, evidenciando las deficiencias que desde la abstracción del problema se pueden identificar con la reforma.

Como objetivo general pretendemos demostrar que, tras buscar una alternativa a la sanción que el TDLC impone a los responsables de colusión, el legislador incurrió en imprecisiones que pueden comprometer la institucionalidad que la regula y sanciona. Se analizan las contrariedades que tiene identificarla como delito, aplicando el elevado estándar probatorio penal, la discutible eficiencia que supone sancionarla en dicha sede y los efectos negativos que su tipificación puede traer con relación a los fines del derecho de la competencia.

1. ANTECEDENTES: EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y LOS FINES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La ley que modificó el Decreto ley 211 (DL 211), aumentó el monto máximo de las multas, prohibió la contratación a cualquier título con órganos del Estado, fortaleció la institución de la delación compensada y rehabilitó el delito de colusión, privando de libertad al autor de dicha conducta. Superada la tramitación legislativa, fue publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 30 de agosto del año 2016.

⁴ Artículo 62 del DL 211.

Si bien la reforma parecía pertinente, generó debate⁵ en sus contenidos y en aspectos normativos que procuraron mejorarla. La privación de la libertad, las penas accesorias que eventualmente proceden y herramientas como la delación compensada, invitan a reflexionar en el vacío o en la inconsistencia de aspectos normativos o probatorios insuficientes para acreditar el hecho punible, incumpliendo —pensamos— objetivos que refuerzan la especialidad del derecho de la competencia⁶.

No bastan las razones que justificaron tipificar la colusión, sea con relación al estándar probatorio que permite sancionarla como delito, sea con su vinculación a la sentencia definitiva ejecutoriada civil que le precede. No es coherente pues, como lo señala Costas (2015, p. 1067), soslaya la especialidad que el derecho antimonopólico propone y que debiese ser recogida en la sanción. A nivel legal, su objetivo es claro: promover y defender la libre competencia en los mercados (artículo 1) teniendo como fin la eficiencia⁷, confirmando lo particular de este derecho. Refiriéndose a su cometido, el TDLC señala que

Es su función, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera que cobren uno lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima (2008).

En sintonía, parece analizable sancionar con cárcel una convención que, aunque ilícita, atenta contra una forma de regulación competitiva de la actividad económica que indirectamente afecta mercados y consumidores, pero escapa al objetivo sancionatorio de la pena del derecho penal (Guzmán, 2017, pp. 1057-1060).

Si uno de los fines del derecho antimonopólico es la eficiencia, la sanción para quienes infrinjan sus normas debe perseguir como objetivo la prevención de la colusión, reduciendo las actividades que pretendan concretarla (Landes, 1983, p. 654). Revisamos la colusión desde la mirada del derecho de la competencia, suspicaces por lo zigzagueante de su tratamiento normativo, siendo poco el tiempo en que era impune, en circunstancias en que ahora no lo es, cuestionando la reforma y su forzada inclusión como delito⁸.

⁵ El profesor Francisco Agüero sostuvo que "los ciudadanos sienten indignación ante los casos de colusión, como pudo apreciarse cuando se conoció el cartel de las farmacias y la gente agredía a sus dependientes, por lo que hay que hacerse cargo de esa indignación, pero con una respuesta razonable, y en eso el proyecto avanza en la dirección correcta. Sostuvo que sería inoportuno no legislar al respecto y que luego aparezcan nuevos carteles" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 101).

⁶ Zúñiga (2016) sostiene que: "lo anterior llevó a reconocer, de manera enfática, la especialidad de la normativa de la libre competencia y el rol fundamental que cumple la 'delación compensada como un mecanismo idóneo para conocer, esclarecer y concluir acuerdos colusorios que atenten contra la libre competencia'" (p. 1).

⁷ Agüero señala que "la protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile" (2004, p. 126).

⁸ En este sentido ver Agostini et al. (2015) Centro de Estudios Públicos. www.cepchile.cl

2. COLUSIÓN: OMISIONES DE LA REFORMA LEGAL QUE LA TIPIFICÓ

‘Colusión’ designa un pacto ilícito de daño a tercero que tiene por objeto acordar precios o participación en los mercados para formar un grupo monopólico que impone condiciones más provechosas para los productores coludidos que las que se darían en un escenario de libre competencia, dañando a competidores actuales o potenciales, así como a todos los usuarios o consumidores (Corral, 2015, p. 2). Si bien existen distintas definiciones que aproximan su concepto (Marmolejo, 2012), aunque no en términos expresos, la letra a) del artículo 3 del DL 211 evidencia diversos enfoques que, desde el contencioso administrativo, permiten entender su contenido, aplicación y finalidad.

Nuestra Ley emplea la voz “convención”, alcanzando una acepción propia, más laxa que la civil, dotada de informalidad y dinamismos propios del ámbito mercantil con que se perfeccionan los negocios⁹. Si bien es de la esencia su carácter vinculante, encontramos casos en los cuales una recomendación, seguida de manera uniforme por sus destinatarios, puede ser una convención o colusión monopólica, aun cuando los requeridos aleguen un carácter no vinculante (Valdés, 2006, p. 528).

Lo anterior permite interpretarla ampliamente¹⁰, ayudando y siendo coherente a los fines del derecho de la competencia y de la ley que la regula en cuanto mayores y mejores son las alternativas del sentenciador regulatorio para subsumir una conducta anticompetitiva como colusión (Tapia, 2010, p. 134). El solo acuerdo no es suficiente para determinar que estamos en presencia de ella¹¹, con matices, su establecimiento reconoce un elemento teleológico¹² doble, en cuanto necesita que beneficie pecuniariamente a los sujetos activos que la realizan y que lesione el normal funcionamiento de la economía¹³, restringiendo la libre competencia¹⁴.

⁹ Whelan (2018) afirma que “Cartel activity implies the existence of an anticompetitive agreement, concerted practice or arrangement between competitors to fix prices, restrict output, divide markets or make rigged bids. Such collusion represents the ‘supreme evil of antitrust and strikes a killer blow at the heart of healthy economic activity’” (p. 1).

¹⁰ El Honorable TDLC señaló: “este último ejercicio constituye a todas luces una colusión, entendida como un acuerdo respecto de la cantidad a producir, con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes”. Considerando 178, Sentencia 139-2014.

¹¹ Esta posición encuentra importantes argumentos en contrario, toda vez que no pareciera necesitar el logro de un resultado perjudicial para los consumidores, bastando la sola realización de la conducta en cuanto por ella se estarían ya lesionando intereses patrimoniales (Hernández, 2012).

¹² Para Coloma, la colusión se ha entendido como aquella situación en la que dos o más empresas pactan no competir entre ellas con el fin de aumentar los beneficios conjuntos de todo el grupo (2009, p. 95).

¹³ Artaza (2017) afirma que “la protección de la competencia económica contra ciertos casos de colusión resultaría legítima, en la medida que protegería un bien jurídico supraindividual fundamental para la promoción de la participación de los ciudadanos en el ámbito de las interacciones económicas” (p. 349).

¹⁴ “Que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (artículo 3 letra a, DL 211).

Si en sede administrativa estábamos avanzando en sancionar la colusión, identificando sus elementos, en sintonía, además, con otras legislaciones¹⁵, asumiendo que, entre las conductas anticompetitivas descritas en la ley, existe consenso jurisprudencial, en señalarla como la más peligrosa (considerando tricentésimo cuadragésimo séptimo. Sentencia 139-2014 del TDLC), aumentando las multas asociadas a su comisión y fortaleciendo el instrumento de delación compensada ¿era imperioso sancionarla como delito?

Ahora bien, en sede penal, la doctrina extranjera y el derecho comparado adjetivan la colusión con igual gravedad, atribuyéndole la finalidad de aumentar sus beneficios en desmedro directo de los consumidores y en perjuicio global para la economía, Estados Unidos, Australia, Brasil, Corea del Sur, entre otros, además de multas, la sancionan con pena de cárcel (Aydin y Figueroa, 2017, p. 23). Creemos que, por tratarse de una conducta compleja de pesquisar, probar y encasillar en un tipo, sus rasgos merecen un tratamiento especial, que la reforma no aborda, sin que exista certeza que los verbos rectores que condicionan sus efectos sean acreditables o suficientes para concluir que existe¹⁶.

En Chile, la actual tipificación del delito de colusión solo materializó el mínimo indispensable para una eventual privación de libertad, sin augurar que dicha sanción efectivamente se logre. Ello, sumado al exigente nivel de pruebas con relación a las consecuencias que la conducta debe producir en los mercados, hacen inconsistente el efecto disuasivo que pretende la Ley¹⁷. En forma omisiva, paso por alto la identidad

¹⁵ "Es claro que la colusión expresa requiere de la existencia de un acuerdo. Así, por ejemplo, la legislación europea requiere la prueba de un "acuerdo", "decisión de asociación de empresas" o "práctica concertada" (artículo 81(1), CE). Con una redacción similar, la ley chilena exige la presencia de "acuerdos expresos o tácitos" o "prácticas concertadas", los cuales se consideran "hecho, acto o convención" (artículo 3° inciso primero y segundo letra a, DL 211). Aunque las prácticas concertadas se refieren a prácticas que, si bien no alcanzan a configurar un acuerdo, pero implican la elaboración conjunta de un "plan adverso para el proceso competitivo" (Bishop y Walker, 2002, pp. 139-40), la tendencia actual en Europa es considerar los acuerdos y las prácticas concertadas como una clasificación conjunta, no siendo importante distinguir entre ambos conceptos. Dada la similitud entre ambos textos legales, en Chile la interpretación debiera ser similar. Esto se ve reafirmado por el derecho norteamericano, donde el texto legal se refiere a "contratos", "combinaciones" o "conspiraciones" (sección 1 de la Sherman Act). A pesar de estos, los autores concuerdan en que los tres conceptos hacen referencia a la necesidad de un acuerdo (Tapia, 2010, pp. 143-144).

¹⁶ Artaza (2017, citando a Wardhaugh) señala que: "si bien es cierto se reconoce que la colusión afecta a los consumidores en la medida que genera una disminución de la capacidad adquisitiva de estos, no queda claro por qué razón tal efecto debiera ser considerado como un delito o, más bien, por qué tales consumidores debieran ser considerados como víctimas de un delito" (p. 353).

¹⁷ El profesor Mañalich sugirió estudiar la posibilidad de ampliar la pena un grado hacia arriba y dejarla como un marco penal compuesto de reclusión mayor en su grado mínimo a medio, por el juego que característicamente harán las atenuantes, ya que, habiendo probablemente, por antonomasia, irreprochable conducta anterior en estos casos, cualquier segunda atenuante que pueda ser invocada con éxito dará lugar a una rebaja que va a hacer impracticable para todos los efectos la imposición de una pena privativa de libertad, y en el proceso legislativo no se puede cerrar la puerta a que eso ocurra efectivamente en casos especialmente significativos (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 116).

del órgano jurisdiccional que primitivamente la sancionó pues, a diferencia de la competencia penal genérica del TOP, el regulatorio administrativo está sometido a un tribunal especial: técnico en la fundamentación económica de sus fallos y en la composición de sus miembros (artículo 5, DL 211).

Siguiendo la teoría de distribución de competencias del profesor Mañalich, no contraría el principio *non bis in idem*, que una misma conducta sea conocida y eventualmente sancionada en sede administrativa y posteriormente en sede penal¹⁸, en cuanto la misma no es vinculante para el legislador¹⁹. Distinto escenario presenta la clausura procesal del principio que precisamente, siguiendo la citada clasificación, no nos parece que la Ley supere con suficiencia necesaria, pues autoriza la existencia de un proceso sucesivo, que tras la sanción administrativa del TDLC, permite la persecución penal del mismo hecho. Ello con el riesgo evidente de sentencias contradictorias o matizadas²⁰, sea de absolución por no acreditar la existencia del delito o de aplicación de una pena menor ante la concurrencia de atenuantes, lo que hace ilusorio el propósito disuasivo buscado en su tipificación; en ambos casos con una deslegitimación evidente y peligrosa del sistema sancionatorio.

No nos parece adecuado que, existiendo consenso en que la existencia del *non bis in idem* es una garantía, tanto del administrativo sancionador como del derecho penal, se haya legislado prontamente la tipificación de la colusión, omitiendo coordinar aspectos materiales y procesales²¹ que este segundo juicio sucesivo

¹⁸ Al respecto véase el interesante trabajo de Gómez (2017) quien señala: "de tal modo, el legislador mediante el empleo de una adecuada técnica legislativa puede estimar proporcional que para un mismo hecho se apliquen dos o más sanciones sin renunciar a los objetivos de política punitiva. Ello sería permisible en la medida que se aseguren ciertas garantías, como sería que las medidas sean decretadas en un mismo momento (sea por un órgano judicial o administrativo), de modo que el sujeto pueda enfrentar en una sola instancia (psicológica y financieramente) la proyección del poder punitivo estatal y desplegar sus herramientas de defensa y probatorias tendientes a desvirtuar las acusaciones de que es objeto y, una vez sancionado, cumplir en una misma oportunidad las medidas coercitivas impuestas, estrategia que por lo demás resulta conveniente para los intereses del Estado desde la perspectiva de la gestión de los recursos, la eficacia, eficiencia y economía procedimental" (p. 111-112).

