



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**“BIEN JURÍDICO Y TIPO OBJETIVO EN LA SANCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA DE
LA COLUSIÓN”**

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

IGNACIO AGUSTÍN CRISTÍAN PERALTA FIERRO

19.889.637-3

Profesor Guía: DR. LAUTARO CONTRERAS C.

SANTIAGO

2021

Resumen

En esta tesis analizaremos el tipo objetivo de las normas de sanción administrativa y penal de la colusión a partir de la delimitación entre dos formas comisivas de la colusión: los acuerdos y las prácticas concertadas. Tomando como punto de partida la discusión que se suscitó en el caso Pollos en lo referido a la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, procedemos en cuatro pasos. Primero, analizamos desde una perspectiva de *lege lata* cual es el contenido del bien jurídico libre competencia, su naturaleza y su forma de afectación a partir de la colusión. Segundo, discutimos acerca de la forma en que se ha analizado la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas contenida en la norma de sanción administrativa de la colusión. Tercero, analizaremos el tipo objetivo de la sanción a los carteles duros. Cuarto, analizaremos la distinción entre la regla per se y la regla de la razón en nuestro contexto.

Palabras clave: bien jurídico libre competencia, acuerdos, prácticas concertadas, colusión

Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	3
Introducción: el tipo objetivo en la sanción administrativa y sanción penal de la colusión y la relevancia de la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas	6
1. Contexto e importancia del tema.....	6
2. Objeto de la investigación	8
3. Finalidad de la investigación:	9
4. Metodología:.....	10
5. Estructura general de la investigación.....	10
Capítulo I: el bien jurídico protegido por la legislación de libre competencia.....	11
1. Una aproximación inicial a la determinación del bien jurídico protegido.	11
2. El debate Chileno.	12
2.1 Consideraciones previas	12
2.2 “El caso tipo”, Mario Ybar.....	14
2.3 La tesis de Valdés.....	20
2.4 La tesis de Artaza	21
2.5 La tesis de Vega	24
3. La diferencia entre el common law y el derecho continental	29
3.1 Sobre la diferencia entre el derecho moderno y el derecho premoderno	29
3.2 El método	36
4. El bien jurídico libre competencia.....	36
4.1 El contenido del bien jurídico libre competencia	36
4.1 La naturaleza del bien jurídico libre competencia.....	40
Capítulo II: el caso supermercados y la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas.....	42

1. El caso	42
2. Por qué importa esta discusión	43
3. Razones a favor de una presunción de que ambas figuras se distinguen	44
4. Las tesis respecto del contenido de la distinción.....	44
4.1 Algunas consideraciones previas.....	44
4.2 La tesis probatoria	45
4.3 La tesis estructural	51
4.4 La tesis de Oliver Black.....	55
Capítulo III: el tipo objetivo	62
1. Sujeto activo.	62
2. Conducta y verbos rectores.....	63
3. Objetos sobre los cuales recae el acuerdo o práctica concertada.	65
4. La colusión como una forma de asociación ilícita	66
4.1 Consideraciones de primer y segundo orden	66
4.2 La analogía a la asociación ilícita.....	68
4.3 Los límites y el soporte legal de la analogía.....	74
5. Modalidad de acción.....	76
5.1 El modelo analítico.....	77
5.2 La aplicación del modelo a las distintas modalidades de colusión.....	83
Capítulo IV: sobre la distinción entre la regla per se y la regla de la razón o acerca de la aptitud anticompetitiva de los acuerdos y las prácticas concertadas como requisito de tipicidad objetiva	86
1. La naturaleza de la distinción entre la regla de la razón y la regla per se	87
2. La relación entre la derrotabilidad y la distinción entre una regla per se y una regla de la razón	93
3. Las prohibiciones bajo el derecho de competencia	95

Conclusiones.....	100
Bibliografía:.....	104

Introducción: el tipo objetivo en la sanción administrativa y sanción penal de la colusión y la relevancia de la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas

1. Contexto e importancia del tema

El Decreto Ley 211 (en adelante “DL 211”), por un lado, en la primera parte de la letra a) del inciso segundo de su artículo 3, sanciona administrativamente a los *acuerdos y las prácticas concertadas* en tanto éstas recaigan sobre determinadas variables competitivas: precios de venta o de compra, cantidad producida, zonas o cuotas de mercado o resultados de procesos de licitación. Por otro lado, el artículo 62 sanciona penalmente los *acuerdos* que recaigan sobre aquellas mismas variables competitivas. Los acuerdos o prácticas concertadas que recaen sobre las variables recién mencionadas normalmente se denominan “carteles duros”.¹

Si “acuerdos” y “prácticas concertadas” son dos términos idénticos o aluden a dos formas distintas de infringir la normativa de competencia es algo que fue debatido en el caso Supermercados (Rol C-304-2016 en el caso del Tribunal de la Libre Competencia y Rol N 9361-2019 en el caso de la Corte Suprema). Por lo anterior, utilizaremos este caso para ilustrar el problema.

Aquí, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) como la Corte Suprema sancionaron a las cadenas de supermercados SMU, Walmart y Cencosud por fijar precios mínimos de venta para la comercialización del pollo fresco. A este respecto, se determinó que la colusión fue ejecutada mediante un esquema *hub and spoke* en el que las distintas cadenas (*los hubs*) se coordinaron a través de los proveedores de pollo (*los spokes*). Lo anterior fue realizado mediante la aplicación de una regla de precio mínimo de venta del pollo fresco por parte de las cadenas. Esta se hacía valer a través de los proveedores, acudiendo las cadenas a estos últimos para que tomaran medidas tendientes a reestablecer el precio mínimo cuando identificaban que otra cadena había bajado el precio.

En su requerimiento, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) acusó a las cadenas de haber participado de un “*acuerdo o práctica concertada*”. A partir de lo anterior, durante el litigio parte de las cadenas reclamaron contra el uso indistinto de estas figuras por parte del organismo requirente pues “*si bien ambos tienen el elemento subjetivo en común, se diferencian por su identidad por las formas en que se manifiestan*”.²

¹ Jorge Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», Investigaciones CeCo (febrero, 2020): 6

² Fallo del TDLC: Sentencia N 167/2019, de 28 de febrero de 2019, en su punto expositivo 4.11.

Sobre esto, el TDLC afirmó que la distinción estaba superada,³ concentrándose hoy la jurisprudencia más bien en cubrir las distintas formas de colusión. Por su parte, la Corte Suprema afirmó que *“más allá de la denominación técnica que se le otorgue, la imputación dice relación con que el actuar de las empresas no estuvo determinado por una libre fijación de precios, sino que hubo una voluntad común”*.⁴

Ambas conclusiones despiertan inquietudes. Por un lado, la argumentación del TDLC, al excluir la posibilidad de que ambas conductas sean distintas y que haya razón en distinguirlas, violaría un presupuesto interpretativo básico: que el legislador en tanto que es racional no es redundante.⁵ Además, ignoraría que el legislador hace esta misma distinción nuevamente en el artículo 62 del DL 211, donde se tipifican “los acuerdos” y no los “acuerdos o prácticas concertadas” (si ambas figuras fueran iguales ambas estarían penalizadas). Por último, la afirmación del TDLC de que la distinción está superada pasa totalmente por alto que esta distinción fue reafirmada por el legislador tan solo el año 2016.

Por otro lado, la Corte Suprema tendría los mismos problemas, y sus argumentos parecerían volver casi innecesaria la tipificación de la colusión. Lo anterior en tanto que bastaría sostener que el actuar de las empresas *“no estuvo determinado por una libre fijación de precios”* para sancionarlo.

Esta discusión es relevante. Primero, se vería vulnerado el derecho a defensa de los imputados bajo la acusación indistinta de la FNE si estas figuras fueran distintas. Esto, pues a los acusados no se le imputan tan solo hechos, sino también calificaciones jurídicas asociadas a los hechos. Solo conociendo el alcance de cada una de estas figuras podrían defenderse adecuadamente los acusados.

Segundo, el establecimiento de una norma de comportamiento puede ser entendido como un acto por el cual tal norma es puesta en vigencia con tal de que sus destinatarios la sigan.⁶ Empero, como dice Odudu, lo anterior como mínimo exige que aquellos sometidos a la ley de libre competencia entiendan la ley.⁷ Y en este caso particular, la capacidad disuasiva de la letra a) del inciso segundo del artículo 3, depende de que los actores sepan en qué consiste un acuerdo o práctica concertada.

Tercero, el artículo 62 del DL 211 sanciona penalmente los acuerdos mas no las practicas concertadas. Así, si se tiene mayor claridad respecto del contenido de las figuras de acuerdo y de práctica concertada

³ Ibid, considerando trigésimo primero.

⁴ Fallo de la Corte Suprema: Rol 9361-2020, de 8 de abril de 2020 en su octavo considerando.

⁵ Francisco Ezquiaga, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho 1 (1994): 17. También: Carlos Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986), 86.

⁶ Juan Pablo Mañalich, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», Revista de Estudios de Justicia 12 (2010): 175, DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15234.

⁷ Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1.

entonces se tiene a su vez mayor claridad respecto de qué incluye y qué no incluye la sanción penal de la colusión en contraposición a la sanción administrativa.

2. Objeto de la investigación

Por un lado, será objeto de nuestra investigación la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 junto con el artículo 26 del mentado Decreto Ley. Mientras la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL 211, contiene la norma que anuncia que se sancionarán los acuerdos y las prácticas concertadas que recaigan sobre precio, cantidad producida, resultados de procesos de licitación y zonas o cuotas de mercado, el artículo 26 especifica las sanciones asociadas al quebrantamiento de las normas de comportamiento implícitas en la letra a) del artículo 3.

La norma que se puede extraer del artículo 3 del DL 211 afirma que:

“será[n] sancionado[s] con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley (...) los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Lo anterior se debe leer de la mano del artículo 26, el cual contiene, entre otras medidas que se pueden aplicar, la posibilidad de:

“(...)Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción (...) En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales”.

Por otro lado, el objeto de la investigación también incluirá el artículo 62 del mentado decreto ley. Esta norma contiene la sanción criminal de la colusión. La norma afirma:

“Artículo 62°.- 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.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional”.

3. Finalidad de la investigación:

Un buen punto de partida para esta discusión es el consenso de que es necesario distinguir las prácticas concertadas del paralelismo consciente.⁸ El paralelismo consciente ocurre cuando los actores del mercado, al observar la conducta de sus competidores, toman medidas similares a ellos. Habría paralelismo, pues se realizaría la misma conducta, y sería consciente, pues sería una acción que se hace con conocimiento de los hechos. Sin embargo, en estos casos la independencia de cada actor se mantendría, por lo que la acción no sería constitutiva de un hecho colusorio. Un hecho colusorio, a contrario sensu, sea realizado mediante un acuerdo o una práctica concertada, implica *necesariamente* el cese de la independencia de los actores.

Entre las posturas en juego predomina la de quienes afirman que la diferencia entre estos dos tipos de conductas es de índole probatorio. Entre estos podemos encontrar a Héctor Hernández (autor que como veremos tiene una posición ambivalente, referida tanto a los elementos de las prácticas concertadas como a su forma de prueba). Hernández afirma que la distinción entre ambas figuras no es conceptualmente relevante, pero sí prácticamente relevante pues la figura de prácticas concertadas tiene ventajas probatorias.⁹

Como veremos, esta visión es insatisfactoria pues es redundante: ya hay normativa que cubre este tipo de consideraciones probatorias e incluye la prueba indirecta.

En otra línea está Jorge Grunberg, quien, por un lado, define acuerdo como una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, “(...) *cuya manifestación carece de importancia*”.¹⁰ Por otro, respecto de las prácticas concertadas, se remite a los elementos que exige la doctrina europea: primero, algún tipo de contacto entre las empresas, segundo, algún tipo de consenso entre las partes en cuanto a cooperar en lugar de competir, y tercero, una conducta subsecuente y una relación de causalidad con ésta que tenga como antecedente la concertación de las partes.¹¹ El problema es que no es claro en qué podría

⁸ Fallo del TDLC: Sentencia N 167/2019, de 28 de febrero de 2019, en su considerando trigésimo segundo.

⁹ Héctor Hernández «Informe en Derecho» (Informe en Derecho C-304-2016), 20.

¹⁰ Jorge Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», en *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*, ed. Felipe Belmar T. y Pia Chible, (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017), 19.

¹¹ *Ibid*, 22.

consistir la distinción: esta demuestra ser inestable si uno compara estas figuras y se pregunta cómo distinguir “una concordancia de voluntades cuya forma carece de importancia” (acuerdo) de “algún tipo de consenso” (práctica concertada).

Además de lo anterior, es necesario encontrar una interpretación bajo la cual la discrecionalidad del TDLC y la Corte Suprema a la hora de conocer estas causas se vea disminuida. Dada la vaguedad que ahora aqueja al concepto de las prácticas concertadas, este podría potencialmente ser funcional a una forma de activismo judicial ¹² (sobre esto volveremos en el capítulo destinado a analizar la distinción entre la regla de la razón y la regla per se). Esto último conspiraría contra el objetivo antes reseñado de que los ciudadanos puedan saber de antemano qué está permitido y qué prohibido.

Así, la finalidad de la investigación es dilucidar el tipo objetivo tanto de la primera parte de la letra a) del artículo 3 como el artículo 62 a partir de la comparación y contrastación de las conductas en ellos descrita. Y para hacer lo anterior ineludiblemente tendremos que hacer referencia al bien jurídico protegido por la libre competencia para así poder interpretar adecuadamente las normas.

4. Metodología:

El objetivo es analizar el tipo objetivo de la sanción de los carteles duros mediante las siguientes perspectivas. Primero, asumir el dogma del legislador racional (cosa que como veremos es inusual en la doctrina de libre competencia). Segundo, un análisis sistemático de las normas de libre competencia. Tercero, mediante una análisis de la doctrina nacional y comparada.

5. Estructura general de la investigación

La tesis cuenta con cuatro capítulos. El primero analiza cuál es el bien jurídico protegido mediante la sanción de la colusión. El segundo indaga acerca de la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas a partir del caso Supermercados. El tercero discute acerca del tipo objetivo de la norma de sanción administrativa y la norma de sanción penal de la colusión. El cuarto analiza la distinción entre la regla per se y la regla de la razón en el derecho de libre competencia para así dilucidar la exigencia de que el acuerdo o práctica en cuestión tenga la aptitud de ser anticompetitivo.

¹² Uno de los objetivos de la dogmática justamente consiste en reducir el margen de arbitrariedad de los órganos aplicadores de derecho. Miguel Schurmann, «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal». Polít. crim. 14, N° 27 (2019): 571.

Capítulo I: el bien jurídico protegido por la legislación de libre competencia

Ya en 2005 Oliver Black afirmaba que era un escándalo que ni los operadores jurídicos ni los teóricos de la libre competencia estuvieran de acuerdo respecto de qué es la competencia.¹³ En nuestro contexto también impera el desacuerdo. Aquí, el debate sobre cuál es el bien jurídico protegido por el sistema de libre competencia se caracteriza por su escasa o nula referencia al DL 211. En contra de esta tendencia, en este capítulo defenderemos que esta forma de debatir proviene de una inconsciente y perniciosa importación de una forma de razonamiento jurídico ajena a nuestra tradición jurídica de derecho continental. .

1. Una aproximación inicial a la determinación del bien jurídico protegido.

Para partir, debemos despejar algunos aspectos metodológicos. Primero, debemos distinguir entre normas de sanción y normas de conducta. Por un lado, una norma de sanción “*es una regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena*”.¹⁴ Ejemplos de estas serían las conductas típicas contenidas en la parte especial del Código Penal. Un ejemplo (hipotético) sería la siguiente norma de sanción: “el que realice x padecerá la pena y”. Empero, normas de conducta como esta no son quebrantadas por el delincuente, sino que son realizadas por él (en el sentido de que este literalmente realiza el supuesto de hecho). Esto es problemático, pues si entendemos que el hecho punible busca declarar que se ha contradicho una determinada norma, es indispensable asumir que “*existe una norma jurídica que resulta quebrantada por el comportamiento*”.¹⁵ Así, “[e]l estándar que determina el objeto del reproche jurídico-penal ha de ser, entonces, una norma de comportamiento, que se obtiene por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente punible”.¹⁶ Usando nuestro ejemplo hipotético, la norma de comportamiento que se obtendría por contradicción de la norma de sanción sería “está prohibido realizar x” (si es que el ejemplo hubiera tenido la norma de sanción “el que no realice la conducta x padecerá la pena y”, entonces la norma de conducta habría sido “se requiere realizar y”). Esto importa, pues lo que llamamos bien jurídico se identifica con el objeto de protección de una norma de comportamiento punitivamente reforzada (mediante una norma de sanción).¹⁷ Así, por ejemplo, frente a la norma de sanción “el que mate a otro ha de padecer presidio

¹³ Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 6.

¹⁴ Mañalich, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», 172.

¹⁵ *Ibid*, 171.

¹⁶ *Ibid*, 172.

¹⁷ Juan Pablo Mañalich, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», *Revista Chilena de Derecho* 48 N° 2 (2021): 81.

perpetuo”, la norma de comportamiento sería “está prohibido matar a otro”, norma de comportamiento cuyo objetivo sería la protección de un determinado bien jurídico, esto es, la vida humana independiente.

Por todo lo anterior, tras determinar por inversión la norma de conducta implícita en la norma de sanción de la colusión, la pregunta relevante será la siguiente: ¿la merma de qué propiedad busca evitar la norma de comportamiento? Aquella propiedad cuya merma la norma de comportamiento (reforzada mediante una norma de sanción) busque evitar, será el bien jurídico.

2. El debate Chileno.

2.1 Consideraciones previas

El debate chileno respecto de cuál es el bien jurídico protegido se caracteriza por discutir sobre qué sería bueno que la ley protegiera. Esto tiene ciertos rasgos problemáticos: a) un poco cuidadoso trasplante de la doctrina extranjera a la nacional, b) una escasa a nula referencia a la ley y c) la adopción de una forma de razonamiento jurídico ajena a nuestra tradición de derecho continental.

Además, el debate en torno a cuál es el bien jurídico se nutre de la discusión en EE.UU. en torno a cuál es el objetivo de la libre competencia. Es importante notar que esta otra tradición no se refiere al “bien jurídico”. De hecho, parte del problema yace en confundir estos dos asuntos. Un asunto es qué finalidad se le puede atribuir al sistema como un todo, y otro es cuál es el bien jurídico protegido por una norma en particular. Como vimos más arriba, el bien jurídico es una propiedad que es afectada por la ejecución de una conducta prohibida o por la no ejecución de una conducta requerida por una norma de comportamiento reforzada mediante una norma de sanción. Pero lo anterior no prejuzga cual es la finalidad de la institución que protege cierto bien jurídico. Así, si aceptamos (*ad arguendo*) que el bien jurídico protegido por el delito de hurto es la propiedad, esto no prejuzga cual es la finalidad de proteger la propiedad, finalidad que podría ser propiciar el crecimiento económico, proteger la intimidad de las personas, proteger lo que se considera que es un derecho natural, etc.

Un autor que equipara la finalidad del sistema de libre competencia y el bien jurídico libre competencia es Francisco Agüero. Así, este último menciona que el tratado de libre comercio entre Chile y EE.UU. “no entrega a los tribunales de cada país la determinación del contenido sobre el bien jurídico en marras, sino que derechamente lo define”.¹⁸ Empero, si uno atiende al contenido del tratado al que se refiere Agüero, este afirma en su artículo 16.1 que:¹⁹ “[c]ada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la

¹⁸ Francisco Agüero, «Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia», Boletín Latinoamericano de Competencia 9 (2004), 9.

¹⁹ Ibid

eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. Agüero equipara la finalidad de la legislación con el bien jurídico protegido, pero esto es improcedente por las razones antes mencionadas. En vez de hacer lo anterior, deberíamos, hacer un ejercicio análogo al que hace Oliver Black, quien distingue entre las siguientes preguntas: ¿qué es maximizar el bienestar? ¿es maximizado el bienestar por la competencia? ¿es una buena cosa maximizar el bienestar?²⁰ Así, podemos diferenciar claramente qué es la competencia de qué es aquello que esta última maximiza. La segunda pregunta presupone lógicamente que la primera debe ser respondida independientemente, lo que en este contexto significa que primero debemos saber cuál es el bien jurídico para luego preguntarnos qué fin u objetivo tiene su protección.

Volviendo a la discusión en EE.UU, aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene gran injerencia en la determinación del objetivo perseguido por la legislación,²¹ jurisprudencia que, como veremos, a ratos derechamente ignora los mandatos legislativos: en palabras de Daniel Crane, “*si bien los estatutos de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes federales a menudo han elegido ignorar su tenor literal y el propósito legislativo*”.²² Aún más, esta jurisprudencia a su vez se nutre de la discusión doctrinaria respecto de qué sería *bueno* que la libre competencia protegiera.²³ Sobre esta forma de desarrollo conceptual nos referiremos en detalle en el apartado referido a los presupuestos metodológicos de interpretación adoptados por la doctrina chilena. Pero por ahora diremos que si bien nuestro legislador fue vago la dogmática no debe abandonar su tarea de buscar orientar, mediante su desarrollo conceptual y analítico, a la jurisprudencia.²⁴

Aún más, y dejando de lado las objeciones democráticas que a esta forma de proceder se han levantado en EE.UU.,²⁵ debemos dar cuenta de que esta forma de proceder sería especialmente impropia en Chile. Si bien el TDLC tiene una composición mixta con la cual se busca mayor *expertise*, debemos distinguir respecto de qué cosas se puede tener *expertise* y qué no. A este respecto, es posible tener *expertise* respecto de lo instrumental, respecto de cuál es la mejor manera de perseguir los fines de la legislación,

²⁰ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 34.

²¹ Daniel Crane, «Antitrust and Democracy», Investigaciones CeCo (enero 2021): 6.

²² Crane, «Antitrust and Democracy», 3.

²³ Lina Khan, «Amazon’s Antitrust Paradox», Yale Law Journal, Vol. 126 (2017): 721, 727, 728. Así también Tim Wu «After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition” Standard in Practice», The Journal of the Competition Policy International, Columbia Public Law Research Paper No. 14-608, (2018): 4. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3249173>

²⁴ Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, 31.

²⁵ Lina Khan «The ideological roots of America’s Market Power Problem», Yale L.J.F (2019): 968. Disponible en: <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-ideological-roots-of-americas-market-power-problem>. Así también Wu «After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition” Standard in Practice», 4.

mas no respecto de cuáles son los fines que esta persigue (sobre esto volveremos en la sección referida a los presupuestos metodológicos de la doctrina de *antitrust*).

Nuestro foco estará antes bien en la ley chilena de libre competencia, y tras analizar la forma en que operan la sanción de la colusión nos preguntaremos: “considerando la prohibición contenida tras la sanción de la colusión, ¿qué protege propiedad protege esta prohibición?”. A la hora de responder esto último será útil tener a la vista las funciones que generalmente se asocian con la libre competencia. La pregunta fundamental es la protección de qué objeto hace inteligible el funcionamiento de la norma. Por lo anterior, mientras que la mayoría de los autores que hasta ahora han tratado el tema parten “desde arriba”, es decir, preguntándose, más allá de las normas, “¿qué sería bueno que la libre competencia protegiera?”, nosotros partiremos desde abajo, desde las normas, y nos preguntaremos, “¿a qué se orienta esta norma?, ¿qué es aquello que su diseño protege?”.

2.2 “El caso tipo”, Mario Ybar

Partiremos analizando la postura de Mario Ybar.²⁶ Esta postura es interesante porque hace un barrido general respecto de cuáles son los objetivos de la libre competencia de acuerdo a la doctrina comparada y porque es una instancia bastante clara del uso de una metodología que criticamos. Si bien tenemos objeciones respecto del tipo de argumentos que esgrime Ybar, y respecto de que no menciona siquiera una vez la normativa chilena, esta discusión será útil como marco de referencia.

Ybar hace una muy clara y breve síntesis de la historia y evolución del Derecho de la competencia. A este respecto, sitúa sus orígenes en el derecho estadounidense, específicamente en el *Sherman Act*.²⁷ Según Ybar, en esta normativa había una trasposición de los ideales democráticos *jeffersonianos* a la realidad económica, lo que propiciaba la necesidad de erigir una sociedad de productores iguales e independientes entre sí como una manera de evitar desigual distribución de la riqueza y la inherente corrupción del poder político que se sigue de la concentración económica.²⁸ Por esto, en sus orígenes esta regulación buscaba proteger la libertad política y económica de la concentración económica, cosa que hacía mediante la promoción de mercados más atomizados.²⁹ Con todo, la institucionalidad de *antitrust* se alejó de estos objetivos en tanto que durante el transcurso del siglo XX se constató que una

²⁶ Mario Ybar, «¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia?», SSRN (2009), <https://ssrn.com/abstract=1739315>, 1-12. Es importante notar que este trabajo data de una fecha en que aun no estaba en boga lo que se ha venido en llamar el “movimiento hipster de antitrust”, movimiento que busca quebrar los consensos que ha alcanzado la doctrina de EE.UU. en los últimos años. Esto último puede en parte explicar que Ybar no choque de forma tan directa con las posturas que más cercanas a los hipsters de antitrust, que ponen mayor énfasis en la historia legislativa de EE.UU.

²⁷ Ybar, «¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia?», 1.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid

excesiva atomicidad del mercado podría ser ineficiente, lo que a su vez podría llevar a que los intereses de los consumidores y los competidores no fueran de la mano.³⁰

Después de esta reseña histórica Ybar distingue entre las diversas posturas que hay en la actualidad. Así, según una primera vertiente, la finalidad de la libre competencia sería promover la existencia de comercio libre y justo.³¹ Esta visión busca conciliar la eficiencia económica que redundaría en mayores beneficios para los consumidores con otros “bienes jurídicos” como la justicia y la equidad, correspondiéndole a la autoridad decidir cuándo se debe dejar de lado el bienestar del consumidor en aras de perseguir estos otros valores.³² Para hacer esto la autoridad ponderaría entre la calidad de vida de las personas en tanto ciudadanos y las ganancias obtenidas en términos de precio calidad y variedad en tanto consumidores.³³

Otra postura afirma que el bienestar del consumidor es el objetivo del Derecho de la competencia.³⁴ Dentro de esta línea hay una serie de subdivisiones. Primero están quienes indican que se persigue la defensa de los consumidores mediante la sanción de prácticas ineficientes, visión normalmente asociada a la *Escuela de Chicago*, la cual tiene profunda influencia en este debate.³⁵ Según esta visión, las autoridades deberían limitarse a sancionar y reprimir aquellas conductas y transacciones que resultan en una reducción de la cantidad de bienes y servicios producidos, aumentando los precios finales de los mismos.³⁶ Una de las bases de esta postura es que no habiendo evidencia concreta de que una determinada conducta acarrea ineficiencia económica, más vale dejar que los mercados operen por sí mismos.³⁷ Esta postura, en la línea de lo recién dicho, tiene dos cimientos: (1) recelo respecto de cuán eficaz es la intromisión del Estado en la economía; y (2) confianza en los mercados como mecanismo asignador de recursos.³⁸ Ybar nota que no hay claridad dentro de esta visión respecto de los beneficiarios de la eficiencia que se debe promover. Algunos creen que la eficiencia debe promover el aumento del excedente del consumidor, y otros creen que las autoridades deben ser indiferentes respecto de quien (empresas o consumidores) se apropia tales excedentes.³⁹

Otra postura dentro de la visión que otorga preeminencia a los consumidores es aquella que afirma que su mayor beneficio se puede lograr mediante la protección del proceso competitivo y la apertura de los

³⁰ Ibid, 2.

³¹ Ibid

³² Ibid

³³ Ibid, 3.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid, 5.

³⁶ Ibid, 4.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

mercados.⁴⁰ Así, la defensa del proceso competitivo y la apertura de los mercados sería el mejor garante del bienestar de los consumidores. En este sentido, afirma Ybar que la existencia de un proceso competitivo depende de la permanencia de un número suficiente de competidores. Por lo anterior los competidores tendrían un derecho doble: a participar en mercados libres de obstáculos y a no ser excluidos de los mismos por una razón distinta de sus propios méritos competitivos.⁴¹

Ybar luego pasa a enjuiciar cuál de estas posturas cree que es “preferible” a partir de una valoración de los rasgos que tienen asociados. Para esto Ybar contrasta una comprensión estática de la eficiencia con una comprensión dinámica.⁴² Mientras la primera está relacionada con la protección del bienestar de corto plazo medido conforme a los márgenes precio-costos, la segunda dice relación con el crecimiento del bienestar a largo plazo empujado por la innovación.⁴³

Teniendo a la vista lo recién dicho, Ybar sostiene que si bien la visión de la escuela de Chicago formalmente da espacio a eficiencias dinámicas, las relega a un segundo plano en tanto éstas son difíciles de prever y prácticamente imposibles de cuantificar pues atenta contra los supuestos de la escuela de Chicago: certeza jurídica y desconfianza en la capacidad operativa de las autoridades.⁴⁴ Por contraste, el modelo por el que aboga Ybar, aquel centrado en el proceso competitivo, a su juicio resguarda de mejor manera la eficiencia dinámica puesto que las eficiencias dinámicas responden antes que todo a la calidad del proceso competitivo, al entorno de rivalidad presente.⁴⁵ Por esto, y de manera contraria al énfasis de la escuela de Chicago en los precios y la cantidad producida, bajo esta postura también se prestaría atención a la variedad, calidad y dinamicidad del mercado, entre otras variables.⁴⁶

Con todo, la visión de Ybar no es lo suficientemente abarcadora pues no da suficiente cuenta quienes rechazan el bienestar del consumidor como objetivo que la libre competencia debiera perseguir. En esta línea, hay quienes creen que lo protegido sería el proceso competitivo, pero porque así se promoverían una serie de valores que no se limitan a maximizar el bienestar del consumidor. Así, según Lina Khan, la defensa del bienestar del consumidor como el objetivo a perseguir por parte de la normativa implica

“una grotesca distorsión de las leyes de antitrust. No solo suplanta el objetivo del antitrust, sino también estampa en la ley un valor que es, en muchas maneras, tremendamente antitético al

⁴⁰ Ibid, 5.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid, 7-8.

⁴³ Ibid, 7

⁴⁴ Ibid, 8.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid, 9

objetivo de la competencia. La competencia se refiere a un proceso. La eficiencia, por contraste, se refiere a un resultado económico y no dice nada acerca de cómo este es obtenido”.⁴⁷

Lo anterior según Khan, se puede reconducir a un *“movimiento intelectual que reescribió de manera fundamental la normativa de antitrust- redefiniendo su propósito, su orientación, y los valores que le subyacen”*.⁴⁸ En una línea similar, pero valorando el cambio positivamente, está Hovenkamp, quien afirma que el antitrust de hoy en día *“proviene principalmente de las escuelas de Harvard y Chicago que, partiendo de lugares distintos, comenzaron a converger durante los sesentas y setentas”*.⁴⁹

Según Khan a la normativa de antitrust antes subyacía una *“fuerte orientación profiláctica en contra de la concentración del poder económico privado”*⁵⁰ en tanto que el poder monopólico sin constreñir amenazaba las libertades básicas, y precluía la verdadera democracia. Así, estas leyes buscaban preservar mercados abiertos y aumentar la oportunidad, evitando que las grandes firmas extrajeran riqueza de los productores y consumidores.⁵¹

Ybar hace escasa referencia a tesis como las de Khan de que se debería volver a una forma de libre competencia que preserve sus valores originales (como veíamos, Ybar escribió este texto en un contexto en que aún había un consenso fuerte respecto de cuál era la finalidad del *antitrust*). A esta tesis, que Ybar tan solo esboza, éste responde que esto no puede ser así porque los objetivos no ligados al bienestar del consumidor solo pueden ser perseguidos en la medida que no contraríen el bienestar de los consumidores: *“por legítima e, incluso, positiva, que pueda resultar la adopción de este tipo de políticas, ellas no debieran imponerse en el contexto de la institucionalidad de libre competencia en la medida que resulten incompatibles con el bienestar de los consumidores”*.⁵²

Es interesante que Ybar no presente argumentos respecto de por qué debería existir tal orden de prelación entre bienestar del consumidor y otros objetivos. En vez de entrar directamente a esa discusión, se limita a narrar la forma en que esta transformación ocurrió. Así, menciona que:

“muchas voces arguyeron que la excesiva atonicidad del mercado impedía la obtención de eficiencias provechosas para los consumidores (...) los intereses de los consumidores y de los competidores no estaban necesariamente alineados (...) en aquellos casos en que existía

⁴⁷ Khan «The ideological roots of America’s Market Power Problem», 968.

⁴⁸ Ibid, 964.

⁴⁹ Herbet Hovenkamp, «Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?», Notre Dame Law Review 93 (2018): 598. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3097452> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3097452>

⁵⁰ Khan «The ideological roots of America’s Market Power Problem», 966.

⁵¹ Ibid, 965.

⁵² Ybar, «¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia?», 4

*conflicto las distintas legislaciones debían inevitablemente optar. Mayoritariamente las distintas institucionalidades decantaron en favor de los consumidores”.*⁵³

El problema es que la apuesta de Ybar por una visión de la libre competencia que protege el bienestar del consumidor, que es la premisa de su análisis posterior, no está sustentada por argumentos ni por la ley, sino que es una que toma como supuestos ciertos giros doctrinarios. En la primera de las dos citas recién mencionadas Ybar toma por supuesto, es decir, no fundamenta, que el bienestar del consumidor cobra primacía frente a otro tipo de consideraciones. Por otro lado, en la segunda de las citas el autor se limita a relatar cuál fue el tránsito de la doctrina, sin decir si acaso este fue un tránsito adecuado. Lo allí dicho constituye una constatación fáctica, no un argumento. Haciendo una analogía, que una sociedad hipotética pase de prohibir la pena de muerte a permitirla porque se afirmó que era importante restaurar la ley del talión es una constatación fáctica, no un argumento a favor (ni en contra) de la pena de muerte.

