UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

LA COMPETENCIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Fernando Muñoz León

CeCo CentroCompetencia

La competencia en la nueva Constitución

Abril 2021

Fernando Muñóz León
Abogado de la P. Universidad Católica de Chile, Master (LLM) y Doctor en Derecho (JSD) por la Universidad de Yale. Becario del Programa Fulbright (2007) y de la Fundación Alexander von Humboldt (2016), e investigador responsable de los proyectos Fondecyt de Iniciación Nº 11121191 (2012-2015) y Fondecyt Regular Nº 1180895 (2018-2021) y Nº 1211873 (2021-2023). Coeditor de "Conceptos para una nueva Constitución" (Ediciones Der 2020) y coautor de "Introducción a la Teoría Constitucional" y "Derecho Constitucional. El sistema de Gobierno y sus órganos" (Tirant lo Blanch 2020).

I. INTRODUCCIÓN

El plebiscito del 25 de octubre de 2020 ha dado inicio a un proceso constituyente que, según lo expresa la idea de la "hoja en blanco", elaborará un nuevo texto constitucional sin necesariamente asumir como punto de partida los contenidos normativos del texto actualmente vigente de la *Constitución Política de la República* (CPR) o la manera en que ellos se articulan ahí. Si bien la redacción del texto constitucional se verá relativamente constreñida por un compromiso normativo y político con la comprensión contemporánea de la noción de derechos fundamentales, la libertad que ofrece el proceso mismo de redacción abrirá incontables posibilidades para la articulación constitucional de diversos conceptos.

Dado que los contenidos constitucionales pasarán a ser objeto de una amplia y sostenida deliberación ciudadana e institucional, se vuelve posible contemplar la posibilidad de que la protección de la competencia en los mercados se vea "constitucionalizada" en el texto elaborado por la Convención Constitucional. Ya se han comenzado a escuchar voces en ese sentido; así, por ejemplo, el ex ministro del Tribunal de la Libre Competencia Javier Tapia ha argumentado que "[u]n real reconocimiento de la economía de mercado en la CPR requiere, además de una declaración expresa, resguardar su buen funcionamiento; lo que implica, a su vez, establecer limitaciones más claras a la actividad privada", de manera tal que se busque en la regulación constitucional de los mercados "balancear la protección individual con el cuidado contra sus propios excesos"[1].

La posibilidad de "constitucionalizar" la protección de la libre competencia se ve intensificada debido a la coyuntura social y política que desencadenó este proceso constituyente. Como ha observado el Fiscal Nacional Económico, Ricardo Riesco, diversos actores sociales y políticos han considerado que "los abusos empresariales, graficados principalmente en colusiones" fueron "una de las causas del estallido social del 18 de octubre de 2019"[2]. En ese contexto, una cláusula de protección constitucional de la libre competencia y de repudio a prácticas anticompetitivas que perjudican a los consumidores podría contribuir a generar mayores niveles de "patriotismo constitucional", es decir una mayor identificación de la ciudadanía con la constitución. El politólogo alemán Dolf Sternberger acuñó este concepto en 1979 al observar que en la República Federal Alemana había surgido "un segundo patriotismo, que se funda precisamente en la Constitución" a medida que ese documento "gana vida, al surgir actores y acciones vigorosos de las simples normas" y "se vivifican los órganos que delineaban como debemos utilizar nosotros mismos las libertades

1 Javier Tapia, "Libre empresa y protección de los mercados en la nueva Constitución", *La Tercera* (3 de noviembre, 2020).

2 Leonardo Cárdenas, "Fiscal Nacional Económico: 'Los abusos empresariales, graficados principalmente en colusiones, fueron una de las causas del estallido social'", *La Tercera* (17 de agosto, 2020).

que allí se garantizaban"[3]. La protección de la libre competencia concita adhesión tanto entre partidarios del libre mercado como entre quienes son críticos de dicho modelo de asignación de recursos, alcanzando así el tipo de consenso transversal que deben tener los valores enunciados en una constitución.

Ahora bien, ¿qué significa "constitucionalizar" la protección de la competencia en los mercados? Esta interrogante pareciera abrir dos preguntas distintas, si bien íntimamente relacionadas entre sí. En primer lugar, y siguiendo la clásica distinción entre tipos de normas teorizada por Ronald Dworkin (1984) y Robert Alexy (2002), ¿cuál es la naturaleza normativa del objeto de protección que se constitucionaliza? ¿Es un objetivo colectivo de política pública recogido en un *principio* entendido como un mandato de optimización que deberá ser logrado en la mayor medida material e institucionalmente posible? ¿O es en cambio una titularidad legal expresada en un derecho, ya sea individual o colectivo, o quizás configurada como una *limitación* a algún derecho previamente reconocido? Si bien no se intentará aquí zanjar esta cuestión, resulta conveniente dejar formulada esta interrogante pues de su respuesta puede depender significativamente la redacción con que se reconozca el bien constitucionalmente protegido.