¹⁹ Mañalich (2011) afirma que "Lo fundamental es que, desde este punto de vista, el principio *non bis in idem* representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no sin más, al menos directamente, para el legislador. Esto, porque la premisa metodológica que subyace a la aplicación del principio, en su modalidad de prohibición de doble valoración, consiste en la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción" (p. 143).

²⁰ Refiriéndose al proyecto de Ley n.º 20.945, Nehme señala: "No mencionó el principio *non bis in idem* porque cree que la materia está resuelta, pero sí considera que la posibilidad de que haya sentencias contradictorias podría deslegitimar el sistema" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 117).

²¹ Al respecto, Hernández (2014) sostiene: "ahora bien, aunque se entienda el *ne bis in idem* en este sentido más modesto, de todos modos, resulta indispensable contar con reglas procesales que aseguren su vigencia al tiempo que se asegura la preferencia fundamental de la pena. Si en general se espera que un hecho no se castigue con penas y sanciones administrativas a la vez, entonces debe existir un mecanismo que impida que se imponga una sanción administrativa antes que la penal, porque en caso contrario,

deberá afrontar²², sin olvidar que su conocimiento estará entregado a jueces del TOP o de la CS que no necesariamente cuentan con los conocimientos técnicos²³ que la conducta colusoria supone para su identificación²⁴.

Pese a que nuestro objetivo es la prueba y el estándar diferenciado exigible en las dos sedes, inquieta no tener certeza respecto a las similitudes que pueden existir en los procesos con relación al sujeto, al hecho y, fundamentalmente, al bien jurídico protegido²⁵, representado por el libre mercado y en lo mediato por orden público económico que permite su existencia, sin que apreciemos diferencias de fondo en el reconocimiento que ambos sistemas —administrativo sancionador y penal— hacen del citado bien objeto de protección.

La falta de consonancia de la Ley sigue con las atribuciones que para este delito reconoce en la FNE: creada por ley, con sede en Santiago, presupuesto, personal y competencia acotada, en contraste con el Ministerio Público (en adelante MP): constitucionalmente establecido, presente en toda la república y competente para investigar toda clase de delitos siendo evidente las diferencias (virtudes y deficiencias) de ambos sistemas persecutores.

asumido que esto no puede ser un obstáculo para la ulterior imposición de la pena, se terminarán aplicando ambas sanciones, contrariándose de ese modo el criterio interpretativo" (pp. 573).

²² Refiriéndose a la identidad de fundamento punitivo en la problemática práctica del *non bis in idem* en el administrativo sancionador, Gómez (2017) afirma que "en términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección" (p. 115).

²³ Irrázabal (2019) señala: "otro desafío es que el grupo de personas que está más capacitado para entender las claves de los casos y sus resoluciones o sentencias es reducido, y por ello el efecto pedagógico de una resolución o sentencia puede verse disminuido. Algunos de los desafíos arriba anotados se pueden agudizar en los países de tradición jurídica continental, en la que los jueces fallan generalmente caso a caso y la jurisprudencia no es considerada una fuente vinculante de primer orden" (p. 130)

²⁴ Sobre la experticia de la CS en materia económica, Irrázabal (2019) transcribe el comentario del exministro de la CS y senador de la República Enrique Zurita, a propósito de la tramitación de la Ley 19.911: "Me desempeñé durante ocho años como presidente de la Comisión Resolutiva (...). ¿Saben sus Señorías por qué? Porque nadie se interesaba en él, pues no era remunerado. Además, ¿qué sabe de economía un ministro de la Corte Suprema? Y para el ejercicio de ese cargo tenía que aprender, o del representante del Ministerio de Hacienda, o del de Economía, o de los decanos; y si estos últimos sabían poco, menos aprendía yo. ¿Qué hacía, entonces? Escuchaba la opinión de los otros cuatro integrantes y trataba de producir la armonía entre ellos. Sólo eso. En todo caso, estimo que no debemos seguir metiendo abogados allá. ¡Economistas! Nada más" (p. 138).

²⁵ Artaza *et al.* (2016) afirman que: "las decisiones más importantes en nuestro país, vinculadas a quienes pueden acceder a bienes y servicios están en manos de los privados. Son las propias reglas del mercado en manos de privados las que establecen cuándo se puede acceder a bienes y servicios. Sin embargo, a través de la colusión se tergiversan las reglas de juego propias del mercado para la fijación de precios, distorsionando o poniendo en peligro las posibilidades de participación de los ciudadanos en el tráfico económico" (p. 798).

3. CONCEPTO, ELEMENTOS Y APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA COLUSIÓN

El estándar probatorio mide la probabilidad racionalmente suficiente para probar la verdad de la hipótesis de hecho pretendida como verdadera; es un método sistemático establecido en la ley, que con base en elementos objetivos aplicados por el juez, determina criterios que finalmente dan por justificada o no la decisión sobre la prueba del hecho del que desconocemos su ocurrencia²⁶. Se compone de una decisión sustantiva del sistema, respecto a quien soporta el peso de probar los hechos sobre los cuales descansa el conflicto entregado a su conocimiento, ello por la incertidumbre de la existencia de los hechos sobre los cuales deberá pronunciarse²⁷.

Pese a no identificar los elementos que lo integran, destaca el intento por delimitarlos, pues posibilitan su estructuración en un sistema normativo y permiten su establecimiento final²⁸, según el fin o bien jurídico que protege²⁹.

La función heurística que propone Gascón no debe ser preterida, más considerando que el derecho de competencia está en constante cambio y el modo plurifuncional con que se construye la colusión incumbe en la elaboración estructural del estándar, aceptando e incorporando los fines especiales del administrativo sancionador que lo sanciona³⁰.

²⁶ "Los estándares probatorios se insertan en un proceso de valoración racional. Más exactamente, cumplen dos funciones. Una función heurística primero (en cuanto guías de una valoración racional): el estándar probatorio es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función justificadora después (en cuanto criterios para la motivación): el estándar probatorio es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria" (Gascón, 2008, p. 129, citado por Hamilton (2018, p. 55).

²⁷ "En principio y por regla general, las infracciones al derecho de la competencia deben analizarse conforme al sistema denominado regla de la razón. En esencia, la regla de la razón supone el examen de las circunstancias económicas que rodean la práctica empresarial, debiendo el sentenciador analizar la totalidad de factores y circunstancias de caso concreto" (Grunberg y Montt, 2010, p. 20).

²⁸ Carnevali y Castillo (2011) afirman que "el estándar de prueba no pretendía proteger al imputado, como hoy lo sostenemos, sino que la duda razonable fue originalmente concebida para proteger, de su condena, el alma de los integrantes del jurado" (p. 82).

²⁹ Larroucau (2012) sostiene que "la responsabilidad civil se define por una pugna entre la libertad (relativa) de acción y la seguridad (relativa) ante los daños, es patente que el aumento de fallos erróneos en este ámbito incide directamente en el grado de seguridad que podemos esperar en nuestras relaciones, así como en la esfera de libertad que gozamos ante los demás. Para hacer posible este equilibrio consagrado por la norma de imputación civil (artículo 2.314 del Código Civil) es preciso no errar al juzgar los hechos. Los falsos positivos (acoger una acción cuando el demandado no es responsable) y los falsos negativos (desestimarla cuando el demandado sí es responsable) son una fuente real de peligro que amenaza la armonía entre libertad y seguridad que la norma de imputación promete a los ciudadanos. Para minimizar esta amenaza una justicia civil atenta a los problemas de reparto de errores que entraña todo juicio de hecho debe contemplar una baraja de estándares sensibles a los asuntos que las partes promueven ante ella" (p. 793).

³⁰ Beltrán (2012) expone que: "con ellos, se han tratado de introducir pautas de suficiencia en la determinación factual que, aunque no en plena certeza, permiten lograr la aceptabilidad —en términos de probabilidad— de los diversos enunciados de hecho establecidos en sede adjudicativa" (p. 456).

El estándar actual no presenta objetividad y permite, tanto en sede administrativa como penal, sustraernos a la especialidad de la conducta en que se aplica, primando que el juez, eventualmente atento a factores externos, lo haga subjetivo, por más racionales que sean las alternativas y control que establezca la Ley. El estándar probatorio entrega criterios para probar, confirmando como verdadera la hipótesis descrita por Gascón, mas ello no debiera escapar a la particularidad del sistema donde se utiliza; si así lo fuera, es decir, si el estándar de prueba no considerara las características del área del derecho en que se aplica, sería posible un estándar probatorio universal, que no existe —y pensamos que no existirá—, mientras el derecho tenga parcelas de contenidos y situaciones distintas a regular.

El estándar probatorio, más allá de su denominación autónoma, anglosajona, civil o penal, precisa no olvidar que, cualquiera que sea el criterio utilizado, todos descansan en modelos en los que es el juez (García, 2011, p. 97), motivado en su intelecto o aptitudes, quien adquiere o no convicción de la suficiencia de los hechos sometidos a su conocimiento (Horvitz y López, 2002, p. 156). El sistema no debiera pasar por alto su formación, conocimiento y pericia respecto del asunto sometido a su decisión³¹, y como ocurre con la colusión, otorgar competencia a una magistratura que desde la óptica penal y a diferencia de lo que ocurre en sede administrativa, solo debe utilizar un único estándar probatorio para acreditarla. Su aplicación es particularmente sensible, por cuanto los hechos a probar que permiten que la razón justifique su veracidad descansan en un mercado que cambia³², no es estático, uniforme o centralizado en sus decisiones; al contrario, es variable a vicisitudes que lo afectan y depende, particularmente para la colusión, del bien o servicio que trate el juicio o investigación de la que es objeto.

Atendidos los múltiples elementos que confluyen, no es fácil establecer una línea divisoria que delimite con certeza la licitud o no de las conductas colusorias³³. Aunque la ciencia económica es independiente de la jurídica, en libre competencia esa autonomía disminuye, no en vano, existen argumentaciones sustentadas en el comportamiento del mercado relevante que se utilizan y prueban, según estándares propios de derecho de la competencia, para justificar acciones u omisiones cuestionadas por el fiscalizador o el propio tribunal (Romero Guzmán, 2007, p. 43).

³¹ Existe un problema de subjetividad cuando el razonamiento del juez supera lo que convencionalmente se entiende como "derecho", y al individualizar las garantías de racionalidad y razonabilidad, de credibilidad y de aceptabilidad y de controlabilidad de aspectos de la decisión judicial que no están ni directa ni indirectamente determinado por el derecho (Taruffo, 2001, p. 678).

³² TDLC. Causa Rol N.º43-2006.

³³ Romero Guzmán (2007) señala que: "siempre será una buena defensa por parte de los imputados demostrar la razonabilidad económica y comercial de su conducta" (p. 41).

El derecho permite sistemas, clasificaciones y sanciones en función de la materia que regula, pero fundamentalmente del fin perseguido³⁴. El estándar probatorio aplicable a una determinada área del derecho sea público o privado, constitucional, civil, penal o de derecho de la competencia, no debiera ser ajena a esta proposición. Complejiza esta hipótesis cuando el estándar es aplicado por un juez o jueces que introducen la subjetividad propia de su formación al área del derecho en que cumplen su función³⁵. En ello, por composición y características, pensamos existe una ventaja funcional implícita del TDLC por sobre el juez penal.

La libre competencia supone agentes de mercado, dotados de atributos *ad hoc* a sus funciones, receptores de los efectos anticompetitivos de la colusión, siendo perjudicial que un estándar probatorio, por abstracta que sea su configuración, omita tales circunstancias. El concepto estándar de prueba es nuevo en nuestro derecho (Accatino, 2011, p. 492), igual su interpretación y aplicación por la judicatura, si sumamos la reciente tipificación de la colusión, parece razonable y justificado debatir su establecimiento, alcances y adecuada utilización.

4. ESTÁNDAR DE PRUEBA: DE LA FLEXIBILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA A LA SEVERIDAD PENAL

La fijación del estándar probatorio³⁶ constituye un aspecto fundamental del proceso, considerando el desconocimiento del juez respecto a la ocurrencia o no de las circunstancias que sustentan el asunto sometido a su decisión (Stein, 1991, p. 139). Constituye el puente que permite unir lógica y racionalmente pretensiones de veracidad de lo sucedido, tanto del sujeto activo o pasivo del proceso con la sentencia que pone término al litigio³⁷.

