



DEBIDO PROCESO Y TEORÍAS ECONÓMICAS: ¿UNA TAREA PENDIENTE?

Alejandro García de Brigard y Alejandra Ángel Posse

Debido proceso y teorías económicas: ¿Una tarea pendiente?

Febrero 2022



Alejandro García de Brigard

Socio de Brigard Urrutia desde 2002. Lidera la práctica de Derecho de la Competencia y tiene experiencia en todas sus áreas. Es también miembro de la práctica Corporativo/M&A. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y LL.M de la Universidad de Nueva York. Es, además, Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova, con el grado de Subteniente.



Alejandra Ángel Posse

Miembro de Brigard Urrutia desde 2021. Estudiante optando por el título de Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Fue pasante en Brigard Urrutia en 2019 y desde entonces se ha interesado por los temas relacionados con el derecho de la competencia.

I. INTRODUCCIÓN

Durante 24 años, Han Tak Lee, un inmigrante surcoreano naturalizado en los Estados Unidos de América, estuvo en prisión luego de ser condenado por la Corte de Causas Comunes del Condado de Monroe¹, en el estado de Pennsylvania. Lee fue encontrado culpable de homicidio en primer grado e incendio premeditado, tras un incendio ocurrido en la cabaña en la que se hospedaban él y su hija, Ji Yun Lee, en 1989. Ji Yun Lee murió en el incendio.

El principal argumento de la fiscalía en el caso fue la presentación de evidencia técnica por expertos, quienes argumentaron que existía evidencia del uso de aceleradores en el incendio, lo que a su vez era evidencia de un incendio premeditado. Sin embargo, tras múltiples apelaciones y tras superar variados escollos procesales, en 2014 la condena de Lee fue anulada.

Al ordenar la audiencia que finalmente concluiría en la anulación de la condena de Lee, el Magistrado Federal Martin Carlson se pronunció de la siguiente manera:

“Hoy, con el beneficio de un extraordinario avance en el conocimiento sobre la ciencia del fuego durante las dos últimas décadas, es indiscutible que esta evidencia científica sobre el fuego –que fué un componente crítico en el agregado de la prueba que llevó a la condena de Lee– es inválida y que mucho de lo que fue presentado al jurado que Lee como ciencia hoy se entiende como poco más que superstición”².

El caso de Lee dista de ser un caso único. Según la base de datos del Registro Nacional de Exoneraciones³, al

1 Monroe County Court of Common Pleas, Monroe, Pennsylvania.

2 Traducción libre, tomado del National Registry of Exonerations, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=4820>.

3 National Registry of Exonerations, Newkirk Center for Science & Society at University of California Irvine, the University of Michigan Law School and Michigan State University College of Law. Disponible en: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>.

menos 45 personas⁴ condenadas por incendio premeditado han sido exoneradas en los Estados Unidos de América entre 1991 y 2021 tras comprobarse que la evidencia científica utilizada como fundamento para su condena fue errónea o falsa y que condujo a conclusiones fácticas equivocadas.

La conexión entre los procesos de naturaleza criminal, con su difícil contenido humano y las particulares circunstancias personales que rodean cada caso, y los fríos procesos judiciales o administrativos en los que se evalúa la infracción de normas de protección de la competencia, no es evidente a primera vista. Sin embargo, como en cualquier Estado de derecho, el ejercicio de las facultades punitivas del estado tiene un hilo conductor común, que es la garantía universal del debido proceso.

Y aunque, se insiste, la conexión pareciera remota, el caso de Han Tak Lee demuestra que aún en los casos más sensibles, en los que el estándar de prueba debiese ser el más alto y la salvaguarda de las garantías más estricta, el uso erróneo de teorías científicas puede conducir a resultados fundamentalmente injustos. Más aún, dichos resultados fundamentalmente injustos pueden darse aún cuando quien decide sobre el caso es un tercero independiente, y cuando el acusado ha tenido, en teoría, la posibilidad de controvertir la evidencia científica presentada por la fiscalía. Puesto de otra manera, la experiencia pareciera indicar que el uso de teorías científicas o académicas para la determinación de ocurrencia de una conducta punible o censurable genera riesgos importantes, aún si la valoración de éstas corresponde a un tercero imparcial y si el acusado ha tenido la oportunidad de controvertir dichas teorías en igualdad de condiciones.

