



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

# **LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA CHILENO: UN ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA DE JOHN RAWLS**

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

LEONARDO ANDRÉS PASTENE FERNÁNDEZ

Profesor Guía: Pablo Aguayo Westwood

Santiago de Chile, 2024



## ÍNDICE

RESUMEN .....	3
INTRODUCCIÓN .....	4
I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA DE RAWLS Y CÓMO APLICARLOS A LA LIBRE COMPETENCIA .....	13
II. ACCESO A LA JUSTICIA: ¿UNA LIBERTAD BÁSICA? .....	26
III. ACCESO A LA JUSTICIA: ¿UN BIEN SOCIAL PRIMARIO? .....	33
CONCLUSIONES .....	38
BIBLIOGRAFÍA .....	39

## RESUMEN

Históricamente el derecho de libre competencia a nivel nacional ha optado por limitarse a resolver inquietudes de naturaleza económica, buscando mediante eficiencias asignativas el mayor bienestar de los consumidores y la sociedad toda. Teniendo ello en cuenta es que se realiza la presente investigación, la cual escapa de esta postura bienestarista para cuestionarse sobre la situación de los consumidores, pero en términos de justicia social. Para ello primero asumo una postura diversa de la mayoría de la doctrina, la cual estima que el derecho de libre competencia puede plantearse objetivos diversos los puramente económicos. Asentándome en tal parte de la doctrina, analizo mediante los dos principios de justicia de John Rawls si es que se está ante una institución justa en los términos propios de este influyente filósofo. En un inicio se intuye e hipotetiza que no, no pudiendo satisfacer ni el primer ni segundo principio de justicia. Se toma y evalúa el concepto de acceso a la justicia de los consumidores, se aplica en el derecho de libre competencia y se interpreta primero como libertad básica y luego como bien social primario. Efectivamente si se interpreta como libertad básica el resultado es concluyente: no se satisface el primer principio de justicia al no respetar el orden lexicográfico. Sin embargo, es debido a una limitación conceptual que las conclusiones no pueden ser tajantes: la inexactitud a la hora de comparar en términos de bienes sociales primarios la situación de los consumidores en la presente institucionalidad no permiten concluir si es que el principio de diferencia distributivo se satisface o no.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata acerca de cuál es la situación de los consumidores en el marco de la institucionalidad del del derecho de la libre competencia. Esta temática en particular ha despertado cierto grado de relevancia a partir de los grandes casos de colusión en Chile, los cuales han evidenciado la gravedad de los daños que se le pueden generar a los consumidores cuando los productores incurren en conductas que implican una lesión o amenaza a la libre competencia. Ejemplos de estos fueron el “Caso Farmacias” el 2008, el “Caso Pollos” en 2011, el “Caso Buses” también en 2011 y el “Caso Papeles” en 2015 (Hernández & Tapia, 2019, págs. 17-24).

En los casos de colusión anteriormente mencionados el camino que se ha seguido para poder reparar el daño generado por las conductas anticompetitivas ha sido uno de naturaleza privatista: mediante el reconocimiento de una afectación al interés colectivo de los consumidores, con lo que el daño puede llegar a ser indemnizado en un procedimiento posterior al de libre competencia mediante la interposición de una acción de clases o colectiva reconocida en la legislación de protección al consumidor. Esto implica que los productores no solamente se exponen a una eventual sanción originaria del derecho de la libre competencia, sino que también a la obligación de indemnizar a los consumidores que puedan a llegar a ser dañados por su conducta anticompetitiva.

Si bien estimo que el hecho de que los consumidores puedan accionar colectivamente (cuando de forma previa exista una sentencia que declare efectiva la conducta anticompetitiva de los productores) claramente los beneficia en cuanto a poseer una mayor presencia dentro de la institucionalidad de libre competencia y a mejorar su situación patrimonial (más bien restaurar), creo que ello no ha respetado ciertos principios que orientan a las instituciones a ser entendidas como justas. Es en esta parte de la investigación en que el nombre de John Rawls aparece, en particular la aplicación de sus dos principios de justicia para determinar si una institución es justa o no, con lo cual la presente pregunta de investigación es la siguiente: ¿En qué medida el derecho de libre competencia actual satisface los dos principios de justicia de Rawls?

Estas herramientas de análisis que aporta Rawls, la resistencia de gran parte de la doctrina a nivel nacional del derecho de la libre competencia a ser objeto de preguntas que escapen de “lo económico”, “lo jurídico” o “lo técnico” y lo poco que se ha utilizado la conceptualización de Rawls en miras a la institucionalidad de la libre competencia es lo que le imprime relevancia al presente estudio, como a su vez es lo que lleva a que se presenten mayores limitaciones. Añadido a lo último, otras limitaciones de la presente investigación radican en que algunos conceptos de Rawls son muy abstractos y llegar a una interpretación exhaustiva de ellos implica un grado de precisión importante.

Además, tales conceptos han tenido una multiplicidad de interpretaciones y el mismo Rawls ha tenido que ir precisando su conceptualización durante su obra conforme otros autores le contraargumentaban o criticaban.

Como adelanté en párrafos anteriores en forma vaga, estimo que la forma en que se ha abordado la situación de los consumidores en la institucionalidad de libre competencia en Chile desde el derecho privado no ha sido suficiente para afirmar que esta institucionalidad sea justa. Más específicamente, presento a modo de hipótesis que el derecho de libre competencia chileno actual no satisface la prioridad de libertad como orden lexicográfico ni tampoco el principio de diferencia en su aplicación con respecto a los consumidores, lo cual derivaría en que los principios de libertad de Rawls no se respetarían y con ello la institucionalidad de libre competencia se alejaría de lo que este importante autor entiende como una institución justa.

El método para comprobar dicha hipótesis será analizar la institucionalidad de la libre competencia chilena actual mediante la conceptualización que brinda John Rawls desde sus dos principios de justicia, específicamente en el rol que les otorga de poder evaluar la justicia de las instituciones y políticas públicas (Freeman, 2016, pág. 190). Es importante también explicitar que este análisis se limita a la situación de los consumidores y no de los productores que forman parte de los mercados regulados por la libre competencia. Para ello seguiré la siguiente estructura:

En el primer capítulo de esta investigación argumentaré en qué medida la conceptualización de Rawls es aplicable a la institucionalidad de la libre competencia y cómo sus elementos pueden ser interpretados dentro de los conceptos que el autor ofrece para realizar el análisis posterior a la luz de sus dos principios de justicia.

En el segundo capítulo introduciré el concepto de acceso a la justicia de los consumidores y argumentaré por qué puede ser interpretado como una libertad básica, y con ello, explicaré cómo de entenderse como una libertad básica no se estaría respetando el orden lexicográfico o prioridad de libertad: ya que de la forma en que opera el derecho de libre competencia, es decir, buscando proteger un derecho económico de los consumidores (que no tiene la categoría de libertad básica) a cambio de que los consumidores no tengan un acceso a la justicia efectivo dentro del proceso de libre competencia (el cual sí consistiría en una libertad básica).

En el tercer capítulo en cambio, me pongo en el supuesto de que el acceso a la justicia de los consumidores es un bien social primario y no una libertad básica, con lo que aplicaré el segundo principio de justicia de Rawls. En particular, aplicaré el principio de diferencia: ¿mejora la situación

de los consumidores mediante la aplicación del derecho de la libre competencia, mediante sus sanciones y posteriores indemnizaciones vía acción colectiva? ¿En qué sentido la mejoraría (o no)?

Es así como a través de la investigación primero evaluó si se respeta o no el primer principio de justicia de Rawls, en particular la prioridad de libertad, en caso de interpretar el acceso a la justicia de los consumidores como una libertad básica y luego, si es que se interpreta como un bien social primario evaluó si es que se respeta el principio de diferencia a través de la aplicación del derecho de libre competencia. Evaluando ambos principios es que podrá llegar a la conclusión de si el derecho de libre competencia en su aplicación es una institución justa o no según Rawls.

Habiendo enunciado mi hipótesis y el método me referiré al estado del arte del asunto, el cual es precisamente una de las limitaciones de la presente investigación. A pesar de ello, podría dividir la literatura en los principales puntos en que se sitúa el tema. Primero: ¿Cómo se ha hecho cargo de preguntas de este estilo la doctrina nacional de libre competencia? Segundo: ¿Cómo se ha abordado por la doctrina y la legislación la situación de los consumidores en la libre competencia?

En cuanto a la primera subdivisión temática, la doctrina del derecho de libre competencia se puede dividir en dos y es precisamente solo una de ellas para la cual este tipo de preguntas de investigación tiene sentido. Por un lado, está la parte de la doctrina que estima que los objetivos del derecho de libre competencia solo se deben acotar a finalidades de índole económica, para restaurar el equilibrio de precio y cantidad en situaciones competitivas y así lograr la mayor eficiencia económica, lo cual deviene en una maximización del bienestar social (consumidores y productores).

Adicionalmente, otros objetivos de índole económico que ellos destacan son asegurar un efectivo proceso competitivo y promover la libertad económica, tanto los productores al momento de emprender como los consumidores de demandar ciertos bienes y servicios. El origen de esta doctrina se explica por el desarrollo del derecho *antitrust* estadounidense, en particular a partir de los avances de la teoría económica, que les otorgaron mayor relevancia a los argumentos económicos junto con una mayor capacidad de convencimiento al explicar el fenómeno de libre competencia, en desmedro de argumentos políticos.

Es a fines de 1970 y a raíz de la influencia de la Escuela de Chicago que se genera un cambio de paradigma: “*The Antitrust Revolution*”. Mediante esta revolución intelectual la economía pasa a cumplir un rol central en la aplicación e interpretación de las leyes de competencia, mientras que el bienestar del consumidor se transformó en uno de sus objetivos predominantes. El nombre que se le ha adjudicado a esta parte de la doctrina se les denomina “doctrinas bienestaristas”. Grandes representantes de esta corriente son los jueces Richard Posner, Robert Bork y otros catedráticos de la

Escuela de Chicago que desarrollan ideas que giran en torno a un objetivo único de la libre competencia, el cual tiene rasgos puramente económicos. Además, otras características de estas doctrinas es que se centran exclusivamente en argumentos técnicos, utilizando conceptos económicos abstractos. Junto con ello, niegan una multiplicidad de objetivos de la libre competencia e interpretan el fenómeno de libre competencia mediante pilares dogmáticos de la teoría económica, como una concepción estática de la competencia, una fuerte creencia en la racionalidad de los participantes de mercado, escepticismo ante la probabilidad o grado de fallas de mercado y también muchas dudas respecto a la capacidad institucional del gobierno. Finalmente, como el *antitrust* en suma es una forma de regular los mercados, le otorgan un rol sumamente limitado, marginando objetivos políticos, morales y sociales (Stucke, 2012, pág. 563).

Dentro de las críticas que le hacen a su contraparte, es que lo único que explicaría la apertura del rol del *antitrust* es el mero interés personal de los operadores especializados en el sistema, en especial en las agencias, ya que ellos son premiados y se les valora constantemente debido a su capacidad como expertos, con lo que al aumentar la amplitud de la ley se les permitiría ejercer más sus funciones y lograr mayor valoración (Lambert & Abbott, 2015). Además interpretan que el origen del *antitrust* estuvo instaurado en un contexto de gran populismo en Estados Unidos y que quienes amplían el rol del *antitrust* a algo más allá del plano económico rememoran tales sentimientos populistas, lo cual es peligroso porque alimentan un pensamiento de “*big is bad*” con lo que cualquier concentración de poder económico es mal vista, lo que implicaría políticas y decisiones que ralentizarían el crecimiento económico, siendo finalmente los consumidores los perjudicados debido a ello (Shapiro, 2018).