En segundo lugar, ¿de qué manera se realiza tal "constitucionalización"? ¿Qué medios emplea concretamente la acción que recibe el nombre de "constitucionalizar"? Aquí se sugerirá que existen, por así decirlo, diversos "modos" de constitucionalizar la protección de un objetivo colectivo o una titularidad legal: un modo *positivo*, consistente en que los constituyentes inscriben una norma en el texto constitucional que reconoce y reglamenta un principio o un derecho de manera general y abstracta; un modo *dogmático*, en virtud del cual los juristas construyen o perfilan doctrinalmente un determinado bien jurídico al que le atribuyen rango constitucional; y un modo *institucional*, en virtud del cual la acción conjunta de legisladores, autoridades administrativas y tribunales transforma determinado estado de cosas en un bien de rango constitucional en un sentido material.

Estos tres "modos de existencia" constitucional, desde luego, no son mutuamente excluyentes, e incluso se podría decir que en una práctica del derecho robusta ellos se necesitan y refuerzan recíprocamente. Sin un adecuado desarrollo institucional, las normas positivizadas constitucionalmente pueden transformarse en letra muerta o "cláusulas durmientes"; sin un diálogo con una dogmática reflexiva y atenta al desenvolvimiento de las instituciones, la praxis de estas últimas puede volverse errática e incoherente; y sin un adecuado fundamento positivo en la constitución, la labor de las instituciones, como hemos visto en los últimos años, está constantemente expuesta a intromisiones de la judicatura constitucional que desarticulen las lógicas del sistema normativo y reviertan las decisiones fundamentales de los poderes constituidos. Sin embargo, si uno se pregunta cuál de estos modos de existencia constitucional es más relevante o central, pareciera ser que la respuesta apunta a la actuación efectiva de las instituciones relevantes; mientras ella consiste en el efectivo despliegue de actos de autoridad en el tiempo y el espacio, las otras dos modalidades corresponden a textos producidos en un determinado y específico momento que, tras su elaboración, pueden permanecer estáticos y sin aplicación efectiva por tiempos indefinidos.

II. LA COMPETENCIA COMO CONCEPTO POSITIVIZADO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE DIVERSOS PAÍSES

La idea de incorporar la protección de mercados competitivos al texto constitucional no está apartada de la realidad; por el contrario, el constitucionalismo comparado exhibe una variada y heterogénea

3 Dolf Sternberger, *Patriotismo constitucional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 86.

incorporación de la competencia como concepto constitucional en diversas cláusulas de textos constitucionales pertenecientes a múltiples países y regiones del mundo.

De acuerdo al *Constitute Project*, sitio web cuya base de datos contiene los textos constitucionales de todos los países del mundo, 53 constituciones consagran explícitamente, aunque en diversas maneras, la protección de la competencia de mercado, y al menos una veintena más reconocen de manera más genérica el derecho a la libre empresa.

Continente	**Países**
Europa	Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Irlanda, Kosovo, Lituania, Macedonia del Norte, Moldavia, Montenegro, Portugal, Rumania, Suiza, Ucrania.
Asia	Armenia, Azerbaiyán, Birmania, Bután, Corea, Georgia, Kazajistán, Nepal, Pakistán, Rusia, Siria, Tailandia, Turquía, Yemen.
África	Algeria, Angola, Cabo Verde, Egipto, Sudán del Sur.
América y el Caribe	Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de http://constituteproject.org.

De entre todos estos textos constitucionales, y a fin de observar la heterogénea variedad de maneras en que los conceptos de competencia y monopolio son articulados normativamente, vale la pena concentrarse en las cláusulas pertenecientes a los ocho países de América del Sur cuyas constituciones abordan esta problemática. Además de corresponder a países situados en nuestra propia región con los que compartimos rasgos culturales y similares problemáticas, estas suelen ser constituciones extensas, en algunos casos fruto de asambleas constituyentes realizadas en contextos de transición democrática o movilización social, por lo que en ciertos casos sus procesos de elaboración también guardan ciertas semejanzas con el proceso constituyente que se ha desencadenado en Chile.

País	**Artículo**	**Texto**
Argentina	42	Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
Bolivia	314	Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.
Brasil	170	El orden económico, fundado en la valoración del valor del trabajo humano y de la libre empresa, pretende asegurar a todos una existencia digna, según los dictados de la justicia social, observando los siguientes principios: [...] IV) libre competencia; [...].

Colombia	333	La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.
Ecuador	304	La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.
Paraguay	107	*De la libertad de concurrencia* Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.
Perú	61	El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
Venezuela	113	No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de http://constituteproject.org.

Las diversas cláusulas constitucionales aquí reproducidas evidencian que no existe una formulación obvia ni estándar de la positivización textual de la competencia de mercado. Ella es redactada indistintamente como derecho, como principio, e incluso en algunos casos a través de prohibiciones, en combinación en ocasiones con diversos enunciados referentes a aspectos económicos o empresariales. Las posibilidades de redacción de una norma constitucional sobre libre competencia en los mercados son, como se observó anteriormente, prácticamente infinitas.

