CeCo
CentroCompetencia

Un análisis dogmático de la colusión dura en Chile

Ignacio Peralta Fierro

Prólogo: Juan Pablo Mañalich R.
Presentación: Juan Correa Serrano

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo
CentroCompetencia

Un análisis dogmático de la colusión dura en Chile
Santiago, Región Metropolitana, 2025

© Ignacio Peralta Fierro. 2025

Prólogo: Juan Pablo Mañalich R.

Presentación: Juan Correa Serrano

Diseño y Diagramación: Isidora Val

Se autoriza la reproducción parcial de este
documento citando la fuente.

Cualquier comentario sobre la obra, por favor enviar
un correo a centrocompetencia@uai.cl.

2025

Ignacio Peralta Fierro

Abogado de la Universidad de Chile e investigador
del Centro Competencia UAI

As he died to make men holy
Let us die to make things cheap

Leonard Cohen, Steer your way

Agradecimientos

Quizás a causa de haber hace poco egresado de la Escuela de Derecho no puedo dejar de agradecer a aquellos profesores y profesoras que, sin haber tenido contacto con este producto, contribuyeron de una forma u otra a mi formación académica. Creo que lo bueno que pueda tener este libro es, en gran parte, una expresión de que tuve excelentes docentes, y que lo malo expresa que no he aprendido aun lo suficiente. Son tantos los profesores y profesoras hacia los cuales tengo una deuda de gratitud que no vale la pena enumerarlos uno a uno.

Con todo, más allá de aquel agradecimiento genérico, tengo algunos agradecimientos más específicos que realizar. En este sentido, agradezco a Alejandra Olave, Francisco Agüero, León Ferrada, Javier Contesse, Juan Pablo Mañalich y Lautaro Contreras.

Agradezco, además, al Centro de Competencia y sus distintos miembros, con especial mención a su director, Felipe Irarrázabal, y su coordinador de investigación, Juan Pablo Iglesias, por permitirme publicar este libro en su editorial, así como por todo el conocimiento que he podido adquirir directamente de ellos.

Tabla de contenidos

09 Prólogo — Juan Pablo Mañalich Raffo

12 Presentación — Juan Correa Serrano

18 Introducción

20 ***Primera Parte: Qué busco decir en este libro***

22 1. ¿Insubordinación judicial en Chile?
25 2. El *antitrust* tecnocrático
27 3. La tecnocracia y el populismo
30 4. Se acata, pero no se cumple
35 5. ¿El fin de la historia de la libre competencia?
39 6. Recapitulación

40 ***Segunda Parte: la regla per se y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia***

41 1. Introducción
42 2. La regla *per se* y la regla de la razón
43 3. La naturaleza de la distinción entre la regla de la razón y la regla *per se*
46 4. Sobre la distinción como "modo de análisis" de las conductas
52 5. La sanción de la colusión en la letra a) del inciso segundo del artículo
59 6. Las otras conductas sancionadas en el inciso segundo del artículo 3: las letras b), c) y d)
62 7. Excurso: la arbitrariedad de la regla de la razón
62 7.1. La excesiva amplitud de la regla de la razón
67 7.2. Algunas posibles objeciones
70 8. Recapitulación

71 ***Tercera Parte: el bien jurídico protegido por la legislación chilena de libre competencia***

72 1. Introducción
75 2. El Debate Chileno
75 2.1. Consideraciones previas
76 2.2. "El caso tipo", Mario Ybar
80 2.3. La tesis de Domingo Valdés
81 2.4. La tesis de Osvaldo Artaza
85 3. La diferencia entre el *common law* y el derecho continental y su impacto en la discusión

85 3.1. Sobre la diferencia entre el derecho moderno y el derecho premoderno
92 3.2. El método: el derecho continental en serio
93 4. El bien jurídico protegido por la sanción de la colusión dura
93 4.1. El contenido del bien jurídico
95 4.2. La naturaleza del bien jurídico libre competencia
95 4.3. La forma de afectación del bien jurídico
98 5. Recapitulación

99 ***Cuarta Parte: tipo objetivo***

100 1. Sujeto activo
102 2. La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, a partir del caso supermercados
102 2.1. El caso
103 2.2. La relevancia de la discusión
104 2.3. Las tesis respecto del contenido de la distinción
116 2.4. La comunicación como factor central de una práctica concertada
120 2.5. Conclusión de esta sección
121 3. Conducta y verbos rectores
123 4. Objetos sobre los cuales recae el acuerdo o práctica concertada.
123 5. Modalidad de acción
124 5.1. El modelo analítico
127 5.2. La aplicación del modelo a las distintas modalidades de colusión

129 ***Quinta Parte: Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (single continuous infringement). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?***

130 1. Un problema recurrente: cómo unificar las acciones de un esquema colusivo
135 2. Asociación ilícita, delito continuado y unidad típica de acción
136 3. La analogía con la asociación ilícita
136 3.1. Estructura de la asociación ilícita
138 3.2. Modalidad de acción bajo la asociación ilícita
139 3.3. Los límites y el soporte legal de la analogía a la asociación ilícita
141 4. El acuerdo único y continuo: ¿delito continuado?
146 5. Unidad típica de acción en el delito de colusión
152 6. Diferencias entre la unidad típica de acción y el AUC
153 7. Conclusión

154 Referencia

169 Jurisprudencia citada

Prólogo

Juan Pablo Mañalich Raffo
Julio, 2024

Lo que la lectora o el lector tiene ante sí es una obra peculiar. Su peculiaridad estriba en que en ella se ve reflejada una doble condición, más bien improbable, de quien lo ha escrito: a pesar de su juventud, el autor del libro demuestra poseer un solvente dominio del canon doctrinal del derecho de la libre competencia, a la vez que sólidos conocimientos de dogmática jurídico-penal. Esta es una combinación inusual, pero que aquí se ve fértilmente expresada en la articulación de un enfoque teórico con ayuda del cual Ignacio Peralta logra ofrecernos una clarificadora exposición tanto de los fundamentos de la criminalización de la colusión como de la fisonomía típica del delito así penalizado.

En cuanto a lo primero, la monografía se abre con una indagación acerca del impacto que ciertos rasgos de lo que cabría llamar la "idiosincrasia cultural" del discurso doctrinal chileno en el campo del derecho del *antitrust*. Tal como lo sugiere el uso generalizado de este anglicismo, ese discurso ha tendido a estar dominado por una comprensión del fenómeno jurídico que puede estimarse inherente a la tradición del *common law*. Al enfatizar esto último, Peralta parece inclinarse por situar el asunto en el contraste de aquella tradición con la del derecho europeo continental y, con ello, en la reivindicación del postulado de la sujeción del juez a la ley que subyacería al ideal de la codificación. Sin embargo, por debajo de ese contrapunto cultural emerge el genuino "clivaje" sobre el cual, a mi juicio acertadamente, Peralta hace descansar su reconstrucción crítica. Se trata de la tensión entre la racionalidad "tecnocrática" que, según el autor, orientaría la operación del derecho de la libre competencia, por un lado, y la racionalidad característicamente

formalista que es distintiva de la aplicación de la legislación penal, por el otro. Es en consideración a esta tensión que, en el marco del capítulo segundo, la sempiterna controversia acerca de si la prohibición de las diversas formas de comportamiento anticompetitivas tendría que ser modulada según el modelo de la "regla de la razón" o, en cambio, según el modelo de la "regla *per se*" es eficazmente desmontada.

Lo anterior sienta las bases para la implementación, desplegada a lo largo de los tres capítulos restantes, de una estrategia teórica encaminada a brindar una caracterización dogmáticamente rigurosa del contenido de injusto del delito de colusión, tal y como este se encuentra penalizado en el Decreto Ley 211, para lo cual Peralta hace prevalecer la ya aludida racionalidad formalista que es definitoria de lo que, para insistir en el contrapunto, podemos llamar la "mentalidad del penalista". Especialmente meritorio resulta ser, a este respecto, el desnudamiento de la inadecuación de un enfoque "eficientista" para la identificación del bien jurídico protegido a través de la correspondiente prohibición punitivamente reforzada. A partir de una enteramente plausible postulación de la competitividad del comportamiento desarrollado por los agentes de mercado como el auténtico objeto de protección, Peralta dedica el capítulo cuarto al análisis de la estructura del tipo formulado en el art. 62 del DL 211. Particular interés tendría que despertar, en este último contexto, su propuesta de diferenciación conceptual de lo que cabe entender por "acuerdos" y por "prácticas concertadas", que tiene significativas consecuencias para la demarcación del tipo. El libro alcanza, tal vez, su mayor grado de sofisticación analítica en la contraposición, presentada en el capítulo quinto, entre tres aproximaciones posibles para enfrentar el desafío de la "unificación" de las conductas que puedan estimarse constitutivas de la materialización de uno y el mismo esquema colusorio. Tras someter a prueba las aproximaciones respectivamente consistentes en asimilar la estructura típica de la colusión a la de un delito de organización, o "asociativo", o bien en echar mano al "fetiche jurídico" —Novoa Monreal *dixit*— correspondiente a la noción de delito continuado, Peralta aboga, convincentemente, por la superioridad del criterio de la "unidad típica de acción" para dar cuenta de los presupuestos, y de los límites, de la identificación de una única instancia de realización del tipo.

Las apretadas disquisiciones precedentes deberían bastar, espero, para sugerir cuán innovador resulta ser, sobre el trasfondo del debate doctrinal preexistente, el abordaje de la criminalización de la colusión plasmado en este libro. Esto es suficiente para celebrar su publicación, con la esperanza de que la práctica jurídica en el campo del derecho de la libre competencia se vea debidamente interpelada, y enriquecida, por los planteamientos que en él se documentan.

Juan Pablo Mañalich Raffo.
Abogado de la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn
Profesor titular
Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Presentación del libro

Juan Correa Serrano
Julio, 2024

El Derecho de libre competencia en Chile ha tenido un desarrollo exponencial, al menos desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 2003. Dan cuenta de ello la evolución de las mallas curriculares en las universidades, la proliferación de centros de libre competencia, la oferta de las oficinas de abogados y los estudios de opinión pública[1].

Sin embargo, la producción académica en torno a la libre competencia parece no haber seguido el mismo ritmo. Aun cuando existen esfuerzos muy valorables —como el del centro del que es parte el autor y en el que se publica este libro — la producción académica es todavía limitada. Hay un solo manual general, que está pronto a cumplir 20 años desde su publicación. Esto, naturalmente, puede deberse a la creciente complejidad de esta área del derecho, o a que los nuevos modelos de administración de las universidades y sus métodos de evaluación de los profesores no premian los libros. Ha crecido la cantidad de artículos especializados, pero suelen enfocarse en problemas específicos. Muchos son frutos de informes en derecho o escritos por abogados practicantes a partir de sus experiencias del trabajo diario. Con todo el valor que estos tienen, suelen carecer de una visión panorámica y no es infrecuente que estén influidos por los intereses de las partes a que los abogados representan o para las que los profesores informan. A todo lo anterior, cabría sumar el hecho de que buena parte de quienes escriben tienen —como es natural— limitaciones para criticar con libertad las decisiones judiciales.

Si es posible afirmar lo anterior respecto de la doctrina, el problema es aún más pronunciado si pensamos en la producción con pretensiones teóricas respecto de la libre competencia. A pesar de que en Chile los problemas teóricos suelen ser poco atendidos en un área del derecho tan orientado al quehacer judicial, una práctica que opera irreflexivamente adopta teorías sin necesariamente saberlo.

[1] Solo a modo ejemplar, ver CeCo UAI, Percepciones ciudadanas sobre libre competencia en Chile, septiembre de 2021. Que esto es una peculiaridad chilena sin correlato en otras jurisdicciones con sistemas de competencia de mayor antigüedad y prestigio puede verse en Umut Aydin, Attitudes Towards Collusion in Chile, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 17, Issue 1, marzo de 2021, pp. 168-193.

En este contexto, no cabe sino celebrar el libro de Ignacio Peralta. A su corta edad, ha venido a llenar un vacío importantísimo. Y lo ha hecho con esfuerzo titánico y bien logrado. El esfuerzo es titánico porque no solo busca, como reza su título, ofrecer un análisis dogmático de la colusión —cubriendo temas tan importantes como la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón de todo el artículo 3° del DL 211, el bien jurídico protegido, el tipo objetivo del delito de colusión y un análisis dogmático penal de la noción administrativa de acuerdo único y continuo— si no que se ha puesto sobre sí la titánica tarea de hacerlo desde la teoría positivista del derecho, llamando la atención respecto de los riesgos de la cultura jurídica chilena de libre competencia sobre la legitimidad democrática de del derecho de competencia.