Esto es importante, pues más allá de que Ybar no ofrece argumentos a favor de la protección del bienestar del consumidor, el mismo admite que el objetivo original de la ley era otro, uno que ni si quiera mencionaba el bienestar del consumidor. El punto aquí no es argumentar a favor de una determinada comprensión de la libre competencia a partir de la intención legislativa del Congreso de EE.UU. (parte del problema, al menos a nuestro juicio, es darle demasiada importancia a esto último). Lo relevante es que la forma de argumentar que adoptan Ybar y otros académicos chilenos es una que no destaca por su deferencia hacia la ley.

En esta línea, es muy interesante que en su defensa del paradigma del bienestar del consumidor Hovenkamp va tan lejos como para decir que el antitrust es

*“un excelente ejemplo de por qué el sistema constitucional americano es una república y no una democracia directa. Esto conlleva dos cosas. Primero, la Constitución impone límites en cuán lejos puede ir el público a la hora de amenazar la propiedad, los contratos y los derechos de libertad, así como también la medida en que los ciudadanos tienen derechos a una toma de decisiones racional y razonable. Segundo, el principal rol de los ciudadanos es elegir gobernantes, encargándoles que actúen sabiamente a la hora de crear y manejar reglas técnicas(...) Desde el nombramiento de Alexander Hamilton como persona a cargo de las finanzas del nuevo gobierno nuestra república constitucional ha dependido de expertos que hagan las decisiones”.*⁵⁴

⁵³ Ibid, 2.

⁵⁴ Hovenkamp, «Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?», 596.

Esta defensa nos merece una serie de comentarios, pero nos centraremos en tres cosas. Primero, Hovenkamp no niega que el objetivo actual de la normativa de antitrust es uno que surgió tardíamente, uno que “*proviene principalmente de las escuelas de Harvard y Chicago que, partiendo de lugares distintos, comenzaron a converger durante los sesentas y setentas*”.⁵⁵ Es decir, no niega que el objetivo de las normas haya sido originalmente otro. En vez de esto, celebra este tránsito.

Segundo, vale la pena dar cuenta de que califica su defensa del bienestar del consumidor como una defensa del *antitrust* técnico. A lo largo de este texto constantemente realiza un contraste entre el *antitrust* técnico, que defiende el paradigma del bienestar del consumidor, y el antitrust político o populista, que impugna aquel estándar.⁵⁶ Empero, si uno analiza la naturaleza del debate, uno nota que no tiene sentido esta etiqueta. Esto es llamativo puesto que una decisión relativa al objetivo que se persigue es un asunto sustantivo, o, para ponerlo en términos que Hovenkamp usa despectivamente, algo político. Técnico es aquello que dice relación con cuál es la mejor manera de cumplir con cierto objetivo, no algo que dice relación con la selección de cuál es ese objetivo. En contra de Hovenkamp, entonces, no es un asunto técnico el debate referido a cuál debería ser el objetivo perseguido por la libre competencia, pues, como dicen Melamed y Petit, la protección del bienestar del consumidor implica tomas de posición que son valóricas.⁵⁷

Tercero, hacia el final de su defensa Hovenkamp enfatiza que es asunto de los gobernantes, en tanto expertos, definir, crear y administrar reglas técnicas. Pero como vimos, cuál es el objetivo del antitrust no es un asunto técnico. Por esto, la tesis de Hovenkamp nos llevaría a afirmar que hay un grupo de expertos cuya sabiduría le permitiría definir cuál es el objetivo que debiera perseguir la libre competencia. Que los expertos estén a cargo de definir cuáles son los mejores medios para alcanzar un objetivo es algo perfectamente razonable. Sin embargo, no es razonable que un grupo de expertos sea aquel que determine cuáles son los fines de la ley, pues en el caso de la libre competencia esto no hace que la ley sea mejor, sino que sea una ley distinta.

Lo anterior sirve en parte para tematizar la diferencia entre nuestras tradiciones, la cual será analizada con mayor profundidad más adelante. Por ahora diremos lo siguiente: una ley que es potencialmente una mala ley sigue siendo, como su nombre lo dice, una ley. Como nuestro Código Civil afirma en su artículo 23, lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. Y es que, como afirma el artículo 1 del recién mencionado Código, la ley es una

⁵⁵ Ibid, 598.

⁵⁶ Ibid, 584, 620, 623.

⁵⁷ Doug Melamed y Nicolas Petit, «The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets», *Review of Industrial Organization*, 54, N°4 (2019): 747. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3248140> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3248140>

declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Esta definición de ley no contiene una alusión a lo que es razonable, a lo que es bueno, sino que tan solo a que sea una manifestación de la voluntad soberana.

2.3 La tesis de Valdés

Domingo Valdés utiliza una forma de argumentar que si bien se relaciona con lo ya criticado a Ybar tiene rasgos que la distinguen. Esto, pues Valdés busca encontrar “*una definición real esencial de la libre competencia*”,⁵⁸ es decir una definición que “*apunta a aquello por lo que una cosa es lo que es*”.⁵⁹

Tenemos varias observaciones preliminares. Primero, objetamos la búsqueda de una definición “esencial” de la libre competencia pues presupone que un concepto puede ser definido en relación a un conjunto de condiciones suficientes y necesarias (en palabras de Valdés, su definición apunta a aquello “por lo que una cosa es lo que es”). Criticamos esta forma de proceder, pues ignora que a la hora analizar un concepto, o en general, a la hora de describir el lenguaje, debemos dar cuenta de la forma en que este es usado, lo que implica mirar su operación dentro de un contexto concreto. Al hacer lo anterior nos daremos cuenta de que los diversos usos de un concepto no comparten un conjunto de rasgos comunes definitorios, sino que los diversos miembros de esta familia solo son similares en algunos aspectos.⁶⁰ Por lo anterior, “*para cualquier conjunto de condiciones necesarias o suficientes que se propongan como el correcto análisis de un concepto habrá instancias de aquel concepto que no cumplen con aquellas condiciones*”.⁶¹ Antes bien, entre los distintos significados de un concepto habría una relación de compleja superposición de similitudes que relacionan grupos de casos que caben dentro del concepto. Empero, ningún conjunto de condiciones es predicables respecto de todos los miembros que instancian un concepto.⁶²

Más allá de lo anterior, el trabajo de Valdés adolece de otro de los problemas antes apuntados, pues al preguntarse cuál es la esencia de la libre competencia deja de lado la legislación positiva, pues según Valdés “*el bien jurídico libre competencia exhibe un fundamento objetivo y preexistente a la formulación positiva del sistema tutelar mismo*”.⁶³ Esto es consistente con que, si bien Valdés menciona al DL 211, nunca se detiene a analizar una norma en específico, siendo las normas en específico que menciona tan

⁵⁸ Domingo Valdés, «Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia», *Ius Publicum* 30 (2013): 125

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Michael Shaffer, «Necessary and sufficient conditions», en *Introduction to Philosophy: Logic*, editado Ben Martin y Christina Hendricks, (Rebus, 2020), 50.

⁶¹ *Ibid.*, 51.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Valdés, «Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia», 135.

solo normas constitucionales. Así, el problema de la tesis de Valdés es que analiza el concepto de libre competencia de manera descontextualizada, no atiende a las particularidades de su operación.

Más allá del método empleado por Valdés y yendo ya al contenido, éste desarrolla su postura a partir de la distinción entre las libertades innatas o esenciales y las adquiridas.⁶⁴ Las primeras serían aquellas que derivan de la esencia del hombre, y las segundas aquellas que no todo hombre ostenta por ser tal. Entre estas últimas contamos la libertad moral y la libertad ciudadana, encontrándose a su vez entre éstas la libertad para competir o la libre competencia, refiriéndose esta última al derecho a auto determinarse en la competencia mercantil en diversos mercados. Esta libertad “*presupone las libertades innatas, [y] recae sobre actos (...) libres imperados por la voluntad (...) que se hallan dotados de exterioridad y alteridad y tienen por objeto un particular contexto de la vida civil o pública: la competencia mercantil y, por tanto, relevante al bien común político o temporal*”.⁶⁵ En síntesis, afirma Valdés, esta libertad consiste “*en una libertad adquirida de naturaleza política, estructurada jurídicamente como un derecho, cuyo objeto es competir en los mercados*”.⁶⁶

Luego pasa Valdés a distinguir entre la libre competencia y la libertad de competencia mercantil recién desarrollada. Lo anterior, pues la libre competencia constituiría un bien jurídico tutelado que presupone la multitud de estas libertades individualmente consideradas bajo la estructura de un derecho subjetivo. Por esto, la libre competencia en cuanto bien jurídico protegido busca armonizar la multitud de estas libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político.⁶⁷

En contra de esta postura valen todas las objeciones metodológicas ya apuntadas. Esta es una postura que muy bien podría ser planteada en un debate de *lege ferenda*, empero la aproximación dogmática que caracteriza a esta investigación nos lleva a descartar lo realizado por Valdés.

2.4 La tesis de Artaza

El artículo de Osvaldo Artaza titulado “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación”, y que sirve de base a la postura vertida en el Libro colaborativo en el cual participó (“El Delito de Colusión”) es otra instancia más de aquella tendencia a discutir en abstracto y sin referencia a la ley que venimos criticando. En este artículo se menciona el articulado del DL 211 un total de dos veces. Primero, para mostrar que ahora la colusión tiene sanción de cárcel (artículo 62 del DL 211). Segundo, y ya habiendo definido sin referencia a la ley

⁶⁴ Ibid, 127.

⁶⁵ Ibid, 129.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid, 135.

cual es el bien jurídico protegido, menciona el inciso segundo del artículo 64 (“El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”) para argumentar que la colusión debe ser especialmente gravosa para la competencia para ameritar sanción.⁶⁸ En otras palabras, en lo específicamente referido a cuál es el bien jurídico protegido por la libre competencia no basa su planteamiento en absoluto en la ley, siendo el caso que “*una teoría dogmática que no se haga cargo del derecho vigente es una teoría incorrecta*”.⁶⁹

Otro punto llamativo es cómo fundamenta “[el] reconocimiento de la competencia económica como una institución valorada debido a sus consecuencias en sede de fomento de la participación en los mercados y su respectivo efecto para el desarrollo de los individuos”.⁷⁰ Artaza presta bastante atención a la postura de Wardaugh, quien fija la importancia de la colusión en la afectación a la justicia distributiva como institución. Esto, pues la colusión no afecta a un solo individuo o partícipe del mercado, sino que al mercado como institución en lo que respecta a su función de distribución de bienes y servicios.⁷¹ Wardaugh fundamenta su postura a partir de la teoría de la Justicia de John Rawls. En sus palabras, “*los ciudadanos, bajo determinadas condiciones de igualdad (como la del velo de la ignorancia) escogerían el mercado justamente porque protegería y promovería la libertad de quienes participan en este*”.⁷² Y el punto es que de lo anterior se derivarían expectativas razonables relativas a la justicia y corrección de cómo se debieran llevar a cabo las transacciones.

Uno podría poner en duda la pertinencia de la referencia a Wardaugh y preguntarse ¿por qué estaría el legislador chileno pensando en una justificación rawlsiana respecto de cuál es el bien jurídico protegido en la colusión?⁷³ Este no es el caso de Artaza. Este último critica a esta postura pues esta no daría cuenta de la protección de intereses que sean considerados fundamentales para el desarrollo del individuo y porque resulta insatisfactorio que el núcleo de la protección no atienda a los motivos por los que se

⁶⁸ Eventualmente tocaremos este punto en nuestra tesis. Por ahora, solo podemos mencionar que lo uno no se sigue de lo otro. Que la FNE solo esté obligada en “casos graves” a interponer una querrela no nos dice nada respecto de cuál es la “gravedad mínima” que debe revestir un caso para constituir un caso de colusión sancionado penalmente. La gravedad de ciertos casos es una cualidad relacional, es decir, qué es grave depende de qué no es grave. Pero que la FNE solo tenga la obligación de querrellarse en casos graves no dice nada respecto de donde anclar la gravedad mínima. Solo nos dice que en los casos graves la FNE estará obligada a querrellarse.

⁶⁹ Schurmann, «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal», 569.

⁷⁰ Osvaldo Artaza, «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación». Revista de Derecho (Valdivia) 30, n°2 (2017): 360.

⁷¹ Ibid, 355.

⁷² Bruce Wardaugh, *Cartels, Market and Crime. A Normative Justification for the Criminalization of Economic Collusion*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 44-45. Citado en Osvaldo Artaza, «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación», 355.

⁷³ De hecho, Wardaugh no está pensando en la legislación chilena al discutir sobre el tema, por lo que debería ser problematizada la pertinencia de referirse a su obra en el contexto chileno. Sin embargo, Artaza no hace esto último.

protegen esas condiciones de confianza en el mercado y tan solo se centre en aquellas expectativas.⁷⁴

Pero, como bien dice Frisch

*“El concepto clave de la legitimación de normas de conductas jurídico penalmente garantizadas no lo conforma el vago y solo parcialmente adecuado concepto de bien jurídico (...) El concepto clave reside, por el contrario, en la cuestión de si determinadas normas que restringen la libertad son legitimables por el hecho de que lo que ellas regulan satisface los criterios del derecho (coactivo) de una comunidad de individuos autónomos e iguales, esto es, pueden regir como recíprocamente queridas”.*⁷⁵

La correcta interpretación de este fragmento (a nuestro juicio) implica que es errónea la afirmación de que solo aquello cuyo menoscabo podría legitimar la intervención penal es digno de ser denominado bien jurídico. Antes bien, que algo deba ser sancionable jurídico penalmente no depende de si se afectó de forma suficientemente grave algo que se considera un bien jurídico: esto depende de que tal sanción satisfaga los criterios de una comunidad de individuos autónomos e iguales.

Es decir, es distinta la pregunta de cuál es el bien jurídico de la pregunta por si su menoscabo justifica una intervención penal.

Con posterioridad a la publicación de este artículo, y en el libro colaborativo antes mencionado (donde en el apartado referido al contenido del bien jurídico protegido no hay ninguna referencia al articulado del DL 211) Artaza morigera su crítica, pues no niega el punto de Wardaugh sino que lo complementa. En palabras de Artaza

*“[c]on todo, y a diferencia de la postura anteriormente descrita, no parece del todo correcto centrar exclusivamente la atención en la corrección o confianza en las reglas propias del mercado para la toma de decisiones en lo que a la distribución de bienes y servicios se refiere. Junto a lo anterior, resulta innegable el valor que presenta la libre competencia en lo que respecta al aumento de las posibilidades de participación de los ciudadanos en el acceso a bienes y servicios”.*⁷⁶

⁷⁴ Artaza, «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación», 358.

⁷⁵ Wolfgang Frisch, «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal» en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed por Rafael Alcácer, María Marín e Íñigo Ortiz de Urbina, (Madrid: Marcial Pons, 2007), 323-324.

⁷⁶ Osvaldo Artaza, «Fundamentos: la colusión como delito económico», en *El delito de Colusión*, Víctor Santelices, Osvaldo Artaza y Matías Belmonte (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), 28.

Vale la pena detenerse en la naturaleza de las críticas que Artaza dirige a Wardaugh. Primero, para Artaza es admisible que se fundamente cuál es el bien jurídico protegido en la libre competencia *en Chile* a partir de una especulación abstracta a partir de cuál sería el objetivo de la criminalización de la colusión desde una perspectiva Rawlsiana. Esto es llamativo puesto que demuestra cuánta abstracción admite el debate una vez que se da por sentado que es aceptable el desapego a la ley. Y aún más, podríamos ir más lejos, puesto que nos podríamos preguntar, ¿por qué nos basamos en Rawls, y no por ejemplo en Nozick, Hayek, Habermas, Sen, etc.? Una vez abierta la puerta a basar la determinación de cuál es el bien jurídico protegido en la libre competencia a partir de consideraciones de filosofía política, es arbitrario tan solo asumir dogmáticamente la teoría de Rawls.

Segundo, la teoría de Rawls es una que busca encontrar las condiciones bajo las cuales una sociedad sería justa, no busca describir la sociedad tal cual es. Esta es una situación hipotética y por esto es irrelevante a la hora de determinar la ley tal como es. Al basar su postura para reconstruir la legislación vigente en la teoría de Rawls Artaza pasa por alto la distinción entre que es asunto de *lege lata* y de *lege ferenda*. Y es que la teoría de Rawls es una utopía realista: “[u]na utopía porque su concepción espera cumplir con las demandas que hacen eco de nuestros valores políticos fundamentales; realista porque, considerando a las personas tal como son, y a nuestra instituciones tal como ellas podrían llegar a ser esta concepción es políticamente realizable”.⁷⁷ Es decir, la teoría de Rawls no analiza las instituciones tal cual son, sino que analiza las instituciones tal como *podrían llegar a ser*. El problema es que desde una perspectiva de *lege lata*, cómo podrían llegar a ser nuestras instituciones no es un asunto relevante.

Tercero, en su definición del bien jurídico libre competencia Artaza se enfoca en “el valor que presenta la libre competencia”. Pero esto es una imposibilidad lógica. No podemos definir algo en torno al valor que tiene, pues lógicamente hablando, valorar algo supone saber qué es ese algo que valoramos. Pero justamente lo que está investigando Artaza es qué es la libre competencia. En síntesis: una cosa es cuál es el bien jurídico protegido por la legislación de libre competencia y otra cosa es la razón por la cual ese bien jurídico es valorado, y responder la segunda cuestión presupone ya haber respondido la primera. Esto no es sino otra forma de explicar la diferencia (ya anunciada al comienzo) entre el bien jurídico y las razones para proteger tal bien jurídico.

2.5 La tesis de Vega

En un artículo referido a las diversas formas de protección al bienestar de los consumidores Vega afirma que estos últimos tan solo recibe una protección indirecta bajo la legislación de antimonopolios en tanto

⁷⁷ Pablo Aguayo, «Rawls y el estado de bienestar capitalista» Anuario de Filosofía Jurídica y Social 32 (2017), 8.

que el bien jurídico protegido sería el proceso competitivo.⁷⁸ Y la protección del proceso competitivo “*la mayor de las veces —pero no siempre ni necesariamente— tutela indirectamente otros bienes jurídicos, dentro de ellos, el bienestar de los consumidores, la protección del emprendimiento y el aumento de la productividad*”.⁷⁹

Vega critica la tendencia de la Corte Suprema de identificar el bien jurídico protegido con el bienestar del consumidor.⁸⁰ A este respecto, señala que tal postura no protege más a los consumidores,

“pues los intereses difusos y colectivos de los consumidores, en tanto intereses y no un mero bienestar material en un momento dado, encuentran una mayor y mejor complementación en los resguardos de la normativa antimonopólica, solo si se supera el yerro hermenéutico que identifica el bien jurídico libre competencia con el bienestar del consumidor; concepto que es incapaz de capturar todos los intereses de los consumidores, pues los intereses del consumidor no se reducen únicamente a costos (bienestar del consumidor en sentido estricto), sino que además, contempla la calidad de los productos, la variedad y la innovación”.⁸¹

Sobre esto último tenemos una serie de comentarios. Primero, este tipo de argumento es (a nuestro juicio) irrelevante desde la perspectiva de la dogmática puesto que el legislador protege lo que protege sea esto suficiente o no a ojos del intérprete. Y segundo, este argumento además parte de una premisa errónea, puesto que el bienestar del consumidor no tiene por qué estar restringido a consideraciones de precios y *output*, sino que puede integrar otro tipo de consideraciones, como, por ejemplo, consideraciones referidas al vigor del proceso competitivo. Así, qué variables son consideradas a la hora de maximizar el bienestar del consumidor es un asunto práctico, es decir, un asunto referido a qué reglas se utilizan en concreto, no un asunto teórico o conceptual.⁸²

Pero el anterior no es el único argumento de Vega. También tiene argumentos referidos a como la normativa opera. Así, respecto de la sanción de los precios predatorios afirma que esta norma

“legítima castigar al predador incluso cuando su baja del precio no logra desplazar a sus competidores eficientes. (...) [Aquí] encontramos una clara hipótesis de un acto que se erige como un injusto contra el bien jurídico libre competencia y, al mismo tiempo, significa un aumento en el bienestar del consumidor, que ve aumentada su capacidad de consumo frente a

⁷⁸ Felipe Vega, «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo», *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), (2020), 11

⁷⁹ *Ibid*, 10

⁸⁰ *Ibid*, 10

⁸¹ *Ibid*

⁸² Melamed y Petit «The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets», 752.

la baja temporal de precios por el predador; hipótesis que no podría tener lugar si la tutela al bienestar de los consumidores se dispensase directamente por la normativa antimonopólica”.⁸³

La postura de Vega ignora la particular estructura de los delitos de precios predatorios bajo el entendimiento actualmente dominante. Bajo este último las prácticas predatorias son sancionadas en tanto se pueda probar que el competidor que incurre en esta práctica, tras una baja inicial en precios, realizará un subsecuente alza en los precios que será mayor que la baja de precios (en estos consiste el “*recoupment test*”).⁸⁴ Es decir, sigue siendo de la esencia que se pueda proyectar un alza en los precios que dañe a los consumidores.

Más desafiante es el caso que nos plantea Vega a partir de la norma que sanciona los carteles duros. En defensa de su tesis de que lo protegido es el proceso competitivo y no el bienestar del consumidor, Vega nos pone como ejemplo “*un cartel de precios en que todos los competidores con una finalidad altruista (como la existencia de una catástrofe natural), y sin aptitud objetiva predatoria, se conciertan para bajar los precios de un bien o servicio por debajo del nivel competitivo*”.⁸⁵ Y seguido a esto afirma que “[u]na conducta como la descrita, aunque incluso aumenta el bienestar de los consumidores, merece todo el reproche de las normas antimonopólicas, pues la pérdida de independencia en la toma de decisiones empresariales por parte de los competidores lesiona el bien jurídico tutelado por la libre competencia: el proceso competitivo”.⁸⁶

Este es un desafío poderoso, pues lo que estaría afirmando Vega es que, si bien en la mayoría de los casos las normas de libre competencia indirectamente llevarían a que se protegiera el bienestar del consumidor, en su forma más pura, esto no sería así. Es decir, la relación entre el bienestar del consumidor y la normativa de la libre competencia sería contingente.

En este momento es importante dar cuenta de la naturaleza de este artículo en tanto que la ilegalidad de las conductas aquí consideradas se analiza de acuerdo a la regla per se. Bajo la regla per se las conductas se sancionan categóricamente, esto es, con independencia de sus efectos en la competencia. Es por lo anterior que “*para los efectos de calificar su disconformidad con el DL 211 resulta irrelevante considerar su aptitud para atentar en contra de la competencia, o bien los efectos anticompetitivos que ellos produzcan*”.⁸⁷ Por otro lado, según la regla de la razón, se determina la ilegalidad, “*a través de un*

⁸³ Vega, «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo», 4

⁸⁴ Khan, «Amazon’s Antitrust Paradox», 729.

⁸⁵ Vega, «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo», 11.

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 3-4.

*ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan”.*⁸⁸

A este respecto, es importante dar cuenta de que la distinción entre regla *per se* y la regla de la razón solo se sostiene si postulamos que ambas normas persiguen un mismo objetivo pero se diferencian en la forma en que resguardan ese objetivo. En línea con esto último, la diferencia entre ambas normas consiste en que, si bien ambas persiguen proteger la libre competencia, la regla *per se* contiene una presunción no derrotable de que la conducta realizada va contra ese objetivo (en el último capítulo matizaré esta tesis), razón por la cual no debemos considerar la aptitud de una conducta para atentar contra la competencia, o bien los efectos anticompetitivos. Por otro lado, la regla de la razón atiende a si en concreto se vio afectada o no la libre competencia, pues la regla de la razón determina la ilegalidad de una conducta mediante un ejercicio de ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan. Que ambos tipos de normas persiguen un mismo objetivo se sigue de la forma en que están tipificadas las conductas anticompetitivas en el DL 211. Esto, en tanto que precede al catálogo de conductas punibles la siguiente afirmación: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...)”. Es decir, el catálogo de conductas sancionadas por el DL 211 se entiende que persiguen un mismo objetivo.

Así, si bien ambas normas persiguen el mismo objetivo, las conductas que son evaluadas de acuerdo con la regla *per se* se sancionan incluso cuando producen efectos favorables al objetivo de la norma. Lo anterior es parte de lo que implica una prohibición *per se*: prohíbe incluso aquello que debería ser promovido de acuerdo con sus propios objetivos. Esto parece paradójico, pero realmente no lo es: esto último lo hace la norma por mor de este mismo objetivo.

Como dice Mañalich

“toda norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada admite ser entendida, siguiendo a Raz, como una razón protegida. La pretensión de autoridad exhibida por la norma respectiva la hace aparecer, en la terminología de Hart, como una “razón perentoria” (pre-emptive), en el sentido de que esa pretensión de autoridad consiste en que la norma, en cuanto razón, opere reemplazando y –en tal medida– excluyendo las razones inmediatamente pertinentes en la situación en la cual el agente se encuentra o cree encontrarse. Entre estas razones situacionalmente pertinentes, susceptibles de verse excluidas en virtud de la perentoriedad predicable de la norma, pueden figurar aquellas razones que, desde el punto de vista de esa

⁸⁸ Ibid, 6.

*misma pretensión de autoridad, confieren sustento a la norma, y que por eso se ven reflejadas, qua “razones subyacentes”, en la norma como razón perentoria artificialmente producida”.*⁸⁹

Este es el caso de la prohibición de los acuerdos referidos al precio. Esta prohibición es una razón perentoria, en tanto reemplaza y excluye otras razones inmediatamente pertinentes en la situación concreta (por ejemplo, que estamos frente a un acuerdo para bajar los precios que ocurre como reacción a una catástrofe natural, por lo que la baja de los precios beneficiaría a los consumidores). Pero el punto es que las razones situacionalmente pertinentes que quedan excluidas pueden incluso ser aquellas que justifican la norma (el mismo bienestar del consumidor).

Otra solución posible es simplemente dar cuenta de la derrotabilidad de las reglas,⁹⁰ esto es, dar cuenta de que una razón subyacente puede de hecho hacer que una norma que a priori aplique deje de aplicar. Esto, pues

*“Raz está en lo correcto al afirmar que las cortes (“órganos primarios”) deben actuar de acuerdo a ciertas razones aun si piensan que balanceando toda consideración relevante no deberían hacerlo [(on the balance of reasons they should not)]. Pero de esto no se sigue (y él no ofrece ningún argumento para esto) que todas las normas del sistema excluyan todas las consideraciones conflictivas posibles, que las cortes deben decidir de acuerdo a razones legales “con exclusión de todo otro tipo de razón””.*⁹¹

En palabras de MacCormick, las excepciones pueden aparecer siempre que uno se enfrenta a una situación en que rasgos particulares del caso traen a colación principios o valores de suficiente importancia como para vencer la suficiencia presuntiva de las condiciones expresamente establecidas como condiciones de un determinado concepto.⁹² Una forma de entender esta idea es relacionándola con la impropiedad: una expresión de la ley es impropia cuando la letra de la ley esté en contradicción con su verdadero pensamiento.⁹³ Entonces, cuando Vega afirma que si la legislación de libre competencia protegiera el bienestar del consumidor no prohibiría un acuerdo tal, Vega pasa por alto la derrotabilidad

⁸⁹ Juan Pablo Mañalich, «La voluntariedad del desistimiento como “ortonomía” motivacional», en *La Justicia como Legalidad. Estudio en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, ed. por Nicolás Acevedo V., Rafael Collado G. y Juan Pablo Mañalich R. (Chile: Thomson Reuters, 2020): 312.

⁹⁰ Sobre esto volveremos latamente en el capítulo IV.

⁹¹ Fernando Atria, *On law and legal reasoning*, (Oxford: Hart Publishing, 2001), 110.

⁹² Neil MacCormick, «Defeasibility in Law and Logic», en *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Eds. Zenon Bankowski, Ian White, Ulrike Hahn. Law and Philosophy Library 21 (1995), 103. https://doi.org/10.1007/978-94-015-8531-6_3

⁹³ Fernando Atria, «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo», *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004), 126. doi:10.5354/0718-4735.2011.15049 Atria aquí se basa en Von Savigny.

de los conceptos jurídicos. Y es justamente este un caso donde el tenor literal de la ley (prohibir un acuerdo con beneficios para los competidores) traicionaría su espíritu (beneficiar a los consumidores).⁹⁴

Lo anterior explica que más allá de que una norma esté diseñada con cierto objetivo, si esta tiene una formulación categórica, es decir, una que en su operación es (en lo inmediato) insensible a su objetivo, puede ser que en ciertos casos límite la norma traicione su objetivo o que la aplicabilidad de la norma sea derrotada por una excepción.⁹⁵ Pero esto será porque por su propia estructura la norma no se fijará si acaso se maximiza o no cierto objetivo, sino tan solo en si concurren determinadas circunstancias.

3. La diferencia entre el common law y el derecho continental

3.1 Sobre la diferencia entre el derecho moderno y el derecho premoderno

Hasta ahora hemos reclamado que la doctrina nacional adopta de forma acrítica primero, la doctrina extranjera y segundo, una forma de razonamiento jurídico ajena a nuestra tradición de derecho continental. Nuestra denuncia es que esto vuelve el debate estéril. Si bien el contenido de nuestras normas es parecido, la forma de interpretarlas es diferente, y esto tiene importantes consecuencias. A este respecto, es iluminador el artículo de Fernando Atria “La ironía del positivismo jurídico”. En éste, Atria hace una tajante distinción entre el derecho moderno y el derecho premoderno (*common law*). Según Atria desde la Revolución Estadounidense quedó de manifiesto que

“la asociación política se entendía ahora como artificial y contingente [por lo que] el derecho requería un nuevo fundamento: la ley ya no podía ser entendida como el producto de una cuidadosa atención a la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas; la ley no era algo dado, inmanente en la naturaleza de manera que el discurso jurídico debía considerarse como una forma de describirlo correctamente; la ley era la voluntad del soberano”.⁹⁶

Y en esta línea ahora podíamos afirmar que

“la ley (...) es artificial, no natural. Una regla no es válida porque es razonable, sino porque es deseada por el soberano: auctoritas, non veritas facit legem. En consecuencia, las normas jurídicas ya no pueden ser entendidas como el reporte de quien ha destinado su vida al estudio

⁹⁴ En rigor este no es el fin perseguido por la legislación de la libre competencia de acuerdo a nuestra opinión, pero lo afirmamos por el bien del argumento. El punto podría ser más bien que Vega no admite la posibilidad de que a) el bienestar del consumidor sea el bien jurídico protegido por la libre competencia, b) se pueda dañar en casos específicos tal bienestar y c) que la combinación de “b)” con “a)” pueda llevarnos a postular que los casos de “b)” la norma vea derrotada su aplicabilidad.

⁹⁵ Esto es discutido a partir de la protección de la propiedad mediante la protección de la posesión en: Fernando Atria, «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho», Estudios Públicos 91 (2003): 57-69.

⁹⁶ Fernando Atria, «La ironía del positivismo jurídico», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°27, Alicante (2004): 102.

*de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, ellas [las normas] son la ley en el sentido de que ellas constituyen el derecho. No hay razón intrínseca en la legislación”.*⁹⁷

Así, los argumentos referidos a la razonabilidad de las disposiciones legales o a su (supuesta) naturaleza íntima no tienen asidero: *auctoritas non veritas facit legem*. Por esto, argumentos como el de Ybar, Artaza o Valdés tienen el problema de que las razones a las que aducen no son pertinentes bajo una comprensión moderna del derecho: sus argumentos pueden ser tan sensatos como el legislador insensato y es la voluntad de este último la que cuenta.

Lo anterior choca con la auto comprensión del *common law*. Bajo esta, el derecho es una especie de combinación de lo universal y lo particular.⁹⁸ Por un lado, el derecho es universal pues puede reconducirse a principios universales de justicia y razón. Y por otro, es particular, dada la importancia del derecho consuetudinario: la costumbre tiene valor puesto que es el precipitado de la experiencia inmemorial. Bajo esta auto comprensión las reglas no constituían el derecho, sino que eran reglas de experiencia “*indicios que permitían determinar lo que era el derecho (i.e. la mejor comprensión de los principios universales del derecho naturales aplicados a las circunstancias de los ingleses) con independencia de [las reglas]*”.⁹⁹

Para explicar con mayor profundidad este punto, Atria también se refiere al digesto 50.17. 1..pr: “*una regla es algo que describe brevemente una cosa. El derecho no surge de la regla, sino la regla del derecho*”. Haciendo una analogía, Atria explica que bajo una comprensión premoderna del derecho

*“no es que la posición de las estrellas [el derecho] fluya del Almanaque [las normas], el Almanaque fluye de la posición de las estrellas; el almanaque [las normas] no vale en sus propios términos, vale porque en él se contiene una correcta descripción de la posición de las estrellas tal que permite a los marinos calcular su latitud, el almanaque, como la regla romana, no tiene fuerza normativa propia: es un mecanismo que permite ahorrar tiempo (...) Por eso, si en el almanaque hay un error no tendría sentido decir que sus autores han sobrepasado los límites sustantivos de su autoridad”.*¹⁰⁰

Es justamente lo anterior lo que hace explicable (en parte¹⁰¹) que bajo un sistema gobernado por la lógica del *common law* las cortes modifiquen y deroguen las normas establecidas por el poder legislativo. Si las normas fluyen del derecho, y las normas son un mal resumen de lo que es el derecho, entonces es

⁹⁷ Ibid, 102.

⁹⁸ Ibid, 103.