III. LA COMPETENCIA COMO CONCEPTO CONSTRUIDO POR LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA EUROPEA

El segundo "modo" de existencia constitucional señalado corresponde a aquel caso en el que la dogmática de los derechos fundamentales identifica o reconoce un determinado bien jurídico no necesariamente positivizado. Por lo general, este tipo de esfuerzos doctrinales buscan situar tal bien dentro de la constelación de valores consagrados explícita e implícitamente en el ordenamiento jurídico y determinar las relaciones sistemáticas que existen entre todos ellos.

Como observa el constitucionalista alemán Peter Häberle[4], "los bienes jurídicos tutelados por la *Grundgesetz* [Ley Fundamental] no son mencionados de manera exhaustiva por el texto de la Constitución misma", pues "existen bienes jurídicos que son considerados como presupuestos de la *Grundgesetz*, 'inmanentes', aun cuando no sean escritos". Estos límites inmanentes se sustentan en la tesis de que "el contenido y los límites de los derechos fundamentales se encuentran insertos en una relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y con cada uno de los bienes constitucionales"[5], por lo que "los derechos fundamentales explican su propia función tan solo mientras no violan ni amenazan bienes jurídicos de rango igual o superior"[6].

En ese sentido, no está de más observar que el texto constitucional alemán, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, no proclama un derecho a la libre iniciativa económica, no consagra la economía de mercado, y tampoco identifica como un bien jurídico protegido la libre competencia, limitándose a reglamentar la posible existencia de monopolios fiscales. Estas omisiones son llamativas debido a la importancia que le asignó a la protección de mercados competitivos el pensamiento "ordoliberal" de la Escuela de Friburgo, el que incidió significativamente en las políticas económicas de la segunda postguerra en la República Federal Alemana bajo los cancilleres Konrad Adenauer y Ludwig Erhard. Dicha importancia se ve ejemplificada en las ideas del influyente economista Walter Eucken[7] sobre el "orden económico de competencia" y sus "principios constituyentes", entre ellos precisamente el principio de los "mercados abiertos" en virtud del cual, dado que "la apertura de los mercados tiene un significado económico-constitucional", "no se puede conceder a grupos de poder privados el derecho a eliminarla"[8].

En España, en tanto, el texto constitucional reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" pero no reconoce explícitamente límites a dicha libertad basadas en la protección de mercados competitivos, aunque autoriza "reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en

4 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997), 59.

5 Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, 109.

6 Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, 115.

7 Walter Eucken, *Cuestiones fundamentales de la economía política* (Madrid: Alianza Editorial, 1967).

8 Eucken, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, 319.

caso de monopolio" (art. 128.2). En este contexto, el constitucionalista español Ignacio García[9] ha argumentado que las normas legales de defensa de la competencia establecen "*un límite intrínseco o inmanente* a la libertad de empresa" pues "su justificación debe buscarse en la propia libertad de empresa constitucionalmente reconocida". Siguiendo de cerca el imperativo categórico kantiano, que prescribe actuar de tal modo que la conducta individual sea universalizable mediante la fórmula "obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal"[10], García sostiene que "quien desarrolla una actividad empresarial no puede ampararse en la libertad de empresa para impedir que otros asuman la misma iniciativa, porque un límite inherente al reconocimiento de cualquier libertad es que sea posible generalizar el mismo grado de libertad para el conjunto de los particulares". La libertad de uno debe ser compatible con la libertad de todos.

La idea de que un determinado derecho tenga ciertos límites intrínsecos, cabe observar, es conceptualmente distinta de los derechos o intereses de terceros. Esto se debe a que los límites intrínsecos no surgen inmediatamente como titularidades individuales, sino que emergen como una preocupación a nivel del sistema normativo que ha reconocido previamente el derecho así limitado por la operación efectiva de sus prescripciones normativas. Velar por el respeto a los límites intrínsecos de un derecho supone una preocupación por mantener el predominio del bien o libertad respectivo en el ámbito de la vida correspondiente.

Citando al constitucionalista italiano Costantino Mortati para afirmar que la garantía de libre iniciativa económica está inseparablemente ligada a la obligación de desarrollar la actividad económica en un régimen competencial, es decir, respetando las lógicas competitivas de una economía de mercado, García[11] agrega que la aceptación de algunos límites en el ejercicio de la libertad económica "forma parte de las condiciones necesarias para garantizar la propia subsistencia del derecho fundamental", fin que se persigue protegiendo el bien jurídico de la libre competencia "frente a conductas de exclusión provenientes de otros sujetos privados". La Audiencia Nacional de España lo planteó de manera similar en una sentencia de 2003, afirmando que la protección de la competencia es "un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado"[12]. Como se ve, estamos frente a una aplicación específica de la prohibición general del abuso del derecho.

En definitiva, desde esta perspectiva dogmática, la libre competencia debe ser tenida como un bien jurídico materialmente constitucional pues constituye un límite intrínseco al derecho fundamental a la libre actividad económica. Garantizar la libertad económica sin reconocer simultáneamente que a esa libertad puede dársele un uso individual incompatible con la preservación general de ese mismo derecho para todos sus demás titulares podría producir una contradicción performativa, materializada en la anulación efectiva de la libertad económica misma.