³⁴ Podría afirmarse que, en materia penal, a través de los delitos se prohíben conductas específicas proscribiéndolas de las alternativas posibles a las que puede proyectarse el ejercicio de nuestra libertad y, por ende, requieren de una definición absolutamente precisa y típica acerca de cada uno de los elementos que componen dicha conducta. En cambio, en sede administrativa, las sanciones operan en otro ámbito y de modo distinto, ya que lo que se persigue es imponer a los individuos ciertos deberes de actuación (podría decirse, que a diferencia de la sanción penal que busca una "no actuación") y, por ende, se entra a regular aspectos de la libertad del individuo. En otras palabras, en sede penal se elimina una posibilidad de las alternativas posibles de ejercicio de la libertad, en cambio, en sede administrativa se regula una determinada conducta dirigiéndola hacia el objetivo deseado (Cordero y Aldunate, 2012, pp. 357-358).

³⁵ Ferrer (2013) describió que: "un problema serio con las reglas en comento es que suelen recurrir a formulaciones excesivamente vagas de los distintos estándares de prueba. Ello da pie a que reine la subjetividad –y hasta la arbitrariedad en lo concerniente a determinar si las pruebas aportadas en cada caso particular son o no, de hecho, suficientes para tener válidamente por probados los enunciados a los que aquellas les otorgan apoyo" (p. 29)

³⁶ Larroucau (2012) afirma que "un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuando una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio. O sea, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores – el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva – en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre" (pp. 783-784).

³⁷ Beltrán (2012) refiere que "pilar fundamental en lo anterior, han sido los estándares de prueba. Con ellos, se han tratado de introducir pautas de suficiencia en la determinación factual que, aunque no en plena certeza, permiten lograr la aceptabilidad –en términos de probabilidad– de los diversos enunciados de hecho establecidos en sede adjudicativa" (p. 455).

No hay inconveniente cuando este se presenta en una misma sede o el problema, aunque distinto, es regulado hacia un mismo fin, sin fusionar principios o instituciones que confundan o hagan dudar de la decisión del juez. En cada rama del derecho, el proceso relaciona de forma congruente el estándar probatorio exigido y es coherente con la sentencia, que también lo reconoce y valora. ¿Qué ocurre en la libre competencia? ¿Qué consecuencias trae para la colusión aplicar un determinado estándar probatorio?

Ocurre que el legislador propone dos tribunales para conocer y fallar si existe colusión: tanto el TDLC como el TOP son, concurriendo los presupuestos legales exigidos, competentes para conocer los hechos. Con la sentencia firme y ejecutoriada que declara la colusión por parte del TDLC, la FNE tiene la atribución de presentar querrela para la investigación de dicho delito en sede penal; con la reforma, se traspaasa a dicha sede la obligación de aplicar su elevado estándar probatorio para la determinación de la existencia del delito, omitiéndose aspectos económicos que relacionan eficiencia, beneficios y factores técnicos de la libre competencia, presentes en sede administrativa, pero preteridos en la sentencia que sancionará penalmente la colusión³⁸.

Aunque ambos procedimientos, sancionatorio-administrativo y penal, se ajusten formalmente a derecho, falta a la proporcionalidad³⁹ la sanción que, estándar probatorio mediante, aplica el sistema penal, contrastando al TDLC, cuyas atribuciones y fines distan del rígido derecho penal general, abonando nuestra hipótesis de institucionalidad teleológica del derecho de la competencia que, para cumplir propósitos preventivos, requiere flexibilidad en la interpretación de los hechos a probar⁴⁰.

Si la colusión puede ser sancionada en ambas sedes⁴¹ por el administrativo sancionador, previa presentación de demanda o requerimiento de la FNE y en sede penal, por querrela del mismo servicio, posterior a la sentencia condenatoria del TDLC y cumpliéndose los presupuestos procesales para ello, es pertinente analizar

³⁸ Interesante es revisar lo que ocurrió en Gran Bretaña a propósito del control *ex post* que los tribunales de la isla realizan de las decisiones previamente adoptadas por el órgano administrativo encargado de regular las actuaciones de los agentes de mercado, lo que ciertamente es cuestionable o al menos, llama a la reflexión en desmedro de la función del propio administrativo sancionador (Arancibia, 2005, p. 162).

³⁹ "Concordamos que la construcción de un estándar probatorio no depende solo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello es así porque un estándar probatorio establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con la que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles" (Gascón, 2005, p. 130).

⁴⁰ Fuchs (2017), en un valioso trabajo, aporta lo siguiente: "de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libre competencia, prueba directa de colusión es aquella que "muestra que claramente ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado"; vale decir, es aquella que recae sobre el objeto del juicio de hecho. La prueba indirecta, por su parte, es la que emplea el "comportamiento comercial de las firmas en el mercado" para hacer inferencias a partir del mismo" (p. 294).

⁴¹ Artículo 64 DL 211.

el alcance que tiene utilizar un estándar probatorio en una y otra sede vinculando las consecuencias que por ello puede producir.

Vemos cómo la pluma zigzagueante del legislador chileno sanciona penalmente la colusión, sin escapar a ambigüedades que propician conclusiones opuestas respecto al ámbito de protección que pretende la norma, como complemento, a nuestro juicio innecesario, a las sanciones establecidas en la regulación administrativa de bienes jurídicos colectivos o difusos⁴². La sanción estatal del delito generalmente supone lesión o peligro de un bien jurídico específico; y el castigo, la correcta utilización de un estándar probatorio exigente, que en lo posible asuma la especialidad del derecho en que se aplica y la proporcionalidad de la sanción, eliminando o minimizando los yerros más allá de toda duda que la razón permita justificar.

La colusión tiene características y efectos propios, y se asume que también los tiene un estándar de prueba más. Pese a esfuerzos legislativos, la colusión sigue siendo una sola: no existe una administrativa y otra penal, aunque varíe el estándar probatorio en una u otra sede, y la primera sea prospectiva, mientras la segunda resulte, retrospectiva y represiva, ello no justifica la aplicación de estándares diferenciados. Si la diferencia estuviese en el bien jurídico protegido ¿La sanción punitiva protege un bien jurídico distinto al amparado por el TDLC? Ya señalamos que no⁴³.

Sostenemos que en sede administrativa el bien jurídico protegido final es el orden público económico⁴⁴, reconociéndose en su existencia y protección un rol fundamental del adecuado funcionamiento económico (Prado y Durán, 2017), aunque no absoluto ni estático, la evolución doctrinaria y jurisprudencial del concepto (Fermendois, 2014, pp. 28-29), refuerzan su contenido patrimonial y en tal sentido, este amparo debiese provenir de normas e instituciones autónomas, distintas del derecho penal, más severo, público y de última *ratio*. No evidenciamos argumentos concluyentes para el blindaje penal de la colusión: el bien jurídico protegido es el mismo sugerido en sede de libre competencia, sin que exista un elemento distintivo que asertivamente justifique la protección que la norma penal le brinda, en desmedro de otras conductas

⁴² Previendo que, como lo señala Aguirrezábal (2014), "la ley no hace referencia a bienes jurídicos o intereses colectivos o difusos sino únicamente en la Ley del Consumidor" (p. 156).

⁴³ Al efecto, Irarrázabal (2019) señala: "la ley chilena, siguiendo la tradición comparada, no define qué se entiende por "libre competencia", el bien jurídico protegido Este contrataste de complejidad del derecho y simpleza de la ley no es al azar. Se podría argumentar, por el contrario, que este contraste denota una madurez de los órganos legisladores, los que sabían que tenían que contrarrestar de alguna forma el poder privado —que invariablemente surge de una economía de mercado— a través de una fórmula flexible y abierta. Esa fórmula debía permitir que los órganos aplicadores del derecho de la competencia le pudieran ir dando contenido con sus resoluciones y fallos" (pp. 134-135).

⁴⁴ El orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibiciones de discriminar arbitrariamente, entre otros (Verdugo, *et al.*, 2002, p. 290).

ilícitas administrativamente sancionadas⁴⁵ que, sin embargo, resultan preteridas del carácter delictivo.

Se penaliza la colusión exigiendo un elevadísimo estándar de prueba, mas no la competencia desleal o los precios predatorios, confirmando impunidad, eximiéndolas del mismo estándar de prueba, avalando la pregunta sobre estándares probatorios y fines sancionatorios distintos para cada una de ellas en sede penal; no ocurre lo mismo en sede administrativa si el bien jurídico protegido aparentemente es el mismo.

En la esfera penal, la colusión solo existe de acuerdo con estándares de prueba penal, mientras otras conductas anticompetitivas solo están en el derecho administrativo sancionador. Las normas y principios jurídicos que administrativamente construyeron la colusión reconocen el vínculo con ese derecho, en cambio su tipificación, induce una interpretación y aplicación no uniforme⁴⁶.

Estas contrariedades pueden traer inconveniencias entre el fallo del TDLC y el penal, entendiéndose que el puente, denominación con que aludimos al estándar probatorio, se construyó con materiales distintos, se emplazó en otro terreno y al cruzarlo llegamos a otro destino; definitivamente, y así ocurre en la praxis, ambas sedes no aplican el mismo estándar probatorio. Si la Ley omitió referirse al estándar probatorio aplicable en sede penal, debemos acudir a sus reglas generales⁴⁷ olvidando criterios que, primeramente, la sede administrativa de libre competencia consideró para su sanción.

El análisis no puede obviar que la libertad del sentenciador en la apreciación de la prueba igual impone la obligación de sujetarse a un sistema basado en un estándar probatorio, el cual está sometido a principios y disposiciones legales propias de la materia en que lo aplica; ello entrega coherencia permitiendo arribar a un resultado ajustado a derecho⁴⁸. En su fase penal, ¿se apreciarán las pruebas con el mismo estándar que utilizó el TDLC? Pensamos que no, y sumamos el hecho de que estas no siempre constituirán evidencia directa sino también prueba circunstancial o indirecta; esta última es la más utilizada en juicios de libre competencia en que se discute si hubo o no colusión⁴⁹.

⁴⁵ Artículo 3, inciso segundo, DL 211.

⁴⁶ El orden o prelación de valores es claro: en el derecho de la competencia la sanción tiene un fin preventivo y solo cede en los extremos a las limitaciones impuestas constitucionalmente por razones de justicia retributiva como 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" (Grunberg y Montt, 2010, p. 13).

⁴⁷ Artículo 340 del Código Procesal Penal.

⁴⁸ El tribunal apreciará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Artículo 22 DL 211.

⁴⁹ TDLC. Causa Rol N.º43-2006.

¿Podrá el juez penal condenar por colusión cuando el fallo en sede administrativa se fundó únicamente en prueba circunstancial o indirecta? Sofisticados negocios y forzadas gestiones de los agentes de mercado, sumados al avance en las comunicaciones e instantaneidad de información, dificultan la recopilación, conocimiento y existencia de prueba directa para acreditarla con la rapidez y pulcritud requerida (Romero Guzmán, 2007, p. 20).

¿Es riesgoso que el legislador no señale un estándar probatorio especial aplicable a la colusión en sede penal? Estimamos que sí, en tanto es probable que el TOP no logre circunscribir la colusión al tipo propuesto por el legislador⁵⁰. Si la norma regulatoria del estándar probatorio delictual exige superar el umbral más alto, la sanción adecuada y coherente dista de la decisión administrativa, con lo cual no se augura una transición pacífica, eficiente y un arribo congruente al fallo que la sanciona con cárcel.

5. ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

5.1 De modo genérico

Aunque no existe una definición que la circunscriba al derecho de la competencia, el elemento conceptual común señala que su fin es proporcionar un conjunto de reglas que, aplicadas por el juez⁵¹, permitan determinar la efectividad de la ocurrencia de un hecho pertinente, substancial y controvertido que requiere ser demostrado; y junto a ello, minimizar la existencia de riesgos en la distribución de errores, sean falsos negativos —fundamentalmente— falsos positivos.

Si bien su establecimiento es independiente del objeto discutido y garantía respecto a la elección del sistema por el cual el órgano jurisdiccional emitirá un veredicto que establezca certeza respecto de la veracidad de los hechos que conoce, reconoce un elemento sociológico que permite definición y aceptación por la comunidad sobre la que se utiliza. Estos elementos debieron considerarse en la libre competencia pues la convicción del juez descansa en él y permite acreditar que, efectivamente, hubo una conducta que infringió la Ley.

Para Lluch, el estándar probatorio, también denominado "dosis de prueba", no es una decisión que corresponda a la parte; no es una suerte de elección del

⁵⁰ Desarrollos jurisprudenciales se han ocupado de esclarecer qué "acuerdo" en derecho de la competencia constituye un concepto amplio, no formalista, que se basa en la coincidencia o encuentro de las intenciones de competidores más que en una manifestación externa de la existencia de dicho acuerdo (Araya, 2015, p. 148).