⁹⁹ Ibid, 104.

¹⁰⁰ Atria, «La ironía del positivismo jurídico», 107.

¹⁰¹ Como veremos más abajo, incluso juristas entrenados en la tradición del *common law* critican esta visión.

entendible que quien llegue a notar que estas reglas son un mal resumen del derecho (v.gr: la Corte Suprema de EE. UU.), cambie estas reglas por mor del derecho mismo. Lo anterior explica que autores como Crane hayan notado que *“si bien los estatutos de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes ha frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo”*.¹⁰²

Según una visión premoderna del derecho, lo que hace el poder legislativo al dictar una norma es intentar determinar qué es lo razonable en las circunstancias, o más bien, cuál es la mejor regla, regla que de cualquier forma no constituye el derecho (pues bajo esta comprensión las reglas fluyen del derecho, en vez del derecho fluir el derecho de las reglas). Y como bajo ésta comprensión las reglas son aproximados de qué es lo que el derecho requiere, *“es posible que el parlamento yerre, en el mismo sentido en que una decisión judicial puede errar si no refleja las leyes aplicables; tal como en el caso de un tribunal, sin embargo, esto no significa que una decisión por ser errada sea invalida”*.¹⁰³ Esto último nos muestra que en última instancia una decisión del parlamento (o poder legislativo en general) pueda ser incorrecta y al mismo tiempo válida en tanto que esté emitida por el órgano competente.

El problema es que la práctica de distinguir entre la incorrección y la validez del derecho legislado es inestable. Bajo una comprensión según la cual las reglas operan como resúmenes, las mismas reglas que consagran la separación de poderes pueden ser dejadas sin efecto, ya que estas tampoco tienen fuerza propia. Esto explica la visión de Crane según la cual más allá de que *“jueces no electos abiertamente creen derecho, quizás incluso en contra de la voluntad expresa del congreso, parece formalmente antidemocrático. Pero si el sistema funciona y logra gran aceptación a lo largo del tiempo, quizás necesitamos un entendimiento más funcional que formal de la democracia”*.¹⁰⁴ Es decir, aquí el énfasis de Crane está en que puede ser que necesitemos un entendimiento donde a fin de cuentas lo que dota de legitimidad a las normas es su funcionalidad (huelga la pregunta de a qué irán a ser funcionales estas normas), lo que implica tratar a las reglas de separación de poderes como meros resúmenes que no están dotados de fuerza propia, que pueden ser dejados de lado. El problema, empero es que Crane no advierte que la formalidad del derecho (o algún grado de ella) y la democracia se implican recíprocamente, no podemos tener lo uno sin lo otro.

Lo dicho hasta aquí hace entendible que en EE.UU. la Corte Suprema pueda tener el poder de cambiar el contenido de una ley, puesto que bajo su auto comprensión las normas fluyen del derecho y no al

¹⁰² Crane, «Antitrust and Democracy», 8.

¹⁰³ Atria, «La ironía del positivismo jurídico», 106.

¹⁰⁴ Crane, «Antitrust and Democracy», 8.

revés.¹⁰⁵ Si lo anterior es así, entonces una ley emanada del poder legislativo (como la ley de libre competencia) puede ser un mal resumen de lo que exige el derecho, y por tanto puede ser necesario enmendarla. Es por esto que la Corte Suprema ha ido tan lejos como afirmar que “*la presunción general de que los cambios legislativos deben ser dejados al congreso tiene menor fuerza respecto del Sherman Act*”¹⁰⁶, o que el Juez Stevens haya afirmado en *Professional Engineers* que “*el lenguaje del § 1 del Sherman Act no puede significar lo que dice*” (“*the language of § 1 of the Sherman Act ... cannot mean what it says*”).¹⁰⁷ Esto explica que “*las cortes frecuentemente reconocen que los textos estatutarios [del antitrust] tienen un significado claro y luego se rehúsan a seguirlo*”.¹⁰⁸

Este es un buen momento para tematizar la importancia del *expertise* bajo nuestra tradición. Como veíamos, bajo una comprensión premoderna del derecho éste consiste en una combinación de lo universal y lo particular, pues, respectivamente, se busca reconducir las reglas a principios universales de justicia y razón al mismo tiempo que se dota de valor a la costumbre puesto que es el precipitado de experiencia inmemorial. De esta forma, bajo una comprensión premoderna hace sentido la opinión de Hovenkamp de que los expertos están a cargo de descubrir cuál es la regla razonable pues la dilucidación de las normas proviene de un profundo estudio de la naturaleza humana y de un precipitado inmemorial de la experiencia; en contra de Hobbes, la verdad y no la autoridad harían la ley. Esta visión tiene (al menos) dos problemas. Primero, aun asumiendo que efectivamente los jueces toman decisiones más razonables que el poder legislativo, como decíamos, la legitimidad de las normas en una sociedad moderna proviene de que sean producidas democráticamente, no de que sean reglas razonables según los cánones de la doctrina o la jurisprudencia. Segundo, no podemos asegurar que las decisiones de los jueces necesariamente vayan a ser mejores que las del poder legislativo, o más sustantivamente razonables. Antes bien, si dotamos de demasiado poder a los jueces y les permitimos crear normas, esto llevará a que la fortuna de quienes están sometidos a juicio se determine según las visiones ideológicas del juez de turno antes que por una norma emanada de un juicio de autonomía pública.¹⁰⁹ Y es por lo anterior que

¹⁰⁵ Una exposición del desdén de las cortes americanas por la intención legislativa y el tenor literal está en: Daniel Crane, «Antitrust Antitextualism», *Notre Dame Law Review*, Forthcoming, U of Michigan Public Law Research Paper No. 672, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 20-009, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3561870>

¹⁰⁶ Melamed y Petit, «The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets», 744.

¹⁰⁷ Crane, «Antitrust Antitextualism», 1251.

¹⁰⁸ *Ibid*, 1207

¹⁰⁹ Por supuesto, la visión ideológica de un juez siempre puede afectar la decisión del juicio. El punto es que mientras más ignore el juez el tenor literal, más capacitado estará de imponer su visión ideológica. La formalidad del derecho (bien entendida) es un escudo contra la arbitrariedad. Aún más, en la medida que se vuelva progresivamente más evidente que los jueces están fallando ideológicamente, esto afectará el nombramiento de los jueces, pues habrá incentivos para hacer nombramientos aplicando criterios políticos (lo que además provocará que los jueces tengan incentivos para actuar políticamente). Esto, con todo, es un juicio predictivo, y por tanto debe ser corroborado empíricamente.

esta forma de proceder “*tiende a disolver el razonamiento jurídico en razonamiento moral, debilitando seriamente la autoridad del derecho en sociedades moralmente diversas*”.¹¹⁰

Como decíamos, hay una implicación recíproca entre la formalidad del derecho y la democracia. Todo lo anterior explica que

“El derecho, en otras palabras, supone que los funcionarios encargados de aplicarlo van a reconocer el valor superior de preservar esta compleja estructura de diferenciación de competencias no porque de este modo la solución va a ser más justa, sino porque sólo de esta manera es posible el autogobierno de nosotros, los chilenos. Pero esto sólo desplaza la pregunta hacia un nivel superior: ¿es bueno el autogobierno de nosotros, los chilenos? Y a este nivel superior la pregunta tiene un componente formal (lo que se presenta como ejercicio de autogobierno democrático de nosotros los chilenos, ¿es efectivamente autogobierno?) y uno sustantivo (las decisiones de autogobierno, ¿son adecuadas en cuanto a sus contenidos?). Jurídicamente hablando, estas preguntas son no-preguntas: están siempre-ya respondidas afirmativamente, porque el derecho no puede poner en duda su propia autoridad (el derecho, cuyo programa funciona sobre la base del código binario legal/ilegal, no puede aplicar ese código al derecho mismo, es decir, el derecho no puede —y este ‘no puede’ no es contingente— declarar ilegal la aplicación del código legal/ilegal)”.¹¹¹

En otras palabras, que la democracia, entendida como autogobierno colectivo, sea posible, depende de un diseño institucional que diferencie las competencias de diversos órganos. Esto supone diferenciar la competencia del legislador de crear normas y la competencia de los jueces de aplicar las normas que el legislador crea (entre otras competencias, como aquella de la administración).¹¹² Y el problema es que las interpretaciones que pasan por alto el tenor literal merman esta diferenciación de competencias y así hace menos probable el autogobierno colectivo. Por supuesto, esto no implica negar que el juez sí tiene un rol a la hora de determinar y especificar el alcance de las normas. El punto, antes bien, es que al hacer esto último el juez no puede negar el tenor literal del derecho legislado (antes bien, especificar el contenido de una norma supone aceptarla tal como es, es decir, trabajar sobre ella, no contra ella).

¹¹⁰ Atria, «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho», 64-65.

¹¹¹ Atria, «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho», 56-57. Una exposición más reciente sobre la relación entre vulgarización y la falta de diferenciación entre las competencias de distintos órganos la podemos encontrar en un breve análisis de Carlos Peña a propósito de una controversia entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional: «La vulgarización del derecho» en Nuevo Poder, acceso el 19 de noviembre de 2021. <http://www.nuevopoder.cl/la-vulgarizacion-del-derecho/>

¹¹² Respecto de esto, ver Atria, *La Forma del Derecho*, 159-218. Samuel Tschorne, «Legal positivism’s legitimate heir?» Reseña de *La Forma del Derecho*, de Fernando Atria CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía. Vol. 50, No. 150 (2018): 91-112.

Así, si reinterpretemos de forma inversa la analogía del almanaque (y decimos que la posición de las estrellas (el derecho) fluye del Almanaque (las normas)), obtenemos que, bajo una comprensión moderna del derecho, el derecho es el conjunto de las normas y vale en sus propios términos, tiene fuerza normativa propia. En palabras de Atria, “*el derecho (...) fluye de la ley; las reglas jurídicas ya no son regulae iuris romanas, que se limitaban a describir ordenes prohibiciones o permisiones que existían con independencias de [las reglas]*”.¹¹³

El punto anterior, por supuesto, no es meramente conceptual, no tiene tan solo que ver con observar con un mero objetivo descriptivo la legislación, buscando descubrir algo así como su verdadera naturaleza. Más bien, debemos dar cuenta de que el derecho

*“no es como el movimiento de los cuerpos celestes y la evolución de las especies. Nuestras prácticas sociales (...) son prácticas constituidas por nuestras descripciones (al menos hasta cierto punto). Si en un sistema jurídico determinado los seguidores de Oliver W. Holmes convencieran a todos los abogados y jueces de que el derecho es sólo un conjunto de profecías acerca de lo que los tribunales harán, entonces en esa jurisdicción el derecho efectivamente será un conjunto de tales profecías. (...) Nótese la importancia de este punto: para decidir una cuestión sobre estas prácticas (parcialmente) constituidas por nuestras descripciones no podemos hacer lo que hacemos cuando queremos decidir (o mejor, en este caso: verificar) si la mecánica de Newton es una teoría adecuada de la gravitación universal: no nos sirve observar la cosa objeto de la descripción y ver si ésta es correctamente descrita, porque ahora la cosa no existe con prescindencia de nuestras descripciones. Tratándose de estas prácticas, la determinación de lo que cuenta como una concepción adecuada (no verdadera) en algún momento debe hacer referencia a cómo sería bueno que fuera lo que estamos ‘describiendo’. Creer que estamos describiendo algo que existe con prescindencia de nuestras descripciones cuando en realidad lo que estamos haciendo es (al menos parcialmente) constituir lo que estamos describiendo es lo que desde Marx podemos llamar falsa conciencia.”*¹¹⁴

Si es que para decidir la cuestión sobre nuestras prácticas que están parcialmente constituidas por nuestras descripciones debemos hacer referencia a cómo sería bueno que fuera aquello que estamos describiendo, entonces eso nos reenvía a un argumento sustantivo. Lo anterior nos permite responder a una posible objeción: que esta tesis está pasando por alto que de hecho el sistema de libre competencia simplemente funciona de determinada manera, por lo que criticarlo sería aspiracional y no daría cuenta

¹¹³ Atria, «La ironía del positivismo jurídico», 102.

¹¹⁴ Fernando Atria, «El derecho y la contingencia de lo político», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 26 (2003): 329-330.

de cómo opera realmente el objeto de estudio. Pero, como veíamos, la cuestión de la caracterización de nuestras prácticas en parte depende cómo sería bueno que estas fueran, siendo el caso que estamos dispuestos a argumentar que sería algo bueno que la doctrina y la jurisprudencia de libre competencia se sometieran a la voluntad del legislador. ¿Por qué creemos que lo anterior sería bueno? Por un lado, podríamos ofrecer como argumento que *“el derecho no vale porque sea correcto sino vale porque es derecho. Y esto no es un defecto del derecho, es precisamente su virtud, porque es precisamente esto lo que nos permite tener derecho aun cuando estemos en desacuerdo sobre lo que es correcto”*.¹¹⁵ Lo anterior, por supuesto, es bueno pues reduce la contingencia y hace posible la convivencia en una sociedad moderna, donde convive una pluralidad de visiones sobre lo bueno. Pero este no es el único argumento. Es bueno que el derecho sea entendido como la voluntad del soberano, pues si es así entendido, en tanto que vivamos en democracia, la norma aplicable no dependerá del experto de *antitrust* o el juez de turno, sino que dependerá de la voluntad del pueblo. En este sentido preciso, el compromiso de una visión premoderna del derecho con el *expertise* es antidemocrático. Por todo lo anterior, fijarse en el texto de la ley representa un fuerte compromiso con la voluntad del pueblo.¹¹⁶

Por contraste, es riesgoso adoptar el tipo de razonamiento jurídico que caracteriza a la doctrina estadounidense (cosa que hace gran parte de nuestra doctrina), pues allí el tenor literal de la ley importa ya poco, y subsecuentemente importa poco lo que sea la voluntad del legislador. Es por lo anterior que en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de antitrust de EE.UU. Crane nos advierte que el patrón antitextualista de las Cortes

“y su insistencia perenne en que los estatutos de antitrust son delegaciones de poderes de common law antes que mandatos expresos (...) proveen de una advertencia para la legislación: la dinámica de la legislación de normas de antitrust, su enforcement y su aplicación ocurre sobre el trasfondo de una disputa sobre el poder, el tamaño industrial y la eficiencia que ha silenciado la común importancia del tenor literal. Escribir estatutos más claros no llevará necesariamente a acabar con estos hábitos”.¹¹⁷

¹¹⁵ Ibid, 323.

¹¹⁶ Por supuesto, con esto no quiero decir que todo aquel que postula una interpretación contraria a la mía es, en primera persona, antidemocrática. Con esto tan solo quiero decir que la forma de razonamiento jurídico que ha sido adoptada por la doctrina de libre competencia es en su operación antidemocrática. Aún más, este no es el único argumento en contra de sus planteamientos, pues estos también a ratos se basan en el tenor literal de la ley. El problema es justamente que lo hacen a ratos, pues intercambian entre una forma moderna y premoderna de argumentar según sea el caso.

¹¹⁷ Crane, «Antitrust Antitextualism», 1252.

Crane dice que su tesis es descriptiva, no prescriptiva.¹¹⁸ Nosotros nos permitiremos ser prescriptivos. Lo anterior no implica nada menos que la insubordinación de las Cortes y la jurisprudencia a quien tiene el legítimo poder de crear normas: el poder legislativo.¹¹⁹ Y es que la legitimidad de las normas proviene de su validez procedimental, no de su razonabilidad.

3.2 El método

Lo anterior constituye un rodeo necesario, pues el método interpretativo adoptado prejuzga las respuestas a las que llegaremos. Como dice Dworkin, la teoría del derecho es “*la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso de cualquier decisión legal*”.¹²⁰

Como veremos en breve, no debemos partir desde arriba, sino desde abajo, esto es, debemos partir por observar las instituciones y observar qué función cumplen, antes que discutir sobre qué cosa sería bueno que la ley protegiera para luego intentar, a su vez, que la ley “calce” con aquel objetivo. En ésta línea, seguiremos el método de Luis Emilio Rojas en su investigación referida al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad, donde éste afirma que “*en una operación de reformulación contradictoria del injusto propio de éstos delitos es posible determinar lo justo, esto es, los intereses jurídicamente protegidos por las normas citadas*”.¹²¹ En la misma línea está Mañalich, quien afirma que el criterio para reconocer el bien jurídico no es otro que “*el conjunto de normas de sanción legislativamente formuladas que (...) refuerzan una o más normas de comportamiento que dispensan protección a esa propiedad*”¹²² que sería el bien jurídico.

4. El bien jurídico libre competencia

4.1 El contenido del bien jurídico libre competencia

Como vimos, hay normas del DL 211 que tienen las siguientes estructura: “se sanciona lo que tenga efectos contrarios a X”, o “el que realice la conducta Y será sancionado en tanto que produzca efectos negativos sobre X”.¹²³ En tanto estas normas tienen esa estructura, a falta de una definición sustantiva de X, es imposible determinar el contenido de X mediante ellas mismas. Por eso decíamos que

¹¹⁸ Crane, «Antitrust Antitextualism», 1250.

¹¹⁹ En el último capítulo veremos en detalle cuan poco puede llegar a importarle a nuestra doctrina el tenor literal de la ley, comprometida como lo está a transformar nuestra ley en una forma de *Sherman Act* chileno.

¹²⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Londres: Fontana), 90.

¹²¹ Luis Emilio Rojas, «Falsedad documental como delito contra el derecho a la Verdad», *Revista de Estudios de la Justicia* 22 (2015): 146.

¹²² Juan Pablo Mañalich, «Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*268». en *Los delitos contra la salud pública ruante la pandemia: Teoría y Praxis*, Fernando Londoño M. Francisco Maldonado F. Juan Pablo Mañalich R. (Chile: Thomson Reuters, 2021)Sección 2, letra a).

¹²³ Esto es, si es que creemos que tan solo los carteles duros se sancionan de acuerdo con la regla per se. Como mostraremos más abajo, todo salvo el tipo genérico se sanciona de acuerdo con la regla per se.

necesitábamos normas de sanción que contuvieran un tipo objetivo cuya operatividad no fuera dependiente de “X”. Con una norma tal, es decir, autosuficiente, podemos seguir el método antes enunciado de determinar lo injusto para luego por contradicción determinar lo justo. Normas que tienen esa forma son justamente aquellas contenidas en la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL 211 y en el artículo 62 del DL 211. Estas son prohibiciones que evalúan la legalidad de las conductas que caen bajo ellas de acuerdo a la regla *per se*, esto es, más allá de sus efectos.¹²⁴

Antes de seguir debemos enfrentarnos a una posible objeción metodológica. Si el objetivo de esta tesis es analizar el tipo objetivo de estas normas, hablar del tipo objetivo hacia el comienzo de la investigación para así determinar el bien jurídico protegido, ¿no es poner la carreta por delante de los bueyes? Esto no es así. Si bien en lo que sigue de la tesis se determinará con mayor precisión cuál es el tipo objetivo de la norma recién aludida, en este momento estamos en la posición de ofrecer una caracterización del tipo objetivo que es: a) suficientemente delgada como para no prejuzgar la investigación respecto de cuál es el tipo objetivo, b) suficientemente gruesa como para indicarnos cuál es el bien jurídico protegido.

Lo anterior es así en tanto que del tenor literal de la primera parte de la letra a) del artículo 3 y del artículo 62 se sigue que, más allá de la forma específica en que dos competidores decidan dejar de competir, lo que se sanciona es que ellos cesen su comportamiento competitivo.

Dicho lo anterior podemos volver a la norma. Dado que estamos frente a una regla *per se*, para acreditar que se incurre en la conducta prohibida basta que se acredite

“i) la existencia de un acuerdo que involucre a competidores entre sí, esto es, competidores directos que actúan en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio respectivo; y ii) que el acuerdo tenga por objeto neutralizar la decisión independiente de los competidores respecto de variables esenciales de competencia”.¹²⁵

En este momento corresponde volver a lo dicho por Rojas: se debe determinar lo injusto para por contradicción determinar lo justo. Estamos en capacidad ya de definir qué es lo injusto: que se tomen decisiones que no son independientes por parte de los competidores, que no haya comportamiento competitivo. Y siendo el injusto que se tomen decisiones que no son independientes, es decir, que no haya un comportamiento competitivo, lo justo, por contradicción, resulta ser la existencia de comportamiento competitivo, una toma de decisiones independiente.

¹²⁴ Empero, como veremos en el Capítulo IV, todas las normas se deben sancionar de acuerdo a la regla *per se*.

¹²⁵ Grunberg, «Regla *per se* para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 4.

De la prohibición de los carteles duros lo único que podíamos sacar en limpio es que lo injusto es que no haya un juego competitivo fuerte, lo que, como dijimos, por inversión, implica que lo justo es la protección del actuar competitivo. Siendo fiel a nuestras premisas no podemos sino admitir entonces que el bien jurídico protegido es el comportamiento competitivo *simpliciter*, sin incluir alusión alguna a consideraciones estructurales.¹²⁶ Además, que lo protegido es el comportamiento competitivo es consistente con tesis como la de Odudu, quien afirma que lo característico de los acuerdos y las prácticas concertadas es que disminuyen la incerteza respecto de la conducta de otros actores,¹²⁷ siendo el caso que un ambiente incierto provee el ímpetu para entablar comportamiento competitivo (*competitive struggle*).¹²⁸

En este momento puede ser útil acudir a la definición de comportamiento competitivo de Oliver Black, la cual tiene los siguientes elementos:

“*X compite con Y donde hay acciones Ax y Ay y objetivos Ox y Oy tales que:*

- (1) *X hace Ax con la intención de lograr Gx;*
- (2) *Y hace Ay con la intención de lograr Gy;*
- (3) *X logra Gx solo si Y no logra Gy.*”¹²⁹

Además de esto, Black agrega dos características eventuales que podría tener el comportamiento competitivo:

- (4) *Gx=Gy*¹³⁰
- (5) *X e Y conocen (1)-(3)*”¹³¹

Por supuesto, llegados a este punto podríamos imitar a Artaza y discutir sobre la razón por la cual es valioso el comportamiento competitivo, y luego intentar postular aquel valor como el bien jurídico protegido. No debemos hacer lo anterior. Esta norma es autosuficiente y por tanto es total y absolutamente inteligible sin hacer referencia alguna al bienestar del consumidor o algún otro factor. Como veíamos, debemos distinguir entre el bien jurídico protegido y la finalidad que cumple tal

¹²⁶ Se podría discutir, empero, si de forma mediata hay consideraciones estructurales ligadas a que exista un comportamiento competitivo. Pero es importante notar que sería justamente eso, una consideración mediata (habría que evaluar en concreto qué estructuras de mercado propician el comportamiento competitivo; esta es una pregunta empírica que no estamos capacitados para responder). Sobre este punto, que podría ser relevante a la hora de evaluar fusiones o evaluar otro tipo de conductas no nos referiremos aquí.

¹²⁷ Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, 95.

¹²⁸ *Ibid*, 83.

¹²⁹ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 10.

¹³⁰ *Ibid*, 11

¹³¹ *Ibid*, 13.

protección. Por lo anterior la pregunta relevante no es qué justifica la protección que dispensa el legislador, sino que la pregunta relevante es qué es lo protegido.

En síntesis, el bien jurídico protegido es el comportamiento competitivo. Y esta no es una tesis completamente nueva. Por ejemplo, Mañalich, a la hora de analizar el tipo genérico y estando guiado por la tesis de Walter Frenz de que lo protegido es la autenticidad en la competencia, esboza la tesis de que

*“es posible dar sentido a la noción de impedimento restricción o entorpecimiento de la libre competencia en cuanto indicativa de un resultado que ha de ser condicionado por algún comportamiento que compromete la autenticidad de la competencia entre agentes económicos al interior de un mercado determinado: el falseamiento de la disposición a competir por parte de uno o más de los intervinientes en el mercado respectivamente compromete la autonomía de las decisiones de ser adoptadas por los demás eventuales participantes en ese mismo mercado”.*¹³²

Si vamos directamente a Frenz para ver en más detalle su tesis, nos encontramos con que el parecido entre su tesis y la nuestra no es menor. Así, según Frenz, la competencia no distorsionada consiste en *“la libertad de competencia entre los actores de mercado; i.e. su libertad de competir autónoma e independientemente. Esta libertad debe ser protegida de distorsiones”*.¹³³

Y como bien indica Vega, esta tesis no implica una radical modificación de la forma en que hasta ahora ha operado nuestra institucionalidad de Libre Competencia. Aún más, hay una serie de decisiones de las autoridades que van en esta línea. Como menciona Vega, la FNE ha mencionado que *“el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia no es la protección de los competidores ni de los consumidores, sino la competencia misma”*.¹³⁴ En una línea similar ha resuelto el TDLC que lo protegido se identifica con el proceso competitivo y la incertidumbre que le es propia. Lo anterior se sigue de las siguientes consideraciones esgrimidas por el tribunal antimonopólico:

¹³² Juan Pablo Mañalich «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia», Informe en Derecho en Rol c-292-2015, 10.

¹³³ Walter Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, trad. por Craig R. Aird (Heidelberg New York Dordrecht London: Springer, 2016), 4. Es interesante además que Frenz diferencia la protección de una competencia libre de distorsiones de aquellos objetivos que mediatamente propicia (en nuestra jerga, diferencia entre el bien jurídico y los otros intereses que se resguardan mediante su protección (como veíamos en el ejemplo más arriba a propósito del hurto)). A este respecto, Frenz afirma que la competencia libre de distorsiones “hace posible que energía no usada sea aprovechada a lo largo de Europa sin restricciones y permite el uso y distribución ideal de recursos económicos (...) esto en última instancia beneficia a los consumidores”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 9.

¹³⁴ Fiscalía Nacional Económica en Denuncia de particular por caso de competencia desleal. Rol N° 2432-17 FNE (2017), citado en Vega, «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo», 11

*“Que de lo razonado en las consideraciones anteriores, este Tribunal concluye que efectivamente los representantes de la totalidad de las líneas de buses urbanos para transporte de pasajeros de la ciudad de Osorno suscribieron, con fecha 27 de noviembre de 2007, una serie de acuerdos que, según su tenor, tuvieron claramente por objeto limitar en varios aspectos la libertad, autonomía e independencia empresarial de cada uno de sus suscriptores, coordinando una serie de factores de competencia en el mercado para eliminar la incertidumbre que es propia de un proceso competitivo y reemplazarla por la seguridad de la cooperación entre empresas que, dado que operan en un mercado libre y que no está mayormente regulado en materia de oferta y no lo está, en absoluto, en materia de precios -como es el del transporte público de la ciudad de Osorno en la actualidad- debiesen rivalizar por la preferencia de los usuarios del servicio que prestan”.*¹³⁵

4.1 La naturaleza del bien jurídico libre competencia

Dicho aquello, nos queda determinar la naturaleza del bien jurídico protegido y su forma de afectación. Para hacer esto es útil primero dejar claro que los bienes jurídicos protegidos consisten en *“alguna propiedad que, en cuanto exhibida por una persona, una cosa, una institución o en general un objeto (lato sensu) cualquiera, es valorada positivamente”*.¹³⁶ En una línea parecida podemos encontrar a Kindhäuser, quien afirma que *“los bienes jurídicos no son piezas de museo, sino características de las personas, cosas e instituciones de la vida social”*.¹³⁷

Lo anterior es importante pues uno podría pensar que no se puede afectar la libre competencia en tanto que *“el bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas”*.¹³⁸ A este respecto, como bien dice Mañalich hay que rechazar esta aproximación pues a ella subyace *“una hipóstasis (o “reificación”), consistente en conferir a la entequeia abstracta constituida por un “valor ideal” el estatus ontológico de algo que tendría que poder ser menoscabado de una manera empíricamente constatable”*.¹³⁹ Por contraste, la conceptualización de Mañalich de los bienes jurídicos

¹³⁵ Fallo del TDLC: Sentencia N 94/2010, de 29 de diciembre de 2010, considerando trigésimo quinto. Citado en: Vega, «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo», 12.

¹³⁶ Mañalich, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», 81.

¹³⁷ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», InDret 1. (2009): 10. <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>

¹³⁸ Roland Hefendehl, «¿Debe ocuparte el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2002): 8, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14

¹³⁹ Mañalich, «Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*268». Sección 2 letra a)

como propiedades positivamente valoradas hace posible afirmar que “*los bienes jurídicos no son piezas de museo, sino características de las personas, cosas e instituciones de la vida social*”,¹⁴⁰ y hace posible pasar por alto la exigencia de Hefendehl de que la afectación del bien jurídico sea empíricamente constatable.

Dicho esto, haremos una breve reformulación de lo ya expuesto en lo referido a cuál es el bien jurídico protegido. Veníamos diciendo que el bien jurídico protegido era el comportamiento competitivo. Pero bajo esta formulación, el bien jurídico es “un algo”, no una propiedad de algo. Siguiendo las críticas recién revisadas diremos entonces que el bien jurídico protegido será la competitividad del proceso competitivo, o, para evitar redundancia, la competitividad del actuar de los agentes del mercado, entendida ésta como una propiedad de su actuar.

Dicho lo anterior, creemos que estamos frente a un bien jurídico colectivo y de naturaleza institucional.¹⁴¹ Estamos frente a un bien jurídico colectivo pues, de acuerdo a una caracterización puramente negativa, la propiedad positivamente valorada sirve para el interés de la generalidad de las personas que en tal medida cuentan como sus beneficiarios,¹⁴² es decir, es un bien jurídico indivisible.¹⁴³ En ésta línea, todas las personas se aprovechan de la existencia de un adecuado resguardo de la competitividad del mercado, no hay ningún titular específico de éste bien.

Por otro lado, respecto de su naturaleza institucional, esto dice relación con el nivel de realidad al que pertenece el bien jurídico en cuestión, esto es, el nivel de la realidad natural o bruta o el nivel de la realidad institucional, normativamente configurada.¹⁴⁴ Y la competitividad de la actuación de los agentes de mercado claramente pertenece a la realidad normativa, en tanto la competencia, y aún más, el mercado, solamente existen a consecuencia de un vasto entramado de reglas que crea contextos institucionales dentro de los cuales ocurre la interacción económica.

¹⁴⁰ Kindhäuser, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», 10.

¹⁴¹ Así también, Mañalich «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia», 9.

¹⁴² Hefendehl, «¿Debe ocuparte el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», 4.

¹⁴³ Mañalich, «Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*268». Sección 2 letra b)

¹⁴⁴ Ibid.

Capítulo II: el caso supermercados y la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas

1. El caso

Si “acuerdos” y “prácticas concertadas” son términos idénticos fue debatido en el caso Supermercados. En este, tanto el TDLC como la Corte Suprema sancionaron a las cadenas de supermercados SMU, Walmart y Cencosud por fijar precios mínimos de venta para la comercialización del pollo fresco. En las respectivas sentencias se concluyó que este ilícito fue ejecutado mediante un esquema *hub and spoke* en el que las distintas cadenas (los *hubs*) se coordinaron a través de los proveedores de pollo (el *spoke*). Aquí, las cadenas establecieron un precio mínimo de venta del pollo. Este esquema se hacía efectivo a través de los proveedores: las cadenas acudían a estos para que tomaran medidas tendientes a reestablecer el precio mínimo cada vez que identificaban que otra cadena había bajado el precio.

En su requerimiento, la FNE acusó indistintamente a las cadenas de haber participado de un acuerdo o práctica concertada. Durante el litigio parte de las cadenas se opusieron al uso indistinto de estas figuras en la acusación. Esto, pues “*si bien ambos tienen el elemento subjetivo en común, se diferencian por su identidad por las formas en que se manifiestan*”.¹⁴⁵ A este respecto, el TDLC afirmó que la distinción estaba superada,¹⁴⁶ concentrándose hoy la jurisprudencia más bien en cubrir las distintas formas de colusión. Esto lo concluyó a partir de que en la jurisprudencia estadounidense ambos términos son generalmente usados de manera indistinta, y que el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cubre acuerdos y prácticas concertadas siendo esta última figura (según su interpretación) una cuyo objeto es prevenir a las firmas de evadir el artículo 101 por la vía de coludirse por medios que pueden no involucrar un acuerdo *per se* pero que contiene un elemento de cooperación anticompetitiva.¹⁴⁷ Se apoyó también en lo dicho por Héctor Hernández y Domingo Valdés,¹⁴⁸ cuyas posturas analizaremos más adelante. Así, el Tribunal optó por usar el término “acuerdo” para abarcar ambas figuras. Por su parte, la Corte Suprema, afirmó en su sentencia que “*más allá de la denominación técnica que se le otorgue, la imputación dice relación con que el actuar de las empresas no estuvo determinado por una libre fijación de precios, sino que hubo una voluntad común*”.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Fallo del TDLC: Sentencia N 167/2019, de 28 de febrero de 2019, en su punto 4.11 de la sección expositiva.

¹⁴⁶ Ibid, considerando trigésimo primero.

¹⁴⁷ Ibid, considerando trigésimo segundo.

¹⁴⁸ Valdés, como veremos más abajo, no sostiene esta tesis.

¹⁴⁹ Fallo de la Corte Suprema: Rol 9361-2020, de 8 de abril de 2020 en su octavo considerando.

2. Por qué importa esta discusión

Esta discusión es relevante por una serie de razones. Primero, si estas figuras fueran efectivamente distintas se vería vulnerado el derecho a defensa de los imputados bajo la acusación indistinta de la FNE. Esto, pues a los acusados no solo se le imputan hechos, sino también calificaciones jurídicas asociadas a los hechos. Solo conociendo el alcance de cada una de estas figuras podrían defenderse adecuadamente los acusados.