IV. LA COMPETENCIA COMO CONCEPTO DESARROLLADO LEGISLATIVA, ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIALMENTE EN LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA NORTEAMERICANA

El texto constitucional norteamericano, al igual que el alemán, guarda silencio respecto a la protección de la competencia. Ahora bien, como hemos visto, de ello no podemos concluir que en esas circunstancias la

9 Ignacio García, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 175.

10 Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Madrid: Espasa Calpe, 2001), 92.

11 García, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, 176.

12 García, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, 177.

protección de mercados competitivos sea un bien cuyo reconocimiento, protección y promoción carezca de importancia en dicho sistema jurídico; es más, ni siquiera debiéramos concluir que dicho objetivo carezca de un carácter genuinamente constitucional. Si adoptáramos ese razonamiento, tendríamos que concluir que la libertad de realizar actividades económicas tampoco es un derecho constitucional de que gocen los ciudadanos norteamericanos –o alemanes– pues la libertad económica tampoco está reconocida positivamente como un específico derecho fundamental en la Constitución de Filadelfia de 1787. Desde luego, evidencia de lo contrario es tanto el lugar central que la libertad de mercado ocupa en la sociedad norteamericana como también el nivel y tipo de protección que la legalidad de esta nación le ha efectivamente proporcionado.

La aparente paradoja se resuelve entendiendo el concepto de constitución en un "sentido material", para decirlo en los términos del ya citado Constantino Mortati (1940); es decir, atendiendo no al sistema formal de fuentes normativas, que en el caso norteamericano ignora tanto la libre actividad económica como la libre y leal competencia, sino al tratamiento efectivo que estos bienes han recibido de parte de las fuerzas políticas y los actores institucionales relevantes. En efecto, la historia del derecho norteamericano evidencia que tanto la libertad económica como la libre competencia han sido tratadas en un sentido material como bienes jurídicos de carácter constitucional.

El constitucionalismo norteamericano, altamente influenciado en sus orígenes por las ideas de John Locke, siempre ha reconocido bienes jurídicos y titularidades legales vinculados a lo económico. La propia independencia se proclamó, de acuerdo a la Declaración de Filadelfia de 1776, en nombre de la tesis de que los seres humanos están dotados de "derechos inalienables" como "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad". Sin embargo, los redactores de la Constitución de 1787 consideraron originalmente que estos derechos no dependían en su existencia y contenidos de un acto positivo de promulgación estatal (es decir, no eran positivistas legales), sino de su adecuada justificación racional (una versión ilustrada y racionalista de la idea de derechos inalienables) o de su efectiva observancia en la vida de la comunidad política (una versión *common law* y tradicionalista de la misma idea). Según Alexander Hamilton, la medida inglesa de contar con un *bill of rights* o enumeración de derechos positivizada en un instrumento legal era apropiada para una monarquía, como era el caso británico, donde funcionaban como "estipulaciones entre reyes y sus súbditos, restricciones a la soberanía en nombre del privilegio, reservas de derechos no cedidos al príncipe"[13], pero era innecesaria y podía incluso ser peligrosa en un gobierno republicano, donde podían ser interpretados como limitaciones a eventuales potestades públicas que en estricto rigor no existían pues no habían sido delegadas por el pueblo a sus gobernantes. En palabras de Hamilton, "la constitución no debe estar encargada del absurdo de proveer contra el abuso de una autoridad que no ha sido conferida"[14].

El debate durante el proceso de ratificación con los "antifederalistas", críticos de la propuesta constitucional, llevó sin embargo a James Madison a redactar una propuesta de reforma constitucional que el primer Congreso elegido con la nueva Constitución finalmente tradujo en doce enmiendas, de las cuales diez fueron ratificadas en aquel entonces, adquiriendo así Estados Unidos su propio *Bill of Rights* en 1791. La Novena Enmienda, en particular, estableció que "[n]o se interpretará la enumeración en la Constitución de ciertos derechos para negar o menospreciar otros derechos retenidos por el pueblo". Entre esos "otros derechos", ha argumentado el constitucionalista Randy Barnett (2012), se encontraba la libertad económica, que en la época de la ratificación de las enmiendas era reconocida por estados como Virginia, Massachusetts, New Hampshire, Pennsylvania y Vermont mediante una cláusula contenida en sus textos constitucionales que garantizaba la libertad de adquirir propiedad, poseerla y protegerla ("acquiring, possessing, and protecting

13 James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, *The Federalist*, ed. Jacob Ernest Cooke (Middletown: Wesleyan University Press, 1961), 578.

14 Madison, Hamilton y Jay, *The Federalist*, 579.

property"). En consecuencia, tanto en su original formulación federalista de 1787 como en la reformulación que introdujo el Bill of Rights de 1791, debemos concluir que la constitución norteamericana no era una isla normativa encerrada sobre sí misma, sino más bien un nodo inserto en redes de ideas normativas y de prácticas institucionales donde la circulación de la propiedad en transacciones libremente contraídas en mercados locales formaba parte del "espacio de experiencia" y del "horizonte de expectativas"[15] de los colonos y posteriormente ciudadanos norteamericanos.