⁵¹ Tratándose de un ámbito de alto contenido científico o técnico, como lo es el del DL 211, el sistema de sana crítica sitúa al TDLC como el órgano mejor preparado para valorar la prueba. El TDLC es un tribunal especial integrado por dos profesionales licenciados o con postgrados en ciencias económicas y por tres abogados expertos en libre competencia. El régimen de la sana crítica y su énfasis en los conocimientos científicos confirman que, en reparto de competencia, el TDLC debe tener un rol prevalente (Grunberg y Montt, 2010, p. 51).

sistema probatorio al cual me quiero someter, sino que el mismo viene establecido con anterioridad al asunto que será objeto de análisis judicial, el legislador chileno debió tenerlo presente (Luch, 2012, p. 185). El derecho antimonopólico reafirma su especialidad con la existencia de estándares probatorios diferenciados, que participan de elementos que permiten vincular de manera distinta la prueba al resultado final del juicio (Duce, 2009).

El interés jurídico de protección que conlleva cada procedimiento relaciona la incorporación de los medios probatorios de manera diferente a la valoración que hace el Tribunal, maximizando, desde el derecho de la competencia, el contraste con que razonadamente elabora el fallo cuyo fin, además de asegurar la eficiencia, debiese ser la justicia (Gascón, 2005, p. 132).

El estándar probatorio, expuesto a exigencias procesales, facultades revisoras de un tribunal superior⁵² y concepciones políticas oportunas o económicas temporales, puede estar ausente de motivaciones estrictamente jurídicas, particularmente en la colusión donde para idéntica conducta se aplican estándares distintos en la misma sede administrativa que la sanciona⁵³.

Como sistema de valoración, aunque omitiendo referirse al estándar probatorio, nuestra legislación antimonopólica en sede administrativa se adscribe a la sana crítica (Accatino, 2011, p. 486). Sin embargo, en la judicatura, y con mayor razón, en los agentes de mercado, no hay certeza de las reglas que corresponden aplicar a la colusión, con lo que se desconoce el estándar probatorio a utilizar y se evidencian vacilaciones legislativas y un camino ausente de uniformidad en el criterio. La elección del estándar —o su obligada aplicación al caso— es anterior al ofrecimiento de prueba y la apreciación judicial. Suponíamos del legislador un análisis previo del bien jurídico a defender y, con ello, el establecimiento de reglas probatorias suficientes para sustentar la veracidad de los hechos que se prueban.

En abstracto, el estándar es una disposición subjetiva de aplicación del intelecto judicial sobre pruebas aportadas al proceso y antecedente fiable de solución al caso sometido a su decisión; despeja inconvenientes que posibiliten un débil establecimiento de la balanza probatoria a la cual se debe someter.

El estándar aplicado a la colusión, sustentado en la deseable objetividad y razonamiento del juez no es fácil de fijar: la decisión adquiere forma y fondo objetivos y reforzados, en cuanto se optó por su correcta aplicación en la hipótesis de hechos respecto de los cuales no existía certeza. Su utilización asigna un valor positivo o negativo al hecho o definitivamente lo desecha, máxime si se toma en cuenta que es

⁵² En Chile, la excelentísima Corte Suprema de Justicia a través del recurso de reclamación (artículo 27 DL 211).

⁵³ Corte Suprema, Rol. N.º 19806-2014 del 29 de enero de 2015, c.9 y Rol. N.º 2578-2012 del 7 de septiembre de 2012, c.11.

responsable de ofrecer al órgano jurisdiccional, información que lo acerca a la verdad de los hechos que se producen en el litigio⁵⁴.

Al margen del sistema jurídico en que se produce el conflicto relevante⁵⁵, paralelo a momentos claves en el proceso por el cual se estructura el estándar probatorio, previo a la valoración de la prueba y una vez rendida, no existe certeza de los hechos que se reconocen como verdaderos de aquellos de manifiesta incertidumbre sobre su ocurrencia⁵⁶.

5.1.1 Referencias a la regla *per se*

Estas se utilizan cuando acuerdos o prácticas son indiscutiblemente contrarios a la libre competencia, con lo que se hace innecesaria la realización de un estudio sobre la situación del mercado para llegar a la conclusión de que se está en presencia de una colusión (Fox, 2012, p. 84). Son un atentado evidente a la competencia; basta probar el acuerdo para presumir que su objeto la restringe (Tapia, 2010, p. 134). Las interacciones del mercado quedan en segundo plano, pues el acento está marcado en la existencia del acuerdo entre sus agentes.

Su utilización disminuye la posibilidad de eximir de responsabilidad a quienes participaron del acuerdo; libera al juez de acudir al análisis económico que justifique la decisión de sancionarlos; y aporta simpleza y rapidez, lo cual hace posible una sanción cierta, sin importar la concreción y comprobación del elemento teleológico. Así planteado, parece excluyente e inconveniente pensar la colusión de manera aislada, solo fundada en el acuerdo y omitiéndose referencias a factores anexos, pues ello lesiona bases del debido proceso, la autonomía de la voluntad y el principio constitucional de la libertad económica⁵⁷, haciendo restrictivo su ejercicio.

Si lo pretendido era dar una señal de tolerancia cero a la colusión, la reforma y la tipificación de esta conducta, se desaprovechó haber materializado expresamente

⁵⁴ Accatino (2011) sostiene que "los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien un umbral más elevado. El nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación" (p. 486).

⁵⁵ En sede administrativa, el estándar de la regla *per se* y de la razón, aportados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, son antecedentes convenientemente necesarios para entender los estándares de prueba que acreditan conductas colusorias (Hermosilla, 2016, p. 38).

⁵⁶ Celis (2009) afirma que: "la cuestión de la verdad y su relación con los hechos exige una diferencia preliminar con el propósito de contextualizar el objeto de la prueba en el proceso judicial. En un sentido ontológico, los objetos o cosas suponen la existencia de una realidad independiente del sujeto que conoce" (p. 119).

⁵⁷ Artículo 19, n.º21, Constitución Política de la República de Chile.

un estándar *per se*⁵⁸. Su inaplicación descansaría en las garantías del debido proceso penal de no presumir de derecho la responsabilidad del denunciado⁵⁹ en la presunción de inocencia⁶⁰ mientras no se pruebe lo contrario⁶¹, a juicio de la doctrina (Cordero, 2014, p. 430) y jurisprudencia, aplicables toda vez que la sanción impuesta concreta el *ius puniendi* estatal o de sus órganos (Cordero, 2012, p. 157).

Sin que exista uniformidad, hay fallos que se acercan a esta regla, minimizando la importancia de los efectos de este ilícito o las razones expuestas por los agentes de mercado que participaron de ella⁶².

5.1.2 Regla de la razón

Existe colusión cuando, tras analizarse el mercado relevante en que se desarrolla, se concluye que el acuerdo al que arriban los agentes de mercado tiende a suprimir o restringir la libre competencia. Ello permite analizar una conducta considerando aspectos propios del mercado, características, condiciones de agentes que participan del acuerdo y otros elementos que operan en casos en los que no es aplicable la regla *per se*.

Este criterio analiza naturaleza, propósito y efectos de la restricción de la libre competencia: posibilita defensas fundadas en aspectos económicos; amplía la posibilidad de eximirse de sanciones; y dificulta la tarea de quien denuncia una conducta colusoria, precisamente porque las pruebas no superan el estándar de la razón (Broder, 2011, p. 51).

En cuanto a naturaleza de la colusión, la jurisprudencia presenta un catálogo de conductas que, teniendo como elemento fundante el acuerdo, son inicio e indicio de que es posible, previa confirmación de las probanzas rendidas según la regla de la razón, que se acredite la colusión. Es valorable la delimitación del elemento teleológico que hace la ley, dentro de lo cual es necesario considerar que el solo acuerdo solo es sancionable cuando tenga por propósito conseguir efectos lesivos para el normal funcionamiento del mercado, restringiendo, suprimiendo o alterándolo de manera contraria a la razón. Bajo este estándar, el efecto restrictivo de la colusión amplía el

⁵⁸ Rojas (2012) sostiene que "el principal efecto de la instauración de una regla *per se* debiera ser procesal, en el sentido de hacer impertinente en los procesos por colusión toda referencia a la determinación del mercado relevante y a los efectos reales o potenciales de los acuerdos. Ello simplificaría y aceleraría enormemente los juicios por este tipo de ilícito ante el TDLC, lo cual sería una excelente noticia" (p. 1).

⁵⁹ Constitución Política de Chile, artículo 1 y 19 n.º3.

⁶⁰ Artículo 4 del Código Procesal Penal.

⁶¹ "En virtud de lo prescrito en los artículos 5 inciso 2 y artículo 6 inciso 1 y 2 de la Constitución Política de la República se obliga a todos los órganos del Estado a promover el derecho a la presunción de inocencia, esta interdicción de la arbitrariedad en el proceso se extiende también a la actividad de los jueces, toda vez que estos son órganos del Estado" (Reyes, 2012, p. 234).

⁶² Mayores antecedentes se pueden ver en Sentencia N.º 133, consideración centésimo-tercera; Sentencia N.º 128, consideración centésimo-segunda y Sentencia N.º 119, consideración sexagésima del TDLC.

ámbito de defensa de los denunciados, pues son mayores las hipótesis que podrían justificar la conducta lícita dentro de márgenes propios de la economía, incluso reportando beneficios a consumidores, dinamizando el mercado y fomentando la libre competencia.

Las consideraciones económicas que influyen en este razonamiento se acercan a lo que proponemos sea un estándar adecuado para acreditar la colusión; y abre un interesante debate⁶³ respecto a la subjetividad y especificación que sugiere examinar lo que debe entenderse por normal funcionamiento del mercado y los efectos restrictivos de la colusión⁶⁴.

5.2 En el ámbito nacional

Si bien nuestro país recibe aportes de los estándares regla de la razón y *per se*, la judicatura especializada ha desarrollado de forma autónoma un importante trabajo de interpretación y aplicación de los estándares de prueba utilizables para la colusión. Sus fallos transitan entre la regla de la razón, preponderancia de la prueba o la convicción más allá de toda duda razonable con periodos en que el sentenciador ha optado por flexibilizar su criterio⁶⁵, o en los cuales la exigencia ha sido superior⁶⁶, sin que necesariamente sus fallos coincidan con el razonamiento de la CS⁶⁷.

Si la colusión exige un nexo causal que confiera, preserve o incremente el poder de mercado de los coludidos, la regla *per se* sería inaplicable al eximir al denunciante de realizar un análisis económico de las actuaciones de la empresa coludida. Concordamos con Valdés cuando sostiene que no es posible atribuir una conducta colusoria omitiendo referencias a otros factores distintos al simple acuerdo (Valdés, 2008, p. 84).

5.2.1 Preponderancia de la prueba

El *balance of probabilities* del derecho anglosajón opera en la órbita del *common law* y, de modo particular, en el derecho civil, considerando acreditada una hipótesis si

⁶³ Considerando décimocuarto. Voto de minoría del Sr. Menchaca. Sentencia 43-2006 del TDLC.

⁶⁴ Al no sancionarse de manera *per se* los ilícitos monopólicos se producen las siguientes consecuencias: a) el tribunal deberá analizar el mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico; b) será necesario para el tribunal analizar la existencia de poder de mercado; y c) será necesario acreditar una puesta en peligro o una lesión a la libre competencia (Eyzaguirre y Grunberg, 2008).

⁶⁵ Antes del año 2006, el TDLC optaba por aplicar un estándar más cercano a la regla de la razón, en cuanto las conductas denunciadas podían explicarse por otras razones, fundamentalmente económicas que impedirían dar por acreditada la existencia de colusión. Véanse las sentencias 07-2004; 15-2005 y 18-2005.

⁶⁶ Desde 2006, el TDLC optó por un estándar más cercano a la regla *per se*. Ver Sentencia 38-2006 y 43-2006.

⁶⁷ En los casos Navieras y Oxígeno Líquido, la Corte Suprema, conociendo recursos de reclamación, revocó los fallos del TDLC.

su grado de confirmación es superior a la hipótesis contraria⁶⁸. Entre sus ventajas, sostiene acertadamente Larroucau (2012, p. 790), otorga un trato igualitario a las partes, garantizando una distribución equitativa de los riesgos de error entre actor y demandado, y evitando sentencias erróneas que incurran en el falso positivo o en el falso negativo.