Segundo, las sanciones de libre competencia se justifican por su capacidad de evitar o disuadir actividades que reducen el bienestar.¹⁵⁰ Esto supone que los destinatarios de una prohibición o mandato sepan en qué consiste lo prohibido o mandado y en este caso esto implica que los actores sepan en qué consiste un acuerdo o práctica concertada. La necesidad de determinar en qué consiste el tipo objetivo es especialmente dramática cuando estamos frente a conductas como las prácticas concertadas, las cuales no son inmediatamente determinables con referencia a nuestro lenguaje ordinario.¹⁵¹ Dado lo anterior es necesario encontrar alguna interpretación del término bajo la cual éste pueda servir la función de indicar (al menos con razonable certeza) qué está prohibido y qué no. En este caso el nivel de indeterminación que aqueja a esta figura es extremo: sabemos que ciertos hechos se han subsumido bajo esta figura,¹⁵² y sabemos que no es un acuerdo, pero no contamos con una definición positiva suficientemente clara del concepto.

Tercero, debemos encontrar una interpretación bajo la cual la discrecionalidad de las Cortes se vea disminuida. Dada la vaguedad que ahora aqueja al concepto de las prácticas concertadas, este podría potencialmente ser funcional a una forma de activismo judicial. Esto último conspiraría contra el objetivo antes reseñado de que los ciudadanos puedan saber de antemano qué está permitido y qué prohibido y conspiraría también en contra del principio de separación de los poderes estatales (al permitir a los jueces crear normas, tema al que ya aludimos en el Capítulo I y al que volveremos en el Capítulo IV).

¹⁵⁰ Grunberg y Montt «La Prueba de la Colusión», 310.

¹⁵¹ Como veremos más abajo, una salida es la que ofrece Black, que es interpretar las prácticas concertadas como una instancia de acción conjunta, concepto que sí podemos entender de acuerdo a nuestro lenguaje natural.

¹⁵² Actualmente imperan definiciones que hacen referencia antes bien a qué casos en concreto se ha entendido que caen dentro de una práctica concertada antes que definiciones que expliquen con algún grado adecuado de determinación qué rasgos definen a una práctica concertada más allá de los casos en concreto. El problema de esto es que bajo la definición de que una práctica concertada como “cese de independencia que se realiza mediante algo menos que un acuerdo” caben demasiadas conductas, siendo solo algunas conductas las que finalmente son punibles. Y el punto es que, a falta de un criterio más concreto, la selección de los casos que sí son punibles y de aquellos que no es arbitraria. En otras palabras: la definición de lo que está prohibido es “tan casuística” que hay poca claridad respecto de qué es sancionado y qué no. Cómo veremos más abajo, una salida de este problema es hurgar más en búsqueda de aquello que tienen en común las conductas actualmente sancionadas: así quizás podremos encontrar una definición que vaya más allá de los casos en concreto y permita discriminar con mayor precisión qué es punible y qué no.

Cuarto, el artículo 62 del DL 211 sanciona penalmente los acuerdos, pero no las prácticas concertadas. Por lo anterior, si tenemos mayor claridad respecto del contenido de las figuras de acuerdo y de práctica concertada tendremos a su vez mayor claridad respecto de qué incluye y qué no la sanción penal de la colusión.

Finalmente, esto tiene un impacto en la obligación del Fiscal Nacional Económico de querellarse ante ciertos casos de colusión. Según el DL 211 el Fiscal Nacional Económico tiene la obligación de querellarse cuando se encuentre frente a casos “graves” de colusión (entre otros requisitos). Pero calificar un hecho como colusión grave presupone saber qué es una colusión y esto admite mayor precisión.

3. Razones a favor de una presunción de que ambas figuras se distinguen

Las conclusiones del TDLC y la Corte Suprema despiertan una serie de inquietudes. Por un lado, la argumentación del TDLC, al excluir de antemano la posibilidad de que ambas conductas sean distintas y que haya razón en distinguirlas, violaría un presupuesto interpretativo básico: que el legislador en tanto que es racional no es redundante.¹⁵³ Además, ignoraría que el legislador hace esta misma distinción nuevamente en el artículo 62 del DL 211 (en este caso, por omisión), donde se tipifican “los acuerdos” y no los “acuerdos o prácticas concertadas” (si ambas figuras fueran iguales entonces ambas estarían penalizadas). Es decir, el legislador trata de forma diferenciada estas figuras tanto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3, donde las menciona disyuntivamente, como en la norma penal del artículo 62, norma en la que sanciona solamente los acuerdos.¹⁵⁴ Por último, como decíamos más arriba, para que la función preventiva de las sanciones en el ámbito de la libre competencia sea posible es necesario que esté bien definido el contorno de cada una de estas figuras.

4. Las tesis respecto del contenido de la distinción

4.1 Algunas consideraciones previas

Un buen punto de partida para esta discusión es el consenso transversal de que es necesario distinguir las prácticas concertadas del paralelismo consciente.¹⁵⁵ El paralelismo consciente se da cuando los

¹⁵³ Ezquiaga, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», 17. También: Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, 86.

¹⁵⁴ Es por esto que no tiene asidero la afirmación de Juppet y Morales según la cual las prácticas concertadas serían el género que engloba las diversas formas de actuar colusorio. Morales y Juppet, *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Capítulo II, punto 6. En la medida que se reconozca que el legislador las ha tratado de forma disyuntiva en el artículo 3 letra a), no puede afirmarse que ambas categorías están en una relación de género especie, pues en tal caso bastaría con nombrar al género para así necesariamente englobar la especie. Sería redundante sancionar el género y acto seguido la especie.

¹⁵⁵ Domingo Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», Informe en Derecho en Rol C-304-2016, 7. Si bien Valdés tiene un muy erudito e ilustrativo libro respecto de la Libre Competencia (quizás el desarrollo más sistemático de esta materia en nuestro país) nos referiremos a lo largo de la tesis a su opinión a partir de este informe en Derecho. Esto, pues la última edición de su libro fue en 2006, y desde allí ha ocurrido una serie de reformas de las cuales su libro no alcanza a dar cuenta, y que su (extenso) informe sí recoge. Respecto de

actores del mercado, al observar la conducta de sus competidores, toman medidas similares a ellos. Habría paralelismo, pues se realizaría la misma conducta, y sería consciente, puesto que sería una acción que se hace con conocimiento de los hechos. Sin embargo, en estos casos la independencia de cada actor se mantendría por lo que la acción no sería constitutiva de un hecho colusorio. Un hecho colusorio, a contrario sensu, implica *necesariamente* el cese de la independencia de los actores, pues solo así sería la colusión algo que afectara la competitividad del actuar de los agentes de mercado, esto es, el bien jurídico protegido indirectamente por la sanción de la colusión.

4.2 La tesis probatoria

Entre las posturas en juego predomina la de quienes afirman que la diferencia entre estos dos tipos de conductas es de índole probatorio. Así, doctrinaria y jurisprudencialmente tiene sustento la tesis de que prácticas concertadas y acuerdos tácitos serían expresiones sinónimas.¹⁵⁶ Con base en lo anterior algunos argumentan que los acuerdos sancionados en sede penal solo pueden ser acuerdos expresos, mientras que en sede administrativa se sanciona tanto los acuerdos expresos como las prácticas concertadas y acuerdos tácitos¹⁵⁷ (bajo el entendido de que las prácticas concertadas= acuerdos tácitos).

Entre quienes sustentan la tesis probatoria podemos encontrar a Héctor Hernández (autor que, como veremos, tiene una posición ambivalente), quien presentó un informe en Derecho en el caso Pollos. En su informe, Hernández afirma que la distinción entre ambas figuras no es conceptualmente relevante, pero sí prácticamente relevante¹⁵⁸ pues la figura de prácticas concertadas tiene ventajas probatorias.¹⁵⁹ Menciona que esta figura busca solventar las dificultades que ofrece acreditar un acuerdo, permitiendo tratar del mismo modo “(...) *acuerdos inequívocos y situaciones en las que se sospecha pero no se puede probar su existencia, así como casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente*”.¹⁶⁰ Por ello, se exigiría una forma de consenso o concertación que, sin embargo, no necesita expresarse, sino que puede colegirse.¹⁶¹ Debemos en todo caso notar la ambivalencia de Hernández: por un lado menciona la forma en que se prueban los acuerdos, pero por

la delimitación de los acuerdos, también tiene esta postura: Víctor Santelices, «Delimitación de la Colusión como Ilícito en el mercado de un sistema mixto de Protección de la Libre Competencia» en *El delito de Colusión*, Víctor Santelices, Osvaldo Artaza y Matías Belmonte (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), 50. No participan de este consenso Juppet y Morales, quienes admiten que se pueda sancionar como colusión “una mera concurrencia conductual”. Morales y Juppet, *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Capítulo II, punto 5.

¹⁵⁶ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 17.

¹⁵⁷ Agustín Walker, «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles», *Revista de Estudios de Justicia*, Número 33 (2020): 143, DOI: 10.5354/0718-4735.2020.57302

¹⁵⁸ Héctor Hernández «Informe en Derecho», 20.

¹⁵⁹ *Ibid*, 21.

¹⁶⁰ *Ibid*, 21.

¹⁶¹ *Ibid*, 21.

otro se refiere a que esta figura incluye “casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente”¹⁶²(sobre esto volveremos más abajo).

Otro ejemplo de la tesis probatoria lo podemos encontrar en un trabajo de Matías Belmonte, Osvaldo Artaza y Germán Acevedo. Al analizar el concepto de acuerdo dentro del delito de colusión afirman los autores que debemos “entender el elemento de acuerdo como un acto con contenido comunicativo entre competidores, es decir que, una práctica concertada en este ámbito requeriría al menos, de comunicación entre aquellos que debieran competir”.¹⁶³ Es decir, los autores usan el concepto de acuerdo y el concepto de prácticas concertadas como conceptos idénticos (pues los usan intercambiamente).

Para entender cómo los autores distinguen entre ambos conceptos es necesario detenerse en que según ellos un acuerdo tácito estaría presente cuando “lo comunicado entre las partes no es suficiente, por sí solo, para dar cuenta de la existencia de acciones concertadas entre ellas”¹⁶⁴ (un punto importante es la igualación que hacen los autores entre la acción concertada y los acuerdos tácitos; sobre esto volveremos más abajo). Así, los autores distinguen entre ambas conductas afirmando que “se entiende así que con la expresión acuerdo “tácito” o “expreso” solo se esté haciendo referencia, en el fondo, a dificultades probatorias y estándares para tener por acreditada la presencia de un acuerdo, pero no a tipos de acuerdos diversos”.¹⁶⁵ Luego, los autores hacen una errada referencia a Oliver Black, pues según estos Black sugiere que existe una gradación de la correlación entre las partes y sus acciones respectivas siendo la más débil la acción independiente y la más fuerte las prácticas concertadas.¹⁶⁶ Pero como veremos más abajo, en la misma obra que estos autores citan (“The Conceptual Foundations of Antitrust”) el mismo Black concluye que “las prácticas concertadas y los acuerdos son fenómenos distintos”.¹⁶⁷ Y como vimos, el argumento de estos autores supone que un acuerdo es lo mismo que una práctica concertada y que entre ellas hay tan solo una diferencia probatoria (además, como veremos más abajo, para Black la distinción no estriba en el tipo de prueba admisible para afirmar la presencia de un supuesto acuerdo).

En una línea similar está Jorge Grunberg. Antes de entrar de lleno a su postura debemos hacer una salvedad. Grunberg cree que la colusión (lo que engloba tanto los acuerdos como las prácticas concertadas) se puede probar tanto mediante prueba directa como prueba indiciaria. Empero, como veremos, su postura es sistemáticamente ambigua respecto de qué diferencia a los acuerdos de las

¹⁶² Ibid, 21.

¹⁶³ Osvaldo Artaza, Matías Belmonte, Germán Acevedo, «El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo», Revista Ius et Praxis Año 24, N°2 (2018), 556.

¹⁶⁴ Ibid, 565.

¹⁶⁵ Ibid, 565.

¹⁶⁶ Ibid, 566.

¹⁶⁷ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 166.

prácticas concertadas, concluyendo que la diferencia entre ambas figuras es una diferencia de grado. Nuestro objetivo en esta subsección será demostrar que parte de sus argumentos se pueden prestar (en parte porque expone diversas posturas sin tomar partido en contra o a favor de ellas) para sustentar la tesis probatoria. Debido a que algunos de sus argumentos se pueden prestar a lo anterior es que otros autores como Agustín Walker, basándose en el trabajo de Grunberg, concluyen que el tipo penal sanciona solo los acuerdos expresos, “*excluyendo no solo las prácticas concertadas, sino también los llamados acuerdos tácitos, lo que responde a la noción jurisprudencial y doctrinariamente avalada de que <<acuerdo tácito>> y <<práctica concertada>> serían sinónimos*”.¹⁶⁸

Volviendo a la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, por un lado, Grunberg define acuerdo como una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, “*(...)cuya manifestación carece de importancia*”.¹⁶⁹ Por otro, respecto de las prácticas concertadas, se remite a los elementos que exige la doctrina europea: primero, algún tipo de contacto entre las empresas, segundo, *algún tipo de consenso* entre las partes en cuanto a cooperar en lugar de competir, y tercero, una conducta subsecuente y una relación de causalidad con ésta que tenga como antecedente la concertación de las partes.¹⁷⁰

La tesis de Grunberg es inestable. Primero, si enfrentamos su primera formulación de la distinción y nos preguntamos cómo distinguir “una concordancia de voluntades cuya forma carece de importancia” (acuerdo) de “algún tipo de consenso” (práctica concertada) nos encontramos en graves aprietos. En ambos casos parecería que las formalidades no importarían, por lo que habría que distinguir “concordancia de voluntades” (acuerdo) de “consenso” (prácticas concertadas). Esta distinción no es desarrollada ni explicitada por Grunberg ni tampoco parece posible de desarrollar.

Segundo, en tanto que la colusión, que es el género que abarca ambas figuras, implica una concertación de voluntades, si es que se define acuerdo, que es la especie, como “una concordancia de voluntades cuya forma carece de importancia”, no se ve cómo se distingue el género de la especie.

Pero más allá de lo anterior, de su análisis Grunberg concluye lo siguiente:

“Como ha podido constatarse, existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y práctica concertada. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo

¹⁶⁸ Walker, «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles», 143. Aquí Walker cita el siguiente trabajo de Grunberg: Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 17.

¹⁶⁹ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 19.

¹⁷⁰ Ibid, 22.

*ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir”.*¹⁷¹

Por un lado, estamos de acuerdo con Grunberg en que lo central es que en ambos casos se neutraliza “la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados”. Que esto es así se sigue de que el bien jurídico protegido es la competitividad del actuar de los agentes de mercado. Con todo, creemos que es problemático que Grunberg tan solo plantea la conclusión de que estamos ante una diferencia de grado, pero no argumenta a favor de ella (plantea una serie de posiciones, sin tomar partido a favor o en contra de ellas, y luego llega a esta conclusión afirmando que esta se ha podido constatar, pero no explicita por qué se ha podido constatar esta conclusión). Como veremos más abajo, Grunberg también tiene argumentos que apuntan a basar la distinción en una consideración estructural. Sin perjuicio de lo anterior, de lo recién dicho se colige que la diferencia entre ambas figuras radica en cuan directamente se percibe la expresión de voluntad. Una tesis como la anterior se sigue de que según Grunberg, mientras que un acuerdo se verifica a través de la “fiel expresión de la voluntad” una práctica concertada se verifica en la forma de contactos directos o indirectos que “reflejan” la existencia de un consenso. Así, frente a un acuerdo estaríamos directamente en frente de aquel consenso, mientras que en una práctica concertada frente a contactos que “reflejan” un consenso. Es decir, la distinción se basaría en si acaso se prueba el acuerdo directa o indirectamente. Sobre esta distinción entre dos formas de prueba volveremos más abajo.

Más allá de lo anterior, no es inteligible la afirmación de Grunberg de que entre ambas figuras concurre una diferencia de grado, pues esta distinción se relaciona con que en un caso se refleja un consenso a partir de ciertos contactos (prácticas concertadas), mientras que, en otro caso, este consenso se constata directamente (acuerdo). Esta no es una diferencia de grado, sino que una diferencia cualitativa en relación con cómo se comprueba algo. Las diferencias de grado implican una diferencia donde hay un continuo donde se va de menos a más o de más a menos, y esto no concurre en este caso, son dos formas diferentes de probar, que, como veremos más abajo, tienen una estructura diferente, no están en una relación de “menos a más”.

Aún más, y esto vale tanto para Grunberg como Hernández, cualquier intento de basar la distinción de esta forma está mal guiada en tanto que esta visión es redundante: ya tenemos normativa que cubre este

¹⁷¹ Ibid, 26. A nivel comparado, parece ser que Walter Frenz también apoya la tesis de que la diferencia entre ambas figuras es una diferencia de grado, pues afirma que “una distinción exacta es superflua”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 243.

tipo de consideraciones probatorias. Respecto de la admisibilidad de la prueba indiciaria el mismo artículo 22 del Decreto Ley 211 establece que el juez ha de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, lo que admite que el juez pueda tanto probar por prueba directa como indiciaria.¹⁷² Aún más, este mismo artículo menciona entre los medios de prueba “todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer hechos pertinentes”.

Otro punto relevante es que más allá de esta norma en particular, es improcedente en general afirmar que una norma de sanción se puede diferenciar de otra tan solo a partir de que en un caso se prueba mediante prueba directa y en otro mediante prueba indiciaria. Una cosa es la norma sustantiva que sanciona una determinada conducta, y otra cosa diferente es la norma procesal que se dedica a establecer cómo ha de ser probada la hipótesis de hecho de la norma de sanción. En otras palabras, una cosa es lo que se busca probar, y otra cosa es la manera en que se puede probar aquello. O, para ponerlo en aun otros términos, debemos distinguir la cuestión constitutiva –qué es una práctica concertada- de la cuestión evidencial – qué prueba que existe una práctica concertada.¹⁷³ Como afirma Odudu, el significado de una práctica concertada es distinto de la cuestión de qué evidencia prueba la presencia de una práctica concertada.¹⁷⁴

Que esto es así se puede demostrar acudiendo al derecho penal. En particular, analizaremos las exigencias del cohecho por la función, donde un funcionario solicita o acepta recibir un beneficio a cargo de un acto específico. En relación con estas sería necesario que se compruebe judicialmente, más allá de toda duda razonable,

“no sólo que ha habido determinadas manifestaciones de voluntad (por parte de un empleado público, de un particular, o de ambos) en relación con un posible pago a un empleado público, sino además que ese pago representaba la contraprestación al menos potencial por un determinado acto de servicio, pasado o futuro, por parte del funcionario en cuestión(...) habrá muchos casos en que, sobre la base de indicios, no será difícil tener por acreditada la conexión entre el pago y un determinado acto de servicio, por una parte, porque no resulta plausible que el pago efectuado pudiera haber tenido una motivación independiente, distinta de la calidad que ostentaba el sujeto que lo recibió, y por la otra, lo que será decisivo, porque no resulta plausible

¹⁷² Fernando Araya desarrolla este punto con bastante claridad conceptual y bastante soporte jurisprudencial en: Araya. «La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de Enero de 2015, Rol 19806-2014», 233

¹⁷³ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 162.

¹⁷⁴ Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, 71.

que el pago hecho en razón del cargo del sujeto no haya sido, además, la contraprestación por un acto determinado de servicio.”¹⁷⁵

Lo anterior demuestra que no es plausible que tipo objetivo se vea modificado porque su realización se constata de acuerdo a prueba indiciaria o prueba directa. No hay un tipo de cohecho distinto por ello. Y es por esto que carece de asidero la afirmación de Juppet y Morales según la cual en el delito de colusión “*por la mera naturaleza de la persecución criminal, no sería admisible la aceptación de prueba circunstancial*”.¹⁷⁶ Como vimos, la persecución criminal sí admite prueba circunstancial.

Por último, no vale la pena prestar excesiva atención a la distinción entre prueba directa e indirecta. En esta línea, Carlos de Miranda nos explica que entre ambos tipos de prueba hay un conflicto inexistente. Primero, de Miranda parte por distinguir ambos tipos de prueba según la relación que hay entre, primero, la información que recibe el juzgador sobre la realidad y segundo, la realidad misma. Por un lado, la prueba directa representa la realidad, como en el caso de una fotografía, donde se traslada al juzgador una proyección más o menos homogénea de la realidad. Por otro lado, en la prueba indirecta la información que se proporciona al órgano jurisdiccional no guarda el menor parecido con la realidad, pero permite establecer un vínculo racional asociativo con ella.¹⁷⁷ Un ejemplo de esto último sería la inferencia desde la evidencia que alguien tenía un arma cerca del lugar donde se propinó un disparo a la conclusión de que *esa* persona propinó el disparo. En esta línea podemos situar la distinción de Grunberg de que frente a un acuerdo percibimos evidencia directa de un consenso, mientras que en el caso de las prácticas concertadas un consenso se ve reflejado por ciertas comunicaciones.

De Miranda critica lo que denomina la doctrina de la hipovaluación de la prueba indiciaria (DHPI) y defiende la doctrina de la equiparación de la prueba directa e indirecta (DEPPDI). Respecto de la primera doctrina, esta apunta a que la prueba directa sería superior a la prueba indirecta debido a su mayor fuerza de convicción que a su vez se inspira en la mayor confianza que produce.¹⁷⁸ Y la razón de esto último sería que la prueba directa se presenta de modo inmediato a la razón, sin que medie inferencia alguna, lo que no sería cierto de la prueba indiciaria, donde habría un rodeo lógico que entrañaría el riesgo de error. Bajo esta doctrina, la prueba indiciaria solo se acepta subsidiariamente.

La anterior tesis merece una serie de críticas por parte de de Miranda. Primero, tal distinción entre el valor de la prueba directa y prueba indirecta carece de asidero legal, no correspondiéndole al interprete

¹⁷⁵ Héctor Hernández, «La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho» Revista de Ciencias Penales 43 N° 4, 22.

¹⁷⁶ Morales y Juppet, *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Capítulo II, punto 5.

¹⁷⁷ Carlos de Miranda, «Prueba directa vs prueba indirecta (un conflicto inexistente)», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°38, Alicante (2015): 102.

¹⁷⁸ *Ibid*, 79

distinguir allí donde la ley no lo hace.¹⁷⁹ Segundo, la DHPI tiene un error conceptual de base al comparar métodos probatorios sustancialmente distintos, no admitiendo comparación cosas sustancialmente distintas (y es por esto que la tesis de Grunberg de que hay una diferencia de grado no tiene asidero). Tercero, toda la prueba directa es presuntiva en esencia, viniendo la legitimación epistemológica de la prueba directa de la prueba indirecta. Esto último, pues la fiabilidad de la prueba directa no se funda en prueba directa, sino en que siempre acaban por aparecer indicios en el punto de arranque de la valoración crítica de pruebas directas. Así, sobre la base de datos fácticos que se desprenden del medio de prueba o que resultan de otras actividades probatorias se aplican máximas de experiencia y se alcanzan conclusiones sobre la fiabilidad de los medios probatorios.¹⁸⁰ Y la contracara de esto es que la prueba indirecta, aunque se pueda sustentar en una cadena de presunciones, acaba siempre por hallar su último fundamento en prueba directa.¹⁸¹ Por todo lo anterior, además de que es incorrecto distinguir ambas formas de cometer la colusión a partir del tipo de prueba con que se cuenta, hacer esto es una mala idea, puesto que ambas forma de prueba tienen el mismo valor, y aún más, son dos caras de una misma moneda.

4.3 La tesis estructural

Las consideraciones anteriores no son las únicas que esgrime Grunberg.¹⁸² También comparte consideraciones de índole “estructural” similares a la que detectamos en Hernández. Así, Grunberg alude a la definición de práctica concertada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso ICI v. Comisión. En este, el Tribunal definió las prácticas concertadas como “*una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellos*”.¹⁸³ Esto está en la línea de la observación de Hernández de que las prácticas concertadas incluyen “*casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente*”.¹⁸⁴ Aún más, lo anterior es consistente con la tesis de Araya de que las prácticas concertadas son un tipo de colusión que sirve para atrapar “*situaciones*

¹⁷⁹ Ibid, 82.

¹⁸⁰ Ibid, 88-89.

¹⁸¹ Ibid, 95.

¹⁸² En lo que respecta a esta tesis estructural, pareciera que Agustín Walker Martínez también la siguiera. Walker, «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles», 141-144.

¹⁸³ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 21.

¹⁸⁴ Por esto último, en rigor, es un fraude de etiquetas que Hernández catalogue la diferencia entre ambas conductas como una diferencia meramente práctica o probatoria, pues también incluye consideraciones estructurales (que, como veremos, no se sostienen).

donde no es posible recurrir al concepto de acuerdo, no obstante su amplitud”.¹⁸⁵ Así opina también del Mar, quien califica a las prácticas concertadas como una categoría que sirve de resguardo para el sistema y que funciona como un atrápalo todo (“*a safety catch all provision*”).¹⁸⁶ Definir las prácticas concertadas como una figura residual de la colusión es una constante en la literatura especializada. Según esta definición las prácticas concertadas son un tipo de colusión que se caracteriza por la falta de independencia entre los competidores y la presencia de “algo menos” que un acuerdo.

Rechazamos esta visión. Primero, esta nos parece inaceptablemente vaga pues no permite que los actores del mercado (o en general, los ciudadanos) sepan de antemano y con suficiente claridad qué es punible.¹⁸⁷ Aún más, la conclusión a la que llega Araya puede usarse para construir una refutación a modo de reducción al absurdo: el concepto de práctica concertada bajo esta interpretación es tan vago que su real función es ser una norma pensada para operar en aquellos casos que, no obstante su amplitud, no se puede usar el concepto de acuerdo: es decir, serían una creación ad hoc funcional a aumentar la sanción.

Aunque bajo esta definición el concepto de prácticas concertadas tendría algo de contenido, este consistiría en ser algo más que un mero paralelismo y algo menos que un acuerdo. Positivamente consistirían en un cese de independencia, y negativamente no serían un mero paralelismo y no serían un acuerdo. Esto es vago: si bien se puede aducir a la práctica judicial para buscar instancias en que estamos frente a una práctica concertada, carecemos de un concepto que podamos aplicar sin tener que referirnos a instancias específicas que ya decidimos que caen bajo tal figura. Si procedemos así, solo sabremos qué hemos considerado antes como una práctica concertada, pero estaremos a ciegas frente a casos nuevos. Esto se relaciona con la función preventiva de las normas de sanción de la libre competencia, las cuales buscan a través de la punición del quebrantamiento de normas de comportamiento, reforzar éstas últimas. Esto último solo es posible si hay suficiente claridad respecto de qué cuenta como un acuerdo y qué cuenta como una práctica concertada.

La referencia a la casuística y su contraposición a una definición que valga con independencia de los objetos que cuenten como instancias de un concepto se relaciona con la distinción entre dos tipos de

¹⁸⁵ Araya, «La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de Enero de 2015, Rol 19806-2014», 246

¹⁸⁶ Maksymilian del Mar, «Concerted practices and the presence of obligations: joint action in competition law and social philosophy», *Law and Philosophy* 30 (2011):112. DOI 10.1007/s10982-010-9087-5. Quien asimismo comparte esta postura es Frenz, quien afirma que las prácticas concertadas sirven “una función atrápalo todo en el evento de que un acuerdo no pueda ser probado pero de cualquier forma se puede observar acción coordinada”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 243.

¹⁸⁷ Una demostración ulterior de esta vaguedad es que Grunberg cierra su análisis afirmando “[c]omo ha podido constatarse existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y práctica concertada”. Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 26.

definición, una definición intensional y una definición extensional.¹⁸⁸ Por un lado, una definición intensional es aquella que define un concepto refiriéndose a aquellos rasgos que la caracterizan. Por contraste, una definición extensional es aquella que define un concepto apuntando a qué objetos (*lato sensu*) cuentan como una instancia de un concepto. Así, una definición intensional del concepto perro podría aludir a una serie de rasgos de los perros, como que son amables, normalmente tienen 4 patas, ladran, etc. Por contraste, una definición extensional definiría perros apuntando a objetos en el mundo que tienen los rasgos de la definición intensional.

Es importante dar cuenta de la asimetría entre las definiciones intensionales y las extensionales. Por un lado, no puede haber una definición extensional sin una previa definición intensional: si no sabemos qué rasgos caracterizan un cierto concepto no podemos saber qué objetos son instancias de ese concepto. Pero, por otro lado, puede perfectamente haber una definición intensional que carezca de extensión. Por ejemplo, si habláramos sobre el mejor penalista de Atlantis se entendería perfectamente los rasgos del concepto al que aludimos, aun si Atlantis, y por consiguiente, su mejor abogado, no existieran. Llevado al caso en comento, lo anterior es la razón de por qué es indispensable una definición intensional más densa de los conceptos de acuerdo y práctica concertada, pues solo así se podrá ordenar la casuística y hacer que los tribunales apliquen derecho en vez de crearlo.

El problema, en otras palabras, es que más allá de casos particulares en los que se ha determinado que estamos frente a una práctica concertada, es decir, una definición extensional del concepto, la definición intensional de éste es extremadamente vaga. Lo anterior en parte explica que si bien en Australia se evaluó extender la legislación anti cartel a conductas que no llegan a ser un acuerdo, esto último fue rechazado debido a la indeterminación de las conductas punibles.¹⁸⁹ Y el punto es que necesitamos una definición intensional más densa, pues solo así podrán los actores económicos saber con razonable certeza cuando es que están realizando un acto ilícito (o más allá de su rol de agentes económicos, solo así los ciudadanos podrán saber qué conductas están prohibidas). En palabras de Oliver Black, el problema de una explicación asistemática elaborada a través de la casuística reside en que ésta se deja llevar por hechos específicos, y en la medida que la diversidad de los casos aumenta, el resultado puede ser que el significado del término carezca de unidad conceptual¹⁹⁰ (lo que en nuestros términos

¹⁸⁸ ENCYCLOPAEDIA HERDER Online, s.v. “Extensión/Intención”, último acceso 16 de junio, 2021, <https://www.lib.sfu.ca/help/cite-write/citation-style-guides/chicago/encyclopedias-dictionaries>. Véase también: Roger Scruton, *From Descartes to Wittgenstein: a short history of modern philosophy* (Londres: Routledge & Kegan Paul), 42 y siguientes.

¹⁸⁹ Walker, «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles», 143. Esto, por supuesto, es razonable solamente cuando falta de un mejor concepto de prácticas concertadas.

¹⁹⁰ Oliver Black, «Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem», *European Competition Journal* Vol. 1. No. 2. (2005), 346, DOI: 10.5235/ecj.v1n2.341.

equivaldría a que no estuviera clara la intensión del término). Esto es lo que el mismo autor considera que caracteriza al estado actual del concepto de las prácticas concertadas, estado que ha sido empujado por una aproximación pragmática de los jueces que implica desechar la teoría y simplemente dejarse guiar por consideraciones de los jueces que van más allá de la norma (dicta).¹⁹¹

La postura anterior no es la única que basa esta distinción en consideraciones estructurales, pues también está la postura de Domingo Valdés. Según éste ambas formas de colusión requieren de una concertación de voluntades, y las prácticas concertadas constituyen no una forma colusoria que admite un medio de prueba distinto, sino que una variante subespecífica dentro de la tipología de carteles. El punto clave según Valdés es que, habiendo una convención anticompetitiva, puede tanto seguirse como no seguirse la puesta en práctica de tal convención.¹⁹² Esto último, en tanto que se podría llegar a conocer del acuerdo anticompetitivo antes de que se implementase.¹⁹³

Bajo esta interpretación, una práctica concertada y una convención anticompetitiva que ha sido ejecutada serían dos tipificaciones de idéntica estructura, por lo que una vez más tendríamos una interpretación redundante. En otras palabras, si es que una “convención anticompetitiva” fuera representada por el factor “X” y la “puesta en práctica” por el factor “Y”, una práctica concertada consistiría siempre de “X+Y”, mientras que una “convención anticompetitiva” podría ser tanto una “convención anticompetitiva” no ejecutada, es decir, “X”, como una “convención anticompetitiva” ejecutada, es decir, “X+Y”. De lo anterior se sigue que una práctica concertada sería necesariamente idéntica a una “convención anticompetitiva” ejecutada.

Hay dos soluciones para esta convergencia conceptual: que ante una “convención anticompetitiva ejecutada” (es decir, “X+Y”) prime la aplicación del tipo “práctica concertada” o que prime el tipo del “acuerdo”. Uno debería inclinarse por la primera opción: si prima la aplicación concepto “acuerdo”, entonces el concepto de práctica concertada quedaría sin aplicación posible (el acuerdo puede ser según Valdés o un mero acuerdo o un acuerdo ejecutado, mientras la práctica concertada sólo puede ser un acuerdo puesto en práctica).

Sin embargo, la distinción anterior no es estable puesto que el mismo artículo 62 del DL 211 sanciona a quien celebre, organice, ordene celebrar o *ejecute* un acuerdo. En otras palabras, mientras en la letra a) del artículo 3 sanciona los acuerdos y prácticas concertadas, el artículo 62 sanciona la celebración y la ejecución de acuerdos (junto a la orden de celebrar acuerdos y la organización de ellos). Si siguiéramos la interpretación recién ofrecida (que un acuerdo es un mero acuerdo y que una práctica concertada es

¹⁹¹ Ibid

¹⁹² Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 7, 17.

¹⁹³ Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 17.

un acuerdo ejecutado) resultaría que el legislador tendría dos nombres (acuerdos ejecutados y prácticas concertadas) para una conducta idéntica. Aún más, como veremos más abajo, ya la primera parte de la letra a) del artículo 3 sanciona tanto la celebración como la ejecución de acuerdos (el tipo genérico afirma que “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 sancionado”, mientras que el inciso segundo afirma que “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos”, y luego enumera en su letra a) los acuerdos y las prácticas concertadas. De una lectura conjunta de ambos incisos se puede concluir que se sanciona tanto la ejecución como celebración de acuerdos también en la letra a) del inciso segundo del artículo 3, por lo que el mismo artículo 3 incluiría la celebración de acuerdos, la ejecución de acuerdos, y las prácticas concertadas).