El presente documento pretende plantear, de forma preliminar, algunas reflexiones sobre el uso creciente de teorías económicas para la toma de decisiones sancionatorias en materia de libre competencia desde la perspectiva del debido proceso y las garantías procesales, particularmente dado el número muy significativo de estados en los que la determinación sobre la materia corresponde a organismos de naturaleza administrativa, que concentran en sí mismos facultades investigativas y sancionatorias.

II. LA IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO

Una de las principales conquistas del Estado liberal moderno es la garantía del debido proceso. Desde la promulgación de la Carta Magna en Inglaterra, en 1215 (artículo 39), y siguiendo, entre otros desarrollos, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, en 1789 (artículo 7), que tuvo gran influencia en la redacción de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948 (artículos 8 al 11), la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (artículos 6 y 7), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículos 8 y 9) y la gran mayoría de las constituciones nacionales adoptadas a partir del siglo XIX, la garantía del debido proceso ha sido uno de los rasgos característicos del Estado liberal moderno.

Dentro de esa lógica, y en la medida en que los estados y sus aparatos de vigilancia y supervisión han crecido, la aplicabilidad del debido proceso se ha extendido naturalmente al ejercicio de las facultades sancionatorias estatales de naturaleza administrativa. Así, mientras que para aquellos regímenes en los que las violaciones

4 Información disponible en: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/detailist.aspx?View={faf6ed-db-5a68-4f8f-8a52-2c61f5bf9ea7}&FilterField1=Group&FilterValue1=A&FilterField2=F%5Fx002f%5FMFE&FilterValue2=8%-5FF%2FMFE&SortField=Exonerated&SortDir=Asc>.

de normas de libre competencia tienen carácter criminal⁵, las protecciones derivadas de la garantía del debido proceso se aplican en el contexto del proceso criminal, en los regímenes (mayoritarios) en los que las violaciones de normas de libre competencia tienen el carácter de infracciones administrativas⁶, la garantía del debido proceso cobra vida en el marco del procedimiento administrativo.

Y aunque existen divergencias sobre el tratamiento que se le da a la garantía del debido proceso, en particular frente al alcance de la misma en el marco de procedimientos administrativos⁷, el núcleo de la garantía, desde sus orígenes a sus expresiones más modernas, está conformado por dos pilares fundamentales: el derecho a ser juzgado con fundamento en leyes preexistentes y el derecho a un juicio o procedimiento justo y transparente.

En el contexto de la investigación de conductas restrictivas de la competencia, existe un reconocimiento muy extendido sobre la necesidad de adelantar procesos investigativos justos y transparentes. Así, la *International Competition Network* (ICN), red que agrupa a las autoridades de competencia de un número muy importante de estados, así como a expertos admitidos en la calidad de Asesores No Gubernamentales (*Non-Governmental Advisors*), publicó en 2019 el documento *ICN Recommended Practices for Investigative Process*, en cuya introducción, inicia la ICN manifestando que “Un proceso investigativo justo y efectivo por parte de la agencia es esencial para la aplicación efectiva de las leyes en materia de competencia [...]”⁸.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), indicando que la justicia en el procedimiento “se deriva del derecho de los individuos y personas jurídicas al ‘debido proceso’. El debido proceso regula la relación entre los ciudadanos y el estado, particularmente las ramas ejecutiva y judicial, pero también la rama legislativa, y asegura que el estado respete los derechos debidos a los individuos de acuerdo con la ley”⁹.