La otra parte de la doctrina en cambio le otorga múltiples objetivos y de diversa naturaleza al derecho de libre competencia. Ellos indican que en el origen del *antitrust* estadounidense su primer objetivo fue político: un control de concentraciones económicas para que ello no derive en una concentración de poder político y así no se atente contra la democracia, en un contexto en el cual las experiencias totalitarias estaban muy cerca de la redacción de la *Sherman Act* en 1890 (Crane, 2021, págs. 4-5). Se destaca también que después de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial los objetivos económicos, políticos, sociales y morales fueron reconocidos por la disciplina, siendo los tres últimos particularmente importantes (Stucke, 2012, págs. 559-562).

Esta parte de la doctrina demoniada “*New Brandeis*” o *antitrust* republicano estima en suma que el objetivo del derecho de libre competencia es fundamentalmente político, como lo fue en su origen. Agregan que la ley es esencialmente diferente de la economía y que ella es una de las

herramientas que les sirven a los jueces para encontrar el espíritu de la ley, con lo cual quienes adscriben al *antitrust* bienestarista ignoran la historia legislativa (Fox, 1987).

Ahondando más, autores como Ioannis Lianos relacionan el concepto de equidad con el derecho de libre competencia, al definirlo como una disciplina híbrida de política económica con una de regulación social. Lianos pone énfasis en la integración de mercados, en la protección de los competidores más pequeños y en la protección de los consumidores. Para él en el ejercicio de este derecho se deben integrar consideraciones de desigualdad económica para evitar perjuicios a los consumidores. Esto último se relaciona a su vez con el concepto de justicia distributiva e igualdad, mediante la búsqueda de equidad (Stylianou & Iacovides, 2022).

Es así como pensadores que adscriben a estas ideas buscan evidenciar efectos más allá de la eficiencia económica, como es el caso de un estudio que asocia las concentraciones de poder de mercado con la desigualdad de riquezas, mostrando que los grupos más dañados por un poder de mercado excesivamente concentrado fueron los pertenecientes a los percentiles (por nivel de ingresos) del 0 al 80 en países como Canadá, Francia, Alemania, Corea del Sur, Japón, España, Reino Unido y Estados Unidos (Ennis, Gonzaga, & Pike, 2019). Otro estudio realizado en el contexto del derecho comunitario (Unión Europea) indicó una importante relación entre la concentración de poder de mercado con prácticas de negocio no sustentables que dañan a la población y al planeta. Con esto también se insta por parte de los investigadores a que las instituciones de *antitrust* deberían hacerse cargo de las injusticias sociales y medioambientales a través de su ejercicio (Iacovides & Vrettos, 2022).

Teniendo en cuenta la división en la doctrina del derecho de libre competencia anteriormente expuesta es que la pregunta de investigación del presente trabajo necesariamente debe adscribir al *antitrust* republicano, ya que ella se cuestiona (desde una aproximación diversa a la teoría económica) acerca de los objetivos de los que debería hacerse cargo el derecho de libre competencia, los cuales van más allá de la eficiencia económica. El problema es que a nivel doméstico la tendencia de la doctrina ha sido adscribir a las tendencias bienestaristas, no reconociendo al derecho de libre competencia objetivos que vayan más allá de unos puramente económicos.

Es por motivos históricos que la doctrina a nivel nacional tiende a ser reticente con respecto a objetivos que van más allá de la eficiencia económica. La gestación del Decreto Ley N° 211 se instaure dentro del pilar programático de un grupo de economistas de la Pontificia Universidad Católica que formaron parte de un programa de intercambio con la Universidad de Chicago, conocidos popularmente como los “*Chicago Boys*”. Este decreto ley plasmaba ideas cuyos contenidos

estaban delineados dentro de “El Ladrillo”, un exhaustivo informe económico realizado por los ya mencionados economistas, el cual fue solicitado por la autoridad dictatorial castrense al no tener un plan económico aún no definido. En particular el rol que le daban al combate contra los monopolios era el de satisfacer uno de los principales principios promovidos por la teoría económica desarrollada en la Universidad de Chicago: la liberalización de los precios. (Bernedo, 2013, págs. 64-65).

Es así como el Decreto Ley N° 211 está impregnado de un cúmulo de ideas que ponen a la economía en un podio clave para lograr el progreso social, las cuales se transfirieron desde la Escuela de Chicago. Con ello, los objetivos del derecho de libre competencia a nivel nacional ponen en el centro a la técnica económica y al bienestar del consumidor como su objetivo principal (doctrina bienestarista) (Peralta, 2022, pág. 452). A pesar de todas las modificaciones del decreto ley ya mencionado, el objetivo primario para la mayoría de la doctrina no ha cambiado.

Es mediante esta transferencia ideológica (término acuñado por Juan Gabriel Valdés en su libro “Los Economistas de Pinochet: La Escuela de Chicago en Chile”) que se explica que la doctrina nacional es principalmente bienestarista, una especie de importación de ideas a nuestro contexto mediante reformas durante un proceso dictatorial (Peralta, 2022, pág. 452). En parte ello también explica que a nivel nacional no haya una relevante discusión acerca de los objetivos del derecho de la libre competencia, ya que el debate es cerrado a disciplinas distintas de la económica, con lo cual se crea una suerte de “silencio ensordecedor” (Peralta, 2022, pág. 444).

Esto se refleja en opiniones como la de Mario Ybar al enunciar que “existe a nivel comparado cierto consenso en cuanto a la finalidad última del derecho de la competencia es la protección de los consumidores y no de los competidores particulares (Ybar, 2014). Así también afirma Marcelo Mardones al establecer que la defensa del bien jurídico libre competencia es un objeto que se vincula con la eficiencia económica y en última instancia con el bienestar de los consumidores (Mardones, 2020, pág. 325). Por su parte, Jorge Grunberg y Santiago Montt expresan que el objetivo buscado por la libre competencia es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores y que así se ha observado en la actividad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Grunberg & Montt, 2017, págs. 307-308).

Para cerrar este subtema es que planteo lo siguiente: a nivel nacional hay un predominio de la doctrina bienestarista del derecho de libre competencia, lo que es una gran limitante respecto a la pregunta de la presente investigación, pues ella a ojos de esta parte de la doctrina no tendría sentido, ya que el derecho de libre competencia no podría ser analizado por áreas del conocimiento distintas a la economía o el derecho, como lo es la justicia social.

Luego, respecto de cómo se ha analizado la situación de los consumidores en la libre competencia se puede decir que las disciplinas que se han hecho cargo de ello a nivel nacional son las del derecho civil y la del derecho de protección al consumo, es decir, desde el derecho privado. Estas disciplinas han dado cuenta de que mediante la práctica de sanciones propias del derecho público (que tiene el derecho de libre competencia) no se ha logrado una tutela efectiva a los derechos de los consumidores en su ejercicio.

Primero es importante enunciar que los consumidores pueden al menos formalmente ser parte del procedimiento de libre competencia por el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 en su inciso segundo, por el cual podrían demandar como cualquier otro particular poniendo tal demanda en conocimiento inmediato con la Fiscalía Nacional Económica (aplicación privada en sentido amplio). A su vez, por el artículo 30 de esta misma disposición se les permite a consumidores dañados por una conducta anticompetitiva que haya sido verificada en el procedimiento de libre competencia de forma previa iniciar una acción de indemnización de perjuicios ante el Tribunal de Defensa de Libre competencia (aplicación privada en sentido restringido).

Esta división de acciones es producto a su vez de los tipos de daños que producen los ilícitos anticompetitivos a los consumidores. El primero es el que sufre la sociedad toda, de orden público. Este daño social se conoce como neto o anticompetitivo, el cual consta en la pérdida irrecuperable de la eficiencia, producción por debajo del óptimo y empobrecimiento del mercado y la sociedad toda, lo cual no puede ser resuelto por la acción descoordinada de privados (Besomi, 2014, pág. 14). Quienes deben hacerse cargo de esta protección indirecta de los consumidores, mediante la protección del mercado son los organismos públicos. Esto se conoce como *public enforcement*. Para ello se debe tener una autoridad administrativa que cuente con potestades para investigar y perseguir las conductas anticompetitivas, pudiendo llevar los casos ante un tribunal que decidirá sobre su solicitud o que tal función jurisdiccional recaiga en el mismo órgano prosecutor.

Por otro lado, el ilícito anticompetitivo, además del daño general a los mercados, genera daños específicos a personas particulares. Estos particulares pueden ser productores (competidores dentro del mercado afectado) o consumidores. Esto se conoce como *private enforcement*, el cual es el mecanismo por el cual las víctimas del daño pueden accionar directamente contra el hecho del ilícito y obtener una reparación. Sus herramientas son las acciones indemnizatorias que se pueden ejercer contra los victimarios.

Para algunos autores como Gabriel Hernández y Mauricio Tapia, al relacionar la Ley N° 20.945 que perfecciona el sistema de libre competencia y el propósito del legislador con las acciones

de responsabilidad civil, establecen que justamente su inclusión radica en fomentar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia (Hernández & Tapia, 2019, págs. 63-65). Esto pareciera ir en la misma línea que plantea el mensaje de la ley citada recientemente, al establecer que su finalidad es “perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia y dotarla de los más alto estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que desempeñan en los mercados, permitiendo que en ellos rija una competencia libre, basada en méritos y maximice los beneficios de competidores y consumidores por la vía de prevenir, corregir y sancionar adecuadamente a los atentados a la libre competencia”.

Si bien los estudiosos del derecho civil y del derecho de protección al consumo difieren en aspectos como la legitimación activa y el concepto del consumidor, los daños que son indemnizables, las acciones que puede ejercer el consumidor y si es necesaria una sentencia previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o Corte Suprema en su caso para poder ejercer las acciones indemnizatorias, lo común es que estiman que este *private enforcement* es una importante herramienta para los consumidores al momento de aminorar los daños sufridos por ellos producto de un ilícito anticompetitivo.

Para poder lograr esto primero se ha reconocido que las acciones indemnizatorias individuales de los consumidores son bastante inviables, ya que la acreditación del daño se hace muy compleja, es muy difícil satisfacer el criterio de daño indemnizable que exige su suficiencia o cuantía para ser relevante y junto con ello los costos del juicio que significarían para el consumidor a nivel individual podría superar fácilmente los montos posibles de indemnización. Asimismo, hay otros obstáculos respecto del acceso a la justicia de los consumidores en el plano individual y de variada naturaleza: los obstáculos de naturaleza fáctica: elevados costos del proceso, las cuantías mínimas para acceder a los procesos, la falta de educación e información del consumidor acerca de sus derechos y obligaciones, la complejidad del lenguaje jurídico, la duración de los procesos y ventajas para partes que tienen más recursos económicos. Por su parte hay también obstáculos de carácter jurídico: legitimidad activa y pasiva, las acciones que pueden ejercerse, la eficacia de la sentencia, su ejecución, la intervención procesal, etc. (Aguirrezabal, 2019, págs. 23-25).