Lo hace además en un estilo llano, cercano y ágil — en la medida en que ello es posible transitando por áreas naturalmente áridas. Tiene un estilo frontal, sin abandonar con ello una sana cuota de escepticismo sobre sus propias conclusiones.

Por último, el libro da cuenta de una investigación muy exhaustiva, tanto del derecho nacional como comparado. En cada caso, el texto explica de manera didáctica prácticamente todo lo que ha dicho la doctrina chilena y se detiene en las principales tesis del derecho europeo y norteamericano. El autor no se limita a elegir de entre las teorías disponibles aquellas que le resultan más convincentes, explicando las razones, sino que tiene además importantes espacios de reflexión propia, original. El libro tiene una cuota no despreciable de teoría del derecho y de derecho penal, dos áreas en que el autor ha sido ayudante de cátedra y que yo conozco muy superficialmente. Por lo mismo, en lo que sigue me limitaré mayormente a hacer comentarios desde la perspectiva de quien ha practicado derecho de competencia por varios años, sin pretensiones académicas. Quizás en parte también por lo anterior, no abordo sistemáticamente ninguno de los temas tratados en el libro. Me limitaré a consignar algunos comentarios sueltos que me evocó la grata lectura de sus páginas. Avanzo algunas tímidas críticas o dudas, y sugiero algunos espacios que en ediciones posteriores de este mismo libro —o en otras investigaciones— pueden ser abordadas.

Como adelantamos, el libro busca ofrecer un análisis positivista de la colusión, identificando y haciendo frente a una cultura jurídica que tiende a ignorar o sacrificar el tenor literal en post de la persecución de los fines del derecho de la competencia. La cultura jurídica de libre competencia en Chile, sostiene el autor, tendría un cierto consenso implícito sobre esos fines, pero su identificación carece de credenciales democráticas, tiende a disolver el derecho en el razonamiento general y es intrínsecamente inestable.

Creo que es cierto el derecho de competencia —chileno y comparado— muestra desafección por la forma. Basta revisar la jurisprudencia y la doctrina para notar que el razonamiento sustantivo desborda el tenor de la ley, restableciendo a veces la transitividad entre el razonamiento general y la solución de los casos que la ley está supuesta a quebrar. Un ejemplo del que el libro no echa mano: la interrupción de la prescripción mientras subsistieran los efectos de la colusión era aplicada por el TDLC antes de que el legislador la introdujera en 2009.

Creo que es también cierto que los consensos que se han construido en torno a qué es esa sustancia o finalidad no son fácilmente reconducibles a la voluntad general, y que se trata de consensos inestables, no mediados institucionalmente, que se empiezan a notar cada vez con más fuerza al revisar la discusión internacional.

En este contexto, me parece que el llamado de atención que hace el libro sobre los costos y riesgos que ello entraña deben ser bienvenidos; aunque, quizás, más como una forma de despertar la consciencia que como un llamado a derrumbar lo que existe.

Hay, sin embargo, rasgos propios del derecho de competencia que pueden también explicar, al menos en parte, el origen de estos fenómenos. El libro alude a ellos, al reconocer que es al menos parcialmente cierto que algunos de estos problemas pueden deberse a lo parco del DL 211. Creo que la tremenda diversidad de conductas que el derecho de competencia busca regular, en contextos que es imposible prever (a decidir de antemano, pero también a ciegas), explican en parte que el derecho chileno y comparado recurran a formas jurídicas especialmente abiertas y escuetas. Que las normas de conducta compartan estas características en todo el mundo se debe en parte a los trasplantes legales, pero también a la naturaleza de las materias reguladas. Y aunque en esto los trasplantes también tienen culpa, tampoco es casual que el derecho de competencia opere en forma similar en jurisdicciones en que la adjudicación está a cargo órganos judiciales y de agencias administrativas (donde la objeción democrática debiera ser más tenue), o en los que tienen una tradición de derecho continental o anglosajón.

Tampoco debe perderse de vista que el derecho de competencia (y la cultura jurídica que lo rodea) no está compuesto solo por sus normas sustantivas, que son pocas y parcas. Hay además un importante entramado de normas procesales que tiene aplicación muy cotidiana tanto en los juicios como en las investigaciones. Aunque no sea esta la ocasión de discutirlo en detalle, creo firmemente que en estas áreas el apego al tenor literal es muchas veces más puntilloso en el derecho chileno de libre competencia que en la práctica procesal penal.

Por su parte, si bien es cierto que el derecho comparado es a veces aplicado en Chile como si las normas fueran las mismas, debe tenerse un cuidado al menos simétrico en discutir sobre los fines del derecho de competencia como si su historia legislativa y sus arreglos institucionales fueran los mismos. Ni la discusión legislativa de la *Sherman Act* se dio en el Congreso chileno ni existen en la mayoría de los países tribunales conformados por economistas. Nuestra historia legislativa y nuestra orgánica —contenida en normas sancionadas por voluntad popular— deben, también, ser tenidas en cuenta al juzgar los consensos tecnocráticos que gobiernan nuestro derecho de competencia.

Asimismo, y aunque esto pueda ser ideología enmascarada, no debe perderse de vista que el consenso tecnocrático en torno al derecho de competencia ha demostrado una conciencia de sus límites, un cierto autocontrol, que no siempre impera en otras áreas del derecho donde la forma ha perdido su lugar central. El consenso tecnocrático ha sido especialmente insistente en que se trata de un instrumento capaz de solucionar una cantidad limitada de problemas, desfigurándose cuando se le quiere expandir. Esto, naturalmente, puede ser interpretado como una justificación para dejar un mayor espacio al mercado, pero no debe perderse de vista que ahí donde el derecho de competencia se detiene el instrumento más adecuado suele no ser el mercado, sino la regulación.

En seguida, cabe poner una nota de cautela en cuanto a que la informalidad del derecho de competencia disuelve el razonamiento jurídico en el razonamiento general. O, dicho de otra forma, que en el paradigma dominante del derecho de competencia los casos se decidan echando mano de todo tipo de consideraciones generales, sin que derecho cumpla su rol de excluir razones como relevantes por haberlo decidido de antemano el legislador. Así, por ejemplo, la regla de la razón no es, como a veces parece sugerirse, un análisis de todos los costos y beneficios de una conducta. No es el "éter de las políticas públicas" hecho un principio. La regla de la razón excluye un sin número de razones, deseables e indeseables, de la ecuación. Que sea una norma que obliga al juez a ponderar no significa que incluya en esa ponderación todas las cuestiones que podría considerar el legislador, por su mayor legitimidad democrática y por su configuración institucional.

Dicho todo lo anterior, puede parecer no tan sorprendente que el análisis dogmático que ofrece el libro sobre la colusión en Chile no sea tan radicalmente distinto como cabría esperar de contraponer un canon positivista y deferente con el autogobierno democrático con un canon funcionalista y antiliteralista sistemáticamente dispuesto a dejar de lado el tenor de la ley.

Si bien es cierto que algunas de las interpretaciones del derecho vigente que alcanza el libro suponen cambios importantes (como que la regla general de análisis es la regla *per se* y la regla de la razón la excepción), y en muchas de ella ofrece argumentos sólidos y persuasivos que de imponerse

implicarían vuelcos relevantes, da la impresión al leerlo de que es una teoría que rivaliza con muchas otras en un mismo paradigma, y pugna con algunas propuestas por autores que no provienen precisamente de la cultura jurídica de libre competencia chilena o que puedan ser acusados no percibir la falta de deferencia al legislador como algo problemático.

En otros casos, me temo, se acusa a otros autores de desviaciones del tenor literal que el autor parece repetir. Así parece ocurrir, por ejemplo, cuando el autor señala como un defecto de las teorías disponibles sobre el bien jurídico protegido que no citan ni una sola vez la ley (o cuenta las escasas veces que lo hacen).

Dejo para el final algunas cosas que creo pueden profundizarse en la promisoria línea de investigación que este libro inaugura, o más bien consolida.

El texto ofrece una interesante distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, basada en una línea doctrinaria que explica a veces con mayor claridad que su fuente original. Esta distinción, más sólida que las hasta ahora disponibles en nuestro medio, dota de sentido su tratamiento separado por parte del legislador y provee un medio para distinguir conductas ilícitas de delitos. Sin embargo, salvo por las referencias a las prácticas facilitadoras y los intercambios de información, el *test* más ácido que propone (basado en Black y complementados por Page), parecen correr el riesgo de clasificar como prácticas concertadas buena parte de lo que hoy entendemos como acuerdos. Sea por el carácter típicamente fragmentario de la prueba de colusión, sea por motivaciones estratégicas de quienes buscan coludirse (motivaciones que esta distinción podría fomentar), una parte no despreciable de los casos de colusión actuales descansan más en instancias de actuación conjunta, dependencia y la confianza mutua, que en formas claras de oferta y aceptación. Esto puede ser menos problemático en Europa (para Black), en que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas tiene pocas consecuencias; o en Estados Unidos (para Page), en que el derecho positivo ni siquiera las distingue. En Chile unos son delitos y las otras no. Aunque esta preocupación pueda constituir una manifestación más de un canon finalista, creo que una reconstrucción dogmática del delito de colusión parece exigir aquí una explicación adicional.

En seguida, reservo algunas dudas de que los objetos sobre los que pueda recaer la colusión sea un punto transparente. Menciono algunas cosas que creo podrían requerir atención. Mientras el artículo 3 letra a) se refiere a asignar zonas o cuotas de mercado, el artículo 62 alude a dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado. Más allá de que la inclusión de dos nuevos verbos pueda requerir alguna explicación, queda la duda con los acuerdos de reparto de clientes, cuentas u otros objetos semejantes. En el ilícito administrativo, la mayor flexibilidad interpretativa (o la cultura

jurídica imperante) no ha impedido que estos acuerdos se sancionen. Quedan dudas de qué cabe concluir ante las mayores exigencias de tipicidad penal. Por su parte, dado que los acuerdos para afectar los resultados de licitaciones suelen fijar el precio al que se venderá el bien o servicio licitado, quedan dudas del tratamiento penal que debieran recibir las licitaciones privadas que fijen un precio de compra o de venta. En fin, aunque quizás de menor importancia, quedan dudas sobre ciertos casos de acuerdos para fijar determinar condiciones de comercialización. Un ejemplo muy recurrido en estos casos es el crédito, que en otras jurisdicciones han sido tratados como acuerdos de precio.

En fin, creo que merece una investigación más profunda —aunque probablemente separada— la recepción del derecho de competencia en la tradición continental. Más allá de que el trasplante desde el *common law* pueda explicar en parte la falta de atención al tenor literal —y de que tratarlo como derecho premoderno pueda ser matizado desde que tienen derecho legislado—, todavía quedan dudas de cómo este derecho puede ser acomodado en nuestra tradición. Asimismo, existen algunos otros rasgos de esta tradición jurídica que puedan echar luces sobre algunos de los problemas dogmáticos de esta área. Solo por sugerir un ejemplo, como en el derecho romano, muchos de los aspectos del *common law* se entroncan en su comprensión del derecho a partir de la acción. Quizás algo de esto pueda explicar las dificultades para entender la regla de la razón no como un método de análisis, sino como una carga probatoria, y los acuerdos únicos y continuos como presunciones.

Juan Correa Serrano
Abogado de la Universidad de Chile (2003-2007)
LL.M. de la Universidad de Nueva York (2013-2014)
Abogado de la División de Fusiones de la Fiscalía Nacional Económica (2010-2013)
Jefe de la División Anticarteles de la Fiscalía Nacional Económica (2016-2024)
Socio en Bering Consultores (2024-presente)

Introducción

Este libro es una transformación de mi tesis de pregrado, titulada "Bien jurídico y tipo objetivo en la sanción penal y administrativa de la colusión" (Peralta 2021), la cual fue guiada por el profesor Lautaro Contreras Chaimovich. Por lo tanto, es el descendiente de aquel proyecto que la Universidad de Chile requiere como parte del proceso de titulación. Con todo, si bien este trabajo desciende de dicha tesis, se diferencia lo suficiente como para que merezca ser publicado (al menos considerando su originalidad).