Consideraciones similares han planteado ejercicios como el reporte *Best Practices for Antitrust Procedure*, preparado por la *Section of Antitrust Law* de la *American Bar Association* (ABA), en el que se indica la necesidad de “definir claramente las potenciales afirmaciones legales, fácticas y económicas que se están considerando”¹⁰, de “esforzarse por tener balance, buscando y considerando tanto evidencia y análisis

5 Entre otros, EEUU, Japón, Corea del Sur, Brasil, Australia, Sudáfrica, Francia, el Reino Unido. Naciones Unidas, *Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas* (noviembre 2010) [Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo]. Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo XI, Ginebra, Suiza, https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpcon-f7L11_sp.pdf.

6 Entre otros, la Unión Europea, Alemania, Italia, España, la Federación Rusa, México, Chile, Argentina, Colombia, Perú, Costa Rica. Ver nuevamente Naciones Unidas, *Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas*.

7 “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos. Así, ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias”. CIDH, “El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Organización de los Estados Americanos* (7 septiembre, 2007), 21, <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.

8 ICN, *ICN Recommended Practices for Investigative Process*. Última visita: 12 de diciembre de 2021, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/RPs-Investigative-Process.pdf>. Traducción de los autores.

9 OECD, *Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings*, numeral 2 (5 octubre, 2011), <https://www.oecd.org/competition/abuse/48825133.pdf>. Traducción de los autores.

10 Abbott B Lipsky y Randolph Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure: The Section of Antitrust Law Offers Its Model”, *The Antitrust Source*, *American Bar Association* (diciembre, 2015), sección I.A., https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/antitrust/dec15_lipsky_tritell_12_11f.authcheckdam.pdf.

exculpatorios como inculpatorios”¹¹ y de “aplicar pesos y contrapesos creíbles al proceso investigativo para garantizar adherencia a las prácticas anteriores”¹².

En el mismo sentido, la Comisión de Competencia de la *International Chamber of Commerce* (ICC) se pronunció indicando que era necesario que las autoridades de competencia adopten “salvaguardas procesales, dirigidas a garantizar el debido respeto a la justicia procesal en los procesos mediante los cuales las autoridades de competencia hacen efectivas las leyes”¹³ y que las leyes y regulaciones en materia de competencia deberían “ser transparentes de forma tal que le permitan a las compañías adecuar sus prácticas a las leyes aplicables en las jurisdicciones en las que operan”¹⁴.

Finalmente, en el plano académico, Yoo, Huang, Fetzer y Jiang, indican que la adherencia a “principios básicos de debido proceso ha sido largamente reconocida como un aspecto esencial de una adecuada aplicación de las normas de competencia. Existe un entendimiento general de que el imperio de la ley incluye varios componentes procesales críticos, tales como el debido proceso, la revisión judicial por un aparato judicial independiente, la aplicación equitativa de la ley y la transparencia en el proceso de decisión”¹⁵.

III. EL CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACIONES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS: JUSTICIA PROCESAL Y TRANSPARENCIA

Las actividades de las autoridades de competencia (o los jueces, bien sea como autoridad de primera instancia o como titulares de la facultad de revisión judicial de decisiones administrativas), por su naturaleza misma, exigen que dichas autoridades se enfrenten a las conductas empresariales con sospecha –como mínimo– y en muchos casos con lo que podría denominarse cierto nivel de hostilidad implícita.

Al respecto, el reconocido juez Frank H. Easterbrook, al analizar las limitaciones que tiene el ejercicio de las normas de competencia¹⁶, plantea que existe una constante de “ignorancia e inhospitalidad”¹⁷ en la aplicación de las normas de competencia. Sobre el particular, y haciendo énfasis en el análisis económico de una conducta determinada, cita Easterbrook a Coase, diciendo “Si un economista encuentra algo...que no entiende, busca una explicación desde la perspectiva del monopolio. Y dado que en este campo somos muy ignorantes, el número de prácticas entendibles tiende a ser muy alto y el uso de una explicación monopolística, frecuente”¹⁸.

11 Lipsky y Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure”, sección I.D. Traducción de los autores.

12 Lipsky y Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure”, sección I. F. Traducción de los autores.

13 ICC, *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings* (8 marzo, 2010), sección 1.2.1, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/06/ICC-International-Due-process-08-03-10.pdf>. Traducción de los autores.