Es por esto que el camino para lograr una eficaz protección al consumidor ha sido reconocer sus intereses supraindividuales, es decir, proteger a los consumidores como una organización intermedia de la sociedad. Este desarrollo doctrinario ha sido difundido y respaldado por el movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses colectivos para superar el gran obstáculo de la tutela individual de los consumidores. Así se han cambiado procedimientos, creado nuevos tribunales y modificado leyes sustantivas (Aguirrezabal, 2019, págs. 19-23).

El paso final entonces ha sido reconocer una legitimación colectiva de los consumidores, para lo cual quienes pueden demandar en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores son el SERNAC, una asociación de consumidores o un grupo de consumidores afectados en un mismo interés que se encuentren debidamente individualizados y en un número no inferior a 50 personas.

A modo de resumen: el camino que se ha elegido para proteger los intereses de los consumidores ha sido una aplicación del derecho privado mediante acciones colectivas que el artículo 30 del Decreto Ley N° 211 reconoce habiéndose dictado una sentencia en sede de libre competencia que reconozca la existencia del ilícito anticompetitivo. Es decir, la legislación y la doctrina no se ha hecho cargo de mejorar el acceso a la justicia de los consumidores en sede de libre competencia propiamente tal, ya que deben esperar que se dicte una sentencia para poder ejercer una acción de naturaleza privada y así se les indemnice los daños producidos. Es este intercambio en particular en el que se centrará la presente investigación: se deja de lado a consumidores en el procedimiento de libre competencia, los cuales a pesar de poder accionar por el art. 20 del Decreto Ley N° 211 no tienen información suficiente para poder reconocer una potencial existencia de un ilícito anticompetitivo a diferencia de otros competidores dentro del mercado afectado, a cambio de que puedan indemnizar sus daños si es que se verifica la existencia de un ilícito.

A su vez, como esta problemática escapa de una cuestión de eficiencia asignativa es que necesariamente el análisis de la presente investigación debe ser desde un enfoque que reconozca al derecho de la libre competencia objetivos diversos al que se le han limitado hasta ahora a nivel país.

## **I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA DE RAWLS Y CÓMO APLICARLOS A LA LIBRE COMPETENCIA**

Antes de desarrollar el concepto de justicia social y las ideas de Rawls me parece pertinente enunciar en qué medida el análisis mediante sus postulados es posible en la libre competencia. Primero, para que ello sea posible, el derecho de libre competencia debe reconocer dentro de sus objetivos una variedad más amplia que los exclusivamente económicos, que como vimos principalmente son la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Esto debido a que las doctrinas que proponen estos objetivos económicos se cierran a que el diálogo acerca de sus objetivos se hable en un lenguaje distinto al económico.

Lo anterior se relaciona profundamente con lo que Ignacio Peralta define como *antitrust* técnico (Peralta, 2022). Dentro del análisis de la búsqueda del objetivo de libre competencia chileno, se pudo deducir que la doctrina nacional se encuentra principalmente dentro de la corriente del *antitrust* técnico o bienestarista: una búsqueda de eficiencia económica para maximizar el bienestar del consumidor. Cuando se busca un objetivo distinto de los enunciados, esta parte de la doctrina establece que ellos deben buscarse mediante una regulación directa y no contaminar el derecho y política de competencia con consideraciones de justicia distributiva, por ejemplo (Grunberg & Montt, 2017, pág. 72).

Entonces, para que nuestro análisis pueda tener sentido en el derecho de libre competencia mediante los ojos de la justicia social, ella debe concebir necesariamente un concepto de libre competencia más amplio, superar los objetivos exclusivamente económicos o *antitrust* técnico en palabras de Peralta.

Dichas ya las condiciones para que un análisis de justicia social tenga sentido en materia de derecho de libre competencia, ahora hay que analizar lo inverso: si el fenómeno de libre competencia satisface los criterios de la justicia social para poder ser analizado mediante sus postulados.

Como bien establece Pablo Aguayo, la justicia social es un área de la investigación filosófica que trata sobre la determinación de principios normativos para alcanzar una justa distribución de cargas y beneficios de la cooperación social. Los conceptos fundamentales que rodean a esta disciplina son la libertad, propiedad, igualdad, riqueza y democracia.

La justicia social se pregunta acerca de la justicia en una situación en particular. Pero no cualquier situación es susceptible de esta interrogante: ella debe involucrar a seres sintientes y racionales, además de que la situación debe ser un estado de cosas en el cual al menos uno de los

seres sintientes esté disfrutando de un beneficio o padeciendo una carga. Tal estado de cosas debe haber resultado de acciones determinadas realizadas por seres racionales y sintientes. Es relevante también examinar las relaciones en las que los seres sintientes en cuestión se encuentran.

Esto lleva a la conclusión de que la justicia social está asociada al modo mediante el cual diferentes agentes reciben las cargas y beneficios fruto de determinadas relaciones sociales en las que participan y cómo estas distribuciones están determinadas. Para que la justicia social pueda funcionar como ideal operativa y orientador de políticas públicas debe considerar tres supuestos: primero, que ella opera en una sociedad limitada con una membresía determinada en la que las personas son parte de un único universo de distribución. Segundo, los principios deben aplicarse a un conjunto identificable de instituciones cuyo impacto es rastreable. Tercero, debe haber alguna agencia capaz de cambiar la estructura institucional según lo demanden los principios de justicia elegidos.

La justicia social está también asociada a las formas en que una serie de instituciones y prácticas sociales influyen en la participación de los recursos disponibles, existiendo cierto consenso en que es el Estado la institución primaria cuyas políticas y prácticas deben contribuir para alcanzar la justicia social, con lo que sus principios pueden ser aplicables a instituciones subestatales que individualmente o en conjunto producen efectos distributivos que abarcan toda la sociedad (Aguayo, 2022, págs. 13-22).

Si bien el concepto de justicia social no es uniforme, sino que hay un conjunto de concepciones alrededor de él conforme ha sido estudiado y definido, a través de las cuales se han elaborado diversas teorías acerca del significado del concepto de justicia social, lo descrito en párrafos anteriores podría definirse como lo que tienen en común o el concepto como estructura general (Aguayo, 2022, pág. 26).

Aterrizando las características generales de la justicia social a la institucionalidad de libre competencia, podemos decir lo siguiente: que cuando se genera un injusto o un ilícito que amenaza o daña a la libre competencia se ven involucrados seres sintientes y racionales, consumidores y productores, en el cual los productores están disfrutando de un beneficio a carga de los consumidores. Ese estado de cosas deriva de acciones determinadas por seres racionales y sintientes: los consumidores por el hecho de haber accedido a los bienes y servicios que los productores ofrecen y a su vez, los productores que cometen las acciones que constan en ilícitos anticompetitivos. Con ello, pareciera que la situación en la cual se comete un ilícito anticompetitivo es susceptible de la interrogante acerca de su justicia, desde la justicia social.

En cuanto a los supuestos que permiten hacer operativa a la justicia social, el primero se ve satisfecho al comprometer la libre competencia a una sociedad limitada con una membresía determinada: productores y consumidores dentro de un mercado en específico (lo que se denomina mercado relevante, el cual a su vez queda determinado por el mercado relevante del producto y el geográfico), en el cual efectivamente productores y consumidores son parte de un único universo de distribución: derechos y deberes que emanan de la libre competencia, como también los elementos que regula en el mercado esta institución, como precios, calidad de bienes o servicios, etc.

El segundo supuesto (instituciones cuyo impacto es rastreable) se satisface al ser el derecho de libre competencia una institución cuyo impacto es bastante explícito respecto de competidores y consumidores: es capaz de corregir las ineficiencias asignativas que afectan a ambos agentes, estableciendo sanciones en el plano infraccional e incluso penal. A su vez el impacto del ejercicio del derecho de libre competencia es rastreable, ya que se encarga de encontrar las ineficiencias producidas en un mercado y corregirlas, las cuales son medibles mediante criterios cuantitativos.

El tercer supuesto (debe haber una agencia capaz de cambiar la estructura institucional) es satisfecho al ser el derecho de libre competencia regulado en el plano legal (DL N° 211), el cual puede ser modificado dentro de este mismo. A su vez, el ejercicio de esta institucionalidad implica efectos distributivos claros, tanto para los consumidores como para los productores mediante el restablecimiento de la eficiencia asignativa del mercado para consumidores, como la igualdad de oportunidades para competir para los productores (Valdés Prieto, 2006, págs. 137-142). Todo esto mediante la actuación de instituciones subestatales, como lo son la FNE, el TDLC y la CS.

Habiéndome referido a los criterios generales de la justicia social y cómo la libre competencia satisface las exigencias de ser susceptible de su análisis, es decir, implicar situaciones en las que cabe preguntarse sobre su justicia o injusticia, me remitiré en específico a la concepción de justicia social de John Rawls (justicia como equidad) en cuanto a su marco de análisis para ver si efectivamente sus ideas pueden ser aplicadas respecto del derecho de libre competencia. Luego justificaré la elección de esta concepción de justicia social en la presente investigación, para luego en los siguientes capítulos realizar una revisión pormenorizada de sus presupuestos y principios.

Primero es importante enunciar que la justicia social para Rawls o justicia como equidad es una noción liberal que protege y da prioridad a ciertas libertades básicas iguales que permiten a los individuos ejercer su libertad de conciencia, decidir sus valores y vivir conforme a un modo de vida elegido (Freeman, 2016, pág. 60).

Para satisfacer este criterio de justicia es que propone dos principios de justicia (que finalmente pasan a ser tres) que deben respetarse en un orden específico. Primero está el primer principio de justicia, el cual consta en que existen derechos y libertades básicas de la persona que son más importantes que otros, y que se necesitan para caracterizar el ideal moral de las personas libre e iguales.

Luego está el segundo principio de justicia el cual se divide en dos, enunciando que las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que debe haber un mayor beneficio para los menos favorecidos, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia) y se vinculen con cargos y funciones sin limitaciones y en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

Mediante el desarrollo de los dos principios de justicia y su correspondiente orden es que se estructura fundamentalmente la idea de justicia como equidad. Así confirma Freeman al establecer que “los tres principios de Rawls (libertades básicas iguales, la justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia) adquieren significado sólo en su interrelación (Freeman, 2016, pág. 102). Estos principios abstractos deben materializarse mediante una secuencia de cuatro etapas: la llamada posición original, la etapa constitucional, la etapa legislativa y finalmente la etapa judicial y administrativa (Freeman, 2016, pág. 84).

Lo relevante y previo al análisis de las ideas de Rawls es si efectivamente pueden ser aplicadas a la institucionalidad de libre competencia. Para ello me referiré a dos conceptos acuñados por Rawls: instituciones sociales básicas y estructura básica de la sociedad. En cuanto a institución social básica Rawls entiende que consta en un sistema de reglas que constituyen prácticas sociales y políticas, incluyendo “juegos y rituales, juicios y parlamentos, mercados y sistemas de propiedad”. Los principios de justicia se aplican a estas instituciones sociales básicas de forma directa (Freeman, 2016, pág. 419).