Para explicar por qué creo que este es el caso, haré un breve ejercicio genealógico en cuanto a su contenido. Una vez publicada mi tesis en el repositorio de la Universidad de Chile, decidí enviar varias partes de ella a diversas revistas académicas. Para ello, además de separar la tesis en secciones, profundicé mi conocimiento sobre cada uno de los temas que publicaba, y también intenté expandir su foco. Así, lo que era publicado en dichas revistas, si bien tenía como antecedente directo lo expuesto en mi tesis, era complementado. Además, esto no solo significó que profundicé mis planteamientos, sino que, a ratos, también cambié de postura, lo que se vio motivado por la crítica de revisores anónimos y de personas que tuvieron la gentileza de revisar distintos borradores de artículo. No obstante, este libro no es (solo) una reconsolidación de mi tesis de pregrado; no es solo un trabajo en que reúno las partes de ella que antes separé. Además, aprovecho la publicación de este libro para corregir argumentos, pulir su redacción, y actualizar su bibliografía. De esta manera, mi objetivo al redactar este libro fue tanto redondear el esfuerzo que significó mi tesis de pregrado, como preparar un producto nuevo. Además, no solo trabajé directamente sobre mi tesis, sino que además realicé algunos trabajos que excedían su foco, como es el caso del antecedente directo del capítulo I.

Dicho todo lo anterior, creo necesario transparentar cuales son los antecedentes bibliográficos de este libro. Como decía, el antecedente más lejano de éste es mi tesis de pregrado (Peralta 2021). Luego, el antecedente del capítulo I es un texto titulado "Tecnocracia y Populismo en Libre Competencia: dos caras de la misma moneda" (Peralta 2023c). Por su parte, el capítulo II se nutre de dos artículos: "La regla per se y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)" (Peralta 2022d) y el artículo titulado "La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

debería dictar instrucciones generales de manera intensiva" (Peralta 2022a). El capítulo III se nutre de un artículo titulado "El Bien Jurídico Protegido por la Legislación chilena de Libre Competencia" (Peralta 2022e). Luego, el capítulo IV es en gran medida heredero de mi ya mencionada tesis y de un artículo titulado "La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas (un análisis a partir del "caso supermercados")" (Peralta 2023b). Finalmente, el capítulo V se construye a partir de un artículo titulado "Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (single continuous infringement) ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?" (Peralta 2022c).

No puedo dejar de agradecer a las revistas que publicaron estos artículos. Estas son la Revista de Estudios de la Justicia, la Revista Derecho & Sociedad, la Revista Ius et Praxis y la Revista de Derecho Económico. Sin la labor gratuita que tanto ellas como sus revisores anónimos realizan, la academia sería, ciertamente, peor. En gran medida, este libro no habría sido posible sin los comentarios negativos y positivos que recibí mediante estas.

Primera Parte
Qué busco decir en este libro

Qué busco decir en este libro

Si el derrotismo estuviera justificado tendría que haber elegido un género literario diferente, por ejemplo, el diario de vida de un escritor helenista que simplemente documenta, para generaciones subsecuentes, las promesas incumplidas de una cultura que se hunde (Habermas 1996: prefacio XLIII)[2]

En este libro, por supuesto, busco decir cuestiones relacionadas con su título. Así, me referiré a la regulación que tiene la colusión en Chile, lo que me llevará a tratar cuestiones como el bien jurídico protegido por la sanción de la colusión, los tipos de colusión que se sancionan, etc.
Pero más allá de esto (que es de por sí muy importante), busco ofrecer un análisis que me gustaría llamar positivista. Esto, al menos en el sentido algo minimalista de que el positivismo se trata de poder identificar un dominio normativo específico, el jurídico, que es más pequeño, y distinguible del universo normativo entero, la moral (Schauer 1989, 460), siendo aquí fundamental la distinción entre un dominio normativo con algunos bordes que constriñan la interpretación, y un dominio normativo que yace más allá de dichos bordes, que existe sin estos (Schauer 1989, 461)[3].

Busco ofrecer esta perspectiva positivista, pues el análisis doctrinario del *antitrust* o libre competencia se caracteriza por algo defectuoso: una escasa atención al tenor literal de la ley. Ello, a su vez, dificulta distinguir un argumento propiamente jurídico de un argumento normativo más general. Por ello, quiero contrastar mi aproximación, que busca restaurar el lugar central de la ley, con otras aproximaciones que no prestan demasiada atención al derecho positivo. Busco hacer esto tanto por la vía de criticar casos salientes de desatención al tenor literal de la ley, y por la vía de fundamentar mi análisis en la mayor medida posible en el derecho positivo[4].

[2] Ésta, y todas las citas directas de obras en inglés son traducciones libres.

[3] Así, "no todas las proposiciones en inglés son perfectamente traducibles al francés, y no todas las proposiciones en francés son traducibles al inglés. Con todo, hay algunas cosas que pueden ser dichas en francés que no pueden ser dichas en inglés. De manera similar, si bien las proposiciones no pueden ser perfectamente traducibles, pueden haber algunas cosas que puedan ser dichas en el "lenguaje social general" que no pueden ser dichas en el «lenguaje doctrinal»" (Schauer 1989, 462). Así, la disputa sobre el positivismo es una disputa sobre la autonomía del derecho, acerca de la medida en que el derecho es en algún sentido útil distinguible de la vida social, y de la medida en que las instituciones que suponen dicha autonomía tienen razón de existir (Schauer 1989, 472).

[4] Quedará al juicio del lector si este esfuerzo es suficiente.

Ya que proceder así puede parecer algo pasado de moda o excéntrico, sobre todo cuando la doctrina mayoritaria ya no pierde el sueño con cuestiones como lo que dijo o no dijo el legislador, intentaré explicar por qué es necesario restaurar el lugar central del derecho positivo. Por ello, en este primer capítulo me centraré en algo que parece no estar relacionado con la colusión: la cultura jurídica que es preponderante en sede de libre competencia. Esto, ya que quien ofrece una lectura "legalista" de la colusión debe enfrentarse a la forma habitual de tratar estos asuntos, pues tiene la carga de la prueba al ser una posición minoritaria.

Con todo, para introducirme en este asunto que puede parecer algo excéntrico, haré alusión a otra cuestión que está en el centro de las preocupaciones de la doctrina de *antitrust*: el populismo. Así, en este capítulo abordo la relación que existe entre la cultura jurídica hegemónica en libre competencia, la tecnocracia y el populismo. Primero, analizo la cultura jurídica de libre competencia en Chile y concluyo que mantiene una tendencia internacional de ignorar el tenor literal y, en vez de ello, seguir lineamientos sobre cómo maximizar algún tipo de eficiencia. Segundo, argumento que este fenómeno tecnocrático, si bien se considera a sí mismo contrario al populismo, se asemeja a éste pues, en ambos casos, se dificulta la deliberación política. Tercero, argumento que el *statu quo* tecnocrático es inestable y tiene problemas de legitimidad.

1.¿Insubordinación judicial en Chile?

A veces repetimos frases algo rimbombantes que sospechamos son parcial o totalmente falsas. Entre estas podemos contar con varias promesas de la modernidad, como que todas las personas son iguales o que todos somos libres. Aquí también podemos incluir la promesa del autogobierno colectivo. Según esta, las reglas que nos rigen han de ser reconducibles a la voluntad del pueblo. No por nada el artículo 1 de nuestro Código Civil define a la ley como "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite". Pero que la voluntad soberana se manifieste en la forma prescrita por la Constitución no es suficiente para que dicha voluntad, nuestra voluntad, tenga vigencia real. Para que dicha voluntad sea efectiva debe, entre otras cosas, ser hecha valer por los jueces de la Nación.

A este respecto, en una contribución titulada *Antitrust and Democracy,* Daniel Crane destacó que en la aplicación de las normas de *antitrust* en EE. UU. existe una persistente insubordinación judicial hacia la voluntad de las ramas electas del Estado (Crane 2021a, 8). Dicho eso, vale la pena preguntarse si se puede afirmar que lo mismo está ocurriendo en Chile.

Responder esta pregunta es difícil. Hacerlo supone determinar cuán formal o informalmente se aplican las reglas, y esto no se relaciona con éstas, sino que con algo tan vago como la cultura jurídica de un determinado contexto. En ese sentido, no es una característica del material legal (i.e.: las leyes) lo que explica la formalidad del derecho, sino que es algo acerca de la práctica legal como un todo (Atria 2002, 198)[5]. Por ello, caracterizar la cultura jurídica en un determinado momento y lugar presenta ciertos desafíos, porque dicho ejercicio depende de una generalización respecto de cómo opera la doctrina y jurisprudencia. Así, al operar inductivamente, siempre pueden aparecer ejemplos que contradigan la generalización lograda.

Dicho eso, hay autores en nuestro medio que han intentado desarrollar dicha generalización. Así, al contrastar el razonamiento jurídico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) con el de la Corte Suprema, Tapia y Montt han llegado a la conclusión de que la Corte Suprema "impone sus interpretaciones estatutarias sobre las interpretaciones finalistas [*more policy oriented*] del TDLC"[6] (Tapia y Montt 2012, 149) lo que se debe, según estos autores, a que esta desconfía del TDLC "y su excesivo análisis económico (en desmedro de los clásicos silogismos jurídicos)" (Tapia y Montt 2012, 155). Es decir, el órgano jurisdiccional a cargo de aplicar la normativa de libre competencia tiene una interpretación menos apegada al tenor literal que la que tienen organismos que no se especializan en libre competencia (como la Corte Suprema). Y, al parecer apoyando la práctica del TDLC, tenemos a autores que afirman que "no es una buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal" (Grunberg y Montt 2017, 326, N°91).

Por supuesto, que haya poco apego al tenor literal tiene impacto institucional. Esto explica que, al describir el quehacer del TDLC, Montt ha afirmado que "lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional" (Montt 2011, 5) y que Agüero, parafraseando a Holmes, haya incluso llegado a afirmar que "el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es" (Agüero 2022)[7].

[5] Como indica Crane, dado que las reglas carecen de mecanismos internos que especifiquen cuando deberían aplicarse, incluso cuando una norma está estructurada como una regla antes que como un estándar, esta regla a su vez requiere de otras reglas, cánones de interpretación y otros criterios decisionales que terminan acabando con la aparente simpleza de la regla (Crane 2007a, 72). Esto se debe a que ninguna regla puede regular su propia aplicación (Habermas 1996, 199).

[6] Esta y todas las siguientes referencias a este texto son traducciones libres del autor.

[7] Con todo, como dice Greppi, "sin una mínima referencia a la "verdad", cualquiera que sea la noción que queramos asumir de la verdad en este contexto, la claudicación decisionista se hace inevitable, con todas consecuencias políticas que de ahí se derivan. La afirmación de que no existe la posibilidad de establecer una diferencia significativa entre instancias correctas e incorrectas en la producción y aplicación de las normas jurídicas, al menos en la generalidad de los casos, sencillamente, echa por tierra la idea misma de Estado de derecho" (Greppi 2017, 152). Además, como dice Habermas sobre la filosofía del derecho actual, hay que oponerse al creciente escepticismo entre los académicos, sobre todo a aquel que es un falso realismo que subestima el impacto empírico de las presuposiciones normativas de las prácticas legales actuales (Habermas 1996, XLI).

Esto es un desarrollo preocupante. Esto, pues el fundamento de la independencia judicial es que con tal arreglo se espera lograr el estricto apego de los jueces a la ley (pues su única preocupación será fallar de acuerdo a derecho). Pero si tal apego estricto a la ley no existe, entonces la independencia judicial deviene arbitraria en el sentido de que su fundamento desaparece. Y por ello, la actuación del TDLC pasa a adolecer de un déficit de legitimidad.

Por supuesto, alguien podría responder que este estado de cosas se debe a lo parco del texto del Decreto Ley 211 (DL 211). Pero esto, si bien es parcialmente correcto, no explica todo el asunto, pues aun cuando la ley es clara, al parecer se prefiere una interpretación "más finalista", en los términos de Tapia y Montt pues, como veíamos más arriba, interpretar literalmente el derecho de la competencia se considera una mala idea[8].

Pero una vez que se afirma que se ha de interpretar "de manera finalista" el derecho de libre competencia inmediatamente surge la siguiente pregunta: ¿en función de qué finalidad irá a ser interpretado?

Con todo, en nuestro contexto no se ha discutido con suficiente profundidad sobre este punto y aun así el sistema funciona de forma regular. Pero lo anterior es llamativo, pues tenemos un sistema que: a) para funcionar debe definir su objetivo, b) tiene operadores que no discuten en demasía respecto de cual es este último[9], y c) aun así funciona.

Y la pregunta clave es: ¿cómo a pesar de que el sistema necesita un objetivo definido para funcionar es capaz de hacerlo aun si este no es articulado explícitamente? La única respuesta posible es que existe una forma de consenso implícito dentro de nuestra cultura jurídica en lo que respecta a cuál es el objetivo del sistema. Y por ello tenemos autores que afirman que actualmente la doctrina chilena se contenta con afirmar que el objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores (Grunberg 2017, 307-8)[10].