14 ICC, *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings*, sección 2.1.1. Traducción de los autores.

15 Christopher S. Yoo *et al.*, “Due Process in Antitrust Enforcement: Normative and Comparative Perspectives”, *Southern California Law Review* 94, 845, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2160/, Citas omitidas. Traducción de los autores.

16 Frank H. Easterbrook, “Limits of Antitrust”, *Texas Law Review* 63 N°1 (1984), https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles.

17 Easterbrook, “Limits of Antitrust”, 4.

18 Easterbrook, “Limits of Antitrust”. Citas omitidas.

Es en ese marco, el de autoridades y jueces naturalmente –algunos dirían, entendiblemente– sospechosos de las prácticas empresariales, que cobra particular relevancia garantizar que cualquier sesgo sea corregido por la vía del debido proceso y sus descendientes, la justicia procesal y la transparencia, pues, como lo indica Posner, “el objetivo de las autoridades de competencia debe ser exigir el cumplimiento de las normas que están bajo su protección no como un fin, sino como un medio para actuar con total eficiencia respecto de los fines fundamentales que respaldan las normas”¹⁹.

¿Cuál es, entonces, el contenido exacto del debido proceso en el marco de una investigación adelantada por una autoridad de competencia? ¿Cuáles son las prácticas que garantizan que la valoración de la conducta de una empresa investigada no se contamine con la “inhospitalidad” a la que aludía Easterbrook? Para dar una respuesta a dichos interrogantes, vale la pena recorrer las múltiples recomendaciones y estudios que han sido publicados y a los que ya hemos hecho referencia.

En primera instancia, la OECD, ha dicho que “la transparencia e imparcialidad garantizan un mejor entendimiento de los hechos de la investigación y ayudan a mejorar la calidad de la evidencia y las razones con base en las que presentan sus acciones”²⁰. Específicamente, la OECD identifica 3 componentes de la justicia procesal: (i) la preexistencia de las normas generales aplicables a un caso, (ii) la aplicación uniforme, imparcial y razonable de dichas normas y (iii) el acceso a una apelación o a un procedimiento de revisión judicial.

A su vez, al publicar sus recomendaciones, la ABA indicó que son recomendaciones aplicables a todas las fases del procedimiento (i) la preexistencia, claridad y accesibilidad de todas las normas sustanciales y de procedimiento (ii) la participación de funcionarios con suficientes calificaciones y capacidades en temas legales económicos y otras disciplinas que puedan asumir sus funciones de forma imparcial, eficiente y precisa y (iii) la búsqueda constante de mecanismos para evitar demoras innecesarias. Es importante resaltar también que la ABA destaca en múltiples apartes de sus recomendaciones la importancia de la formulación clara de las teorías económicas que soportan el caso de la autoridad²¹.

En el mismo sentido, la ICN, ha sostenido que (i) las actividades investigativas deben ser realizadas en un marco de transparencia y predictibilidad, que incluye transparencia sobre leyes, políticas y estándares preexistentes, sobre evidencia disponible y teoría del daño, entre otras, (ii) las agencias deben implementar salvaguardas para garantizar la imparcialidad e integridad de la investigación, (iii) es de vital importancia proteger la confidencialidad y privilegios legales²² y (iv) es imperativo que los investigados/sancionados tengan acceso a un proceso imparcial de revisión judicial²³.

La Comisión de Competencia de la ICC indicó, al publicar sus recomendaciones, que la transparencia es un elemento fundamental de los procedimientos, incluyendo la preexistencia y publicidad de las normas y políticas aplicables, así como el acceso a toda la evidencia y el detalle de las teorías económicas utilizadas para formular un caso. Adicionalmente, para la ICC es de vital importancia proteger la confidencialidad de

19 Richard A. Posner, “A Program for the Antitrust Division”, *The University of Chicago Law Review* 38 (1971), <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=uclrev>. Traducción de los autores.

20 OECD, *Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings*, 10, (5 octubre, 2011), <https://www.oecd.org/daf/competition/48825133.pdf>. Traducción de los autores.