Entonces a todo lo anterior se suma un nuevo desafío: distinguir entre acuerdos, acuerdos ejecutados y prácticas concertadas. A este respecto, no debemos pasar por alto que todas estas figuras fueron puestas en vigor (artículo 62) o por lo menos revisadas (la letra a) del inciso segundo del artículo 3) a propósito de la última reforma. En otras palabras, en la última reforma el legislador tuvo estas tres figuras simultáneamente a la vista, por lo que debemos buscar una forma de diferenciarlas. Afortunadamente, Oliver Black hace posible aquello.

4.4 La tesis de Oliver Black

Nuestro desafío es diferenciar de forma clara un acuerdo de una práctica concertada. Como veíamos, gran parte de aquellos que buscan desarrollar esta distinción lo hacen a partir de la idea de que hay una voluntad común o un consenso, manifestándose esta voluntad con mayor fuerza en los acuerdos que en las prácticas concertadas. Para Black es al revés: mientras una práctica concertada debe tener un acuerdo de voluntades, esto no es condición necesaria de un acuerdo.¹⁹⁴

Enfrentado a la dificultad de distinguir entre acuerdos y prácticas concertadas Black pone de relieve dos constreñimientos interpretativos. Primero, el objetivo de la ley, y segundo, la similitud de casos particulares con casos paradigmáticos.¹⁹⁵ Sobre esto último, es importante recordar lo que decíamos más arriba respecto de la certeza que se tiene en ciertos casos de que se está frente a una práctica concertada. Estos casos son *el punto de partida* para elaborar un concepto de prácticas concertadas. Así, se debe observar con cuidado las instancias de ese concepto (su extensión) y extraer de allí las características generales que lo definen (su intensión). Dado lo anterior, partiendo de los casos paradigmáticos, Black

¹⁹⁴ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 166.

¹⁹⁵ Black, «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?», 103

creo que debemos aspirar a un equilibrio reflexivo entre intuición y teoría,¹⁹⁶ es decir, llegar a un concepto (o a una teoría) de las prácticas concertadas que refleje nuestro entendimiento intuitivo de ellas tal como está reflejado en casos paradigmáticos.

Volviendo al punto anterior referido a los constreñimientos interpretativos, Black liga lo primero, el objetivo de la ley, al objetivo de la ley en comento.¹⁹⁷ Por todo lo mencionado en el primer capítulo, el objetivo de la ley es promover la competitividad del comportamiento de mercado, ya que ese es el bien jurídico protegido por nuestra legislación. Por ello, debemos alcanzar una interpretación de los conceptos de acuerdos y prácticas concertadas que sean consistentes con esta finalidad (hacer lo anterior no es sino hacer uso del concepto de bien jurídico en su función hermenéutica).

El punto de Black es que, como decíamos más arriba, si bien según nuestro entendimiento paradigmático de un acuerdo este a menudo es acompañado de una voluntad común, una voluntad común no es lo mismo que, ni tampoco una condición necesaria de un acuerdo.¹⁹⁸ Esto va en contra de la postura de autores como Odudu, autores para los cuales una intención común es condición necesaria y suficiente de un acuerdo, a la vez que ésta intención común se ve evidenciada por una oferta y una aceptación.¹⁹⁹ Black niega justamente esto.

Para Black, la postura que reduce un acuerdo a una voluntad común se podría explicar como sigue:

“Decir que hay una concurrencia de voluntades entre X e Y es quizás decir que ambos quieren la misma cosa; si se asume que el objeto de su querer es una proposición, hay una proposición P tal que tanto X e Y quieren P”.

Así, la definición más simple de concurso de voluntades sería, según Black, la siguiente:

“X e Y tienen un concurso de voluntades cuando, para alguna P:

- (a) X pretende que P*
- (b) Y pretende que P*
- (c) X comunica que pretende que P a Y*
- (d) Y comunica que pretende que P a X”.*²⁰⁰

¹⁹⁶ Ibid

¹⁹⁷ Black, «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?», 111.

¹⁹⁸ Black, «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?», 112.

¹⁹⁹ Uno de los defensores de esta postura es Odudu, para quien la intención común constituye es condición necesaria y condición suficiente de un acuerdo. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, 60-61.

²⁰⁰ Black, «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?», 113.

Por contraste, Black cree que los acuerdos se entienden mejor en términos similares al derecho de contratos: X e Y tienen un acuerdo cuando X hace una oferta a Y que Y acepta.

Dicho todo lo anterior, Black nos invita a considerar el siguiente caso para contrastar el rendimiento de ambas teorías (entre aquella que identifica un acuerdo con una voluntad común, y aquella que lo identifica con una oferta y una aceptación de tal oferta). El ejemplo es el que sigue: los competidores X e Y llegan al acuerdo de que X solo venderá en Francia y que Y solo venderá en Alemania. Se puede asumir que se logra tal acuerdo mediante el intercambio de una oferta y una aceptación que se vería de la siguiente manera:

“X: ¿qué tal si yo vendo solamente en Francia y tú solamente en Alemania?”

*Y: ok”.*²⁰¹

Respecto de la ejecución del acuerdo (“P”), candidatos para tal condición podrían ser los siguientes:

(P1) X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania

(P2) X e Y están de acuerdo en (P1)²⁰²

El problema empero es que es falso que si X e Y realizan un acuerdo ellos buscan (P1) y comunican tal intención. Si las intenciones de una persona solo se relacionan a sus propias acciones, X no puede querer (P1) pues (P1) también concierne una acción de Y.²⁰³ Pero aún más, (y éste es el argumento más fuerte a nuestro juicio) incluso si X pudiera tener una intención tal, él no necesita tenerla para lograr un acuerdo, pues él puede hacer tal acuerdo sin tener la intención de cumplirlo.²⁰⁴ Es decir, no es una condición necesaria de un acuerdo una intención común. Esto va contra la mayoría de las posturas antes reseñadas que incluían como elemento irrenunciable la presencia de una voluntad común para que se viera realizado un “acuerdo” anticompetitivo. Además de lo anterior, de que X e Y tengan la intención P1 (es decir, la intención de que “X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania”) y que se comuniquen recíprocamente tal intención, no se sigue que exista un acuerdo:²⁰⁵ pueden tan solo comunicar sus

²⁰¹ Ibid, 114. Frenz también a ratos analiza los acuerdos por analogía a los contratos: “un acuerdo puede consistir de un contrato entre dos actores”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 245. Así mismo, agrega que puede consistir de “dos declaraciones de intenciones concurrentes”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 245. La diferencia con Black, empero, es que relaciona esto a una “intención común de actuar en el mercado de una cierta forma”. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 245. Black rechaza esta concepción que se basa en la presencia de una intención común.

²⁰² Black, «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?», 115.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid

²⁰⁵ Ibid, 116.

intenciones. Frente a lo anterior, el modelo de oferta y aceptación describe los elementos faltantes del acuerdo, pues una mera declaración de intención no equivale a una oferta y aceptación.²⁰⁶

Siguiendo con su delimitación entre acuerdo y concurso de voluntades, Black también afirma que es falso que si X e Y celebran un acuerdo estos buscan P2 (X e Y están de acuerdo en P1 (X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania)). Podría ser que X, al decir lo que debe decir para cerrar el acuerdo no busca P2. Por ejemplo, puede ser que esté convencido de que Y no concurrirá al acuerdo, y busca humillar a Y con la proposición, aceptando luego Y la proposición y resultando de ello un acuerdo.²⁰⁷ Y aún más, es falso que si X e Y cumplen con el acuerdo ambos tienen la intención P1 y se comunican tal intención: X puede vender solo en Francia sin comunicarle nada a Y. Además, lo inverso también es cierto, pues X puede declarar y tener tal intención sin por ello vender solo a Francia (por ejemplo, puede mandar productos por error a Francia).²⁰⁸

Por todo lo anterior, el concurso de voluntades que era tanpreciado para la doctrina demuestra ser según Black ni una condición necesaria ni una condición suficiente de un acuerdo.

Pero si es que todo lo anterior es cierto y no es parte integrante de un acuerdo un concurso de voluntades, ¿en qué consiste una práctica concertada? Para Black, las prácticas concertadas consisten en instancias de acción conjunta, siendo el concepto nuclear de la acción conjunta aquel de dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*).²⁰⁹ Este modelo tiene la ventaja de demostrar que hay razón en distinguir entre acuerdos y prácticas concertadas,²¹⁰ lo que en el contexto de esta investigación nos permite reconstruir racionalmente la legislación. Aún más, tiene la ventaja de que evalúa el concepto de prácticas concertadas a partir del lenguaje ordinario al basarse en el concepto de acción conjunta,²¹¹ lo que evita el problema antes identificado de entender a las prácticas concertadas como un término técnico sin arraigo en nuestro lenguaje ordinario.

La fórmula es la siguiente. Digamos que X e Y son personas, y que Ax e Yx son sus respectivas acciones. En ese caso:

“X e Y actúan conjuntamente cuando:

(a) X, en hacer Ax, depende y confía (relies) en que Y realice Ay

(b) Y, en hacer Ay, depende y confía en que X realice Ax

²⁰⁶ Ibid

²⁰⁷ Ibid

²⁰⁸ Ibid

²⁰⁹ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 158.

²¹⁰ Ibid

²¹¹ Ibid, 149

- (c) X, en confiar y depender en que Y realizará Ay, tiene el objetivo Ox
- (d) Y, en confiar y depender en Ax, tiene el objetivo Oy
- (e) Oy=Ox
- (f) X conoce (a)-(e)
- (g) Y conoce (a)-(e)
- (h) (f) es en parte verdadero porque Y comunica (b) y (d) a X
- (i) (g) es en parte verdadero porque X comunica (a) y (c) a Y".²¹²

Así, mientras que en un acuerdo bastaría tan solo que hubiera oferta y aceptación, en una práctica concertada habría acción conjunta, basándose ésta en la confianza y dependencia mutua, compartiendo las partes que concurren a una práctica concertada un determinado objetivo, cosa que depende de la comunicación entre ellas.

Respecto de la importancia del intercambio de información en las prácticas concertadas está también de acuerdo Walter Frenz, quien afirma que estos intercambios de información sirven de base para actividades posteriores y eliminan la incerteza respecto del comportamiento propio en el mercado.²¹³ Es por esto que el objetivo de la sanción de las prácticas concertadas “*es asegurar la independencia de las acciones empresariales*”,²¹⁴ lo que, una vez más, es consistente con la protección del bien jurídico identificado en el Capítulo I.

Así, por fin hemos logrado distinguir nítidamente un acuerdo de una práctica concertada. Empero, como veíamos más arriba, una hipótesis posible respecto de la relación entre un acuerdo y una práctica concertada era que un acuerdo era un mero concurso de voluntades mientras que una práctica concertada consistía en la puesta en práctica de tal concurso de voluntades. Descartada ya la tesis de que un acuerdo implica un concurso de voluntades, podríamos discutir si acaso bajo nuestra ley un acuerdo es un mero acuerdo, y una práctica concertada su puesta en práctica.

Lo cierto es que difícilmente nuestra ley podría soportar una interpretación tal, pues mientras la letra a) del inciso segundo del artículo 3 sanciona los acuerdos y las prácticas concertadas, el artículo 62 sanciona, entre otras conductas, la celebración de acuerdos y la ejecución de acuerdos. Si siguiéramos la tesis de que una práctica concertada es un acuerdo ejecutado tendríamos que hacernos cargo de la consecuencia, por lo bajo llamativa, de que nuestro legislador utilizó dos nomenclaturas diversas (acuerdos ejecutados y prácticas concertadas) para designar una misma conducta.

²¹² Ibid, 155. Con ulteriores ajustes en: Black, «Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem».

²¹³ Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 272.

²¹⁴ Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 276.

Pero más allá de lo anterior, y considerando los acuerdos y las prácticas concertadas más allá del derecho positivo, ¿es distinto un acuerdo ejecutado de una práctica concertada? Black cree que sí. Por un lado, puede haber una práctica concertada sin que exista un acuerdo pues puede haber acción conjunta sin que X se comprometa a hacer Ax ni que Y se comprometa a hacer Ay: puede incluso ser el caso que las partes explícitamente afirmen que no se están comprometiendo y que entonces dependen el uno en el otro asumiendo tal riesgo.²¹⁵ Por otro lado, no toda acción en cumplimiento de un acuerdo consiste en una práctica concertada. Así, por ejemplo, es falso que todo cumplimiento de un acuerdo implique confianza y dependencia mutua, pues podría ser el caso que X no confíe en que Y realizará su parte del trato, pues sabe que por una razón cualquiera él no puede cumplir.²¹⁶

Dado lo anterior, podemos ahora repasar la distinción entre los siguientes elementos: un acuerdo, la puesta en práctica de un acuerdo, y una práctica concertada. Por un lado, un acuerdo consistiría en el intercambio de una oferta y una aceptación, y su ejecución consistiría en la realización del contenido de ese acuerdo. Por otro lado, respecto de las prácticas concertadas, podríamos distinguir entre una concepción general y una concepción especial. La concepción general podría ser aquella entregada por Page, concepción según la cual una práctica concertada involucra comunicación que va seguida de acción paralela. La concepción especial, a la cual podríamos acudir cuando tuviéramos mayores dudas, sería la de Black, la que como veíamos más arriba, tiene los siguientes requisitos:

“X e Y actúan conjuntamente cuando:

- (j) X, en hacer Ax, depende y confía (relies) en que Y realice Ay*
- (k) Y, en hacer Ay, depende y confía en que X realice Ax*
- (l) X, en confiar y depender en que Y realizará Ay, tiene el objetivo Ox*
- (m) Y, en confiar y depender en Ax, tiene el objetivo Oy*
- (n) Oy=Ox*
- (o) X conoce (a)-(e)*
- (p) Y conoce (a)-(e)*
- (q) (f) es en parte verdadero porque Y comunica (b) y (d) a X*
- (r) (g) es en parte verdadero porque X comunica (a) y (c) a Y”.*²¹⁷

²¹⁵ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 155.

²¹⁶ Ibid, 155. Se puede ver un desarrollo más detallado y esquemático de este punto en Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 150.

²¹⁷ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 155. Se puede ver mayor desarrollo respecto de qué significa la comunicación en: Black, «Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem».

Debemos hacer una última salvedad antes de avanzar al siguiente capítulo: sería bueno que dejáramos de usar el término “acuerdos tácitos”, al menos en su acepción técnica, dado lo equívoco que es. Es mucho más claro el término “prácticas concertadas” o “acción concertada” en tanto que este último no evoca la errónea tesis de que lo que distingue a los acuerdos de las prácticas concertadas es el tipo de evidencia que se pueda invocar.

En última instancia, si es que se opta por no desechar el término “acuerdo tácito” al menos deberíamos interpretarlo según su uso ordinario. A esto último se acerca la aproximación del derecho privado. En esta rama del derecho, los contratos o convenciones nacen cuando las partes se ponen de acuerdo,²¹⁸ siendo necesario para que este consentimiento se forme que haya una oferta por parte de una persona que sea aceptada por la otra.²¹⁹ A este respecto, hay oferta expresa y tácita.²²⁰ Por un lado, la oferta expresa se hará valer “*de cualquier modo que traduzca esa voluntad: verbalmente (art. 97 Código de Comercio) o por escrito (art. 98 Código de Comercio), valiéndose de un medio mecánico que revele fielmente esa expresión; por sí o por mandatario o mensajero, etc*”.²²¹ Por otro lado, una oferta tácita supone que “*el proponente ejecuta un hecho que demuestre en forma inequívoca su voluntad de celebrar un contrato determinado*”.²²² Y lo anterior también vale respecto de la aceptación, la cual también podrá ser expresa o tácita.²²³ Todo lo anterior debiese aplicar (con los ajustes necesarios, pues no estamos frente a contratos *strictu sensu*) en el caso de la colusión.

²¹⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, *De Los Contratos*, (Chile, Editorial Jurídica de Chile: 1991), 67.

²¹⁹ *Ibid*, 69.

²²⁰ *Ibid*, 77

²²¹ *Ibid*

²²² *Ibid*

²²³ *Ibid*, 78

Capítulo III: el tipo objetivo

Finalmente podemos analizar el tipo objetivo de la sanción administrativa y penal de la colusión. Como veíamos, la norma de sanción administrativa incluye tanto los acuerdos como las prácticas concertadas, mientras que en la norma de sanción penal incluye solo los acuerdos. Es importante detenerse en que ambas normas de sanción tienen tanto rasgos en común como rasgos que las diferencian. Sin perjuicio de esto, analizaremos conjuntamente ambas normas, diferenciando explícitamente tal análisis cuando corresponda. Otro punto relevante es que, si bien la discusión respecto de la aptitud lesiva de la libre competencia que debe tener el acuerdo o práctica concertada en rigor debe ser analizada en este capítulo, este asunto será analizado en el capítulo IV, debido a su alcance más general para otros efectos.

1. Sujeto activo.

Respecto del ilícito penal, como bien mencionan Gagliano y Aracena estamos frente a un delito común, esto es, un delito que puede ser cometido por cualquier persona.²²⁴ Esto se sigue del tenor literal de la ley, la cual comienza con un somero “el que” y luego pasa a detallar la conducta. De lo anterior se sigue, por ejemplo, que las personas que celebren acuerdos, los ejecuten, los ordenen celebrar o los organicen no tienen necesariamente que ser competidores, pues podría darse un caso de colusión *Hub and spoke*.²²⁵

En el ilícito administrativo la redacción es distinta pero la conclusión la misma. Así, el tipo genérico (contenido en el inciso primero del artículo 3), anuncia que “[e]l 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 sancionado”. Y luego, el inciso segundo del artículo 3 afirma que “[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes”, frase que debe ser complementada con la posterior referencia a la sanción administrativa de la colusión detallada en la letra a) del inciso segundo del artículo. Debido a la conexión funcional entre el tipo genérico y el catálogo de conductas especificados por el inciso segundo, podemos decir que el análisis del sujeto activo del tipo penal basado en la cláusula “el que” también vale respecto del tipo administrativo, por lo que también estamos frente a un ilícito común.

Por todo lo anterior discrepamos con Mañalich, quien si bien afirma que estamos frente a una prohibición que tiene la estructura de una norma general,²²⁶ acto seguido afirma que es susceptible de ser quebrantada a través del comportamiento de cualquier agente “*que pueda venir en consideración como competidor,*

²²⁴ Gagliano y Aracena, «Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión», 138. Esta también es la opinión de Santelices. Santelices, «El tipo penal de la colusión», 95.

²²⁵ Gagliano y Aracena, «Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión», 138.

²²⁶ Mañalich «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia», 21.

esto es, como participante en el mercado de referencia, con independencia de cuál sea su eventual fisonomía jurídica”.²²⁷ Esto es por lo menos equívoco, pues pueden intervenir agentes que no sean competidores en el mercado, como sería el caso, por ejemplo, en el caso de una colusión *hub and spoke*. Esta última consiste en una forma de colusión en la que: a) dos o más proveedores se coluden a través de un distribuidor o b) dos o más distribuidores se coluden mediante un proveedor.²²⁸ En este caso, también se puede sancionar al agente que no es un competidor. Este mismo error es cometido por Valdés, quien afirma respecto del sujeto activo que quienes realizan el delito de colusión “*deben exhibir la calidad de competidores*”.²²⁹

Además, no basta la intervención de una pluralidad de personas sino que además debe haber lo que Valdés denomina “plurilateralidad”, esto es que “*cada una de las personas integrantes de tal pluralidad debe comportarse de forma independiente respecto de la otra en cuanto a la toma de decisiones, en orden a ingresar a una convención colusoria*”.²³⁰ Que lo anterior debe ser puesto de relieve obedece a que “*bajo ciertas circunstancias, pues ocurrir que dos personas se comporten como una sola no en virtud de una práctica concertada, sino que antes bien como consecuencia de otras situaciones, tales como una orden de autoridad pública o una relación de control común*”.²³¹ En la misma línea está Walter Frenz, quien afirma que para que haya actuar colusorio “*debe haber dos entidades económicas que compitan autónomamente. Si en el caso de un acuerdo entre una matriz y una filial que pertenecen a un mismo grupo económico, hay solo una entidad económica, entonces no hay una restricción de la competencia*”.²³²

2. Conducta y verbos rectores

Respecto del objeto de los verbos rectores (acuerdos y prácticas concertadas) nos remitimos al capítulo anterior. En lo concerniente a los verbos rectores mismos debemos diferenciar entre el tipo administrativo y el penal. Por un lado, el tipo administrativo de sanción de la colusión debe ser reconstruido mediante una lectura conjunta del inciso primero del artículo 3 (el tipo genérico) con el inciso segundo del artículo 3 (que contiene la sanción administrativa de la colusión). Mientras el inciso primero del artículo menciona que se irá a sancionar a “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” el inciso segundo del artículo 3 afirma que “Se

²²⁷ Mañalich «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia», 21.

²²⁸ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 26 y ss.

²²⁹ Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 8

²³⁰ Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 8

²³¹ Valdés «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 8

²³² Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, 259.

considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos o prácticas concertadas que (...)”. Bajo el entendido de que el inciso segundo constituye una especificación del inciso primero, debemos entender que los verbos rectores allí mencionados (“el que ejecute o celebre individual o colectivamente”) se encuentran incorporados en el inciso segundo. Así, frente a la sanción administrativa se prohibiría la ejecución de acuerdos y prácticas concertadas, así como la celebración de acuerdos.

Por otro lado, respecto de la sanción penal de la colusión el análisis es más simple. El artículo 62 menciona lo siguiente: “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para (...)”. Aquí, los verbos rectores son los siguientes: celebrar, ordenar celebrar, ejecutar y organizar. Debemos recordar que estos son elementos del tipo objetivo que, si bien se conectan necesariamente con acuerdos o prácticas concertadas,²³³ de lo anterior no se sigue, como parecen creer Santelices y Belmonte, que el análisis de los verbos rectores corresponda al análisis relativo a la intervención delictiva.²³⁴ Esto, pues es diferente el objeto de imputación (qué es aquello que ocurrió) de los criterios de imputación (a quien potencialmente corresponde sancionar por lo que ocurrió).

Dicho lo anterior, ahora pasaremos a analizar los verbos rectores. En primer lugar, analizaremos aquellos que son comunes a la sanción administrativa y la sanción penal y luego analizaremos aquellos verbos rectores que son privativos de esta última forma de sanción. Respecto del verbo “celebrar”, estamos de acuerdo con Belmonte en que aquí se hace referencia al estado inicial, al acto germinal del acuerdo entre competidores.²³⁵ Este verbo solo hace referencia a los acuerdos, pues el verbo “celebrar” debe ser interpretado en contraposición al verbo “ejecutar”. Y el punto es que las prácticas concertadas presuponen ejecución, no hay prácticas concertadas meramente celebradas. Por todo lo anterior es que el verbo rector “celebrar” solo debe ser analizado en relación con los acuerdos, pues solo estos últimos pueden ser celebrados mas no ejecutados. Tomando todo esto en cuenta es que debemos arribar a una visión del verbo rector celebrar que dé cuenta de la naturaleza de los acuerdos. Como veíamos más arriba, el concepto de acuerdo que alcanzamos es el siguiente: X e Y tienen un acuerdo cuando X hace una oferta a Y que Y acepta. Así, la celebración del acuerdo consistiría en el perfeccionamiento del acuerdo, su éxito.

²³³ Santelices, «El tipo penal de la colusión», 98.

²³⁴ Santelices, «El tipo penal de la colusión», 96. Matías Belmonte, «Intervención delictiva en el delito de colusión» en *El delito de Colusión*, Víctor Santelices, Osvaldo Artaza y Matías Belmonte (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), 125.

²³⁵ Belmonte, «Intervención delictiva en el delito de colusión», 126.

Por otro lado, respecto del verbo rector ejecutar, este puede aplicarse tanto a los acuerdos como a las prácticas concertadas (a estas últimas aplica por defecto). En esta línea, discrepamos con Belmonte, quien es de la postura de que respecto de la ejecución de acuerdos no basta un mero “poner por obra algo” pues además haría falta una voluntad común.²³⁶ Esto, pues como veíamos más arriba, un acuerdo no implica una voluntad común. Aún más, puede ocurrir que una de las partes ejecute el acuerdo y que la otra no lo haga (lo anterior no niega que lo realizado fue en ejecución del acuerdo, sino que tan solo es demostrativo de no hubo reciprocidad). Respecto de las prácticas concertadas, por contraste, en tanto que el concepto de prácticas concertadas presupone acción conjunta, esto implica que no basta la acción de solo uno de quienes está involucrado en tal práctica.

Dicho todo lo anterior, ahora podemos pasar a aquellos verbos rectores que son privativos de la sanción penal de la colusión: ordenar celebrar y organizar un acuerdo. Respecto del primer verbo, estamos frente a un caso donde se sanciona a quien teniendo las facultades para celebrar un acuerdo, no acude por sí mismo sino que mandata o delega esta actuación a un subordinado.²³⁷ Por otro lado, respecto del verbo rector “organizar” discrepamos con Belmonte quien afirma que respecto de este verbo “*todo lo que se ha dicho respecto a “ejecutar” también puede ser aplicado*”.²³⁸ Creemos que debemos evitar una interpretación redundante si hemos de reconstruir racionalmente la legislación. Por tanto, creemos que “organizar” debe ser entendido como la realización de hechos tendientes a coordinar la celebración de un acuerdo, es decir, se sanciona el hecho de haber propiciado la celebración, ejecución o la orden de celebrar un acuerdo, el hecho de reunir a los potenciales perpetradores de la colusión. Este último punto es crucial, pues mientras que quien ordena a alguien celebrar un acuerdo solo se comunica con la persona a quien da la orden, organiza crea el contexto bajo el cual es posible la realización de la acción colusiva. Así, se puede entender este último verbo rector como uno que efectivamente aumenta las conductas punibles y que está referido a los otros verbos rectores.

3. Objetos sobre los cuales recae el acuerdo o práctica concertada.

Este punto es más bien transparente, pues la sanción administrativa explícitamente menciona que se sancionan los acuerdos o prácticas concertadas que impliquen:

- Fijar precios de compra o de venta de bienes o servicios en uno o más mercados
- Limitar la producción o provisión de bienes o servicios en los mercados
- Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas del mercado

²³⁶ Belmonte, «Intervención delictiva en el delito de colusión», 126.

²³⁷ Belmonte, «Intervención delictiva en el delito de colusión», 126.

²³⁸ Belmonte, «Intervención delictiva en el delito de colusión», 128.

- Afectar el resultado de licitaciones.

La sanción penal incluye estos mismos factores de competencia. Esto, con la salvedad de que se restringe la sanción a la afectación de resultados de licitaciones. A este respecto, solo sanciona la afectación de resultados de licitaciones “realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”. A contrario sensu, entonces, se seguiría que la norma de sanción administrativa castiga también a quien afecte los resultados de licitaciones privadas.

4. La colusión como una forma de asociación ilícita²³⁹

4.1 Consideraciones de primer y segundo orden

A la hora de analizar la colusión un desafío recurrente consiste en unificar diversas acciones cometidas en su puesta en práctica. Así, por ejemplo, se busca unir la celebración de un acuerdo con su ejecución, o la ejecución de un acuerdo con la ejecución de una práctica concertada, o unir dos ejecuciones entre las cuales media una interrupción.

En el sentido anterior cobra sentido la afirmación de Bascuñán de que tratándose de acuerdos “*donde es posible distinguir entre el acto de su celebración y los actos posteriores de su ejecución o implementación, se requiere una interpretación del supuesto de hecho que abarque tanto a uno como a otros*”.²⁴⁰

Para lograr tal unificación de acciones hay diversas maniobras disponibles. Unas están directamente relacionadas con el tipo objetivo y otras están indirectamente relacionadas con él. Entre las primeras podemos contar la caracterización de la colusión por analogía a la asociación ilícita. Entre las segundas tenemos consideraciones relativas a la unidad de acción, buscando algunos autores ligar diversas realizaciones de un tipo a través de la consideración de diversas instancias colusivas como un delito continuado.²⁴¹ Así, por un lado, tenemos consideraciones de primer orden que dicen relación con la estructura típica de la colusión, y por otro lado tenemos consideraciones de segundo orden que están relacionadas con la unificación de diversas realizaciones típicas.

Respecto del segundo tipo de consideraciones, la (potencial) sanción múltiple de una realización también múltiple de un hecho típico se evitaría mediante la “*unificación de esas diversas instancias de realización del tipo en el sentido de una única realización compleja del mismo, por la vía del reconocimiento de una*

²³⁹ Lo que resta de este capítulo de la tesis se ha beneficiado enormemente de un intercambio de correos que tuve con el profesor Juan Pablo Mañalich. A él van mis agradecimientos. Está de más decirlo, cualquier yerro en la argumentación es de mi exclusiva responsabilidad.

²⁴⁰ Antonio Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, (Chile: Thomson Reuters, 2016) Capítulo III, punto 4.1.3.

²⁴¹ Otra opción sería tratar este delito como un delito de emprendimiento, por analogía a los delitos de tráfico de drogas. Debo esta idea a Isabel Yáñez Morales.

así llamada “unidad de acción”, cuya expresión límite estaría dada por un posible “delito continuado”²⁴² En palabras de Bascuñán, el tratamiento de un delito como un delito continuado

“no es una consideración fundada en la descripción legal del comportamiento (...). El delito continuado es una figura que por razones de justicia material y economía procesal es usada para calificar como un solo delito, bajo "unidad jurídica de acción", una sucesión de hechos punibles que en principio serían susceptibles de ser calificados individualmente como delitos distintos y por lo tanto en principio deberían ser tratados bajo una regla de concurso real o material”.²⁴³

La distinción es importante, pues no obstante que las categorías de unidad típica de acción y unidad valorativa (delito continuado) de acción tienen en común que ciertos comportamientos no serán sometidos a la acumulación de penas, “*las razones por las cuales se justifica esa consecuencia son distintas en cada categoría conceptual*”.²⁴⁴ Afirmar que la colusión es un delito de organización y por tanto un delito permanente es una consideración típica, mientras que su carácter de delito continuado tiene que ver con el desconocimiento de un concurso homogéneo. Como afirma Mañalich, la equiparación de las nociones de delito continuado y delito permanente desafía su entendimiento tradicional.²⁴⁵ Por un lado, la noción de delito continuado hace referencia a una construcción dogmática “*que resultaría aplicable a determinados casos de reiteración más o menos inmediata de acciones típicas que presentan una importante relación de semejanza y conexión entre sí, de manera tal de afirmar unidad de acción entre ambas y así negar una realización delictiva múltiple*”²⁴⁶. Por contraste en el caso de un delito permanente, pese a que la comisión del delito supone la realización de varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito.²⁴⁷

En lo que sigue de este capítulo nos concentraremos en las consideraciones de primer orden, en tanto estas son las que en rigor se relacionan con el tipo objetivo. Por ello, nos referiremos a la consideración de la colusión como un delito continuado tan solo en cuanto sea estrictamente necesario. Empero, debemos dar cuenta de la naturaleza de la relación entre las consideraciones de primer y segundo orden. Debido a que son dos tipos de consideraciones que pertenecen a diversas partes de la teoría general del

²⁴² Juan Pablo Mañalich, «El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio», en Polít. crim. Vol. 9, Nº 18 (2014), 551.

²⁴³ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo III, punto 3.2.3.

²⁴⁴ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo III, punto 3.2.

²⁴⁵ Juan Pablo Mañalich, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía». *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004), 18.

²⁴⁶ Mañalich, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», 18.

²⁴⁷ Mañalich, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», 14.

hecho punible es que podemos (potencialmente) afirmar que estamos frente a una unidad típica de acción (debido a que nos encontramos frente a un delito permanente) que, además, frente a la concurrencia de varias realizaciones típicas puede ser considerado un delito continuado. Es decir, no estamos frente a caracterizaciones mutuamente excluyentes.