A su vez, la estructura básica de la sociedad es el diseño de las instituciones sociales y políticas básicas que estructuran la vida cotidiana y las decisiones y acciones de los individuos, que distribuyen derechos y deberes fundamentales, y que determinan la división de las ventajas de la cooperación social. Esta estructura básica es el primer sujeto de la justicia: los principios de justicia se aplican directamente para estructurar instituciones básicas. Las instituciones sociales que constituyen la estructura básica son la constitución política, el sistema legal de juicios, propiedad y contratos; el sistema de mercados y la regulación de las relaciones económicas, y la familia (Freeman, 2016, págs. 418-419).

Las definiciones expuestas en el párrafo anterior llevan a la conclusión de que, para poder aplicar los principios de justicia de Rawls, se debe argumentar por qué se estima que el fenómeno analizado pertenece a la estructura básica de la sociedad y por ende constituye una institución social básica, ya que los principios de justicia deben aplicarse directamente a este tipo de instituciones. Así mismo opina Elettra Bietti en su intento por aplicar las ideas de Rawls al derecho de libre competencia: para considerar la concepción de justicia de Rawls es necesario preguntarse dos preguntas conceptuales y la primera consiste en si el derecho de libre competencia puede entenderse como institución dentro de lo que el autor entiende como la estructura básica (Bietti, 2023, pág. 37).

Rawls en *“A Theory of Justice”* es bastante explícito con respecto a ello, al decir que “nuestra preocupación solamente radica en la estructura básica de la sociedad y sus principales instituciones, luego en los casos estándar de justicia social” (Rawls, 1971, pág. 58). Samuel Freeman nos ilustra acerca de esto en un pasaje en el que se refiere a la aplicación del principio de diferencia a la estructura básica de la sociedad. Establece que este principio se aplica directamente a las instituciones: para regular convenciones económicas e instituciones legales, tales como el mecanismo de mercado, el sistema de propiedad, el contrato, la herencia, las inversiones, los impuestos, etc. Es una “regla para hacer reglas”. Este principio debe ser aplicado por legisladores y reguladores cuando deciden acerca de reglas que gobiernan instituciones relacionadas con la producción económica, el comercio y el consumo. Con ello, es de forma indirecta su aplicación a los individuos, ya que ellos guiarán su conducta según las reglas que surgen producto de la aplicación del principio de diferencia (Freeman, 2016, págs. 106-107).

Reitera que la estructura básica de la sociedad consiste en la disposición de las instituciones políticas sociales y económicas que hacen posible y productiva la cooperación social. Estas instituciones tienen una influencia profunda en la vida cotidiana de los individuos, en su personalidad, deseos y ambiciones, así como en sus perspectivas. Por su lado las instituciones básicas que son parte de la estructura básica incluyen primero la constitución política y la resultante forma de gobierno, además del sistema legal que sustenta, incluidos el sistema de juicios y otros procedimientos legales; el sistema de propiedad; el sistema de mercados y otros medios de transferencia y enajenación de bienes y recursos de los individuos y en último lugar, de alguna manera la familia. La característica fundamental de las instituciones básicas no es su influencia profunda en las vidas de los individuos ni que su aplicación pueda devenir en medidas coercitivas, sino que el hecho de que de alguna manera ellas deben ser necesarias para la cooperación social productiva y por ende para la existencia continuada de cualquier sociedad, particularmente en las sociedades modernas. Con ello, el primer

principio de justicia se aplica para diseñar la constitución política, mientras que el segundo principio se aplica a las instituciones económicas y a la propiedad (Freeman, 2016, págs. 108-110).

Por su parte, Emilio Rojas sostiene que la estructura básica según Rawls es el objeto más importante de las cuestiones de justicia. Dentro de ellas está la constitución y las principales instituciones sociales y económicas, importando también el modo en que se organizan y cómo se relacionan. Ella también está relacionada con el sistema fundamental de derechos y deberes, en particular cómo se distribuyen a lo largo de la estructura social, con lo que tales instituciones determinan cómo se distribuyen los beneficios que son fruto de la cooperación social. Añade entonces que son la constitución y los principales diseños económicos y sociales los que forman parte de la estructura básica, con lo que definen a su vez cuáles son los derechos y libertades de las personas (Rojas, 2021, págs. 156-159).

Teniendo en cuenta el desarrollo conceptual anterior de estructura básica de la sociedad y de las instituciones sociales básicas, argumentaré por qué el derecho de libre competencia forma parte de la estructura social básica y con ello consta en una institución social básica. Primero, consta en un sistema de reglas que regula el mercado. Específicamente busca proteger que el sistema de precios en el mercado se respete, siendo este uno de los pilares fundamentales de la teoría económica aplicada al sistema de mercado aplicado en el país.

Segundo: distribuye derechos y deberes que determinan la división de las ventajas de la cooperación social. Esto debido a que el derecho de libre competencia puede determinar mediante sus restricciones que se reparta en forma lo más eficiente posible, buscando que la teórica competencia perfecta sea satisfecha lo más posible en la práctica. La cooperación social sería entonces la forma en que se produce un bien o servicio dentro de un mercado, mediante los productores y sus trabajadores y a la vez las ganancias que producen las ventas a los consumidores. La libre competencia se ocupa que la distribución tanto de los bienes y servicios como las ganancias de los productores sea lo más eficiente posible. Distribuye derechos, a los productores de poder competir libremente (que a la vez también es su un deber) y de libertad de empresa y a los consumidores, de acceder a un mercado que refleje realmente mediante precios y calidad de los bienes y servicios las eficiencias ofrecidas.

Tercero: como explicita Freeman, las instituciones que forman parte de la estructura básica deciden sobre reglas relacionadas con la producción económica, el comercio y el consumo. El derecho de libre competencia regula que la producción económica sea la más eficiente y que mediante precios

y demás elementos del mercado ella llegue a los consumidores, con lo que el comercio y las decisiones de los consumidores también se verían afectados de forma indirecta.

Cuarto: al formar parte del ordenamiento jurídico, en particular del derecho público (regulador económico) y por ende forman parte del sistema legal, establece distintos procedimientos (el de libre competencia propiamente tal y deriva a acciones indemnizatorias mediante el *private enforcement*) y por ende forma parte de los sistemas de juicios.

Quinto: al evitar injustos de desplazamientos de riqueza sin causa y al ordenar la actividad económica, ello ampara el hecho de que existan justos términos de cooperación al momento de ejercer la libre competencia, ya que nadie puede enriquecerse mediante conductas que afecten o amenacen a la libre competencia, y a su vez todos los participantes de la cooperación buscarían beneficiarse de una justa y eficiente formación de precios y valores de cambio, con lo que todos se beneficiarían de alguna manera en el ejercicio de esta institución.

Sexto: el hecho de que el derecho de la libre competencia forme parte de la estructura básica de la sociedad de explícita aún más cuando Freeman explica cómo se aplica el principio de diferencia a las instituciones sociales básicas, como se enunció anteriormente en la presente sección. Primero, al definir el concepto de institución social básica entiende que consta en un sistema de reglas que constituyen prácticas sociales y políticas, incluyendo “juegos y rituales, juicios y parlamentos, mercados y sistemas de propiedad” (Freeman, 2016, pág. 419). Al ser la libre competencia una de las principales instituciones que regula el correcto funcionamiento de los mercados y que protege uno de los principios en los cuales el actual sistema económico se sustenta, esto pareciera ser bastante explícito. Esta conclusión pareciera ser reafirmada al enunciar el principal rol del principio de diferencia es regular convenciones económicas e instituciones legales, tales como el mecanismo de mercado, el sistema de propiedad, el contrato, la herencia, las inversiones, los impuestos, etc. De nuevo, la institución de libre competencia precisamente es una de orden legal, la cual regula los mecanismos de mercado en una de sus bases más importantes: la libre competencia de los mercados, con lo que justamente mediante su resguardo regula convenciones económicas que puedan amenazar o atentar contra la libre competencia. Finalmente, esto pareciera quedar aún más claro al establecer Freeman que este principio de diferencia debe ser aplicado por legisladores y reguladores cuando deciden acerca de reglas que gobiernan instituciones relacionadas con la producción económica, el comercio y el consumo, siendo el derecho de libre competencia justamente un área del derecho que se encarga de reglar aquellas materias.

En conclusión, tanto la descripción abstracta de las instituciones sociales básicas, que se remite a la cooperación social como fundamental para ser ellas precisamente básicas, como también la descripción más explícita acerca de qué instituciones deben ser susceptibles de ser aplicado el principio de diferencia nos llevan a la conclusión de la libre competencia sí puede ser interpretada como una institución social básica. Bietti concluye de la misma forma, al establecer que como el derecho de libre competencia tiene implicancias en las distribuciones de derechos y ventajas económicas en la sociedad, pareciera que debe ser considerado como parte de la estructura básica y por ende afecto a los principios de la justicia de Rawls (Bietti, 2023, pág. 39).

Ahora bien, ¿Por qué justicia como equidad y no otra concepción de justicia social? La justificación de esta decisión se remite principalmente a la naturaleza económica de la institucionalidad de libre competencia y a cómo Rawls amplía la noción de justicia distributiva mediante los principios de justicia que enuncia, en particular mediante el principio de diferencia.

En primer lugar, debido a la naturaleza económica de la libre competencia y el criterio de eficiencia que utiliza para determinar la existencia o no de una amenaza o lesión anticompetitiva es que el trabajo de Rawls es pertinente. Es particularmente interesante en este punto lo que propone Elettra Bietti cuando ella argumenta el por qué las ideas de Rawls son particularmente interesantes para analizar la libre competencia. Menciona primero que su teoría se basa en que el disenso es inevitable, con lo cual es capaz de unir varias escuelas de pensamiento en el derecho de libre competencia y así fomentar el pluralismo. Estima también que Rawls provee un lenguaje común acerca de qué significa justicia y formular desacuerdos normativos acerca de cómo las instituciones pueden progresar en términos de justicia. Adicionalmente y quizás su argumento más fuerte es que Rawls mediante sus ideas de libertad básica y reciprocidad permiten reconciliar consideraciones distributivas con consideraciones de eficiencia (Bietti, 2023, pág. 6).

Así mismo opina Chris Pike cuando se pregunta cuál podría ser el rol de Rawls al momento de analizar el derecho de libre competencia desde sus ideas, llegando a la conclusión de que, así como su obra busco reconciliar el liberalismo con la igualdad mediante sus principios de justicia, se puede interpretar que podría reconciliar los objetivos de la libre competencia economicistas con los de equidad (Pike, 2021, pág. 7).

Ahondando un poco más su segundo principio de justicia, Rawls define el principio de eficiencia como un principio de justicia distributiva que contrasta con el principio de diferencia. Para Rawls el principio de eficiencia consiste básicamente en el óptimo de Pareto: una distribución eficiente es aquella que en la que no es posible encontrar intercambios beneficiosos adicionales, por

lo que nadie puede ser mejorado sin que alguien sea empeorado. Con ello las distribuciones de mercado de ingresos y riqueza se aproximan a este principio mejor que cualquier otro sistema económico, pero Rawls argumenta que las demandas de eficiencia deben ser subordinadas a los requerimientos del segundo principio de justicia (Freeman, 2016, pág. 418).