[8] De forma similar, Crane ha afirmado que en EE. UU. "si bien los estatutos de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes han frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo" (Crane 2021a, 8). Asimismo, Oldham ha afirmado que las normas de antitrust en EE. UU. "han sido absolutamente distorsionadas por un grupo de abogados muy hábiles que se especializan en la litigación de antitrust y por cortes que dan espacio a sus argumentos" (Oldham 2006, 3).

[9] Respecto de cómo ha sido tratada esta cuestión por la academia chilena, ver: (Peralta 2022b).

[10] Dicho lo anterior, decir que la eficiencia es "el fin" de la libre competencia es decir bastante poco, pues la eficiencia es un valor relacional, no sustantivo (eficiente es aquella relación en que se logra algo al menor costo posible, con total independencia de qué es lo que se logra y qué se usa para lograrlo; de hecho, la esclavitud podría ser eficiente).

Todo lo anterior se afirma sin sustento en el derecho positivo. Como dice González (González 2020, 3), "aunque no explícitamente mencionado en las leyes, se ha convergido a que el objetivo último de la libre competencia es el bienestar del consumidor". En palabras de Oldham (Oldham 2006, 26), la doctrina pareciera haber escogido "del éter de las políticas públicas un principio (por muy económicamente eficiente que sea) que no tiene relación alguna con el canon aceptado de interpretación legal"[11].

2. El *antitrust* tecnocrático

De esta manera, dado que existe un consenso implícito en torno a los fines de la libre competencia, tenemos una cultura jurídica que se concentra sobre todo en cuestiones de medios, en aspectos técnicos sobre cómo implementar cierto objetivo que al parecer es autoevidente. Así, estamos ante una forma de *antitrust* que busca reglas técnicas diseñadas para definir e implementar objetivos económicos defendibles (Hovenkamp 2018b, 583). En tal medida rige un paradigma técnico de *antitrust*, un paradigma donde se afirma que "para distinguir lo verdadero —conductas pro competitivas— de lo falso —conductas anticompetitivas— (…) requerimos indiscutidamente de la teoría económica" (Montt 2011, 15)[12]. Por lo anterior pareciera aplicar a Chile lo que dice Lina Khan respecto de la doctrina estadounidense, esto es, que hay un fuerte acuerdo dentro de la comunidad de libre competencia de que, más allá de debates sobre test doctrinarios específicos, la ley está, en general, en el sendero correcto (Khan 2020, 1665). Así, en este momento estamos frente a un antitrust tecnocrático que aísla las funciones gubernamentales de las presiones políticas y hace que estas sean administradas por expertos antes que por generalistas (Crane 2011, 70).

Lo anterior tiene un impacto en la forma en que se interpretan las leyes. Esto, pues el paradigma de interpretación recién descrito hace que en doctrina se vuelva hegemónico el análisis económico basado en los efectos (*effects based approach*)[13]. Y esto es así, pues este es el tipo de razonamiento tecnocrático de vanguardia que puede ser vendido como una herramienta regulatoria neutra que trasciende las circunstancias locales o regionales (Crane 2016, 209).

[11] Esta y todas las siguientes referencias a este texto son traducciones libres del autor.

[12] Esto, por supuesto, debe tener en cuenta la realidad institucional de la jurisdicción y los vaivenes de la teoría económica, por lo que no debemos adoptar reglas legales cuyos beneficios superan sus costos y cuyos esfuerzos de implementación exceden la capacidad institucional (Montt 2011, 18). Note en todo caso el lector que todo el esfuerzo de este método propuesto por Montt depende de que sepamos qué significa que algo sea competitivo o anti competitivo.

[13] Véase Peralta (Peralta 2022b, 447) respecto del tránsito de la doctrina.

Pero para promover una visión del *antitrust* que trascienda las costumbres locales, se deben pasar por alto las distintas normas que existen en los países, pues mientras el ideario tecnocrático de *antitrust* es homogéneo, las leyes de *antitrust* son heterogéneas (varían de país en país). Es por ello que, bajo una visión tecnocrática del *antitrust*, las cuestiones legales pasan a ser decididas exclusivamente sobre la base de un análisis económico supuestamente objetivo, que no admite ninguna consideración o perspectiva fuera de las de los economistas y expertos del campo (Katz 2020, 413). En otras palabras, con el auge del *antitrust* técnico, el *expertise* tecnocrático y flexible reemplaza el análisis textual. Por ello, la teoría económica y un análisis *post hoc* y contextual de los hechos —más que categorías legales aprioristas— se vuelven centrales en los procedimientos de *antitrust* (Crane 2007a, 50).

De todo lo anterior, Crane concluye que en este momento el *antitrust* tecnocrático es posible porque la disciplina ha logrado una posición de consenso respecto de sus objetivos (Crane 2007b, 61). Pero es al revés: es un régimen tecnocrático lo que puede sostener un sistema que solo funciona a partir de consensos implícitos, consensos no cuestionados. Solo un régimen donde toda discusión es sobre los medios para implementar un fin que no se cuestiona es uno que puede eludir constantemente la cuestión relativa a la finalidad del sistema (con todo, al menos en EE. UU. este velo se está levantando gracias a autores como Lina Khan y Tim Wu, como intentaré mostrar más adelante).

Esto no es baladí, pues viene asociado a que la decisión de cuestiones políticamente controvertibles pase de estar en las manos de la ciudadanía (mediante sus representantes) a estar en las de un grupo de juristas o expertos[14]. Es más, constituye un retroceso a formas premodernas de comprensión del derecho, en las cuales este no era creado por los ciudadanos (que entonces eran súbditos), sino descubierto a través del ejercicio de la razón entrenada de jueces y abogados[15]. Esto es grave, pues ignora que el mérito del derecho moderno, que está fundado en la idea de voluntad soberana a

[14] Me refiero a "juristas o expertos" debido a la composición mixta: entre abogados y economistas del TDLC.

[15] En el contexto del derecho penal, Mañalich analiza un fenómeno parecido que denomina principialismo. Este consiste de un tipo de análisis doctrinario que asume que es posible identificar un conjunto de principios cuya satisfacción sería necesaria para poder afirmar que las decisiones del legislador son legítimas (Mañalich 2018, 60). Y, como vimos, en el caso de la libre competencia ocurre algo análogo, pues bajo el criterio funcionalista de interpretación actualmente imperante, la sanción de una determinada conducta depende de la satisfacción de un conjunto de principios cuya existencia la doctrina tan solo asume (mas no cumple la carga argumentativa de fundamentar). En otras palabras, es una especie de principialismo lo que subyace a las interpretaciones funcionalistas imperantes actualmente. Esto, pues se asume la existencia de ciertos principios de cuya satisfacción depende que una interpretación sea correcta, incluso más allá del tenor literal (y, consecuentemente, la voluntad del legislador). Y esta estrategia interpretativa es altamente problemática desde la perspectiva de la legitimidad de las decisiones tomadas pues, como advierte Mañalich, "la pretensión misma de que la política criminal habría de quedar sometida a una cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas prepolíticas, no resulta compatible con la contingencia y la inmanencia definitorias del juego político democrático. Dicho de otra manera: el principialismo político-criminal, en la versión aquí examinada, parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas" (Mañalich 2018, 62).

la que hace referencia el artículo 1 del Código Civil, es que hace posible la transformación de los súbditos en ciudadanos que se autogobiernan (Atria 2004a, 140-41)[16] (sobre los méritos del derecho moderno volveré a hablar en el capítulo III).

Por supuesto, el auge del *antitrust* tecnocrático no es un fenómeno nuevo. Con todo, lo que sí es relativamente novedoso es que, sobre todo a nivel comparado, ha habido una creciente discusión en torno a la finalidad de la libre competencia. Pero destacar la vertiente política del *antitrust*, el carácter sustantivo de la decisión respecto de qué perseguirá el sistema como un todo, suele ser tratado como "embestidas [que] provienen del frente que podríamos llamar populista" (González 2020, 3)[17].

Pero esto no es así, pues ambos fenómenos se definen por contraposición y se refuerzan mutuamente[18]. O al menos eso intenta demostrar la siguiente sección.

3. La tecnocracia y el populismo

En esta sección me quiero detener en la tecnocracia y su irónica relación con el populismo pues, como vimos, es común escuchar voces que tratan a toda postura contraria a la del tecnócrata como inmediatamente populista[19].

A este respecto, la tecnocracia puede entenderse como el canto de sirenas de un mundo sin política, donde las decisiones son tomadas por la gente correcta y la vida transcurre tranquilamente, sin arremetidas pasionales de gente inexperta. Según esta forma de ver las cosas, las funciones

[16] Por esto es importante dar cuenta de lo dicho más arriba sobre la independencia judicial. Esta solo se justifica en la medida que las normas que los jueces aplican sean reconducibles al poder legislativo (o la administración). Pero si los jueces toman un rol político de creación de normas, entonces la independencia judicial pierde su fundamento. Este retroceso a un tipo de derecho pre-moderno se relaciona con un fenómeno que revisaré más abajo: la posdemocracia. Como dice Crouch, esta se caracteriza por el hecho de que, si bien las formas de la democracia siguen totalmente en pie, y en algún sentido son efectivamente reforzadas, la política está incrementalmente retrocediendo hacia el control de elites privilegiadas en la forma característica de los tiempos predemocráticos (Crouch 2004, 6)

[17] Nótese además que el artículo donde González comenta esto lleva por título "*Antitrust* bajo ataque".

[18] En palabras de Mudde, "el elitismo es el reflejo frente al espejo del populismo: comparte su visión de mundo maniquea, pero quiere que la política sea una expresión de los ideales de una elite moral antes que la amoral gente común" (Mudde 2004, 543-44).

[19] Así, autores como Hovenkamp usen de manera intercambiable los términos "populista" y "político" (Hovenkamp 2018b, 584, 620, 623). De una forma relacionada ocurre que autores como Crane afirman que de la negación de la idea tecnocrática del antitrust se sigue el populismo, pues ambos son términos antitéticos (Crane 2011, 70).

gubernamentales deben aislarse de presiones políticas y el Estado debe ser administrado por expertos técnicos. Así, se espera que cuestiones concernientes a nuestras decisiones fundamentales sean tomadas por técnicos. En otras palabras, nos encontramos ante la versión más actualizada del sueño de la superación de la política por la mera administración de las cosas (Greppi 2017, 157).

A nivel comparado podemos encontrar a Hovenkamp defendiendo el *antitrust* técnico. En su defensa de la doctrina técnica del *antitrust*, llega a afirmar que esta doctrina:

> 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 (Hovenkamp 2018b, 596)

De este fragmento, vale la pena destacar que Hovenkamp cree que es asunto de los expertos definir, crear y administrar reglas técnicas. Pero crearlas supone saber cuál es el objetivo que se quiere perseguir y esto, en sí mismo, no es una cuestión técnica. En otras palabras, esta tesis implica que existe algo así como un grupo de expertos cuya sabiduría les permitiría definir cuál es el objetivo que debiera perseguir la libre competencia, para luego, a partir de eso, crear reglas de implementación de dicho objetivo.

Que los expertos definan cuáles son los mejores medios para alcanzar cierto objetivo es razonable: por supuesto que el conocimiento empírico de la economía es valioso e indispensable para un área como esta. Dicho eso, no es razonable que un grupo de expertos determine cuáles son los fines de la ley, pues esto no hace que la ley sea mejor, sino que sea una ley distinta.

Ante ello, el tecnócrata podría simplemente encogerse de hombros y preguntar: ¿y qué? Pues podría aceptar que es cierto que su visión lleva a que un grupo de expertos esté a cargo de la política, y defender que eso lo tiene sin mayor cuidado porque ellos tienen mayor conocimiento e impondrán una voluntad políticamente neutra (o mejor, apolítica). Pero esto es inviable, pues como dice Hobbes:

> Cuando los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que todos los demás, reclaman e invocan a la verdadera razón como juez, pretenden que se determinen las cosas, no por la razón de otros hombres, sino por la suya propia (…). No hacen, entonces, otra cosa tales hombres sino tomar como razón verdadera en sus propias controversias las pasiones que les dominan, revelando su carencia de verdadera razón con la demanda que hacen de ella (Hobbes 1996, 33)

En términos más simples, los tecnócratas asumen dogmáticamente su opinión como la verdad y así niegan la importancia y necesidad de la deliberación política. Es decir, tienen una visión prepolítica o irreflexiva de la verdad o la corrección en política. Y el caso del populista es similar. Este último, como el tecnócrata, también niega la importancia de la deliberación política y tan solo asume de manera irreflexiva o prepolítica que hay un conjunto de demandas sociales que han de ser perseguidas, ignorando la argumentación sustantiva. Así, ambos participan de una cierta forma de dogmatismo y por esto se niegan a cumplir con las cargas argumentativas propias de las sociedades modernas[20]. Esto explica que algunos autores hayan llegado a afirmar que el paradigma hegemónico de *antitrust* acusa a sus contradictores de populistas para escudarse de la crítica (Orbach 2017, 3).