La preponderancia de la prueba brinda un trato indiferenciado a las partes y se hace cargo de los limitados recursos que dispone un tribunal — “la minimización de errores del estándar de preponderancia sirve mejor a la verdad” —, pues impide que un relato basado en hechos verdaderos sea descartado porque no satisfizo una exigencia probatoria excesiva⁶⁹. Pese a ello, el derecho procesal civil chileno no encuentra respaldo positivo expreso en la instauración del citado estándar⁷⁰ ni en la libre competencia; en realidad, son la jurisprudencia⁷¹ y doctrina las que aportan a difundirlo y aplicarlo.

5.2.2 Evidencia clara y convincente

Esto constituye una creación intermedia entre los estándares civil y el penal. La evidencia debe ser clara y la convicción del juez, ha de resultar más exigente que en materia civil: debe obedecer a razones éticas y políticas, así como a la distribución del riesgo de error, privilegiando falsos negativos a falsos positivos, fundamentalmente en atención a que un error en su utilización puede afectar intereses individuales (Taruffo, 2008, 138).

Se trata de que el convencimiento no llegue al juez como consecuencia de probabilidades de la eventual ocurrencia del hecho, sino en atención a evidencia desplegada y a la apreciación de la prueba por los sentenciadores.

5.2.3 Más allá de toda duda razonable

Este principio, aplicado de forma mayoritaria en sede penal salvo excepciones (Beltrán, 2012), justifica su mayor convicción en el bien jurídico protegido y en la sanción del imputado. Como lo expresa Romero (2007), en materia criminal, el derecho se expresa en su forma más violenta y, por ello, el grado de convicción que deben tener los sentenciadores para declarar culpable a un individuo debe ser altísimo (p. 3).

⁶⁸ Romero Guzmán (2007) afirma que “este estándar es usualmente exigido en materia civil y significaría, si se aplicara para este caso concreto, que la colusión estaría acreditada si la evidencia desplegada indica que es más probable que aquello haya sucedido a que no haya ocurrido” (p. 34).

⁶⁹ Recomiendo revisar el excelente trabajo del profesor Jorge Larroucau (2012, citando a Clermontt y Sherwin, p. 271).

⁷⁰ Lo más cercano que se puede encontrar al respecto es lo prescrito en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil al señalar que “entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad” (Van Hasselt, 2015, p. 216).

⁷¹ Véase una interesante prevención de los ministros Arancibia y Tapia. Sentencia 299-2015, TDLC.

El elemento que nos ocupa se origina en la teología cristiana y en el afán de proteger al jurado, pues enjuiciar a los semejantes podía tener consecuencias para la salvación. Por ello se sostuvo que un jurado con dudas debía tomar una decisión segura, diciéndole que lo era, mientras sus dudas fueran razonables (Whitman, 2008, p. 288).

Con este principio se procura que el juez pueda acreditar un presupuesto fáctico con evidencia disponible, de lo que se desprendería en forma relativamente categórica que es más probable, o altamente probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho (Clermont, 2013, p. 180).

6. INSUFICIENTE IMPLEMENTACIÓN DEL ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL ÁMBITO NACIONAL

La Ley omitió referirse al estándar al cual debía ajustarse la prueba de la colusión, la suficiencia de pruebas, procedencia, elementos, forma de apreciarla o desecharla, y el problema de transitar desde lo administrativo a lo criminal en la vinculación del fallo dictado por el TDLC que penalmente la sanciona como delito. Señala que la sentencia definitiva ejecutoriada es requisito para la eventual presentación de la querrela por la FNE (artículo 64 DL 211), con lo que radica en el Estado la legitimación activa de la acción penal; caso distinto ocurre con la sede administrativa, donde puede ser ejercida por cualquier particular⁷². Esto, por cierto, es otra contrariedad.

Como no hay un tratamiento legal expreso de conocimiento y apreciación valorativa de las pruebas⁷³ que debe utilizar el tribunal penal, ni del estándar probatorio aplicado por el tribunal jurisdiccional administrativo, colegiado, especializado en temas de libre competencia, que a través de una sentencia firme y ejecutoriada había con antelación sancionado la colusión, surge entonces una pregunta: ¿fue adecuado traspasar a sede penal y a su elevado estándar probatorio la sanción de una colusión?

Si la Ley no estableció una regla especial en materia penal, parece lógico que, por regla general, solo se deba acreditar la colusión, acudiendo al estándar genérico de convicción más allá de toda duda razonable, más aún cuando su comisión y posterior sanción puede derivar en privación de libertad para el responsable; ello deja en pausa la superación de dicho estándar por parte del persecutor, hecho que legitima

⁷² Pardow (2015) afirma que: "pareciera que la FNE es un mejor litigante que los demandados privados, toda vez que consigue ganar aproximadamente la mitad de los casos, tanto cuando comienza el litigio vía requerimiento como cuando se hace parte en una demanda particular. Por su parte los demandantes privados solamente obtienen una victoria de un 15 % de los casos en que participan. En otras palabras, por cada juicio ganado por un demandante privado, tres terminan en una salida alternativa y tres con un fallo adverso a sus intereses" (p. 435).

⁷³ Ferrer (2008) sostiene que: "cuando se ha abandonado en la mayoría de los sistemas procesales la idea de la prueba legal tasada y se ha dado paso a su vez a la libre valoración de la prueba, resulta necesario establecer reglas para esta valoración, pues debe tenerse en cuenta que la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esta valoración" (p. 45).

nuestra inquietud sobre si fue acertada o no su criminalización y, en consecuencia, la aplicación del estándar penal.

La Ley omitió referirse a la transición diferenciada del estándar de prueba en su fase previa a la persecución penal y la necesaria para superar la suficiencia probatoria que requiere la etapa propiamente criminal. Incluso sin considerar las consecuencias que pudieran derivarse de la especialidad del derecho de la competencia (que por fundamentos, características y fines, merece reflexionar sobre la procedencia o no de un estándar de prueba que confirme y sancione conductas que atenten contra ella), aceptar que en sede administrativa se exija un estándar menos riguroso que el penal merecía una mejor respuesta legislativa.

Si el argumento es que la pena tendría un efecto disuasivo para los agentes de mercado, ello supone una crítica sutil a disposiciones legales que, con antelación a la Ley, la establecían, regulaban y sancionaban en términos. ¿Cambiaron las razones que en el año 2003 despenalizaron la colusión? Probablemente la percepción social de la gravedad del hecho sí, mas ello no es suficiente ni objetivo; quizás el cambio más evidente desde esa época es que hoy existe una institucionalidad especializada⁷⁴ en el conocimiento, sanción o representación de la comunidad en la denuncia de conductas colusorias (Artículo 5 y 33 DL 211), con lo que se complejizan más las razones para volver a sancionarla penalmente.

El legislador pudo aclarar el panorama del estándar, establecerlo expresamente para sede administrativa; sin embargo, abrió la puerta al debate, con lo cual evidenció contrariedades, quizás reviviendo con otra pluma, mas no con novedosas ideas, una figura delictiva antaño cuestionada en su tipificación⁷⁵, debilitada e inutilizada en Chile como delito. Si la penalización parecía necesaria, azuzada en el aparente desconcierto social de la época⁷⁶, la Ley no justifica una situación penalmente desmejorada de la

⁷⁴ La Corte Suprema ya ha observado un estándar de control deferente en relación con decisiones adoptadas por el TDLC, basada en el carácter técnico de este último órgano jurisdiccional. Corte Suprema. Causa Rol N.º396-2004.

⁷⁵ "La colusión hay que tomársela en serio (...) es más común de lo que muchos quieren creer (...) es de las prácticas anticompetitivas más dañinas que existen (...) los acuerdos en precios destruyen una economía de mercado y por ello deben ser sancionados fuertemente. Sin embargo, los acuerdos entre empresas que fijan precios superiores o calidades inferiores a los perfectamente competitivos son difíciles de detectar. El objetivo es detectar y sancionar a los culpables de colusión al menor costo posible y para ello hay medidas que en su conjunto han mostrado ser efectivas" (Agostini *et al.*, 2015, p. 2).

⁷⁶ "Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificados como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 7).

protección que desde hace años el legislador había establecido para promover un sistema que permitiese y favoreciese la libre competencia⁷⁷.

No se previó que conectar la sede administrativa y penal a través del delito colusorio sería inconsistente con los estándares probatorios y la suficiencia de las pruebas de una u otra sede jurisdiccional⁷⁸; ello permite dudar respecto a su procedencia sin errar en la interpretación o aplicación de principios, normas adjetivas, de fondo y criterios que ameriten un análisis y una propuesta fundada en razonamientos susceptibles de ser probados⁷⁹.

La conexión forzada de la sentencia definitiva ejecutoriada dictada en sede administrativa, como requisito para iniciar penalmente la investigación de elementos que acrediten la existencia del delito, es una conjunción de situaciones jurídicas que invitan al análisis crítico de instituciones sustantivas⁸⁰, procesales o económicas⁸¹ con relación al estándar de prueba civil, penal u otro que se les aplique. El estándar

⁷⁷ "Existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la protección de la competencia y no de los competidores. El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores. Chile ciertamente comparte esta orientación, al menos en lo que puede observarse de la actividad del TDLC" (Grunberg y Montt, 2010, p. 5).

⁷⁸ "La Ley N.º 19880 no señala cual es la regla aplicable. La doctrina ha dado tres respuestas. Un primer grupo sostiene que en los procedimientos administrativos debe aplicarse la regla de la duda razonable, basándose en la teoría de los matices del Tribunal Constitucional. Un segundo grupo advierte que debe aplicarse el estándar civil de la prueba prevalente o regla de la preponderancia de prueba, toda vez que la sanción administrativa debe ser luego revisada judicialmente. Se argumenta que, por el hecho de ser revisada la sanción administrativa en un juicio civil, en el que se aplicará el estándar de prueba prevalente, para que exista armonía entre este y el administrativo, en este último también debiera aplicarse dicha regla. Un tercer grupo sostiene que debe aplicarse una regla de estándar intermedia, que es superior a la civil, pero inferior a la penal" (Isensse, 2018, p. 84).

⁷⁹ Bermúdez (2014) señala que "esto justificaría entonces, que se entienda el motivo por el cual la potestad sancionadora de carácter penal pueda acarrear una pena privativa de libertad y no así la potestad sancionadora administrativa, ya que se configura sobre la base de la creación de contravenciones al ordenamiento jurídico estructuradas sobre la base de deberes de actuación y cuyo incumplimiento acarreará como sanción multas, la suspensión o la privación de un derecho y, en último término, la revocación del título administrativo que habilita el ejercicio de una actividad" (p. 409).

⁸⁰ Romero (2012) afirma que "todas estas hipótesis donde se proyecta la sentencia judicial firme y ejecutoriada para un proceso posterior se explican dentro de la realidad que describe Taruffo, al señalar que los medios de prueba son un fenómeno multifacético cuya naturaleza y definición varían de acuerdo con distintos factores históricos, culturales y jurídicos. Los sistemas probatorios han sufrido cambios profundos desde la época de los romanos; asimismo, las diferentes asunciones culturales acerca del conocimiento, la verdad y la función de las decisiones judiciales han tenido una fuerte influencia en las concepciones de la prueba. Y en este contexto, un factor adicional de complejidad y diferenciación es que son muchas las cosas que se pueden usar como fuentes de prueba. Según la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos puede ser usada –al menos en principio– como un medio de prueba" (p. 252).

⁸¹ Artaza *et al.* (2018) afirman que "al respecto, conviene considerar inmediatamente que en la actualidad prima la posición que sostiene que esta institución debe ser protegida en razones de su vínculo con la eficiencia económica" (p. 574).

probatorio con que un tribunal arriba a su convicción⁸², pese a materializar de modo erróneo una esfera de aplicación del *ius puniendi* estatal, debiera ser distinto al de los casos penales (Carnevali, 2011, p. 80), atendido el objeto y las normas *decisoria litis* del derecho de la competencia⁸³, y promoviéndose un estándar probatorio particular en sintonía con los fines de este⁸⁴. El estándar de prueba penal soslaya la especialidad del tribunal administrativo, también al legitimado activo de la querrela (FNE) y a la comunidad, minimizando la posibilidad de obtener una sanción que, en sintonía con los fines de la libre competencia, sea proporcional y coherente para la colusión.

7. FORZADA INTEGRACIÓN DE SISTEMAS SANCIONATORIOS

A más de tres años de aplicabilidad de la Ley, y dado que no existen aún sentencias penales para la colusión, dudamos lo conveniente del traspaso sancionatorio administrativo, o "procedimiento civil especial" (Romero, 2012, p. 264), a un sistema penal represivo que la sancione con cárcel. ¿Fue prudente ampliar al escenario punitivo la colusión⁸⁵? Planteamos que no⁸⁶: se omitió que son sistemas diferentes⁸⁷ y resulta

⁸² Romero Guzmán (2007) afirma que: "lo relevante, más allá del nombre que pueda proporcionarse para los distintos criterios, radica en que aluden a parámetros mentales presentes al apreciar la prueba que no pueden soslayarse en nuestro ordenamiento jurídico, ni menos cuando debe decidirse un caso de libre competencia" (p. 34).