Ello es lo que hace particularmente interesante a la perspectiva de Rawls con respecto a la libre competencia: su opinión respecto a la eficiencia como principio distributivo y como ella se relaciona con el principio de diferencia. Ahondando más, Rawls indica que la aceptación de los sistemas de mercado de ninguna forma significa que la distribución de ingresos y riqueza se decide por lo que las personas ganan de la venta de sus bienes y servicios de mercado. Utilizar los precios de mercado para propósitos de asignación de recursos productivos es muy diferente de depender exclusivamente de los mercados para la distribución del ingreso y de la riqueza. El rol del principio de diferencia es entonces proveer un criterio no mercantil para decidir la división propia del ingreso y la riqueza que resulta de las asignaciones de mercado de los recursos productivos y el producto social resultante. Con ello Rawls se desliga del principio de eficiencia como distribución, el cual significa que cualquier distribución que resulte de las transacciones de mercado es justa (Freeman, 2016, pág. 110).

Distinguiendo el principio de diferencia aún más del principio de eficiencia, Rawls indica que, como el principio de diferencia debe ser aplicado posteriormente al primer principio de libertades básicas y del principio de justa igualdad de oportunidades debido a un orden lexicográfico que será explicado más detalladamente en la siguiente sección. Si no se toma en cuenta lo anterior, el principio de diferencia no lograría ser un principio distributivo y pasaría a ser uno de justicia asignativa, es decir, un criterio que sirve para tomar una provisión dada de riqueza o mercancías, sin importar sus orígenes, y así dividir las entre individuos de acuerdo con alguna regla (Freeman, 2016, pág. 127).

Entonces la justicia meramente asignativa tiene el problema que no cuestiona cómo y por quién se produce la riqueza, la especificación de la propiedad y otras instituciones legales relevantes a la economía, los derechos y las obligaciones en el proceso de producción y otros asuntos cruciales para la justicia económica. Para Rawls la justicia distributiva significa más que encontrar el algoritmo correcto para asignar a los consumidores finales derechos a ingresos y riqueza que sean producto de la cooperación social, ya que ello vendría siendo la parte final de la aplicación del principio de diferencia, el cual como se vio anteriormente, se aplica directamente a las instituciones sociales básicas y no a los individuos ni tampoco a la división de un fondo de riqueza preexistente (Freeman, 2016, pág. 128).

Más concretamente aún, Rawls dice que el real principio de diferencia distributivo y no meramente asignativo se aplica primariamente a las instituciones básicas que hacen posible la producción económica, el comercio y el consumo: la institución legal de la propiedad; la estructura de los mercados; las relaciones entre capital y trabajo, etc. A esto le denomina justicia procesal de trasfondo puro: si se aplican los principios de justicia de Rawls a estas instituciones de trasfondo, uno de ellos el principio de diferencia, ello devendrá necesariamente en resultados que beneficien a los menos favorecidos y con ello a una distribución justa (Freeman, 2016, pág. 128).

En esta misma línea Pablo Aguayo recuerda que la preocupación de Rawls está enmarcada en el contexto de justicia distributiva y no de la mera justicia asignativa. Añade que el problema del principio de justicia para Rawls consta en dilucidar cómo deben estar reguladas las instituciones de la estructura básica para que un sistema social de cooperación equitativo, eficiente y productivo se pueda mantener a través del tiempo, de una generación a la siguiente. Enfatiza en que lo anterior contrasta con el problema de cómo un conjunto determinado de bienes debería ser asignado entre varios individuos cuyas especiales necesidades, deseos y preferencias son conocidos por nosotros, lo cual define a la justicia asignativa. Termina sintetizando que la justicia asignativa tiene a la eficiencia como horizonte, mientras que la justicia distributiva busca la equidad (Aguayo, 2022, pág. 36).

Toda esta distinción que Rawls hace entre principio de eficiencia, principio de diferencia meramente asignativo y principio de diferencia distributivo no opaca el hecho de que la posición de Rawls sigue siendo liberal. Esto explica que, a pesar de que el criterio de eficiencia y por ende las asignaciones de mercado de los recursos productivos no son suficientes para sustentar un principio de justicia por sí solos, sí son necesarios para los principios de justicia. Los mercados de trabajo libre son necesarios para garantizar las libertades básicas de ocupación, elección de carrera y otras libertades de la persona, así como justa igualdad de oportunidades. Así Rawls reconoce que los mercados permiten una asignación más eficiente de factores de producción en contraste que las economías planificadas, los mercados usan los recursos más efectivamente y reducen el desperdicio económico. Con ello la asignación eficiente de factores de producción normalmente beneficia a todos, incluyendo a los menos favorecidos, así que los mercados de trabajo también son normalmente requeridos por el principio de diferencia. En conclusión: la asignación depende principalmente de los mercados y de consideraciones de eficiencia económica, pero la justicia distributiva no está determinada por el mercado (Freeman, 2016, pág. 209).

Cerrando este punto: lo que Rawls ofrece y que es interesante para el análisis de cómo se aplica el derecho de libre competencia es que no niega que el criterio de eficiencia otorgue beneficios para la totalidad de la sociedad ni para los menos favorecidos, sino que no es suficiente como criterio

rector de justicia distributiva. En desmedro de ello, el principio de diferencia es el que viene a corregir esto, que a su vez se nutre de la eficiencia que otorga los mercados para que efectivamente los menos favorecidos se encuentren en una mejor situación. La forma en que este principio logra esto será expuesto en el tercer capítulo de esta investigación, pero me parece importante precisar que el principio de diferencia no es “filtración” de las riquezas y las ganancias de los más favorecidos a los menos favorecidos mediante la búsqueda de eficiencia. En contraste con ello, el principio de diferencia indica que las desigualdades solo se permiten si benefician a los menos favorecidos y de manera óptima: antes de que las ganancias adicionales operen en desventaja de los menos favorecidos (Freeman, 2016, pág. 210). Es por ello entonces que mientras la libre competencia utiliza a la eficiencia como finalidad, la teoría de Rawls aprovecha este criterio para poder satisfacer el principio de diferencia. Con ello, aquí se genera otra posible convergencia entre la teoría bienestarista que tiene como horizonte la eficiencia económica y el principio de diferencia, el cual puede utilizar esta eficiencia para llegar a los resultados que él exige.

En segundo lugar, otro aspecto que Rawls aporta a la presente discusión es en los términos en que explica a la justicia distributiva, específicamente en el principio de diferencia. Esto queda plasmado al preguntarse qué es lo que se distribuye. Para los utilitaristas al buscar un óptimo (mediante criterios como el de Pareto) lo que buscan es optimizar la utilidad o felicidad de la sociedad. Luego, el análisis económico reemplaza este criterio y dice que lo que se debe distribuir no es la felicidad (debido a lo subjetivo del criterio), sino que derechamente la riqueza y por ende es lo que debe maximizarse. Rawls en cambio utiliza a lo que respecta al principio de diferencia el concepto de bienes sociales primarios.

Para Rawls los bienes sociales primarios son los bienes para cuya distribución han sido diseñados los principios de justicia y que sirven como una base de comparación y medida del nivel de bienestar de los individuos para propósitos de justicia. Incluyen derechos y libertades, poderes, oportunidades y posiciones públicas, ingreso, riqueza, y las bases del respeto propio (Freeman, 2016, pág. 414). Son un determinado tipo de cosas que cabe pensar que las personas racionales pretenderán con independencia de qué otras cosas quieran conseguir. Bienes primarios son la libertad, las oportunidades, la renta, la riqueza, la salud, la inteligencia que resulta de la educación y el respeto propio (Rojas, 2021, pág. 168).

Como se explicó anteriormente, Rawls no considera que los requerimientos igualitarios de la justicia distributiva precisen de distribuciones iguales o justas de bienestar o felicidad, sino más bien los concibe en términos de distribuciones iguales o justas de ciertos recursos, los “bienes sociales primarios”. Por eso es que el liberalismo de Rawls no es uno de felicidad, sino que un “liberalismo

de la libertad”: busca proveer a los individuos de manera equitativa recursos necesarios para que sigan libre y razonablemente modos de vida que encuentren dignos de ser puestos en práctica (Freeman, 2016, pág. 75).

Con esto, el bienestar relativo de un individuo en la sociedad está determinado por un índice de bienes primarios, incluidos no solo su porción de ingresos y riqueza, sino también sus oportunidades para adquirir poder y posiciones públicas, derechos y libertades no básicos y las bases institucionales de la autoestima (Freeman, 2016, pág. 117).

Entonces, el aporte de Rawls respecto a la discusión del rol de la justicia distributiva en instituciones como la libre competencia es precisamente dilucidar qué es lo que debe distribuirse. A diferencia de análisis de otros puntos de vista acerca del rol de la justicia distributiva o cómo debería operar, que se centran más bien en una justicia asignativa (principalmente con el rol que tiene el ejercicio de la libre competencia con respecto a las desigualdades económicas), Rawls estima que para evaluar una institución en cuanto a su justicia (mediante sus principios) debemos hablar en términos de bienes sociales primarios que distribuye, no riqueza ni felicidad.

Ya habiéndome referido a los dos principales insumos que ofrece Rawls al momento de estudiar el derecho de libre competencia, pasaré a argumentar por qué la presente investigación se centra en la situación de los consumidores en el derecho de libre competencia y cómo al enfocarse en ellos favorece el futuro análisis de los principios de justicia de Rawls, en particular con respecto del principio de diferencia. Para ello es que enunciaré que dentro la institucionalidad de libre competencia los consumidores son el grupo menos favorecido.

Para Rawls, el grupo menos favorecido dentro de la sociedad no son los más pobres ni los más infelices: son el grupo que tiene una menor porción o menor acceso a bienes sociales primarios. (Freeman, 2016, pág. 111). Si bien Rawls de forma más específica estima que los menos favorecidos en la sociedad toda son los trabajadores que ganan el salario mínimo, un punto importante es que el grupo menos favorecido no es estático, sino que es una posición relativa en la cual los miembros de la sociedad pueden entrar o salir. Con ello hay que maximizar las posibilidades de las personas que ocupan esta posición social mientras se encuentren allí (Freeman, 2016, págs. 112-114).

Entendiendo que en la libre competencia hay una única diferenciación entre productores y consumidores, que la situación de los consumidores es una posición relativa de la cual pueden entrar o salir (pueden pasar a ser productores) y que son quienes tienen una menor distribución de bienes sociales primarios en esta institucionalidad, son ellos el grupo menos favorecido dentro de este contexto (individuos que son exclusivamente consumidores). Esto puede ser verificado ante la

dificultad que ha generado para la doctrina y la legislación establecer acciones que busquen un mejor acceso a la justicia para ellos, entre otros aspectos que serán descritos de mayor forma en lo que respecta al principio de diferencia en el capítulo 3. Si bien esto es más relevante respecto de lo que será el análisis de este último principio, ya que él se ocupa de maximizar la situación del grupo menos favorecido de la sociedad, también servirá para acotar el estudio que se hará a continuación en el capítulo 2 respecto del primer principio de justicia.

## **II. ACCESO A LA JUSTICIA: ¿UNA LIBERTAD BÁSICA?**

En *Political Liberalism* Rawls enuncia el primer principio de justicia como el siguiente: “Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicas e iguales completamente apropiado, que sea compatible con el mismo esquema para todos, y, en este esquema, las libertades políticas iguales, y solo estas libertades debe garantizárseles su justo valor”. Esta es la sección 31 de *Political Liberalism* citada por Freeman (Freeman, 2016, pág. 60).