21 Lipsky y Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure”, sección I.A.

22 ICN, *ICN Recommended Practices for Investigative Process*. Traducción de los autores.

23 ICN, *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement*. Última visita: 12 de diciembre de 2021, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf. Traducción de los autores.

las investigaciones y, específicamente respecto del debido proceso, establecer mecanismos de prevención del sesgo hacia la sanción y garantizar que los funcionarios investigadores tengan los recursos necesarios, incluyendo el conocimiento sobre temas económicos (que considere la contratación de expertos) para que su labor se fundamente en hechos ciertos²⁴.

Finalmente, y atendiendo a la importancia de la evidencia económica en casos de competencia, la Comisión Europea implementó una serie de buenas prácticas para la presentación de evidencia económica. Especialmente al momento de determinar la relevancia de la evidencia económica en un caso particular, es necesario, en primer lugar, evaluar desde una perspectiva técnica si se presentó conforme los requisitos propios de la profesión. “Particularmente, evaluar si la hipótesis planteada es formulada claramente y relacionada con los hechos [...], los métodos empíricos y los resultados sean interpretados adecuadamente y que dado el caso los contrargumentos tengan la adecuada consideración”²⁵.

En resumen, el análisis de los diversos estudios y recomendaciones sobre la materia parece indicar que existe un nivel importante de consenso frente a la existencia de elementos mínimos que deben tenerse en cuenta para garantizar la justicia procesal y la transparencia en las investigaciones de conductas restrictivas y, por esa vía, garantizar el debido proceso. Entre los elementos comunes a todos los estudios está la preexistencia de las normas y políticas que se utilizan para adelantar investigaciones, así como la claridad y el acceso de los investigados a la información necesaria para su defensa. Coinciden igualmente todos los estudios en enfatizar la necesidad de un procedimiento imparcial, enfocado en los hechos y el establecimiento de la verdad, con suficientes salvaguardas para eliminar los sesgos institucionales y del investigador. Igual atención merece el principio de independencia en la decisión sobre la imposición de sanciones y, especialmente, en la revisión judicial de las autoridades de competencia. Finalmente, y común a todas las recomendaciones, hay claridad sobre la necesidad de que haya correcta y transparente formulación de las teorías económicas sobre las que se fundamentan los hallazgos de una investigación, a lo que se suma la necesidad de contar con las capacidades requeridas para que el análisis económico sea preciso y ajustado a los hechos.

IV. LAS LIMITACIONES Y RIESGOS EN EL USO DE TEORÍAS ECONÓMICAS

Habiendo establecido con claridad que el respeto a la garantía del debido proceso en las investigaciones de prácticas restrictivas implica, como mínimo, que haya transparencia sobre las normas y políticas que se utilizan para investigar los casos, y que dicha transparencia está íntimamente ligada con la claridad, profesionalidad e imparcialidad con la que se formulan las teorías económicas que sirven de sustento para una investigación, es preciso entonces ocuparse de dichas teorías económicas. Y sobre ese particular, la pregunta que surge es, entonces, la siguiente: ¿Permite el estado actual de avance de las ciencias económicas garantizar adecuadamente la claridad, transparencia e imparcialidad en una investigación de prácticas restrictivas? Y, aún si la respuesta fuese afirmativa, ¿existen límites distintos al estado del arte que deban ser tenidos en cuenta en el uso de teorías económicas?

Sobre el primer interrogante, existen numerosos estudios académicos que parecieran indicar que la respuesta es, por lo menos en algunas circunstancias, dudosa. En primera instancia, la observación de la disparidad de resultados para las mismas partes y prácticas, en decisiones con abundante soporte económico, plantea la observación empírica sobre lo que pareciera ser la imprecisión o, peor aún, la maleabilidad de las herramientas de análisis económico. Devlin y Jacobs consideran que, aunque muchas

24 ICC, *Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings*, sección 1.2.1.

25 European Commission, *Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases: Staff Working Paper* (17 octubre, 2011), párr. 3, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf. Traducción de los autores.