4.2 La analogía a la asociación ilícita

Las razones para estudiar la colusión como una forma de delito de organización y por analogía a la asociación ilícita son principalmente dos. Primero, permite unificar típicamente una serie de acciones separadas entre sí. Segundo, sirve para explicar la forma de intervención de los sujetos activos en este tipo de delitos. Respecto de lo primero, Bascuñán rescata la concepción del TDLC según la cual *“la celebración del acuerdo consume la infracción, pero no la agota; el acuerdo colusorio permanece consumándose durante todo el tiempo en que sean realizados los actos de ejecución o implementación del mismo”*.²⁴⁸ Según Bascuñán, tal doctrina atribuye a la colusión

“una estructura normativa análoga a la que doctrina penal comparada atribuye a los delitos de organización, como caso ejemplar de unidad típica de acción en virtud de una descripción generalizadora de la acción. (...) [T]al como sucede con el delito de asociación ilícita, se trata de una infracción permanente, en que la apreciación de la perdurabilidad de su comisión descansa en la estructura de la unidad típica de acción; esa estructura permite atribuir unidad de acción a lo largo del tiempo a una secuencia compleja de hechos, cuyos componentes pueden variar e incluso estar eventualmente separados entre sí por cisuras temporales”.²⁴⁹

Además, la caracterización de la colusión como un delito permanente permite analizar con mayor rigor una figura usada por el Derecho europeo de la libre competencia, aquella de un único acuerdo continuo (*single continuous agreement*). En palabras de Bascuñán, cuando esta noción fue introducida por la Comisión Europea, esta *“abarca todo un complejo de esquemas, arreglos y medidas anticompetitivos adoptados sucesivamente durante un largo período”*.²⁵⁰ Agrega Bascuñán que

“El punto esencial del concepto de un acuerdo continuo elaborado por la Comisión y ratificado por el Tribunal consiste en la tesis de que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe los acuerdos anticompetitivos no sólo abarca el acto de celebración de un acuerdo sino todos los actos de cumplimiento o implementación de ese acuerdo”.²⁵¹

²⁴⁸ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo III, punto 4.1.3.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid, Capítulo III, punto 4.1.2

²⁵¹ Ibid

Empero, el mismo Bascuñán agrega que los problemas se suscitan cuando la Comisión extiende el concepto de infracción continua desde su sentido como infracción permanente a su sentido como infracción continuada,²⁵² lo que implica confundir consideraciones de primer orden con consideraciones de segundo orden. Además, Bascuñán agrega que para afirmar que el concepto de un acuerdo único y continuo constituye una categoría equivalente al delito continuado habría antes que descartar que el supuesto de hecho de la colusión implique la posibilidad de que su comisión perdure en el tiempo. Lo anterior, por contraste, no sería el caso si se entiende que la colusión comprende por su estructura típica tanto la celebración del acuerdo como su ejecución.²⁵³ Las consideraciones anteriores llevan a Bascuñán a afirmar que se puede reconstruir la colusión como un delito de organización, lo que llevaría a que estuviésemos frente a una unidad típica de acción.²⁵⁴

Antes de proseguir debemos dar cuenta de que según Bascuñán existe una diferencia entre los delitos permanentes y los delitos de organización. Respecto de los delitos permanentes Bascuñán afirma que estos implican “una *“unidad (típica) de acción” entre todos los actos individuales realizados durante un determinado lapso; el sentido de esa afirmación en este contexto es afirmar un único quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico penalmente relevante.*”²⁵⁵ Por contraste, (según Bascuñán) los delitos de organización “*no suponen necesariamente la creación de un estado antijurídico que se mantiene en el tiempo por la voluntad del autor, ni tampoco una actividad delictiva ininterrumpida*”.²⁵⁶ Lo anterior haría posible que la unidad típica de los delitos de organización se extienda por largos periodos de tiempo incluso cuando hay interrupciones en la ejecución del hecho típico, quedando tal falta de conexión temporal entre las acciones individuales “*compensada por la mayor intensidad comparativa de otros elementos como la semejanza en los modos de ejecución de la acción o la conexión subjetiva reforzada entre los distintos actos*”.²⁵⁷

A este respecto, es útil el análisis de Mañalich de la asociación ilícita. Según este, la asociación ilícita se podría analizar desde dos perspectivas, una estática y una dinámica. La primera llevaría a considerar a la asociación ilícita como un delito permanente, y la segunda a considerarlo como un delito de *resultado* permanente. Así, el problema de la postura de Bascuñán consistiría en que haría parecer incompatible lo que a fin de cuentas es compatible. Al menos bajo la asociación ilícita, podría haber tanto un resultado permanente como la conjunción de diversas actuaciones concretas. Esto lo veremos más abajo.

²⁵² Ibid

²⁵³ Ibid, Capítulo IV, punto 5.1

²⁵⁴ Ibid, Capítulo III, punto 4.1.3.

²⁵⁵ Ibid, Capítulo III, punto 3.2.

²⁵⁶ Ibid, Capítulo III, punto 3.2.4.

²⁵⁷ Ibid

Una buena forma de contrastar estas posturas es partir de un punto de encuentro entre ambas: la importancia de las relaciones en las que se encuentran los sujetos. Por un lado, Bascuñán afirma que lo particular de un delito de organización “*es que el supuesto de hecho abarca junto a acciones únicas también todas las actividades que tienen lugar en el marco de un comportamiento incrustado en un haz de relaciones de personas y orientado a una cierta duración*”.²⁵⁸ Es decir, por un lado, estarían las relaciones de las personas, y por otro lado, lo que estas personas realizan. Justamente de la diferenciación de estos dos asuntos se sigue la tesis de Mañalich. Según este último “*la especificidad jurídico penal de la asociación ilícita recién se deja advertir cuando el factor organizacional pasa a ser definitorio de un objeto de imputación determinado*”.²⁵⁹ La relación que existe entre este estatus y la organización respecto de la cual se obtiene tal estatus da cuenta de la implicación recíproca que existe entre la naturaleza de este delito como un delito de estatus y como un delito de organización. Esta implicación se deja ver si nos detenemos en que

*“la única manera de racionalizar mínimamente la tipificación del estatus de vinculación individual a una determinada organización pasa por definir las condiciones objetivas de cuya satisfacción depende que la pertenencia o el apoyo prestado a la organización cuente como un indicador contextualmente suficiente de esa misma disposición (subjetiva), entendida como una disposición compartida al favorecimiento de la subsistencia de una estructura de acción colectiva. Esta segunda perspectiva lleva a poner el énfasis en la caracterización de la asociación ilícita como delito de organización”*²⁶⁰

Es decir, la forma de dar cuenta de que la vinculación a una organización expresa una disposición a delinquir es dando cuenta de los rasgos de la organización a la que se pertenece. Esto es importante, pues bajo esta comprensión de la asociación ilícita como delito de organización, “*la existencia de la organización en cuestión tiene que ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o “acumulación” de las instancias de comportamiento individual*”.²⁶¹ Es en la línea de esto último podemos entender la afirmación de Bascuñán de que el objeto de la asociación ilícita es unificar una serie de acciones. Como vimos, la asociación ilícita puede ser entendida tanto como un delito de estatus (y por tanto como un delito permanente) como un delito de organización (y por tanto de resultado permanente). Así, la construcción de Mañalich es una construcción dual, pues abarca los delitos como la asociación ilícita tanto como delitos de organización como delitos de estatus. Por un lado, los sujetos

²⁵⁸ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo IV, punto 5.1

²⁵⁹ Juan Pablo Mañalich «Organización delictiva. bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno» *Revista Chilena de Derecho*, vol 38 N°2 (2011), 283.

²⁶⁰ *Ibid*, Capítulo XIII, punto 2 letra d)

²⁶¹ *Ibid*, Capítulo XIII, punto 2 letra a)

implicados tendrían un determinado estatus (el de ejecutor, colaborador, etc.) que tendría un carácter de *delito permanente*. Pero, por otro lado, ese estatus estaría referida a una organización que solo puede ser entendida como el resultado cumulativo de las acciones que realizan estos sujetos, lo que daría a la asociación ilícita, desde esta perspectiva, el carácter de un *delito de resultado permanente*.

Así, desde una perspectiva dinámica, la existencia de la asociación ilícita se corresponde con “*el resultado “cumulativamente condicionado por la conjunción de las instancias de comportamiento individualmente organizativo de cada una de las personas que exhiban, en tal medida, el respectivo estatus referido a la organización”*”.²⁶² Desde esta perspectiva, el resultado permanente que se sigue de determinadas acciones consiste en la creación de un determinado estado,²⁶³ en este caso en particular, la organización delictiva.

Pero, por otro lado, desde una perspectiva estática, la estructura de la asociación ilícita puede ser entendida como “*un sistema de “posiciones-referidas-a-tareas”*. En estos términos cada miembro de la asociación puede ser visto como ocupando una posición definida por el desempeño de algún conjunto de tareas”.²⁶⁴ Y es desde esta perspectiva que estaríamos frente a formas de comportamiento punible cuya estructura es la de un delito de estatus, por lo que la conducta ilícita (lato sensu) consistiría en tener un estatus típicamente relevante.

Ahora nos concentraremos en la caracterización de la asociación ilícita como un delito de organización, caracterización que como veíamos conlleva que “*la existencia de la organización en cuestión tiene que ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o “acumulación” de las instancias de comportamiento individual”*”.²⁶⁵ Según Mañalich, la noción de delito de resultado permanente cobra sentido si se la contrapone a la noción de delito de estado.²⁶⁶ Esto, pues lo característico de los delitos de resultado permanente no es que el delito no quede consumado en un solo instante.²⁶⁷ Más bien, lo que distingue a los delitos permanentes de otras clases de delitos consiste en que hay una *ejecución* permanente del delito.²⁶⁸ Esto lleva a que estemos frente a una unidad jurídica de acción, pues pese a que la comisión del delito supone la realización de varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito.²⁶⁹ Así de la misma forma que se puede seguir ejecutando el ya consumado delito manejo en estado

²⁶² Mañalich, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*, Capítulo XIII, punto 2 letra e)

²⁶³ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, 35-36, nota 71

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Mañalich, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*, cap XIII, punto 2 letra a)

²⁶⁶ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, capítulo II, sección 13.

²⁶⁷ Mañalich, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», 12.

²⁶⁸ Ibid, 14.

²⁶⁹ Ibid, 14.

de ebriedad, se puede seguir ejecutando el ya consumado delito de colusión. Así, se podría resolver el problema práctico consistente en la unificación de varias acciones colusorias.

Empero, como el mismo Mañalich dice, también debemos dar cuenta de que la distinción no es exhaustiva, pues:

“no todo delito tiene o bien la estructura típica de un delito instantáneo o bien la de un delito permanente. El delito de lesiones es un ejemplo. Aquí, la consumación puede coincidir con la terminación del delito (como es necesariamente el caso en los delitos instantáneos), pero es igualmente posible que, tras la consumación, prosiga la realización típica en unidad de acción (como es necesariamente el caso en los delitos permanentes) – por ejemplo, si después de haber golpeado una vez a la víctima, causándole una lesión corporal, el autor prosigue haciéndolo de modo más o menos inmediato, en el sentido de una unidad “natural” de acción, en virtud de una “unidad de dolo”²⁷⁰

Lo anterior debe ser tenido en cuenta, pues eventualmente puede ser el caso que la consumación coincida con la ejecución. Este sería el caso, por ejemplo, si la FNE descubriera un mero acuerdo que no ha alcanzado a ser puesto en práctica y luego lo sancionara.

Como veíamos más arriba, desde otra perspectiva, la asociación ilícita no es solo un delito de organización, sino que es también un delito de estatus. Respecto de esto último, el hecho de que la existencia de la organización consiste en la conjunción de instancias de comportamiento individual explica que *“lo que resulta prohibido a título de asociación ilícita consiste en una disyunción de formas de comportamiento que se dejan entender como modalidades de vinculación individual a una organización que ha de exhibir una determinada estructura”*.²⁷¹ Y es por lo anterior que se puede entender a la asociación ilícita como un delito de estatus.²⁷² Esto último hace inteligible los diversos estatus que se puede tener frente al delito de colusión. Como veíamos más arriba a propósito de los verbos rectores, hay distintas formas de vincularse con una actuación colusoria, sea celebrando o ejecutado un acuerdo o práctica concertada (en el caso de la sanción administrativa) sea celebrando, ejecutando, ordenando celebrar u organizando un acuerdo (en el caso de la sanción penal de la colusión). Así, se podría interpretar los diversos verbos rectores como diversos estatus con los cuales se puede estar vinculando frente a la organización. Esto sería análogo al caso de la asociación ilícita, donde nuestro Código Penal distingue entre distintos estatus que se puede tener en relación con la asociación ilícita.

²⁷⁰ Juan Pablo Mañalich, *Terror, pena y amnistía* (Santiago: Flandes Indiano, 2010), 165.

²⁷¹ Mañalich, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*, Capítulo XIII, punto 2 letra d)

²⁷² Ibid.

Dicho todo lo anterior, por fin podemos tematizar el impacto que tiene en la imputación considerar el delito de colusión como un delito de organización. Dado que solo es posible que se integre una organización en tanto esta opere, la integración en una organización presupone que haya más integrantes en la organización. Lo anterior implica que la imputación de un comportamiento de este tipo “necesariamente presupondrá que una imputación semejante también venga en consideración respecto de personas diferentes que aquella”.²⁷³ Y es por esto que debemos reconocer que “la relación entre los dos o más autores directos de asociación ilícita, entendida esta como un delito de convergencia, será una de autoría paralela”.²⁷⁴ A este respecto, una coincidencia entre Mañalich y Black es que ambos afirman que si bien estos delitos presuponen la participación de varios actores, cada uno de estos comete una acción individual.²⁷⁵ Así, Black afirma que su modelo de prácticas concertadas es individualista, pues representa la acción conjunta de las partes en términos de las acciones, objetivos y creencias de estas partes.²⁷⁶ Y esto mismo puede predicarse de su análisis de los acuerdos, pues como vimos, aquí el énfasis no está puesto en la presencia de un objetivo común o una voluntad común sino que en el énfasis está puesto en que haya dos partes que intercambien una oferta y la aceptación de tal oferta.

En esta línea, afirma Mañalich que un comportamiento constitutivo de colusión debe ser entendido como un comportamiento de carácter individual, atribuible a algún interviniente en el respectivo mercado cuya eventual relevancia típica presupone la existencia de a lo menos otro comportamiento confluyente de algún otro interviniente en el mercado.²⁷⁷ Esto pues, por un lado, solo puede haber un acuerdo o práctica concertada si confluyen al menos dos agentes, y segundo, la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada depende del reconocimiento de la existencia de un concierto de dos o más agentes en torno a la realización de la correspondiente práctica.²⁷⁸

Como veíamos más arriba, dado que solo es posible que una persona integre o presente apoyo a una organización en la medida que esta exista y opere, imputar a alguien alguna variante de comportamiento delictivamente asociativo presupone que una posible imputación bajo ese tipo también venga en

²⁷³ Ibid

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Es por esto que se podría discutir si hay un concurso de delitos entre alguna forma de colusión y algún ilícito de libre competencia que sea unilateral pero que se ejecute colectivamente (lo anterior no es un oxímoron, nuestra legislación contempla que un ilícito como el abuso de posición dominante sea realizado colectivamente (en el sentido de que sea realizado por diversos actores que dependen entre sí para realizar un ilícito, aun si no se lo comunican)). Si la colusión siempre tiene como base una actuación individual, podría ser que hubiera un concurso entre un acuerdo colusorio para abusar de una posición dominante colectiva, y el abuso unilateral de una posición dominante colectiva. Esto, pues el actuar colusorio no niega el actuar individual, sino que lo supone.

²⁷⁶ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 153.

²⁷⁷ Mañalich, «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia», 16.

²⁷⁸ Ibid, 17.

consideración respecto de personas diferentes a aquella.²⁷⁹ Por esto, cada persona que participe será autor de su propio delito.²⁸⁰ En síntesis, la estructura del tipo en cuestión hace dependiente su realización de la existencia de una pluralidad de personas que exhiban un comportamiento convergente, siendo contingente que en definitiva solo una o varias de ellas puedan resultar responsables.²⁸¹

4.3 Los límites y el soporte legal de la analogía

Es importante identificar los límites de la analogía entre la colusión y la asociación ilícita. Un primer límite consiste en que esta analogía solo puede ser aplicada in bonam partem. Por eso, cada vez que se acuda a ella se tiene que analizar sus efectos en la penalidad o punibilidad para ver si procede o no la comparación.

Además, es importante dar cuenta de que

*“lo que confiere carácter delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o “giro”) de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características (...) Pero nada de ello obsta a la consideración de que el injusto específico de la asociación ilícita se encuentra configurado de modo plenamente autónomo respecto del injusto específico de los eventuales delitos múltiples cuya perpetración constituye el objeto de la asociación”.*²⁸²

Más allá de que la asociación ilícita sea independiente de la comisión de algún hecho delictivo hecho en su nombre, lo cierto es que la asociación ilícita se encuentra referida a la comisión de un delito. Es decir, no se exige que de hecho se perpetre un delito futuro, pero sí se exige que la agenda de la organización tenga tal objetivo. Lo anterior no es el caso en el delito de colusión, pues la agenda de la organización no dice relación con el objetivo de perpetrar un delito ulterior (más allá de que se perpetre o no).²⁸³ Afirmar lo anterior implicaría que el delito de colusión está referido en tanto delito de organización a la comisión del delito de colusión (más allá de si el delito de colusión se perpetra o no), lo cual sería tautológico (sería como definir x como aquello que tiene por objeto la realización de x). Antes bien, si entendemos el delito de colusión como un delito de organización, este no se encuentra referido a la perpetración de determinados delitos, sino que se encuentra referido a la realización de determinadas acciones, tales como ejecutar o celebrar acuerdos o prácticas concertadas (en el caso de la sanción

²⁷⁹ Ibid, 18.

²⁸⁰ Ibid, 19.

²⁸¹ Ibid, 19.

²⁸² Mañalich «Organización delictiva. bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno», 293.

²⁸³ Salvo que el acuerdo sea funcional a la perpetración de alguna otra práctica anticompetitiva, como, por ejemplo, un acuerdo en los precios para hacer “dumping”, lo que podía constituir un abuso de posición dominante colectiva, lo que está sancionado en la letra b) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

administrativa) o celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo (en el caso de la sanción penal). Solo bajo la anterior hipótesis se puede interpretar el delito de colusión como una unidad típica de acción bajo la figura de delito de organización. Entonces, la colusión en tanto delito de organización se encuentra referido una serie de acciones que (bajo esta hipótesis) en sí mismas no son típicas. Estas acciones a las que se encuentra referida son los verbos rectores.

Por otro lado, la analogía también tiene el límite de que mientras el delito de colusión afecta un bien jurídico determinado, respecto del delito de asociación ilícita, al menos según Mañalich, “*su lesividad pasa a estar referida al conjunto (variable) de bienes jurídicos susceptibles de verse típicamente menoscabados a través de la perpetración de los hechos punibles comprendidos en el programa delictivo de la organización*”.²⁸⁴

Finalmente, otro límite de la analogía consiste en que la legislación de la asociación ilícita contempla explícitamente el estatus que tienen los diversos autores del delito de asociación ilícita (los jefes, los individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos), mientras que, en el caso de la colusión, su sanción se limita a enumerar las acciones que han de ser sancionadas.

Más allá de lo anterior, es importante dar cuenta de que las analogías no implican identidad: justamente por eso son analogías, hay cosas que dos objetos tienen en común y cosas que no tienen en común. Así, una pregunta necesaria es si acaso nuestra regulación legal soporta interpretar la colusión por analogía a la asociación ilícita.

A este respecto, debemos distinguir entre la norma de sanción administrativa y la norma de sanción penal de la colusión. Respecto de la norma de sanción administrativa, esta debe ser reconstruida en conjunto al tipo genérico. Primero, el tipo genérico afirma que se sancionará a quienes ejecuten individual o colectivamente hechos actos o convenciones que impidan, restrinjan entorpezcan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos. Y luego, la parte final del tipo genérico introduce la norma de sanción especial de la colusión, afirmando que se considerará como hechos actos o convenciones de este tipo a las conductas mencionadas en “las letras” del inciso segundo, entre las cuales podemos contar la letra a), la cual incluye la norma administrativa de sanción de la colusión. De esta forma, bajo una lectura conjunta de ambos incisos se podría entender que la colusión se entiende como un hecho celebrado o ejecutado colectivamente, siendo este último rasgo colectivo algo que prestaría soporte a entender el ilícito de la colusión como una organización. Así, la celebración o ejecución colectiva llevarían a que

²⁸⁴ Mañalich, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*, capítulo XIII, punto 2 letra d)

estemos frente a una organización, siendo las distintas formas de vinculación a tal organización (los distintos estatus) la celebración o ejecución de los acuerdos y la ejecución de prácticas concertadas.

Por otro lado, en principio la analogía encuentra más dificultades respecto de la norma de sanción penal de la colusión. Esto, pues el artículo 62 del DL 211 no hace referencia alguna a un elemento colectivo, por contraste al artículo 3 letra a). Empero, debemos no solo fijarnos en los verbos rectores de las respectivas normas de sanción (celebrar o ejecutar acuerdos y ejecutar prácticas concertadas en la norma de sanción administrativa, y celebrar, ejecutar, ordenar celebrar y organizar acuerdos en la norma de sanción penal). También debemos fijarnos en los objetos de tales verbos rectores (acuerdos o prácticas concertadas). Y como veíamos más arriba a partir del punto de encuentro de Mañalich y Black, los acuerdos y prácticas concertadas presuponen la concurrencia de al menos dos personas para llevar a cabo una determinada agenda. Este es el componente estructural que soporta el tratamiento de la colusión como una forma de delito de organización. Esto, pues es una organización (pues supone al menos dos personas) que tiene como objetivo la perpetración a lo largo del tiempo (si bien es lógicamente posible que una colusión dure solo un instante, una actuación tal no responde a la racionalidad colusiva) de determinadas acciones ilícitas (lato sensu, pues como vimos en la sección acerca de los límites de la analogía, el objeto de tal asociación no consiste en delitos strictu sensu).

Por todo lo anterior, tendríamos desde la perspectiva estática un sistema de posiciones referidos a tareas, posiciones que en el caso de la sanción administrativa serían la de “celebrador” de acuerdos y de ejecutor de acuerdos o prácticas concertadas, y que en el caso de la sanción penal serían las de “celebrador”, organizador, ejecutor u mandante de un acuerdo.²⁸⁵ Lo anterior podría parecer contrario al derecho penal del acto pero no lo es en la medida en que tal estatus se adquiere mediante la realización de acciones ilícitas. Por otro lado, desde una perspectiva dinámica, la existencia de la organización se corresponde con el resultado cumulativamente condicionado por la conjunción de instancias de comportamiento individual de cada una de las personas que exhiben el respectivo estatus referido a la organización.

5. Modalidad de acción²⁸⁶

La primera parte de esta sección se destinará a cuestiones metodológicas que permitirán luego llegar a respuestas (a nuestro juicio) adecuadas. Partiremos por una crítica a la visión según la cual tan solo puede haber un resultado si entendemos por tal un suceso físico donde hay dos eventos causalmente vinculados. Después de esto (y basándonos tanto en autores de Filosofía, Filosofía del Derecho y de Derecho Penal)

²⁸⁵ Mandante de un acuerdo es quien ordena a otro celebra un acuerdo.

²⁸⁶ La sección final de este capítulo está fuertemente inspirada en el artículo de Alejandra Olave, «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado», *Política criminal* Volumen 13 número 25 (2018): 175-207. Agradezco a Olave por un intercambio de correos en el cual me proveyó de consejos y me dirigió a la obra de Juan Pablo Cox así como a otros autores cuya lectura me fue indispensable para terminar esta sección.

aplicaremos una tipología distinta para analizar la modalidad de acción. Esta no es una tipología novedosa, sino que más bien es el resultado de una reinterpretación, a la luz de la colusión, de lo afirmado por otros autores.²⁸⁷ Después de esta primera sección pasaremos a aplicar tal modelo a la colusión.

5.1 El modelo analítico

Como decíamos, buscamos impugnar la tesis de que todo resultado ocurre en el mundo empírico y afirmar que también existen resultados “institucionales”. Lo anterior nos servirá para explicar que estemos en desacuerdo con Santelices en cuanto este afirma que estamos frente a un delito de mera actividad²⁸⁸ y con Bascuñán, quien también sostiene esta postura. Teniendo a la vista la anterior formulación de la sanción administrativa a la colusión, la cual exigía la presencia de poder de mercado para sancionar los carteles duros, Bascuñán afirmaba que:

*“Salvo por el sentido que pueda darse al elemento de la infracción descrita en la letra a) consistente en “conferir poder de mercado” (...) las infracciones descritas en el inciso segundo constituyen infracciones de mera actividad, es decir, infracciones cuyo supuesto de hecho es realizado por la sola ejecución de una acción (o de varias acciones), sin que se requiera además el acaecimiento de un resultado stricto sensu”.*²⁸⁹

Su afirmación debe ser entendida teniendo a la vista el siguiente supuesto subyacente:

*“Por cierto, desde el punto de vista de la situación en que se encuentra el estado de cosas correlativo al bien jurídico la ejecución de una acción peligrosa implica una alteración de su condición previa. Pero esa alteración no constituye necesariamente un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible de la ejecución de la acción, o sea, no constituye un resultado stricto sensu”.*²⁹⁰

Estamos de acuerdo con Bascuñán en que no estamos frente a un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible, y es por eso que no tiene asidero la afirmación de Valdés de que hay una relación causal entre un determinado hecho acto o convención y que este tienda a producir efectos anticompetitivos.²⁹¹ El punto es que la dicotomía entre que un delito tenga un resultado espacio-temporalmente distinguible

²⁸⁷ En particular, consiste en conectar de forma más explícita el trabajo de Olave con el trabajo de Juan Pablo Cox y algunos autores anglosajones cuyas tesis Cox disputa.

²⁸⁸ Santelices, «El tipo penal de la colusión», 103.

²⁸⁹ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo I, sección IV, punto 1.7. Dado que actualmente no se exige respecto de los carteles duros que los acuerdos o prácticas concertadas deban conferir poder de mercado, entonces se sigue que siguiendo a Bascuñán nos encontraríamos frente a delitos de mera actividad.

²⁹⁰ Ibid, Capítulo I, sección IV, punto 1.6.

²⁹¹ Valdés, «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada», 36.

o que este sea un delito de mera actividad es al menos cuestionable. Como veremos, hay razones para sostener que los resultados causalmente complejos no son el único tipo de resultado.

La crítica a la postura de que todo condicionamiento de un resultado habría de consistir en un condicionamiento causal es desarrollada por Alejandra Olave. Olave se apoya en John Searle, quien distingue entre dos tipos de acciones: las causalmente complejas, en las que se describe una relación causal entre acción y resultado, y las constitutivamente complejas, en las que la relación entre acción y resultado depende de la existencia de ciertas reglas que permitan reconocer dicho resultado.²⁹² Es decir, en las descripciones causalmente complejas hay una relación causal mientras que en las descripciones constitutivamente complejas la relación entre las distintas descripciones no depende de las reglas de causalidad, sino de una estructura institucional que permite el reconocimiento del resultado como tal.²⁹³

Para ilustrar, un caso de una acción constitutivamente compleja sería, por ejemplo, que en un juego de ajedrez alguien moviera la reina y lograra un jaque mate, mientras que un caso de una acción causalmente compleja sería que Juan le disparara a Micael y que por eso este último terminara por fallecer. Como veíamos, en el caso de resultados constitutivamente complejos (o resultados institucionales), el reconocimiento de tal resultado depende de la presencia de un determinado entramado de reglas, por lo que, en nuestro ejemplo del ajedrez, el reconocimiento del jaque mate depende de las reglas (constitutivas) del ajedrez mismo. Lo anterior lleva a que, en el caso de las descripciones causalmente complejas, la conexión entre acción y resultado es extrínseca (pues es contingente, al ser una observación empírica), mientras que en las descripciones constitutivamente complejas tal conexión entre acción y resultado es intrínseca.²⁹⁴

Habiendo despejado que puede haber más resultados que los causalmente complejos, debemos deslindar qué es un resultado y qué no. Para desarrollar esto, Olave se base en la distinción propuesta por Vendler y luego desarrollada por Kenny y Mourelatos entre acciones, actividades y estados. A este respecto, Olave afirma que las actividades consisten en procesos cuya descripción no requiere del cumplimiento de nada más que la realización del proceso mismo, siendo actividades, por ejemplo, correr o manejar.²⁹⁵ Lo anterior contrasta con las acciones, las que requieren un resultado.²⁹⁶ Por lo antes dicho es que mientras de quien está manejando se puede predicar que ha manejado (una actividad), quien está en

²⁹² Olave, «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado», 195.

²⁹³ Ibid, 196.

²⁹⁴ Ibid, 198.

²⁹⁵ Ibid, 192.

²⁹⁶ Ibid.

proceso de ganar una carrera aún no la ha ganado (pues aquí estamos frente a una acción que tiene una marca de éxito, un resultado).

Es por esto que Kenny afirma respecto de la distinción entre acciones y actividades que cuando hablamos de una actividad, la afirmación de que “A está øndo” (“A está corriendo/nadando/respirando”) implica que de hecho “A ha ødo” (“A ha corrido/nadado/respirado”).²⁹⁷ Nuevamente: en las actividades no hay una marca de éxito o resultado. Este sería el caso, por ejemplo, de manejar en estado de ebriedad: se lo realiza homogéneamente durante toda su duración, sin que tenga una marca de éxito. Por otro lado, en las acciones, la afirmación de que “A está øndo” (“A está matando/hurtando/plantando”) implica que de hecho “A no ha ødo” (“A no ha matado/hurtado/plantado”).²⁹⁸ Es decir, en estos casos habría una determinada marca de éxito, un resultado. Así, por ejemplo, celebrar un acuerdo sería algo que tiene una determinada marca de éxito, pues de afirmar que “A está celebrando un acuerdo” no se sigue que “A ha celebrado un acuerdo”, pues podría ser que en medio de la negociación del acuerdo ocurriera algo que impidiera su perfeccionamiento.

Todo lo anterior lleva a Olave a postular lo siguiente: la acción descrita por un delito de resultado es susceptible de ser descrita como la acción productiva o destructiva de un determinado estado, contando lo anterior como la marca de éxito de la acción, la cual es exigida por el tipo, mientras que un delito de actividad no incluye la producción o destrucción como resultado, pues ella se completa al realizar la actividad.²⁹⁹ Así, lo dicho hasta aquí sirve como un criterio demarcatorio para ver qué cuenta como un resultado y qué no, pues no todo tiene una marca de éxito. Esto siembra dudas en torno a la afirmación de Bascuñán de que los únicos resultados strictu sensu serían los resultados espacio-temporalmente distinguibles dado que la alternativa sería que “[d]ado que toda ejecución de una acción altera el mundo preexistente a su ejecución, todo delito o infracción tendría la estructura de un delito o infracción de resultado, y entonces la categoría carecería de sentido sistemático”.³⁰⁰ El punto es que, contra Bascuñán, no todos los delitos implican la ejecución de una acción, y por tanto no todos los delitos tienen un determinado resultado asociado a ellos.

Finalmente, y en paralelo a las categorías de las acciones y las actividades, están los estados. Estos, a pesar de adquirirse conforme a cambios, no se desempeñan dinámicamente en lapsos de tiempo:³⁰¹ una frase como “entre jueves y viernes estaré sabiendo sumar dos más dos” no tiene sentido, pues el hecho de saber realizar tal suma no tiene un desempeño dinámico. Así, el estado de saber una determinada cosa

²⁹⁷ Anthony Kenny, *Action, Emotion and Will*, (London: Routledge, 2003), 121.

²⁹⁸ Ibid, 121.

²⁹⁹ Ibid, 193.

³⁰⁰ Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, Capítulo I, sección IV, punto 1.6.

³⁰¹ Olave, «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado», 192.

no se desempeña dinámicamente en el tiempo y no tiene un resultado como marca de éxito. Según Kenny, cuando estamos frente a un estado, el decir “A ha ødo” (“A la ha amado por siete años”) implica afirmar “A ødea” (“A la ama”).³⁰²

Recapitulando, son las acciones las que tienen resultados, pues estas tienen marcas de éxito. Y los resultados pueden ser tanto constitutivamente complejos como causalmente complejos. Por otro lado, también tenemos las actividades, las cuales no tienen una marca de éxito, pero sí implican un proceso. Y luego están los estados, los que no implican un desempeño dinámico y no tienen una marca de éxito. A este respecto, si bien un estatus no es lo mismo que un estado, creo que los delitos de estatus se asemejan ante todo a la categoría de estado.³⁰³ Aquí sigo la tripartición de Mañalich entre delitos de acción, de actividades y de estado, conteniendo esta última categoría los delitos de posesión y delitos de estatus (como la asociación ilícita).³⁰⁴

Antes de aplicar este modelo a la colusión vale la pena detenerse brevemente en los estados, en particular, en los delitos de estado, pues esta categoría sería más disruptiva frente a las otras dos categorías tradicionales (las acciones podrían ser asociadas a los delitos de resultado y las actividades a los delitos de mera actividad). Para llevar a cabo este análisis nos basaremos en el estudio realizado en nuestro contexto por Juan Pablo Cox de la posesión (sea estas de armas, de material pornográfico infantil, etc.). En este sentido, es importante que Cox se refiere a que es una tesis gravitante en el *common law* que los delitos de posesión serían unos donde no habría acción u omisión, pero se justificaría la atribución de responsabilidad en función del estado de cosas constitutivo del poder sobre la cosa y que permitiría calificar a esos delitos como delitos de estado, lo que constituiría un tercer género frente a la acción u omisión.³⁰⁵ A nuestro juicio, que la posesión puede calificarse como un estado se sigue de la aplicación de los criterios arriba esbozados: ser poseedor de algo no tiene una determinada marca de éxito, y ser poseedor no implica el desarrollo dinámico de la posesión en el tiempo. Ser poseedor es un estatus que tan solo se adquiere o se pierde y se mantiene constante mientras que se lo tiene.

En la línea de esta visión anglosajona sobre la posesión podemos encontrar a Markus Dubber, autor para el cual la posesión no se puede enmarcar bajo la distinción entre delitos que son delitos de conducta (*conduct offense*) o delitos de resultado (*result offense*), por lo que podría ser mejor calificarlo como un

³⁰² Kenny, *Action, Emotion and Will*, 121.

³⁰³ Un estado se refiere a un estado de cosas de forma genérica, mientras un estatus dice relación con la categoría dentro de la cual se cae en relación a un determinado objeto. Con todo, ambas cosas están en una relación de género especie (siendo el estado el género y el estatus la especie).

³⁰⁴ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, 48.

³⁰⁵ Juan Pablo Cox, «La conducta en los delitos de posesión» *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales* Vol. 2 No. 3 (2013), 59.

delito de circunstancia concurrente (*attendant circumstance offense*).³⁰⁶ Por un lado, respecto de que la posesión no exige un resultado, esto se sigue de que para sancionar la posesión de algo no se requiere haber producido algún resultado o daño.³⁰⁷ Y por otro lado, la posesión también carece de un elemento conductual, pues la posesión no es un acto, sino que un estatus, o más bien, una relación entre una persona y un objeto.³⁰⁸ Esto último es relevante, pues el aspecto relacional entre sujeto y objeto también podría servir para explicar la relación entre quien pertenece a una organización criminal y la organización criminal misma.