El moderno derecho norteamericano de la libre competencia nació como consecuencia mediata de la revolución industrial, "alteración en las condiciones existenciales, para la que apenas es posible hallar precedente histórico alguno"[16]; específicamente, de su segunda fase, situada cronológicamente en la segunda mitad del siglo XIX, en la que nuevos avances en la metalurgia y la química permitieron el surgimiento de una industria pesada que demandaba altos niveles de producción de *commodities* como el carbón, el acero y el petróleo. Las redes de ferrocarriles que tras la Guerra Civil conectaron el territorio norteamericano de norte a sur y de este a oeste permitieron el surgimiento de mercados de genuino alcance nacional en torno a productos tan variados como el vestuario, la producción alimentaria o incluso el hielo; en este contexto, las economías de escala y la maximización de la tasa de ganancia favorecían la concentración de las unidades productivas, ya fuera mediante el crecimiento individual de determinados actores o mediante la asociatividad en los así llamados carteles. Este contexto permitió que pequeños productores y consumidores de todo tipo levantaran diversas demandas de carácter "populista" por protección contra la gran industria, las que finalmente condujeron a la promulgación de la Sherman Act de 1890, cuyo título oficial es *An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies*. Esta normativa empoderó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos para perseguir las vulneraciones a la libre competencia y entregó jurisdicción para conocer de estos ilícitos a los tribunales federales, encabezados por la Corte Suprema. Posteriormente, la Sherman Act fue complementada o modificada posteriormente por la *Federal Trade Commission Act* de 1914, la *Clayton Act* o An *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies*, también de 1914, la *Wheeler-Lea Act* de 1938, y la *Celler-Kefauver Act* de 1950.

En lo que respecta al estatus o carácter "constitucional" de las normas norteamericanas sobre libre competencia, la propia Corte Suprema ha promovido esta asimilación. Así, la sentencia *Appalachian Coals, Inc. v. United States* (1933) afirmó que, "[a]s a charter of freedom, the [Sherman] Act has a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions", agregando que "[i]ts general phrases, interpreted to attain its fundamental objects, set up the essential standard of reasonableness"[17]. Por su parte, la sentencia *United States v. Topco Associates, Inc*., (1972) afirmó que "[a]ntitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms"[18]. No resulta arriesgado concluir que, para la Corte Suprema de Estados Unidos, la libre competencia es un bien constitucional en un sentido material, con independencia de lo que sugiera el sistema formal de fuentes del sistema jurídico norteamericano.

El carácter constitucional de la normativa sobre libre competencia en la jurisprudencia norteamericana queda también en evidencia al asumir perspectivas teóricas y de largo plazo. Los administrativistas William

15 Reinhart Koselleck, *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona: Paidós, 1993), 338-42.

16 Ernst Forsthoff, *Estado de Derecho en mutación: trabajos constitucionales*, 1954-1973 (Madrid: Editorial Tecnos, 2015), 350.

17 *Appalachian Coals, Inc. v. United States,* 288 U.S. 344, 359-360 (1933).

18 *United States v. Topco Associates, Inc*., 405 U.S. 596, 610 (1972).

Eskridge y John Ferejohn[19] (2010) han sostenido que junto a aquello que denominan como "Constitucionalismo con mayúscula" ("Large 'C' Constitutionalism"), asociado a la interpretación de normas constitucionales de textura abierta por los máximos tribunales, existe aquello que llaman "constitucionalismo con minúscula" ("small 'c' constitutionalism"), correspondiente a la dinámica mediante la cual la movilización ciudadana y la deliberación pública estimulan la elaboración de leyes dotadas de gran legitimidad social y la creación de instancias administrativas que aplican dichas normas legislativas de manera dinámica y sensible a las cambiantes preferencias sociales. Ambas serían formas de constitucionalismo pues ambas buscan traducir la voluntad popular en instituciones duraderas que garanticen de manera positiva determinados derechos y libertades fundamentales en diversos ámbitos de la vida social. Es más, Eskridge y Ferejohn[20] argumentan que el "constitucionalismo con minúscula" y su utilización del proceso legislativo y de la acción administrativa "es una mejor manera de desarrollar y expresar nuestras normas e instituciones fundamentales", pues "es más adaptable a las cambiantes circunstancias" y "es más legítima que la actualización de las normas constitucionales realizada rutinariamente por jueces que no han sido elegidos".