Dicho lo anterior, afortunadamente nuestras opciones no se reducen a populismo y tecnocracia. Antes bien, un entendimiento correcto de la política consiste en discutir racionalmente tanto sobre los fines de nuestra vida en común como sobre los medios para alcanzar estos fines. Pero hacer esto supone validar la intermediación institucional y una concepción procedimental de la legitimidad política, cosas que tanto el populista como el tecnócrata están de acuerdo en rechazar. Es que, como dicen Bickerton e Invernizzi, el populismo y la tecnocracia comparten su oposición a: a) la mediación de los conflictos políticos mediante los partidos y b) la idea de que la concepción específica del bien común que ha de prevalecer y ser traducida en políticas públicas es una construida mediante procedimientos democráticos de deliberación parlamentaria y competencia electoral (Bickerton y Invernizzi 2015, 3).

Como intentaré mostrar más abajo, actualmente vivimos en sociedades diversas, por lo que no es autoevidente la manera en que debemos llevar a cabo nuestra vida en común. Lo anterior es

[20] Con esto no busco negar que el TDLC cumple su deber de fundamentación de las sentencias. Estas son bastante extensas y argumentativas. El punto, más bien, dice relación con la falta de argumentación explícita en torno a qué es aquello que el tribunal busca proteger.

problemático, pues para vivir en comunidad hemos de tener algún grado mínimo de consenso. Pero si no hay acuerdo inicial, entonces el único tipo de consenso al que podemos llegar es de índole reflexiva, esto es, un consenso que se construye a partir de la deliberación e intercambio de posturas contrapuestas. Por ello, fuera de comunidades pequeñas, la expresión de la voluntad popular es bastante problemática y debe ser mediada por instituciones representativas (Crouch 2019, 125)[21].

Así, vale la pena reivindicar que la legitimidad de los resultados de una democracia partidaria depende no de su aproximación a una visión prepolítica de la "justicia", sino de que estos resultados sean generados mediante un conjunto de procedimientos que se tienen como expresivos de valores constitutivos de la democracia (Bickerton y Invernizzi 2015, 5).

Pero en su alianza en contra de la democracia deliberativa, tanto el populista como el tecnócrata rechazan el valor de la intermediación política, apelando directamente a ciertos valores como si su importancia fuera autoevidente, dejando de lado la carga argumentativa que supone apoyar a estos últimos. Como sentencia Bellolio "populismo y tecnocracia en algo se parecen: ambos quieren ahorrarse el proceso de mediación y deliberación que ofrecen los partidos y las instituciones formales de representación" (Bellolio 2020, 49).

4. Se acata, pero no se cumple

Aunque suene exagerado, la tecnocracia jurídica no contribuye en lo absoluto a la resolución de estos problemas, sino todo lo contrario. Como veíamos, algo que está reñido con la tecnocracia es la intermediación política, pues el tecnócrata apela a una verdad prepolítica que no tiene relación con la deliberación de la comunidad. A este respecto, la intermediación política supone que la validez de una decisión depende de que pesta pueda ser entendida como el resultado de un proceso deliberativo y democrático. Y el producto de esto es la ley, gracias a la cual por fin podemos afirmar que tenemos un espacio común, más allá de nuestros desacuerdos previos. En otras palabras, es el desacuerdo sobre la respuesta moral o políticamente correcta lo que explica la existencia del sistema institucional autoritativo, que es el derecho (Rosler 2018, 15). Así, tomando como presupuesto el desacuerdo, la deliberación democrática es capaz de transformar lo políticamente controvertido en algo imparcial, el derecho positivo, y nos permite tener una respuesta institucionalmente mediada a la pregunta de cuál es la voluntad del pueblo.

[21] Como afirma Habermas, al nivel postradicional de justificación la única ley que cuenta como legítima es aquella que puede ser racionalmente aceptada por todos los ciudadanos en un proceso discursivo de opinión y formación de voluntad (Habermas 1996, 135).

Advertir esto es crucial pues es indispensable que identifiquemos de forma institucionalmente mediada cuál es la voluntad del pueblo en sociedades tan diversas e incluso conflictivas como la nuestra. Pero si apelamos a la voluntad general de una forma no institucionalmente mediada, quienes están en desacuerdo con nosotros no son ya personas con las que meramente estamos en desacuerdo, sino que pasan a ser personas que se oponen a la voluntad popular. Y así, o se moraliza el conflicto político del día a día (rasgo bastante común del populismo)[22], o se trata al resto de ignorantes[23] (rasgo común de la tecnocracia). Por lo anterior, el sentido de la estructura legislativa es permitir la identificación no-partisana de la voluntad del pueblo tal como está establecida en el tenor literal de la ley. Pero, como decía, la tecnocracia jurídica hace esto improbable al no prestar obediencia hacia la voluntad del legislador. Y así reintroduce el conflicto político en sede judicial.

Ante este fenómeno es necesario preguntarse si la cultura jurídica interna de los juristas, desde la práctica cotidiana en los tribunales o en la administración, hasta en los medios académicos, es capaz de asimilar la creciente influencia de una determinada manera de entender la naturaleza y la función del derecho que bien puede caracterizarse como tecnocrática (Greppi 2017, 148).

Mi impresión es que, por lo que hemos visto, al ni siquiera percibir la falta de obediencia al legislador como algo problemático, la dogmática nacional de libre competencia no alcanza a captar el problema. Esto, pues el antitextualismo, al ser un discurso típicamente moral e inmediato, en el que lo que vale es el contenido de nuestras razones, no la autoridad de una institución, tiende a confundir el derecho existente con el que debería existir (Rosler 2018, 15). Por ello daña o derechamente ignora los pocos espacios de consenso que tenemos en una sociedad tan fragmentada como la nuestra[24].

[22] Así se puede entender la siguiente definición de Bellolio del populismo: "[u]na estructura discursiva moralizante que divide el espectro político entre un pueblo virtuoso y una elite corrupta" (Bellolio 2020, 47). De la misma manera: (Mudde 2004, 543). Esto, pues si se asume un concepto prepolítico de pueblo, "si un grupo o partido cree que el otro encarna el mal, entonces, sus miembros probablemente denunciarán los acuerdos como deshonestas concesiones a fuerzas oscuras" (Galston 2018, 13)).

[23] Como diría Waldron "si realmente creemos que las verdades que hemos alcanzado son "autoevidentes", nuestra única explicación de que otras personas lleguen a respuestas diferentes va a ser que estas otras personas son tontas o pícaras" (Waldron 1999, 224).

[24] Por supuesto, el antitextualista podría decir que sí respeta la voluntad del legislador, pero que no es esta la que está expresada en una defectuosa ley, pues, por ejemplo, sería irracional respetar una ley mala o ineficiente. Pero el problema es que, con tan solo invocar la intención general e hipotética del legislador de sancionar la mejor ley posible, este podría apartarse de la ley y todo en aras de la intención misma del legislador. Así, muchas desobediencias pueden ser redescriptas en términos de la más fiel obediencia (Rosler 2018, 16). El problema, en otras palabras, es que dado que la ley proviene de un conjunto de personas tan variado como aquel que hay en el poder legislativo, uno nunca puede saber con certeza cuál es el acuerdo al que estos llegaron como cuerpo colectivo, excepto con referencia a las palabras que tienen frente a sí (Waldron 1999, 25).

Respecto de que la cultura jurídica no alcance a captar lo anterior como un problema, cabría hacer un par de aclaraciones. Como dice Habermas, la interpretación jurídica depende de la presencia de cierto paradigma, el que supone un determinado modelo de sociedad y una idea respecto de cómo funciona la democracia constitucional (Habermas 1996, 194). Al respecto, mi hipótesis es que el paradigma que subyace al canon eficientista de interpretación asume que la deliberación solo tiene valor si ocurre entre expertos técnicos que tienen cierto conocimiento especial, y es por esto que están sistemáticamente dispuestos a dejar de lado el tenor literal; dentro de su paradigma no valoran que el tenor literal es la forma en que queda plasmada la voluntad del legislador. Y esto, por supuesto, no es algo exclusivo del derecho de libre competencia, y es que, como dice Waldron:

> Actualmente, la legislación consagrada mediante votaciones tiene una muy mala fama en la teoría del derecho. Parece tan insensata —contar cabezas y decidir que un solo voto en el margen decida una cuestión— cuando lo que está en juego es alguna gran cuestión o compleja materia de policy. Esto contrasta con el elaborado proceso deliberativo de las cortes, donde las premisas y razones para una decisión son encarnados en el argumento que aparece en la sentencia (Waldron 1999, 26)[25].

A lo anterior hay que agregar que los paradigmas suelen endurecerse y convertirse en ideologías en la medida que sistemáticamente se recluyen a sí mismos de percibir nuevas situaciones. También resisten diferentes interpretaciones de los derechos y principios, ya que éstas los empujarían a reconocer experiencias históricas radicalmente nuevas[26]. Y estos paradigmas operan y se estabilizan mediante monopolios profesional y judicialmente institucionalizados respecto de la interpretación, los que solo permiten revisión interna de acuerdo a sus propios estándares (Habermas 1996, 221). Lo anterior explica, en parte, la incapacidad del canon eficientista de percibir el valor en el textualismo, pues no está dentro de su paradigma interpretativo la idea de que la voluntad popular es valiosa; como diría Hayek, "estos proceden alegremente sobre la ficción de que los factores que pueden percibir son los únicos relevantes" (Hayek 1989, 3).

[25] Note en todo caso el lector que dentro del mismo TDLC también hay desacuerdos y que estos también se deciden mediante votación, existiendo a veces un margen de un mero voto.

[26] Un análisis en estos términos está presente en (Peralta 2022b, 455).

En estos términos, el paradigma de los tecnócratas de la libre competencia supone que la obediencia al legislador no es importante, sino que lo central es hacer que el sistema sea más eficiente. Y esto se explica porque para el tecnócrata la corrección de una respuesta no depende de que sea, como dice nuestro Código Civil, "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite". Más bien su corrección depende de que dicha norma sea razonable o eficiente, por lo que solo fija la mirada en maximizar cierto objetivo, aun yendo en contra del tenor literal y, por tanto, de la voluntad del legislador. Por ello, el ideal del gobierno de los expertos, es decir, de las personas más capacitadas para descubrir las soluciones "correctas", alimenta las tensiones antiformalistas (Greppi 2017, 147). Así, bajo esta visión, el conocimiento, la competencia técnica en la resolución de problemas, y no la autoridad, es la clave del éxito (Greppi 2017, 156). Es decir, lo inverso al *dictum* hobbesiano: *veritas non auctoritas facit legem.*

Esto es importante, pues la separación de poderes estatales depende de que nuestros operadores jurídicos estén dispuestos a aceptar que existe una delicada separación de competencias entre los organismos con legitimación democrática directa que crean las reglas (el poder legislativo o la administración) y los organismos que las aplican (los jueces). Esto se debe a que el derecho consiste en un intrincado sistema formal de delimitación y diferenciación de competencias. Por eso, el derecho necesita que los funcionarios encargados de aplicarlo reconozcan el valor superior de preservar esta compleja estructura de diferenciación de competencias, no porque de este modo la solución vaya a ser más justa, sino porque solo de esta manera es posible el autogobierno de nosotros, los chilenos (Atria 2003b, 56-57). En otras palabras, la separación de poderes es parcialmente dependiente de convenciones sociales, y esto implica que las cortes deben cuidarse de no usurpar el poder legislativo al decidir cuál es el contenido del derecho (MacCormick 2011, 43).

Las consideraciones institucionales recién esgrimidas evidentemente tienen relación con la cultura jurídica, con el canon interpretativo de quienes operan el sistema: solo si en su actuar del día a día los jueces muestran deferencia al legislador, la idea de que la ley es la voluntad soberana tiene algo de realidad[27]. Por esto, por ejemplo, existe la prohibición de analogía en el derecho penal: solo bajo tal constreñimiento interpretativo se hace probable que las leyes penales apliquen restrictivamente, y que los jueces tengan poco poder en comparación al poder legislativo. Y algo parecido puede decirse aquí,

[27] Y aquí juega un papel estelar el rol crítico y vigilante de la doctrina, pues si bien carece de potestas, si su opinión está suficientemente bien fundada debería tener algo de auctoritas con el que controlar el quehacer del tribunal.

pues que los jueces de libre competencia hagan realidad la voluntad del legislador depende de que estos sean deferentes a él, de que se tomen en serio sus palabras, de que tomen en serio el tenor literal[28].