Si bien Rawls cambió la configuración del primer principio de justicia a través de los años, la formulación cambia solo en un aspecto, ya que en *A Theory of Justice* menciona que cada persona debe tener un derecho igual a la libertad básica más extensiva o el esquema más extenso de libertades básicas en vez de un esquema plenamente adecuado (Freeman, 2016, pág. 60). Es decir, pasa de el esquema más extenso de libertades básicas a un esquema de libertades básicas completamente apropiado.

Independiente de este cambio, lo que sí es claro es que la idea primordial de este primer principio es que hay ciertos derechos y libertades básicos de las personas que son más importantes que otros, y que se necesitan para caracterizar el ideal moral de las personas libres e iguales. Para Rawls hay cinco conjuntos de libertades básicas:

- 1.- Libertad de conciencia y libertad de pensamiento;
- 2.- Libertad de asociación;
- 3.- Libertades políticas iguales;
- 4.- Los derechos y libertades que protegen la integridad y libertad de la persona;
- 5.- Derechos y libertades cubiertos por el imperio de la ley.

Estas libertades básicas son inalienables, esto es, cualquier acuerdo entre ciudadanos que vulnere o viole una libertad básica, por más racional o voluntario que sea, es nulo desde el inicio. No solo los demás pueden violar mis libertades básicas, sino que yo tampoco puedo transarlas. A pesar de ello, estas libertades básicas no son absolutas. Esto significa que ninguna libertad básica es por sí misma más importante que otras libertades básicas, ninguna tiene más valor que otra cuando entran en conflicto. De este modo que para restringir una de estas libertades básicas necesariamente ello debe implicar un resultado de mantener un esquema más extenso de esas libertades básicas o un esquema plenamente adecuado (Freeman, 2016, págs. 66-67).

Por su parte, Jeppe von Platz agrupa las libertades básicas según otro criterio: según él, el primer principio de justicia asegura tres sets de derechos, primero los de agencia ética, los cuales protegen a la persona, sus libertades religiosas y asociación que le permiten perseguir su propia concepción de buena vida. Segundo: los de agencia política, los cual están protegido por una serie de derechos políticos: libertad de expresión y asociación, formar parte de partidos políticos, etc. Tercero: los que aseguran las condiciones que hay detrás para que las libertades básicas de agencia ética y política sean efectivamente aseguradas, como el imperio de la ley, la privacidad y el aseguramiento de la propiedad personal (von Platz, 2020).

Para Rawls, lo que hace básica a una libertad es que es una condición social esencial para el adecuado desarrollo y pleno ejercicio de las dos potencias de la personalidad moral a lo largo de una vida completa. A su vez, las dos potencias morales de las personas libres e iguales son: la capacidad de ser razonables, que es una capacidad moral para la justicia (entender, aplicar y colaborar con otros en términos de cooperación equitativos) y la capacidad para ser racionales, es decir, poder tener una concepción racional del bien (poder formar, revisar y aspirar racionalmente a una concepción coherente de valores, según lo que le da significado a su vida y sus afanes) (Freeman, 2016, págs. 68-69).

Es sumamente importante para la estructuración de este primer principio de justicia el orden que se le debe dar con respecto a otras libertades o derechos no básicos. Es debido a la importancia de las libertades básicas que Rawls les otorga una prioridad: la prioridad de la libertad o primer orden lexicográfico. Esto significa que las demandas por las libertades básicas deben satisfacerse antes que otras libertades o derechos no básicos, que se deben analizar y evaluar según el segundo principio de justicia. Con ello la libertad solamente puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma (Freeman, 2016, pág. 76).

Para que se pase a llevar la prioridad de libertad, Rawls establece que hay dos casos: el primero sucede cuando las libertades básicas de todos son restringidas indebidamente o por las razones equivocadas. El segundo sucede cuando hay una desigualdad en la libertad básica (Freeman, 2016, pág. 78).

Ya habiéndome referido brevemente sobre el primer principio de justicia de Rawls y su prioridad lexicográfica por sobre las demás libertades no básicas me remitiré a la situación de la libre competencia a este respecto.

Como se pudo corroborar, las libertades y derechos económicos no pertenecen a las libertades básicas para Rawls. Es más, ello le conllevó una gran crítica de parte de los pensadores libertarios al

no incluirlos dentro de ellas, ya que para Rawls tienen un estatuto menor, pero por ello no dejan de ser importantes en sus principios de justicia, siendo ellos dirimidos conforme al segundo principio de justicia, en particular por el principio de diferencia.

A mayor ahondamiento, se ha establecido principalmente a modo de contradecir tesis como la de John Tomasi (que cree que libertades económicas como las que otorgaría un sistema *laissez-faire* serían libertades básicas) que Rawls excluye de su lista de libertades básicas, no solo las de índole económico que los liberales clásicos incluyen, sino que también las libertades sociales que el liberalismo de izquierda incluye (McLeod & Tanyi, 2023, pág. 466). Así mismo lo sostiene el ya citado von Platz, el cual establece que las libertades económicas como el derecho a ser dueño de una propiedad productiva y la libertad contractual no son libertades básicas según Rawls. Al igual que los autores anteriores, establece que una de las principales dificultades sobre Rawls y su visión económica es que no ofrece argumentos de por qué los derechos económicos son excluidos de su primer principio. Sin embargo, para él hay agencias económicas que sí son básicas. Para ello cree que hay un tercer poder moral que falta en el desarrollo de la teoría de la justicia de Rawls: que es la capacidad de trabajar, de ser un participante productivo en la cooperación social. Es así como derechos económicos como el derecho a acceder a trabajos productivos, la educación para realizar tal trabajo y la seguridad social correspondiente pasarían a ser libertades básicas (von Platz, 2020). Igualmente, los derechos económicos que se ven afectados por el ejercicio del derecho de libre competencia no son de esta naturaleza, por lo que según von Platz tampoco serían libertades básicas.

A pesar de este potente debate acerca del rol de las libertades económicas dentro de los principios de justicia de Rawls, el derecho de libre competencia no implica solamente libertades económicas como bienes sociales primarios a distribuir. En su ejercicio, como he tratado de argumentar a través de la presente investigación, el derecho de libre competencia implica una multiplicidad de bienes sociales primarios que deben ser ponderados y distribuidos en su diseño como institucionalidad e incluso algunas libertades básicas pueden verse afectadas. Además, es importante recalcar que, en su ejercicio, la institucionalidad debe respetar la prioridad de libertad u orden lexicográfico que tiene el primer principio de justicia respecto del segundo.

Teniendo lo anterior presente es que en este capítulo (y en el tercero) analizaré el siguiente “intercambio” que a mi juicio realiza el derecho de libre competencia: por una búsqueda de eficiencia económica, el derecho de libre competencia otorga a los consumidores derechos de índole económico, los cuales percibe a través de las sanciones propias del *public enforcement* (multas y restablecimiento de condiciones competitivas en el mercado afectado) y a través de las indemnizaciones que ha brindado la aplicación del derecho privado o *private enforcement*. Estos derechos económicos no son

una libertad básica para Rawls. Y es aquí donde surge la problemática, ya que dentro del ejercicio del derecho de la libre competencia esta institución estima viable el siguiente “intercambio”: limitemos el acceso a la justicia de los consumidores respecto del procedimiento del derecho de libre competencia actual (que formalmente tiene vía artículo 20 del Decreto Ley N° 211) a cambio de que puedan percibir un derecho económico (las sanciones de la aplicación pública del derecho de libre competencia y las indemnizaciones propias del derecho privado). Es en este contexto en el que argumentaré que este acceso a la justicia de los consumidores es una libertad básica, la cual no se estaría ejerciendo a cambio de un derecho económico, el cual no es una libertad básica, con lo cual se estaría pasando a llevar el orden lexicográfico o prioridad de libertad,

Dicho esto, ahora pasaré a evaluar el concepto de derecho de acceso a la justicia de los consumidores dentro de la institucionalidad de libre competencia. El derecho de acceso a la justicia es un conjunto de derechos que tienen por finalidad asegurar que las pretensiones de las partes sean adecuadamente consideradas por el órgano llamado a tomar una decisión sobre las mismas. Este derecho es independiente al concepto de debido proceso y su contenido ha sido dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los principios de progresividad y favor persona. Este derecho no está explícitamente consagrado: resulta de la lectura sistemática de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con su artículo 1.1. Este derecho es vehicular: es un “derecho que permite el acceso a derechos” (Domínguez, 2023).

El rol del derecho del acceso a la justicia es hacerse cargo de las llamadas “barreras de acceso a la justicia” que tienen cierto grupo de la sociedad. El sistema judicial constituye una frontera donde los ciudadanos perciben si sus derechos son efectivamente respetados y garantizados. En esa misma línea, la justicia eficiente y oportuna en casos de situación de vulnerabilidad no se puede llevar a cabo. En tales casos es que el derecho de acceso a la justicia tiene el deber de generar condiciones necesarias para la obtención de una justicia material, eliminando las barreras de acceso (Domínguez, 2023).

La regla número 3 de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso de Justicia de Grupos en Condición de Vulnerabilidad dicta: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o circunstancias sociales, económicas, étnica y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Domínguez, 2023).

El derecho de acceso a la justicia, como bien se dijo anteriormente, no ha sido reconocido expresamente dentro de los catálogos fundamentales ni en las cartas constitucionales, pactos o

convenciones internacionales, lo que plantea una dificultad al no tener una concreción expresa del concepto y su contenido. A pesar de no tener un reconocimiento formal, el acceso a la justicia es un derecho fundamental independiente del debido proceso y cuyo contenido viene dado por los criterios y estándares emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Bernaes, 2019, pág. 278).

Este derecho se relaciona con ideas de búsqueda de justicia eficiente y oportuna, especialmente respecto de los llamado grupos en situación de vulnerabilidad. Para ello debe generar condiciones necesarias para la obtención de una justicia material, una justicia efectiva, eliminando barreras de acceso, dentro de las cuales se encuentran la representación de los intereses difusos, los costos del litigio, la existencia de obstáculos para la legitimación activa y problemas de participación de los afectados o interesados en el sistema, sea por falta de conocimiento de los derechos y mecanismos para tutelarlos, o bien por problemas económicos (Bernaes, 2019, pág. 279).

Es así como se podría interpretar que, así como se interpretó que los consumidores son el grupo menos favorecido de la sociedad en cuanto a la aplicación de la institucionalidad de la libre competencia, ellos también cabrían dentro de la noción de un grupo en situación de vulnerabilidad. Así argumentan Francisca Barrientos, Sebastián Bozzo y Eduardo Jequier, al establecer que los consumidores sufren barreras en el acceso a la justicia relacionadas con el costo de la litigación, la asistencia jurídica, la obtención de un pronunciamiento justo por el tema de las pruebas, entre otras. Estas barreras de acceso a la justicia pueden ser formales, entre las que destacan los factores estructurales, económicos e institucionales. En un sentido amplio, las barreras de acceso pueden verse afectadas no solo por la justicia emanada de los órganos públicos, sino que también mediante del uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos entre proveedores y consumidores. Las investigaciones respecto de este último tipo de barreras también llevan a la conclusión de que están presentes, ya que la “reforma proconsumidor” si bien hace énfasis en el arbitraje, ella mediante su técnica legal no incentiva su uso respecto de los proveedores (Barrientos, Bozzo, & Jequier, 2023).

Teniendo lo anterior en cuenta, respecto a la institucionalidad de libre competencia estas barreras se hacen más explícitas, ya que los consumidores a pesar de tener efectivamente la posibilidad de accionar vía artículo 20 del Decreto Ley N° 211 para que se inicie un procedimiento en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acerca de situaciones que pudieren infringir la libre competencia, es prácticamente imposible que tengan tales conocimientos, a diferencia de los mismos productores que manejan las informaciones del mercado al que pertenecen. Esto a nivel colectivo es difícil, pero a nivel individual aún más. Siguiendo a Aguirrezabal, la colectivización de los derechos difusos y colectivos de los consumidores vino un poco a salvar su situación,

específicamente en libre competencia al poder accionar mediante el artículo 30 del DL N° 211, pero solo con la finalidad de buscar ser indemnizados producto de un ilícito anticompetitivo (Aguirrezabal, 2019).

Con ello, el derecho del consumidor vía estatutos de responsabilidad civil permite a los consumidores resarcir daños respecto de un procedimiento de libre competencia que previamente ya fue corroborado mediante sentencia, en el cual ellos no tuvieron injerencia alguna. Es así como se podría interpretar que los consumidores en el derecho de libre competencia carecen de un correcto acceso a la justicia, mientras que la justificación de ello es que, vía eficiencia, tanto mediante las sanciones que se le pueden otorgar a los productores involucrados en la infracción (*public enforcement*) como también vía indemnizatoria (*private enforcement*) el bienestar del consumidor se vería satisfecho.

Ahora, para llevar esto a Rawls y su concepto de libertades básicas es que me remito al grupo de libertades básicas relacionadas con el imperio de la ley. Precisa que, bajo los derechos y libertades del imperio de la ley, se incluyen la administración regular e imparcial de la ley y libertades tales como la libertad ante el arresto arbitrario y la confiscación de la propiedad, juicios equitativos y abiertos, reglas racionales de evidencia, un derecho en contra de la autoincriminación y otros derechos procesales debidos (Freeman, 2016, págs. 65-66).

Si interpretamos el derecho de acceso a la justicia de los consumidores como una libertad básica relacionada con el imperio de la ley al ser un derecho procesal debido, ella debe ser respetada como tal mediante la prioridad de libertad. Esto significa que para que el derecho de libre competencia respete los principios de justicia de Rawls debe respetar la prioridad de libertad. Teniendo en cuenta que, como dije anteriormente, la falta de acceso a la justicia de los consumidores respecto a la libre competencia se justifica mediante argumentos de eficiencia, propios de la justicia asignativa asignándoles derechos económicos a los consumidores, los cuales no tienen la propiedad de ser libertades básicas para Rawls, el derecho de libre competencia no cumpliría con la prioridad de libertad u orden lexicográfico.

Hay que recordar que para que se pase a llevar la prioridad de libertad existen dos vías: la primera sucede cuando las libertades básicas de todos son restringidas indebidamente o por las razones equivocadas. La segunda sucede cuando hay una desigualdad en la libertad básica. Frente a esta segunda vía es que Rawls ejemplifica al decir que “la igualdad en las libertades no se puede restringir aduciendo que el ejercicio de esa libertad permite eliminar políticas necesarias para la eficiencia económica, o incluso proveer mayores beneficios a los menos favorecidos” (Freeman,

2016, pág. 78). Es justamente esta vía de infringir la prioridad de libertad la que ocurre en el ejercicio del derecho de libre competencia chileno: se niega una libertad básica justificando una mejora para los menos favorecidos, la cual ni siquiera responde al principio de diferencia, sino que, a una mera búsqueda de eficiencia mediante justicia asignativa, la cual busca llegar a una distribución eficiente de las riquezas respecto de los consumidores y así satisfacer el objetivo de bienestar del consumidor.

Mediante esta interpretación del derecho de acceso a la justicia de los consumidores en el derecho de libre competencia es que se llega a la conclusión de que esta institucionalidad no satisface los principios de justicia de Rawls. A pesar de esto, creo que vale la pena dilucidar lo siguiente ¿qué pasaría si se interpreta que el derecho a la acción es más bien un bien social primario? Es por ello que en la siguiente sección me remitiré al segundo principio de justicia de Rawls, en particular el principio de diferencia.

### **III. ACCESO A LA JUSTICIA: ¿UN BIEN SOCIAL PRIMARIO?**

Como bien desarrollé en el primer capítulo, los bienes sociales primarios son los cuales para cuya distribución han sido diseñados los principios de justicia y que sirven como una base de comparación y medida del nivel de bienestar de los individuos para propósitos de justicia. Incluyen derechos y libertades, poderes, oportunidades y posiciones públicas, ingreso, riqueza, y las bases del respeto propio (Freeman, 2016, pág. 414). Son un determinado tipo de cosas que cabe pensar que las personas racionales pretenderán con independencia de qué otras cosas quieran conseguir. Bienes primarios son la libertad, las oportunidades, la renta, la riqueza, la salud, la inteligencia que resulta de la educación y el respeto propio (Rojas, 2021, pág. 168).

A diferencia del capítulo anterior, la interpretación del acceso a la justicia de los consumidores como un bien social primario parece más directo y fácil de demostrar: si lo que se busca mediante este derecho a la acción es garantizar un derecho de índole económico, pareciera que la acción tuviera la misma naturaleza del derecho que busca proteger. Es decir, el derecho a accionar un derecho económico también lo es y con ello susceptible de ser ponderado mediante el principio de diferencia.

El principio de diferencia implica que deben diseñarse desde el principio, con base en las perspectivas económicas de los menos favorecidos, instituciones legales que especifiquen derechos de propiedad y contrato, e instituciones económicas que hagan posible la producción, el comercio el consumo. Ello implica que al sistema económico escogido se le exige un enfoque primario en las perspectivas de los menos favorecidos para ser justo (Freeman, 2016, pág. 106).

Este principio se aplica para regular convenciones económicas e instituciones legales, tales como el mecanismo del mercado, el sistema de propiedad, el contrato, la herencia, las inversiones, los impuestos, etc. Ha de ser aplicada directamente por los legisladores y los reguladores cuando toman decisiones acerca de las reglas que gobiernan las muchas instituciones complicadas dentro de las cuales tiene lugar la producción económica, el comercio y el consumo (Freeman, 2016, pág. 107).

Como argumenté al momento de justificar el uso de las ideas de Rawls para la presente investigación en cuanto pueden ser aplicables y la novedad que ofrecen, el principio de diferencia se aplica directamente a la estructura básica de la sociedad, de forma indirecta a los individuos, y lo que busca distribuir en la sociedad no es simplemente riqueza ni ganancias a los más pobres, sino bienes sociales primarios a los menos favorecidos de la sociedad.

En la relación que tiene el principio de diferencia con la eficiencia asignativa que genera el libre mercado, Rawls aprovecha de tomar los beneficios que genera esta eficiencia asignativa, pero

el principio de diferencia lo que hace es corregir su funcionamiento para que “dentro de la curva de producción” se maximice la posición de los menos favorecidos dentro del sistema económico (Freeman, 2016, págs. 114-119).

Ya habiendo resumido lo que implica el contenido del principio de diferencia, pasaré a aplicarlo a la realidad de los consumidores dentro del derecho de la libre competencia. Siendo la libre competencia una institución básica, como se argumentó anteriormente, ella tiene el deber de aplicar este principio para lograr ser justo en el lenguaje de Rawls. Para ello debe ponderar correctamente los bienes sociales primarios a distribuir entre los agentes que forman parte del fenómeno competitivo.

Es así entonces como la libre competencia y su objetivo de maximizar el bienestar de consumidor actuaría desde esta lógica: los menos favorecidos, es decir, los consumidores, tienen efectivamente un menor índice de bienes primarios otorgados por la libre competencia (como formas de acceder a la justicia, que es el caso que se está evaluando). Pero, conforme al principio de diferencia, este menor índice de bienes primarios otorgados por la libre competencia a los consumidores debería devenir, mediante su ejercicio, necesariamente en mayores beneficios para ellos. Y, efectivamente, mediante la aplicación pública y privada del derecho de libre competencia el consumidor estaría en una mejor situación (económica), ya que las sanciones a los productores implican multas que ingresan al Fisco, lo que “enriquece a todos”, se obtienen precios justos y bienes y servicios de la calidad que corresponde, mientras que por la aplicación privada los consumidores pueden estar en una mejor posición al ser indemnizados los daños sufridos por un ilícito anticompetitivo.

Teniendo en cuenta este razonamiento que parecería estar respetando el principio de diferencia, me remito de nuevo al concepto de bienes sociales primarios: el bienestar relativo de los menos favorecidos está determinado por un índice de bienes primarios, incluidas no solo su porción de ingresos y riqueza, sino también sus oportunidades para adquirir poder y posiciones públicas, derechos y libertades no básicos y las bases institucionales de la autoestima y el principio de diferencia es precisamente el criterio para la justa distribución de esos bienes primarios. Así también me remito al concepto de justicia asignativa, que consta simplemente en encontrar el algoritmo correcto para asignar a los consumidores finales derechos a ingresos y riqueza que sean producto de la cooperación social.

Traídos ambos conceptos, bienes sociales primarios y justicia asignativa, es que a mi juicio creo que la lógica según la que opera la libre competencia actual, mediante el objetivo de maximizar

el bienestar del consumidor no satisface el principio de diferencia de Rawls. Primero, porque mediante este objetivo lo único que se estaría distribuyendo serían riquezas e ingresos, mientras que el principio de diferencia distribuye bienes sociales primarios, lo cual es bastante más amplio. Segundo, que esta lógica se queda en la mera justicia asignativa: ya que solo se encarga de encontrar la forma más eficiente de asignar recursos a los consumidores.

Dicho esto, hay figuras dentro de la libre competencia que dejan a los consumidores relativamente aún peor en cuanto a bienes sociales primarios, en comparación con los productores. Una de estas figuras es la delación compensada, la cual consta en beneficios para quienes intervengan en alguna de las conductas previstas en el artículo 3 letra a) y aportan a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de colusión y a la determinación de los responsables. Los beneficios para el primer aportante ante la Fiscalía Nacional Económica son la exención de la disolución de la personalidad jurídica, la exención de la multa establecida en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 y la exención de la responsabilidad penal por el delito del artículo 62 del mismo. A su vez, los beneficios del segundo aportante son la reducción de la multa del art. 26 del mismo cuerpo legal de hasta el 50%, rebaja de la pena asignada al delito del art. 62 del decreto en un grado, todo esto aportando antecedentes adicionales a los que aportó el primero.

Esto se justifica básicamente en que mejora la eficacia de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica respecto de los ilícitos anticompetitivos: la delación compensada según la Fiscalía ha demostrado ser en Chile y el mundo el mecanismo más efectivo para detectar, sancionar y disuadir la colusión. La problemática que genera desde el principio de diferencia de Rawls es que otorga bienes sociales primarios: derechos a los productores que habiendo cometido un ilícito puedan obtener beneficios, mientras que los menos favorecidos de la institucionalidad, los consumidores, siguen siendo vistos como receptores de justicia asignativa mediante el correcto funcionamiento de la institucionalidad de libre competencia: entre más eficaz sea la investigación de los ilícitos anticompetitivos, más probable es que se sentencien y con ello se favorecerá al bienestar del consumidor mediante la aplicación pública y eventualmente privada de la libre competencia.

Es por ello que en el primer capítulo de la presente investigación destaqué la distinción entre el principio de diferencia asignativo y el principio de diferencia distributivo. Por ejemplo, si consideramos que el “intercambio” restar acceso a la justicia a los consumidores a cambio de una mayor eficiencia económica (y por ende una maximización del bienestar del consumidor) al reestablecer el equilibrio competitivo mediante el procedimiento de derecho de libre competencia y potenciales indemnizaciones que puede ejercer el consumidor, siendo tanto el derecho de acceso a la justicia como la redistribución que perciben por motivos de *public enforcement* y de *private*

*enforcement*, los consumidores, quienes son los menos beneficiados en esta institución no necesariamente estarían en una mejor situación en términos de índice de bienes sociales primarios, con lo que no se verificaría un correcto respeto al principio de diferencia distributivo.

En cambio, si solo nos enfocamos en un principio de diferencia asignativo, puede que ese “intercambio” sí deje en una mejor posición a los consumidores: tienen menos acceso a la justicia a cambio de un mejoramiento a nivel patrimonial en términos de ingresos. Esta misma lógica tiene la figura de la delación compensada: si los ilícitos anticompetitivos son perseguidos de forma más eficaz por el órgano prosecutor, los consumidores estarán en una potencial mejor posición económica (se sancionarán más colusiones, con lo cual el *public enforcement* los beneficiará vía multas y redistribución fiscal y a su vez vía *private enforcement* tendrán la posibilidad de impetrar una acción de indemnización). Con ello, la delación compensada sí dejaría satisfecho un principio de diferencia asignativo, mientras que no necesariamente uno de carácter distributivo al dejar a los consumidores con un menor índice de bienes sociales relativamente con respecto a los productores.

Dicho esto, una forma en que la situación de los consumidores efectivamente podría verse favorecida dentro de la libre competencia se acuerdo con el principio de Rawls es, por ejemplo, la opinión que emitió Michelle Meagher en el marco del *Antitrust Enforcement Symposium* en el año 2021. Para ella el enfoque heredado de la Escuela de Chicago nos dejó un esquema institucional caracterizado por la igualdad de armas: procurando actuar sobre intereses partisanos, las autoridades de competencia se comprenden a sí mismas como autores neutrales que representan al interés público; por otro lado, compañías fiscalizadas actúan defendiendo sus intereses. Como contraparte a estas últimas, solo habría silencio. Los consumidores y otros actores afectados por el proceso competitivo no son *input* de peso en el sistema, es decir, carecen de herramientas para representar sus intereses y hacer valer su voz con eficacia. Para corregir esta asimetría es que se debería crear una organización partisana separada de la autoridad de competencia (con legitimación activa y recursos suficientes), o bien integrando estos otros *inputs* en el proceso (Garetto, 2021).

Esta última medida podría satisfacer cualquiera de los dos principios de justicia de Rawls respecto de la situación de los consumidores en la libre competencia: si se estima que el acceso a la justicia de los consumidores es una libertad básica, ella estaría siendo amparada bajo esta nueva institución. Si estimamos que el acceso a la justicia de los consumidores es un bien social básico, el consumidor formaría parte del proceso en la libre competencia, con lo cual dejaría de ser un mero receptor de la eficiencia económica amparado bajo el objetivo de maximización de bienestar del consumidor. Esto no sería tan novedoso y, guardando las diferencias, un sistema que funciona semejante a la libre competencia como el Derecho Penal, teniendo un ente fiscalizador como el

Ministerio Público que tutela el interés social de forma independiente al rol de los tribunales, ya ha sido objetivo de una serie de proyectos que busca integrar más a la víctima (en desmedro de que en teoría se estaría viendo protegida mediante la satisfacción del interés social protegido el Ministerio Público). Es así como el “Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctima de Delitos” ya fue presentado como proyecto de ley por el actual gobierno. Dicho esto, pareciera no ser tan descabellada la idea de legislar en una institucionalidad que tiene también un ente fiscalizador (Fiscalía Nacional Económica) que actúa en favor del interés público económico (dentro del cual están los consumidores) de forma independiente de los tribunales, para lograr integrar de mayor forma a sus “víctimas” (consumidores) (Ortega, 2022).

Esto último iría en la misma línea con lo que Bietti estima que podría mejorar a la institución de derecho de libre competencia: hacer de ella una institución más democrática, igualitaria y con más mercados basados en la reciprocidad. Para ello, aplica las ideas de Rawls acorde a tres pilares, los cuales son la publicidad, el acceso y la democratización de los procedimientos de libre competencia e instituciones, promover la reciprocidad comercial y un mejor camino para lograr la justicia económica. En particular, las ideas expuestas anteriormente relacionadas con el acceso a la justicia de los consumidores al procedimiento del derecho de libre competencia se relacionan justamente con el primer pilar mencionado por Bietti. Ellas se justifican mediante la razón pública, ya que las reglas que gobiernan la colectiva deben ser públicas y razonables. Con esto es importante para los privados, grupos de consumidores, organizaciones no gubernamentales y otras asociaciones intermedias poder accionar en el procedimiento de derecho de libre competencia (Bietti, 2023, págs. 54-58).

## CONCLUSIONES

Como se puede corroborar de los capítulos presentados, la hipótesis efectivamente se cumplió: el derecho de la libre competencia no pudo satisfacer los principios de justicia de Rawls, lo cual en cierta medida lo aleja de lo que se podría entender como una institución justa (Freeman, 2016, pág. 190).

El primer capítulo permitió desarrollar las ideas clave provenientes del lenguaje que ofrece la teoría John Rawls y que hicieron posible el presente análisis: interpretar al derecho de libre competencia como parte de la estructura básica, cómo el derecho de libre competencia permite un análisis desde la justicia social, cuáles son las características de la teoría que John Rawls ofrece, en particular el poder compatibilizar eficiencia y equidad, conceptualizar los bienes sociales primarios e interpretar a los consumidores finales como los menos favorecidos en la institución de libre competencia.

En el segundo capítulo se conceptualizó el acceso a la justicia de los consumidores y se pudo concluir que puede ser interpretada como una libertad básica, con lo que en el ejercicio del derecho de libre competencia se vulneraría efectivamente la prioridad de libertad u orden lexicográfico que el primer principio de justicia exige, al promover un derecho económico de los consumidores que no es una libertad básica, en desmedro del acceso a la justicia que sí lo es.

En el tercer capítulo se interpretó el acceso a la justicia como un bien social primario, en el cual se puede concluir que el principio de diferencia se respeta si se entiende como uno meramente asignativo. No así en el caso del principio de diferencia distributivo, el cual no necesariamente se verifica ya que el consumidor pierde un listado importante de bienes sociales primarios en desmedro de otros de naturaleza económica.

Es precisamente la dificultad de cuantificar este índice de bienes sociales primarios lo que no permitió concluir de forma precisa si es que se vulnera o no el principio de diferencia distributivo por el derecho de libre competencia. Con lo cual, si entendemos que el acceso a la justicia de los consumidores en el derecho de libre competencia es una libertad básica, no se estaría cumpliendo con características propias de una institución justa (no se satisface el primer principio de justicia). En cambio, si entendemos el acceso a la justicia como un bien social primario el resultado es inexacto, en particular con respecto al principio de diferencia distributivo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aguayo, P. (2022). *Justicia Social. Conceptos, teorías y problemas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Aguirrezabal, M. (2019). *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia, un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Arriagada, I. (2016). Ensayo sobre el fortalecimiento de la aplicación pública del derecho de la competencia, en relación a la responsabilidad civil como forma de aplicación privada.
- Barrientos, F., Bozzo, S., & Jequier, E. (2023). Nuevas tecnologías para acceder a la justicia del consumidor: Diagnóstico de la situación fragmentada en Chile y una propuesta a la luz de la plataforma europea online de resolución de conflictos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 12*, 1-35.
- Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis, Año 25, N° 3*, 277-306.
- Bernedo, P. (2013). *Historia de la libre competencia en Chile. 1959-2010*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- Besomi, M. I. (2014). Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la Responsabilidad Civil.
- Bietti, E. (2023). Rawls and Antitrust's Justice Function. *Northeastern University School of Law, Research Paper No. 461*.
- Crane, D. A. (2021). Antitrust and democracy. *Investigaciones CeCo*.
- Domínguez, C. (2023). Derecho a Defensa Especializada. *III Seminario Nacional sobre Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*. Santiago de Chile.
- Ennis, S., Gonzaga, P., & Pike, C. (2019). Inequality: A Hidden Cost of Market Power.
- Fox, E. (1987). The battle for the soul of antitrust. *California Law Review Vol. 74, No. 3*, 917-923.
- Freeman, S. (2016). *Rawls*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Garetto, M. (28 de Julio de 2021). *Centro de Competencia (CeCo)*. Obtenido de <https://centrocompetencia.com/entre-evolucion-y-revolucion-en-aplicacion-derecho-de-competencia/>

- González, J. (2020). En búsqueda del bien jurídico protegido en la legislación chilena de defensa de la libre competencia.
- Grunberg, J., & Montt, S. (2017). La prueba de la colusión. En F. Belmar, & P. (. Chible, *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la fiscalía nacional económica (2010-2017)* (págs. 305-383). Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- Hernández, G., & Tapia, M. (2019). *Colusión y daños a los consumidores*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Iacovides, M., & Vrettos, C. (2022). Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominancer, enviromental degradation, and social injustice. *Journal of Antitrust Enforcement*, 10, 32-62.
- Lambert, T. A., & Abbott, A. F. (2015). Recognizing the limits of antitrust: the Roberts Court versus the enforcement agencies. *Journal of Competitin Law & Economics*, 11 (4), 791-853.
- Mardones, M. (2020). *Lecciones de Derecho Económico, Regulación Económica de los Mercados Vol. I*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- McLeod, S., & Tanyi, A. (2023). The basic liberties: an essay on analytical specification. *European Journal of Political Theory*, 462-486.
- Ortega, F. (2022). Defensoría de víctimas de delitos y sistema procesal penal chileno.
- Peralta, I. (2022). Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia. *Latin American Legal Studies Vol. 10 N° 2*, 416-469.
- Pike, C. (2021). Rawslian Antitrust. *Centre For Competition Policy, University of East Anglia*.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rojas, E. (2021). *Método y justificación en la teoría de la justicia de Rawls*. Valencia: Tirant Humanidades.
- Shapiro, C. (2018). Antitrust in a time of populism. *International Journal of Industrial Organization*, 1-35.
- Stucke, M. (2012). Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review Vol. 53*, 551-629.

- Stylianou, K., & Iacovides, M. (2022). The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation. *Legal Studies*, 42, 620-648.
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Valdés, J. G. (2021). *Los economistas de Pinochet: la Escuela de Chicago en Chile*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica .
- von Platz, J. (2020). Rawls's Underestimation of the Importance of Economic Agency and Economic Rights. En J. Mandle, & S. Roberts-Cady, *John Rawls, Debating the Major Questions* (págs. 95-108). New York: Oxford University Press.
- Ybar, M. (2014). Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias. *Revista de Derecho Económico*, 13-60.