áreas de la aplicación de las normas de competencia son susceptibles de ser correctamente evaluadas con herramientas económicas, también señalan que las diferencias entre los Estados Unidos y la Unión Europea en las aproximaciones a temas como el acceso a facilidades esenciales, los efectos de las ventas atadas y el empaquetamiento ilustran cómo el uso de herramientas económicas no es una ciencia exacta y depende en gran medida del contexto y la tradición económica y política en la que se usan²⁶.

Pero aún limitando el análisis a una única jurisdicción, el uso de herramientas económicas de análisis también plantea retos importantes y dudas sobre la uniformidad de la aplicación de las normas. Estudiando la experiencia de los Estados Unidos de América en materia de prueba indirecta de la existencia de carteles, Kovacic, Marshall, Max y White han concluido que “pocos elementos del análisis de las normas antimonopolio modernas en los Estados Unidos en otras jurisdicciones generan más perplejidad que el diseño de estándares de evidencia para determinar si una conducta paralela es el resultado de procesos de decisión unilaterales o colectivos”²⁷ y que “existe una persistente insatisfacción con los métodos analíticos comúnmente usados en la aplicación de las normas antimonopolio...para distinguir los factores plus en términos de su valor probatorio”²⁸.

También es importante preguntarse si la creciente complejidad de las teorías y herramientas de análisis económico permiten un correcto entendimiento de los efectos de una conducta y la adecuación de la misma a los contornos de la norma legal respectiva. Sobre ese punto, Prosperetti indica que la creciente complejidad de las teorías económicas plantea retos para las autoridades y, en particular, que “tal estado de la cuestión crea el riesgo de que una de tales autoridades se vea tentada a escoger la teoría del daño que rápidamente corresponda con algunos de los datos que han sido recabados durante una investigación y permita llegar a una conclusión con velocidad...para ponerlo de otra manera, existe un exceso de modelos económicos frente a la demandas razonables que se originan por la necesidad de hacer cumplir las normas en materia de competencia”²⁹.

En la misma línea, la idoneidad de la evidencia económica para arrojar resultados concluyentes genera dudas. Tanto la divergencia en la literatura como la diametralidad de la oposición entre los resultados de los estudios económicos que usan las autoridades y aquellos que usan las partes investigadas parecen indicar que existen dificultades serias para extraer conclusiones universalmente válidas de un análisis económico. El conjunto de observaciones provenientes de los miembros del Foro Global sobre Competencia de la OCDE, al analizar la aplicación de las normas en materia de carteles en ausencia de evidencia directa, indica que las preocupaciones son compartidas por muchos. El reporte preparado en 2006 al respecto concluye su análisis expresando los riesgos que se derivan del uso de herramientas económicas sin evidencia directa: “El gran desafío para la configuración de un caso basado en evidencia circunstancial es que tal evidencia es típicamente ambigua y sujeta a más de una interpretación. Existe el riesgo de que las autoridades tengan una predisposición a condenar conducta paralela aún si ésta es el resultado de acción independiente de cada participante del mercado, actuando de acuerdo con su mejor juicio sobre sus mejores intereses”³⁰.

26 Alan James Devlin y Michael S. Jacobs, “Antitrust Divergence and the Limits of Economics”, *Northwestern University Law Review* 104, 253 (2010), <https://ssrn.com/abstract=1429541>.

27 William E. Kovacic *et al.*, “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, *Michigan Law Review* 110, 396 (2011), <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss3/1>. Traducción de los autores.

28 Kovacic *et al.*, “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”.

29 Luigi Prosperetti, “Economics and Antitrust Enforcement: a personal view”. *Revista Italiana di Antitrust*, 51 (2013), https://www.researchgate.net/publication/307755882_Economics_and_Antitrust_Enforcement_a_personal_view. Traducción de los autores.

30 OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, (2006), 41, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>. Traducción de los autores.