Es importante empero que esta concepción según la cual la posesión es un ilícito sin una conducta es una concepción que desafía el principio del hecho³⁰⁹ (este requerimiento en el ámbito anglosajón se denomina el “*act requirement*”). Y como afirma el mismo Dubber, el hecho de que la posesión no encaje dentro de esta división tradicional puede ser criticable, pues “*las categorías del derecho penal sustantivo pueden tener significado normativo y no tan solo descriptivo*”.³¹⁰ En parte por lo anterior es que Cox plantea que la lectura de la posesión como un delito de estado implica “*una brutal banalización dogmática*”.³¹¹ Frente a esto, Cox afirma que poseer una especie implica controlar tal cosa, lo que en tanto que plasma un continuo implica una actividad, es decir, la continuación de un proceso por un agente.³¹² Así, según Cox sería imprescindible afirmar que tal estado se produce por un determinado acto de una persona. Es por esto que según Cox “*quien posee hace algo mientras posee*”.³¹³

Creemos que esta última frase de Cox en rigor es correcta. Empero, al mismo tiempo creemos que el hecho de que tener un estado ocurra al mismo tiempo o debido a que alguien hace algo, es un rasgo de la posesión que no nos debería llevar a reducir ese estatus al hacer que lo hace posible (las dos cosas son lógicamente distinguible). Como dice Mourelatos, si bien un estado puede *surgir o adquirirse como resultado de un cambio*, en sí mismo no constituye un cambio.³¹⁴ En otras palabras, es plausible que lo penalmente relevante es tener un determinado estatus, más allá de que este estatus resulte de una determinada acción (que el sistema penal puede ignorar). Es por esto que Dubber afirma que “*la posesión se refiere a una conducta, sin ser ella misma una conducta*”.³¹⁵ En ese sentido, los delitos de posesión

³⁰⁶ Markus Dubber, «The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process» en *Defining Crimes* ed. por Antony Duff y Stuart Green (Oxford: Oxford University Press, 2005), 98.

³⁰⁷ Ibid, 99.

³⁰⁸ Ibid, 103.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid, 117.

³¹¹ Cox, «La conducta en los delitos de posesión», 60.

³¹² Ibid.

³¹³ Ibid, 63.

³¹⁴ Mourelatos, «Events, processes, and states», 416.

³¹⁵ Dubber, «The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process», 103.

buscan sancionar un delito actual pues este evidencia una acción futura o pasada.³¹⁶ Esto explica la afirmación de Anthony Duff de que “*la posesión es criminalizada no porque en sí misma constituya un hecho dañoso que le concierna al derecho penal sino que porque puede llevar o incrementar el riesgo de un hecho dañoso tal*”.³¹⁷ Volviendo al punto de que la posesión evidencia una acción futura o pasada, es por esto que Duber afirma que la posesión se define primero, en torno a una comisión que implica la adquisición de ese estatus, y luego, a una omisión que implica no dejar de tener tal estatus.³¹⁸ De hecho, este es el caso de la asociación ilícita, caso en el cual en virtud de determinadas acciones se adquiere el estatus de miembro de la asociación ilícita. Pero lo anterior no excluye a que nos encontremos justamente frente a un delito donde lo relevante es el estatus que se tiene en relación con tal organización más allá de que tal estatus resulte de determinadas acciones.

A todo lo anterior se puede sumar también la siguiente objeción de Mañalich en contra de la caracterización de Cox de la posesión como una actividad:

“una relación susceptible de ser caracterizada como de posesión, detentación o tenencia de algo precisamente no se deja identificar con un proceso, sino con un estado (relativo a aquello que se tiene en posesión o tenencia). Pues una relación de detentación se distingue por ser esencialmente estática, y no dinámica (o progresiva), en el sentido de que ella no se desarrolla, sino que se conserva o mantiene, tal como lo sugiere el siguiente criterio gramatical: no es idiomáticamente apropiado recurrir al gerundio para construir una oración predicativa de un estado, como sí lo es, en cambio, para construir una oración predicativa de una actividad (...) Una oración del tipo «X está poseyendo/teniendo la cosa» no resulta gramaticalmente afortunada”.³¹⁹

Empero, más allá de toda esta discusión, y debido a la tradicional importancia dogmática del principio del hecho,³²⁰ es decir, que una persona deba hacer algo para que le sea imputado un hecho típico y antijurídico, no tomaremos postura respecto de esta disputa (de si acaso los delitos de estado pueden existir como delitos que se satisfacen con la sola presencia de un estado, o si además requieren que tal estado resulte de una acción o actividad³²¹). Antes bien, en lo que sigue tan solo expondremos cómo se vería la colusión si adoptásemos cualquiera de esas dos tesis.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Antony Duff, «Action, the act requirement and criminal liability», en *Agency and Action*, eds. John Hyman y Helen Steward (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 94.

³¹⁸ Dubber, «The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process», 104.

³¹⁹ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, 29, nota 47.

³²⁰ Cox, «La conducta en los delitos de posesión», 52.

³²¹ Para mayor análisis véase: Douglas Husak, «Rethinking the act requirement», *Cardozo Law Review Rev.* 28 (2006), 2437-2459..

5.2 La aplicación del modelo a las distintas modalidades de colusión

Aplicaremos el modelo desde dos perspectivas. Primero, asumiendo que podemos tratar la colusión como un delito análogo a la asociación ilícita. Segundo, analizando los diversos verbos rectores. Esto, pues es importante dar cuenta de que la caracterización de la colusión como un delito de resultado (intrínseco o extrínseco), como un delito de mera actividad o u delito de estatus es dependiente de la tesis que adoptemos en lo referido a la naturaleza de su estructura típica. Además, la respuesta va a variar dependiendo de si adoptamos la tesis de que debe ser analizada por analogía a la asociación ilícita (y cuál de las dos perspectivas debe ser tomada en cuenta).

La colusión en tanto delito de organización, esto es, desde una perspectiva dinámica, (es decir, asumiendo la existencia de la respectiva organización en tanto plataforma de acción colectiva) “*se corresponde con el resultado “cumulativamente” condicionado por la conjunción de las instancias de comportamiento individualmente organizativo de cada una de las personas que exhiban, en tal medida, el respectivo estatus referido-a-la-organización*”.³²² En este caso, nos encontraríamos frente a un delito de resultado permanente, pues,

“una vez que se abandona la tesis –filosóficamente infundada- de que todo condicionamiento de un resultado habría de consistir en un condicionamiento causal de ese mismo resultado, deviene posible advertir que, tratándose de la conformación de una organización, su existencia puede ser perfectamente entendida como el resultado institucionalmente condicionado por la convergencia del comportamiento organizativo de quienes, en tal medida, cuenta como sus integrantes. Y puesto que el resultado aquí relevante consiste en la existencia de la organización a lo largo de un lapso más o menos prolongado, la asociación ilícita exhibe, más precisamente, la estructura de un delito de resultado permanente”.³²³

Por otro lado, desde la perspectiva estática, “*la estructura organizacional de una asociación ilícita puede ser entendida como un sistema de “posiciones-referidas-a-tareas”*. En estos términos, cada miembro de la asociación puede ser visto como ocupando una posición definida por el desempeño de algún conjunto de tareas”.³²⁴ Esto nos lleva a calificar a la colusión como un delito de estatus, donde el estatus relevante es el que tiene un sujeto (como el celebrador o ejecutor de un acuerdo o práctica concertada, u como organizador o mandante de un acuerdo) en relación a un determinado objeto (en este caso, la organización colusiva). Y a este respecto, podemos decir, que exhibirá el estatus de un delito permanente, “*en la*

³²² Mañalich, *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*, Capítulo XIII, punto 2 letra e).

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

medida en que un estado se distingue por perdurar por algún lapso de tiempo”.³²⁵ Y, como veíamos, en el caso de un delito permanente, pese a que la comisión del delito supone la realización de varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito.³²⁶

Lo anterior, más allá de que sigamos o no la tesis de Cox de que lo central es poner de relieve la actividad que llevó a la adquisición de aquel estatus. Si adoptamos la tesis de Cox, esta actividad *lato sensu* (es decir, no en el sentido específico que fue usado en la sección anterior) consistiría en cumplir con las condiciones de los verbos rectores que vamos a analizar en lo que sigue.

Dicho todo lo anterior, es el momento de analizar este delito desde la perspectiva de los verbos rectores, es decir, sin asumir que la colusión tiene una estructura análoga a la asociación ilícita.

Desde la perspectiva del verbo celebrar (que, como vimos, recae sobre los acuerdos) creemos que esta es una acción, pues tiene una determinada marca de éxito. En tal medida, las personas que están celebrando un acuerdo pueden fracasar, pues puede ser que a fin de cuentas no lleguen a un entendimiento. Profundizando en el punto, creemos que la celebración de acuerdos es un resultado intrínseco, pues su marca de éxito está configurada por reglas constitutivas (“normativas”), no por reglas causales.

Por otro lado, respecto de la ejecución de los acuerdos y de las prácticas concertadas, creemos que este verbo puede ser entendido como una actividad o como una acción dependiendo de la perspectiva que se tome.³²⁷ Así, si se mira la ejecución de un acuerdo o práctica concertada de forma análoga a ejecutar una determinada misión (consistente, por ejemplo, en encontrar un tesoro), entonces la ejecución de un acuerdo sería una acción, pues vendría asociada a una marca de éxito. Para sostener esta tesis, empero, haría falta especificar cuál sería la marca de éxito de la ejecución de un acuerdo o práctica concertada (obtener mayor rentabilidad, expulsar a un competidor del mercado, etc.). Por otro lado, y desde otra perspectiva, ejecutar se podría interpretar como una actividad si no se lo mira en relación a una marca de éxito y se lo mira como algo que se desempeña homogéneamente a lo largo del tiempo, como una serie de acciones que implementa un acuerdo o práctica concertada, pero de las cuales uno no pueda identificar un momento del que dependa que tal ejecución se pueda considerar como exitosa o no.

³²⁵ Mañalich, norma causalidad y acción, 30.

³²⁶ Mañalich, «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía», 14. El hecho de que aquí estemos frente a un delito de estado que, consecuentemente, es un delito permanente, nos permite dar cuenta de que Bascuñán se equivoca cuando afirma que los delitos permanentes se contraponen a los delitos de estado. Bascuñán, *Estudios sobre la Colusión*, 121.

³²⁷ Este punto en particular me fue hecho notar por Juan Pablo Mañalich.

Finalmente, respecto de la organización y de la orden de celebrar acuerdos, estas son también acciones, pues tienen determinadas marcas de éxito que vienen dadas por el hecho de que se termine organizando un acuerdo o que quien ordene celebrar un acuerdo logre hacer esto, respectivamente. El único punto relativamente controversial sería si acaso la orden de celebrar un acuerdo tiene que ser eficaz, es decir, motivar a un subordinado a celebrar un acuerdo. Creemos que no es indispensable que tal orden sea eficaz, y que más allá de esto, de igual manera esto tiene una determinada marca de éxito, pues quien intente dar una orden puede fallar en hacer esto (los actos de habla no tienen su éxito asegurado).

Como advertimos más arriba, un punto especialmente álgido en la discusión es si se debe exigir que un hecho colusorio tenga la aptitud de lesionar la competencia para que este sea sancionado. Así, hay quienes incrustan en el tipo objetivo del delito (o ilícito, en el caso de la sanción administrativa) la exigencia de que el acuerdo o práctica concertada tenga la aptitud de dañar la libre competencia. A determinar esto nos volcamos en el último capítulo.

Capítulo IV: sobre la distinción entre la regla per se y la regla de la razón o acerca de la aptitud anticompetitiva de los acuerdos y las prácticas concertadas como requisito de tipicidad objetiva

La distinción entre el análisis de una conducta anticompetitiva a partir de la regla de la razón y un análisis fundado en la regla per se está de moda en la literatura especializada.³²⁸ Tras la reforma impuesta por la ley 20.945 se suele decir que la prohibición de los carteles duros contenida en la letra a) del artículo 3 del DL 211 es una prohibición per se.³²⁹ De la afirmación anterior se sigue, a contrario sensu, que el resto de los acuerdos o prácticas concertadas deberían ser evaluados de acuerdo a la regla de la razón.³³⁰ Es decir el análisis de acuerdo a la regla de la razón es “la regla general”. En este capítulo buscamos probar lo inverso, esto es, que la regla de la razón es la excepción.

Según esta distinción, si un acuerdo o práctica concertada recae sobre ciertos objetos que son cubiertos por la regla per se, entonces ese acuerdo o práctica debe ser sancionado categóricamente.³³¹ Si lo anterior no es el caso, entonces se debe evaluar de acuerdo con la regla de la razón si acaso el comportamiento en cuestión produce más eficiencias que efectos anticompetitivos.³³²

En términos históricos, la anterior es una distinción que resultó de una innovación jurisprudencial estadounidense que *no* se sigue del tenor literal.³³³ Esta distinción fue creada para solventar la deficiente técnica legislativa empleada al momento de sancionar la colusión.³³⁴ Lo anterior, como nos indica

³²⁸ Véase: Omar Vásquez, «El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de “cartel duro” y lecciones de Socony», en Investigaciones Ceco (2020); Ronald Fischer y Max Fischer, «Reglas per se y la evolución del sistema de protección de competencia», en Investigaciones Ceco (2020); Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente»; Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke»; Grunberg y Montt «La Prueba de la Colusión»; Manfred Zink, «¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se», *Ius et Praxis* vol.27 no.2 (2021), Walker, «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles»; entre otros.

³²⁹ Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 3.

³³⁰ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 18. Véase también a Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 7: “en la actualidad en el derecho de la competencia la aplicación de la regla per se es sumamente restringida, encontrándose limitada a conductas intrínsecamente anticompetitivas como los carteles duros”.

³³¹ Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 6.

³³² Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 6.

³³³ <https://www.concurrences.com/en/dictionary/rule-of-reason>. Así también, Vásquez, «El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de “cartel duro” y lecciones de Socony», 3.

³³⁴ Vásquez, «El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de “cartel duro” y lecciones de Socony», 3.

Vásquez, pues el §1 de la Sherman Act, dispone que “se prohíbe cada contrato, unión en la forma de trust o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio”.³³⁵

Como se puede ver, la distinción entre acuerdos que inherentemente dañan la competencia y aquellos en los que se debe hacer un balanceo entre efectos competitivos y efectos anticompetitivos para determinar si se sancionan es una que *no* se sigue del tenor literal de la ley: el Sherman Act prohíbe todo (*every*) acto jurídico que restrinja la competencia. Afirmar lo anterior, por supuesto, no implica decir que tal formulación legislativa es razonable. Afirmar lo anterior tan solo implica afirmar que la ley puede a veces ser poco razonable, y que una ley poco razonable no deja, por poco razonable, de ser ley. Todo lo anterior explica la afirmación de Michael Crane de que “*las cortes introdujeron una regla de la razón sin arraigo en el texto en la primera sección del Sherman Act así transformando una prohibición absoluta de los acuerdos que restringían el comercio en un estándar flexible*”.³³⁶

Con todo, la pregunta decisiva es si de nuestra ley fluye tal distinción o no. Y para proceder a responder lo anterior debemos antes clarificar la naturaleza de la distinción.

1. La naturaleza de la distinción entre la regla de la razón y la regla per se

Como dijera H.L.A Hart

“Usualmente no es posible definir un concepto legal (...) especificando las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Pues cualquier conjunto de condiciones puede ser adecuado en algunos casos pero no en otros y tales conceptos solo pueden ser explicado con la ayuda de una lista excepciones o ejemplos negativos que muestran donde el concepto no puede ser aplicado o solo aplicado en una forma debilitada”.³³⁷

Por lo anterior, siempre se puede desafiar un enunciado legal afirmando que si bien se cumple la hipótesis fáctica de la norma en el caso concreto hay otras circunstancias presentes que pueden derrotar o debilitar la pretensión.³³⁸ En palabras de MacCormick, tales excepciones pueden aparecer siempre que uno se enfrenta a una situación en que rasgos particulares del caso traen a colación principios o valores de suficiente importancia como para vencer la suficiencia presuntiva de las condiciones expresamente

³³⁵ “every contract, combination in the form of trust or otherwise, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

³³⁶ Crane, «Antitrust Antitextualism», 1207.

³³⁷ H.L.A Hart, «The Ascription of Responsibility and Rights», Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1949):174.

³³⁸ Hart, «The Ascription of Responsibility and Rights», 174. En todo caso, se debe tener en cuenta que más allá de que Hart hiciera esta tan celebrada exposición del concepto de derrotabilidad, concepto que aun varios juristas defienden, el mismo Hart rechazó esta tesis más tarde. MacCormick, «Defeasibility in Law and Logic», 99.

establecidas como parte de un determinado concepto.³³⁹ Del carácter esencialmente derrotable de las normas jurídicas se sigue que las formulaciones expresas de nuestra instituciones legales son siempre correctamente entendidas como unas que tan solo establecen las “condiciones ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes” de los arreglos que regulan.³⁴⁰ Y es por eso que las normas válidas “reclaman una aplicación prima facie, cuya aplicación definitiva depende de una descripción íntegra de la situación y de la compatibilidad de dicha norma con todas las demás normas aplicable prima facie en dicha situación”.³⁴¹

El hecho de que los conceptos jurídicos sean esencialmente derrotables es importante, pues implica que no podemos descartar de antemano que uno se vaya a encontrar con “casos difíciles” donde el tenor literal de una expresión traicione el espíritu de la ley. Del hecho de que las reglas tan solo establecen las “condiciones ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes” de los arreglos que regulan se sigue que la ley debe ser aplicada “salvo en casos excepcionales”, siendo tal cláusula una que “*la ley (todas las leyes, todas las normas jurídicas) incorporan*”.³⁴²

En este sentido, es importante tener herramientas jurídicas adecuadas con que resolver estos problemas. Tener una herramienta adecuada nos permite resolver casos difíciles sin por ello modificar de forma enteramente *ad hoc* un concepto jurídico para que así este “se ajuste a su espíritu”. Una instancia de esta (a nuestro juicio errada) maniobra la podemos ver en la argumentación de Santelices a la hora de evaluar la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211, la que, como veíamos, sanciona los carteles duros (es decir, acuerdos o prácticas concertadas que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación).

Santelices afirma que “*es razonable sostener que el acuerdo entre competidores deberá revestir una aptitud para afectar la libre competencia*”.³⁴³ Esta exigencia la inserta el autor debido a que “*más de una opinión se ha escuchado en orden a que la ley vigente permitiría la persecución de dos lustrabotas que*

³³⁹ MacCormick, «Defeasibility in Law and Logic», 103.

³⁴⁰ MacCormick, «Defeasibility in Law and Logic», 100.

³⁴¹ Schurmann, «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal», 572.

³⁴² Fernando Atria, «Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del legalismo», en Revista de Derecho 12 (2001), 145. La explicación de Atria de esta cualidad se encuentra en Atria, «Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del legalismo», 143-145. Ver también la nota siguiente.

³⁴³ Santelices, «Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia», 67. Así también opinan Juppet y Morales. Morales y Juppet, *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Capítulo II, punto 3.

trabajen en el centro de la ciudad de Santiago y que acuerden los precios por sus servicios”,³⁴⁴ entre otros casos difíciles.³⁴⁵

Es decir, la solución de Santelices consiste en modificar el concepto con tal de que este sea “razonable”.³⁴⁶ El problema de esto es que una vez que se modifica *el concepto mismo* en cuestión, esta modificación vale para todas sus aplicaciones. Es decir, tal exigencia de aptitud de afectación la libre competencia es una que deberá ser constatada en cada caso en que se evalúe si una determinada conducta debe ser sancionada o no de acuerdo con la regla ya mencionada. Por un lado, esta es una solución inconveniente pues aumenta los requisitos que deben estar presentes para sancionar un cartel duro. Por otro, esta solución es claramente contradictoria con la voluntad del legislador, quien no incluyó una exigencia de aptitud lesiva a la libre competencia en la norma mentada. Aún más, si fuéramos consistentes con la forma en que procede Santelices, cada vez que nos topáramos con un “caso difícil” (en el caso de Santelices, con casos imaginarios incluso) tendríamos que modificar el concepto en cuestión, cosa que podría terminar por volver a este último irreconocible.

Este es un buen momento para volver a lo ya dicho en la sección del Capítulo I referida a la distinción entre el derecho moderno y el derecho pre-moderno. Una de las cosas que caracteriza el tránsito desde una comprensión moderna a una comprensión pre-moderna del derecho (paso que podría ser un avance o un retroceso, según el juicio de valor que se tenga) consiste en que bajo esta óptica se “*mira al caso individual y enfatiza exageradamente las desventajas de la formalidad del derecho, perdiendo de vista lo que no es visible en el caso particular, es decir, el modo en que la disolución de la forma afecta un régimen jurídico completo*”.³⁴⁷ Y es que en estos casos

“la estrategia es la misma: asignar una finalidad a las reglas, luego declarar que la interpretación ‘literal’ de las reglas traiciona esa finalidad, y terminar justificando de este modo una solución del caso contraria a la regla. Habiendo identificado la finalidad de la regla en cuestión, respetar su texto sacrificando su fin parece, al abogado vulgarista, un caso inaceptable de fetichismo”.³⁴⁸

Es decir, Santelices rechaza una interpretación literal de la norma con tal de hacer de esta una norma razonable, con tal de que se respete un determinado principio. Y el problema es que

³⁴⁴ Santelices, «Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia», 67.

³⁴⁵ Ibid, 66-67.

³⁴⁶ Ibid, 67.

³⁴⁷ Atria, «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho*», 64.

³⁴⁸ Atria, «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho*», 64.

*“Pasa con el formalismo lo que con tantas otras organizaciones: todo el mundo hace constar sus defectos y ninguno se fija en sus beneficios (...). Un solo caso que haga resaltar los inconvenientes de la forma, como, por ejemplo, un testamento declarado nulo, un pleito perdido por un vicio o descuido de la forma, hieren y se hacen notar más vivamente que millares de casos en los que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha llenado su misión tutelar”.*³⁴⁹

Sobre las consecuencias que esto tiene en el sistema de derecho como un todo nos remitimos a lo dicho en el Capítulo I. Por contraste a esta forma de proceder, hacer alusión a la derrotabilidad de la regla es preferible, pues la excepción se define por contraposición a la regla, dejando esta última intacta. Por ejemplo, si afirmáramos que un acuerdo entre dos lustradores de botas para fijar precios es una excepción a la regla, pues no fue una hipótesis contemplada por el legislador,³⁵⁰ eso dejaría intacta la regla, lo que evitaría el problema de haber realizado una modificación *ad hoc* del concepto, modificación que, como veíamos, luego empezaría a aplicar a todos los casos y que además no respetaría el tenor de la ley. Si mantenemos intacto el tenor de la norma, aun podremos esperar los *“millares de casos en los que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha llenado su misión tutelar”*.³⁵¹

Lo anterior se explica en el hecho de que *“la aplicación de una ley a un caso cubierto por su significado literal puede ser derrotada cuando el caso es especial, y aquí la especialidad del caso permite que el juez niegue la aplicación de la norma al caso sin negar la obligatoriedad ni la validez de la norma en cuestión”*.³⁵² Y esto es natural, pues *“un problema es decidir que una norma general es válida (razonable, constitucional, justificada) y otro es decidir si esa norma debe o no ser aplicada a un caso concreto. Tratándose del primer problema, todo lo que es necesario considerar es el caso típico”*.³⁵³ Respecto de la aplicación de tal norma puede haber excepciones, lo que ocurrirá cuando *“el caso concreto bajo consideración es una caso especial, por lo que sin negar la validez o la obligatoriedad de la norma legal podríamos decir que no debería ser aplicada a tal caso”*,³⁵⁴ siendo en tales casos la pregunta

³⁴⁹ Rudolf von Ihering, *Espíritu de Derecho Romano*, (Comares: Granada, 1998), 647. En este contexto, creemos que la alusión que hace Von Ihering al formalismo puede ser equivocada. Si por ello entendemos un seguimiento ciego de las normas, no apoyamos esto. Pero, si por formalismo entendemos el intento de respetar la voluntad del legislador al prestar atención al tenor literal, entonces creemos que la tesis es correcta.

³⁵⁰ Por supuesto, se podrían ofrecer varios otros argumentos para derrotar la regla, como que es manifiestamente injusta aplicarla en ese caso, que es desproporcionado, etc. Otra cosa es que estos argumentos prosperen. En cualquier caso, aun si con extremo rigor formalista hiciéramos aplicable la norma al caso, esto no derrotaría el argumento central. Pues el argumento central tan solo depende de que no podamos descartar de antemano que eventualmente nos encontremos frente a un caso de derrotabilidad de la norma.

³⁵¹ Von Ihering, *Espíritu de Derecho Romano*, 647.

³⁵² Atria, «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo», 131.

³⁵³ Atria, «Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del legalismo», 143.

³⁵⁴ *Ibid*, 145

relevante la siguiente: “¿Es este caso concreto especial en algún sentido, especial tal que la regla prima facie aplicable a él no debe serle aplicada?”.³⁵⁵

Que lo anterior es así se sigue de que “la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósitos de los integrantes de la sociedad política hacen que sea absolutamente imposible o casi imposible para quien redacta la ley imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que lleguen a derivarse del texto legal y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto legal vaya a hacerse efectivo”.³⁵⁶

Que la excepción, en tanto excepción, se define por contraposición a la regla y por ello deja a esta última intacta es algo explicado por Atria:

“Para aclarar el sentido en que excepción y normalidad (particular y universal) se definen recíprocamente puede ser útil recordar el significado técnico-jurídico, ya obsoleto, de la palabra *exceptio*. En el derecho romano clásico, la excepción del demandado no negaba la validez del argumento del demandante. Una *stipulatio* obtenida con dolo, por ejemplo, era perfectamente válida, por cuanto los únicos requisitos para la validez de la *stipulatio* eran requisitos puramente formales. Pero si bien la *stipulatio* era válida, el demandado alegaba la existencia de un hecho ulterior, y no vinculado con la validez del contrato que justificaba la obligación objeto de la demanda, en virtud del cual el juez no debía acoger la acción del demandante (por ejemplo, que el acreedor demandante no había entregado la cosa por la cual él había estipulado pagar el dinero ahora demandado y por eso podía decirse que actuaba dolosamente). (...) El sentido de una *exceptio* es precisamente que el demandado no está negando la validez del fundamento invocado por el demandante. Él sólo está reclamando que hay otro hecho que debe ser tomado en cuenta. La *exceptio*, entonces, se distingue de otras alegaciones del demandado porque acepta la existencia de la obligación que invoca el demandante”.³⁵⁷

Así, solucionar los casos difíciles dando cuenta de la derrotabilidad de las reglas es más satisfactorio en tanto que hacer aquello deja intacta la regla. Y es que esto hace justicia a la afirmación de Odudu de que “de la misma manera que un acuerdo no cesa de ser un acuerdo cuando no causa efectos

³⁵⁵ Ibid, 146

³⁵⁶ Alejandro Silva Bascuñán, y María Pía Silva Gallinato «Marco de la declaración de inaplicabilidad» en Revista de Derecho Público (2001), 63 citado en Atria, «Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del legalismo», 150.

³⁵⁷ Fernando Atria, «Sobre la soberanía y lo político» Derecho Y Humanidades 12 (2006): 74. En este contexto Atria analiza la distinción entre un momento constituyente y la política normal en tanto una instancia de la distinción entre normalidad y excepción. En tanto que en este fragmento específico analiza genéricamente aquella distinción, esta es aplicable en el presente contexto.

*anticompetitivos, las prácticas concertadas no deberían dejar de ser prácticas concertadas cuando no dañan la competencia”.*³⁵⁸

Esto es relevante, pues nos permite hacernos cargo de un asunto muy complejo respecto de la sanción de los acuerdos o prácticas concertadas: los acuerdos de colaboración. Estos son acuerdos celebrados por empresas que operan en el mismo mercado y que mejoran la eficiencia,³⁵⁹ es decir, suelen ser conductas procompetitivas.³⁶⁰ Entre estos se distingue entre aquellos que recaen sobre variables competitivas y aquellos que no, siendo los primeros los más problemáticos³⁶¹ pues podrían caer dentro del tenor literal de la letra a) del artículo 3 del DL 211.

Recientemente, tanto el TDLC como la Corte Suprema se enfrentaron a un caso de estas características. Aquí, se evaluó la legalidad de

*“un acuerdo de colaboración que algunas líneas aéreas competidoras pretendían implementar, consistente en un “joint venture con neutralidad de metal”, en que se coordinaban variables competitivas –precio, capacidad e itinerarios de los vuelos– y se acordaba una distribución común de los ingresos, resultando indiferente la aerolínea que se empleara para un determinado vuelo”.*³⁶²

En lo que sigue nos concentraremos en parte del razonamiento del TDLC para aprobar parcialmente estos acuerdos.³⁶³ Entre las consideraciones que esgrimió el TDLC podemos encontrar que “[l]a cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º del D.L. 211”.³⁶⁴

A nuestro juicio, la mejor interpretación de este razonamiento es la que sigue. La letra a) del artículo 3 del DL 211 está pensada para ciertos tipos de casos (aquellos en que un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos), por lo que se debe evaluar si estamos frente a uno de tales casos. En otras palabras, el foco es el siguiente, se asume que la norma está pensada para ciertos casos típicos, lo que dice relación con la justificación de la norma. Pero al mismo tiempo, se debe ver que al aplicar esta surgen todo tipo de consideraciones que no necesariamente fueron consideradas al establecer la norma.

³⁵⁸ Odudu, *Boundaries of EC Competition Law: The scope of article 81*, 91.

³⁵⁹ Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 5.

³⁶⁰ Ibid, 2.

³⁶¹ Ibid, 5.

³⁶² Ibid, 10.

³⁶³ El TDLC en su resolución N° 54/2018 aprobó los acuerdos, si bien con medidas de mitigación.

³⁶⁴ Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 14.

Por eso, “*el juez media entre la universalidad de la ley, que nos hemos dictado en ejercicio de nuestra facultad de autogobierno, y el caso particular al cual esa ley ha de ser aplicado, único e irrepetible*”.³⁶⁵ Así, para resolver los casos difíciles de la libre competencia el juez ha de analizar si acaso la regla ha de ser derrotada en la medida que, más allá de que la norma tenga fuerza propia, el legislador no consideró el caso que se le presenta como uno al que debía aplicar tal regla.³⁶⁶ Pero esto implica que el juez debe aceptar la validez de la regla, es decir, no puede dejar de aplicar una regla porque encuentra la regla misma insensata. Antes bien, el punto es que aceptando la norma que produjo el legislador, al aplicar la norma el juez se debe preguntar (una vez más: asumiendo la validez de la norma) si es que el caso que tiene en frente es uno que consideró el legislador al producir tal norma.

2. La relación entre la derrotabilidad y la distinción entre una regla per se y una regla de la razón

Si es que todos los conceptos son derrotables, uno podría preliminarmente impugnar la distinción entre la regla de la razón y la regla per se como una especie de error categorial. Hay una contradicción entre definir una regla per se como una regla que aplica categóricamente, es decir, sin excepción, y la tesis de que todos los conceptos legales son derrotables, esto es, que todos admiten excepciones.³⁶⁷ Si aceptamos la primera tesis estamos obligados a afirmar que una regla per se (así entendida) es una imposibilidad lógica. Por otro lado, si definimos la regla de la razón como una regla bajo la cual estamos abiertos a diversas consideraciones que podrían excluir la aplicación de una determinada norma, la regla de la razón sería trivial, pues, como veíamos, todos los conceptos legales son derrotables.

Por todo lo anterior, basar la distinción entre ambos tipos de reglas en si acaso estamos o no dispuestos a aplicar o dejar aplicar la norma si es que concurren tales o cuales circunstancias especiales no es una forma de sustentar la distinción. Si es que todos los conceptos son derrotables, no puede haber reglas que operen sin excepción (regla per se) pues no podemos saber de antemano que una regla no admite excepciones o cualificaciones (y en el caso de la norma de sanción de la colusión, ya sabemos que hay casos calificados frente a los cuales cabe una excepción de la aplicación de la regla).

³⁶⁵ Atria, «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo», 141.

³⁶⁶ Esto, por supuesto, es riesgoso, pues el juez podría tomar la necesidad de adecuar la aplicación de la norma a la singularidad del caso como una invitación a volverse en un “juez” activista. Cuan probable sea que lo anterior ocurra dependerá del diseño institucional y de la cultura jurídica que exista en un momento determinado.

³⁶⁷ O más bien, que no podemos saber de antemano que no nos iremos a topar frente a un caso especial que lleve a derrotar la aplicación de una regla; en ese sentido, que una norma es derrotable es un juicio empírico (no sabemos que esta es derrotable hasta que surge un caso específico donde es derrotada su aplicación) y por tanto contingente. Por eso, la derrotabilidad, en tanto que tiene que ver con la aplicación, es una cualidad de carácter pragmático antes que lógico. Por todo lo anterior, en rigor es inexacto afirmar que todos los conceptos son derrotables, pues aquello solo lo sabremos tras observar cómo operan todas las normas, no pudiéndose descartar de antemano que alguna norma de hecho no sea derrotable.

Otra forma de basar la distinción sería a partir de la forma en que una prohibición está formulada, y no en si acaso la prohibición es categórica. Lo anterior es así pues la derrotabilidad de los conceptos no dice relación con cómo esté formulado un concepto, sino con que pueden siempre concurrir excepciones que obsten la aplicabilidad de la regla.³⁶⁸ Si es que la derrotabilidad de los conceptos no atañe al tenor de su formulación, puede ser que éste sea el terreno propicio para ensayar una nueva forma de basar la distinción. Así, una prohibición bajo la regla *per se* sería una prohibición que no hace alusión explícita a la necesidad de balanceo para determinar si se cae dentro de su ámbito, mientras la regla de la razón sí haría mención explícita de tal necesidad de balanceo.