En la "constitución del mercado", a juicio de ambos autores, se expresa de manera clara la acción de este "constitucionalismo con minúscula" en el marco del tiempo histórico, de las tendencias que prevalecen en la mediana y la larga duración disturbadas periódicamente por momentos críticos de cambio. El análisis que hacen de la historia de la *Sherman Act* y sus leyes complementarias sobre libre competencia, desde su promulgación en un contexto de críticas hacia los grandes carteles industriales por parte de consumidores y pequeños competidores, pasando por la revisión de su aplicación durante la Gran Depresión, el *New Deal* y la segunda posguerra, su profunda reconceptualización bajo la inspiración de la Escuela de Chicago durante el último tercio del siglo XX, hasta el resurgimiento de una cierta desconfianza hacia la aproximación *laissez-faire* durante la presidencia de Barack Obama –y, podríamos agregar, el reciente giro durante la presidencia de Donald Trump a nivel estatal y federal y en ambos partidos en cuanto a endurecer el *enforcement* de las normas sobre libre competencia contra "gigantes tecnológicos" como Facebook o Google– muestra, a juicio de ambos autores, que las normas norteamericanas sobre libre competencia han mostrado una profunda capacidad de reflejar los consensos políticos y sociales de cada época sobre los cambiantes desafíos económicos y políticos, permitiendo que la *Sherman Act* haya mantenido "su amplio rol constitucional como premisa del libre mercado nacional"[21].

V. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBRE COMPETENCIA NO POSITIVIZADA CONSTUCIONALMENTE EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Hemos visto recién un caso, el norteamericano, en el cual el concepto de libre competencia no ha sido positivizado constitucionalmente, pero aún así se le considera materialmente como un concepto de relevancia y rango constitucional vinculado intrínsecamente a la libertad económica, se le ha dado una protección institucional dinámica donde la jurisprudencia constitucional ha jugado un importante papel en clarificar los valores de la institucionalidad de la libre competencia, y la institucionalidad en su organización y actuaciones ha reflejado las preferencias sociales expresadas a lo largo de los años a través del proceso político. Esto nos sugiere que el mero hecho de que el concepto de libre competencia, o alguno de sus términos relacionados de manera positiva (competencia leal) o de manera negativa (monopolio), esté ausente del texto constitucional en ningún caso significa que tal concepto no pueda recibir atención de parte de los órganos jurisdiccionales encargados de elucidar el contenido de la Constitución.

---

19 William Eskridge y John Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution* (New Haven: Yale University Press, 2010).

20 Eskridge y Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution*, 18.

21 Eskridge y Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution*, 163.

En ese sentido, es posible observar que actualmente el sistema chileno corresponde a un caso donde la libre competencia no está escriturada o positivizada en el propio texto constitucional. Esto no ha significado, sin embargo, que los asuntos vinculados con esta materia, particularmente con la institucionalidad de la libre competencia, hayan permanecido invariablemente al margen de una revisión de su constitucionalidad por el órgano respectivo, el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional de Chile (TC) se ha pronunciado en algunas ocasiones, si bien no numerosas, sobre el diseño institucional orientado a la protección de la libre competencia. Allí donde ha ocurrido, por lo general se han invocado los derechos a la igualdad ante la ley y al debido proceso como fundamentos de la respectiva pretensión de declaración de inconstitucionalidad; y, también por lo general, el TC ha validado la conformidad de dicha institucionalidad con los principios orgánicos y los derechos fundamentales garantizados por la constitución vigente.

Un primer pronunciamiento se produjo mediante la sentencia 391-03, de 7 de octubre de 2003, que ejerció un control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En aquella ocasión el TC, en fallo unánime, validó la constitucionalidad prácticamente de la totalidad del proyecto. Estableció ciertas precisiones respecto a su interpretación de la subrogación del TDLC por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, desechó una reserva de constitucionalidad parlamentaria contra la atribución de dictar instrucciones de carácter general por invadir el ámbito de la legislación con el argumento de que "la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa" ya que constituye sencillamente "una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados" (considerando 13º), y eliminó la referencia genérica a otras disposiciones "reglamentarias" en la norma que establecía la competencia del TDLC y que señalaba las fuentes normativas en las cuales ella podía estar sustentada. Esta sentencia representó, de todas maneras, un imprescindible –pero no por ello menos significativo– acto de revisión de la constitucionalidad del Tribunal de la Libre Competencia, hito que significó un avance importante en la modernización de la protección de la libre competencia en Chile.

Un segundo pronunciamiento del TC se verificó en la sentencia rol 1448-09, de 7 de septiembre de 2010, con ocasión de un recurso de hecho presentado ante la Corte Suprema por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo, tras haber interpuesto infructuosamente un recurso de reclamación ante el propio Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) con el fin de someter a revisión un informe de este último órgano sobre las condiciones de licitación de los frentes de atraque de los sitios 1 y 2 del puerto en cuestión. La norma impugnada, el artículo 31 del texto refundido y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, únicamente admite recurso de reposición ante el mismo TDLC, hecho que los requirentes consideraron como atentatorio a la igualdad ante la ley, ya que establece una diferencia en cuanto a los recursos impugnatorios admitidos ante distintas actuaciones del TDLC, y vulneratorio del derecho a un procedimiento racional y justo, pues contraría el principio de la doble instancia, que admite la revisión de una actuación jurisdiccional ante un órgano superior.