El análisis de la experiencia europea, cuyo modelo investigativo administrativo ha sido adoptado –con diversos niveles de éxito– por muchos estados fuera de Europa, también plantea interrogantes. En primera instancia, plantea Neven que el sesgo hacia el fiscal y la naturaleza inquisitiva del proceso genera desincentivos para la búsqueda de evidencia que no confirme la tesis planteada por la autoridad³¹. Como resultado, pareciera existir evidencia que apunta a la falta de adecuada verificación de la evidencia económica en ciertos casos, ejemplificados por el caso Volvo/Scania³² (precisando que la Comisión Europea ha realizado esfuerzos por mejorar el procedimiento, particularmente con la introducción de nuevos lineamientos sobre mejores prácticas en 2011³³). La corrección de tales falencias debería pasar, entonces, por el establecimiento –a diferencia del panorama actual– de reglas claras y previamente establecidas para la valoración de evidencia económica³⁴ por cada autoridad de competencia.

Volviendo, entonces, a los interrogantes planteados al principio de esta sección, parece razonable concluir, primero, que existen numerosas, serias y justificadas dudas sobre la posibilidad de alcanzar resultados certeros con las herramientas económicas actualmente disponibles para las autoridades, aún tratándose de las autoridades más avanzadas y con mayores recursos. Segundo, aún asumiendo la disponibilidad de las herramientas más avanzadas –el estado del arte–, el riesgo siempre presente del sesgo institucional y la falta de estándares uniformes plantea dudas importantes sobre el impacto del uso de herramientas económicas desde la perspectiva de la justicia procesal.

V. CONCLUSIÓN

El recorrido aquí realizado describiendo la relación entre el debido proceso y la utilización de herramientas de competencia ciertamente no es exhaustivo. Muchas de las ideas que hemos explorado para el presente artículo merecerían mucha más atención y profundidad. En particular, las diferencias entre los sistemas adversariales e inquisitivos en materia de protección al debido proceso podrían tener como resultado que las dudas que aquí expresamos se expresen con distintos niveles de identidad para cada modelo.

En el mismo sentido, pareciese ser que el estudio de las herramientas económicas merecería tratamientos diferenciales cuando se trata del estudio de conductas coordinadas o concertadas (carteles) y cuando se analizan conductas unilaterales o monopolísticas. Lo anterior es particularmente relevante dado el renovado interés de las autoridades por la conducta unilateral en ciertos sectores de la economía, particularmente los asociados con los mercados surgidos en los últimos treinta años con la revolución tecnológica derivada de las comunicaciones en línea.

Se requeriría, igualmente, mayor profundidad en el análisis de las diferencias entre el uso de herramientas económicas para la prueba de la *ocurrencia* de una conducta –como en el caso de la prueba de conducta concertada a través de factores plus– y el uso de herramientas económicas para la prueba de los *efectos* de una conducta, como en el caso de múltiples casos de conducta unilateral.

31 Damien J. Neven, “Competition economics and antitrust in Europe”, *Economic Policy* 21, N° 48 (2006), <https://www.jstor.org/stable/3874046>.

32 Neven, “Competition economics and antitrust in Europe”, 31.

33 European Union “Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU”, (20 octubre, 2011), *Official Journal of the European Union*, (12 de diciembre, 2021), de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:308:0006:0032:EN:PDF>.

34 European Union “Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU”, 32.

Finalmente, particularmente para los países que tienen regímenes de investigación y decisión de carácter administrativo con revisión judicial, sería de suma importancia analizar el desempeño de las cortes y tribunales y su efectividad en el escrutinio de los argumentos económicos utilizados por las autoridades.