A primera vista se podría decir que tal forma de basar la distinción sería inútil. Se podría afirmar que si todos los conceptos legales son derrotables entonces que un concepto haga explícito o no la necesidad de tener a la vista consideraciones ulteriores es algo innecesario, pues, a fin de cuentas, con independencia de si se hace mención explícita a la necesidad de balancear para ver si aplicar un concepto o no, los conceptos legales son de cualquier forma derrotables.

Lo anterior es un error, pues la distinción sí tiene fuerza pragmática. Una prohibición formulada de acuerdo con una regla *per se* sí tiene una presunción más fuerte de que una determinada conducta está prohibida. Además, la distinción no solo tiene un carácter pragmático, sino que también lógico. Si la necesidad de ponderación es interna a la norma, entonces si es que la ponderación lleva a que, por ejemplo, no se castigue determinada conducta, entonces ello *no* será una excepción a la norma, sino que será una exigencia interna de ella. Por contraste, cuando una regla *per se* deje de aplicar será siempre porque surgió una excepción.

Por todo lo anterior, la distinción es una que dice relación con la forma en que está redactada una determinada norma, no con si esta norma es categórica o no: lo relevante es si se hace alusión a la necesidad de ponderar. Y es por esto que debemos fijarnos en el tenor literal para determinar si un determinado caso debe ser evaluado de acuerdo a la regla *per se* o la regla de la razón. A este respecto, el punto de partida del análisis dogmático debe ser la ley. Por esto, es irrelevante que la legislación chilena pueda ser leída a través de la distinción entre la regla *per se* o la regla de la razón. Con lo anterior queremos decir que no es importante que, por ejemplo, uno *podiera* evaluar la prohibición de una explotación abusiva mediante la regla de la razón, y si acaso esto sería razonable. Lo importante es si efectivamente el tenor literal de la norma es uno que *exige* ponderar para sancionar una determinada conducta. Como veíamos más arriba, en términos históricos la regla de la razón surgió para solventar la deficiente técnica legislativa del *Sherman Act*: en algún sentido esta era una norma que *debía* ser

³⁶⁸ MacCormick, «Defeasibility in Law and Logic», 100.

derrotada (lo que lógicamente presupone que de hecho la norma prohibía todo acto jurídico que restringiera el comercio). Por todo lo anterior debemos ver nuestra legislación y evaluar si acaso ella contiene o no tal distinción.

3. Las prohibiciones bajo el derecho de competencia

Grunberg afirma que la prohibición de los carteles duros pasó de evaluarse de acuerdo con la regla de la razón a evaluarse de acuerdo con la regla per se pues se suprimió la exigencia de que para sancionar los carteles duros debiera comprobarse la presencia de poder de mercado.³⁶⁹

Entonces (siguiendo el argumento de Grunberg) para la presencia de una regla de la razón debe haber una exigencia de que haya poder de mercado. Empero, según el mismo Grunberg, la regla de razón es definida como aquella según la cual, respecto de una conducta, *“la determinación de su legalidad desde el punto de vista del derecho de la competencia se efectúa a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan”*.³⁷⁰

Por lo anterior, si es que seguimos el hilo del argumento, la necesidad de probar poder de mercado implica que se debe hacer un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos. Por lo tanto, habría una equivalencia entre la presencia de poder de mercado y que haya más riesgos que beneficios. Es decir, la equivalencia que hace Grunberg es la siguiente: “un acuerdo será penado si es que otorga poder de mercado” es igual a “un acuerdo será penado si es que produce más costos que beneficios”.

Que lo anterior es así queda demostrado si nos detenemos en el argumento de Grunberg según el cual aplicaría la regla de la razón a la parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 que no sanciona los carteles duros, es decir, aquella que sanciona “los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”. Afirma Grunberg:

“la norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, pues en estas hipótesis podría

³⁶⁹ Grunberg, «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», 3.

³⁷⁰ Ibid, 6.

resultar necesario evaluar en forma amplia si la conducta es o no anticompetitiva a la luz de lo que en el derecho comparado se denomina “regla de la razón” (rule of reason)”.³⁷¹

Es decir, la comprobación del poder de mercado equivaldría según Grunberg a hacer uso de la regla de la razón. O más bien, como decíamos más arriba, para Grunberg: “un acuerdo será penado si es que otorga poder de mercado” es igual a “un acuerdo será penado si es que produce más costos que beneficios” Pero eso es falso. El poder de mercado implica, al menos según la Comisión Europea, “*la capacidad de las empresas de fijar precios por encima del costo marginal y profitar de aquello*”.³⁷² No podemos definir poder de mercado en la forma que lo hace Grunberg, esto es, haciendo caso omiso de lo que realmente significa tal palabra. Lo que hace Grunberg aquí es imponer la distinción entre una regla per se y la regla de la razón definiendo de manera arbitraria el término poder de mercado.

La única forma en que el argumento de Grunberg se sostiene es si es una *verdad necesaria* que poder de mercado equivale a que haya más costos que beneficios. Pero la relación entre ambos factores es *contingente*: uno podría pensar en casos en que haya acuerdos que otorguen poder de mercado y que empero haya más beneficios que costos (la relación entre estos componentes es empírica, no es conceptual).

Otro autor que sigue una línea argumentativa que a primera vista es parecida es Zink. Este afirma que la última reforma al DL 211 estableció que

“en los casos de acuerdos entre competidores (carteles o acuerdos colusorios) sobre precios, cantidades, zonas o cuotas de mercado o licitaciones se eliminaba el requisito de que los mismos confirieran poder de mercado para ser sancionables (...) lo que, como se expondrá más adelante, implica, tal como pretendió la referida ley, sujetarlos a una regla per se, esto es, que son ilícitos por su sola existencia, sin importar los efectos anticompetitivos que produzcan y sin que se acepten, a su respecto, defensas de eficiencia o justificaciones pro-competitivas”.³⁷³

Una vez más, vemos como se iguala la exigencia de poder de mercado a un análisis de costos y beneficios. El caso de Zink es particularmente interesante, pues tan solo una página después afirma lo siguiente:

³⁷¹ Grunberg, «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke», 18.

³⁷² «¿Market power», <https://n9.cl/vg42>.

³⁷³ Zink, «¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se», 95.

“Como regla general, las conductas anticompetitivas se analizan bajo la denominada regla de la razón, en virtud de la cual se debe acreditar: i) la existencia de la conducta; ii) la tenencia de posición de dominio o poder de mercado sustancial y; iii) efectos anticompetitivos en el mercado, esto es, que la conducta produjo resultados contrarios al funcionamiento eficiente del mismo”.³⁷⁴

Es decir, Zink, quien más arriba implícitamente afirmó que la exigencia de comprobar la presencia de poder de mercado equivale a hacer un análisis de costo beneficio, tan solo una página después distingue, por un lado, el poder de mercado de la regla de la razón, y, por otro lado, el análisis de costo versus beneficio de la exigencia de acreditar poder de mercado. En otras palabras, si es que la regla de la razón contiene como uno de sus elementos la presencia de poder de mercado, entonces, lógicamente, lo uno no puede ser igual a lo otro. Sería como decir que el pan es idéntico a la harina porque uno de los componentes del pan es la harina. Por otro lado, si es que tanto el poder de mercado como un análisis de costo beneficio son parte de lo que es la regla de la razón, entonces tampoco podría ser el poder de mercado equivalente a un análisis de costo beneficio. Sería como decir que la harina (el poder de mercado) y la levadura (un análisis de costo beneficio) son idénticas porque son ambas partes del pan (regla de la razón).

De hecho, el mismo Zink hacia el final del mismo artículo reula y afirma *“la letra a), así como los demás literales, siempre contuvo una concreción específica de una conducta que, concurriendo sus requisitos típicos, era sine qua non anticompetitiva, y lo que hizo la reforma fue simplemente eliminar uno de dichos requisitos: la necesidad de probar poder de mercado”*.³⁷⁵

De hecho, incluso llega Zink a decir que *“la primera parte de la letra a) contiene una regla per se propiamente tal y la segunda parte una especie de regla per se menguada o sopesada, al exigirse la demostración de poder de mercado”*,³⁷⁶ cosa que no obsta a que en ambas situaciones *“tampoco procede un análisis de eficiencias”*.³⁷⁷

Impugnamos la diferenciación de Zink entre una regla per se y una regla per se “menguada o sopesada”, pues que algo se evalúe de acuerdo a la regla per se no depende de si se tiene más o menos requisitos para determinar si se realiza determinada conducta, sino que depende, como dice Zink, de que para analizar una determinada conducta bajo la regla de razón *“se debe acreditar: i) la existencia de la conducta; ii) la tenencia de posición de dominio o poder de mercado sustancial y; iii) efectos*

³⁷⁴ Ibid, 96.

³⁷⁵ Ibid, 107-108.

³⁷⁶ Ibid, 109.

³⁷⁷ Ibid,110.

anticompetitivos en el mercado, esto es, que la conducta produjo resultados contrarios al funcionamiento eficiente del mismo".³⁷⁸

Es esta artificial distinción entre una regla per se "propia" y una regla per se "menguada" la que lleva a Zink a afirmar que antes no había una regla per se en la letra a) del artículo 3.

En rigor, y habiendo descartado la distinción entre dos formas de la regla per se, siempre hubo una regla per se en la letra a) del artículo 3 del DL 211, solo que ahora esta tiene aún menos requisitos. Por todo lo anterior, incluso antes de la reforma de la ley 20.945 no había una regla de la razón en la letra a) del artículo 3 del DL 211. Es decir, había una prohibición de celebrar acuerdos o prácticas concertadas que, recayendo sobre ciertos objetos, otorgaran a quienes incurrieran en la práctica "la capacidad de las empresas de fijar precios por encima del costo marginal y profitar de aquello" (poder de mercado). Y lo anterior no hace ninguna alusión a un elemento consecuencialista de balancear costos con beneficios (regla de la razón).

Esta opinión es bastante similar a la que Grunberg junto a Santiago Montt sostenían antes de la reforma del año 2016.³⁷⁹ Analizando la legislación vigente en ese momento, la cual exigía la comprobación de poder mercado para sancionar todo acuerdo o práctica concertada, los autores señalaban que "*podemos señalar categóricamente que no existe ningún obstáculo para que los acuerdos horizontales en materia de precios sean juzgados conforme a la regla per se*".³⁸⁰ Si bien los autores reconocen que "*la frase "que les confieran poder de mercado" del artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211 pudiera parecer problemática*"³⁸¹ estos argumentan como sigue:

"el artículo 3° inciso 2° letra a), incluyendo la citada frase, no representa ningún obstáculo "literal" a la adopción de la regla per se, esto por las razones que se indican a continuación. Primero, porque el encabezado del inciso 2° señala expresamente que se incluyen los acuerdos que "tienden a producir dichos efectos [anticompetitivos]". Esta formulación, introducida por la Ley 20.361, permite sostener que nuestro derecho no exige prueba de "efectos" en casos de colusión. (...) Segundo, porque la mejor interpretación de la letra a) es precisamente una

³⁷⁸ Ibid, 96.

³⁷⁹ Debe hacerse una prevención metodológica. Esta opinión de Grunberg y Montt fue emitida en 2011, en el contexto de un informe en derecho en el Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros Rol C-184-2008. Empero, en la citación aparece el año 2017. Esto es así porque el año 2017 la FNE realizó un libro donde recopiló los informes en Derecho que encargó durante los años. Entre estos está el informe de Grunberg y Santiago Montt. Es este último libro aquel desde donde se extraen las citas. Por el tiempo transcurrido entre ambos textos es entonces perfectamente entendible que Grunberg haya cambiado de opinión. Empero, nuestro punto es que su anterior opinión estaba mejor fundada.

³⁸⁰ Grunberg y Montt «La Prueba de la Colusión», 325.

³⁸¹ Ibid.

corroboración de la regla per se: la norma se refiere a los acuerdos colusivos “desnudos” que son por definición aquellos que son celebrados porque “confieren poder de mercado”. La frase “confieren poder de mercado” de la letra a) da cuenta de una definición de objeto y no de efecto, o si se quiere, de una presunción de efectos anticompetitivos que deriva de su propia naturaleza. Por el contrario, sería absurdo interpretar que dicha frase restringe la formulación amplia “tienda/tienden a producir dichos efectos” del inciso 1° y del encabezado del propio inciso 2°, del cual la letra a) es un mero ejemplo”.³⁸²

Creemos que este argumento está totalmente en lo correcto. Es interesante además que el argumento de Grunberg y Montt implica que existe una regla per se en tanto no se exige prueba de efectos.

Con todo, volvamos al Grunberg de 2020, el cual defiende que antes de la reforma de 2016 no había una regla per se en el sistema chileno. Una posible defensa de Grunberg podría ser afirmar algo como lo siguiente: “si bien es cierto que poder de mercado no equivale a que haya más costos que beneficios, lo cierto es que dado que en la experiencia empírica hay una correlación tan fuerte entre estos dos factores el legislador optó por establecer una presunción de derecho de que allí donde hay poder de mercado hay más costos que beneficios”. Pero esto no sería una defensa, pues justamente lo que este argumento presupondría es que basta con probar el poder de mercado para asumir que hay más costos que beneficios, lo que es lo mismo que decir que de hecho no hay un ejercicio de ponderación, pues este se vería reemplazado por una presunción de derecho.

³⁸² Ibid, 326.

Conclusiones

En esta tesis buscamos desentrañar el alcance del tipo objetivo de las normas de sanción de colusión, contenidas en la letra a) del inciso segundo del artículo 3 y en el artículo 62 del DL 211, a partir de la comparación y contrastación de las conductas en ellos descrita. Es decir, buscamos determinar el tipo objetivo en la sanción administrativa y penal de la colusión, respectivamente.

Para hacer esto, un paso ineludible fue analizar cuál era el bien jurídico protegido. Esto lo hicimos en el primer capítulo. Aquí desarrollamos una crítica general a la doctrina chilena que trata este asunto. Esto, pues ella se caracteriza por discutir en abstracto qué sería bueno que las normas de libre competencia protegieran, sin prestar la debida atención al derecho positivo. Tras criticar estas posturas, desarrollamos una que se basara en el tenor literal de la ley. Así, determinamos que el bien jurídico protegido consistía en la competitividad del actuar de los agentes de mercado. Basándonos en Black, establecimos que este tenía 3 condiciones necesarias:

“X compete con Y donde hay acciones Ax y Ay y objetivos Ox y Oy tales que:

- (1) X hace Ax con la intención de lograr Gx;*
- (2) Y hace Ay con la intención de lograr Gy;*
- (3) X logra Gx solo si Y no logra Gy.”*

Además de esto, como vimos, lo anterior tenía dos condiciones eventuales:

- (4) $Gx=Gy$ ³⁸³*
- (5) X e Y conocen (1)-(3)”*

En el segundo capítulo, determinamos el alcance de la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas. Como vimos en su momento, la sanción penal de la colusión solo incluye los acuerdos, mientras que la sanción administrativa incluye los acuerdos y las prácticas concertadas. Aquí criticamos tres tipos de posturas. Primero, aquellas que dicen que la distinción no tiene contenido, segundo, aquellas que dicen que la distinción estriba en que en un caso hacemos uso de evidencia directa (acuerdos) y en otro de evidencia indirecta (prácticas concertadas) y tercero, aquellas que vagamente afirman que las prácticas concertadas son algo más que un paralelismo consciente pero menos que un acuerdo.

Tras criticar estas posturas determinamos que los acuerdos podían ser entendidos de la misma forma en que se entienden bajo el derecho privado, esto es, como el intercambio entre una oferta y su aceptación, intercambio que puede ser tanto tácito como expreso. Por otro lado, las prácticas concertadas eran algo

³⁸³ Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 11

más complejas. En general, estas podían ser entendidas como instancias de acción conjunta, siendo el concepto nuclear de la acción conjunta aquel de dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*). Además, y de forma más específica, las prácticas concertadas cabían bajo el siguiente esquema:

“*X e Y actúan conjuntamente cuando:*

- (a) *X, en hacer Ax, depende y confía (relies) en que Y realice Ay*
- (b) *Y, en hacer Ay, depende y confía en que X realice Ax*
- (c) *X, en confiar y depender en que Y realizará Ay, tiene el objetivo Ox*
- (d) *Y, en confiar y depender en Ax, tiene el objetivo Oy*
- (e) *Oy=Ox*
- (f) *X conoce (a)-(e)*
- (g) *Y conoce (a)-(e)*
- (h) *(f) es en parte verdadero porque Y comunica (b) y (d) a X*
- (i) *(g) es en parte verdadero porque X comunica (a) y (c) a Y”.*

En el tercer capítulo, determinamos el alcance del resto del tipo objetivo. Entre los hallazgos más importantes tuvimos que el delito de colusión (en su sanción administrativa o penal) puede ser entendido por analogía a la asociación ilícita. Lo anterior nos permitió hacernos cargo del problema práctico de reunir bajo una misma realización típica una serie de acciones diversas.

Aún más, en este capítulo concluimos que estábamos frente a un delito común, y frente a verbos rectores diferenciados si es que se trataba de la sanción administrativa o penal de la colusión. En cuanto a su carácter delito común determinamos que no solo intervienen en un acto colusorio quienes compiten entre sí, sino que también pueden intervenir otros actores económicos (como una asociación gremial en un caso de colusión tipo *hub and spoke*).

Respecto de los verbos rectores, determinamos lo siguiente. Primero, el verbo “celebrar” se refiere al estado inicial o germinal del acuerdo entre competidores. Este verbo solo hace referencia a los acuerdos, pues el verbo “celebrar” debe ser interpretado en contraposición al verbo “ejecutar”. Y el punto es que las prácticas concertadas presuponen ejecución, no hay prácticas concertadas meramente celebradas. Segundo, respecto del verbo rector ejecutar (que aplica tanto a los acuerdos como las prácticas concertadas) este puede aplicar tanto a los acuerdos como a las prácticas concertadas (a estas últimas aplica por defecto), e implica la realización efectiva de una práctica colusiva. Tercero, respecto de ordenar celebrar (verbo rector que solo es mencionado en la sanción penal de los acuerdos), estamos frente a un caso donde se sanciona a quien teniendo las facultades para celebrar un acuerdo, no acude por sí mismo sino que mandata o delega esta actuación a un subordinado. Por otro lado, respecto del

verbo rector “organizar” (verbo rector que también solo aplica a la sanción penal de la colusión) creemos debe ser entendido como la realización de hechos tendientes a coordinar la celebración de un acuerdo, es decir, se sanciona el hecho de haber propiciado la celebración, ejecución o la orden de celebrar un acuerdo, el hecho de reunir a los potenciales perpetradores de la colusión. Este último punto es crucial, pues mientras que quien ordena a alguien celebrar un acuerdo solo se comunica con la persona a quien da la orden, organiza crea el contexto bajo el cual es posible la realización de la acción colusiva. Así, se puede entender este último verbo rector como uno que efectivamente aumenta las conductas punibles y que está referido a los otros verbos rectores.

Además, en este capítulo analizamos la modalidad de acción de este delito. A este respecto, intentamos desarrollar un modelo que (a nuestro parecer) diera cuenta adecuadamente de las distintas modalidades de acción. Así, distinguimos entre delitos de resultado extrínseco e intrínseco, delitos de actividad, y delitos de estado.

A este respecto, había dos formas de analizar la colusión por analogía a la asociación ilícita. Por un lado, desde la perspectiva de lo que los sujetos hacen al implementar la agenda colusiva (lo que llamamos una perspectiva dinámica), estaríamos frente a un delito de resultado permanente. Por otro lado, desde la perspectiva del estatus que tienen quienes se relacionan con la organización colusiva (lo que llamamos una perspectiva estática), estaríamos ante un delito permanente.

Por otro lado, respecto de los verbos rectores, habría que distinguir. En cuanto al verbo “celebrar”, determinamos que aquí estábamos frente a un delito de resultado intrínseco (por cuanto celebrar un acuerdo tiene una determinada marca de éxito: que efectivamente se logre llegar a un acuerdo). Por otro lado, en cuanto al verbo “ejecutar”, afirmamos que estábamos ante un delito de actividad o de resultado intrínseco dependiendo de la manera en que se lo interpretara (como algo que se realiza homogéneamente a lo largo del tiempo o como algo que tiene una determinada marca de éxito, respectivamente). Respecto de los verbos “organizar” y “ordenar celebrar” determinamos que aquí también estábamos frente a delitos de resultado intrínseco.

Finalmente, en el cuarto capítulo nos hicimos cargo de la exigencia de idoneidad que tradicionalmente se asocia a los delitos de colusión. A partir de un análisis de la distinción entre la regla de la razón y la regla per se, concluimos que tal exigencia de aptitud lesiva de la libre competencia no se seguía del tenor literal de la norma.

Con todo, es importante que a lo largo de la tesis intentamos demostrar que la doctrina de libre competencia a ratos desatiende el tenor literal a la hora de analizar el delito de colusión. Esto (a nuestro juicio) implica la desformalización del derecho, lo que afecta la división de competencias entre el poder

legislativo y el poder judicial. Es por esto que intentamos demostrar la necesidad de atenerse al tenor literal, así como el hecho de que la doctrina de libre competencia a ratos no se atiene a él. Todo esto fue analizado de forma explícita en el primer y último capítulo, y de forma implícita a lo largo de toda la tesis (donde constantemente denunciamos la falta de atención al tenor literal).

Bibliografía:

- Aguayo, Pablo. «Rawls y el estado de bienestar capitalista». Anuario de Filosofía Jurídica y Social 32 (2017): 5-18
- Agüero, Francisco. «Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia». Boletín Latinoamericano de Competencia 9 (2004), 1-11.
- Alegre, Marcelo. «Vulgarización y deterioro del derecho democrático» Revista Derecho y Humanidades 11 (2005): 177-189.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De Los Contratos*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Araya, Fernando. «La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de Enero de 2015, Rol 19806-2014». Revista Chilena de Derecho Privado 24, (2015): 233-250.
- Artaza, Osvaldo. «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación». Revista de Derecho (Valdivia), 30 n°2 (2017): 339-366.
- Artaza, Osvaldo, Víctor Santelices y Matías Belmonte. *El delito de Colusión*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Artaza, Osvaldo, Matías Belmonte y Germán Acevedo. «El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo». Revista Ius et Praxis Año 24, N°2 (2018), 556.
- Atria, Fernando. «Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la ideología del legalismo». Revista de Derecho 12 (2001): 119-156.
- Atria, Fernando. «Legislation and Adjudication» En *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Editado por Jordi Ferrer Beltrán, y Giovanni Battista Ratti. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Atria, Fernando. «Sobre la soberanía y lo político». Derecho y Humanidades 12 (2006): 47-93.
- Atria, Fernando. *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Atria, Fernando. *La Forma del Derecho*. Madrid, Buenos Aires, Barcelona, Sao Paulo: Marcial Pons, 2016.
- Atria, Fernando. «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo», Revista de Estudios de la Justicia 5 (2004): 119-141. doi:10.5354/0718-4735.2011.15049
- Atria, Fernando. «La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho», Estudios Públicos 91 (2003): 45-89.
- Atria, Fernando. «La ironía del positivismo jurídico». Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 27, (2004): 81-139.

Atria, Fernando. «El derecho y la contingencia de lo político». *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26 (2003): 319-345.

Bascuñán, Antonio. *Estudios sobre la Colusión*. Chile: Thomson Reuters, 2016

Black, Oliver. «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance? ». *European Competition Journal*, 4:1(2008): 103-125.

Black, Oliver. *Conceptual Foundations of Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Black, Oliver. «Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem». *European Competition Journal* 1. n°2. (2005): 341-346. DOI: 10.5235/ecj.v1n2.341.

Breyer, Stephen. «Razonamiento económico y revisión judicial». *Estudios Públicos* 109 (2008): 37-55.

Correa, Rodrigo. «Vulgarización por constitucionalización». *Revista Derecho y Humanidades* 11 (2005): 161-175.

Cox, Juan Pablo. «La conducta en los delitos de posesión». *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales* Vol. 2 No. 3 (2013): 51-67.

Crane, Daniel. «Antitrust and Democracy», *Investigaciones CeCo* (2021).

Crane, Daniel. «Antitrust Antitextualism». *Notre Dame Law Review*, Forthcoming, U of Michigan Public Law Research Paper No. 672, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 20-009 (2020): 1205-1256. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3561870>

del Mar, Maksymilian. «Concerted practices and the presence of obligations: joint action in competition law and social philosophy». *Law and Philosophy* 30 (2011): 105-140. DOI 10.1007/s10982-010-9087-5.

d'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona: 1991

Dubber, Markus. «The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process». *Defining Crimes*. Editado por Antony Duff y Stuart Green. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Duff, Antony. «Action, the act requirement and criminal liability». *Agency and Action*. Editado por John Hyman y Helen Stewart. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-Massachussets: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana.

Ezquiaga, Francisco. «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional». *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* 1 (1994): 70-99.

Fischer, Ronald y Max Fischer, «Reglas per se y la evolución del sistema de protección de competencia», en *Investigaciones CeCo* (2020).

Frenz, Walter. *Handbook of EU Competition Law*. Traducido por Craig R. Aird. Heidelberg New York Dordrecht London: Springer, 2016.

Frisch, Wolfgang. «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal». En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Editado por Rafael Alcácer, María Marín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Gagliano, José Antonio y Pedro Aracena, «Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión». *Revista de Estudios de Justicia* 29 (2018): 121-152. DOI: 10.5354/0718-4735.2018.50646.

García Palominos, Gonzalo. «Los equivalentes funcionales y el delito de colusión del art. 62 D.L. N° 211». *Doctrina y Jurisprudencia Penal* 44 (2021): 3-27.

Grunberg, Jorge. «Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente», *Investigaciones CeCo* (2020).

Grunberg, Jorge y Santiago Montt «La Prueba de la Colusión». En *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*. Editado por Felipe Belmar T. y Pia Chible. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017.

Grunberg, Jorge. «Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke». En *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*. Editado por Felipe Belmar T. y Pia Chible. Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017.

Habermas, Jurgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Barcelona: Trotta Editorial, 2000.

Hart, H.L.A. «The Ascription of Responsibility and Rights». *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series* 49 (1949):171-194.

Husak, Douglas. «Rethinking the act requirement». *Cardozo Law Review Rev.* 28 (2006), 2437-2459.

Hernández, Héctor. «Informe en Derecho». *Informe en Derecho* C-304-2016, 2016.

Hernández, Héctor. «La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho». *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 43, N° 4, 22: 15-27.

Hefendehl, Roland. «¿Debe ocuparte el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2002): 1-13. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14

Hoverkamp, Herbert. «Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?», *Notre Dame Law Review*, Vol. 93 (2018): 583-638. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3097452> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3097452>

de Miranda, Carlos. «Prueba directa vs prueba indirecta (un conflicto inexistente)». *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°38, Alicante (2015): 73-100. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.03>.

Díez Ripollés, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid, Trotta: 2003.

Kenny, Anthony. *Action, Emotion and Will*. London: Routledge, 2003.

Khan, Lina. «Amazon's Antitrust Paradox», *Yale Law Journal*, 126 (2017): 710-805.

Khan, Lina. «The ideological roots of America's Market Power Problem», *Yale L.J.F* (2019): 960-979. <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-ideological-roots-of-americas-market-power-problem>

Kindhäuser, Urs. «Acerca del concepto jurídico penal de acción». *Cuadernos de Derecho Penal* 7 (2012), 11-41.

Kindhäuser, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal». *InDret* 1 (2009): 1-19. <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>

MacCormick, Neil. «Defeasibility in Law and Logic». En *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Editado por Zenon Bankowski, Ian White, Ulrike Hahn. U. Law and Philosophy Library 21 (1995). https://doi.org/10.1007/978-94-015-8531-6_3

MacCormick, Neil. «Argumentación e Interpretación en el derecho». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 33 (2010) 65-78. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>.

Mañalich, Juan Pablo. «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía». *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004), 11-33.

Mañalich, Juan Pablo. «Norma e imputación como categorías del hecho punible». *Revista de Estudios de Justicia* 12 (2010): 169-190. DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15234.

Mañalich, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, 2010.

Mañalich, Juan Pablo. «Organización delictiva. bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho* 38 N°2 (2011), 279-310.

Mañalich, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción*. Madrid: Marcia Pons, 2014.

Mañalich, Juan Pablo. «El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». *Polít. crim.* 9, Nº 18 (2014): 543-563.

Mañalich, Juan Pablo. «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas». *Revista Ius et Praxis* 20, Nº 2 (2014): 21-70.

Mañalich, Juan Pablo «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia». Informe en Derecho en Rol c-292-2015.

Mañalich, Juan Pablo. «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret* 2 (2015), 1-32. <https://indret.com/retribucionismo-consecuencialista-como-programa-de-ideologia-punitiva/>

Mañalich, Juan Pablo. «Responsabilidad, autoridad y democracia: una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff». *Discusiones* 17, Nº1 (2016): 167-219.

Mañalich, Juan Pablo. «El principialismo político criminal como fetiche», *Revista de Estudios de Justicia* 29 (2018): 59-71. doi:10.5354/0718-4735.2018.52223.

Mañalich, Juan Pablo. «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho* 48 Nº 2 (2021): 79-100. <https://doi.org/10.7764/R.482.4>

Mañalich, Juan Pablo. «Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal*268». En *Los delitos contra la salud pública ruante la pandemia: Teoría y Praxis*. Fernando Londoño M. Francisco Maldonado F. Juan Pablo Mañalich R. Chile: Thomson Reuters, 2021.

Melamed, Doug y Nicolas Petit. «The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in te Age of Platform Markets». *Review of Industrial Organization* 54, Nº 4 (2019): 741-774. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3248140> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3248140>

Morales, Joaquín y María Fernanda Juppet. *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Chile: Thomson Reuters, 2018.

Mourelatos, Alexander. «Events, processes, and states», *Linguistics and Philosophy* 2 (1978), 415-434.

Nino, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Oduu, Okeoghene. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Olave, Alejandra. «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado». *Polít. crim.* 13 Nº 25 (2018): 175-207.

Page, William. «Communication and concerted action». *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007): 405-460.

Page, William. «Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act». *Antitrust Law and Economics* (2008): 23-45.

Page, William. «Objective and subjective theories of concerted action». *Antitrust Law Journal* 79, N° 1 (2013): 215-251;

Page, William. «Tacit Agreement Under Section 1 of the Sherman Act». *Antitrust Law Journal* 593 (2017): 593-639.

Rawls, John. «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review* 64 N° 1 (1955): 3-33.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Madrid, España: FCE, 2006.

Rojas, Luis Emilio. «Falsedad documental como delito contra el derecho a la Verdad». *Revista de Estudios de la Justicia* 22 (2015): 143-179. doi:10.5354/0718-4735.2015.37590

Schurmann, Miguel. «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal». *Polít. crim.* 14, N° 27 (2019): 549-598.

Scruton, Roger. *From Descartes to Wittgenstein: a short history of modern philosophy*. Londres: Routledge & Kegan Paul.

Shaffer, Michael. «Necessary and sufficient conditions». En *Introduction to Philosophy: Logic*. Editado Ben Martin y Christina Hendricks. Rebus, 2020.

Silva Bascuñán, Alejandro y Silva Gallinato, María Pía «Marco de la declaración de inaplicabilidad». *Revista de Derecho Público* (2001): 444-451.

Szczaranski, Federico. «La forma del derecho», reseña de *La Forma del Derecho*, de Fernando Atria, *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought* (2018): 1-8.

Tschorne, Samuel. «Legal positivism's legitimate heir?» Reseña de *La Forma del Derecho*, de Fernando Atria *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. 50, No. 150 (2018): 91-112.

Valdés, Domingo. «Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia». *Ius Publicum*, 30 (2013): 125-154.

Valdés, Domingo. «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada». *Informe en Derecho en Rol C-304-2016*. (2016).

Vásquez, Omar. «El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de “cartel duro” y lecciones de Socony», en Investigaciones Ceco (2020).

Vega, Felipe. «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo». Revista Justicia & Derecho, 3, N°1 (2020): 1-16.

von Ihering, Rudolf. *Espíritu de Derecho Romano*. Comares: Granada, 1998.

Walker, Agustín. «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles». Revista de Estudios de Justicia 33 (2020): 131-166. DOI: 10.5354/0718-4735.2020.57302

Wardaugh, Bruce. *Cartels, Market and Crime. A Normative Justification for the Criminalization of Economic Collusion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Traducido por Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Altaya, 1999.

Wu, Tim. «After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition” Standard in Practice». The Journal of the Competition Policy International, Columbia Public Law Research Paper No. 14-608, (2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3249173>

Ybar, Mario. «¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia?», SSRN (2009): 1-12. <https://ssrn.com/abstract=1739315>.

Zink, Manfred. «¿Tienen cabida las defensas de eficiencia en relación a las variables competitivas del artículo 3, letra a) del Decreto Ley número 211? Una lectura de compatibilidad con la regla per se». Ius et Praxis 27 N° 2 (2021): 94-113.

Sentencias y resoluciones.

Fallo del TDLC: Sentencia N 94/2010, de 29 de diciembre de 2010.

Fallo del TDLC: Sentencia N 160/2017, de 28 de diciembre de 2017.

Fallo del TDLC: Sentencia N 167/2019, de 28 de febrero de 2019.

Fallo del TDLC: Sentencia 175/2020 de 21 de diciembre de 2020.

Fallo de la Corte Suprema: Rol 9361-2020, de 8 de abril de 2020

Resolución de la Fiscalía Nacional Económica en Denuncia de particular por caso de competencia desleal. Rol N° 2432-17 FNE (2017)

Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), C. 14.