⁸³ Lluch (2012) describe: "se han generado algunas dudas, paradójicamente a partir de la misma sentencia del juez Denning, en la que, partiendo de la premisa que el proceso penal requiere una dosis más elevada de prueba que el proceso civil, afirma que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba –beyond and reasonable doubt y preponderance of evidence– pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba en función de la materia objeto de decisión" (p. 179).

⁸⁴ Gorphe (2014) sostiene que: "el actual sistema de pruebas morales surgido de la Revolución francesa, y después generalizado en Europa, ha sido concebido de modo un poco negativo, como la abolición de las pruebas legales, estimadas artificiosas. Luego se confió con entusiasmo en el sentido común, emanación de la razón individual y la soberanía popular. Se pensaba que en la convicción íntima estaba el criterio último e infalible de la verdad judicial: "la convicción moral que todo lo subyuga", exclamaba con pomposidad Thourret en la Asamblea Constituyente; "la moralidad conduce a grado tal de convicción, que le resulta imposible ir más lejos a la razón humana" (p. 138).

⁸⁵ Hermosilla y gran parte de la doctrina está a favor de su penalización: "es abundante la dogmática que adhiere a su penalización, al efecto ver los interesantes trabajos de Richard Posner y Gary Becker" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 118).

⁸⁶ En Artaza *et al.* (2016), Andrés Salazar señala que "en otras palabras, la pena de cárcel debe imponerse porque con ella se quiere desincentivar la creación de más colusiones, lo que representa una visión sumamente instrumental de la pena. Es en este punto donde encontramos quizás el aporte más valioso del estudio emprendido por el profesor Artaza: este autor se enfrenta a la pregunta referida a qué es lo verdaderamente injusto en los acuerdos anticompetitivos, pregunta que puede diferenciarse (analíticamente) de aquella que pretende responder el "para qué" sirve el castigo de la colusión. Esa búsqueda por una legitimidad sustantiva y no instrumental es algo sobre lo que se necesita reflexionar dado que hay carencias incluso a nivel de Derecho comparado" (p. 805).

⁸⁷ "La naturaleza de las normas que rigen el actuar de los agentes económicos conforme al DL 211 y las potestades ejercidas por este Tribunal en el referido proceso permiten concluir que la responsabilidad de que se trata es civil o evaluable pecuniariamente". Considerando 12. Prevención ministros Tapia y Arancibia. Sentencia 299-2015, TDLC.

inconveniente, al propósito de allanar la aplicación de una pena, conectarlos por una sentencia administrativa previa como requisito procesal de admisibilidad.

En diferenciación de sedes, Vergara rebate a Corral⁸⁸ señalando que no se puede soslayar, a título de argumento para la integración del derecho administrativo al derecho común, el artículo 4 del Código Civil, pues se trata de un principio general que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico y le confiere una estructura racional, orgánica y coherente. A su turno expresa Corral: "no habría realmente ordenamiento si las disposiciones normativas operan como islas independientes sin conexión ninguna entre sí" (Vergara, 2010, pp. 120-122).

Siguiendo al profesor Vergara, el derecho, sin perjuicio del fin articulador de sana convivencia social, por la complejidad de las relaciones humanas, los contenidos que regula y los subsistemas que lo conforman, permite que sus normas asuman fines distintos. La Ley lo confirma, al establecer entre sus propósitos, la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados (artículo 1 DL 211), escenario distinto a los fines represivos que propone el Código Penal y diverso (Valdés, 2006, p. 220), si consideramos que las penas para delitos, simples delitos y faltas, son distintas a las sanciones del derecho administrativo sancionador. La colusión esta descrita en la norma, mas las consecuencias que producirá su juzgamiento hacen aconsejable diferenciar el carácter administrativo o penal de la misma⁸⁹.

En esa lógica, la relación entre delito e ilícito administrativo ha sido objeto de análisis doctrinario. Cronológicamente existen sistemáticos intentos por explicar esta concordancia que triangula la conducta ilícita entre las fuentes básicas que permite

⁸⁸ Vergara (2010) señala: "Corral ofrece una doctrina que cabe refutar, pues postula que el Código Civil puede aplicarse 'como Derecho común' no solo en el caso de responsabilidad por hechos dañosos ocasionados por agentes de la Administración (que llama "responsabilidad civil del Estado"), sino a todo el ordenamiento restante. En este caso, la técnica de supletoriedad está siendo postulada para operar todo un trasvase de normas a una materia en que los principios y lógica interna son distintos, como las relaciones de Derecho Administrativo. En otras palabras, para Corral, la relación jurídica de la responsabilidad administrativa la cuestión sería entre privados. El análisis no es compartido en la base, pues la responsabilidad de la Administración no origina una relación entre privados, sino entre el privado y la actuación de un órgano administrativo en cuanto tal, tema que evidentemente es de derecho administrativo, y que debe resolverse de acuerdo con normas, principios e instituciones de naturaleza precisamente administrativa" (p. 122).

⁸⁹ Ríos (2010) expone que "desde una perspectiva normativa el derecho penal protege la vigencia de expectativas de conducta fundamentales para el funcionamiento de la sociedad. Una infracción administrativa puede defraudar también ciertas expectativas, pero habrá que determinar si la importancia de la defraudación justifica utilizar criterios cualitativamente similares al derecho penal para imputar tal defraudación a una persona. Ambos ordenamientos apuntan a estabilizar una expectativa defraudada de distinta relevancia social. Las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen, lo que, por otra parte, le permite también utilizar mecanismos cognitivos de estabilización, lo determinante es la visión macroeconómica (las "grandes cifras"; el "problema estructural" o "sistémico"). Las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad" (p. 185).

su sanción (*ius puniendi* del Estado), la conducta misma (ilícito administrativo o penal) y la sanción (pena).

Silva sostiene que la diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal está en la aptitud de ser capaz o no de lesionar un bien jurídico protegido. Así, cuando la conducta efectivamente lo lesiona, estamos en presencia de un ilícito penal, reprochable y sancionable con estándar de delito mientras que, si no alcanza este umbral, solo quedará cubierto por el derecho administrativo sancionador, sin señalar el estándar probatorio aplicable para este último (2011, p. 135).

Su opinión aporta a la identificación de la naturaleza del ilícito, características y consecuencias, mas no es suficientemente objetiva pues deja en duda la fijación estable o expresa de conocer con certeza los bienes que jurídicamente estarían protegidos, alcanzando la calificación de ilícitos penales cuando fueran vulnerados.

Tampoco la real significancia de la valoración que hace de los ilícitos pues todo parece indicar que la sanción mayor a que se expone un ciudadano, cuando existe lesión, será propia del derecho penal y no del administrativo sancionador que, en su fase castigadora, deja entrever menor intensidad de las conductas que pretende prevenir, corregir o sancionar.

En su origen histórico, expresa Cury que la función punitiva del Estado estaría entregada al poder legislativo y judicial, mas no al administrativo, totalmente despojada de ella.⁹⁰ La incorporación de la colusión al catálogo de delitos, integra el derecho de la competencia a la esfera penal y con ello, el estándar de prueba exigido para sancionarla es distinto al administrativo sancionador.

La propuesta de solución a esta contrariedad dependerá, según estemos ante un proceso administrativo o uno penal, del reconocimiento que ambos hacen de una reacción legislativa en respuesta al bien jurídico dinámico de la libre competencia, donde la apreciación de la prueba que influirá o derechamente motivará la sentencia, tendrá un tratamiento distinto según supere el estándar probatorio aplicado en sistemas que no son semejantes.

Esta disyuntiva, y su vinculación con la compleja función juzgadora del sentenciador que debe apreciar la prueba en sintonía con el estándar probatorio específico que sugiere la materia, hará posible acercarse a la verdad de los hechos. Parece impopular dudar del presentado como positivo efecto disuasivo de sancionar con cárcel la colusión, mas ello no obsta al análisis de si efectivamente se superara en el juez penal, el nivel de certeza suficiente para obtener un fallo que la acredite, sin añadir elementos

⁹⁰ Con arreglo a la interpretación tradicional del principio de separación de los poderes del Estado, la función punitiva pertenece por entero al legislativo y judicial, al paso que el ejecutivo, como titular de la administración se encuentra completamente despojada de ella (Cury, 2005, p. 28).

susceptibles de duda o error, como consecuencia de no alcanzarlo más allá de toda duda razonable⁹¹.

En materia penal el estándar es expreso, más ello no es extensivo al estándar necesario para alcanzar suficiencia probatoria en los ilícitos que atentan contra la libre competencia en sede administrativa. El efecto reflejo positivo de la sentencia condenatoria de colusión del TDLC, y la eventual sanción de que puede ser objeto en sede penal, establecen una conexión procesal expresa entre el administrativo sancionador y el penal⁹², esta vez con la excusa de blindaje legal de proteger la libre competencia de los mercados.

La persecución penal de la colusión precedida de una sentencia firme y ejecutoriada del TDLC que así declare no es el problema: la reforma sustituyó la posibilidad que existan juicios paralelos, y en ello vemos un avance. Siguiendo a Romero, el fallo administrativo sancionador es un ejemplo del efecto de la sentencia firme y ejecutoriada en cuanto a realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho en un proceso posterior, pudiendo constituir una manifestación de prueba de presunciones⁹³. El paso en falso es la inconexión de la institucionalidad especial del derecho de la competencia con el derecho penal. El estándar probatorio de este último es un escollo para los fines vinculados a la prevención y la eficiencia.

Si consideramos cuán extensos pueden ser los procesos seguidos ante el TDLC, lo reduccionista de otorgar exclusividad a la FNE para el ejercicio de la acción penal y la feble o nula sensación de efectividad que la inmediatez temporal tardía de un juicio penal posterior a uno administrativo tiene para los afectados de colusión, faltan argumentos que justifiquen que la víctima, en el evento de dictarse una sentencia condenatoria de parte del honorable TDLC, espere que el querellante o persecutor proporcione al juez penal medios probatorios que permitan a este último superar, "más allá de toda duda razonable", el umbral probatorio haciendo ineficiente el sistema sancionatorio.

La obligada aplicación de un estándar de convicción más exigente es un problema ante las evidentes diferencias con el órgano juzgador administrativo, máxime cuando

⁹¹ Al respecto, Hernández (2014) refiere que: "así, mientras que en materia penal la imposición de pena por conductas no dolosas es excepcional (y en el ámbito patrimonial y económico una absoluta rareza), no se divisan razones para que deba regir lo mismo para el ámbito de las sanciones administrativas; o bien un diverso estándar de prueba puede dar lugar a absoluciones en sede penal en circunstancias en que el hecho se encuentra suficientemente acreditado en sede administrativa" (p. 568).

⁹² "El derecho administrativo sancionador no debe ser construido con materias y técnicas del derecho penal sino desde el propio derecho administrativo, del que forma parte y desde la matriz constitucional y del derecho público estatal" (Nieto, 2005, p. 27).

⁹³ Romero (2012) comenta que "la relación de la sentencia judicial firme y ejecutoriada con la prueba de las presunciones es una opción que fue influenciada por el Código Civil francés de 1804. Dicho cuerpo legal vinculó la cosa juzgada con las presunciones de derecho (*iuris et de jure*), excluyendo de toda otra prueba a lo declarado en un fallo judicial. Esta idea era una proyección de la doctrina de Pothier (1699-1772), y cuyas raíces se encuentran en el derecho común" (p. 260).

el fallo de este podría incidir de forma indirecta en lo que se decida en sede penal⁹⁴. Es perfectamente posible que se sancione la colusión en sede administrativa y se absuelva en sede penal, con la evidente desazón de la ciudadanía.

8. NECESIDAD DE UN ESTÁNDAR PROBATORIO ADECUADO A LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Sumados a los ingentes aportes de Taruffo, Larroucau o Accatino, señala Gascón (2005, p. 129) que por estándar probatorio podemos entender aquella herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho. Dicho estándar debería contar con una referencia positiva que delimite su contenido, toda vez que al señalar que es una herramienta legal, esta debiera establecerse en la ley. Si la interrogante fuese: ¿Ocurre esto en materia de derecho de la competencia vinculada al TDLC? la respuesta debiera ser negativa⁹⁵. ¿Ocurre en sede penal? La respuesta es positiva⁹⁶.

La enunciación finalista de Gascón supone que lo que se debiera conseguir para estar en presencia de un estándar probatorio es la prueba de un hecho, y que ello derive de una fuente legal. Desde esta autonomía conceptual a la que nos adherimos, la estructura del estándar probatorio antimonopólico debe ser revisada considerando la conexión procesal y material de la sentencia administrativa que sanciona la colusión con el proceso penal posterior.