El TC rechazó de manera unánime la solicitud de los requirentes, aduciendo que la igualdad ante la ley supone una comparación entre personas "que se encuentren en las mismas circunstancias" y que por ende el trato debe ser diferenciado "para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes" (considerando 36º), lo que ocurriría en este caso dado que la atribución del TDLC de informar es "una facultad de carácter administrativo –y no jurisdiccional– que constituye el presupuesto necesario para efectuar la licitación de frentes de atraque bajo un sistema monooperador" (considerando 35º). La sentencia del TC lo enuncia de manera directa en el título de su acápite V, señalando que "la facultad de informar es diferente de la de absolver consultas, lo que justifica un estatuto legal recursivo diferenciado, por lo que no se infringe la igualdad ante la ley". La atribución en cuestión "no tiene por objeto resolver una controversia entre partes, sino que complementar la voluntad del legislador quien, por la propia generalidad de la norma legal, no ha

podido contemplar todas las conductas monopólicas en torno a una actividad como la del sector portuario" (considerando 37º). Asimismo, el TC reiteró la doctrina de su sentencia rol Nº 1432-09 en cuanto a que el debido proceso constitucional "no significa que se consagre el derecho a la doble instancia", por lo que "el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación".

Otra sentencia unánime, y además condenatoria en costas, fue aquella signada con el Rol Nº 2658-14, de 9 de octubre de 2014, que resolvió un requerimiento de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. contra la atribución del TDLC de aplicar multas a beneficio fiscal, argumentando que la respectiva norma sancionatoria no distinguía en su catálogo de sanciones entre conductas que constituyen un riesgo para la libre competencia y conductas que directamente dañan o lesionan la libre competencia, lo que generaría un quebrantamiento del principio constitucional de proporcionalidad al asignar iguales sanciones para conductas diferentes. En otras palabras, "al contemplar una sola escala de multas, [la norma] no garantizaría la proporcionalidad con que deben repelerse aquellas conductas" que el Decreto Ley Nº 211 "tipifica como dos modalidades de infracciones", es decir, aquel ilícito "que se concreta lesionando efectivamente la libre competencia y otro que sólo la pone en riesgo", siendo que, según el requirente, "el primero revestiría mayor gravedad" que el segundo, que es aquel en virtud del cual se le habría sancionado (considerando 1º). La Fiscalía Nacional Económica (FNE) no dejó de observar, como se indica en la parte expositiva de la sentencia, que el requirente "argumenta sobre una premisa errónea, pues se aduce que se emitió condena por una conducta de riesgo, en circunstancias que el acuerdo [de precios y frecuencias entre operadores de buses de rutas interurbanas] se ejecutó y produjo resultados, con condena por acto de resultado y no solamente de peligro".

El TC desestimó tajantemente el requerimiento, señalando que "no se han aportado antecedentes que faculten aseverar, con fuerza de verdad apodíctica e invariable, aquella asunción general de que ambas modalidades", es decir el ilícito de riesgo y el ilícito de daño, "necesariamente repercuten con diferente magnitud o intensidad sobre el bien jurídico tutelado, cual es la libre competencia en los mercados" (considerando 3º). En el diseño del modelo chileno de libre competencia, legítimamente, "con la experiencia adquirida no se estimó conveniente inferir de una vez reglas generales y rígidas en la materia, por lo que se prefirió confiar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, creado por esa Ley N° 19.911, una gama de atribuciones cuyo ejercicio ponderado podría ir conformando un régimen jurídico formalmente más desarrollado", flexibilidad reglada y en ningún caso arbitraria en virtud de la cual "le sería dable [al TDLC] sopesar si un ilícito de menoscabo potencial a la libre competencia, en realidad resulta menos grave que otro en que se la lesiona concretamente, acorde con las circunstancias particulares del caso" (considerando 4º). Concluye el TC observando que "[c]onjura el peligro de excesos e imprevisibilidad la circunstancia de que la potestad punitiva se radique en un único órgano jurisdiccional, colegiado y especializado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuyos actos por lo demás son revisables por la Corte Suprema" y cuyas sentencias "deben ser especialmente motivadas, puesto que deben enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que les sirven de sostén" (considerando 14º).

Otras sentencias han abordado aspectos relacionados de manera tangencial con determinadas actuaciones de la institucionalidad de la libre competencia. Por ejemplo, en un caso iniciado por requerimiento de un particular (Rol Nº 4381-18), el TC discutió a la luz de los principios constitucionales del derecho penal la decisión del Ministerio Público de imputar por estafa al requirente, quien estaba siendo investigado por la FNE en un caso de colusión de laboratorios farmacéuticos; el requerimiento fue rechazado en un voto dividido que contó con dos disidentes, quienes argumentaron que el tipo penal de fraude era inadecuado constitucionalmente para juzgar una conducta colusoria, posición que les llevó a abordar con cierta detención asuntos de libre competencia. En otro caso (Rol Nº 6019-19), una compañía de telecomunicaciones solicitó que fuera declarada inconstitucional la imposibilidad de impugnar una decisión del TDLC que rechazó la excepción de falta de oportunidad en la ejecución de una sentencia de la Corte Suprema que le ordenaba

al requirente la devolución de un segmento del espectro radiométrico previa realización de una serie de actuaciones por la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el propio TDLC, requerimiento que fue rechazado por haberse producido un empate de los que el Presidente del TC no puede constitucionalmente dirimir. Estos y otros posibles ejemplos nos muestran que no positivizar el concepto de libre competencia en la Constitución no equivale a que aquel concepto no sea objeto de preocupación de la jurisdicción constitucional.