Respecto a esto último, en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de *antitrust* de EE. UU., Crane nos advierte de 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 (…) proporciona 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 (Crane 2021b, 1252)[29].

Crane dice que su tesis no es prescriptiva, sino que descriptiva (Crane 2021b, 1250). Yo sí seré prescriptivo. Este patrón antitextualista no es nada menos que la insubordinación de las cortes a quienes tienen el legítimo poder de crear normas: la administración o el poder legislativo.

El fenómeno recién descrito conduce a que la política de competencia pase al control de un grupo de expertos que domina qué tipo de argumentos son o no aceptables dentro de la sede de libre competencia. Esto es preocupante, pues en el quehacer político con ciudadanía universal hay problemas para todo tipo de política virtuosa si grandes grupos dentro del electorado son excluidos

[28] Y es por esto que, en el contexto de EE. UU., Oldham denuncia "mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes" (Oldham 2006, 55). Es decir, esto ya es denunciado en una tradición donde la innovación jurisprudencial es más aceptada, por lo que, en nuestro país, de tradición continental, esto debería ser bastante más problemático. Pero, como dice el mismo Oldham, "la sabiduría convencional alegremente hace vista gorda a estas fuentes de ilegitimidad" (Oldham 2006, 22). Y además de lo anterior hay que considerar que, si los jueces no toman en serio la voluntad del legislador, los operadores jurídicos y sobre todo los jueces terminan operando como *free-riders*. Esto, pues si bien las instituciones autoritativas —como las judiciales— en principio tratan de persuadirnos con los fundamentos de sus decisiones, debido a nuestra propia obstinación, con frecuencia se ven forzadas a recordarnos que no es la corrección misma de sus decisiones la que nos obliga, sino su autoridad (Rosler 2018, 12). En otras palabras, la existencia de los tribunales y la fuerza obligante de sus decisiones se basa en la misma ley que después ignoran. En este sentido, el antitextualista espera que el ciudadano se sienta obligado en cuanto a reconocer la existencia del tribunal y la fuerza de sus decisiones pues esto se basa en la ley, pero no admite que esa misma ley le guie a él en sus decisiones. Esto es sumamente problemático, pues las consecuencias de entender que la vinculación institucional es puramente estratégica son claras, pues no tiene sentido pretender que la vinculación no es simétrica: si mi vinculación a la ley es estratégica, no puedo pretender que la tuya no lo sea (Atria 2013, 100). En otras palabras, el que niega lealtad a la ley, esto es, a la expresión de nuestra comunidad, no puede pedir eso de vuelta. Y así, nuestros lazos se debilitan, pues se hace improbable la pretensión del derecho moderno de que "la desestabilización resultante del desacuerdo es evitada en virtud del hecho de que los destinatarios de las normas no pueden poner en cuestión la validez de las normas que deben seguir" (Habermas 1996, 37).

[29] El carácter antidemocrático del *antitrust* tecnocrático se sostiene en que "la toma de decisiones de *antitrust* está cada vez más libre de presiones políticas y se ha delegado a especialistas" (Crane 2007b, 5) y en que la disciplina esté "capturada por abogados y economistas que avanzan sus objetivos autoreferentes libres de control político y económico" (First y Weber 2013, 2544).

de la participación en la vida pública y, pasivamente, permiten que su marginal quehacer político sea manejado por elites (Crouch 2004:prefacio X-XI).

Esto es lo que ocurre en sede de libre competencia, pues es bastante más probable que sea escuchada la voz del ciudadano común si es que la cuestión es planteada en el Congreso (pues allí la representatividad está asegurada o al menos es más probable), o ante la administración (donde la acción política no es velada, sino que es enjuiciada políticamente). Lo anterior no es así en sede judicial, donde incidir implica costos y además hay que aceptar el reductivo marco de los tecnócratas jurídicos de turno. Por ello, como alguna vez afirmó Roscoe Pound criticando la creación judicial de normas en desmedro de la legislación:

> Hoy reconocemos que la así llamada costumbre es una costumbre de decisión judicial, no una costumbre de acción popular. Reconocemos que la legislación es la verdaderamente democrática manera de tomar decisiones. Vemos en la legislación la más directa y precisa expresión de la voluntad general (Pound 1908, 406).

5. ¿El fin de la historia de la libre competencia?

Otra defensa que aún podría esgrimir el tecnócrata es que la fuerza de los hechos ha llevado al estado de cosas actual, pues el marcado carácter técnico de la disciplina implica necesariamente que cuestiones complejas no puedan ser tratadas adecuadamente por el poder legislativo, sino que deben ser tratadas por expertos[30]. Así, el desarrollo de una tecnocracia jurídica en libre competencia sería un desarrollo tan natural como irreversible[31]. A este respecto, es importante resaltar una crucial diferencia entre nuestro sistema de derecho continental y el sistema de derecho anglosajón. Desde la perspectiva del *common law* se normaliza la creación de reglas por un tribunal, pues se entiende que, dentro de ciertos márgenes, se está aplicando un derecho objetivamente correcto que existe más allá de las reglas (sobre esto volveré detenidamente, infra, cap. 3). Pero desde una perspectiva moderna, que entiende el derecho como una expresión de voluntad soberana a la cual los tribunales están sometidos, el derecho judicialmente creado es problemático.

[30] Pero dada la creciente complejidad social esto podría llegar a ser cierto respecto de todas las áreas de la vida, por lo que este argumento eventualmente dejaría fuera de juego a la democracia si es llevado hasta sus últimas consecuencias.

[31] Creo que esta sería una conclusión apresurada, pues antes de llegar a ella habría que descartar toda solución posible, tal como tener un ente administrativo que crea y aplica reglas (como en la Unión Europea), o usar facultades actualmente existentes para promover una regulación más fina. Pero el problema es que, por descartar de antemano que exista un problema, entonces no se llega a ver si existe alguna solución. Por supuesto, es posible que no haya solución, creer lo contrario sería voluntarismo. Pero esa es una conclusión a la que solo podemos llegar después de agotar todas las opciones posibles.

Sobre este particular, es importante entender la relación entre un cierto tipo de doctrina y las condiciones históricas en las que surge. Y aquí nos podemos ayudar de una aguda observación que realizara Roscoe Pound al explicar la actitud negativa de los operadores jurídicos de un sistema de *common law* ante el derecho legislado. Éste explica que, como la legislación era relativamente irrelevante durante el periodo de crecimiento del derecho anglosajón, era natural que el derecho legislado pasara a ser visto como uno que entregaba reglas para situaciones extremadamente particulares y circunscritas, como algo excepcional y ajeno al cuerpo jurídico como un todo (Pound 1908, 389-90). En otras palabras, dado que el sistema anglosajón se desarrolló principalmente mediante la jurisprudencia debido a la falta de suficiente legislación, luego surgió una doctrina que normalizó aquello y trató al derecho legislado como algo extraño.

En nuestro contexto, esto permite esbozar la siguiente hipótesis: como el sistema de libre competencia se ha desarrollado principalmente mediante sentencias, entonces se ha desarrollado una visión doctrinaria que normaliza aquello. Y es por lo anterior que no se ve como un problema que requiera de una solución el hecho de que tengamos un sistema regido principalmente por la jurisprudencia del TDLC. Pero mirado desde fuera, esto sí amerita al menos ser puesto en discusión, sobre todo cuando hay herramientas que permiten mitigar este problema.

Con todo, como dice Crane, es ingenuo pensar que la tecnocracia representa el momento final e idílico del *antitrust* (Crane 2007b, 68). Esto, pues si se dan ciertas condiciones de controversia política sería inevitable un nuevo conflicto sobre las normas de *antitrust* y su implementación (Crane 2007b, 69)[32].

Si dicha politización ocurre y a ella sumamos un canon antiliteralista de interpretación, la aplicación de las normas de libre competencia será altamente impredecible, pues se volverá conflictiva la forma de plasmar diferentes visiones políticas sobre la libre competencia, sin que aquello pueda ser mediado por decisiones legislativas[33].

[32] Respecto del caso chileno, no parece haber indicio alguno de esto, lo que quizás indica que nuestra cultura jurídica es bastante más "homogénea" que la de países como EE. UU. Con todo, muchas demandas políticas con bastante arraigo en Chile pueden eventualmente ser transformadas y afectar el corazón de la libre competencia. Por ejemplo, la demanda por mayor igualdad podría plasmarse en cambios a la política de libre competencia que llevara a la persecución de dichos valores (en EE. UU. podemos ver como Tim Wu argumenta a favor de esto en: (Wu 2018b). Asimismo, se podría intentar mayor dispersión del poder económico mediante una política de libre competencia distinta (argumento también presentado en: (Wu 2018b)). Hay muchas demandas generales que pueden ser potencialmente impuestas a la institucionalidad de la libre competencia. Con esto no busco afirmar que ello sería buena idea (tampoco intento afirmar que sería mala idea; hace falta una discusión aparte respecto de esto). Mi único punto es que es posible que, tal como en EE. UU., que la institucionalidad de libre competencia se vuelva el campo de batalla entre distintos idearios políticos.

[33] Así, quizás se repita la situación que Baxter denunciaba cuando aún no se consolidaba el paradigma actualmente hegemónico. En ese entonces, como resultado de la discusión sobre los fines del antitrust, había incertidumbre sobre la medida con la cual debía ser testeada la legalidad de varios tipos de conductas empresariales (Baxter 1982, 671).

Pero el problema de los tecnócratas no termina aquí, pues dichas condiciones de controversia política son promovidas por ellos mismos. Como explica Rockman, si bien hay varios factores detrás del populismo, todos tienden a mostrar que sus integrantes desafían lo que es percibido como un *statu quo* insatisfactorio que parece controlado por una elite (Rockman 2019, 7). Así, el tecnócrata al desdeñar toda discusión sustantiva, refuerza el sentimiento populista de que hay una elite totalmente desconectada de las presiones populares[34].

De esta manera, el problema del tecnócrata es que se vuelve precisamente aquello que el populista tiene razón en denunciar: es parte de un grupo dirigente totalmente escindido de la vida política y de la necesidad de dar y recibir argumentos. Así, aun cuando estos persiguen neutralizar el conflicto político (Caramani 2017, 55), ven, a fin de cuentas, sistemáticamente negada su pretensión de lograr un mundo despolitizado, pues no hay recetas mágicas mediante las cuales de una vez y para siempre se pueda negar todo tipo de politización. Y peor aún, el tecnócrata no da fuerza a una versión virtuosa de hacer política, sino que aviva al populismo, que es su peor versión, al darle la razón al reclamo de que nuestras sociedades son gobernadas por tecnocracias que usurpan el poder soberano del pueblo (Bellolio 2020, 50).

Por lo dicho hasta aquí, creo que el problema es la falta de una adecuada intermediación política. Pero si es así, la solución no está en abandonarla y unirse al bando de los tecnócratas o de los populistas. Antes bien, la solución va en la línea de colaborar con nuestras instituciones de intermediación política. Y lo anterior implica un esfuerzo de toda la comunidad política. Cuan bien funciona la democracia representativa y la intermediación institucional depende de todos nosotros, y eso también incluye a los operadores jurídicos. Pues vivir en democracia no se reduce solamente a participar de votaciones cada cierto tiempo, sino que también está relacionado con respetar sus decisiones, y aquí los juristas y abogados tienen un rol estelar (no por nada Dworkin decía que las escuelas de derecho son el quinto poder del Estado) (Dworkin 1994)). En otras palabras, el rol del ciudadano requiere de una disciplinada predisposición a aceptar decisiones a las que se oponía o que son contrarias a sus intereses. Los resultados aquí son pocas veces óptimos desde una perspectiva individual, pero esta falta de sintonía con lo que uno habría querido es compensada por la satisfacción cívica de que estas decisiones se lograron a través de un procedimiento democrático legítimo (Streeck 2012, 41).

[34] Como dice Bellolio, "el populismo aparece también como una reacción ante un liberalismo antidemocrático que pone cada vez más decisiones en manos de órganos no electos" (Bellolio 2020, 45).