No obstante, lo anterior, las observaciones realizadas a lo largo de este ejercicio nos permiten alcanzar, por lo menos preliminarmente, algunas conclusiones significativas. En primera instancia, es claro que el debido proceso es un componente esencial de un régimen exitoso de protección de la competencia. En las democracias modernas, no es posible hablar de la noción de “Estado de Derecho” ni del “Imperio de la Ley” sin tener en cuenta el debido proceso. Visto así, el debido proceso es una herramienta esencial de la legitimidad del Estado y de las sanciones que impone a sus ciudadanos. En las economías modernas, donde los actores económicos son cada vez más poderosos y sus interacciones entre ellos y con los demás ciudadanos son simultáneamente más profundas y más complejas, la legitimidad que se deriva del debido proceso es uno de los pilares sobre los que descansa la posibilidad de intervención en la economía mediante la imposición de sanciones

Segundo, la materialización del debido proceso en el contexto de los procesos de investigación de prácticas restrictivas de la competencia requiere de niveles de transparencia muy elevados. Dicha transparencia, a su vez, hace necesaria la preexistencia de normas y estándares aplicables, lo que comprende, entre otras cosas, la claridad sobre el uso de herramientas económicas.

Tercero, el debido proceso plantea la necesidad imperiosa de la existencia de salvaguardas que permitan el ejercicio imparcial y equitativo de las facultades investigativas y sancionatorias. En particular, es importante que las autoridades adopten medidas para liberarse del sesgo sancionador y para incluir en su análisis económico todas las herramientas a su alcance, aún si las mismas contribuyen a exonerar a los investigados.

Finalmente, es posible concluir que aún en los escenarios más optimistas y en las autoridades más avanzadas, existen dudas significativas sobre la suficiencia e idoneidad de las herramientas económicas al alcance de las autoridades para producir resultados uniformes y consistentes. La experiencia en múltiples jurisdicciones y la experiencia comparativa entre ellas parecen indicar que existe aún un alto nivel de incertidumbre sobre la uniformidad y consistencia del análisis económico en circunstancias similares o comparables. En el mismo sentido, y con mayor énfasis en los procedimientos de carácter administrativo, no es claro que el uso de herramientas económicas produzca resultados neutrales que depuren el riesgo de sesgo institucional.

Así las cosas, por lo menos de forma preliminar, es preciso concluir que aún persisten deficiencias y vacíos que en las herramientas económicas de análisis utilizadas para la aplicación de las normas de libre competencia que generan dudas importantes sobre la posibilidad de adelantar procedimientos de investigación respetuosos del debido proceso. Puntualmente, no es claro que sea posible reconciliar la necesidad de transparencia y normas preestablecidas cuando las teorías económicas de prueba utilizadas en un proceso no están claramente establecidas ni sometidas a estándares mínimos de práctica, manejo de información, sets de datos, etc. En el mismo sentido, no es claro que se pueda garantizar un proceso imparcial sin antes introducir reformas significativas destinadas a asegurar que el uso de herramientas económicas sea neutral y esté protegido del sesgo institucional.

Aunque el propósito de este estudio no es analizar posibles soluciones, como mínimo valdría la pena preguntarse si el creciente uso de evidencia económica debería obligar a cualquier autoridad a (i) establecer y codificar con claridad los estándares de uso de prueba económica, así como los criterios de valoración de los mismos y los umbrales que deberían ser superados tanto por la autoridad como por las partes investigadas y (ii) realizar reformas estructurales que garanticen, como mínimo, plena independencia entre quienes

realizan la investigación, quienes valoran los datos para la formulación de teorías económicas utilizadas en la presentación de un caso y quienes evalúan su suficiencia para tomar una decisión.

En el caso de Han Tak Lee, como el de por lo menos otras 44 personas, las consecuencias del mal uso de evidencia científica fueron la terriblemente injusta pérdida de la libertad personal por períodos prolongados. Sin mayor claridad y mejores estándares sobre el uso de evidencia económica, corremos el riesgo de mirar hacia atrás en algunos años y concluir que muchas de las teorías económicas que hemos utilizado para decidir sobre la aplicación de normas de libre competencia coinciden con aquellas usadas en el caso de Lee en ser, para usar las palabras del Magistrado Carlson, “poco más que superstición”. A diferencia del caso de Lee, lo que arriesgamos con la toma de decisiones equivocadas en materia de libre competencia es la eficiencia económica y el crecimiento y desarrollo de múltiples sectores de la economía.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Alejandro García de Brigard y Alejandra Ángel Posse, "Debido proceso y teorías económicas: ¿Una tarea pendiente?", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile