



UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**EN BÚSQUEDA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA
LEGISLACIÓN CHILENA DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

JAVIER GONZÁLEZ DIEZ DEL CORRAL

PROFESOR GUÍA: BORIS SANTANDER CEPEDA

SANTIAGO, CHILE

2020

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor guía, Boris Santander, y su equipo de ayudantes, por apoyarme, aconsejarme y guiarme en el proceso de investigar y escribir esta memoria.

A mis amigos, amigas y familiares, por el apoyo constante que brindaron en su elaboración, especialmente a mi padre, Gastón, por la ayuda en su edición y redacción.

ÍNDICE

RESUMEN p. 07

ABSTRACT p. 08

I. PARTE PRELIMINAR

1. Introducción p. 09

2. El Bien Jurídico

2.1 Concepción de Bien Jurídico p. 12

2.1.1 Evolución del concepto de Bien Jurídico p. 12

2.1.2 Categorías para la génesis del objeto del delito p. 16

2.1.3 Concepción político-criminal funcionalista de Roxin y modelo crítico-material de Bustos y Hormazábal p. 18

i. Concepción político-criminal funcionalista de Roxin p. 18

ii. Modelo crítico-material de Bustos y Hormazábal p. 20

2.2 Importancia del Bien Jurídico p. 23

2.2.1 Funciones del Bien Jurídico p. 23

i. Función sistematizadora p. 23

ii. Función teleológica p. 24

iii. Función hermenéutica o interpretativa p. 24

iv. Función crítica p. 25

2.3 Aplicación en el Derecho Económico Sancionador p. 27

2.3.1 Argumentos a favor de su aplicación p. 27

i. Tesis formalistas del derecho penal y sancionador p. 27

ii. Bienes colectivos en la teoría crítico-material de los bienes jurídicos p. 28

iii. Colusión como delito penal económico p. 29

iv. Síntesis p. 30

II. PARTE GENERAL

3. El Bien Jurídico protegido en el Derecho Comparado de la Libre Competencia

3.1 Estados Unidos

3.1.1 Legislación <i>antitrust</i> de EE.UU.	p. 31
i. Sherman Act	p. 31
ii. Clayton Act	p. 33
iii. Cuerpos legales posteriores	p. 33
3.1.2 El Bien Jurídico protegido en la Legislación <i>antitrust</i> de EE.UU.	p. 35
a. Bienestar del Consumidor	p. 35
i. Críticas y Contra críticas	p. 37
b. Eficiencia Económica	p. 38
i. Críticas y Contra críticas	p. 40
c. Bienestar General	p. 41
i. Críticas y Contra críticas	p. 43
d. Libertad para Competir	p. 44
i. Críticas y Contra críticas	p. 45
e. Síntesis	p. 46

3.2. Unión Europea

3.2.1 Legislación de la Libre Competencia de la Unión Europea	p. 48
i. Artículo 101 del Tratado de la Unión Europea	p. 50
ii. Artículo 102 del Tratado de la Unión Europea	p. 53
3.2.2 El Bien Jurídico protegido en la Legislación de la Unión Europea	p. 55
a. Bienestar del Consumidor.	p. 55
b. Eficiencia Económica.	p. 58
c. Política Pública y otros Valores socio-político-culturales	p. 60
d. Libertad para Competir	p. 62
e. Síntesis	p. 63

III. PARTE ESPECIAL

4. Legislación Chilena de Defensa de la Libre Competencia

4.1 Contexto Histórico de la Libre Competencia en Chile	p. 66
4.2 Normativa	p. 69
4.2.1 El Decreto Ley Nº 211	p. 69

5. Doctrinas sobre el Bien Jurídico protegido en la Libre Competencia en Chile

5.1 Bienestar del Consumidor	p. 71
i. El Consumidor Es Sólo un Agente del Mercado	p. 71
ii. Naturaleza Consecuencial y Utilitarista	p. 72
iii. La Libre Competencia No Es el Derecho de Protección del Consumidor	p. 73
5.2 Eficiencia Económica	p. 74
i. Falta de un Valor Digno de Protección, Único e Independiente	p. 74
ii. Incapacidad de Cumplir la Función Teleológica	p. 75
iii. Desconexión Ideológica con la Evolución de la Libre Competencia	p. 76
5.3 Bienestar General	p. 77
i. Concepto no Apto para ser Bien Jurídico	p. 77
ii. Desprotección del Consumidor y Otros Agentes del Mercado	p. 77
iii. Paradoja de la Libre Competencia como Obstáculo	p. 78
5.4 Libertad Económica	p. 80
i. Malinterpretación del Artículo 19 nº 21 de la Constitución	p. 80
ii. Valor de Carácter Social que Cumpla los Requisitos de un Bien Jurídico	p. 80
iii. Relación con la Evolución de la Libre Competencia a Nivel Doméstico y Mundial	p. 81

6. Bien Jurídico de la Libre Competencia Chilena

6.1 Libertad para Competir	p. 83
6.2 Ventajas como Bien Jurídico	p. 85
i. Cumple los Presupuestos Necesarios para todo Bien Jurídico	p. 85
ii. Bien Jurídico Independiente y que Engloba a los demás	p. 86
iii. Valor Deontológico	p. 87
iv. Cumple su Fin Social, sin un Sacrificio Económico	p. 88
v. Capacidad para Explicar el Tipo Penal del Decreto Ley Nº 211	p. 88
6.3.1 Críticas	p. 91
i. Valor No Científico-Económico	p. 91

ii. Incapacidad para Cumplir Satisfactoriamente sus Objetivos	p. 91
6.3.2 Contra Críticas	p. 93
7. Conclusiones	p. 95
BIBLIOGRAFÍA	p. 96

RESUMEN

El presente ensayo tiene como objetivo la delimitación del bien jurídico protegido por la libre competencia en Chile. Para eso se hace una exposición del concepto de bien jurídico, discerniendo el modelo más adecuado para la elaboración del trabajo. Después, mediante una argumentación bibliográfica y jurisprudencial, se testea a favor y en contra cada una de las doctrinas que responden la interrogante. Se parte por una exposición resumida de sus postulados y se continúa con un análisis crítico de ellos, justificándolos con la discusión y jurisprudencia actual. Se compara primero a nivel de derecho comparado y luego en el derecho nacional. Finalmente, gracias a un razonamiento comparado de los pros y contras de cada una, se llega a una conclusión a favor de la doctrina que esgrime la libertad para competir como el bien jurídico protegido por el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, explicando las ventajas de su elección por encima de las demás opciones.

Palabras clave: Libre competencia – Bien jurídico – Libertad para competir –

Decreto Ley N° 211

ABSTACT

This essay objective is the delimitation of the protected right behind the Chilean competition law. For that we made an exposition of the concept of legal protected right, discerning the most suitable model for the elaboration of the work. Afterwards, by a bibliographic and jurisprudential argumentation, each one of the doctrines that answer the question is tested in favor and against. Starting with a brief exposition of its postulates and continuing with a critical analysis of them, justifying them with the current discussion and jurisprudence. It is compared first at the level of comparative law and then in the national law. Finally, thanks to a comparative reasoning of the pros and cons of each, a conclusion is reached in favor of the doctrine that wields the freedom to compete as the legal right protected by the system of competition law in Chile, explaining the advantages of its choice above the other options.

Key Words: Competition Law – Legal Protected Right – Freedom to Compete–

Decreto Ley N° 211

I. PARTE PRELIMINAR

1. Introducción

Todo Estado tiene un poder punitivo que le permite facultativamente el mandato o la prohibición de una conducta vía amenaza del empleo de la fuerza. Sin embargo, lo que caracteriza a un Estado de Derecho democrático es el deber de justificar y normar ese empleo del poder estatal. Una de esas exigencias es que toda pena debe estar contrapesada por un valor que justifique su sanción. Este es el bien jurídico protegido, un valor intrínseco cuya protección está detrás de una pena.

Este concepto penal se encuentra en otros sistemas jurídicos, como es el caso de la legislación de la defensa de la libre competencia. El respaldo del bien jurídico es esencial debido a las altas penas asociadas a algunas conductas, e incluso hay tipos penales comprendidos en esta legislación, como es el caso del delito de colusión.

La importancia de esta materia para el correcto funcionamiento de la economía nacional hace suponer que el bien jurídico que está detrás es fácil de reconocer y de correcta delimitación. Lamentablemente esta suposición está lejos de la realidad.

El tema sigue siendo discutido por la doctrina, con respuestas de toda índole, algunas irreconciliables entre sí y otras de validez más que discutible. Así también los cuerpos legales no dan una respuesta concreta o de la utilidad que se requiere. Tampoco la jurisprudencia lo ha definido con claridad, emanando fallos dispares que hacen desear una uniformidad imperativa para un sistema jurídico de tal importancia.

Estas circunstancias son la motivación del presente trabajo. La necesidad de aclarar la incógnita de forma satisfactoria a fin de guiar adecuadamente al aparato estatal y permitir un mejor manejo de casos en la praxis.

El presente ensayo se enfocará en revisar las doctrinas imperantes, adentrándose en sus postulados y haciendo una lectura crítica de ellos con el fin de revelar sus fallas. De este modo se buscará averiguar cuál de ellas representa la mejor solución. Además, para que este análisis tenga mayor validez se hará a la luz de un concepto de bien jurídico que cumpla con los actuales estándares doctrinarios. Junto a lo anterior, y para evitar una visión limitada de la realidad, se revisarán los sistemas jurídicos más importantes, con el fin de hacer una revisión de doctrinas a la altura de la discusión comparada.

Para cumplir con esta exigencia el trabajo constará de tres partes: una preliminar enfocada en averiguar el mejor modelo de bien jurídico, denotar la importancia de sus

funciones y demostrar su relevancia para el derecho sancionador de la libre competencia.

Después, en la parte general, se expondrá el problema desde una perspectiva global, enfatizando en las legislaciones más importantes a nivel internacional -la de Estados Unidos (en adelante EE.UU.) y la de la Unión Europea-. Esto mediante una revisión de las legislaciones de cada regulación, para luego analizar las discusiones doctrinarias y la realidad actual sobre la incógnita del bien jurídico. Se espera finalmente averiguar cuál es la mejor respuesta en cada sistema jurídico. El fin es un estudio del bien jurídico chileno que no obvie la discusión internacional y los avances ahí logrados.

La parte final se enfocará únicamente en la regulación chilena de defensa de la libre competencia. Esta constará de dos sub-partes. La primera cumplirá con el requisito de investigar la regulación chilena, partiendo con un estudio del contexto histórico social que la vio surgir y que la guía hasta hoy. Seguido de la exposición de los injustos anticompetitivos contenidos en el Decreto Ley 211 y cómo estos son comprendidos por la doctrina y jurisprudencia.

La segunda sub-parte contendrá el meollo del asunto: una comparación crítica de las doctrinas imperantes acerca del bien jurídico protegido en el sistema chileno. Esto se hará mediante una metodología comparativa bibliográfica de los postulados de cada una, para posteriormente criticarlos a fin de evidenciar sus problemas y fortalezas según la inteligencia de sus postulados. Así se podrá descubrir cuál es la doctrina más acertada en esta discusión.

Debido al bagaje bibliográfico revisado, y todo el análisis expuesto en capítulos previos, se dará especial énfasis en los contenidos de aquella que sobresalga por el acierto de sus ideas, por su aceptación internacional y por su concordancia con el contexto histórico-social y la legislación de nuestro país. Después de explicar sus postulados, se presentarán las ventajas de optar por ella y se testeará a la par de las demás.

Así se podrá cumplir con el objetivo de este trabajo: presentar y defender la delimitación del bien jurídico de la regulación de defensa de la libre competencia que cumpla más satisfactoriamente con los estándares internacionales, que sea acorde con el modelo elegido de bien jurídico, que esté en concordancia con el contexto histórico-social y las normas del sistema jurídico y que pueda responder acertadamente a las críticas que se le hagan.

La importancia de este objetivo propuesto es evidente: es vital para la libre competencia conocer el bien jurídico definido. Este permitirá un enfoque más concentrado en guiar al aparato jurídico en pos de cumplir con los objetivos propuestos. Significará también una mayor uniformidad en el actuar judicial y una claridad necesaria para aquellas empresas confundidas por la incertidumbre en la práctica. En general dará un mayor respaldo y justificación a esta legislación, lo que se traduce en un apoyo mayor a nivel político y social. Finalmente, un bien jurídico bien definido conlleva una seguridad en la efectiva fiscalización y sanción de prácticas anticompetitivas. En contraste, un bien jurídico poco claro permite evadir estas sanciones mediante defensas oportunistas manteniendo el empleo de conductas dañinas a la competencia.

A modo de conclusión, cabe resaltar la importancia específica de este trabajo. Mediante una exposición de las diversas doctrinas imperantes, con las ventajas y desventajas de cada una, éste sirve como guía futura al optar por el bien jurídico del sistema. Se espera llegar a una conclusión adecuada sobre la postura más acertada, que aunque no necesariamente convenza al lector, lo enriquezca con diversos argumentos, favorables y adversos, para que pueda decantarse por la que estime conveniente.

Además, al evaluar las doctrinas teniendo en mente un modelo apropiado de bien jurídico, la discusión internacional y el contexto de la legislación de la libre competencia, se dota de mayor peso a las críticas y contra críticas de cada doctrina. Eso permite una elección educada y global del bien jurídico protegido por el sistema chileno de defensa de la libre competencia.

2. El Bien Jurídico

2.1 Concepción de Bien Jurídico

La importancia del bien jurídico como respaldo fundamental de la pena es una de las bases del Estado de Derecho. Limita la potestad punitiva del Estado y garantiza que el derecho penal tenga un sustento lógico racional detrás de la *ultima ratio* del poder punitivo del Estado en contra de un individuo en particular -sea una persona natural o jurídica-.

Debido a esto es que surge la necesidad de adentrarse en la historia del bien jurídico para rescatar las caracterizaciones más acertadas, y así alcanzar una digna concepción. Por último, sólo una vez analizada ésta es posible avanzar al siguiente paso: preguntarse específicamente cuál es el bien jurídico que se encuentra protegido en nuestra regulación de defensa de la Libre Competencia.

2.1.1 Evolución del concepto de Bien Jurídico¹

a. Inicios y primeras teorías

La idea de un valor esencial que esté amparado por el derecho como contrapeso y sustento de la pena se remonta a Feuerbach, que inauguró el análisis de la pena como un atentado contra los derechos subjetivos de la víctima garantizados por el contrato social, de lo que surge la necesidad de que toda pena sea correlativa a una ofensa hacia algún derecho subjetivo que sustente el actuar del Estado. La idea se asienta, en todo caso, con Birnbaum, no ya un derecho subjetivo de la víctima, sino como un bien digno de protegerse.²³

Al pensar estos bienes como dados a la persona “*por la naturaleza o son resultado de su revolución social y de la sociedad burguesa*”,⁴ deja atrás la concepción de derechos otorgados por el Estado en el contrato social. Los independiza de la ley y los considera objetos transcendentales que deben ser garantizados por el poder del Estado, vía amenaza de una pena y su ejecución, si son vulnerados. También marca la diferencia al observarlos como objetos independientes de la víctima, a diferencia de Feuerbach.

¹ Evolución dogmática recogida, entre otros, por VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2014. pp. 146-62.

² ABANTO, Manuel. *Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos*. Lima: Revista Derecho Penal. 2006. p. 3.

³ SZCZARANSKI, Federico. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Santiago: Política criminal. Vol. 7, N° 14. 2012. p. 383.

⁴ BIRNBAUM, Johan. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Valparaíso: Edeval. 2010. p. 179.

Ya no son intereses privados del lesionado, sino valores colectivos que al poder estatal le interesa proteger.

Si bien con Birbaum nace la concepción de bienes jurídicos, no es hasta Binding que el término empieza a tomar forma concreta y es comprendido de manera cercana a la mantenida hasta el día de hoy. Lo conceptualiza de modo inmanentista, se enfoca en los bienes jurídicos como valores que permiten al Estado sustentar su actuar. Se aleja así de la exigencia de obediencia de un deber jurídico que predominaba en la época.⁵

Binding, además, los hace inmanentes a la norma, ya que es la desobediencia a la ley lo que lesiona valores sociales contenidos en ella y no la norma en sí o un derecho subjetivo que tenga la víctima. Idea estos valores *“como una condición necesaria para asegurar la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés (el legislador) desde su punto de vista, lo que trata de lograr a través de las normas que le permiten asegurarlo ante puestas de peligro o lesiones indeseadas”*.⁶ De esta manera el jurista alemán perfecciona el concepto propuesto por Birbaum y, al conceptualizarlo de manera más expansiva, logra avances en su sustento como permitir diferenciar la pena de las sanciones administrativas.

Pero su concepto no es perfecto. Esta definición de bien jurídico es altamente dependiente del Estado y no tiene real respaldo más allá del que la misma norma le dé. Este es un problema inherente a una concepción inmanente y no trascendente del bien protegido.

b. La concepción de Von Liszt y retroceso de la teoría

Esta crítica lleva a Von Liszt a basar su teoría fuera del ordenamiento jurídico, pero -al mismo tiempo- avanza en la concepción de bien jurídico al unir su existencia con la política criminal del legislador penal. Logra esto al darle una connotación trascendente parecida a Birbaum, con la particularidad de que, si bien el valor es independiente del Estado, es el propio legislador el que eleva su valor de un interés vital de la persona a un interés individual o colectivo que es digno de la protección del Estado, mediante su potestad punitiva.

El propio autor explica su idea al decir *“nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido.*

⁵ VELÁSQUEZ. Op. Cit. pp. 148-9.

⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Scientia. 1991. pp. 353-355. Traducción de VELÁSQUEZ. Op. Cit. p. 149.

Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico".⁷

Producto de orientarlo a una realidad social se reconoce su aporte a la conceptualización del bien jurídico. Al basarlo en esta realidad social se ahorra la vaguedad de utilizar discursos abstractos respecto a las relaciones de los sujetos pertenecientes a una comunidad. Al mismo tiempo, al reconocer la utilidad de ligarlo a la política criminal -y entrever un germen de lo que sería su función crítica-, sirve como base en las discusiones posteriores para llegar a una concepción que efectivamente delimite de forma correcta, precisa y eficaz el bien jurídico.

Sin embargo, el aporte que había supuesto su teoría, que sentaba las bases para una discusión real que permite la delimitación correcta del bien jurídico, se mantuvo trágicamente vacío debido al auge del nazismo en Alemania. El concepto en germinación fue reemplazado por otras ideas menos acertadas y mucho menos trabajadas que las teorías antes mencionadas, pero que contaban con la ventaja histórica de ser acordes con el régimen totalitario de la época. Quedaron atrás las teorías de raíces liberales que abogaban por los valores trascendentales propios de todas las personas como contrapeso de la potestad. Ellas fueron reemplazadas por ideas más primarias y moldeables al servicio del nazismo, "*se erigió un derecho penal de la voluntad, acorde con un modelo eticista y subjetivista que dispuso la sustitución del concepto de bien jurídico por otros más conformes con la nueva dirección del pensamiento, como 'la violación del deber', 'el desvalor de la actitud interna', la 'infidelidad' al Estado o al Derecho, el 'sano sentimiento del pueblo'*".⁸

Afortunadamente este período no fue más que un retraso en la historia del bien jurídico como sustento al principio de lesividad penal. Después de la caída del nazismo las ideas que lo respaldaban fueron debidamente rechazadas en la discusión doctrinaria, se recogieron teorías previas y se configuraron otras nuevas como alternativa. Fue en dicho contexto que respecto del bien jurídico volvió a predominar la discusión alemana y mundial –sin obviar el normativismo radical de Jakobs⁹–.

c. Actualidad de la discusión del Bien Jurídico

⁷ VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff*. Berlín: Guttentag. 1905. p. 223. Traducción de VELÁZQUEZ. Op. Cit. p. 150.

⁸ VELÁZQUEZ. Op. Cit. p. 152.

⁹ Véase JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal, traducción y estudio preliminar de Cancio Meliá*. Madrid: Civita. 1997.

Este apoyo de la doctrina mayoritaria trajo innumerables avances a la concepción de bien jurídico, que ahora se presenta como el principal exponente internacional del principio de lesividad.

Así nacen concepciones inmanentistas naturalistas contrarias a las corrientes positivistas. Entre sus más reconocidos autores se encuentran Welzel, que entiende al bien jurídico exclusivamente como parte de la misión del derecho penal, identificándolo con un estado social deseable que el derecho busca resguardar y dándole sentido sólo dentro del contexto mayor de orden social. En sus palabras *“la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social”*.¹⁰

Del mismo modo, se elaboraron concepciones basadas en la política criminal y el fin del Estado en sí. Estas se diferencian en tesis constitucionalistas, que ven dichos fines inherentes a la Constitución, por tanto deben ser emanados de ella -y sólo de ella- para ser bienes jurídicos dignos de protección; y, por otro lado, aquellas con una orientación social, basadas en el estado democrático y su protección ante posibles daños en la función social de la sociedad en sí. Sus mayores exponentes son Amelung, con su propuesta de partir de lo que es dañoso socialmente, y la Escuela de Frankfurt, fundada en pos de un bien jurídico orientado en la praxis de la sociedad y política del Estado, pero siempre atenta a los conocimientos de la experiencia científica.¹¹

De estas variadas discusiones se ha llegado a un consenso en una definición tan vaga como inútil del bien jurídico. En palabras de Abanto *“esta empresa ha resultado infructuosa en el sentido de pretender proporcionar un ‘concepto exacto’ del bien jurídico. Por eso, en la actualidad solamente se propone un concepto con un mínimo de contenido, es decir que se refiera a ‘algo’ sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista”*.¹²

Dicha idea de contenido mínimo, si bien correcta e importante por coincidir las ideas de casi toda la doctrina en torno a lo que es, cae en la trágica realidad de que es inútil para cumplir correctamente con los estándares de calidad que se esperan de la definición de uno de los conceptos más importantes del derecho penal y administrativo sancionador. No sirve como caracterización o guía de las funciones que revisten al bien jurídico de un uso práctico real. Se basa en concepciones vagas e imprecisas -

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956. p. 15.

¹¹ ABANTO. Op. Cit. pp. 3-7.

¹² *Ibíd.* p. 4.

que incentivan a que sean completadas por una definición más acotada-. Cae en el error de basarse en un contenido mínimo para definir un concepto que requiere, para ser útil, de una delimitación clara y precisa.

Por esa razón el actual consenso en la definición de bien jurídico es insuficiente. Sin embargo, es la base para permitir la concreta delimitación de categorías que permitan la creación del injusto a partir de la teoría del bien jurídico. Y allí se centra la discusión. Es una guía para abogar por la teoría con más sentido y que mejor remedie los problemas inherentes a su definición, tanto como justificación de su existencia, como caracterización de sus funciones y sustancialidad de ese “algo” digno de protección.

2.1.2 Categorías para la génesis del objeto del delito¹³

Estas categorías para la génesis del objeto del delito, basadas en la teoría del bien jurídico, deben armonizar de forma coherente con el sistema penal y el derecho en general. Para resolver las interrogantes sobre qué es ese “algo” que se protege, bajo qué justificación ese algo es digno de protección y, además, deben permitir a dicha concepción de bien jurídico que cumpla todas sus funciones. Incluso aquellas cuya relevancia este aún en duda, como se expondrá posteriormente en la función crítica del bien jurídico.

Al mismo tiempo, dicha concepción debe ser lo más flexible posible, ya que al estar en contacto con la política criminal y los intereses del Estado es elemental que pueda adaptarse al paso del tiempo y estar en concordancia con los avances científicos y valores sociales de la época. En conjunto debe presentar un contrapeso para evitar que los bienes jurídicos estén desprovistos de sustancialidad y se correspondan con una garantía real de su protección. Abanto expresa de mejor manera esta dualidad al exponer *“tampoco es deseable un concepto demasiado cerrado de ‘bien jurídico’ pues se opondría a los desarrollos futuros inevitables en cualquier sociedad moderna. Por eso, una fórmula que tenga en cuenta todo esto debe, por un lado, considerar que los ‘valores’ (...) no pueden ser tomados por sí mismos como datos preexistentes, exentos de crítica, sino solamente como ‘circunstancias’ que deban estar sometidas a un continuo análisis crítico y puedan cambiar su contenido conforme a los cambios que se produzcan en los objetivos y la autocomprensión de la sociedad jurídica. Y, por otro*

¹³ Categorías inspiradas en VELÁSQUEZ Op. Cit. pp. 160-3 y ABANTO. Op. Cit. pp. 4-5.

lado, se deberá buscar el equilibrio entre el interés de 'dinamicidad' y el de 'garantía' del concepto".¹⁴

La primera categoría consiste en definir ese "algo". Porque cada concepto trae consigo distintas consideraciones. Una concepción como la de Von Liszt habla de intereses que el derecho considera jurídicamente protegidos, lo que conlleva estar a merced del legislador y negar cualquier carácter trascendental o independiente de los valores fuera del derecho. En cambio, Welzel lo define como estados sociales, lo cual nos instala en la praxis y las relaciones sociales para su construcción, ampliando el espectro de valores e independizándolos del legislador.

El segundo criterio es revisar la procedencia de este valor, lo que le da sustento y justifica su protección. Al igual que la primera, su importancia es vital y hay innumerables opciones, cada una con consecuencias distintas.

Un bien jurídico sustentado en el propio orden jurídico, como lo plantea Binding, es inconveniente por apoyarse en la misma norma para justificar su validez. Mientras que otras teorías, basadas en las relaciones sociales, la praxis o conceptos naturalistas, parecen más racionales y han sido ampliamente aceptadas como sustento del concepto de bien jurídico y la legitimación de su dignidad de protección.

La última categoría para discriminar entre una concepción de bien jurídico útil y otra inservible es que nos permita, atendido al uso práctico de un bien jurídico en la legislación, servir de guía o ser adecuada para su utilización en todas las funciones emanadas del concepto.

Ellas son las tareas encomendadas al bien jurídico en su interacción con el derecho y la práctica –mejor explicadas en *2.2 Funciones del bien jurídico*-, cuya importancia varía desde servir como mera sistematización y ordenación de los delitos –función sistemática¹⁵-, hasta permitir poner en jaque al legislador y hacerle replantearse un delito por no cumplir con la exigencia de estar respaldado por un bien jurídico real digno de protección –función crítica¹⁶-.

Una conceptualización de bien jurídico debe concebirse de manera inherente o acorde a estas funciones, incluso aquellas más polémicas o discutidas –como la función crítica-. A modo de ejemplo: una acepción de bien jurídico a la que no le parezca relevante su práctica político-criminal, como un concepto metodológico, es una

¹⁴ *Ibíd.* p. 5.

¹⁵ VELÁSQUEZ. *Op. Cit.* p. 162.

¹⁶ MATUS, Jean-Pierre. *Fines y funciones de la pena estatal*. Santiago: Vlex <http://vlex.com/vid/fines-funciones-pena-estatal-69051182>. 2018. pp. 10-11.

definición de bien jurídico que carece de importancia y cuya utilidad se ve gravemente mermada al sólo cumplir su función teleológica y sistemática.¹⁷ Por ende, es estéril al no cumplir con las tareas esenciales que se esperan de este concepto.

Atendido a estas categorías es que se explicarán dos de las concepciones de bien jurídico más aceptadas por la doctrina y más acertadas en su planteamiento, la político-criminal funcionalista de Claus Roxin y la teoría crítico-material de Juan Bustos y Hernán Hormazábal. Aquellas deben balancear una flexibilidad del concepto con la garantía sustancial propia que exige, además de dar una respuesta lógica y satisfactoria a la interrogativa de qué es ese “algo”. Igualmente necesitan estar respaldadas por una teoría que justifique su génesis y legitime el enaltecido puesto ostentado por el bien jurídico. Al mismo tiempo deben ser útiles al para cumplir con todas las funciones que dotan de importancia al concepto.

2.1.3 Concepción político-criminal funcionalista de Roxin y modelo crítico-material de Bustos y Hormazábal

i. Concepción político-criminal funcionalista de Roxin

Como primer exponente se propone el trabajo del jurista alemán Claus Roxin. Su visión de bien jurídico parte desde una perspectiva finalista, atendiendo la finalidad del derecho penal como base para su argumentación. Al mismo tiempo, esta teoría es permeada constantemente por la práctica político-criminal y limitada por la Constitución como norma fundamental de una sociedad democrática previa al derecho penal, y por lo mismo, correspondiente de un límite real a la potestad del Estado de legislar.

Esta visión se encuentra plasmada en la propia concepción del jurista alemán sobre el bien jurídico, “*bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.¹⁸

Además, Roxin es notablemente hábil al proponer la mutabilidad del concepto de bien jurídico, entendiéndolo como normativo pero, al mismo tiempo, no estático. De esta

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1997. pp. 54-55.

¹⁸ *Ibid.* p. 56.

manera se libra de las críticas sobre la operatividad del concepto y sirve como filtro para evitar la punición de meras conductas inmorales o de finalidades ideológicas.

Este balance entre la justificación constitucional del bien jurídico como justificante de la potestad punitiva del Estado y su variabilidad en el tiempo en concordancia con los avances científicos y las relaciones sociales, es una de las razones por las que es fácil entender el éxito de esta concepción en la doctrina.

Así lidia de forma distinguida con la necesidad de tener un bien jurídico flexible y estar garantizado mediante los valores constitucionales previos. También da una respuesta satisfactoria a lo que debe entenderse como “algo” al referirse a los bienes jurídicos: circunstancias dadas o finalidades útiles para el individuo.

En conjunto decide orientar su concepción hacia la praxis, pero la enfoca específicamente en las finalidades inherentes de todo ser humano para su desarrollo en una sociedad democrática. Así, de manera elegante, combina la trascendencia del bien jurídico como algo previo al derecho penal y la necesidad de que un concepto de bien jurídico enfocado en la sociedad y relaciones de los individuos con ella.

Su concepción permite al bien jurídico cumplir con todas las funciones asociadas a él para, de esta manera, ser un concepto útil en la práctica. Incluso acoge la función crítica del bien jurídico como una forma de interpelar al Estado por la penalidad de diversas conductas, carentes de sentido, y por no proteger bienes jurídicos reales, sino sólo arbitrariedades o amoralidades –aunque reserva esta segunda al actuar de la Constitución como único ente con la facultad de anular leyes¹⁹-.

Aún acertando en los puntos anteriores, es criticable la justificación de la existencia de estos bienes jurídicos y el arraigo constitucional de su teoría. Llega al extremo de exigir que un bien jurídico esté protegido por la Constitución para que se considere digno de protección, ya que entiende que es la única capaz de limitar al legislador: *“la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución”,* ya que *“sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”*.²⁰

El problema que observa parte de la doctrina con esta justificación es la visión rígida con que se idea el concepto y la poca libertad que conlleva esta raíz constitucional del bien jurídico en materia político-criminal. En las constituciones breves –sin un catálogo

¹⁹ *Íbid.* p. 63.

²⁰ *Íbid.* pp. 55-56.

de Derechos Fundamentales bien definido- parece poco lógico entender que valores esenciales no sean dignos de protección por el mero hecho de no estar contenidos en la carta fundamental. Y enfocarse en los principios emanados de ella -si bien es aceptado-, no permite ampliar el espectro de bienes jurídicos posibles en la extensión que el concepto necesita.

Dichas críticas son sostenidas por una doctrina que se basa en las relaciones sociales como justificación del carácter trascendente de los bienes jurídicos. Si bien entiende la importancia de la Constitución en la justificación del principio de lesividad, ven a la Constitución y los derechos amparados por ella sólo como potencialmente vinculantes.²¹ Jean Pierre Matus expresa esta inquietud al referirse a la necesidad de dejar “abierto el abanico valorativo al cual puede referirse el legislador penal al seleccionar los bienes a proteger”.²² Argumenta en su mismo texto que -si bien hay un límite claro impuesto por la Constitución al legislador- este no se basa en la obligación de que los bienes jurídicos se agoten con el catálogo de la Constitución. Sólo exige la forma de creación de la ley penal, además de exigir no “convertir en ilusorio el ejercicio de los derechos constitucionalmente declarados”.²³

Por estas razones las críticas a este modelo deben ser tomadas en cuenta. Obliga a plantearse una justificación distinta del bien jurídico ya que se necesita una explicación que permita un marco valórico acorde al sentido amplio de los intereses protegidos por la Constitución. Justificación posible de apreciar en el modelo crítico-material de Bustos y Hormazábal.

ii. Modelo crítico-material de Bustos y Hormazábal

Ante las críticas a este tipo de teorías asentadas en la Constitución, es que surge el pensamiento de Bustos –con colaboración de Hormazábal- para idear lo que hoy en día se conoce como el sistema crítico-material del derecho penal y, su teoría material del bien jurídico.

Esta consiste en una aproximación al bien jurídico orientada a una perspectiva social. Cumple una función política y crítica en la medida que su mutabilidad expresa la lucha

²¹ FIADANCA, Giovani. *El bien jurídico como problema teórico y como criterio de política criminal*. Milán: Revista italiana de derecho penal. 1982. pp. 42-81.

²² MATUS, Jean Pierre. *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*. Talca: Revista UNIVERSUM. 1996. p. 126.

²³ *Ibíd.* p. 131.

por la democracia.²⁴ Por ende, es vital para esta teoría que el bien jurídico sea un concepto crítico del sistema social y jurídico-penal,²⁵ ya que sólo de esta manera su importancia es recalcada y su lugar en el ordenamiento es entendido.

Al revisar la teoría a la luz de las categorías antes dichas, la forma en la que esta teoría materializa ese “algo” parte de un estudio de la teoría de Von Liszt. Recoge los elementos en que el autor alemán sentaba su teoría y llega a la conclusión de la necesidad del “*estudio del hombre en cuanto ente social y a su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales*”.²⁶

A su parecer sólo se puede entender esta concepción si se parte de la base de que lo protegido por el derecho a través de los bienes jurídicos son dichas relaciones sociales. Es decir, “*las posiciones que en ella tienen los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos*”.²⁷ En consecuencia es un concepto dependiente de la realidad socio-económica y política en la que se encuentra, pero enfocado a la diferenciación vital entre las relaciones sociales que son dignas de ser defendidas y aquellas que son meras inmoralesidades o penas ideológicas.²⁸

De esta forma se da contenido a ese “algo” entendido como las relaciones y posiciones en que el individuo como ente interactúa. Además, atiende a la necesidad de un concepto flexible, pero construido de tal manera que no pueda ser utilizado para abusos del Estado en su práctica política criminal, lo que justifica la posición e importancia del bien jurídico en las propias estructuras sociales democráticas.

Esta justificación es más acertada que la propuesta por Roxin al sentar su punto de partida en la propia dignidad de la persona. Está respaldada en el ideario de una sociedad democrática, pero atendiendo a las posibles modificaciones que, sin desmerecer esta concepción, puedan provenir de los diversos cambios sociales, de la lucha de clases o la evolución de la sociedad burguesa.²⁹

Al sostenerse en la sociedad y los idearios democráticos también hace presente la necesidad del respeto a los valores de la Constitución, ya que una democracia no

²⁴ BUSTOS, Juan. *Manual de derecho penal Parte General*. Barcelona: PPU. 1994. p. 55.

²⁵ Ídem.

²⁶ BUSTOS, Juan. *Control Social y Sistema penal*. Barcelona: PPU. 1987. pp. 154-157.

²⁷ Ídem.

²⁸ BUSTOS, Juan. *Política Criminal e Injusto (Política Criminal, Bien Jurídico, Desvalor de Acto y resultado)*. Santiago: Derecho Penal y Criminología. 1978. p. 54, 62-3.

²⁹ CARASCO, Edison. *La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal*. Salamanca: Estudios Penales y Criminológicos. 2015. pp. 273-5.

estaría completa sin este respaldo que la impregna de propósito y evita que se deforme en función del abuso de un grupo dominante.³⁰ Por esa razón consigue armonizar la protección de los derechos fundamentales y los valores de la constitución, sin depender de ellos y teniendo un piso aún más sólido en las relaciones sociales dentro del marco de una sociedad democrática y flexible en el tiempo.

A modo de cierre, es necesario superar el filtro de la utilidad proporcionada al sistema en el cumplimiento de sus funciones. La más importante, y esencial para el análisis de la teoría material del bien jurídico, es la función crítica. Ante esta el profesor Hormazábal explica que el Estado democrático del que se habla es uno que surge necesariamente de la oposición entre una sociedad política y una sociedad civil, donde esta última interactúa con la coerción penal del Estado, creando como producto social las relaciones sociales que sientan la base del aspecto valórico que necesita ser defendido por la ley penal.

Esta idea unida con la visión trascendente de bien jurídico es la que explica la función crítica en esta concepción critico-material. Donde la sociedad civil exige del Estado coercitivo -a través de su relación dialéctica- que se cumplan dos exigencias: “a) *que el Estado solo penalice conductas que afecten bienes jurídicos; b) que el objeto a proteger sea un requerimiento social real y no ideológicamente condicionado*”.³¹ Son estas exigencias las que configuran a su entrelazar la función crítica, ya que sin cumplirse aquellas no se protegería realmente un bien jurídico, por provenir de un “ius puniendi estatal no democrático” sino “en esencia estará protegiéndose otras realidades enmascaradas por un bien jurídico ficticio”.³²

Como conclusión: al demostrarse cumplidos los criterios necesarios para su conceptualización, el análisis de Bustos en cooperación con Hormazábal en su teoría critico-material del bien jurídico, presenta las ventajas suficientes para convencer respecto a su conveniencia para analizar todo lo referente al bien jurídico, incluyendo el encontrar el bien protegido por la legislación antimonopólica chilena.

³⁰ HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Santiago: Lexis-Nexis. 2006. pp. 140-1.

³¹ CARRASCO. Op. Cit. p. 252.

³² HORMAZÁBAL, Hernán. *Política penal en el Estado democrático*. Santiago: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 37. 1984. pp. 344.

2.2 Importancia del Bien Jurídico

La importancia del bien jurídico en materia penal es, en general, indiscutida, por el uso práctico que posee a través de sus funciones y la utilidad del concepto como contrapeso al *ius puniendi* estatal. Tal prestigio genera grandes esfuerzos de la doctrina para concebir una teoría de bien jurídico que esté a la altura de ella y recopile sus múltiples funciones. Son precisamente esas tareas las que preocupan a grandes autores para conseguir una delimitación correcta de lo que significa un bien jurídico y de cuál es el bien protegido en cada delito.

Tal como se anticipaba, estas tareas son las encargadas de dotar de una faceta práctica al bien jurídico. Por lo tanto es necesario que cada función esté bien conceptualizada para su uso correcto y su implementación en el ordenamiento jurídico general, tanto en materia penal como sancionadora.

2.2.1 Funciones del Bien Jurídico³³

i. Función sistematizadora

La primera función descubierta por la doctrina es la capacidad ordenadora y sistemática de los injustos. Es decir que, atendida la protección de un bien jurídico, es viable aglutinar los injustos catalogándolos conforme a su objeto de protección.

Esta función no ve resistencia en la práctica y es tan útil para la ordenación y jerarquización de los injustos que se suele ocupar en la mayoría de los códigos penales. Por ello, cuando un Código Penal consagra las diversas figuras punibles, las describe y las clasifica en atención a un determinado bien jurídico.³⁴ En nuestro código el Libro Segundo ordena los delitos conforme al bien jurídico que protege –el título IV con la fe pública entre otros, el IX con la propiedad, etc.-. Se constituye de esta manera una comprensión más fácil de lo protegido, integra la comprensión de que es lo defendido en cada caso y la jerarquía del injusto según su afectación al bien jurídico.

Mas, esta función no posee la relevancia que tienen sus pares en la práctica, sólo es útil si se confecciona un cuerpo normativo que recoja los delitos. Pero no es de utilidad para entender cuál puede ser el bien jurídico protegido en la regulación

³³ VELÁSQUEZ. Op. Cit. pp. 162-3.

³⁴ *Ibíd.* p. 162.

antimonopólica, más allá de ayudar a compilar aquellos delitos y distinguir los pertenecientes a la legislación de protección de la libre competencia del resto.

ii. Función teleológica

Una segunda labor que hace esencial a la teoría de los bienes jurídicos es servir como pauta para constituir el núcleo central de una norma penal o sancionatoria. “*Cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido al regular una determinada figura delictiva, la interpretación lógica (...) permite descartar del tipo penal conductas que no lo lesionan o amenazan efectivamente*”.³⁵ Al enfocarse en la existencia de dicho núcleo central de protección, el legislador puede discriminar conductas que no requieren de la protección establecida o cuya afectación al bien jurídico es de un grado menor, equivaliendo una menor pena o una sanción distinta de la penal.

En consecuencia, esta función aplicada a una regulación específica necesita de una delimitación acertada y precisa del bien jurídico protegido. Por eso, dentro de un ordenamiento se mantendrán las conductas que efectivamente afectan al bien particular, es decir, las que sirvan para cumplir determinado fin, y se descartarán aquellas consideradas inocuas por no ser dignas de protección con magnitud penal.

Al terminar el análisis de la función teleológica es menester reconocer la utilidad de este concepto al permitir conocer y fundamentar una figura delictiva en particular y, por añadidura, al derecho penal en su totalidad. Una clara delimitación conlleva una mejor comprensión y legítima a la sociedad civil para cuestionar de forma informada a la autoridad por delitos que no amparan bienes jurídicos -sirviendo de base a la función crítica- y apreciar justificadamente la importancia del actuar punitivo estatal cuando sí está legitimado.

iii. Función hermenéutica o interpretativa

En tercer lugar se encuentra la función hermenéutica o interpretativa, la que permite orientar el actuar del legislador y del juez a la hora de interpretar un precepto específico, tanto para atender el real alcance de una norma, como para subsumir el actuar concreto al filtro esencial de afectación del bien jurídico que se quiere proteger.

³⁵ *Ibíd.* pp. 162-163.

De esta manera, se recoge la exigencia de emplear el poder punitivo sólo cuando la afectación del bien protegido se encuentre en juego. Esta función cumple la tarea de descubrir los alcances de una determinada prohibición, determinar causas de justificación extraordinarias, fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena.³⁶

En síntesis, esta función lo dota de un rango amplio de permeabilidad con la práctica político-criminal y con el actuar del Poder Judicial. Permite premiar a la doctrina con una practicidad excepcional del concepto que enriquece su discusión y lo conecta con la jurisprudencia de la debida legislación para entrever en la práctica la real efectividad del bien jurídico.

iv. Función crítica

Por último, la tarea más polémica, pero posiblemente la más útil e importante del bien jurídico, es la utilización crítica de un bien jurídico para la legitimación democrática de un injusto existente o en gestación. Esta función se basa en la exigencia de la sociedad civil hacia la política de aplicar el poder Estatal sólo cuando se encuentra en peligro o es dañado un bien jurídico, y por lo tanto, todo injusto que no cumpla con esta exigencia, o que proteja un bien jurídico ilusorio o ficticio, es una tipificación a la que le falta sentido y justificación.

Volviendo a la concepción crítico-material de Bustos y Hormazábal, la relación social y la posición del individuo en ella permite que se logre una constante revisión crítica del sistema penal, posibilitando una concepción científica del derecho.³⁷ Esta remodelación gradual del sistema penal también lo hace más acorde a la realidad social determinada, lo nutre de las ideas doctrinarias que se vayan gestando de una manera más rápida, lo moderniza, perfecciona y, en definitiva, en palabras del propio Bustos, lo construye en una "*herramienta para las transformaciones sociales*".³⁸

Un claro ejemplo de esta utilización se puede apreciar en conductas cuya criminalización han ido desapareciendo en el tiempo y que, vistas bajo el filtro de la función crítica, denotan una clara ilegitimidad en el precepto por no proteger ningún bien jurídico real. Roxin demuestra su utilidad para poner en jaque a los preceptos penales faltos de justificación, con el ejemplo de la descriminalización de conductas

³⁶ ABANTO. Op. Cit. p. 6.

³⁷ CARRASCO. Op. Cit. p. 244.

³⁸ BUSTOS, Juan. *Control Social y Sistema penal*. Barcelona: PPU. 1987. pp. 154-157.

homosexuales realizadas por adultos en Alemania. Señala: “*resulta evidente que tal conducta, si tiene lugar de modo consentido en el ámbito privado, no afecta a la libertad de desarrollo de nadie, no perturbando una convivencia de las personas en libertad de ninguna manera. En consecuencia, un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación conduce al postulado de la impunidad de los comportamientos homosexuales consentidos en personas adultas*”.³⁹

A modo de síntesis, es necesario recalcar la necesidad de compatibilizar esta función con el principio de subsidiariedad de la pena. Que una conducta no posea un bien jurídico real protegido trae consigo la ilegitimidad del precepto bajo esta exigencia. Pero como el derecho penal es la *ultima ratio* y es deseable buscar una práctica político-criminal que no tienda a la sobre criminalización, hay que negar que una acción que afecte un bien jurídico requiera siempre de una pena aparejada. Por ello la función crítica sólo debe de ser aplicada de un modo negativo, es decir, de suprimir penas innecesarias con el fin de un sistema penal que no transgreda la libertad y dignidad de las personas sin una justificación real en la protección de bienes jurídicos.⁴⁰

³⁹ ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Munich: Revista de ciencia penal y criminología. 2013. p. 7.

⁴⁰ BUSTOS. *Supra Cit.* 28. p. 63.

2.3 Aplicación en el Derecho Económico Sancionador

Para continuar con esta investigación no basta con haber llegado a una conclusión del concepto, los alcances y las funciones del bien jurídico. Una búsqueda que se centre en la legislación de la libre competencia requiere explicar primero cómo es viable hablar de bienes jurídicos en el derecho administrativo sancionador y, más específicamente, en el derecho penal económico.

Este problema surge de las críticas de una parte de la doctrina que niega la equivalencia del derecho administrativo sancionador con el derecho penal y pretende una separación en el núcleo de garantías y principios de ambas –cuyo exponente principal es la Escuela de Frankfurt-. Además está la complicación de sostener el principio de subsidiariedad y la propia teoría del bien jurídico en materia no penal. Y, por último, la mera existencia de bienes jurídicos colectivos que deban ser protegidos por el derecho económico es constantemente puesta en duda.

2.3.1 Argumentos a favor de su aplicación

i. Tesis formalistas del derecho penal y sancionador

Contra estas críticas surge un primer argumento sostenido por las tesis formalistas que desarrollan la idea de no discriminación entre los injustos de carácter administrativo sancionador y los delitos penales. Se basa para esto en la imposibilidad de diferenciar ontológicamente entre las sanciones de una y las penas de otra. A partir de esa idea desmenuzan los argumentos que hacen surgir su separación y llegan a la conclusión de que es una mera diferenciación del derecho positivo en pos de organizar de mejor manera sus esfuerzos y especificaciones según las necesidades consecuentes del hecho cometido.⁴¹

Niegan colocar como objeto de protección el interés de la Administración en vez de la afectación a un bien jurídico y argumentan que los principios básicos que rigen al derecho penal se encuentran a la vez presentes en el derecho sancionador. Si tales son diferentes es a razón de una mayor eficacia en su protección. Niegan la separación de ambos derechos y los consideran espacios de una actuación coordinada en la política estatal para cumplir su función constitucional.⁴²

⁴¹ MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Comares: Granada. 2004. pp. 347 y ss.

⁴² CORDERO, Eduardo. *El Derecho administrativo y su relación con el derecho penal*. Santiago: Revista de Derecho. 2012. p. 155.

Por ende, una concepción de bien jurídico como la analizada no sólo es compatible con el derecho sancionador, sino que, debido a la importancia de algunas sanciones y de los principios que lo rigen, es elemental que estas sanciones estén amparadas por bienes jurídicos y no por vagos preceptos alternativos, como la obediencia al Estado o el interés de la Administración.

ii. Bienes colectivos en el modelo crítico-material de los bienes jurídicos

Como segundo y último punto, la idea de bienes jurídicos colectivos protegidos por el derecho administrativo sancionador y por consiguiente la protección de ellos en el derecho penal económico, es acorde, si no esencial, con la conceptualización de bien jurídico sostenida por este trabajo y elaborada por Bustos-Hormazábal, ya que se basa en el carácter micro y macrosocial de su protección. Si es entendida de esta manera, esta dualidad se vuelve ilusoria y la noción de bienes jurídicos colectivos a proteger en el derecho económico se convierte en esencial.

Dicha elaboración de la teoría del bien jurídico hunde sus raíces en la base del sistema social. El funcionamiento del sistema social, así, ha de promover positivamente el máximo desarrollo de la persona, como las relaciones de la persona como ente, protegiendo los bienes de carácter microsociales y aquellos no directamente ligados a ellos.⁴³ Tales serían bienes jurídicos colectivos, como la calidad del medio ambiente o el correcto funcionamiento de las concesiones, cuya existencia estaría basada en una relación teleológica para asegurar el funcionamiento de aquellos con carácter microsociales, como la salud o la propiedad. Pero, al mismo tiempo, se encuentran subordinados a ellos, por ser los que asientan las bases del sistema y que buscan asegurar su funcionalidad.⁴⁴

Por último, el propio Bustos⁴⁵ explica la necesidad de mantener su teoría del bien jurídico en materia penal económica justificándola en lo poco acertado de otras alternativas. Para eso argumenta la dificultad práctica de explicar determinados injustos económicos con bienes individuales en vez de colectivos –por ejemplo la evasión fiscal, con el patrimonio-. Y finalmente expresa los problemas que trae la alternativa de tratar dichos injustos como delitos de peligro abstracto, por vulnerar principios básicos como el de culpabilidad y la presunción de inocencia.

⁴³ BUSTOS, Juan. *Perspectivas actuales del derecho penal económico*. Santiago: Gaceta Jurídica. 1991. p. 7.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 9.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 8.

iii. Colusión como delito penal económico

Aceptadas las tesis formalistas que difuminan la línea entre el derecho penal y el administrativo sancionador, y recayendo en la posibilidad de bienes jurídicos colectivos, toca revisar por qué, a nuestro juicio, la tipificación de la colusión demuestra la armonía entre la idea de bien jurídico y el derecho penal económico.

El artículo 62 del actual Decreto Ley N° 211 sanciona la colusión al establecer: *“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”*.

De este artículo podemos rescatar dos características. Primero, que se sanciona con pena aflictiva la colusión. Y, segundo, que protege intereses propios de un bien jurídico supraindividual: la libre competencia -sin adentrarnos, por ahora, en la significación de la libre competencia como valor a proteger-.

Tanto el bien jurídico que protege, como el objetivo de su dictación y la ubicación del delito, dan a entender que pertenece a la rama del derecho económico. Un delito que daña a la libre competencia es, por razones obvias, materia de estudio de esta rama del derecho. Aún así, posee una sanción de carácter penal. Por lo tanto, es importante que el *“tratamiento de este injusto anticompetitivo respete las garantías fundamentales para el mayor reproche jurídico, como el juicio justo y el principio de legalidad”*.⁴⁶

Según lo expuesto, el bien jurídico es el contrapeso de la sanción. Por ello, las garantías fundamentales que son vulneradas con la sanción están justificadas por la afectación del bien jurídico. De ello podemos concluir que los injustos anticompetitivos no pueden desligarse de esta máxima. Sin importar si la conducta pertenece al derecho administrativo sancionador o al derecho penal, no puede existir este delito sin un bien jurídico que lo respalde. Sobre todo con las altas penas emparejadas.

⁴⁶ SANTANDER, Boris. *El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales*. Santiago: Revista Anales Derecho UC. Tema Libre Competencia. Vol 5. 2009. p. 41.

Aquí la colusión es el ejemplo clarificador que demuestra lo antes discutido. Es un delito económico, y la protección del bien jurídico de la libre competencia es inherente a él. No es posible concebirlo sin ese respaldo esencial como tampoco a los demás injustos anticompetitivos.

Es más, en un Estado de Derecho democrático no sólo es necesario, sino imprescindible que los delitos económicos estén justificados por un bien jurídico, pues aquellos son cada vez más importantes para la sociedad y el legislador les asocia crecientemente mayores penas. Sin importar el carácter administrativo sancionador o derechamente penal que se les otorgue, pues la sanción parece tener que ver, más que con la naturaleza del injusto, con decisiones de política criminal, como lo demuestra la evolución del Decreto Ley N° 211, que en un principio contenía la opción de sanción criminal, luego no, y ahora de nuevo, aunque limitada a los carteles.

iv. Síntesis

En conclusión, no concebir al derecho sancionador, al menos al de mayor gravedad, como ente paralelo al derecho penal, es inconveniente e injustificado desde un punto de vista sustancial. La teoría critico-material es incompleta si no atiende al amplio rango de bienes jurídicos de carácter macrosocial o colectivos. Una diferenciación que aborde el derecho penal económico sin utilizar los bienes jurídicos trae consigo incompatibilidades y problemáticas que son fácilmente solucionadas por la misma teoría. Hay un sinnúmero de delitos e infracciones que requieren de un bien jurídico para su justificación, dadas las graves sanciones aparejadas.

II. PARTE GENERAL

3. El Bien Jurídico protegido en el Derecho Comparado de la Libre Competencia

3.1 Estados Unidos

Sólo después de conceptualizar el bien jurídico, es posible aplicar dicha concepción en la búsqueda de lo protegido en la defensa de la libre competencia. Primero en el derecho comparado y después en el chileno.

Es menester empezar por la regulación *antitrust* de los Estados Unidos, debido a su influencia a nivel global y, específicamente, porque Chile se basó en buena medida en ella para construir su legislación.

Para esto, primero se repasarán los cuerpos legales que conforman la normativa *antitrust* del país, principalmente Sherman Act y Clayton Act. En segundo lugar, caracterizaremos y expondremos los argumentos a favor y en contra de las doctrinas principales. Para finalizar, las compararemos según su lógica legal, importancia jurisprudencial y la forma en que responden a sus críticas.

3.1.1 Legislación *antitrust* de EE.UU.

i. Sherman Act

Sherman Act es uno de los primeros textos legales que versan sobre la defensa de la libre competencia. Tiene su origen en la necesidad de combatir los conglomerados monopólicos que controlaban gran parte de la economía estadounidense. Abusaban de los consumidores imponiendo precios y dañaban a los pequeños negocios que intentaban competirles, mediante conductas exclusorias. Tal era la disparidad que, en caso de sobrevivir a esas prácticas, los pequeños eran adquiridos por los *trusts*, perpetuando su poder monopólico.⁴⁷

En 1890 el Congreso estadounidense decide regular, atendido el creciente descontento de los consumidores, pequeños competidores y de movimientos agrarios que discutían el poderío y control que tenían estos conglomerados,⁴⁸ del rechazo de la clase media dueña de pequeños negocios y de la preocupación por la concentración del poder socio-político-económico en manos de pocas personas.

⁴⁷ CHANDLER, Alfred Jr. *The visible hand: the managerial revolution in american business*. Cambridge: Harvard University Press. 1977. pp. 321-325.

⁴⁸ THORELLI, Hans. *The federal antitrust policy: Origination of an american tradition*. Baltimore: Johns Hopkins Press. 1955. pp. 58-60.

Se aprueba, con un apoyo casi unánime, después del famoso discurso del Senador John Sherman, en el Congreso de los EE.UU, la nueva ley: “*Si no vamos a soportar un rey como un poder político, no debemos soportar un rey sobre la producción, el transporte y la venta de cualquiera de las necesidades de la vida*”.⁴⁹

Sherman Act es un texto bastante breve y sencillo:

Art 1. Los contratos, combinaciones en forma de *trusts* o conspiraciones que restrinjan el comercio (...) quedan declarados ilegales. Quien realice algún contrato o entre en alguna combinación o conspiración de las declaradas ilegales en esta ley será considerado culpable (...) y sancionado con multa (...) o prisión que no excederá los tres años, o ambas.

Art 2. Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o acuerde o conspire con otras personas para monopolizar el comercio (...) será considerado culpable (...) y sancionado con multa (...) o prisión que no excederá los tres años, o ambas.⁵⁰

Sherman Act sanciona dos tipos de conductas, cuyos elementos han sido demarcados por la jurisprudencia estadounidense a lo largo de su historia.

Primero se sanciona la colusión. El texto legal penaliza aquel contrato o cualquier forma de acuerdo que restrinja al comercio interestatal o con otras naciones. Y segundo, se sanciona la monopolización o el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o con otras naciones.

La jurisprudencia fue desarrollando los requisitos de configuración de estas conductas. Así, se estableció que era necesaria una restricción injustificada o no razonable, de la competencia, pues habían algunas que podrían ser eficientes, aunque las conductas más graves, como los carteles, se estimaron excluidos de justificación. Se estableció, entonces, la distinción entre restricciones *per se* censurables, aquellas formas de

⁴⁹ “*If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life*” SHERMAN, John. *Discurso al Congreso de los EE.UU. en la discusión del Sherman Act*. 1890.

⁵⁰ Traducción de COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 2009. Texto oficial:

https://www.ourdocuments.gov/doc_large_image.php?flash=false&doc=51: “*Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*”

Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

colusión más graves, y otras, la generalidad, que debían ponderarse bajo la *regla de la razón*.

ii. Clayton Act

En 1914 surge el segundo gran cuerpo normativo, Clayton Act, con el fin de enmendar y fortalecer Sherman Act, abarcando conductas y prácticas que seguían siendo toleradas, como las fusiones o *mergers* con fines anticompetitivos o monopólicos,⁵¹ que ahora pasaron a ser ilícitas, así como prácticas cercanas, como el *interlocking*.

Clayton Act también sanciona las discriminaciones de precio entre compradores y las ventas atadas, cuyo efecto sea disminuir sustancialmente la competencia, tienda a crear un monopolio o busque dañar, disminuir o restringir la competencia.

En base a esta nueva ley, la Escuela de Chicago ha sostenido una interpretación según la cual sólo deben ser sancionados solo aquellos casos que no contribuyan a la eficiencia. Timothy J. Muris explica que una interpretación distinta tiene como efecto el “*contrario al propósito de las leyes antitrust ya que los beneficios procompetitivos de la eficiencia probablemente superarán a cualquier efecto anticompetitivo*”.⁵²

Pero no es una interpretación pacífica. Otros argumentan que este criterio es un obstáculo a una efectiva fiscalización de fusiones que tiendan a aumentar o generar un poder monopólico.⁵³ Se amparan en el sentido original de su dictación y diversos fallos de la Corte Suprema –como EE.UU. vs. Brown Shoe de 1955⁵⁴– que niegan dicho criterio.

iii. Cuerpos legales posteriores

Más adelante, Robinson-Patman Act, en 1936, consiste en una enmienda al Clayton Act. Sanciona las *vertical mergers* y prohíbe los *discrimination prizes* vía imposición de un precio mínimo a los minoristas. Ambas prácticas pueden, sin embargo, ser justificadas por los costos o la necesidad de igualar el precio de un competidor. Ya que mediante estas prácticas las cadenas comerciales disminuían la poca probabilidad de los pequeños empresarios de competir contra ellas.

⁵¹ MARTIN, David. *Mergers and the Clayton Act*. Los Ángeles: University of California, Berkeley and Los Angeles. 1959.

⁵² MURIS, Timothy. *The efficiency defense under Section 7 of the Clayton Act*. Cleveland: Western Reserve Law Review. 1980. p. 431.

⁵³ *Ibid.* pp. 381-384.

⁵⁴ USA v. Brown Shoe Co. Supreme Court. 1962.

Posteriormente en 1950 se aprueba el Celler-Kefauver Act. Este subsana un vacío legal del Clayton Act. Penaliza la compra de bienes de los competidores como forma de adquirir o fusionar empresas, práctica no sancionada anteriormente.

Por último, Hart-Scott-Rodino Act, de 1976, prohibió las fusiones sin la autorización previa y definitiva de Federal Trade Comision –en adelante, F.T.C.-, además de facilitar la demanda por daños, característica propia de la legislación estadounidense.

3.1.2 El Bien Jurídico protegido en la Legislación *antitrust* de EE.UU.

En este apartado revisaremos cuatro principales doctrinas estadounidenses acerca del bien jurídico protegido. El bienestar del consumidor –o *consumer welfare*–; la eficiencia económica; el bienestar general –o *general welfare*–; y, por último, la libertad para competir.

Una vez analizadas críticamente cada una de ellas, se hará una síntesis que compare su relevancia jurisprudencial actual y algunos argumentos a favor y en contra.

a. Bienestar del Consumidor

La primera postura defiende que el bienestar de los consumidores es la meta principal de la legislación estadounidense. Dicha concepción tiene un gran apoyo por parte de la doctrina, ya que confía que es el propósito inicial de la creación de Sherman Act y otros textos posteriores. Se basan, principal –pero no exclusivamente–, en buscar una mejora de la producción que afecte de manera positiva a los consumidores.

Actualmente esta doctrina se ha modernizado para abarcar otras necesidades propias de la protección de la libre competencia. El profesor Robert Lande explica el llamado *consumer choice*. Una forma moderna del bienestar del consumidor, definido como: “*situación en la que el consumidor tiene el poder de definir sus propios deseos y la capacidad de satisfacer estos deseos a precios competitivos*”.⁵⁵ Para él, una práctica sancionada por la ley *antitrust* debe ser entendidas “*como una actividad que restringe de manera irrazonable la totalidad de las opciones de precio y de no precio que de otro modo habrían estado disponibles*”.⁵⁶ Es decir, se aplica un test de costos y beneficios del mercado, de forma que asegure una cantidad de opciones al consumidor, no infinitas –porque puede perjudicar al mercado–, pero suficientes y a un precio competitivo.⁵⁷

Esta postura busca en el beneficio del consumidor una alternativa más acorde y objetiva de enfocar las disputas que se dan en la práctica. Además, lo consideran un objetivo más realista y alcanzable. Porque trae como consecuencia, a través de un

⁵⁵ LANDE, Robert. *Consumer Choice as the Ultimate goal of Antitrust*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Law Review. Vol. 62. 2001. p. 503.

⁵⁶ AVERITT, Neil y LANDE, Robert. *Using the Consumer Choice approach to Antitrust law*. Chicago: Antitrust Law Journal. 2007. p. 182.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 185.

raciocinio más lógico, una mejoría en la economía -o su equilibrio- en conjunto con un aporte tangible con resultados evidenciables.⁵⁸

Debido a esto es que diversas sentencias han fallado preferentemente por esta solución. Tanto por el *consumer welfare* tradicional, como adoptando la teoría del *costumer choice*.

En el primer grupo tenemos el caso *Weyerhaeuser Co. vs. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* de 2007.⁵⁹ Ahí la Corte Suprema decidió en favor de la protección del consumidor, en contra de la eficiencia del mercado. En el caso, el demandante acusaba que la contraparte lo llevó a la bancarrota mediante *predatory buying* - comprar materia prima necesaria para un producto, así aumentar su precio y excluir a la competencia-.

La Corte calculó si esta práctica buscaba aumentar el poder de mercado de la empresa. Usó el estándar de “probabilidad peligrosa” para saber la posibilidad de que el demandado pudiera recuperar sus pérdidas. Lo interesante del caso es que el prisma central fueron los efectos negativos a los consumidores por la quiebra del demandante. Descartando los parámetros de eficiencia que se generarían tras la bancarrota de *Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, se falló a favor de la demandante en pos de proteger a los consumidores de ese mercado.⁶⁰⁶¹

Como ejemplo del *costumer choice*, la Corte Suprema usó este modelo en el famoso caso *EE.UU. vs. Microsoft Corp.* de 2001.⁶² Microsoft perjudicaba a los otros *browsers* que le competían al amarrar el *browser* Internet Explorer al sistema operativo Windows, abusando así de su poder de mercado.

En dicho caso, el juez Thomas Jackson prefirió tomar una ruta que le condujera a contemplarlo desde una perspectiva del bienestar del consumidor. Lo hizo al analizar el mercado relevante según la posibilidad del usuario de sustituir al producto con otro compatible, ver los daños que trae en innovación y la posibilidad futura del consumidor de tener libertad de elección. Concluyó que, mediante esta práctica de productos atados, se perjudicaba la entrada y permanencia en el mercado de sus competidores, lo que llevaría a una lesión al interés de los consumidores.

⁵⁸ LANDE. Op. Cit. pp. 504-505.

⁵⁹ Véase SOTO, Jesús. *La protección al consumidor como finalidad primordial de la Defensa de la competencia*. Chía: Dikaion. Vol. 23-2. 2014. p. 387-91.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 390.

⁶¹ OYEZ. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.* (n.d.). [en línea] <https://www.oyez.org/cases/2006/05-381> [consulta 23 mayo 2020].

⁶² Véase LANDE. Op. Cit. pp. 511-514.

A modo de síntesis, esta postura del bien jurídico ha encontrado mucho apoyo en la jurisprudencia. Pero también ha sabido actualizarse para congeniar sus postulados con nuevas prácticas anticompetitivas, en donde antes no se lo relacionaba o cuyo valor como bien jurídico no influía en su explicación o aplicación. Tales son los precios predatorios –que a la larga perjudican al consumidor- o fusiones con beneficios claros de innovación y precios menores a los consumidores, pero cuyas consecuencias al faltar una competencia eficaz suelen ser peores, a largo plazo.

De esta manera, se puede entender cómo esta evolución ha acrecentado la validez de esta postura en la praxis y doctrina., alzándola como uno de sus principales exponentes.

i. Críticas y Contra críticas

Una primera crítica al bienestar del consumidor es que su utilización es indebida. Ya que no le corresponde a esta materia, sino a la rama del derecho cuyo fin es proteger los derechos del consumidor. En EE.UU. es la F.T.C. quien se encarga de esto, pero a través del *Bureau of Consumer Protection*, quien no se preocupa directamente de la libre competencia.

Ante esta objeción, los adherentes dan a entender que lo ideal es congeniar las dos finalidades para entregar una protección más efectiva. Ambas regulaciones comprenden tareas diferentes, pero complementarias. Asimismo, es necesario armonizar el trabajo de la F.T.C. para dar una real protección al consumidor en todas sus facetas.⁶³

Otra problemática es la visión reducida que significa tornar toda la protección de esta legislación sólo a un grupo particular de la economía. El mercado está conformado por múltiples agentes y todos merecen protección. Si se prioriza a un grupo determinado se posibilita el abuso hacia los otros entes involucrados.

Podemos encontrar dos facetas de esta crítica. La primera, con respecto a aquellos casos en que una práctica supuestamente anticompetitiva fuera posible bajo el pretexto de darles mayores beneficios a los consumidores. Por ejemplo, conductas predatorias que disminuyan la competencia, pero correspondan con productos mejores o más baratos, incluso a largo plazo. En este caso, los competidores deberían soportar

⁶³ AVERITT, Neil. y LANDE, Robert. *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*. Chicago: Antitrust Law Journal. Vol. 65. 1993. p. 713.

conductas ilícitas, que les causan un enorme daño, amparadas por el bienestar al consumidor.

Finalmente, la segunda forma es la prohibición de aquellas fusiones que signifiquen claros avances tecnológicos y reduzcan costos, que podrían prohibirse de existir algún detrimento hacia los consumidores.⁶⁴

b. Eficiencia Económica

La segunda doctrina se centra en la eficiencia económica. Se explica, someramente, que la eficiencia consiste en que *“no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra”*.⁶⁵

Así, los adherentes a esta escuela castigan las prácticas anticompetitivas por la ineficiencia que genera a un mercado específico y a la economía en general, pero no por el daño a los consumidores, no al menos directamente. De esta manera, se ensimisman alzando los análisis económicos como la principal forma de medir estos efectos, y niegan cualquier posibilidad de que la libre competencia busque otras metas sociales.

Esto se demuestra en la forma en la que Robert Bork explica la necesidad de penar a los monopolios sólo cuando se justifique por una pérdida de eficiencia *“y la teoría económica provee los medios de evaluar los tamaños probables de las ganancias y pérdidas”*⁶⁶. Timothy Muris critica la censura a fusiones que tiendan a aumentar el poder de mercado de una empresa, sin tener en cuenta las ganancias en la eficiencia que podrían conllevar. En sus palabras: *“la eficiencia puede justificar algunas fusiones que incrementan el poder de mercado”*.⁶⁷

Esta doctrina se origina a mediados de los años 60, cuando las Escuelas de Chicago y Virginia enfocaron sus análisis y propuestas económicas al derecho de la libre competencia. Motivados por la forma proteccionista en que la F.T.C. intervenía en la regulación, en desmedro del desarrollo económico de las grandes empresas. Logra gran popularidad por el reconocimiento internacional de sus postulados y por el apoyo

⁶⁴ Como lo ejemplifica Hovenkamp: *“In his view, for example, a practice that increased consumers' surplus by one cent but had no effect on producers' surplus would be preferable to a policy that increased producers' surplus by one million dollars but did nothing for consumers”*, en HOVENKAMP, Herbert. *Chicago and its alternatives*. Durham: Duke Law Journal. 1986. p. 1018.

⁶⁵ COLOMA. Op. Cit. p. 20.

⁶⁶ CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey. *Modern industrial organization 4th Edition*. Londres: Pearson. 2005. p. 79.

⁶⁷ MURIS. Op. Cit. p. 384.

de la administración de Ronald Reagan. Hasta que se convierte en la doctrina dominante en la jurisprudencia a mediados de los 70.

Está respaldada por la teoría económica que postula un beneficio futuro al consumidor, porque, en palabras del profesor Bork: “*beneficia necesariamente al consumidor al reducir el costo de los bienes y servicios o al aumentar el valor del producto o servicio ofrecido*”.⁶⁸ Por ende, conlleva una mejora no sólo en la economía - al deshacerse de las ineficiencias- sino que también en los productos que recibirán los consumidores. Además, tiene la ventaja de alejarse del proteccionismo que imperaba en la época, dejando funcionar libremente al mercado sin intervención estatal.

Sus influencias son enormes. Incluyen cambiar la forma de ver los ilícitos *per se* y justificar ciertas prácticas anticompetitivas por la eficiencia que puedan traer. Como en materia fusiones o restricciones verticales ante el problema del *free riding*.

La teoría fue poco a poco tomando fuerza hasta lograr convertirse en la dominante.⁶⁹ Pero, es en el cambio de paradigma en los casos de restricciones verticales donde más se evidencia su influjo. En los casos posteriores a *Continental Television vs. GTE Sylvania* y *White Motors vs. EE.UU.* se empezó a aceptar estas restricciones – limitaciones en aspectos no relativos al precio en la distribución de un producto- para combatir la amenaza de los *free riders* –aprovechamiento de distintas medidas que hacen posible una baja de precio del producto, pero sin soportar los mismos costos, facilitando un precio menor sin merecerlo⁷⁰- que atentaban contra la mejoría de las formas de venta y el avance tecnológico, pues niegan beneficios a la empresa principal, redirigiéndolos a terceros que no soportan sus costos.

En estos fallos la Corte Suprema admitió la aplicación de la eficiencia como método de análisis económico. Se aleja de la interpretación de ilegalidad *per se* –como se falló en el caso *EE.UU. vs. Arnold Schwinn and Company*- y se da paso a una nueva interpretación legal,⁷¹ aplicando las variables económicas impulsadas por esta doctrina.

Como se puede advertir, la importancia de esta escuela de pensamiento es inmensa en EE.UU. La utilización de la economía como instrumento y las múltiples aplicaciones prácticas ante casos difíciles de resolver, son razones suficientes para apreciar a la eficiencia económica como bien jurídico protegido. Pero, al mismo tiempo, estos

⁶⁸ BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books Inc. 1978. p. 7.

⁶⁹ Para ver distintas interpretaciones a fallos de la época MURIS. Op. Cit. pp. 402-416.

⁷⁰ Véase POSNER, Richard. *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*. Chicago: University of Chicago Law Review. 1977. pp. 6-7.

⁷¹ *Ibíd.* pp. 12-20.

avances y su predominio en la jurisprudencia trajeron múltiples críticas en varios sectores de la doctrina.

i. Críticas y Contra críticas

Primero, por el carácter secundario al bienestar de los consumidores. La doctrina del *consumer welfare* formula que, si bien en sus postulados la eficiencia dice ser su sinónimo, se da clara prioridad a la primera. El problema surge porque la relación causal entre ambas es dudosa.

La teoría de la escuela de Chicago confía en que, a la larga, un mercado eficiente traerá beneficios a los consumidores, mediante mejores o más baratos productos o un avance tecnológico que les favorezca. Lamentablemente, debido a nuevas conductas económicas -algunas derechamente ilegales-, a la evolución de los mercados y la nueva forma de distribución de beneficios de las empresas, se han creado un abanico de formas de arrebatar a los consumidores estos beneficios.⁷²

Es por eso que las autoridades y los jueces han preferido “*proteger a los consumidores de los comportamientos anticompetitivos que ‘les explotan’ -al transferir de forma ilícita la riqueza de aquellos a las empresas-, antes de incrementar la eficiencia*”.⁷³ Al nublarse su fin original el pilar en que se erigía se derrumba.

Otra crítica proviene del concepto mismo de eficiencia. La eficiencia puede ser locativa –la distribución de recursos a quien le dé el mejor uso-, dinámica –los beneficios que se llega por innovación o tecnología-, o productiva –producción y distribución al menor costo-.⁷⁴ Pero, “*debido al potencial de conflicto entre los tres tipos de eficiencia, la forma de decisión antimonopólica a veces requiere un ranking y sopeso de las tres eficiencias, aunque esto sólo raramente ha sido hecho explícito*”.⁷⁵

Esta incertidumbre en sus bases es problemática principalmente para este trabajo, puesto que buscamos un bien jurídico delimitado y bien definido. Sin solucionar esta traba no es útil para el fin particular de este estudio.

Una última crítica es la preferencia de la economía como método analítico y decisorio en la legislación *antitrust*. Su preferencia por el uso de principios económicos por

⁷² SOTO. Op. Cit. p. 371.

⁷³ *Ibid.* p. 370.

⁷⁴ FOX, Eleanor. *The Efficiency Paradox*. Nueva York: NYU Law and Economics Research Paper. 2008. pp. 77-78.

⁷⁵ FOER, Albert. *On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-minded Goal of Antitrust*. Nueva York: SAGE Journal, The Antitrust Bulletin. 2015. p. 107.

encima de los legales aliviana sus argumentos. Pierden la legitimidad del carácter imperativo de una norma y lo reemplazan con estudios económicos.

En conclusión, hay que remarcar que esto es incluso más grave. Debido a que la eficiencia postula que la legislación antimonopólica abogue necesariamente por metas enfocadas sólo en la economía. Por lo cual “*otros valores importantes como seguridad, confiabilidad, o salud ambiental son excluidos de consideración*”.⁷⁶

c. Bienestar General

En tercer lugar, se postula que el bienestar general del mercado –*general welfare*– es el bien protegido por la libre competencia. Surge en contraposición al *consumer welfare*. Defiende la competencia al prevenir la formación de empresas con alto poder de mercado. Y rechaza las economías muy concentradas, pues disminuyen este bienestar general al no poder funcionar en plenitud.

Así, se defiende la presunción de ilegalidad de las fusiones y adquisiciones que hagan a una empresa obtener, aumentar o ejercer un gran poder de mercado. Sin importar el beneficio potencial a los consumidores.⁷⁷

Esta visión nace con la Escuela de Harvard –pero es más amplia que ella–, que dominó la jurisprudencia estadounidense en la década de los 60 y primera mitad de los 70. Surge inspirada en la necesidad de combatir la concentración económica y proteger a los competidores contra el poder ostentado por grandes conglomerados.

Se basa en una interpretación amplia de los cuerpos legales, para llegar a la conclusión de que buscan proteger la idea de un mercado competitivo, por encima del bienestar de los consumidores. Postulan que en mercados altamente concentrados es más probable incurrir en conductas anticompetitivas, por lo que es preferible controlar su concentración, incluso cuando abaraten los costos y precios, beneficiando a los consumidores.⁷⁸

Un caso ejemplar de esta postura es EE.UU. vs. Philadelphia National Bank de 1963. La Corte Suprema negó la fusión de dos bancos por temer que el poder adquirido conllevaría un detrimento para la competencia. Lo relevante de casos como éste es la forma tajante de rechazar fusiones que se defendían con la eficiencia económica o el

⁷⁶ *Ibíd.* p. 116.

⁷⁷ PIRAINO, Thomas. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana: Indiana Law Journal. Vol. 82. 2007. p. 346.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 349.

beneficio directo a los consumidores, pues disminuían la competencia. La Corte enfatiza: “Una fusión cuyo efecto puede ser sustancialmente disminuir la competencia no se salva porque, en algún último cálculo de los débitos y créditos sociales o económicos, pueda considerarse beneficiosa”.⁷⁹

Esta escuela de pensamiento es responsable de cambios significativos en la interpretación legal, como el endurecimiento del tratamiento a los precios predatorios. Bajo una perspectiva enfocada en la protección eficaz de la competencia, se idearon reglas concisas para identificar y combatir estas prácticas.⁸⁰ Determinaron la predación de precios en términos del costo marginal a corto plazo (SRMC) y, en caso de su difícil delimitación, la posibilidad de subrogarlo con el promedio de costos variables (AVC),⁸¹ considerando ilegales los precios que se sitúen bajo estos márgenes. Con ello logra entregar una manera objetiva, simple y sumamente útil de identificar estas conductas.

Su popularidad se debió también a que da certeza a los competidores en su actuar, porque permite advertir fácilmente cuáles conductas son ilegales y su margen de comportamiento. Claro contraste con la eficiencia, porque no hacían falta complicados análisis económicos que determinen la ilegalidad de las conductas, logrando así uniformidad y simplificando la función de los jueces a la hora de juzgar.⁸²

Aún así, tras el paso del tiempo y al verse claramente desfasados en la jurisprudencia de los 80, evolucionó sus postulados. El diálogo académico con las Escuelas de Chicago y Virginia propició que tendieran a convergir sus ideas. La escuela de Harvard adoptó ciertos aspectos del análisis económico del derecho, pero orientados al *general welfare*.

Un ejemplo paradigmático es el cambio de opinión de los profesores Philip Areeda y Donald Turner en su libro *Antitrust Law*.⁸³ En él plantearon una visión diferente sobre la práctica de los productos atados. Expresan la necesidad de dejar de lado la ilegalidad *per se* en las restricciones verticales⁸⁴ y admiten los beneficios de las *franchises fees* -“a entrada voluntaria del demandante en el (...) negocio demostró que el cargo incremental por el artículo vinculado era lo que el demandante estaba

⁷⁹ USA v. Philadelphia National Bank. Supreme Court. 1963

⁸⁰ Para su desarrollo con argumentos científico-económicos Véase AREEDA, Phillip y TURNER, Donald. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Cambridge: Harvard Law Review. 1975.

⁸¹ AREEDA, Phillip y TURNER, Donald. *Williamson on Predatory Pricing*. New Haven: Yale Law Journal. 1978. p. 1338.

⁸² PIRAINO. Op. Cit. pp. 349-350.

⁸³ HOVENKAMP, Herbert. *Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis*. Nueva York: SAGE Journal. The Antitrust Bulletin. 2010. pp. 617-621.

⁸⁴ AREEDA, Phillip, HOVENKAMP, Herbert y TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust principles and their application*. Los Angeles: Aspen & Law Business. 1978. p. 253.

*dispuesto a pagar por la franquicia*⁸⁵-. Incluso plantean la posibilidad que estos se cobren diferenciadamente basándose en los *revenues* de la empresa -“*una cuota de franquicia basada en los ingresos habría sido claramente legal y habría no causado ningún daño mayor*”⁸⁶-.

i. Críticas y Contra críticas

Esta visión ha recibido fuertes críticas. Sus disidentes niegan que la intención del Sherman Act sea la desconcentración del mercado en pos de la protección de la competencia.

Reprueban que su enfoque principal no sean los consumidores, ya que estos son los más afectados por las prácticas anticompetitivas. Dicen que todas las fallas de mercado o conductas anticompetitivas conllevan la privación, a corto o mediano plazo, de los beneficios característicos de un mercado competitivo.⁸⁷

Ante estas críticas, se responde que aquella visión de la libre competencia como herramienta de protección del consumidor es sumamente acotada. Agregan que, a la larga, el *general welfare* se convierte también en *consumer welfare*, pero de una manera más segura. Incluso el bienestar general sirve como herramienta para proteger a los competidores, que han sido apartados de la discusión y merecen igual protección.⁸⁸

Luego, son juzgados por su proteccionismo económico, no acorde con la sociedad estadounidense de los 70s y 80s -principal razón del desmedro en su aplicación-, lo que contrasta con la permisividad de la escuela de Chicago y Virginia, que alzó a la eficiencia en la discusión doctrinaria y jurisprudencial.

Como ya mencionamos, su respuesta fue incorporar ideas de la eficiencia, temperando su ideología. Un ejemplo son algunas *vertical integrations*, que en un comienzo se concebían ilegales *per se*, y que luego se aceptaron, generando otro cambio de opinión de Areeda y Turner.⁸⁹

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibid. p. 254.

⁸⁷ SOTO, Op. Cit. pp. 370-375.

⁸⁸ HOVENKAMP, Herbert. *Distribute Justice and Consumer welfare in Antitrust*. New York: Faculty Scholarship. 2013. pp. 6-14.

⁸⁹ “*without substantial market power at any one production or distribution stage, vertical integration lacks antitrust significance*”, AREEDA, HOVENKAMP y TURNER. Ibid. p. 66.

Mas siguen teniendo conflictos irreconciliables con esa doctrina. Como en el escrutinio de las restricciones verticales. Postulan usar como filtro el poder de mercado y los efectos adversos a los competidores. Mientras que Bork sostiene que “*cualquier restricción vertical debería ser completamente legal*”.⁹⁰

Esta última práctica evidencia el disentimiento irreconciliable con una de las bases de la legislación *antitrust*: el dilema entre la regulación estatal y la libre actuación del mercado. La regulación constante del mercado es enemigo natural de la eficiencia, que prefiere al Estado lejos de la economía. Pero, a nuestro parecer, la vigilancia estatal es la alternativa correcta, ya que permite limitar al mercado lo suficiente para que funcione de mejor manera. Y, por encima de todo, evitar abusos y crisis que la historia ha evidenciado.

d. Libertad para Competir

Por último, es menester mencionar la doctrina que postula la libertad para competir como bien jurídico. Se diferencia de las demás en que el valor propuesto es previo a los resultados de las conductas anticompetitivas. De esta manera sólo debe apreciar las condiciones actuales de los agentes del mercado, buscando que puedan funcionar como competidores reales, sin ataques de otros agentes del mercado.

Comparte con el *general welfare* la desconfianza por mercados muy concentrados, por la dificultad de que en ellos se maximicen los beneficios del comercio. Pero no analiza de forma económica los resultados inciertos de una práctica para saber si es anticompetitiva, sino que juzga la posibilidad de que afecte la libertad para competir. Tampoco trata preferencialmente a negocios más pequeños, ya que renunciaría a la eficiencia de aquellos agentes económicos más poderosos. No opta por negocios poco rentables, sólo por un ideal de preservar los intereses de los más débiles.⁹¹

Esta postura *ex ante* del derecho económico propone igualar las capacidades de competir, aunque en derechos y opciones, no en resultados o poder económico. De esta manera, propicia crear un clima adecuado para surgir y desarrollarse, sin miedo a ser dañados o adquiridos por otros con mayor poder de mercado. Al fin de cuentas su futuro va a depender únicamente de su valor y méritos propios.

⁹⁰ BORK Op. Cit. p. 288.

⁹¹ KORAH, Valentine. *An introductory guide to EC Law and practice*. Londres: Sweet &Maxwell. 1994. p. 106. Traducción de SOTO. Op. Cit. p. 365.

Esta visión se puede apreciar en el caso EE.UU. vs. Alcoa de 1945. Fallo emblemático, que ha sido interpretado desde la eficiencia hasta la defensa de valores sociales no económicos. Lo interesante es que no había conductas desleales en su formación, pero el poder de mercado de Alcoa era tal que imposibilitaba una real libertad para competir y, al mismo tiempo, no permitía una competencia efectiva en el mercado.⁹² También, el juez Learned Hand se inclina en el caso Columbia Steel Co. de 1948, por desintegrar un monopolio del mercado del acero, para promover la competencia del sector: “... el tamaño en la industria del acero es la medida del poder de un puñado de hombres sobre nuestra economía. Ese poder puede ser utilizado con la velocidad del rayo. Puede ser benigno o puede ser peligroso. La filosofía de la Ley Sherman es que no debiera existir. Porque todo poder tiende a convertirse en un gobierno en sí mismo. El poder que controla la economía debería estar en las manos de los representantes electos del pueblo, no en las de una oligarquía industrial.”⁹³

La ventaja de analizarlo desde el prisma de la libertad es que agrupa tanto parámetros sociales como una interpretación pro eficiencia. Porque ambas son producto del perjuicio causado a la libertad de competir, mientras que la alternativa resultaría en una respuesta incompleta al problema.

Para finalizar, recalcar la importancia de cumplir con los estándares que caracterizan a un bien jurídico –mencionados en 2.-. En otras palabras, ser un “algo” producto de las relaciones y posiciones de los individuos en su interacción con objetos y entes de la estructura social –cómo propone el modelo crítico material-, y que incluso permita cumplir con las funciones propias de los bienes jurídicos –sistematizadora, teleológica, interpretativa y crítica-. Ventaja que cumple la libertad para competir.

i. Críticas y Contra críticas

La primera gran objeción, es que los estudios y análisis que tanto han aportado a mejor comprender del fenómeno de la libre competencia, se tornan inútiles en presencia de un concepto no económico. Si bien la legislación *antitrust* es un cuerpo legal, en la práctica no es nada sin su factor económico. Incluso los jueces dan prioridad a los estudios y efectos mercantiles antes que los conceptos legales.

⁹² KOVACIC, William y WINERMANN, Marc. *Learned Hand, ALCOA, and the reluctant application of the Sherman Act*. Nueva York: Antitrust Law Journal. 2013. pp. 336-344.

⁹³ Columbia Steel Co. v. USA. Supreme Court. 1948. Traducción de SANTANDER, Boris.

Ante esto se responde que deberían ser los conceptos legales lo vinculante jurídicamente. Pero aquello sería retroceder décadas de investigación y avance. En el fondo, optar por un concepto no económico en EE.UU. sería desatender que la realidad es otra.

El segundo problema de postular este bien jurídico es su escaso uso jurisprudencial. En el ordenamiento jurídico chileno puede no ser una traba, pero el derecho de EE.UU. es de la tradición del *common law*. No hace falta explicar las diferencias con nuestro *civil law*,⁹⁴ pero es claro que en un ordenamiento cuyas sentencias son vinculantes el apoyo jurisprudencial es vital.

Es vedad que existen sentencias interpretables desde de la libertad de competir – como se explicó con EE.UU. vs. Alcoa-, y que el origen del Sherman Act tiene raíces en el descontento de las pequeñas empresas ante el abuso de las firmas dominantes,⁹⁵ sin embargo, es cuestionable que, en general, la jurisprudencia estadounidense haya preferido este bien jurídico por encima de las demás propuestas.

e. Síntesis

Como ya mencionamos, una vez analizadas las doctrinas y sus críticas y contra críticas, podemos realizar una comparación para determinar cuál es la respuesta más acertada a la incógnita del bien jurídico protegido en la legislación de EE.UU. Para esto los parámetros serán: su relación lógica con los cuerpos legales estadounidenses; su aplicación práctica por parte de la jurisprudencia; y, su manera de responder a las críticas aludidas.

En primer lugar, veremos la relación entre la legislación *antitrust* y las doctrinas mencionadas. El *consumer welfare* es quizás el más vinculado con el propósito inicial del Sherman Act, ya que esta razón fue parte importante de su dictación y podría decirse que su intención histórica. Además, la interpretación necesaria para suponer que es éste el bien jurídico es bastante directa, porque las prácticas anticompetitivas en su núcleo buscan proteger a los consumidores.

La eficiencia también está relacionada con ellos, pero más indirectamente. Los *Acts* estudiados sancionan en su mayoría prácticas que causan ineficiencias en el mercado.

⁹⁴ Véase FLEINER, Thomas. *Common Law and Continental Law: Two Legal Systems*. Friburgo: Institute of Federalism, 2005. pp. 28-34.

⁹⁵ SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warren. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. 2º ed. Eagan: Thomson/West. 2006. Vía SANTANDER. Op. Cit. p. 42.

Incluso la correlación es más obvia, porque esta doctrina sostiene que el objetivo final de la eficiencia económica es que, al depurar los mercados, se beneficie a los consumidores.

La relación del *general welfare* con los Acts mencionados se debe a la desconcentración del mercado. El motivo histórico es válido, ya que fueron los grandes conglomerados los principales enemigos del Sherman Act. Sin embargo, no se sostiene que las prácticas sancionadas tengan como fin esta misión. Si no, se atacaría a las empresas con poder de mercado monopólico, sin necesitar que lo emplee ilegalmente. Situación no acorde con la legislación de EE.UU.

Por último, la libertad de competir tiene relación histórica con la creación del Sherman Act. Si bien se ha postulado que la legislación de la libre competencia es producto de la libertad de comercio, con el objetivo de aumentar la obtención de riqueza,⁹⁶ Mencionamos que, al momento de su creación, la motivación de Sherman Act parece más ligada al control de las conductas anticompetitivas de los grandes monopolios contra pequeños competidores que a la búsqueda de opulencia económica.

Respecto al segundo parámetro seremos más breves. Es difícil establecer cuál es la doctrina predilecta por los jueces estadounidenses. Aunque, como ya explicamos, hay dos que sobresalen actualmente: la eficiencia y el bienestar del consumidor -hay que recalcar que no es una dicotomía, suelen acompañarse en las sentencias-. Como esta comparación no busca hacer un ranking, nos limitaremos a observar su importancia la jurisprudencial.

Por ende, basta con mencionar que la eficiencia y bienestar del consumidor se encuentran ampliamente en los veredictos. Mientras tanto, el bienestar general bajó significativamente su popularidad desde los 70, siendo relegada por las anteriores. Finalmente la libertad para competir no parece ser muy predominante.

El último parámetro de comparación es la elocuencia argumental. Para ello nos basaremos en lo ya expuesto en las letras anteriores. Primero, el bienestar del consumidor ha sabido evolucionar para enfrentar sus críticas. Y sostenemos que el *consumer choice* sabe enfrentar las más tradicionales de manera satisfactoria.

Sin embargo la eficiencia se ha quedado atrás en sus posiciones. Si bien los evoluciona constantemente, siguen en la misma dirección y con las mismas bases que han tan sido criticadas. Además, no creemos que la eficiencia como bien jurídico sea

⁹⁶ ROBLES, Antonio. *Libre Competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley. 2001. pp. 14-5.

un “algo” merecedor de dicha protección, por su vaga delimitación y origen únicamente económico.

El bienestar general sí ha variado sus postulados para poder mantenerse moderno. Ha sabido pulirlos para avanzar a la par del resto de la doctrina. Incluso responde a varias problemáticas no económicas que las demás no se incluyen en sus análisis.

Para finalizar, la libertad para competir es una doctrina con postulados bien formulados, pero criticada desde otros ángulos. Su falta de respaldo jurisprudencial y el aparente desapego por los análisis económicos imperantes, postulan a este pensamiento como un candidato viable en la teoría, pero difícilmente en la práctica.

En conclusión, tras sopesar todos los parámetros elegidos, la doctrina que aboga por el bienestar del consumidor como el bien jurídico protegido parece la más acertada.

3.2. Unión Europea

3.2.1 Legislación de la Libre Competencia de la Unión Europea

La normativa de la Unión Europea es la segunda fuente jurídica de mayor importancia en el derecho de la libre competencia.

Sus normas fundamentales son los actuales 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, que se reproducen a continuación:

Artículo 101: 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,*
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,*

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 102: Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.⁹⁷

Esas normas son los antiguos artículos 81 y 82 del mismo Tratado, y son idénticas a los originales artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad o Tratado de Roma, de 1957.⁹⁸

Además, la Unión Europea cuenta con un sistema de control previo de fusiones y adquisiciones, regido actualmente por el *Council Regulation* N° 139/2004,⁹⁹ y originalmente por el *Council Regulation* N° 4064/1989.¹⁰⁰

A continuación analizaré sucintamente las principales normas referidas.

i. Artículo 101 del Tratado de la Unión Europea

Este artículo sanciona la colusión, definida como acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio

⁹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>

⁹⁸ COLOMA. Op. Cit. p. 13.

⁹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32004R0139>

¹⁰⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31989R4064>

entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Luego, lista, de manera no taxativa, una serie de objetos en que pueden recaer esos acuerdos ilícitos, tales como Fijar precios u otras condiciones de transacción, limitar la producción, repartirse cuotas de mercado, hacer ventas atadas, entre otras.

Enseguida, en el segundo numeral, la norma declara nulos de pleno derecho esos acuerdos.

El tercer numeral permite excepcionar a algunos de esos acuerdos de aquel reproche. Se trata, en síntesis, de un acuerdo que contribuya a una mejoría en la producción o fomenta el progreso técnico o económico del sector, siempre y cuando se distribuya a los usuarios una participación de los beneficios resultantes.

Respecto de esta norma digamos, primero, que el término *undertaking* -cuya traducción oficial es empresa-, es definido en el caso Höfner and Elser v. Macrotron GmbH de 1990 como: “*toda entidad comprometida en la actividad económica sin importar su estatus legal y la forma en que es financiada*”.¹⁰¹ Además, la jurisprudencia le agrega un enfoque funcional, por considerar como tal a cualquier entidad que actúe, sin necesidad de serlo formalmente, como una empresa.

Si bien plantea una definición amplia para abarcar todos los casos necesarios, se han establecido excepciones. No se consideran empresas las enfocadas en la solidaridad por un motivo social,¹⁰² ni emanadas de facultades de una autoridad pública, por ser servicios sin un fin económico.¹⁰³ De igual modo, la definición no incluye a los trabajadores, por su naturaleza esencialmente distintos a las empresas.

En segundo lugar, los acuerdos o prácticas concertadas son delimitados mediante una interpretación amplia para comprender la mayor cantidad de actos posibles: “*concurrencia de voluntades entre al menos dos partes, cuya forma de manifestación no es importante siempre que constituya una fiel expresión de la intención de las partes*”.¹⁰⁴

Por ende, para evitar vacíos legales, se abarca todo acuerdo imaginable. Incluso acuerdos informales -*gentleman's agreements*- y decisiones emanadas de asociaciones de empresas.

¹⁰¹ Caso C-41/90 Höfner and Elser v. Macrotron GmbH. Párrafo 21.

¹⁰² Caso C- 70/95 Sodemare v. Regione Lombardia.

¹⁰³ Caso C-30/87 Corinne Bodson v. Pompes Funèbres des Régions Libérées SA.

¹⁰⁴ Caso T-41/96 Bayer AG v. Commission. Párrafo 69.

Nótese que son censurables estos acuerdos, tanto si tienen por objeto, como si tienen por efecto, afectar la competencia. Aquella expresión ha sido interpretada, a nuestro parecer erróneamente, como que la norma establece un régimen de responsabilidad objetiva, sin embargo, parece más razonable comprender que el artículo determina el carácter de injusto de peligro de la conducta anticompetitiva,¹⁰⁵ estableciendo que no requiere una efectiva lesión del bien jurídico para justificar su punibilidad.¹⁰⁶

Luego, el texto contiene una enunciación no taxativa de estas prácticas: Cualquier tipo de colusión; acuerdos horizontales, como fijar precios, intercambiar información que reduzca la incertidumbre, repartirse mercados, limitar ventas o producción y venta exclusiva; acuerdos verticales de prohibición de exportación, de imposición de precios mínimos y discriminación de precios; o cualquier tipo de acto que tenga efecto adverso a la competencia.¹⁰⁷

En todo caso, existe un requisito básico: causar perjuicio al comercio entre Estados miembros. Es decir, para entrar en el ámbito de aplicación de la Comisión Europea, la práctica debe surtir efectos interestatales adversos a la libre competencia, aunque incluso pueden emanar de una empresa constituida en un Estado no miembro.

Por último, existen diversas excepciones por las que prácticas anticompetitivas no serían sancionadas. Primero, la doctrina *de minimis* exceptúa aquellas que tengan un efecto insignificante en el mercado, debido a su débil posición de mercado,¹⁰⁸ amparada por la Corte e incluida en el Comunicado de La Comisión en Acuerdos de Menor Importancia del 2001.

Sin embargo, en su párrafo 11 establece casos de restricciones graves donde se prohíbe aplicar esta doctrina, porque sus efectos pueden ser adversos aún con un poder de mercado muy bajo. Es el caso de la fijación de precios, la limitación de la producción o cualquier acuerdo vertical considerado *hardcore restriction*.

La segunda excepción son los llamados *block exemptions*. Acuerdos verticales determinados por la Comisión, sin la necesidad de notificarle su actuación o esperar

¹⁰⁵ SANTANDER. Op. Cit. p. 43. Además, el autor ahonda en la supuesta distinción entre injustos de peligro abstracto y concreto, explicando su aversión por aquella clasificación, debido a que estos "importan una presunción de derecho de afectación del bien jurídico, destruyendo la funcionalidad de este concepto."

¹⁰⁶ MALDONADO, Francisco. *Reflexión sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal*. Santiago: Revista de Estudios de la Justicia, nº 7. 2006. pp. 23-5.

¹⁰⁷ WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 117-124.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 140-2.

su autorización. Por ejemplo, los acuerdos de transferencia de tecnologías, investigación y desarrollo, o de especialización.

Por último, cómo ya mencionamos, el mismo artículo 101(3) exonera prácticas que *contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante*. Esto, no obstante, sólo cuando la práctica sea indispensable para la empresa y no posibilite la eliminación substancial de la competencia del mercado.

ii. Artículo 102 del Tratado de la Unión Europea

El artículo 102 sanciona, “*en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros*”, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado. Luego, la norma también realiza una enumeración no taxativa de prácticas sancionables: imponer precios u otras condiciones de transacción, limitar la producción, aplicar condiciones discriminatorias a terceros e imponer ventas atadas.

La Corte ha definido posición dominante como: “*una posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*”.¹⁰⁹ Además, llama la atención que dicha posición dominante puede ser detentada y aprovechada por más de una empresa. En adherencia, este artículo puede y debe ser utilizado en conjunto con el artículo 101. De esta manera, tanto los principios generales como las excepciones establecidas en el apartado 3 del artículo 101 son también aplicables a los casos de abuso de posición dominante del artículo 102.¹¹⁰

Según la doctrina, la determinación de una posición dominante toma en cuenta a los actuales y potenciales competidores, y el poder negociador de los compradores o vendedores.¹¹¹

Un concepto jurisprudencial de abuso de esa posición es el siguiente: “*influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa*

¹⁰⁹ Caso C-27/76 United Brands v. Comisión. Párrafo 65.

¹¹⁰ COLOMA. Op. Cit. p. 146.

¹¹¹ WHISH & BAILEY. Op. Cit. p. 181.

*de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”.*¹¹²

La Comisión en su Comunicación de orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión para la aplicación del artículo 102 admite, en todo caso, la defensa de eficiencia que justifique la práctica en principio abusiva, para ello, es necesario que la eficiencia sea resultado de la conducta misma y esté realizada o sea probable su pronta realización. Luego, la práctica debe ser indispensable para la concurrencia de dichas eficiencias. Enseguida, los efectos positivos deben superar a los negativos para la competencia o consumidores. Por último, este abuso no debe eliminar toda la competencia efectiva existente en el mercado.¹¹³

¹¹² Caso C-85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission. Párrafo 91.

¹¹³ Commission Guidance to Art. 102 Enforcement Measurement (2001). Párrafo 30.

3.2.2 El Bien Jurídico protegido en la Legislación de la Unión Europea

La legislación de la Unión Europea tiene la particularidad de tener un fin primordial e indiscutido, pues “ningún objetivo distinto a la protección del mercado común debe prevalecer si se pone en riesgo la utilidad unitaria”.¹¹⁴

La protección del mercado supranacional europeo exige que “las barreras internas del comercio dentro de la UE deben ser desmanteladas y bienes, servicios, trabajadores y capital deben tener completa libertad de movimiento”, para lograr aquello, la libre competencia tiene un rol negativo de “prevenir medidas que intenten mantener el aislamiento de un mercado doméstico de otro” y uno positivo de “poder moldearse de tal manera de alentar el comercio entre Estados Miembros”.¹¹⁵

Aunque, como es evidente, este objetivo no puede ser extrapolado a la gran mayoría de sistemas de defensa de la libre competencia, como el chileno. Por ello, debemos buscar otros bienes jurídicos en la legislación. Tarea relevante, toda vez que la gran mayoría de disputas no pueden ser solucionadas esgrimiendo este imperativo.

Por ello, en este apartado analizaremos otras alternativas doctrinarias: el bienestar del consumidor, la eficiencia económica, otros valores socio-político-culturales y la libertad de competir en sí. Para terminar, haremos una comparación similar a la utilizada respecto de la legislación *antitrust* estadounidense.

a. Bienestar del Consumidor

En primer lugar, la mayoría de la doctrina postula que el objetivo principal de la libre competencia europea es el bienestar del consumidor¹¹⁶ –siempre y cuando no se encuentre en conflicto con el mercado unitario supranacional-.

Si bien estas ideas están bastante ligadas a la escuela de pensamiento expuesta respecto de la legislación *antitrust*, posee además la ventaja de contar con una referencia legal explícita. El artículo 101(3) requiere que existan beneficios directos a los consumidores para la exoneración del acto concertado. De igual manera, según la

¹¹⁴ SOTO. Op. Cit. p. 380.

¹¹⁵ WHISH & BAILEY. Op. Cit. p. 23.

¹¹⁶ LOWE, Philip. *The design of competition policy institutions for the 21st century*. Bruselas: Competition Policy Newsletter, Number 3. 2008.

doctrina y la jurisprudencia existe una exigencia similar¹¹⁷ para esgrimir excepción al artículo 102.

Otro argumento a favor es que la Comisión Europea, en uso de sus facultades interpretativas y con el objetivo de unificar la jurisprudencia europea, aclara la meta de la regulación. Explica que el art. 101 *“tiene por objetivo proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen la competencia y la integración del mercado, pues la creación y mantenimiento de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación de recursos en toda la Comunidad en beneficio de los consumidores”*.¹¹⁸ De esta manera, la Comisión avala al beneficio de los consumidores como fin del mercado competitivo.

Más aún, este objetivo posee un apoyo judicial en fallos como GlaxoSmithKline v. Comisión Europea. Allí el tribunal invoca explícitamente el bienestar del consumidor. Responde al argumento de la demandante –que buscaba evitar un *free riding*– mencionando que *“la legitimidad de esta transferencia de riqueza del productor al distribuidor no es en sí misma relevante para el Derecho de la competencia, que sólo se preocupa de su incidencia en el bienestar del consumidor final”*.¹¹⁹

Sin embargo, estas evidencias son criticadas. Primero, por la menor jerarquía de las Comunicaciones de la Comisión en comparación al Tratado de Formación de la Unión Europea. También se remarca el contexto histórico en que se dicta este comunicado, una época con necesidad generalizada de unificar la jurisprudencia y explicar a las empresas la naturaleza del derecho que les iba a regir.¹²⁰

Igualmente, se encuentran fallos de la Corte Europea de Justicia –de mayor jerarquía que la Comisión– que niegan ésta como única finalidad del Derecho de la libre competencia.¹²¹ Por ejemplo, la apelación del caso GlaxoSmithKline v. Comisión Europea, donde la Corte expresó un interés por la protección de diversos bienes: *“no se desprende en modo alguno de esta disposición -art. 101(1)- que únicamente puedan tener un objeto contrario a la competencia los acuerdos que priven a los consumidores de determinadas ventajas (...) está dirigido a proteger no sólo los*

¹¹⁷ Véase Comisión Europea. Supra Cita 113.

¹¹⁸ Comunicado de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. (2005). Párrafo 13.

¹¹⁹ Caso T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comisión. Párrafo 273.

¹²⁰ TOWNLEY, Christopher. *Which Goals Count in Article 101 TFEU?: public policy and its discontents*. Londres: European Competition Law Review. Vol 9. 2011. pp. 442-444.

¹²¹ Véase TOWNLEY, Christopher. *The Goals of Chapter I of the UK's Competition Act 1998*. Londres: Yearbook of European Law. 2010. pp. 315-318.

intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal.¹²²

Aún así, es indudable el predominio de esta doctrina a nivel jurisprudencial, especialmente al momento de aplicar el art. 102. Incluso, la Comisión ha enfatizado que la protección de abusos de posición dominante persigue una efectiva competencia, que traiga precios bajos, productos de mejor calidad, una amplia selección de bienes y servicios e innovación en beneficio del consumidor.¹²³

Sin embargo, esta aseveración es discutida por la escuela de pensamiento que defiende las raíces ordoliberales del artículo 102. Cuestionan la forma utilitarista de aproximarse al concepto de competencia, porque no aceptan que sea una mera vía para conseguir dichos objetivos. En cambio, proponen que la competencia en sí sea el bien protegido –doctrina que explicaremos más adelante-, cuyo resultado pueda ser beneficioso o no para el consumidor.¹²⁴ Por ende, este artículo debe sopesar las ventajas para el proceso competitivo en sí, no las ventajas para los consumidores.

Por último, esta versión europea del *consumer welfare* no escapa de sus críticas tradicionales. Como que se inmiscuye en el proceso competitivo, encomendándole buscar mejores productos al menor precio posible, aún a costa de permitir prácticas anticompetitivas, llevando a optar por teorías más temperadas, como la del *consumer choice* –explicada al detalle en 3.1.2 a -.

La primera visión cuestiona eventuales detrimentos directos, ya que “*los beneficios al corto plazo serán superados por los daños a largo plazo al bienestar del consumidor*”.¹²⁵ Un ejemplo de ello es la preferencia por precios bajos que beneficien a corto plazo, mas “*distorsionan el tejido competitivo del mercado*” de manera tal que sean “*últimamente más dañinos que los altos precios en sí*”.¹²⁶

La postura más moderada no contesta las críticas tradicionales. No considera a los demás entes competitivos y confunde esta rama del derecho con aquella que tiene el deber de proteger los derechos de los consumidores –ambas detalladas en 3.1.2 a. i.-.

En conclusión, es innegable la importancia del beneficio del consumidor en la legislación y la jurisprudencia europea. Además, posee una relación directa con el

¹²² Caso C-513/06. GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comission. Párrafo 63.

¹²³ Directive Guidance Competition discussion paper on the application of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005). Párrafo 4.

¹²⁴ ANDRIYCHUK, Oles. *Rediscovering the spirit of competition: on the normative value of the competitive process*. Londres: European Competition Journal vol. 6, no 3. 2010. pp. 578-83.

¹²⁵ WHISH & BAILEY. Op Cit. p. 21. Argumento propuesto por BORK, Robert, *The Antitrust Paradox*.

¹²⁶ WHISH & BAILEY. Op. Cit. pp. 20-21.

Tratado de Roma –aunque se discuta la intención del artículo 102-, e incluso ha sido remarcada por la Comisión Europea. No obstante, su enfoque exclusivo en los consumidores ha sido cuestionado.

b. Eficiencia Económica

La doctrina de la eficiencia económica en Europa sigue los postulados de la Escuela de Chicago. También proponen desechar metas no económicas que desvíen a la libre competencia, enfocándola sólo en crear un mercado más eficiente, para causar un aumento en el bienestar de los consumidores.¹²⁷

Sin embargo, la eficiencia no encuentra la misma aceptación que en Estados Unidos. Un claro ejemplo de este problema es la pérdida de su piedra angular: el *rule of reason*.

El *rule of reason* se define como “*el hecho de sopesar todas las circunstancias de un caso decidiendo si una práctica restrictiva debería prohibirse como imponente de una restricción irracional en la competencia*”.¹²⁸ En Europa no merece aplicación, ya que lo sustituye un artículo 101(3) mucho más estricto. Sus requisitos tanto legales como jurisprudenciales no permiten que sea utilizado de igual manera que en EE.UU. Por lo tanto, si lo aplicamos a lo *rule of reason* arriesgaríamos separar dicha norma de su propósito real, en pos de uno foráneo e incorrecto.¹²⁹

Incluso la Corte, en el caso *Métropole Télévision v. Comisión* niega su existencia en el derecho europeo, porque “*en diversas sentencias (...) se han cuidado de indicar el carácter dudoso de la existencia de una regla de este tipo*”, aún cuando acepta que “*es preciso proceder a una ponderación de los efectos positivos y negativos para la competencia de un acuerdo con objeto de determinar si se aplica a tal acuerdo la prohibición establecida*”.¹³⁰ Esto se explica porque, a diferencia de EE.UU., el derecho europeo prefiere proteger al consumidor y al proceso competitivo que inculcar una mayor eficiencia económica.

Aún así, este sector doctrinario confía que es el fin de la libre competencia. Basándose en que, si bien la nomenclatura del art. 102 parece aconsejar una visión más

¹²⁷ BUTTIGIEG, Eugène. *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest: a comparative analysis of US antitrust law and EC competition law*. Amsterdam: Kluwer Law International. 2009. pp. 73-76.

¹²⁸ *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania*, Supreme Court. 1977. Párrafo 433.

¹²⁹ WHISH & BAILEY. Op. Cit. pp. 134-136.

¹³⁰ Caso T-112/99. *Métropole Télévision v. Comisión*. Párrafo 72.

ordoliberal,¹³¹ en los *travaux préparatoires* de la ley el objetivo es una mejora de los estándares de vida de la comunidad. Motivo más cercano a la eficiencia que al bienestar del consumidor. Sostienen que “*cuando los escritores usan el término ‘consumer’ (consumidor), en realidad no significaba ‘consumer’, sino se referían a ‘customer’ (cliente). Por ello, puede ser entendido como una referencia al ‘beneficio total’ que incluiría el bienestar de todos, incluidos productores y consumidores*”.¹³²

De igual manera comparan la historia de ambas regulaciones. Si en el EE.UU. de finales del siglo XIX, cuya misión era proteger a los consumidores de la amenaza de los grandes monopolios, la eficiencia aún logra echar raíces. En una Europa que ya los ha regulado, la eficiencia debe ser el claro objetivo de la libre competencia. Toda vez que guía a la comunidad en pos del desarrollo económico que tanto desea. Por lo tanto, el art. 102 sería creado con la mirada en un *total welfare* basado en la eficiencia y no en un *consumer welfare*.¹³³

Aún así, es cuestionable la validez de utilizar este argumento histórico. Ya que al considerar el trabajo doctrinario y jurisprudencial de dicho artículo, su intención se ha desviado de esa interpretación.¹³⁴

Por último, la eficiencia como objetivo de la ley ha sido blanco de críticas por los partidarios de los otros fines. Primero, los partidarios del bienestar del consumidor, señalan que basarse en las ineficiencias del mercado para condenar prácticas anticompetitivas y permitir las donde se remedien, por un supuesto beneficio al consumidor, no lleva necesariamente a precios más bajos o productos mejores.¹³⁵ Esto es limitarse a un concepto económico y técnico, en contraste con el real interés del consumidor, entendido en “*términos de precio, servicio, calidad y elección*”.¹³⁶

Lande señala al respecto que “*su deseo de maximizar el bienestar del ‘consumidor’ (...) no trae con él ninguna preocupación por la riqueza extraída de los consumidores y transferida a firmas con poder de mercado como resultado de los precios más altos que surgen del cartel u otra conducta prohibida*”.¹³⁷ Luego, Fox refiere que “*ignora varios otros intereses de los consumidores que se esperan fluyan de la economía*

¹³¹ ANDRIYUCHUK. Op. Cit. pp. 596-597.

¹³² AKMAN, Pinar. *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies. 2009. p. 297.

¹³³ *Ibid.* pp. 297-298.

¹³⁴ WHISH & BAILEY. Op. Cit. pp. 197-199.

¹³⁵ *Ibid.* p. 9.

¹³⁶ BUTTIGIEG. Op. Cit. p. 1.

¹³⁷ LANDE, Robert. *The rise and (coming) fall of efficiency as the ruler of antitrust*. Chicago: Antitrust Bill. vol 33. 1988. p. 434.

*competitiva*¹³⁸. Brodley, por su parte, indica que “*el bienestar del consumidor no es la gemela idéntica de la eficiencia, sino un concepto diferente que refiere al bienestar inmediato del consumidor de un producto específico*”.¹³⁹

De igual forma, la eficiencia tampoco logra aclarar la creciente necesidad de abarcar valores no relativos a la economía, también dignos de protección. Ellos motivan la intervención de la libre competencia aún en contra de la eficiencia económica.¹⁴⁰ Y han sido avalados por la Corte, abriéndose paso poco a poco en la discusión.

A modo de conclusión, la eficiencia no está en el mismo pedestal que en la legislación *antitrust*. El artículo 101(3) y 102 pueden darle cabida en la discusión, pero no con la misma potencia, y tampoco sin controversia.

c. Política Pública y otros Valores socio-político-culturales

La tercera doctrina que expondremos no aboga por un sólo bien jurídico, al contrario, postula que la legislación europea protege múltiples valores socio-político-culturales, además de los económicos.

Esta manera integral de ver a la libre competencia es aparentemente beneficiosa para la Comunidad Europea, ya que las normas que la rigen no son “*dirigidas a metas aisladas. En vez, ellas son parte de una red de artículos interrelacionados*”.¹⁴¹ De esta forma se evita conflictos con otras regulaciones de la U.E., que puedan surgir producto de centrarse sólo en fines económicos.

Christopher Townley explica al respecto que la multiplicidad de valores beneficia a los consumidores al entregarles otras utilidades sociales diversas a las que están acostumbrados a recibir. Argumenta que estos bienes son conciliables con los análisis económicos imperantes, ya que los problemas de cuantificación e inconsistencia pueden ser resueltos con el paso del tiempo y un mayor estudio de ellos, al igual como ocurrió con los económico-sociales imperantes.¹⁴²

¹³⁸ FOX, Eleanor. *Modernization of antitrust: A new equilibrium*. Ithaca: Cornell Law Review. vol. 66. 1980. p. 1161.

¹³⁹ BRODLEY, Joseph. *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*. New York: NYUL Rev. vol. 62. 1987. pp. 1020-1021.

¹⁴⁰ ODUDU, Okeoghene. *Competition: efficiency and other things*. Chicago: Chicago Law Review. Vol 6. 2009. p. 4.

¹⁴¹ TOWNLEY. Op. Cit. p. 319.

¹⁴² TOWNLEY. Op. Cit. pp. 444-448.

Esta postura toma además en cuenta el carácter cambiante de las políticas públicas, la forma en que este Derecho ha ido evolucionando para incluirlas y la creciente relevancia que les da la Corte.¹⁴³ Por ejemplo, han sido utilizadas como excepciones de índole socio-cultural, como en *Vereeniging ter Berordering van de Belangen des Boekhandels v. Comisión*, donde la Comisión se justificó en el carácter cultural y educativo de la venta de libros para contra argumentar la acusación de las demandadas de una práctica desleal de “*loss leading*”, producto de la reventa de libros a precios muy bajos.¹⁴⁴

Sin embargo esta visión es altamente criticada. Primero, porque más que objetivos de la libre competencia, parece establecer un gran número de excepciones precisas para cada caso. Se puede insistir, igualmente, en que las sentencias a favor de múltiples otros valores traen detrás un daño a los consumidores o a la competencia del mercado. En el ejemplo anterior, queda en manifiesto cómo el acuerdo concertado perjudica a los vendedores de libros al restringir su estrategia competitiva y disminuye el bienestar de los consumidores, por lo que queda en duda cuál es el motivo real detrás de la sentencia.

Además, utilizar esos múltiples objetivos en temáticas de libre competencia puede conllevar, para los organismos de aplicación, extralimitarse en sus facultades. No parece ser ni el lugar ni el medio para lograr dichos fines.¹⁴⁵ Del mismo modo, se abre la puerta a intromisiones en la economía de los países. Un ente supranacional debe ser cuidadoso, sólo puede actuar ante situaciones justificadas y dentro de su competencia.

Por último, la relación de estos objetivos múltiples con la legislación existente es pobre. Se debe hacer una interpretación bastante creativa para incluir estos valores como objetivos de la libre competencia. La definición de *undertaking* parece más bien hacer una excepción por la falta de fin económico de estos entes que promover las políticas públicas. Si bien no se puede dudar que a la Unión Europea le interesa la protección de estos valores, no hay un enlace real entre ellos y esta rama del derecho.

A modo de conclusión, aunque las intenciones detrás de la protección de valores socio-culturales parecen ser bondadosas, su aplicación en la práctica no parece ser la alternativa más inteligente. Su respaldo jurisprudencial es dudoso, la falta de una

¹⁴³ *Ibíd.* pp. 324-325.

¹⁴⁴ Caso C-43/82. *VBVB v. Comisión*.

¹⁴⁵ ODUDU, Okeoghene. *The wider concerns of competition law*. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 30, no 3. 2010. pp. 9-13.

conexión directa con la legislación la hace volátil e imprecisa y puede ser peligroso, ya que, en los hechos, dota a la Comisión de mayores poderes de los previstos.

d. Libertad para Competir

En último lugar, expondremos la doctrina de la libertad para competir. Esta visión de libertad deontológica proviene de los postulados de la escuela de Friburgo. Mira la competencia como un fin en sí mismo, al contrario de la manera utilitarista planteada por el bienestar del consumidor o la eficiencia económica. Por ello, vela por su protección atendiendo la importancia que de por sí posee, y no por servir como instrumento hacia otras metas.¹⁴⁶

Surge con la República de Weimar como respuesta a la distribución del poder económico en las manos de unos pocos particulares, quienes podían distorsionar con facilidad el mercado. Por esto protege individualmente la libertad económica de acción de cada agente, en pos de *“prevenir que la libertad destruya sus propios prerequisites”*,¹⁴⁷ y así *“reforzar la competencia creando y manteniendo las condiciones en las cuales puede florecer”*.¹⁴⁸

Esta escuela de pensamiento es la raíz de la concepción de abuso de posición dominante contenida en el artículo 102 del Tratado. Más aun, podemos encontrar sus ideas de raíz ordoliberal a lo largo de toda la regulación.¹⁴⁹

Aún así, es criticada por no buscar fines más atractivos que den resultados tangibles, como la eficiencia o el bienestar de los consumidores. Entonces, se niega que la legislación tenga sus orígenes en esta escuela, proponiendo que su intención real es la eficiencia económica.¹⁵⁰ Se apoyan para eso en que la regulación tiende a otros objetivos, en especial por las exenciones encontradas en los artículos 101(3) y 102.

También ha sido cuestionada por defender a los competidores ineficientes, no permitir la expansión de aquellos eficientes y *“proteger a los competidores en vez de al proceso de competición”*.¹⁵¹ Sin embargo, es posible estimar que dichas aseveraciones

¹⁴⁶ ANDRIYCHUK, Oles. *Can we protect competition without protecting consumers?*. Minehead: Competition Law Review, vol. 6. 2010. pp. 77-9.

¹⁴⁷ MÖSCHEL, Wernhard. *Competition policy from an Ordo point of view. En German neo-liberals and the social market economy*. Londres: Palgrave Macmillan. 1989. p. 149.

¹⁴⁸ GERBER, David. *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, New York: American Journal of Comparative Law. Vol 42, Issue 1. 1994. p. 50.

¹⁴⁹ GERBER, David. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press. 1998. p. 264.

¹⁵⁰ AKMAN. Op. Cit. pp. 273-277.

¹⁵¹ WHISH & BAILEY. Op. Cit. p. 22.

son erróneas. La protección de la libre competencia va en dirección a la libertad de actuar guardando *ex ante* las opciones de competir, y no a los agentes de por sí. Por ende, es igual de irrazonable para esta doctrina, como para cualquier otra, preferir a aquellos competidores que han sido desplazados por su ineficiencia, y no producto de una conducta anticompetitiva.

A la vez, no ataca a los monopolios sin razón –aunque desapruera el poder que tienen por la complejidad de un real proceso competitivo en sus mercados-. En cambio, regula la manera en que usan su poder de mercado, evitando abusos. Es decir, exige que estos “*deban comportarse como si fueran sujetos de competición, (...) como si no tuvieran tal poder*”,¹⁵² creando un equilibrio entre la eficiencia del monopolio y la protección al proceso competitivo.

Para finalizar, cabe recalcar la ventaja de estar acorde con nuestra definición de bien jurídico –argumento expuesto en 3.1.2 d.-. En adherencia, al no ser un objetivo instrumental, dota de importancia a la libre competencia en sí. En palabras de Andriychuk: “*Si metas utilitaristas, tales como el consumer welfare o la eficiencia, son consideradas la única razón de existencia para la política antitrust, entonces la política antitrust se convierte en consecuencialista (...) En ese caso el propio principio del mercado libre esta bajo amenaza (...) cuando una mayor eficiencia pueda lograrse con prácticas (...) que van contra el libre mercado, los estándares de competición serían considerados como un obstáculo para generar eficiencia, de este modo perdiendo cualquier justificación económica, legitimidad, y, eventualmente, legalidad*”.¹⁵³

A modo de conclusión, la predilección por la libertad de competir no conlleva desechar los avances alcanzados por otras doctrinas o desatender los beneficios evidentes que les traen a la libre competencia. Por el contrario, este bien jurídico sirve como soporte para otros valores económicos o socio-culturales. Aplauda los aportes y desarrollos entregados a los consumidores, premia la expansión de los negocios eficientes y promueve todo tipo de valores a la sociedad. Sólo protegiendo la libertad como el lienzo en que los desarrollos económicos y sociales se pintan, podemos explotar el potencial de una competencia justa y provechosa.

e. Síntesis

¹⁵² GERBER. Op. Cit. p. 252

¹⁵³ ANDRIYCHUK, Supra Cit. 124. p. 580.

La respuesta al bien jurídico protegido en el derecho europeo parece ser simple, la defensa del mercado supranacional de la Unión Europea. Pero, aún siendo unánime para la doctrina y jurisprudencia, es inútil para el objetivo de este trabajo. Por ello compararemos las doctrinas antes expuestas para averiguar el fin de la libre competencia, después de la protección del mercado supranacional.

Para ello ocupamos los mismos parámetros que con la legislación de EE.UU. Es decir: su relación lógica con el Tratado de Roma; su impacto jurisprudencial; y, su manera de responder a los argumentos en su contra.

Primero, el bienestar del consumidor se encuentra tanto en el artículo 101 y 102 del Tratado de Roma, como recomendado en las Guías de la Comisión Europea. Sirve de exculpante, e incluso se indica como un objetivo de la libre competencia. Por lo cual, su pertinencia con la regulación es indudable.

En cambio, la eficiencia pierde respaldo legal fuera del contexto norteamericano. En Europa, su única posible relación es con el art. 102, pero hasta ella es dudosa para la mayoría de la doctrina que confía en su origen ordoliberal.

Al contrario, la libertad de competir se evidencia de forma clara en el art. 102. Su relación surge de la historia de la ley, por lo que no es difícil encontrar rastros de esta doctrina en todo el sistema, incluyendo las excepciones del art. 101(3).

El segundo parámetro corresponde a la relevancia jurisprudencial. La doctrina más aceptada hoy en día es el bienestar del consumidor, ya que en la práctica está inundado de resoluciones a su favor. En cambio, la eficiencia económica es relegada a aquellos casos donde efectivamente traiga un beneficio a los consumidores, por lo que su uso está subordinado al *consumer welfare*.

Sin embargo, la Corte ha dado camino a otros valores dignos de protección que escapan del ámbito económico.

Asimismo, la libertad para competir ha ganado terreno como un bien en sí. Sólo un beneficio alto a los consumidores conlleva su relegación, y en esos casos se busca limitar sus efectos adversos para evitar un daño significativo a la competencia.

Como último punto de comparación, es menester sopesar los argumentos a favor y en contra de cada doctrina. El *consumer welfare* mantiene su hegemonía en este ámbito. Aunque paulatinamente ha perdido apoyo y su situación ha empeorado, este cuestionamiento –vía los argumentos tradicionales ya mencionados- no tambalea su posición lo suficiente.

En cambio, la eficiencia es una doctrina bastante más aporreada. Debe soportar tanto las críticas clásicas, como aquellas por la impropiedad de sus postulados en el derecho europeo. Si bien es aplicada en la Unión Europea, la forma de aferrarse a análisis propios del derecho estadounidense dificulta su independencia y desarrollo.

Al igual, la multiplicidad de valores socio-político-culturales carece de gran apoyo. Esto, debido a la complejidad de proteger múltiples bienes, la inseguridad por su flexible y complicada delimitación, y por esgrimir valores impropios de la libre competencia.

Finalmente, la libertad para competir es capaz de mantener fuertes argumentos contra sus pares. Parte significativa de sus críticas se fundan en errores conceptuales o malinterpretaciones, y aquellas bien formuladas surgen producto de su decisión por no guiar a la libre competencia hacia fines más provechosos.

En conclusión, el derecho de la libre competencia europea se inclina por dos principales doctrinas: el bienestar del consumidor y la libertad para competir. Ambas cumplen en mayor o menor medida con los parámetros de comparación.

Si bien la práctica judicial se inclina por el bienestar de los consumidores, no podemos dejar de lado el hecho de que el objetivo que intentamos descifrar es un bien jurídico, según el modelo crítico-material. Como tal, necesitamos un valor digno de protección en sí, es decir que no respalde la competencia por sus fines utilitaristas, sino por el valor deontológico de ella. Por eso, inclinamos la balanza en favor de la libertad para competir, que incluye al *consumer welfare* y demás doctrinas mientras protege al sistema de la libre competencia por el valor político-económico-cultural que significa.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Véase ANDRIYCHUK Supra Cita. 146. pp. 83-6

III. PARTE ESPECIAL

4. Legislación Chilena de Defensa de la Libre Competencia

Tras revisar el derecho comparado, la parte especial se enfocará en la legislación chilena. Partiremos con una revisión histórica de la libre competencia en Chile, después un análisis de la normativa vigente del país, con un énfasis en las prácticas que sanciona y, para finalizar, se compararán las doctrinas acerca del bien jurídico protegido más prominentes.

4.1 Contexto Histórico de la Libre Competencia en Chile¹⁵⁵

El contexto en que germinó la libre competencia chilena está íntimamente relacionado con la necesidad de una estabilización económico-social del país. Tras la crisis del año '29, la economía chilena se encontraba sumida en una fuerte depresión. Los niveles estratosféricos de inflación y la baja calidad de vida detonaban crisis sociales inmunes ante cualquier esfuerzo del Estado.

Una de las medidas empleadas –impulsada por el segundo gobierno de Carlos Ibáñez– consistió en traer a la firma consultora Klein-Saks. Tras un estudio para recomendar soluciones de regularización económica, hallaron, entre otros problemas, la arraigada existencia de monopolios en diversos mercados, carecientes de una competencia real. Si bien la crisis tenía diversas causas, la desmantelación de estos conglomerados prometía mejorar la calidad de los productos y bajar su precio, suficiente para apaciguar el malestar social.

Por ello, se propuso crear una legislación antimonopólica para sancionar los delitos económicos y así regular los monopolios. Sin embargo, la fuerte influencia de grupos de interés y la preferencia por propuestas más populistas ralentizó su creación hasta 1959, año en que se dictó la Ley N° 13.305, sobre “Normas para Fomentar la Libre Competencia Industrial y Comercial”, dando vida al Derecho de la Libre Competencia chileno.

Inspirada en la regulación *antitrust* estadounidense, sus pilares eran la creación de una defensa organizada del consumidor y el castigo de aquellas prácticas que atentaran contra la competencia o que tiendan a formar un monopolio. Aunque la propuesta era prometedora, no tendría el mismo efecto que en el país norteamericano.

¹⁵⁵ Véase BERNEDO, Patricio. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago: Ediciones de la FNE. 2013.

Una deplorable tipificación y una deficiente Comisión Antimonopólica la condenó desde el comienzo. Pero no es de sorprenderse, es imposible cumplir tan ambiciosa misión sin atribuciones para fiscalizar e investigar, sin los recursos necesarios, sin la experiencia técnica o sin oficina y personal propio.

La libre competencia tendrá un hiato durante el gobierno de la Unidad Popular, ya que sus políticas económicas no parecían compatibles con la idea de mercado libre resguardado por la Comisión, que poco a poco fue perdiendo relevancia ante fijaciones de precios y expropiaciones.

Pero todo cambió tras el Golpe de Estado y la instauración de la Dictadura cívico-militar. Su visión neoliberal de mercado, en conjunto a la prioridad de estabilizar la economía a corto plazo y la necesidad de beneficiar a los consumidores para ganar el apoyo de la población, fueron el abono para la germinación de una nueva normativa sobre libre competencia, plasmada en el Decreto Ley N° 211, de 1974.

El Decreto Ley N° 211 es el cuerpo legal por excelencia en esta materia. Implementó una institucionalidad eficaz al crear una Fiscalía Nacional Económica –en adelante, F.N.E.- con mayores facultades, presupuesto y personal. Esto aumentó el número de casos investigados y fallos favorables.

Pero, si bien significó un avance, distaba del ideal. La falta de poder se traducía en condenas casi ilusorias –pocas veces se sancionaba con multas significativas y las sanciones penales eran platónicas-, por lo que cometer ilícitos no era desincentivado de manera suficiente. Aún así, se mantuvo invariable hasta 1999 –salvo algunos pequeños cambios-. La necesidad de dotar a la F.N.E. de mayores atribuciones para investigar y castigar era inminente. Por eso, la reforma de la Ley N° 19.610 fortaleció su fiscalización, aumentó su presupuesto y la independencia de su personal. Cambios positivos, necesarios, pero aún insuficientes.

Debido a esto, es que en 2004 se complementó con la Ley N° 19.911, una de las reformas relevantes hasta la fecha. Modificó sus instituciones, pasando a consistir en un ente fiscalizador –la Fiscalía- y uno jurisdiccional nuevo –el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –en adelante, T.D.L.C.--. Asimismo, se retiraron las sanciones penales de nula aplicación práctica y se aumentaron las pecuniarias.

Pero los grandes avances que prometía no alcanzaron su potencial esperado. La creación del T.D.L.C., aunque relevante para mayor especialización, supuso endurecer el estándar probatorio a una F.N.E. que no contaba con las atribuciones investigativas necesarias para cumplirlo. Un ejemplo icónico de esta disparidad ocurrió en el caso

concerniente a las petroleras COPEC, ESSO, YPF y Shell de 2005.¹⁵⁶ La acusación de colusión por la Fiscalía se topó con la realidad: no podían probarlo y no poseían las herramientas necesarias para intentarlo.

Pero es el famoso caso Farmacias¹⁵⁷ el que estalló la indignación del público. Las farmacias SalcoBrand, Cruz Verde y FASA –que concentraban casi la totalidad del mercado- fueron acusadas de alzar concertadamente el precio de cientos de medicamentos. La querrela se resolvió con las multas máximas, pero no reflejaban el daño infringido a la población. La impotencia ante este ultraje enfocó todas las miradas en las falencias del sistema, que requería de una reforma significativa.

Las peticiones de la población se cumplieron con la Ley N° 20.361. Modificó el Decreto Ley N° 211 entre otras cosas incorporando la figura de la delación compensada como forma de combatir los carteles, dotando de facultades intrusivas duras a la F.N.E. y aumentando de manera significativa las multas máximas de 20.000 a 30.000 U.T.A. (de unos US\$ 15.000.000, a unos US\$23.000.000 aproximadamente, a noviembre del 2020). La Fiscalía por fin contaba con las herramientas para hacer frente a las prácticas anticompetitivas, además de un apoyo político-social sin precedentes.

Pero, como lo demostró el caso del *Papel Tissue*¹⁵⁸ del año 2015, aún había mucho que enmendar de la regulación. El gran apoyo de la ciudadanía impulsó la Ley N° 20.945 de 2016, que vendría a ser la última gran reforma a la libre competencia. Consistió en asociar las multas al beneficio obtenido por la infracción, implantar un sistema de control previo de fusiones, agregar el ilícito del *interlocking*; y volver a incluir las penas privativas de libertad, para la colusión dura o cartel, medidas disuasivas de alto impacto mediático.

Para finalizar esta revisión histórica, hay que agradecer la dirección que ha tomado el país. El sistema es perfectible –por ejemplo por el alto estándar probatorio ya mencionado, que requiere de una Fiscalía con atribuciones a su altura-, pero va por el buen camino gracias a una ciudadanía que ha advertido lo significativo de la materia y un Poder Legislativo que escucha cada vez más sus demandas. Aún así, sólo la práctica nos dirá si estas reformas son suficientes, ya que en cualquier momento podemos advertir nuevos fallos o mejoras a este sistema.

¹⁵⁶ Sentencia N°18/2005.

¹⁵⁷ Sentencia N°119/2012.

¹⁵⁸ Sentencia N°160/2017.

4.2 Normativa

A continuación, se analizarán brevemente los ilícitos contenidos en el Decreto Ley N° 211. Al igual que en el derecho comparado, el propósito es comprender la regulación para lograr una mejor comparación doctrinaria del bien jurídico protegido.

4.2.1 El Decreto Ley N° 211

El Decreto Ley N° 211 es el cuerpo legal por excelencia de la libre competencia chilena.

Dispone el artículo 3° del Decreto Ley N° 211: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos...”*, será sancionando de la forma que determina esta ley.

La letra a) sanciona las prácticas concertadas por dos o más competidores entre sí, tanto en su modalidad de colusión dura como de colusión blanda.

Primero, la colusión dura consiste en acuerdos que tienen por objeto la fijación de precios de venta o compra; limitación de la producción; asignación de zonas o cuotas de mercado; o afectación de los procesos de licitación. Esta figura es remarcable en nuestro sistema por su alto impacto mediático, producto del cual se impulsaron las reformas ya mencionadas. Se distingue por, aparentemente, no requerir que el acuerdo confiera poder de mercado a los coludidos, para configurar el injusto, a causa del daño que de por sí provoca a los consumidores y la competencia. Se habría pretendido así implantar a su respecto la *“regla per se”*, del derecho estadounidense.¹⁵⁹ No obstante, parte de la doctrina desestima esta visión, por estimar que, pese al texto legal, un acuerdo entre competidores que no congregan poder de mercado es inocuo para la competencia y el bien jurídico, no resultando acorde al principio de culpabilidad su censura, debiendo más bien diferenciar la colusión dura o cartel por la exclusión de la defensa de razonabilidad, eficiencia o ausencia de daño real o potencial, que sí sería admisible en otras hipótesis, como refiere en sus clases el profesor Santander.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GONZÁLEZ, Aldo. *Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles*. Santiago: Expansiva, En Foco. 2007.

¹⁶⁰ SANTANDER, Boris. Apuntes de clases, versión 2020, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y *El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales*. Santiago: Revista Anales Derecho UC. Tema Libre Competencia. Vol. 5. 2009. pp. 39-47.

Ahora bien, además de las sanciones administrativas del artículo 26, las personas naturales arriesgan una pena privativa de libertad de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, o sea, de 3 años y 1 día a 5 años y de 5 años y 1 día a 10 años –medida polémica en su dictación¹⁶¹-, que viene acompañada de la suspensión de las penas sustitutivas hasta cumplido un año de cárcel efectiva. Igualmente, el delito es castigado con la inhabilitación para ejercer como director o gerente.

En cambio, la segunda parte del artículo 3 a), también considera colusión aquella destinada a “*determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*”, pero requiere expresamente que el acuerdo confiera poder de mercado a sus ejecutantes. Ya nos hemos referido al real alcance de la distinción. En todo caso, esta colusión “genérica” o simple, no conlleva sanción penal.

En la letra b) del articulado, encontramos el abuso de poder de mercado –por ejemplo con la fijación de precios, la imposición de productos atados o la asignación de cuotas o zonas de mercado-, y en la c) las prácticas predatorias o de competencia desleal. Estos actos se dividen en exclusorios y explotativos.

La última reforma, como se anunciaba, incorporó un control preventivo de fusiones. Anterior a estas disposiciones el sistema de control de concentraciones era voluntario y consultivo, lo cual traía consigo ineficiencias, costos y trabas.¹⁶² En cambio, la nueva forma *ex ante* en aquellas que superen un umbral económico establecido por la F.N.E. supuso un gran avance,¹⁶³ equiparándose a sistemas como los de EE.UU., Canadá o la Unión Europea.

En conclusión, al analizar los injustos contemplados en la legislación, podemos tener una idea más clara del bien jurídico protegido por el sistema de la libre competencia en Chile. En el próximo capítulo –cuando comparemos diversas doctrinas de bien jurídico-, esta revisión ayudará a vincular lo sancionado con lo protegido, en pos de responder la incógnita que nos convoca.

¹⁶¹ Véase AGOSTINI, Claudio, PELLEGRINI, Julio, MAÑALICH, Juan Pablo, BASCUÑÁN, Antonio, GONZÁLEZ, Aldo, NEHME, Nicole, GORAB, Daniela, BERGOEING, Raphael y SIERRA, Lucas. *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. Santiago: Puntos de Referencia, Edición Online N° 409. 2015.

¹⁶² NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. *Diseños institucionales de control de concentraciones*. Santiago: Revista Estudios Públicos, Vol. 125. 2012. pp. 111-20.

¹⁶³ *Ibid.* pp. 92-100.

5. Doctrinas sobre el Bien Jurídico protegido en la Libre Competencia en Chile

En la discusión de la ley 19.911, se intentó precisar el objetivo de la ley. Sin embargo, dicho esfuerzo fue en vano, ya que la solución planteada entreveía una multiplicidad de bienes jurídicos.¹⁶⁴ Ante ello, se optó por la frase actual del art. 1: “*La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”. Pero esta frase no es más que una fútil intención de enterrar la polémica, volviendo al punto de partida e invitando a juristas y jueces a definir y demarcar “libre competencia”.

Las diversas respuestas de la doctrina son: el Bienestar del Consumidor, la Eficiencia Económica, el Bienestar General, la Libertad Económica y la Libertad para Competir.

5.1 Bienestar del Consumidor

Sus postulados se asemejan a los revisados en el derecho comparado -ver 3.1.2 a y 3.2.2 a-, aunque deben ser vistos bajo el prisma del Derecho chileno. A continuación se expondrán diversos argumentos en contra de esta teoría.

i. El Consumidor Es Sólo un Agente del Mercado

Para empezar, el consumidor no es más que uno de los múltiples agentes del mercado, por lo cual, esta inclinación causaría una libre competencia incompleta e injusta, ya que obvia a sus demás participantes, a quienes despoja de protección.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que ha remarcado en distintos fallos que el objetivo de la libre competencia “*no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores, sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica*”, para así “*beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual (...) tienen los consumidores importante papel*”.¹⁶⁵

Esta doctrina también es problemática desde las exigencias de un bien jurídico. Habíamos mencionado que el valor protegido no puede ser contrario al orden constitucional (2.1.3 ii.), pero al preferir un agente del mercado por encima de otro se

¹⁶⁴ Se propuso como artículo primero “*La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores*”. Mensaje Nº 132-346 Primer Trámite Constitucional H. Senado, 17 mayo 2002. p 8.

¹⁶⁵ Resolución Nº 368, considerando 2, Comisión Resolutiva.

atenta contra el derecho a la igualdad. Cabe mencionar que nos referimos a favorecer a consumidores, no a protegerlos, de lo que se preocupa el Derecho del Consumidor.

De igual forma, surgen problemas toda vez que la decisión de proteger únicamente a uno de los agentes del mercado, y no a la competencia en sí, da vía libre a algunas prácticas anticompetitivas. Estas serían justificadas por su beneficio a los consumidores, permitiendo un perjuicio a la competencia o el abuso hacia otros competidores.¹⁶⁶

Verbigracia de esta situación son fusiones que hagan imposible la competencia en un mercado, pero aseguren precios bajos o mejores productos. De igual manera, habría que permitir la figura del *free rider* si trae beneficios al consumidor –precios muy bajos o alta disponibilidad de un producto exclusivo-, sin importar el daño al desarrollo o al incentivo tecnológico del sector.

En síntesis, si bien no debe descartarse al consumidor como una categoría digna de protección, una libre competencia enfocada únicamente en él sería contraria a la Constitución y pone en peligro a los demás agentes del mercado.

ii. Naturaleza Consecuencial y Utilitarista

Esta crítica se puede subdividir en dos, una por su naturaleza consecuencial y otra por su carácter utilitarista. En primer lugar, su utilización como un algo al que proteger no corresponde a un fin en sí mismo. Más bien es el resultado de un mercado más eficiente o un desarrollo tecnológico-económico, los cuales deberán traspasar sus beneficios a los consumidores mediante productos mejores y más baratos.¹⁶⁷

Esta naturaleza no le permite ser un bien jurídico, toda vez que no es un valor digno de protección por sí mismo. Para protegerlo primero habría que defender estos beneficios, volviéndola esclava a otras teorías. Además, en caso de abordarla a la *consumer choice* (3.1.2 a.), igualmente dependería del propio interés y libertad de los competidores. Es decir, debería protegerlos y esperar que, por su propia voluntad, decidan entregar una mayor cantidad de productos a precios más bajos. Como se observa, su carácter consecuencialista le impide independizarse de otros valores y objetos de protección, tornándolo inútil como bien jurídico único.

¹⁶⁶ Argumento esgrimido, entre otros, por HOVENKAMP. *Supra* Cita 83.

¹⁶⁷ Crítica contenida en BORK, Op. Cit. y en BORK, Robert. *The Rule of Reason and the Per Se Concept*. New Haven: Yale Law Journal 775. 1965.

En segundo lugar, no debemos abogar por un valor utilitarista, porque la libre competencia estaría en peligro. La libre competencia no puede ser sinónimo de bienestar del consumidor porque, lamentablemente, no siempre será la mejor vía para satisfacer sus intereses. Si somos fieles a esta postura, cualquier modelo económico que resulte en un mayor beneficio al consumidor deberá ser preferido. Esta cuestión es paradójica, si lo que debe defender es el bienestar del consumidor, y otro modelo económico cumple mejor este propósito, siendo consistentes debería optarse por él, obviando los otros beneficios que pueda traer la libre competencia.

En definitiva, esta crítica demuestra lo vulnerable de esta doctrina. No puede ser un bien jurídico único, pues no es capaz de sostener el peso de la legislación y conseguir su objetivo de forma independiente –característica esencial para este trabajo-. De igual manera, es imposible que la libre competencia pueda ser desechada por su propio valor ulterior ante opciones más atractivas, ya que lo convertiría en un término vacío.

iii. Libre Competencia No Es el Derecho de Protección del Consumidor

Finalmente, esta doctrina suele caer en el error de proclamar que el objetivo de la legislación es defender al consumidor ante abusos. Esto trae la confusión de que los injustos anticompetitivos son para resguardar al consumidor, y no a la competencia. Sin embargo esta idea es errada, ya que su protección corresponde al Derecho de Protección del Consumidor, no a la Libre Competencia.

Aunque no podemos negar que el bienestar del consumidor es parte de la legislación, sólo es una consecuencia positiva de proteger la competencia y no la razón principal para sancionar a las conductas anticompetitivas. Por ejemplo, la colusión con precios excesivos¹⁶⁸ afecta a los consumidores, pero la razón de su castigo está, primero, en aparentar competencia.

Por eso, se ha sostenido que *“resultaría razonable concluir que en un evento de concurso de ilícitos monopólicos y de protección del consumidor ha de cobrar preferencia en su aplicación el atentado a la libre competencia”*.¹⁶⁹

Por las razones y argumentos esgrimidos, decidimos descartar la doctrina del Bienestar del Consumidor.

¹⁶⁸ Véase SAAVEDRA, Eduardo y TAPIA, Javier. *El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta*. Santiago: Estudios Públicos, N° 153. 2019. pp. 114-20.

¹⁶⁹ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2006. pp. 148-9.

5.2 Eficiencia Económica

Las ideas de las escuelas de Chicago y Virginia también hayan adherentes en el derecho chileno, quienes esgrimen que “*el objetivo de la legislación antimonopolios debe referirse exclusivamente a la eficiencia económica*”.¹⁷⁰ A continuación, expondremos ciertos argumentos que demuestran por qué, a nuestro parecer, esta doctrina es errada.

i. Falta de un Valor Digno de Protección, Único e Independiente

Esta primera crítica, puede subdividirse en dos. Primero, la eficiencia no es un valor digno de protección según el modelo crítico-material. A saber, no está resguardada en nuestro ordenamiento como un derecho o una posición social digna de ser defendida al nivel de un bien jurídico.

Sus problemas se evidencian al intentar ocuparla como justificante de las altas sanciones del sistema: sería draconiano condenar hasta a 10 años de presidio porque un acto hace al mercado menos eficiente. De igual manera, si somos consistentes, habría que reformular el sistema para castigar todo aquello que afecte este supuesto bien jurídico: sancionar a quien asigne mal los recursos, multar por productos a precios ineficientes u otros disparates.

La segunda parte de este argumento proviene de su carácter consecuencialista-utilitario, cuestión ya tratada en el subcapítulo anterior. Al igual que el bienestar del consumidor, dicha naturaleza es paradójica y puede destruir la libre competencia en la cual se cimenta. Podría pretenderse, por ejemplo, como ha ocurrido, que es técnicamente factible imponer eficientemente precios con un margen determinado de utilidades, que dejarlos al arbitrio de las empresas.

Pero la libre competencia posee una bondad más allá de la eficiencia que trae al mercado y la economía en general. Permite una libertad económica sólo limitada por la libertad de los demás competidores. Por ello, la eficiencia sólo es deseable enmarcada dentro de la libre competencia, ya que “*exige como elemento esencial que los competidores dispongan de algún grado de libertad jurídica en su participación*”, por lo

¹⁷⁰ PAREDES, Ricardo. *Comentarios al Documento de Trabajo sobre la Enmienda del D.L. N° 211 (1973)*. p. 87, vía VALDÉS. Op. Cit. p. 166.

tanto, debe ser “*el resultado de la libertad de competencia (...) en tanto permite la formación del justo precio y el adecuado funcionamiento de los mercados*”.¹⁷¹

En conclusión, nos hayamos con un concepto que no es digno de ser elevado a bien jurídico, que posee una naturaleza utilitarista-consecuencial y que, para enmarcarse dentro de la libre competencia, depende de otros.

ii. Incapacidad de Cumplir la Función Teleológica

Los bienes jurídicos nos son útiles debido a sus funciones. Pero la dificultad de la eficiencia para acotarse acertada y precisamente –como exige el modelo crítico-material-, en conjunto con la incertidumbre de un concepto que puede significar varios más, tornan imposible la labor de discriminar cuales conductas son merecedoras de sanción.

Ya que, la incapacidad de presentar una eficiencia con un núcleo central delimitado imposibilita ejercer dicha función. Tanto por la complejidad de esbozar una eficiencia unitaria –al ser locativa, productiva y dinámica no permite un concepto unitario sin conflictos internos-, como por las contradicciones provenientes de su instrumentalidad en pos al bienestar del consumidor.

A modo de ejemplo: visualicemos un mercado cuya estructura competitiva no funciona únicamente por el precio y cantidad,¹⁷² en él un competidor realiza una acción que disminuye los costos de un tipo de producto, de manera que mejora su eficiencia productiva; pero, dicha conducta resulta en la bancarrota de otro competidor cuya principal fortaleza es la originalidad e innovación de sus productos, bajando considerablemente la eficiencia dinámica del mercado; al mismo tiempo, los consumidores se ven perjudicados al privárseles tal variedad de productos. Ante este caso, un bien jurídico óptimo sería capaz de diferenciar si dicha conducta es merecedora de castigo o no. En contraposición, la naturaleza circunstancial y pluralista de la eficiencia nos responde con un no y un sí a la vez. Además, se complejiza su posición al dañar el interés de los consumidores a quienes debería beneficiar.

Esto es uno de los muchos casos donde la eficiencia falla. Porque de ella emanarán respuestas nulas o contradictorias cuando le exijamos cumplir su labor teleológica. A

¹⁷¹ VALDÉS, Op. Cit. pp. 98-102.

¹⁷² Véase YBAR, Mario. *¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia?*. SSRN, <https://ssrn.com/abstract=1739315>. 2009. pp. 8-9. Citando un ejemplo de LANDE y AVEERIT.

consecuencia de esto, lo máximo a lo que ella puede optar es a convertirse en un bien jurídico incompleto, defectuoso e inoperante.

iii. Desconexión Ideológica con la Evolución de la Libre Competencia

Finalmente, como vimos en el contexto de la legislación, las altas penas y mayor eficacia en la fiscalización de los ilícitos anticompetitivos son producto de un clamor ciudadano producto de casos atroces. La solución –que corresponde a la idea actual de la libre competencia- fue un mayor control estatal, penas más disuasivas y mayor regulación al actuar de los agentes del mercado.

Sin embargo, la Escuela de Chicago se funda en que la economía, sola y sin control estatal, es quien genera la mayor eficiencia. Ella aumenta el tamaño del pastel, que a continuación repartirá sus beneficios a toda la sociedad.¹⁷³ No obstante, ninguno de estos dos pilares es correspondiente al origen o la evolución que ha sufrido la libre competencia de nuestro país.

Como mencionamos anteriormente, el bienestar del consumidor mediante una economía más atomizada fue uno de los objetivos de la libre competencia chilena, y el recurso que empleó para lograrlo es el control estatal. Del mismo modo, la experiencia ha demostrado que, normalmente, sin intervención de la autoridad, faltan incentivos para redistribuir los excedentes de las grandes empresas, lo cual redundaría en malestar social.

¹⁷³ Si bien no hay consenso con respecto al deber de repartirse o no dichos beneficios, de igual manera estos no son traspasados. Como dice Ybar (Ibíd. p.4): *mientras algunos argumentan que la eficiencia tiene por objeto la maximización del excedente del consumidor (...), otros sostienen que las autoridades deben ser indiferentes respecto de quién (...) se apropia de dichos excedentes.*

5.3 Bienestar General

Esta doctrina postula el bienestar general del mercado como bien jurídico. Para ello busca un mercado equitativamente distribuido, rechaza las economías concentradas y protege la competitividad del mercado. Repasemos las críticas.

i. Concepto no Apto para ser Bien Jurídico

Esta crítica es semejante a aquella presentada en el subcapítulo anterior. Además de complicaciones al conceptualizar de manera precisa e inequívoca a qué nos referimos con bienestar general, resulta que no hay una métrica que nos permita ponderar sus efectos. La distribución del mercado o su competitividad son parámetros intangibles o de difícil determinación que dependen de factores futuros e inciertos, es decir, en la mayoría de los casos no se puede respaldar una decisión sobre la anticompetitividad de una conducta.

Por otro lado, el bienestar general no es un valor digno de protección según el modelo crítico-material. No se corresponde con ningún derecho arraigado en nuestro ordenamiento jurídico y, aunque es un valor justo y deseable, no se puede considerar como una posición social que sirva como respaldo ante la gravedad de las penas impuestas.

Más aún, es difícil argumentar que es el objetivo detrás de la legislación, ya que carece de relación con algunas sanciones contempladas en el Decreto Ley Nº 211. Si bien parece tener relación con las fusiones, conflictúa con otras conductas, como las restricciones verticales, que suelen justificarse en razones de eficiencia.

Finalmente, aún insistiendo en la utilización del bienestar general como bien jurídico, este sería incompleto. Porque, al ser un concepto poco preciso, no cumple la función teleológica –por las mismas razones que criticábamos a la eficiencia-. En consecuencia, consistiría en un bien jurídico imperfecto e inútil, adjetivos indeseables para un sistema de la relevancia de la libre competencia.

ii. Desprotección del Consumidor y Otros Agentes del Mercado

Otra crítica consiste en la percepción de bienestar general como concepto ajeno a la protección de todos los agentes del mercado. Al perseguir esta abstracción de la

competencia, acarrea un daño al mercado, en específico a ciertos competidores y los beneficios que estos confieren a los consumidores.

Sus detractores argumentan que la justicia distributiva no debería ser el objetivo de la libre competencia, ya que daña la libertad e igualdad que caracterizan a este sistema. En particular, critican su inclinación por aquellos competidores más débiles. Aseguran que se confunde al conferirles preferencias para subsanar sus deficiencias competitivas como forma de mantenerlos –injustamente- en el mercado.¹⁷⁴ Y, aunque el fin parezca noble, conseguirlo mediante la libre competencia se traduce en un daño al crecimiento económico y, por ende, a los consumidores.

Otra parte de la doctrina critica la manera en que se postula dicha protección hacia los competidores más débiles. Ellos aseguran que es mejor una aproximación *ex ante*, a modo de igualar en oportunidades y derechos a los competidores, asegurándoles su libertad de competir, sin un trato prioritario.¹⁷⁵

En síntesis, parece mejor un concepto más certero que afirme que el bien jurídico “*resulta afectado toda vez que se entorpece, restringe o elimina la libertad de competir*” o que se impide “*el acceso de un competidor a un mercado relevante*”,¹⁷⁶ se explota a un competidor ya instalado o bien se le expulsa. En otras palabras, uno que se incline por lograr el cometido, pero *ex ante* y en forma igualitaria.

iii. Paradoja de la Libre Competencia como Obstáculo

Esta doctrina también cae en la paradoja, vista anteriormente, de concebir a la libre competencia como obstáculo. El carácter de libre competencia como “*digna de tutela por sí misma*” gracias a la que “*recibe el preciso calificativo de bien jurídico tutelado y, adicionalmente, es medio para la consecución del bien común de la nación*”,¹⁷⁷ parece concordar con la búsqueda del bienestar general del mercado.

No obstante, si se ve más detenidamente, podemos apreciar que puede colisionar con la elección de un sistema de libre competencia, ya que, para no caer en esta paradoja - prescindir de la libre competencia si deja de ser la opción más ventajosa-, se requiere aceptar otro bien jurídico –la libertad de competir- como supuesto previo.¹⁷⁸ De otro modo se aceptarían métodos diversos de desconcentración económica que pueden

¹⁷⁴ VALDÉS. Op. Cit. p. 142.

¹⁷⁵ Véase HOVENKAMP. Supra Cita 88.

¹⁷⁶ VALDÉS. Op. Cit. p. 133.

¹⁷⁷ Ibid. p. 95.

¹⁷⁸ ANDRIYCHUK. Supra Cita 124. p. 585.

pasar por encima la libertad de los agentes del mercado. Debido a que la misión de este trabajo requiere de un bien jurídico único y no de una pluralidad de ellos,¹⁷⁹ estamos en una problemática irreconciliable al elegir este tipo de doctrinas.

A modo de conclusión, no parece aconsejable esta opción, ya que causa conflictos provenientes de un concepto inseguro, cuya delimitación poco realizada resulta inútil e inacabada.

¹⁷⁹ VALDÉS. Op. Cit. p. 97.

5.4 Libertad Económica

Esta doctrina se fundamenta en el derecho fundamental del artículo 19 n° 21 de la Constitución, el cual asegura a todas las personas el derecho a *“desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*.

Se postula que este derecho es el sustento de la libre competencia, por lo que equivaldría al bien jurídico protegido.

i. Malinterpretación del Artículo 19 n° 21 de la Constitución

La libertad de empresa ha sido utilizada como escudo ante cualquier regulación estatal. Sus adeptos más férreos enfatizan el individualismo y obvian el fin social de la libre competencia, lo que termina en la justificación de abusos.

El problema surge porque estos seguidores adhieren al originalismo interpretativo, el cual *“presenta a los redactores del texto constitucional como héroes infalibles, y a sus convicciones personales como razones suficientes para simultáneamente explicar el fundamento de las disposiciones, resolver los conflictos que susciten y clausurar cualquier posible debate futuro sobre la materia”*.¹⁸⁰

En cambio, proponemos interpretar el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución como una libertad política sujeta a restricciones, las cuales nunca implican supresión.¹⁸¹ De este modo, se encomienda al legislador regular el funcionamiento de este derecho, mediante normativas de rango legal, con el fin prevenir su abuso, que anula el mismo derecho de los demás.

El Decreto Ley N° 211 cumple este rol. Dicho cuerpo legal regula el derecho sin vulnerarlo, ya que cumple tres funciones: tutelar –porque crea medios para ser respetada por autoridades, tanto públicas como privadas-, limitativa –al cumplir con las restricciones que impone la Constitución- y regulatoria –ya que crea los ilícitos anticompetitivos, forma en que materializa dicha protección con sanciones-.¹⁸²

ii. Valor de Carácter Social que Cumpla los Requisitos de un Bien Jurídico

¹⁸⁰ VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego. *Derribando mitos sobre el Estado empresario*. Santiago: Revista chilena de Derecho, Vol. 35, N°1. 2008. p. 136.

¹⁸¹ VALDÉS. Op. Cit. pp. 126-7.

¹⁸² VALDÉS. Op. Cit. pp. 128-133.

Puede parecer complejo defender la libertad de empresa como bien jurídico, pese a consistir en un derecho o protección del ciudadano, si miramos las funciones teleológica, interpretativa y crítica inherentes a este concepto. Mal interpretada, la función crítica impondría la necesidad de desregular el sistema, bendiciendo conductas hoy censuradas y entonces permitiendo la anulación de la libertad de muchos, por el ejercicio abusivo de la de unos pocos.

Dicho de otra forma, parece cuestionable que una libertad individual se esgrima como bien jurídico, ya que el valor atrás de la libre competencia debe tener connotaciones sociales y ser de una magnitud suficiente para contrapesar sus sanciones. Así lo ha entendido la jurisprudencia: *“su principio rector es la libertad económica que se manifiesta de distinta manera, (...) la libre competencia es uno de sus mecanismos impulsores de la economía donde (...) se encuentran contenidos y garantizados entre otros (...) el derecho para desarrollar cualquier actividad económica con las limitaciones antes señaladas”*.¹⁸³

Por estas razones, se necesita una propuesta que recoja la faz social del derecho, que no se enfoque sólo en el actuar individual de cada empresa, sino en su conjunto, para así exigir la adecuación conductual de cada competidor, de modo que, de no ocurrir, se justifique la sanción en los efectos perniciosos sobre los demás agentes del mercado.

iii. Relación con la Evolución de la Libre Competencia a Nivel Doméstico y Mundial

Finalmente, puede alegarse la impropiedad de este derecho como bien jurídico si se analiza el contexto actual, tanto a nivel doméstico, como mundial.

Como expusimos en el capítulo anterior -4.1-, la evolución de nuestro sistema surge por demandas sociales que exigieron una mayor fiscalización y control estatal sobre los abusos. Antes, producto de una legislación laxa, proliferaron porque fueron débilmente castigados o incluso perdonados. Por eso, si somos consecuentes con el contexto político-social, no podemos abogar por un bien jurídico antónimo a esta evolución.

¹⁸³ Dictamen N° 992/636 de la Comisión Preventiva Central, confirmado por la Comisión Resolutiva en su Resolución N° 480.

Del mismo modo, a nivel internacional las propuestas que desregulan el mercado han ido desapareciendo, dando paso a aquellas que ven los beneficios de uno más controlado.

Por lo tanto, una propuesta de bien jurídico debe tomar la limitación de esta libertad como base, a modo de encaminar por ese sendero a la libre competencia. Proteger una libertad económica sin restricciones es incompatible con nuestra regulación actual, ya que el Decreto Ley N° 211 sí prohíbe conductas que afectan el derecho de los particulares, siempre con el fin de mantener la libertad de los demás agentes del mercado y, con ella, una competencia realmente libre.

En conclusión, esta visión individualista es desaconsejable, pues no satisface los preceptos necesarios para configurar un bien jurídico.

6. Bien Jurídico de la Libre Competencia Chilena

6.1 Libertad para Competir

Para iniciar, expondremos de forma breve sus postulados y orígenes. Podemos rastrear las raíces de esta doctrina hasta el ordoliberalismo europeo. Dicha escuela de pensamiento surge como respuesta a la peligrosa aglomeración del mercado en manos de monopolios en la Alemania de postguerra. Al mismo tiempo, proponía dar solución a problemas del *laissez faire* capitalista de la época.

Su respuesta –como alternativa moderada del socialismo–, era idear una competencia regulada, con énfasis en el bienestar social¹⁸⁴ y con la figura del derecho de la libre competencia para incentivar y proteger las condiciones en que ella florece.

Con el fin de lograr una libre competencia perfecta -donde ninguna empresa tenga poder para coaccionar a sus competidoras-, procuran prevenir que se obtenga una posición dominante mediante la fiscalización y control de prácticas que degeneren el proceso competitivo.¹⁸⁵ Y, en el caso de llegar a obtenerla, se les exige comportarse como sujetos que no ostentaran dicho poder –estándar *as if*¹⁸⁶-. De este modo se consigue una economía de precios real, gracias a este criterio fundamental de toda la política económica del país.¹⁸⁷

Con respecto a qué se refieren con libertad, la definen como “*la libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir*”.¹⁸⁸ Es decir, que evita un abuso que dificulte a sus competidores ingresar o desarrollarse en el mercado, pero imperando la obligación de competir con sus pares.

Esta libertad para competir hay que entenderla como un derecho de naturaleza política y adquirida¹⁸⁹ para la autodeterminación en el proceso competitivo. Es decir, que proviene del ordenamiento jurídico –producto del modelo económico- y no de la naturaleza humana. Por ello, su ejercicio debe ser regulado y limitado en pos del respeto hacia las libertades de los demás agentes del mercado,¹⁹⁰ además de compatibilizarla con el ordenamiento jurídico.

¹⁸⁴ GERBER Supra Cita. 148. p. 10 y ss.

¹⁸⁵ BÖHM, Franz. *Wettbewerb und Monopolkampf*, pp. 369-370. Vía GERBER Op. Cit. p. 50.

¹⁸⁶ Estándar elaborado, entre otros, por MIKSCH, Leonhard. *Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*. Stuttgart: H. Küpper. 1947.

¹⁸⁷ EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Zurich: Tubingen und Zurich. 1952. p. 254.

¹⁸⁸ VALDÉS Op. Cit. p. 180.

¹⁸⁹ Véase HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty*. Londres: Routledge. 1977. pp. 16-25.

¹⁹⁰ VALDÉS Op. Cit. p. 182.

Debido a esto, la forma de competir se encuentra regulada, permitiendo sólo aquella afín a la protección de esta libertad en manos de todos y no de unos pocos. En otras palabras, una competencia lícita que atraiga a la clientela por las características propias de sus productos y mediante prácticas disuasivas que no resulten en un daño a la libertad o elección de los consumidores.¹⁹¹ En contraposición, es ilícita cuando “*se efectúa destruyendo la competencia misma, por la vía de reducir las oportunidades de la clientela*”,¹⁹² o mediante prácticas que abusan o distorsionan el normal funcionamiento de la libre competencia, al negarse derechamente a competir o evitar que los demás puedan hacerlo libremente.

Estos planteamientos resaltan el acierto intelectual de esta teoría. Sin embargo, es revisando las diversas ventajas de su elección que esta sobresale por encima de las demás. Por ello, a continuación repasaremos, a modo escueto, algunos de sus beneficios, y posteriormente –para ser justos con las demás doctrinas- las críticas más significativas en su contra y las respuestas de sus adeptos.

¹⁹¹ Íbid. p. 194.

¹⁹² Íbid. p. 193.

6.2 Ventajas como Bien Jurídico

i. Cumple los Presupuestos Necesarios para todo Bien Jurídico

En primer lugar, esta postura cuenta con la ventaja fundamental de cumplir con los presupuestos necesarios para ser un bien jurídico válido. De acuerdo a la teoría crítico-material que hemos adoptado, cumple con ser un “algo” definido, corresponder a un valor digno de protección -según el ordenamiento jurídico- y cumplir con las funciones propias de un bien jurídico.

El primer criterio se cumple, pues la libertad para competir se corresponde con el derecho a la libertad -contemplado en los artículos 1º y 19º de la Constitución-, es digno de protección según nuestro ordenamiento jurídico.

Pero un bien jurídico es inútil si no cumple todas las funciones propias de él. Otras doctrinas son descartadas por este problema, pero la libertad para competir se mantiene firme, las satisface todas. La teleológica e interpretativa necesitan de un núcleo preciso e inconfundible. Y este valor posee una conceptualización precisa, que le permite hacer saber tanto al legislador como al juez su núcleo, el valor a proteger y cuales conductas lo afectan. Igualmente, cumple la función sistematizadora pues aglomera los injustos que tienen en común la afectación de la libre competencia en el Decreto Ley N° 211.

Finalmente, la función crítica se vuelve importante a la hora de juzgar cuando una práctica es anticompetitiva. Aquí, donde las demás fallaron, emerge victoriosa esta doctrina. La diferencia se halla en su concepto unitario, que responde ¿es ilícita la conducta? mediante la pregunta ¿daña la posibilidad de ingreso, salida, desarrollo del competidor, o libertad de elección del consumidor?

ii. Bien Jurídico Independiente y que Engloba a los demás

En segundo lugar, para evitar un conflicto en la interpretación y alcance de los presupuestos legales, es necesario un único bien jurídico, ya que, al contar con más de un valor protegido, los tribunales tendrían “*una formidable discrecionalidad (...) a la prevalencia de un ‘bien protegido’ por sobre otro*”,¹⁹³ asunto preocupante si se pretende una jurisprudencia coherente.

Sin embargo, dicho bien jurídico debe ser de tal magnitud que sostenga en sus espaldas todo el peso del sistema. Si tambalea o requiere de otro que lo apoye no nos sirve. Por ello, descartamos aquellas doctrinas que asumen otro bien jurídico como prerrequisito, tal como la eficiencia o el bienestar del consumidor. En cambio, nuestra propuesta está arraigada en la Constitución y es un valor cuya protección es incuestionable de por sí.

Igualmente, abarca otros valores para que faciliten su trabajo, la ayuden a cumplir con objetivos deseables y permitan responder a todos los casos de la práctica –sería ingenuo asumir que los pudiera resolver sola-. Además, es imposible esgrimir un objetivo inmutable,¹⁹⁴ inmune a las complicaciones que surgen al buscar la más justa resolución para un océano de casos.

Por eso, es deseable que englobe otros bienes jurídicos, y la libertad para competir permite contener un vasto conjunto de valores dignos de protección. Verbigracia, la eficiencia, que es el resultado regular de la libre competencia producto de una distribución más eficiente de los recursos que, además, es una de las razones para su elección como modelo económico.¹⁹⁵

En cuanto al bienestar de los consumidores, ocurre otro tanto. Ellos son directamente beneficiados por la mejoría económica y la competencia real que resulte, aún sin ser el sujeto principal de preocupación. Así, abarca de manera holística la protección más esencial de sus intereses, sin sacrificar sus bases.

Esta capacidad de contener a los demás valores, sin poner en peligro la regulación por un posible conflicto, hacer resaltar como valor la libertad de competir. Si no se bastara

¹⁹³ VALDÉS Op. Cit. p. 204.

¹⁹⁴ En palabras de ANDRIYCHUK. Supra Cita 124. p. 602: “*No todos los objetivos pueden cumplirse en su totalidad y no todo valor puede ser completamente protegido. Igualmente, la noción misma de la ‘priorización de todo’ es una contradictio in terminis*”

¹⁹⁵ Teoría de Eucken y sus pares: La esencia de una economía de intercambios es la competencia, por lo que a mayor nivel de competencia en una economía, más eficientemente funciona el sistema. GERBER Op. Cit. pp. 43-45.

por sí misma alertaría la carencia de un contrapeso del sistema, al mismo tiempo, de ser inflexible perdería su utilidad práctica.

iii. Valor Deontológico

En tercer lugar, hay que recalcar la importancia de que la libertad de competir consista en un valor deontológico. En contraste con uno utilitarista, presume beneficios al confiar en la libre competencia como la mejor manera de distribuir la economía, pero no depende de estos para justificarla como modelo. En cambio, le importa la protección de la libertad para competir de por sí, no como medio, debido a sus bondades como bien jurídico.

Creemos que una visión deontológica es la única viable cuando se emplea la libertad como fundamento de la libre competencia. Ya que la libertad sólo funciona cuando ella es dejada a su arbitrio dentro de los límites de la regulación, sin la necesidad de corresponder con un resultado esperable. En palabras de Hayek, *“la libertad otorgada sólo cuando se sabe de antemano que sus efectos serán beneficiosos no es libertad”*.¹⁹⁶

En conjunto, la libertad para competir evita la paradoja de la libre competencia como obstáculo, crítica que aqueja a doctrinas como el bienestar del consumidor o la eficiencia. Esta aporía corroe los cimientos de cualquier teoría que proponga un modelo económico, porque desear un modelo por sus beneficios no es confiar en un modelo en sí mismo.

La libertad para competir conlleva un soporte firme para el orden económico nacional. Sin esta base, la libre competencia se arriesga a una reacción en cadena: al no conseguir los objetivos propuestos se pierde el interés por el sistema, que carente de justificación puede abrir las puertas a cualquier modelo que cumpla dichos objetivos, resultando en la pérdida de todo beneficio que pueda aportar la libre competencia.

En síntesis, confiar en un modelo económico por sus beneficios, solamente, y no por los valores en que se sustenta, es falso y peligroso. La libertad debe ser resguardada como valor de por sí, y no por las utilidades que genere al mercado. Por ende, la libre competencia requiere un bien jurídico que la proteja por cómo es y no por su conveniencia, que respalde los valores no utilitaristas que promueve y, en especial,

¹⁹⁶ HAYEK Op. Cit. p. 31.

que no permita su propia destrucción. Ventaja de que goza la libertad para competir y de que carecen las demás doctrinas.

iv. Cumple su Fin Social, sin un Sacrificio Económico

En cuarto lugar, es un bien jurídico que balancea los propósitos que la sociedad busca en la regulación de la libre competencia, con la protección de los derechos de los agentes del mercado y el desarrollo económico. Dichos propósitos son la existencia de una competitividad real, que traspase los beneficios del mercado a los consumidores, potencie el desarrollo tecnológico y proteja la innovación.

Inicialmente, el primer propósito puede tender al populismo exacerbado, como ocurre con teorías que proponen salvaguardar pequeñas empresas sólo por su tamaño. Muchas veces su salida resulta de su propia ineficiencia u otro motivo independiente a la pérdida de su libertad competitiva. En estos casos, optar por mantener a la empresa es una *“vía socialmente costosa de llegar a un resultado que puede perfectamente ser defendible por razones éticas, pero que impone un gran costo”*.¹⁹⁷

No obstante, esta doctrina propone una igualdad *ex ante* de derechos, que iguale la libertad de auto realizarse competitivamente, sin importar la magnitud de la empresa. De esta manera, se evita una preferencia irracional por los pequeños negocios en desmedro de sus competidores de mayor calibre, mientras se cuida a aquellos más débiles que merecen protección.

La Corte Suprema parece tener estos aspectos bastante claros, al señalar que *“la libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo”*.¹⁹⁸

v. Capacidad de Explicar el Tipo Penal del Decreto Ley N° 211

En último lugar, la libertad para competir, como bien jurídico, es concordante con la evolución de la libre competencia en nuestro país, hasta el punto de permitir la explicación de cada uno de los injustos del actual Decreto Ley N° 211. Está a la par

¹⁹⁷ HOVENKAMP Supra Cita 88, p. 22.

¹⁹⁸ Fallo 58.909-16 de la Corte Suprema, considerando tercero.

con las demandas político-sociales de los últimos años, entre ellas, los objetivos sociales antedichos –aumento de la competencia real, traspaso de los beneficios a los consumidores, desarrollo e innovación, etc.- y el aumento de las sanciones para reafirmarlos.

La ventaja sustancial es la capacidad de representar cada tipo de conducta anticompetitiva del Decreto Ley N° 211 como una afectación a la libertad para competir.

Para empezar, la legislación pretende garantizar cierta atomicidad del mercado mediante el control de fusiones. Se protege al bien jurídico, porque en mercados demasiado concentrados puede resultar imposible garantizar una real libertad para competir.

Al vigilar la concentración del mercado se procura la libertad de los competidores para ingresar en él y desarrollarse de forma viable. De la misma manera, se protege a la libertad de elección de los consumidores con una mayor variedad de productos y servicios. Por ello, se pueden explicar las vulneraciones al control de fusiones y adquisiciones –y otros delitos como el *interlocking*- como un ataque a la libertad de competir de los competidores y otros agentes del mercado.

Para continuar, podemos explicar los abusos de posición dominante y las prácticas predatorias no sólo por la pérdida de eficiencias aparejadas o el efecto negativo a los consumidores, sino por su daño a la competencia. Al evitar que una empresa pueda libremente determinar su estrategia competitiva, producto de un acuerdo restrictivo o de un abuso, se está dañando su libertad para competir y con ello la esencia de la libre competencia.

No obstante, la situación se complica. Nuestra legislación perdona aquellas conductas que entreguen efectos pro competitivos –tal como los acuerdos restrictivos en la situación de los *free riders*-. El T.D.L.C.¹⁹⁹ también insiste en que estas prácticas no son anticompetitivas, pero el por qué es materia de discusión.

Algunas doctrinas sostienen que la permisibilidad de ciertos acuerdos predatorios o restrictivos es consecuencia del análisis económico del derecho. Se analiza la

¹⁹⁹ Informe 10/2014 de Rol NC 415-2013 del TDLC.

conducta por el perjuicio económico al consumidor o al mercado. De esta forma, las prácticas benignas son permitidas, aunque dañen a la competencia.²⁰⁰

Sin embargo, esta es sólo una forma de justificar la disposición legal. Desde el punto de vista de la libertad para competir –al que nos adherimos-, se valida debido a que estas conductas no dañan a la competencia, al contrario, la incentivan y protegen.

Es así, porque los efectos pro competitivos, además de traer una eficiencia aparejada, permiten proteger la inversión de los potenciales competidores al momento de ingresar en un mercado. Siguiendo el ejemplo anterior, permitir ciertos acuerdos restrictivos logra el objetivo de proteger la inversión inicial de los nuevos competidores, haciendo más atractiva su entrada al mercado e incrementando la competencia del sector.

Finalmente, las prácticas concertadas entre competidores afectan el bien jurídico por su daño a los consumidores y por burlar el imperativo de competir. La primera razón se explica porque distorsionan la libertad del consumidor, haciéndole creer una fachada de competencia para ocultar el acuerdo. Así, sus decisiones no son reales y el impacto de ellas en la economía es falso. Este modelo económico protege la posibilidad y los efectos de elegir, y ambos disminuyen por culpa de una colusión.

Por otro lado, es considerando a la libre competencia como un modelo con una finalidad social, que mejor se explica este delito. La libertad para competir significa también un imperativo a competir. Sin competencia no se distribuyen los beneficios del mercado, ni a los consumidores ni de forma justa entre los competidores. Por lo tanto, la libertad para competir como bien jurídico no es la opción de competir o no, es la obligación de actuar competitivamente para, mediante esta competencia sin presión externa, cumplir con los objetivos del modelo.

En conclusión, la libertad para competir posee la gran ventaja de ser el valor protegido detrás de cada uno de estos delitos. Todos los injustos anticompetitivos –que son testimonio de la evolución del sistema- son capaces de explicarse mediante la afectación de este bien jurídico.

²⁰⁰ Por Ejemplo: “*There is no need to worry about price discrimination, (...) is a device by which the monopolist in effect seeks to serve additional consumers (...). Thus, price discrimination brings the monopolist's output closer to that of a competitive market and reduces the misallocative effects of monopoly*” de POSNER, Richard. *The Chicago school of antitrust analysis*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 127. 1979. p. 926.

6.3.1 Críticas

i. Valor No Científico-Económico

La libertad como derecho, según la doctrina tradicional, proviene de la propia naturaleza del ser humano. Ella es reconocida y regulada por el Derecho, mientras que su alcance es moldeado por el orden jurídico-social de nuestra cultura.

Ahora bien, la libre competencia surge, se desarrolla y evoluciona a través de los avances científico-económicos, y no puede ser comprendida en su cabalidad sin ellos. Nace de los deseos de regular y potenciar la economía, por lo que ha ido modificándose a la par de sus avances y las nuevas teorías sobre la materia.

Por ello, un gran sector de la doctrina descarta a la libertad para competir, como justificación o guía de la libre competencia. Proponen que las sanciones, si bien de carácter jurídico, deben sustentarse en los daños económicos, mediante un análisis económico del derecho. Por ejemplo, se justifica el desprecio por los monopolios por la pérdida irrecuperable de la eficiencia o el daño a los consumidores.²⁰¹

Sintetizando, se crítica un concepto jurídico que no es incluíble en los raciocinios económicos. Si bien es un valor irreprochable, deja impotentes a aquellos economistas impacientes por demostrar que los injustos anticompetitivos tienen un sustento “científico”.

ii. Incapacidad para Cumplir Satisfactoriamente sus Objetivos

Parte de la doctrina postula que la libertad para competir correspondería a una visión acotada de la libre competencia. Al enfocarla sólo en una protección *ex ante*, se malgastaría su potencial para guiar y desarrollar a la economía de manera más provechosa.

Se añade que la regulación debe cumplir más de un objetivo: “*defender la libre competencia en los mercados (...) y (...), promover la libre competencia como un bien jurídico que procura un mejor funcionamiento del mercado, y, por ende, se traduce en un mayor bienestar para la comunidad*”.²⁰² Al simplificar su labor, se escapan propósitos que realmente benefician a la comunidad, como el bienestar de los

²⁰¹ Véase CASE, Karl y FAIR, Ray. *Principles of Economics*. New Jersey: Prentice-Hall. 1999.

²⁰² SANDOVAL, Ricardo. *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica. 2006. p. 38.

consumidores, mediante el aumento de la eficiencia o de la calidad y precio de los productos.

Además, la libertad para competir omitiría que no se promueve una libre competencia sin un beneficio social, sino porque sirve para cumplir con los propósitos que la inspiran.²⁰³

En conclusión, una libre competencia ensimismada en proteger *ex ante* la libertad, dejaría de lado los beneficios que la caracterizan, como su capacidad para mejorar y estabilizar la economía.

²⁰³ *Ibíd.* p. 32.

6.3.2 Contra Críticas

Primero, es vital que el valor elegido se corresponda con un bien jurídico y cumpla de forma cabal todos sus requisitos. La libre competencia parece estar, efectivamente, más ligada a la economía, no obstante, su protección es jurídica y el bien jurídico debe provenir del derecho y justificarse con argumentos propios de él.

De igual manera, como es un concepto de origen penal –y las sanciones rozan esta rama del derecho–, el valor debe corresponder con este nivel de exigencia. Al derecho penal no le interesa “*la protección de la economía ‘porque sí’*”,²⁰⁴ su facultad punitiva es la *ultima ratio* del sistema, por ello “*debería reaccionar solo frente a ciertas expectativas fundamentales para el libre desarrollo de la personalidad que derivan del sistema económico*”.²⁰⁵

Finalmente, hay que mencionar otro contraargumento. De escoger un bien jurídico acorde a un propósito económico, este fin puede ganarle a la razón de elegir a un modelo económico. Esto llevaría a la paradoja de la libre competencia como obstáculo –explorada de forma más detenida en 5.1.i, 5.1.ii, 5.2.i, 5.3.iii–, peligro más perjudicial a nuestro parecer que la supuesta incertidumbre.

En conclusión, los contraargumentos producto del contexto en que se quiere dilucidar el bien jurídico, además de los graves problemas por optar por uno meramente económico, hacen preferir la doctrina de la libertad para competir, sin perjuicio de recoger los avances científicos, que en todo caso le son afines, pues esa libertad se ejerce y puede anularse en un determinado mercado, por agentes con poder de mercado, conceptos todos que tienen un sustrato económico.

Respecto de la siguiente crítica, es posible predicar un error conceptual, pues confunde bien jurídico con objetivo o fin de la ley. El primero tiene como finalidad sopesar los injustos penados de cara a un valor trascendental, no conseguir un propósito en específico.

Incluso, si bien algunas de sus funciones rozan esta finalidad, no son equiparables. La función teleológica, por ejemplo, sirve para enfocar los esfuerzos de la administración y tribunales, para así mejorar la comprensión de qué es lo protegido a modo de evitar errores en la resolución de casos, por lo cual, no debe confundirse con la labor de

²⁰⁴ ARTAZA, Osvaldo. *Protección de la Libre Competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas*. Santiago: Política Criminal, Vol. 11, Nº 22. 2016. p. 795.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 795.

guiar a la libre competencia hacia el cumplimiento de un objetivo, por más deseoso que este sea.

Enseguida, respecto de la supuesta inutilidad de la libertad para competir en función del bienestar social, se olvida que es la libertad la que sostiene, primeramente, el modelo que, además, ha resultado normalmente eficiente y, cuando no, ha requerido corrección regulatoria. En palabras de Valdés, *“el recto ejercicio de esta libertad de competencia mercantil constituye una valiosa contribución de su titular al bien común de la sociedad civil y por ello el bien común político reclama la tutela de dicha libertad”*.²⁰⁶

Por lo demás, los otros conceptos postulados como bien jurídico, al provenir de la economía, *“... no son autoevidentes ni tampoco son pacíficos”*, e incluso la eficiencia misma ha sido caracterizada como *“concepto sumamente vago”*.²⁰⁷

Para finalizar, nuestra postura acerca del bien jurídico se basa en la libertad individual como oportunidad (*capacidad real de conseguir las cosas que hemos decidido*) y como proceso (*compuesta por la autonomía decisional en las elecciones a realizar y la inmunidad frente a las interferencias de terceros*).²⁰⁸ De esta forma, es tan útil como respaldo de toda la legislación, como para asegurar el bienestar y estabilidad de una economía basada en la propia libertad de cada agente del mercado para competir y aprovecharse de los beneficios del sistema.

En definitiva, parece haberse demostrado que la libertad para competir cumple de mejor manera que las otras opciones el papel del bien jurídico protegido por la normativa sobre libre competencia, al menos en nuestra legislación.

²⁰⁶ VALDES. Op. Cit. p. 186.

²⁰⁷ ARTAZA. Op. Cit. p. 796.

²⁰⁸ ARTAZA, Osvaldo. *La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal*. vía ARTAZA Op. Cit. p. 798.

7. Conclusiones

Durante la elaboración de esta memoria, acerca de la búsqueda del bien jurídico detrás de la normativa sobre libre competencia chilena, pudimos llegar a las siguientes conclusiones:

1 En la parte preliminar, nos propusimos seleccionar el modelo de bien jurídico más correcto. Concluimos que el crítico-material, elaborado por Bustos y Hormazábal, es el que cumple mejor las categorías de génesis del objeto del delito. Además, su respuesta al “algo” digno de protección es superior y lo mismo ocurre con su aproximación a las funciones, en donde la crítica es fundamental.

2 Con respecto a la polémica inclusión de los bienes jurídicos en el derecho de la libre competencia, zanjamos como acertada su utilización. Su aplicación en el derecho económico sancionador resulta imperativa, dada la magnitud de los ilícitos anticompetitivos, en particular, pero no exclusivamente, la colusión.

3 En la revisión del derecho comparado, testeamos cada una de las doctrinas prevalentes en EE.UU. y la Unión Europea. En el país norteamericano optamos por el *consumer welfare*, por su relación con los cuerpos legales, predilección jurisprudencial histórica y argumentos persuasivos, pero no descartamos del todo la libertad para competir.

Con respecto a la Unión Europea, de las teorías que sobresalen concluimos que la más acertada parecer ser, precisamente, la libertad para competir. Si bien no ha sido tan usada por la jurisprudencia, calza con la legislación europea y sus postulados responden mejor a las críticas.

4 Volcando la mirada hacia nuestra propia legislación, mostramos las falencias en los postulados de la eficiencia, bienestar del consumidor, bienestar general, e incluso, libertad económica, a secas, optando por la libertad para competir, como bien jurídico detrás de la normativa sobre libre competencia.

5 En definitiva, se concluye que la libertad para competir ha de elevarse a bien jurídico justificante de los injustos anticompetitivos, porque cumple con los presupuestos del mismo, al ser independiente, consistir en un valor deontológico, cumplir un fin social sin sacrificar lo económico y explicar todos los tipos penales contenidos en el Decreto Ley N° 211.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

ABANTO, Manuel. *Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos*. Lima: Revista Derecho Penal. 2006.

ABANTO, Manuel. *La protección penal de la competencia*. Lima: THEMIS: Revista de Derecho, nº 36. 1997.

AGOSTINI, Claudio, PELLEGRINI, Julio, MAÑALICH, Juan Pablo, BASCUÑÁN, Antonio, GONZÁLEZ, Aldo, NEHME, Nicole, GORAB, Daniela, BERGOEING, Raphael y SIERRA, Lucas. *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. Santiago: Puntos de Referencia, Edición Online N°409. 2015.

AKMAN, Pinar. *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies. 2009.

ALVEAR, Julio. *Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica Un paradigma a desarrollar*. Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. 2015.

ANDRIYCHUK, Oles. *Can we protect competition without protecting consumers?*. Minehead: Competition Law Review, vol. 6. 2010.

ANDRIYCHUK, Oles. *Rediscovering the spirit of competition: on the normative value of the competitive process*. Londres: European Competition Journal vol. 6, no 3. 2010.

AREEDA, Phillip y TURNER, Donald. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Cambridge: Harvard Law Review. 1975.

AREEDA, Phillip y TURNER, Donald. *Williamson on Predatory Pricing*. New Haven: Yale Law Journal. 1978.

AREEDA, Phillip, HOVENKAMP, Herbert y TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust principles and their application*. Los Angeles: Aspen & Law Business. 1978.

ARTAZA, Osvaldo. *Protección de la Libre Competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas*. Santiago: Política Criminal, Vol. 11, N° 22. 2016.

ARTAZA, Osvaldo, BELMONTE, Matías y ACEVEDO, Germán. *El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo*. Talca: Ius et Praxis. 2018.

AVERITT, Neil y LANDE, Robert. *Using the Consumer Choice approach to Antitrust law*. Chicago: Antitrust Law Journal. 2007.

AVERITT, Neil. y LANDE, Robert. *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*. Chicago: Antitrust Law Journal. Vol. 65. 1993.

BANFI, Cristián. *Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*. Santiago: Revista chilena de derecho, Vol. 41, no 1. 2014.

- BERNEDO, Patricio. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago: Ediciones de la FNE. 2013.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Scientia. 1991.
- BIRNBAUM, Johan. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Valparaíso: Edeval. 2010.
- BORK, Robert. *The Atitrust Paradox*. Nueva York: New York Free Press. 1978.
- BORK, Robert. *The Rule of Reason and the Per Se Concept*. New Haven: Yale Law Journal 775. 1965.
- BORK, Robert. *Vertical Integration and the Sherman Act*. Chicago: University of Chicago Law Review, Vol. 22. 1954.
- BRIETZKE, Paul. *Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Valparaíso: Valparaíso University Law Review, Vol 13. 1979.
- BRODLEY, Joseph. *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*. New York: NYUL Rev. vol. 62. 1987.
- BUSTOS, Juan. *Control Social y Sistema penal*. Barcelona: PPU. 1987.
- BUSTOS, Juan. *Perspectivas actuales del derecho penal económico*. Santiago: Gaceta Jurídica. 1991.
- BUSTOS, Juan. *Política Criminal e Injusto (Política Criminal, Bien Jurídico, Desvalor de Acto y resultado)*. Santiago: Derecho Penal y Criminología. 1978.
- BUSTOS., Juan Y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta. 2006.
- BUTTIGIEG, Eugène. *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest: a comparative analysis of US antitrust law and EC competition law*. Amsterdam: Kluwer Law International. 2009.
- CARASCO, Edison. *La "teoría material del bien jurídico" del sistema Bustos/Hormazábal*. Salamanca: Estudios Penales y Criminológicos. 2015.
- CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey. *Modern industrial organization 4th Edition*. Londres: Pearson. 2005.
- CASE, Karl y FAIR, Ray. *Principles of Economics*. New Jersey: Prentice-Hall. 1999.
- CHANDLER, Alfred Jr. *The visible hand: the managerial revolution in american business*. Cambridge: Harvard University Press. 1977.
- COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 2009.
- CORDERO, Eduardo. *El Derecho administrativo y su relación con el derecho penal*. Santiago: Revista de Derecho. 2012.
- DE LA MAZA, Íñigo. *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?*. Santiago: Revista chilena de derecho privado, nº 1. 2003.
- EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Zurich: Tübingen und Zurich. 1952.

FIADANCA, Giovanni. *El bien jurídico como problema teórico y como criterio de política criminal*. Milán: Revista italiana de derecho penal. 1982.

FLEINER, Thomas. *Common Law and Continental Law: Two Legal Systems*. Friburgo: Institute of Federalism, 2005.

FOER, Albert. *On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-minded Goal of Antitrust*. Nueva York: SAGE Journal, The Antitrust Bulletin. 2015.

FOX, Eleanor. *Modernization of antitrust: A new equilibrium*. Ithaca: Cornell Law Review. Vol. 66. 1980.

FOX, Eleanor. *The Efficiency Paradox*. Nueva York: NYU Law and Economics Research Paper. 2008.

GERBER, David. *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, New York: American Journal of Comparative Law. Vol 42, Issue 1. 1994.

GERBER, David. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press. 1998.

GONZÁLEZ, Aldo. *Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles*. Santiago: Expansiva, En Foco. 2007.

GONZÁLEZ, Aldo. *La delación compensada o amnistía en la lucha anti-carteles*. Santiago: TIPS, Departamento de Economía de la Universidad de Chile. 2007.

HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty*. Londres: Routledge. 1977.

HEFENDEHL, Ronald. *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons. 2016.

HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Santiago: Lexis-Nexis. 2006.

HORMAZÁBAL, Hernán. *Política penal en el Estado democrático*. Santiago: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 37. 1984.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Policy After Chicago*. New York: Faculty Scholarship. 1985.

HOVENKAMP, Herbert. *Chicago and its alternatives*. Durham: Duke Law Journal. 1986.

HOVENKAMP, Herbert. *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust*. New York: Faculty Scholarship. 2013.

HOVENKAMP, Herbert. *Harm to Competition under the 2010 Horizontal Merger Guidelines*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 39. 2011.

HOVENKAMP, Herbert. *Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis*. Nueva York: SAGE Journal. The Antitrust Bulletin. 2010.

JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal, traducción y estudio preliminar de Cancio Meliá*. Madrid: Civita. 1997.

- KOVACIC, William y WINERMANN, Marc. *Learned Hand, ALCOA, and the reluctant application of the Sherman Act*. Nueva York: Antitrust Law Journal. 2013.
- LANDE, Robert. *Consumer Choice as the Ultimate goal of Antitrust*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Law Review. Vol. 62. 2001.
- LANDE, Robert. *The rise and (coming) fall of efficiency as the ruler of antitrust*. Chicago: Antitrust Bill.vol 33. 1988.
- LANDES, William y POSNER, Richard. *El poder de mercado en los casos de Libre Competencia*. Lima: Civil Ius et Veritas, nº 26. 2003.
- LOWE, Philip. *The design of competition policy institutions for the 21st century*. Bruselas: Competition Policy Newsletter, Number 3. 2008.
- MALDONADO, Francisco. *Reflexión sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal*. Santiago: Revista de Estudios de la Justicia, nº 7. 2006.
- MARTIN, David. *Mergers and the Clayton Act*. Los Ángeles: University of California, Berkeley and Los Angeles. 1959.
- MATUS, Jean Pierre. *Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios*. Santiago: Política criminal, Vol. 7, Nº 14. 2012.
- MATUS, Jean-Pierre. *Fines y funciones de la pena estatal*. Santiago: VLex, <http://vlex.com/vid/fines-funciones-pena-estatal-69051182>. 2018.
- MATUS, Jean Pierre. *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*. Talca: Revista UNIVERSUM. 1996.
- MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Comares: Granada. 2004.
- MIKSCH, Leonhard. *Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*. Stuttgart: H. Küpper. 1947.
- MILLON, David. *The Sherman Act and the Balance of Power*. Washington: Washington and Lee University School. 1988.
- MÖSCHEL, Wernhard. *Competition policy from an Ordo point of view. En German neo-liberals and the social market economy*. Londres: Palgrave Macmillan. 1989.
- MURIS, Timothy. *The efficiency defense under Section 7 of the Clayton Act*. Cleveland: Western Reserve Law Review. 1980.
- NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. *Diseños institucionales de control de concentraciones*. Santiago: Revista Estudios Públicos, Vol. 125. 2012.
- ODUDU, Okeoghene. *Competition: efficiency and other things*. Chicago: Chicago Law Review. Vol 6. 2009.
- ODUDU, Okeoghene. *The wider concerns of competition law*. Oxford: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 30, no 3. 2010.
- PARDOW, Diego. *Atribuciones para una fiscalización eficaz de los mercados (Capítulo IV)*. Valdivia: Revista de Derecho, Vol. 28, Nº2. 2015.

- PARDOW, Diego. *El desempeño en juicio de la FNE ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?*. Coquimbo: Revista de derecho, Vol. 22, Nº2. 2015.
- PIRAINO, Thomas. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana: Indiana Law Journal. Vol. 82. 2007.
- POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press. 1976.
- POSNER, Richard. *The Chicago school of antitrust analysis*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 127. 1979.
- POSNER, Richard. *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*. Chicago: University of Chicago Law Review. 1977.
- ROBLES, Antonio. *Libre Competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley. 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas. 1997.
- ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Munich: Revista de ciencia penal y criminalología. 2013.
- SAAVEDRA, Eduardo y TAPIA, Javier. *El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta*. Santiago: Estudios Públicos, Nº 153. 2019.
- SANDOVAL, Ricardo. *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica. 2006.
- SANTANDER, Boris. *Apuntes del curso de Derecho Económico*, versión 2020. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- SANTANDER, Boris. *El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales*. Santiago: Revista Anales Derecho UC. Tema Libre Competencia. Vol 5. 2009.
- SARMIENTO, Rafael y CASTELLANOS, Paola. *La Eficiencia Económica: Una Aproximación Teórica*. Bogotá: Cuadernos Latinoamericanos de Administración, vol 4, nº 7. 2008.
- SOTO, Jesús. *La protección al consumidor como finalidad primordial de la Defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia*. Chía: Revista Dikaion de Universidad de la Sabana. 2014.
- STIGLER, Geoge. *The Origin of the Sherman Act*. Chicago: The Journal of Legal Studies, vol 14, nº1. 1985.
- SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warren. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. 2º ed. Eagan: Thomson/West. 2006.
- SZCZARANSKI, Federico. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Santiago: Política criminal. Vol. 7, Nº 14. 2012.
- TAPIA, Javier. *La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia*. Santiago: Estudios Públicos, Vol. 132. 2013.
- THORELLI, Hans. *The federal antitrust policy: Origination of an american tradition*. Baltimore: Johns Hopkins Press. 1955.
- TOWNLEY, Christopher. *The Goals of Chapter I of the UK's Competition Act 1998*. Londres: Yearbook of European Law. 2010.

TOWNLEY, Christopher. *Which Goals Count in Article 101 TFEU?: public policy and its discontents*. Londres: European Competition Law Review. Vol 9. 2011.

VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2006.

VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego. *Derribando mitos sobre el Estado empresario*. Santiago: Revista chilena de Derecho, Vol. 35, Nº1. 2008.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2014.

VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff*. Berlín: Guttentag. 1905.

WELZEL, Hans. *Derecho penal Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956.

WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WRIGHT, Joshua. *The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War with Each Other*. New Haven: Yale Law Journal, vol 121. 2012.

YBAR, Mario. *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*. Santiago: Revista de Derecho Económico, Nº 76. 2014.

YBAR, Mario. *¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia?*. SSRN, <https://ssrn.com/abstract=1739315>. 2009.

REVISTAS EN LÍNEA

OYEZ. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.* (n.d.). [en línea] <https://www.oyez.org/cases/2006/05-381> [consulta 24 noviembre 2020].

JURISPRUDENCIA

CHILE

Comisión Preventiva Central Dictamen Nº 992/636. 1996.

Comisión Resolutiva Resolución Nº 368. 1992.

Comisión Resolutiva Resolución Nº 480. 1997.

Corte Suprema C-58.909-16. 2016.

Tribunal Defensa de la Libre Competencia. Informe 10/2014 de Rol NC 415-2013. 2013.

Tribunal Defensa de la Libre Competencia Sentencia C-18-05. 2005.

Tribunal Defensa de la Libre Competencia. Sentencia C-119-12. 2012.

Tribunal Defensa de la Libre Competencia. Sentencia C-263-13. 2013.

Tribunal Defensa de la Libre Competencia. Sentencia C-160-17. 2017.

EE. UU.

EE.UU. vs. Alcoa. Supreme Court. 1945.

EE.UU. vs. Brown Shoe. Supreme Court. 1962.

White Motors vs. EE.UU. Supreme Court. 1963.

EE.UU vs. Philadelphia National Bank. Supreme Court. 1963.

EE.UU. vs. Arnold Schwinn and Company. Supreme Court. 1967.

Continental TV Inc. vs. GTE Sylvania. Supreme Court. 1977.

EE.UU. vs. Microsoft Corp. Supreme Court. 2001.

Weyerhaeuser Co. vs. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Supreme Court. 2007.

UNIÓN EUROPEA

C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission. 1976.

C-27/76 United Brands v. Comission. 1976.

C-43/82. VBVB v Comisión. 1982.

C-30/87 Corinne Bodson v Pompes Funèbres des Régions Libérées SA. 1987.

C-41/90 Höfner and Elser v. Macrotron GmbH. 1990.

C- 70/95 Sodemare v. Regione Lombardia. 1995.

C-513/06. GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comission. 2006.

C-280/08 Deutsche Telekom v Commission. 2008.

T-41/96 Bayer AG v. Commission. 1996.

T-112/99. Métropole Télévision v. Comisión. 1999.

T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comission. 2001.

LEGISLACIÓN

CHILE

Constitución Política de la República.

Código Penal.

Decreto Ley N° 211.

Ley 13.305.

Ley 19.610.

Ley 19.911.

Ley 20.361.

Ley 20.945.

DERECHO COMPARADO

Sherman Act. 1890.

Clayton Act. 1914.

Robinson-Patman Act. 1936.

Celler-Kefauver Act. 1950.

Hart-Scott-Rodino Act. 1976.

Tratado de Roma de Formación de la Unión Europea. 1957.

OTROS

CHILE

FNE. Guía para el Análisis de Restricciones Verticales. 2014.

FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. 2012.

Mensaje Nº 132-346 Primer Trámite Constitucional H. Senado, 17 mayo 2002.

DERECHO COMPARADO

Council Regulation Nº 4064/1989. 1989.

Comission Guidance to Art. 102 Enfforcement Measurement 2001.

Comunicado de La Comisión en Acuerdos de Menor Importancia. 2001.

Council Regulation Nº 139/2004 U.E. 2004.

Comunicado de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. 2005.

Directive Guidance Competition discussion paper on the application of Art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses. 2005.