Antes de terminar me quiero enfrentar a la posible objeción de que el argumento de este texto es quijotesco. Podría entenderse que quien defiende estas ideas es una persona sobre ideologizada (¡qué cree que la ley debiera ser la voluntad del pueblo!) y que se enfrenta a rivales imaginarios (como un supuesto conjunto de tecnócratas que dañan nuestras instituciones democráticas). Parecería ser como don Quijote, esto es, un viejo hidalgo que, inspirado por ideales ya pasados de moda, se bate contra molinos de viento. Pero creo que no merezco tan honrosa comparación. Por un lado, porque aquellas ideas que defiendo no las defiendo ingenuamente, pues reconozco que la democracia tiene problemas y que no está a la altura de sus promesas. Mi punto no consiste en defender una imagen tan halagadora como falsa de la democracia. Creo en ella a pesar de sus fallas, y creo que el riesgo de que desaparezca o sea dañada a causa de nuestro cinismo colectivo es demasiado alto como para dejar de lado su defensa. Respecto de que me enfrento contra rivales imaginarios[35], creo que tampoco es cierto. Por un lado, como veíamos a propósito de Habermas, es común que diversas prácticas tengan supuestos implícitos que solo un análisis más abstracto puede reconocer y criticar. Por supuesto, un potencial crítico podría simplemente responder *its not that deep*, pues la cuestión analizada no da para tanto: no hace falta conectar un análisis de la interpretación jurídica chilena de las normas de libre competencia con cuestiones como la importancia de la democracia, el valor de la verdad en la discusión, etcétera. Pero sí hace falta dicho análisis. Como dice Donatella della Porta, usar teorías poco comprehensivas tiene riesgos, pues se dificulta tener reflexiones acerca de fenómenos más amplios. Por esto necesitamos abordar las grandes cuestiones con tal de conectar subcampos, entre diversas disciplinas, que tienden a estar cada vez más separadas entre sí (Crouch et al. 2016, 498).

Por ello en este capítulo he intentado explicar —con un nivel mayor de generalidad— el canon interpretativo de nuestra doctrina de libre competencia, sus supuestos, sus posibles causas y las implicancias que tiene para nuestra vida en común[36].

[35] Con esto, por supuesto, no me refiero a nada más que "personas con las que estoy en desacuerdo".

[36] Sobre sus implicancias prácticas diré bastante más abajo.

6. Recapitulación

He intentado probar lo siguiente. Primero, que la cultura jurídica chilena de libre competencia es tecnocrática y, consecuentemente, antiliteralista. Segundo, que, si bien los tecnócratas de libre competencia intentan pasar por personas lo más distintas posibles a los populistas, se parecen bastante a ellos. Tercero, que por su canon antiliteralista los tecnócratas dañan nuestras instituciones de intermediación política, pues hacen que la decisión de cuestiones fundamentales de nuestra vida en común pase de las manos de la ciudadanía a las de un reducido grupo de expertos que manejan un canon argumentativo particularmente estrecho.

Por lo menos creo haber demostrado que aun si un canon funcionalista es superior, su implementación no carece de costos. Antes bien, viene de la mano con costos de legitimidad (aun si se cree que estos no son tan relevantes). Con todo, no podemos saber cuáles son los límites de un canon literalista antes de implementarlo. En este libro busco hacer un esfuerzo en dicha dirección, y quedará a juicio de los lectores si fui exitoso o no.

Con todo, una vez descubiertos dichos límites, aún queda la pregunta sobre cuan relevantes son éstos, y qué hacer al respecto, como por ejemplo desarrollar reglamentación infralegal vía el TDLC[37] o incluso optar por otro sistema (uno enteramente administrativo, como el de las super intendencias[38]). Por supuesto, no hay respuestas fáciles, pero esto no niega que la discusión en torno a estos asuntos sea necesaria.

[37] Algo de esto he intentado explicar en (Peralta 2022a, 144; 2025b).

[38] Al respecto, ver: (Peralta 2023a; 2023e).

Segunda Parte
La regla *per se* y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia

La regla *per se* y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia

1. Introducción

Cuando uno se acerca a un texto tradicional o manual que analiza cierto tipo penal, generalmente éste inicia con el análisis del bien jurídico protegido, y luego se pasa al análisis del tipo penal en cuestión. Si bien dicho tema será analizado en este libro (ver infra, capítulo III), opté por invertir algo el orden. Esto, pues cuando se lidia con la sanción administrativa de la colusión, existe un debate sobre si esta sanción es autónoma, o si es dependiente en cuanto a su inteligibilidad de lo que en doctrina se conoce como "el tipo genérico". Esta discusión se relaciona básicamente con la pregunta de si la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 puede aplicarse con independencia de si se cumple, de manera general, con las hipótesis de hecho del inciso primero del artículo 3, el cual sanciona todo hecho acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos. Para dejar el punto más claro, transcribiré la norma:

> Artículo 3º.- 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 con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.
>
> 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:
>
> a) 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, así como 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 (…)

Así, para poder pasar a analizar la sanción administrativa de la colusión, debo primero zanjar si es autónoma o no la letra a) del artículo 3 de lo señalado al inicio del artículo 3 ("tipo genérico"). Con todo, este debate no se presenta de manera tan simple. Generalmente se plantea en relación con la cuestión de si rige la "regla *per se*" o la "regla de la razón" a la hora de sancionar diversos ilícitos, o si un acuerdo o práctica concertada debe tener aptitud de dañar la libre competencia para ser sancionable.

Dicho lo anterior, en este capítulo busco impugnar que bajo la normativa chilena de libre competencia el análisis según la regla de la razón es la regla general (Zink y Vásquez 2022, 16) y el análisis de acuerdo a la regla *per se* la excepción. Para ello, primero, busco clarificar en qué consiste la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón, tomando como base la idea de que lo que caracteriza a las normas jurídicas es su carácter excluyente. Concluyo que la distinción solo es practicable si se fija la mirada en si acaso una prohibición explícitamente alude a la necesidad de ponderar (regla de la razón) o no alude explícitamente a ella (regla *per se*). Después de esto, analizo el derecho positivo chileno. De dicho análisis concluyo que gran parte de las prohibiciones que tradicionalmente se ha entendido que contienen una prohibición evaluada de acuerdo a la regla de la razón, en rigor deben evaluarse bajo la regla *per se*.

2. La regla *per se* y la regla de la razón

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 chilena[39]. Tras la reforma impuesta por la Ley 20.945, se suele afirmar que la prohibición de los carteles duros contenida en la letra a) del artículo 3 del DL 211 contiene una prohibición *per se* (Grunberg 2020, 3). De lo anterior se sigue, *a contrario sensu*, que el resto de los acuerdos o prácticas concertadas deben ser evaluados de acuerdo a la regla de la razón, pues se asume que 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 (Grunberg 2020, 7; Hovenkamp 2018a, 83)[40]. Es decir, el análisis de acuerdo a la regla de la razón es "la regla general", y el análisis de acuerdo a la regla *per se*, la excepción.

[39] Véase: (Vásquez 2020; Fischer y Fischer 2020; Grunberg 2017; Zink 2021; Grunberg 2020).

[40] Véase también (Grunberg 2017, 18).

Según esta distinción, si un acuerdo o práctica concertada recae sobre ciertos objetos que son cubiertos por la regla per se, entonces, para calificar su disconformidad con el DL 211, es irrelevante considerar su aptitud para atentar en contra de la competencia, o bien los efectos anticompetitivos que aquella produzca (Grunberg 2020, 4). Esto es así, pues existe experiencia acumulada de que ciertos tipos de restricciones a la competencia siempre o casi siempre dañan a ésta, por lo que la única pregunta relevante es si acaso tal restricción existe o no (Rooney et al. 2021, 7). Si lo anterior no es el caso, entonces se debe evaluar de acuerdo con la regla de la razón si el comportamiento en cuestión produce más eficiencias que efectos anticompetitivos (Grunberg 2020, 6). Es decir, cuando aplica la regla de la razón, no basta con que una conducta caiga bajo una norma de prohibición, sino que además se debe hacer un ejercicio de ponderación en que se vislumbre si esta trae más beneficios o más costos.

En palabras de Hovenkamp (Hovenkamp 2018a, 90), lo que diferencia la manera de plantear los casos bajo la regla *per se* y bajo la regla de la razón es que bajo la regla *per se*, la cuestión típicamente gira en torno a si existe o no un acuerdo anticompetitivo[41]; mientras que en un caso típico bajo la regla de la razón, la existencia del acuerdo no es disputada: más bien, el caso gira en torno a si es anticompetitivo o no bajo las circunstancias del caso. Es decir, en un caso basta con que se compruebe que hay una determinada conducta, mientras que en el otro caso no basta con probar una conducta, sino que además hay que probar sus efectos anticompetitivos en concreto[42].

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

Las normas mandan porque son, para nosotros, los ciudadanos, una razón para hacer o dejar de hacer algo. Con todo, en el día a día, tenemos múltiples razones para hacer distintas cosas, y estas razones son a ratos conflictivas. Por ejemplo, puede ser que un ciudadano que está manejando un automóvil tenga una razón para pasar un semáforo que está en luz roja (puede ser que esté llegando tarde a una reunión). Pero en este ejemplo, en contra de esa razón, está la razón provista por una norma del tránsito que prohíbe pasar semáforos en rojo. Pero el derecho no puede tener peso real, no puede tener coercitividad, en la medida que sea una razón más, una razón como cualquier otra consideración prudencial que tenga cualquier sujeto. No; una norma, para tener peso, para ser jurídica, debe desplazar

[41] En rigor, las conductas que abarca la regla per se son más amplias que solamente los acuerdos, pues se podría evaluar mediante ella otras conductas, como el abuso de posición dominante, como veremos más abajo.

[42] Así también (Blair y Sokol 2012, 471).

a las otras razones que los ciudadanos tienen. En tal medida, las normas se caracterizan por ser excluyentes, por "sacar de juego" otras consideraciones que no sean la obediencia al derecho.

Por eso, como dice Mañalich,

> toda norma de comportamiento jurídic[amente] 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 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 (Mañalich 2020, 312)[43].

Así, podemos distinguir la regla *per se* de la regla de la razón a partir de su fuerza perentoria o excluyente. Mientras la regla per se tiene alguna fuerza excluyente, esto es, sanciona al menos *prima facie* algunas conductas[44], la regla de la razón apenas logra esto. Esto, pues, la regla de la razón es bastante más amplia, tan amplia que de hecho apenas tiene fuerza excluyente. Esto, pues, como señala Black, la regla de la razón es análoga al consecuencialismo del acto en el sentido de que la legalidad de una conducta depende de las consecuencias inmediatas o presumibles de ésta (Black 2005b, 72). A este respecto, el consecuencialismo del acto es bastante indeterminado, siendo una pregunta clave cuál es la consecuencia relevante, es decir, qué es aquello que se considera anticompetitivo. Como bien destaca Oldham, una vez

[43] Con todo, al menos según algunos autores, de lo anterior no se sigue que toda razón fuera de la norma misma quede excluida. En tal medida, por ejemplo, puede ser que si una norma es sobre inclusiva, haya buenas razones para dejarla sin aplicación. Un caso de este tipo es provisto por Felipe Vega. Este, en defensa de que lo protegido por la normativa de libre competencia es el proceso competitivo y no el bienestar del consumidor, 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" (Vega 2020, 11). Este es un caso que, si bien es cubierto por la norma que sanciona la colusión en precios, podría ser estimado como injusto, pues lo realizado va en beneficio de los consumidores. Por eso, al menos algunos considerarían este caso como uno en que la norma es derrotable, esto es, es desplazada por razones de mayor peso. Es que, como dijera 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 establecidas como parte de un determinado concepto (MacCormick 1995, 103). Del carácter esencialmente derrotable de las normas jurídicas se sigue que las formulaciones expresas de nuestras instituciones legales son siempre correctamente entendidas como unas que tan solo establecen las "condiciones ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes" de los arreglos que regulan (MacCormick 1995, 100). En lo anterior consiste el carácter derrotable de los conceptos jurídicos. Sobre los problemas interpretativos que esta noción jurídica puede resolver, véase: (Peralta 2022d, 173). Las razones por las cuales soy más escéptico respecto al recurso de la derrotabilidad se encuentran en (Szczaranski 2018).

[44] Con "sanciona al menos prima facie" algunas conductas, busco referirme a que tiene algo de fuerza excluyente. En la ya tradicional tipología raziana, excluye algunas consideraciones como irrelevantes.

que se afirma que la ilegalidad de la conducta debe ser determinada de acuerdo a la regla de la razón, la pregunta sobre cuál es el objetivo de la libre competencia se vuelve insoslayable, pues sin un principio guía la regla de la razón se vuelve un estándar vacuo que indica que hay que considerar las consecuencias (Oldham 2006, 12-13)[45]. En tal medida, como la regla de la razón es una regla bajo la cual estamos abiertos a diversas consideraciones que podrían excluir la aplicación de una determinada norma, la regla de la razón es casi trivial, pues apenas tiene fuerza excluyente. Aquello, en cuanto es el mismo juez quien debe elegir cual es la consideración relevante a partir de la que ponderar los diversos efectos de una conducta. En tal medida, la regla de la razón, más que una norma que obliga al juez, es una invitación para que este pondere (sobre esto volveré más abajo al criticar la regla de la razón)[46].