Mencionamos criterios inductivos de una verdad que no se posee pero que aspiramos conseguir por medios y con fines legalmente establecidos, mal podría entonces esta relación de hechos a probar, fundarse en razones que no fueran estrictamente legales⁹⁷. Todo lo que sobrepase esa delimitación podrá desecharse por el juzgador, pues extralimita el marco regulador que supone la distribución de riesgos que componen el estándar probatorio preestablecido en el sistema de justicia que lo aplicará. Hay discordancia entre el derecho que aplica TDLC y el que utiliza el sentenciador penal; este último, a nuestro juicio, se aleja del desafío de aplicar un sistema sancionador eficiente de la colusión. El estándar probatorio diferenciado de ambos es evidencia de contraste y desequilibrio sustentado en una Ley que omitió tales diferencias.

⁹⁴ Nehme sostiene lo siguiente: "es de público conocimiento que en otros ámbitos se produce una presión social muy fuerte para que eso se haga y temor que se sacrifiquen los criterios técnicos, especialmente cuando se trate de discriminar entre una práctica concertada y un paralelismo conductual, donde es muy importante manejar los matices, lo que a su vez podría provocar incertidumbre respecto de cuál sería el criterio de los jueces penales para sancionar" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 109).

⁹⁵ Pues el artículo 22 DL 211 solo hace referencia a la valoración de la prueba.

⁹⁶ El artículo 340 del Código Procesal Penal lo señala expresamente.

⁹⁷ Accatino y Valenzuela (2012) señalan que "nos referimos al estándar de prueba, que debe fijar el umbral de suficiencia que la prueba aportada necesita satisfacer para que el tribunal pueda declarar probado un determinado hecho".

En el fondo, la apreciación de pruebas y su vínculo con estándares probatorios administrativos o penales así como la aparente similitud del fin sancionador perseguido en sus respectivos procesos, pueden comportar un encuentro de intereses adjetivos o complementarios al problema. Esto influye negativamente en el resultado final, con lo que se desafía la reflexión de la actividad probatoria y en consecuencia, refrendado en el poder que le entrega el estado, se busca legítimamente sancionar las conductas que atentan contra la libre competencia (Taruffo, 2008, p. 131).

Sin perjuicio de que la libre valoración de la prueba puede ser un problema para el derecho chileno, habida cuenta de su importación desde el *common law*, la idiosincrasia y cultura jurídica de Chile para la libre competencia —y particularmente para la colusión—, en lo que a estándares probatorios se refiere, ocurre lo propio: son sistemas distintos con principios inspiradores, procedimientos, jueces, aspectos procesales y sustantivos que, al no armonizarse de forma coherente, pueden terminar socavando el espíritu general de la legislación anticompetitiva⁹⁸.

Dudamos del acierto de la Ley. Quizá hubo premura por legislar, motivada en lo atractivo de parecer cercano a demandas que se publicitan como necesarias al amparo de ambiguos movimientos sociales y que sin embargo producen inconsistencias legislativas que solo el tiempo y la propia actividad judicial confirmarán. Sorprende el esfuerzo impositivo del mensaje que inició el proyecto de Ley, argumentando la necesidad de legitimar la penalización de la conducta anticompetitiva colusoria, atribuyéndole a la misma la carga de su acreditación de acuerdo con el exigente estándar de prueba del sistema punitivo.

Nuestro derecho penal recoge en el artículo 340 del Código Procesal Penal (CPP) el estándar de prueba más elevado, por cuanto la decisión condenatoria solo es factible cuando ha sido adoptada más allá de toda duda razonable con relación a la prueba de la culpabilidad de la conducta. Aunque el antecedente histórico es valioso⁹⁹, lejos estamos de vincularlo satisfactoriamente con razones de mercado y de eficiencia. En la línea de los elementos que lo construyen, el profesor Laudan enfatiza la importancia de minimizar los riesgos que debe perseguir en la búsqueda de la verdad de los hechos¹⁰⁰.

⁹⁸ Taruffo (2008) sostiene que "desde una perspectiva comparatista, otro factor de complejidad importante deriva del hecho de que existen diferentes tipos de 'juzgadores sobre los hechos'. La decisión sobre los hechos puede seguir distintos patrones cuando el juzgador es un jurado o cuando hay jueces especializados profesionales o tribunales mixtos con jueces profesionales y legos" (p. 131).

⁹⁹ Whitman (2008) sostiene que "sus raíces se han identificado en la teología cristiana y con el fin de proteger el alma de los jurados de la condenación. En el contexto medieval de la tradición cristiana los actos de enjuiciamiento de los semejantes podían tener consecuencias para la salvación de la persona encargada de juzgar, llegándose a sostener que un jurado que tenía dudas debía tomar la decisión más segura (esto es la absolución) o abstenerse de juzgar" (p. 180).

¹⁰⁰ Laudan (2005) afirma que "el proceso penal recoge el estándar de prueba más elevado, pues se exige para condenar que el tribunal adquiera una convicción "más allá de toda duda razonable" (beyond any reasonable doubt) respecto de la prueba de la culpabilidad. Esto quiere decir que, aun cuando la hipótesis

El artículo 297 del CPP establece el paradigma teórico del estándar probatorio exigible al sentenciador al concluir sobre la culpabilidad o inocencia del imputado que cada sistema normativo adopta una forma particular de valorar la prueba. En ello, el derecho penal y el administrativo sancionador, si bien podrán coincidir en el formato conceptual, no necesariamente convergen en el fondo, atendida la variedad de los elementos que componen los objetos de derecho que ellos resguardan¹⁰¹.

El estándar probatorio y los elementos que lo integran requieren una precisión que no permita incertidumbre respecto a los juicios de apreciación que finalmente el órgano jurisdiccional realiza sobre los hechos colusorios y el derecho sometido a su veredicto. Así, el reenvío que el inciso tercero del artículo 22 del DL 211 hace al artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y a la distinción que refiere a "indicio"¹⁰² lo califica como medio de prueba, anteponiéndolo a un "antecedente" que podría ser cualquier cosa pues no se define, ni entrega una referencia legal al respecto. Esto confirma la mayor flexibilidad probatoria de la sede administrativa, máxime cuando, avanzada la productividad jurisdiccional del TDLC, muchas decisiones sobre colusión están fundadas en indicios.

De la lectura comparativa del artículo 22 inciso final de la Ley y del artículo 340 del Código Procesal Penal, una primera aproximación no propone diferencia en cuanto a valoración de la prueba, pues si bien en sede administrativa de libre competencia el envío es claro¹⁰³ en materia penal ocurre lo propio, solo que la invitación primero es apreciar la prueba con libertad y luego de manera negativa o derechamente prohibitiva, señala que esta libertad —o que el ejercicio de esta apreciación libertaria de ella— no podrá contradecir a la sana crítica. ¿Dónde está la diferencia, entonces? Pareciera que el matiz de exigencia está dado por la libertad fundante de la apreciación de la prueba en materia penal y por la carga a la que está sujeto el juez penal en cuanto a hacerse responsable de toda la prueba que acredite la colusión, tanto la aceptada

de culpabilidad resulte más probada que la hipótesis de inocencia, se requiere un esfuerzo adicional de parte de la acusación para satisfacer el estándar" (p. 97).

¹⁰¹ Taruffo (2008) sostiene que "la valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio, la valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado. Esta definición se centra en el resultado de la valoración que lleva a cabo el juzgador: un enunciado sobre los hechos está probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considera verdadero" (p. 132).

¹⁰² Gorphe (2014) entiende que: "comprende toda acción o circunstancia en relación con el hecho investigado y que permita inferir la existencia o las modalidades de este último. Cabe decir que se extiende a cuanto no entra en las restantes pruebas. La diferencia que podría hacerse entre indicios, presunciones y circunstancias no sería sino una distinción de puntos de vista en relación al mismo objeto: uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); y, en fin, el otro, la relación lógica (presunción). Entre el indicio y la presunción no se encuentra sino una diferencia de matiz, por referirse uno al caso concreto y la otra a una situación más general, pero desempeñan el mismo papel en la prueba" (p. 127).

¹⁰³ El artículo 22 DL 211 señala: "El tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica".

como la desestimada. Son múltiples las contrariedades que presenta el entramado legal que regula el sistema probatorio y particularmente el estándar de prueba que se puede aplicar en ambas sedes.

Una vez el agente económico ha sido declarado culpable por el TDLC, ¿servirán dichos argumentos para declarar su culpabilidad en sede penal? Recordemos que la sentencia en materia de libre competencia debe contener fundamentos de hecho, de derecho y económicos. ¿Cómo la sede penal se hará cargo de los fundamentos económicos probados con un estándar probatorio distinto? Como vimos, el estándar probatorio aplicado por el TDLC es menos exigente que el penal; la Ley no se hizo cargo de esta situación y traspasó el problema a los jueces.

Desde sus inicios, los caminos de la colusión en sede administrativa económica y penal se han cruzado, separado y unido de nuevo. Hoy estamos nuevamente en un escenario conocido: aunque para muchos la penalización de la colusión desincentiva su ocurrencia (teoría de la disuasión económica, Whelan, 2018, p. 4), la diferente aplicación de estándares probatorios condiciona la certeza jurídica de un posterior juicio penal; pueden existir sentencias contradictorias entre lo resuelto por el TDLC y el TOP, sin obviar problemas técnicos de superposición de facultades entre el MP y la FNE particularmente con relación al estándar probatorio más exigente aplicable en sede penal¹⁰⁴.

Pensamos que con la penalización de la colusión pierde la libre competencia, toda vez que la actividad sancionadora final deberá aplicar un elevado estándar probatorio, exigiendo excesiva agudeza jurisdiccional para condenar. Ello constituye un retroceso legislativo que omitió la especialidad del derecho antimonopólico, las razones de eficiencia que deben observar sus normas y la adjetiva prevención diferente de ambos sistemas, por lo cual la reforma debió haber ido en otro sentido¹⁰⁵.

Ya es complejo que las pruebas aportadas, generalmente indirectas o de evidencia circunstancial, permitan al TDLC concluir que hubo colusión; si ello lo trasladamos a sede penal, con un estándar probatorio superior en cuanto a exigencias concurrentes para lograr que el juez tenga la convicción —más allá de toda duda razonable— de que existe una conducta de integración atentatoria contra la libre competencia, el trabajo del juez penal será fatigoso, la sofisticación del obrar de las compañías que deciden

¹⁰⁴ En Chile y en gran parte de la legislación extranjera se ha optado por tipificar las conductas contrarias a la libre competencia, esto, "con el fin de permitir que las nuevas prácticas restrictivas que los agentes económicos vayan creando no queden impunes, logrando con ello una mayor eficacia de la norma, pero señalando, aunque de manera no taxativa, cuáles son las principales conductas sancionadas, a fin de dar un grado de razonable certeza jurídica a los agentes económicos" (Menchaca, 2007, p. 38).

¹⁰⁵ El informe en derecho del Centro de Regulación y Competencia describe que: "el resultado es que mientras más estricto el estándar de prueba, más veces concluiremos que los acusados son inocentes cuando en realidad son culpables, con nefastos resultados en términos de eficiencia y protección del consumidor (errores tipo II). En jerga estadística, mientras más estricto el estándar de prueba, más bajo será el poder de nuestros test procesales" (Grunberg y Montt, 2010, p. 44).

coludirse hace cada vez más difícil encontrar medios probatorios que acrediten la ocurrencia del ahora delito de colusión¹⁰⁶.

Será interesante ver la acreditación de la colusión bajo la Ley y evaluar si, pese a mal entendidas razones políticas tenidas en cuenta para su establecimiento, la judicatura logra armonizar el sistema sancionatorio administrativo y el penal. Se intenta dejar la sensación de que ahora sí se castigará la colusión, impidiendo la impunidad de sus autores; empero, consideramos que tipificarla, y solo por aplicación del estándar más severo de prueba que gobierna el derecho penal, hará que siga cerrada la puerta sancionatoria en dicha sede, posibilitando que las empresas se coludan¹⁰⁷ y que el derecho de la competencia no cumpla adecuadamente sus fines preventivos y de eficiencia.

CONCLUSIONES

El derecho de la competencia constituye una estructura normativa especial: forma parte del regulatorio administrativo y sus fines y características lo vinculan a la economía más que a lo civil y —proponemos— a lo penal. La Ley 20945, al tipificar la colusión como delito, omitió estos elementos, generando una serie de inconsistencias que la distancian de sus fines específicos, ligados a la eficiencia de los mercados, la protección de la libre competencia y la prevención como objetivo primario de la sanción a imponer.