VI. CONCLUSIÓN: ¿ES CONVENIENTE POSITIVIZAR LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA?

El objetivo de este trabajo, más que entregarle al lector una determinada propuesta bien definida o acabada, ha sido el de estimular su propia reflexión en torno a las ventajas y desventajas de poner por escrito en la nueva Constitución el compromiso normativo con la protección y promoción de la competencia en los mercados. Por ello, concluiremos con algunas breves reflexiones sobre la conveniencia de esta positivización constitucional de la competencia.

Hemos visto que habla en favor de esta positivización la posibilidad de lograr a través de ella una mayor identificación ciudadana con la futura norma constitucional, logrando lo que la doctrina denomina como patriotismo constitucional. También habla en beneficio del reconocimiento constitucional de la libre competencia la noción de certeza jurídica, en virtud de la cual es conveniente que las personas y organizaciones tengan la máxima claridad posible sobre sus titularidades jurídicas y las limitaciones que a ellas corresponden. Es cierto que el reconocimiento a nivel legislativo de la libre competencia como un valor jurídico relevante logra este objetivo; sin embargo, la importancia que este bien jurídico tiene pareciera favorecer la idea de insertar el mismo en la norma legal de mayor rango del sistema jurídico.

Por otro lado, y teniendo en mente las casi infinitas variedades que podría adoptar una norma constitucional sobre libre competencia, es necesario tomar en cuenta los posibles riesgos involucrados en esta positivización, particularmente en cuanto la redacción de la norma busque una definición de la libre competencia que sea demasiado precisa en cuanto al objeto de la regulación y en cuanto al equilibrio entre los distintos valores e intereses que confluyen en el derecho de la competencia. ¿Qué es lo que se consagraría? ¿La existencia de mercados competitivos? Esto supondría, sin embargo, considerar la situación de mercados no competitivos donde la regulación de tarifas y otras condiciones busca simular los resultados de mercados competitivos. ¿La prohibición del abuso de la libertad de mercado? Esto quizás supondría formular definiciones detalladas sobre qué casos son constitutivos de competencia desleal, colusión, o abuso de posición dominante, entre otras conductas vulneratorias de la libre competencia.

En esa línea, García[22] observa que para tomarse en serio la tesis de la libre competencia como límite intrínseco o inmanente a la libertad económica resulta imprescindible "evitar excesos y examinar con rigor qué normas pueden considerarse realmente un límite intrínseco a la libertad de empresa", ya que es un hecho que "los fines que orientan la política de defensa de la competencia son más amplios que el libre acceso al mercado". Por ello, la definición constitucional de la competencia de mercado debiera evitar petrificar un determinado entendimiento o comprensión de la articulación entre libre empresa y libre competencia, así como también abstenerse de adscribirle a las limitaciones constitucionales de la libertad económica un "núcleo fundamental" demasiado extenso que favorezca una interpretación estática de la norma constitucional y congele en el tiempo una determinada comprensión.

22 García, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?,* 178.

Como en muchos otros asuntos, la eventual regulación a nivel constitucional de la competencia debe evitar sobrecargar el texto constitucional a fin de dejar espacio para la política democrática y su implementación mediante los organismos e instituciones legalmente habilitados para este propósito. Toda definición constitucional puede ser demasiado rígida, dificultando el desarrollo de una interpretación dinámica, sensible tanto a los cambios sustantivos en los mercados como también a las cambiantes directrices provenientes en esta materia de las preferencias que prevalecen en el libre juego democrático.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Randy Barnett. "Does the Constitution Protect Economic Liberty?", *Harvard Journal of Law and Public Policy* 35, Nº 1 (2012): 5–12.

Cárdenas, Leonardo. "Fiscal Nacional Económico: 'Los abusos empresariales, graficados principalmente en colusiones, fueron una de las causas del estallido social'". *La Tercera* (17 de agosto, 2020).

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984.

Eskridge, William y John Ferejohn. A Republic of Statutes: *The New American Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2010.

Eucken, Walter. *Cuestiones fundamentales de la economía política*. Madrid: Alianza Editorial., 1967.

———. *Principios de política económica*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

Forsthoff, Ernst. *Estado de Derecho en mutación: trabajos constitucionales*, 1954-1973. Madrid: Editorial Tecnos, 2015.

García, Ignacio. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.

Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 2001.

Koselleck, Reinhart. *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós, 1993.

Madison, James, Alexander Hamilton y John Jay. *The Federalist*, editado por Jacob Ernest Cooke. Middletown: Wesleyan University Press, 1961.

Mortati, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: A. Giuffrè, 1940.

Sternberger, Dolf. *Patriotismo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

Tapia, Javier. "Libre empresa y protección de los mercados en la nueva Constitución". *La Tercera* (3 de noviembre, 2020).

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

Cómo citar este artículo:
Fernando Muñoz León, "La competencia en la nueva Constitución", *Investigaciones CeCo* (abril, 2021),
http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

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