La Ley no superó el vacío, o no aprovechó la oportunidad de construir una norma que, en términos expresos, señale el estándar probatorio aplicable en sede administrativa, dejando al TDLC la discrecionalidad decisoria de su utilización. En sede penal, en cambio, la norma vincula al juez en el uso del estándar de convicción "más allá de toda duda razonable".

Si realmente se pretende sancionar la colusión en sede administrativa, la valoración de la prueba que se realiza de acuerdo con las reglas de la sana crítica debiera acercarse a un estándar probatorio más laxo, cercano al civil; y ello con un respaldo legal de establecimiento, siempre teniendo en consideración la dinámica del bien jurídico protegido, la eficiencia sancionatoria de la administración de justicia y la especialidad del derecho de la competencia.

Si el objetivo de penar con cárcel efectiva a los responsables de colusión era disuadir a quienes con posterioridad a publicación de la Ley optasen por esa vía

¹⁰⁶ Refiriéndose a la excelentísima Corte Suprema y a la presencia o no de pruebas directas, Araya (2015) señala que "la ausencia de prueba directa o dura en el caso fue constatada por la Corte Suprema. En su concepto, la prueba dura o directa "es cada vez más inusual de obtener para probar conductas anti-competitivas por medio de carteles" (p. 234).

¹⁰⁷ "En la medida en que se utilice un estándar de prueba como el penal de duda razonable, entonces seguiremos dejando sin castigo a muchas firmas que en realidad estaban cartelizadas. Dicha falencia del sistema probatorio será anticipada por las firmas en el mercado, las que en un número no menor de casos preferirán coludirse a actuar independientemente. En otras palabras, en un mundo de partes sofisticadas que actúan racionalmente y orientadas al lucro, un sistema de duda razonable es una invitación a la colusión" (Grunberg y Montt, 2010, p. 61).

delictiva, dudamos de la obtención de dicho efecto toda vez que la praxis del concurso de atenuantes, calidad y entidad de la evidencia probatoria, y fundamentalmente la existencia de un elevado estándar de prueba para la apreciación de ellas en sede penal, motivan nuestra tesis de que solo estamos frente a una penalización teórica de la colusión.

El estándar de prueba en sede penal debiese ser uno intermedio, no tan exigente como el de la duda razonable, pues ello atenta contra la eficiencia que busca y exige el derecho de la libre competencia, que es donde se origina la conducta ilícita, favoreciendo la impunidad de eventuales infractores de la Ley o la incertidumbre respecto a la eficacia del derecho administrativo sancionador con relación a los fines preventivos y a la actuación enérgica y oportuna del mismo respecto a la colusión.

La especialidad institucional originaria del derecho de la competencia conduce el conocimiento de la colusión a un tribunal específico, de características propias en su establecimiento, estructura y composición. Este hecho constituye otro motivo para sugerir la existencia de un estándar especial de prueba y, de paso, un argumento para no haber entregado competencia al juez penal ni a su estándar genérico y exigente.

El legislador ha seguido un camino zigzagueante en la sanción de la colusión, pues confunde —según vicisitudes políticas y sociales temporales— el ilícito administrativo y el penal con la tipificación de la colusión como delito; olvida diferencias entre el sistema administrativo sancionador y el penal, con lo que se hace evidente su sobreacción legislativa, azuzado por una ciudadanía afanosa de obtener justicia más efectista que efectiva sin que, lamentablemente, el derecho de la competencia haya sido ajeno a sus consecuencias.

El estándar de prueba debiera estar directamente relacionado con la naturaleza de la responsabilidad imputada al agente económico que infringe la norma. En tal sentido, la sanción a la colusión no debiera regirse por el *ius puniendi* del Estado, sino por principios y finalidades autónomas, vinculados al *ius corrigendi*, de tal suerte que, a través de él, se logre una efectiva disuasión de conductas que atenten contra la libre competencia de los mercados, sin olvidar que la inconducta del sujeto que se colude es perfectamente susceptible de ser evaluada en términos patrimoniales.

La colusión mayoritariamente es sancionada con base en prueba indiciaria o indirecta. ¿Cómo se condice ello con el estándar más allá de la duda razonable cuando no se puede presumir de derecho la responsabilidad penal? El esfuerzo del sentenciador penal por sancionar la colusión, entonces, será mayúsculo y, en los hechos, impracticable; lo que pensamos es, al fin y al cabo, una contrariedad.

REFERENCIAS

Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 483-511.

- Accatino, D. y Valenzuela, J. (2012, 21 de agosto). *¿Y qué pasa con el estándar de prueba?* El Mercurio. <https://bit.ly/2VibVNe>
- Agostini, C., Pellegrini, J., Mañalich, J., Bascuñán, A., González, A., Nehme, N. y Gorab, D. (2015). *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. *Centro de Estudios Públicos*, 409, 1-13. <https://bit.ly/2A2ZH3w>
- Agüero, F. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 19, 124-132. <https://bit.ly/3i0EuLL>
- Agüero, F. (2009, 23 de septiembre). *Nuevas potestades de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de investigación de infracciones al DL 211 (a propósito de la Ley 20.361)*. *Microjuris*. <https://bit.ly/2ZfXv1o>
- Aguirrezábal, M. (2014). *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*. Thomson Reuters.
- Arancibia, J. (2005, 18 de noviembre). Control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico. En Conferencias Santo Tomás de Aquino (ed.), *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (pp. 155-171). Academia de Derecho Universidad Santo Tomás de Chile.
- Araya, F. (2015). Derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 24, 233-250. <http://rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/115/102>
- Artaza, O., Salazar, A. y Salgado, H. (2016). VV.AA., protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas. *Política Criminal*, 11(22), 794-809. <https://bit.ly/3dydsVy>
- Artaza, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación. *Revista de Derecho*, 30(2), 343-366. <https://bit.ly/37ZiyJg>
- Artaza, O., Belmonte, M. y Acevedo, G. (2018). El delito de colusión en Chile: propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo. *Ius et Praxis*, 24(2), 549-592. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1159>
- Aydin, U. y Figueroa, N. (2017). Carteles: propuestas para un combate efectivo a la colusión. En I. Irrarrázabal, E. Piña y M. Letelier (eds.), *Concurso políticas públicas 2016. Propuestas para Chile* (pp. 87-119). Pontificia Universidad Católica de Chile; Centro UC Políticas Públicas. <https://bit.ly/3i6sfum>
- Beltrán, R. (2012). Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. *Política Criminal*, 7(14), 454-479. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N14A6.pdf>
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018, 6 de mayo). *Historia de la Ley n.º 20.945 por la cual se perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. <https://bit.ly/2ZobWk3>
- Broder, D. (2011). *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. Oxford University Press.
- Carnevali, R. y Castillo, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis*, 17(2), 77-118. <https://bit.ly/3eCvF5U>
- Celis, D. (2009). La verdad de los hechos en el proceso judicial. *Criterio Jurídico*. 9(2), 113-120. <https://bit.ly/2Nwoss4>

- Clermont, K. (2013). *Standards of Decision in Law, Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad*. Carolina Academic Press.
- Coloma, G. (2009). *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. Ciudad Argentina.
- Cordero, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de Derecho de Valdivia*, 25(2), 131-157. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>
- Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42(1), 399-439. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/938>
- Cordero, E. y Aldunate, E. (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39(2), 357-358. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/v39n2.a23>
- Corral, H. (2015, 1 de noviembre). *Colusión papelera*. El blog de Hernán Corral. <https://corralalciani.wordpress.com/2015/11/01/colusion-papelera/>
- Costas, J. (2015). La especialidad del derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil. En M. Morillas, P. Perales y L. Porfirio (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 1055-1074). Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>
- Cury, E. (2005). *Derecho penal parte general* (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.
- Duce, M. (2009). *El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile*. Universidad Diego Portales.
- Eyzaguirre, C. y Grunberg, J. (2008). Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos. *Anales de Derecho*, 4, 55-76.
- Ferrer, J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamista. En C. Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 21-39). Marcial Pons.
- Fernandois, A. (2014). *Derecho constitucional económico* (Tomo II. Regulación, Tributos y Propiedad). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Fox, E. (2012). *Cases and Materials on United States Antitrust in Global Context*. Thomson Reuters.
- Fuchs, A. (2017). *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. <https://bit.ly/2Z3Kg3C>
- García, W. (2011). *Manual de la libre competencia* (Tomo I). Thomson Reuters.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10005>
- Gómez, R. (2017). El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 49, 101-138. <https://bit.ly/383bJ9J>
- Gorphe, F. (2014). *Apreciación judicial de las pruebas*. Temis.

- Grunberg, J. y Montt, S. (2010). *Prueba de la colusión*. Centro de regulación y competencia. <https://bit.ly/3ez80TN>
- Guzmán, J. (2017). Sentido de la pena y reparación. *Política Criminal*, 12(24), 1044-1065. <https://bit.ly/31gGMNT>
- Hamilton, M. (2018). *Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en libre competencia, y rol de la Corte Suprema* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio Institucional UC. <https://bit.ly/3eE2AqA>
- Hermosilla, F. (2016). *La colusión en la doctrina y la jurisprudencia* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio Institucional UC. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140130>
- Hernández, H. (2012). La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Política Criminal*, 7(13), 147-167. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N13A4.pdf>
- Hernández, H. (2014). Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal. En J. Arancibia y P. Alarcón (pp. 567-586). *Sanciones administrativas*. Legal Publishing.
- Horvitz, M. y López, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Irarrázabal, F. (2019). Objetivos y estrategias para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable. Centro de Estudios Públicos. *Estudios Públicos*, 154, 125-175. <https://bit.ly/2CKCpk9>
- Isensee, C. (2018). *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil*. Librotecnia.
- Landes, W. (1983). Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *University of Chicago Law Review*, 50, 652-678. <https://bit.ly/3fWd5ps>
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. <https://bit.ly/2A37COi>
- Laudan, L. (2005). ¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>
- Lluch, X. (2012). *Derecho probatorio*. José María Bosch Editores.
- Mañalich, J. (2011). El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, 15, 139-169.
- Marmolejo, C. (2012). *Comentarios a algunos aspectos del caso de colusión de farmacias y sus proyecciones*. Sentencias Destacadas. <https://bit.ly/380nb5W>
- Menchaca, T. (2007). Libre competencia y competencia desleal en la ley 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas? *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 14, 31-39. <https://bit.ly/2NtEnaH>
- Muñoz, F. (2013). ¿Se hará justicia? Una crítica a la suspensión condicional del caso colusión de farmacias. *Estudios de la Justicia*, 19, 193-205. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36192>
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos.
- Pardow, D. (2015). El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 22(2), 419-451. <https://bit.ly/31kxCy>
- Prado, G. y Durán, M. (2017). Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del

- Orden Público Económico en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24(1), 263-295. <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/2976>
- Reyes, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones del caso chileno. *Revista de Derecho de Valdivia*, 25(2), 229-247. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200010>
- Ríos, R. (2010). Injusto monopólico. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho y Humanidades*, 1(16). 173-186. <https://bit.ly/381Shdm>
- Rojas, N. (2012, 25 de septiembre) ¿Es la colusión un ilícito per se tras los fallos Farmacias y Explora? El Mercurio. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901439&Path=/0D/C1/>
- Romero Guzmán, J. (2007). *Colusión de empresas de oxígeno ¿Cuánta evidencia es suficiente?* Centro de Libre Competencia Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://bit.ly/3eAHJnY>
- Romero, A. (2012). La sentencia judicial como medio de prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 251-276. <https://bit.ly/37Z0grK>
- Silva, J. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer.
- Stein, A. (1991). Criminal Defences and the Burden of Proof. *Coexistence*, 28, 133-147. http://www.professoralexstein.com/images/Criminal_Defenses.pdf
- Tapia, J. (2010). Acuerdos horizontales restrictivos de la competencia: una visión crítica aplicada al sistema chileno. En P. Montt y N. Nehme (eds.), *Libre Competencia y Retail* (pp. 117-174). Legal Publishing Chile.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba* (L. Manríquez y J. Ferrer, trads.). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2001). Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 55(3), 665-695.
- Valdés, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Valdés, D. (2008). Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. *Anales de Derecho*, 4, 81-126.
- Van Hasselt, R. (2015). El estándar de prueba en materia infraccional. *Revista de Estudios Tributarios*, 13, 209-236. <https://bit.ly/2YAOJvM>
- Vergara, A. (2010). *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común*. Abeledo Perrot.
- Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H. (2002). *Derecho constitucional* (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.
- Whelan, P. (2018). *Competition Law and Criminal Justice*. Oxford University Press.
- Whitman, J. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt, Theological Roots of the Criminal Trial*. Yale University Press.
- Zúñiga, F. (2016, 15 de enero). *Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol n.º 2934-2015: razones constitucionales que aseguran los mecanismos de incentivos al cumplimiento en libre competencia*. El Mercurio. <https://bit.ly/2VjrXq4>