En tal medida, la forma de basar la distinción concierne la forma en que una prohibición está formulada (es decir, su contenido), y si esta formulación tiene un carácter excluyente respecto de otras consideraciones[47]. 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.

Esta distinción tiene un sentido pragmático y un sentido lógico. En cuanto a lo primero, una prohibición formulada de acuerdo con una regla *per se* sí tiene una presunción mucho más fuerte de que una determinada acción está prohibida (i.e.: tiene fuerza excluyente). Por ello, si ya se ha comprobado la existencia de una conducta y alguien alega que concurren circunstancias excepcionales, es esa persona la que tendrá la carga de la prueba, no quien probó la existencia de la conducta[48].

Respecto al carácter lógico de la distinción, podemos decir que, si la necesidad de ponderación es interna a esta norma, como es el caso de la regla de la razón (si esta 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 se aplica la regla *per se*, no hay una necesidad interna de ponderación.

[45] Esto lleva a Blair y Sokol a discutir arduamente sobre cuál es el objetivo de la libre competencia, pues solo respondiendo esa pregunta se vuelve aplicable la regla de la razón (Blair y Sokol 2012).

[46] Es que, como mostré más arriba, toda norma de comportamiento jurídicamente reforzada puede ser entendida como una razón protegida, en el sentido de que su 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 (Mañalich 2020, 312).

[47] Esto tiene sentido, 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 (MacCormick 1995, 100). Si es que la derrotabilidad de los conceptos no atañe al tenor de su formulación, puede ser que este sea el terreno propicio para ensayar una nueva forma de basar la distinción.

[48] Con todo, nuevamente es necesario recordar que hay buenos argumentos en contra de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos.

4. Sobre la distinción como "modo de análisis" de las conductas

Por todo lo anterior, la distinción está relacionada con la manera en que está redactada una determinada norma: lo relevante es si se hace alusión a la necesidad de ponderar. 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 jurídico debe ser la ley. Por esto, es irrelevante que la legislación chilena pueda ser "interpretada"[49] a través de la distinción entre la regla *per se* o la regla de la razón[50]. Esto debe ser recalcado, pues, ante la potencial sobreinclusión de la norma del artículo 3 letra a), Domingo Valdés ha señalado que haría falta una interpretación que

> apunte a la *substancia* de lo prohibido y lograr así trascender el *formalismo* de los objetos de las convenciones colusorias. En consecuencia, habría convenciones colusorias de objeto duro que podrían presentar eficiencias, planteándose entonces el dilema de cómo dar cabida al correspondiente análisis de eficiencia (Valdés 2022, 454).

Esto es una instancia más del fenómeno ya descrito más arriba (véase Capítulo I): el antiliteralismo de la doctrina imperante. A este respecto, lo que se busca es reducir la aplicación de la norma (debido a que ésta podría llevar a que se sancionara ciertas conductas eficientes), y aquello se haría a través de dejar de lado la letra de la ley ("formalismo") y en vez de ello apuntar a su objetivo (la "substancia"). Esto es problemático por al menos tres razones. Primero, acudir tan liberalmente a la intención del legislador para dejar de lado el tenor literal de una norma es algo metodológicamente desaconsejable[51], pues es poco claro cuál es la intención del legislador, y, además, incluso si se identifica dicha intención, no es autoevidente cuáles son los medios a partir de los que el legislador busca perseguir dicha intención. Así, una metodología de esta índole se prestaría para que se

[49] Las comillas se explican porque una interpretación que ignora el tenor literal en rigor no es una interpretación, sino que una suplantación de la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete.

[50] Como vimos más arriba, hay autores que señalan que "no es una buena idea interpretar el derecho de la competencia conforme al criterio literal" (Grunberg y Montt 2017, 326).

[51] Esto tiene que ver con otro fenómeno más general, que podríamos denominar como la desformalización del derecho, la que se caracteriza por lo siguiente: "confusión de conceptos, porque los conceptos son maleables, son adecuados a las necesidades de obtener una solución satisfactoria en el caso particular, sin preocuparse de las consecuencias que el nuevo concepto tendrá en casos futuros; la directa apelación a criterios afectivos o morales, y la supeditación de la disciplina jurídica a fines de política pública. En todos los 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 [(desformalizador)], un caso inaceptable de fetichismo" (Atria 2003b, 64).

modificara con excesiva frecuencia el tenor literal de una norma según se sostenga que este lleva a resultados indeseados. Y, aún más, lo que para una persona es un resultado injusto, para otra puede ser justo. Es justamente por este tipo de desacuerdos intersubjetivos que tenemos derecho.

Segundo, la visión de Valdés solo se concentra en los casos en que el tenor literal de la norma lleva a resultados indeseados, pero no fija la mirada en que parte de lo que justifica a esta norma es que, por su amplitud, se espera que produzca un efecto disuasorio amplio porque en general se tendrá mayor temor de ser sancionado (Zink y Vásquez 2022, 25-27; Grunberg 2020, 4). Así, esta interpretación no ve que "achicar" el tenor literal de la norma, hacer que cubra menos casos, tiene como contracara que se pierda dicho efecto disuasorio. Y esto no es casual, pues la interpretación desformalizada del derecho "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" (Atria 2003b, 64).

Tercero, esta idea es errada porque pareciera asumir que las interpretaciones jurídicas siempre tienen "finales felices", pues siempre podemos hacer espacio para, interpretación de por medio, evitar que "convenciones colusorias de objeto duro que podrían presentar eficiencias" (Valdés 2022, 454) sean sancionadas. Pero esto no es el caso. Uno, al redactar una norma, nunca puede saber todos los casos que esta cubrirá, pues la norma tiene un conjunto estrecho de consideraciones relevantes (su hipótesis de hecho), pero un suceso específico no viene de la mano solo con esas consideraciones, sino que con otro tipo de consideraciones que no se pueden conocer de antemano al momento de redactar la norma (MacCormick 1995).

Resaltar que el punto de partida debe ser la ley es importante, pues nos permite enfrentar la objeción de que históricamente la regla de la razón surgió de un análisis exegético, mediante la interpretación de una prohibición que no hacía alusión alguna a la necesidad de ponderar. Esto, pues en términos históricos esta distinción resultó de una innovación jurisprudencial estadounidense que no se sigue del tenor literal de la ley y que vino a solventar problemas provenientes de la técnica legislativa empleada al momento de sancionar la colusión (Vásquez 2020, 3). Lo anterior, pues la Sección 1 de la *Sherman Act*, dispone que "every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal"[52]. En otras palabras, la *Sherman Act* prohíbe todo acto jurídico que restrinja la competencia. Esto era problemático, pues como dice Hovenkamp (Hovenkamp 2018a, 85), "literalmente, la condena de «toda» restricción de comercio ilegalizaría transacciones de comercio comunes y corrientes".

[52] "Se prohíbe *cada* contrato, unión en la forma de trust o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio". Énfasis agregado.

Dicho esto, la Corte Suprema estadounidense morigeró esta regla mediante el establecimiento de la regla de la razón en sus sentencias. Según la Corte, no podían ser sancionadas todas las restricciones de comercio, sino que tan solo aquellas que fueran poco razonables, pues se estableció que "uno no puede decidir casos de *antitrust* salvo que se haga uso de la razón" (Hovenkamp 2018a, 85). Así, la regla de la razón surgió debido a que el lenguaje estatutario, por sus términos, prohibía toda restricción del comercio, por lo que era necesario morigerarla (Rooney et al. 2021, 31). En tal medida, las cortes introdujeron una regla de la razón sin arraigo en el texto de la Sección 1 de la *Sherman Act*, así transformando una prohibición absoluta de los acuerdos que restringían el comercio en un estándar flexible (Crane 2021b, 1207).

Con todo, cabe destacar que el surgimiento de la regla de la razón no puede contar como un caso de "interpretación" de una norma, pues, como dice Oldham, "mediante esta empresa de creación normativa de *common law* las cortes federales han abandonado sus obligaciones de interpretación estatutaria y han usurpado la prerrogativa legislativa de crear reglas, así poniendo en riesgo la separación de poderes" (Oldham 2006, 55). Lo anterior, pues a lo largo de la historia de la *Sherman Act*, a través de sus fallos las Cortes estadounidenses han ido creando diversas reglas que afirman que respecto de ciertas conductas basta tan solo probar su existencia para sancionarlas, y que respecto de otras conductas hay que además probar que hay poder de mercado y más efectos anticompetitivos que competitivos. Y no solo eso, sino que también han ido modificando tales reglas, haciendo que lo que antes era evaluado bajo la regla per se fuera evaluado después bajo la regla de la razón y viceversa.

A este respecto, si bien Hovenkamp se refiere a la "aplicación" de la regla per se, también afirma que al decidir si aplicar una regla *per se*, la Corte Suprema a menudo se refiere a la "experiencia judicial" como el factor determinante y que la aplicación de dicha regla depende de si la práctica competitiva siendo evaluada tiene características que sugieren que una averiguación más elaborada bajo la regla de la razón sería innecesaria o contraproducente (Hovenkamp 2018a, 90-91). Por ello, señala que todo el debate sobre los "modos de análisis" de *antitrust* es en el fondo sobre presunciones, cargas de la prueba y respuestas judiciales apropiadas a preocupaciones sobre plausibilidad y el lugar de la evidencia (Hovenkamp 2018a, 121).

Por ello, hay quienes afirman que actualmente la dificultad administrativa de evaluar los méritos o deméritos de un acto competitivo en particular puede con igual facilidad justificar una regla de legalidad *per se* o ilegalidad *per se*. Así, corresponde a los jueces decidir qué regla aplica sobre la base de un juicio generalizado respecto del balance del daño o beneficio que traen ciertas conductas en la mayoría de los casos (Areeda 1981, 23). De hecho, respecto de que la Corte a veces trata bajo la regla de la razón cosas que antes trató bajo la regla *per se,* Areeda afirma que las cortes "están

respondiendo de manera bastante inteligente a la camisa de fuerza clasificatoria que se pusieron a sí mismas y de la cual tienen dificultades escapando" (Areeda 1981, 25-26). Así, la decisión respecto de si aplicar la regla de la razón o la regla per se depende de si la conducta enjuiciada amerita un análisis profundo o no (Hovenkamp 2018a, 91). De esta forma, las cortes modifican sus requisitos evidenciaros dependiendo de la fuerza de la acusación, la plausibilidad de varias presunciones, y la disponibilidad de evidencia (Hovenkamp 2018a, 125). Así, se necesitaría un ejercicio inicial de categorización que coloque la conducta analizada en alguna de las siguientes cajas: conducta que se sancionará sin más, o conducta que amerita una investigación en profundidad (Kovacic 2021, 53).

Sobre el particular, Hovenkamp afirma que la decisión respecto de qué regla aplicar en cada caso es una cuestión jurídica (Hovenkamp 2018a, 83). Pero esta no puede ser una decisión jurídica si por aquello entendemos la aplicación del derecho. Esto, pues bajo una comprensión moderna del derecho, su aplicación consiste de la aplicación de reglas pre-existentes a las que está sometido el tribunal. Y afirmar que el tribunal, al escoger qué regla ha de aplicar está sometido al derecho, es como decir que está obligado quien escoge qué obligación ha de cumplir. Esto es algo que es notado por Zink y Vásquez, quienes señalan que

> catalogar un acuerdo entre competidores como uno que merece ser juzgado según el estándar *per se*, en la medida que se siga el criterio de "acuerdo desnudo" implica prejuzgar sus méritos anticompetitivos. Esto parece una paradoja: una conducta que se deba analizar de acuerdo a la regla *per se* en principio no requiere que se analicen sus efectos y esa es la ventaja de aplicar dicha regla. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de la lógica *per se* implica descartar la razonabilidad de la conducta que se somete a análisis (Zink y Vásquez 2022, 35).

Aquí, esta "paradoja" es una que solo se genera cuando, por un lado, se combina una aproximación propia del *common law,* donde se descubre caso a caso la regla correcta (esto es explicado *infra*, capítulo III), con una comprensión moderna o continental del derecho según la cual el derecho es creado por el legislador, y debe ser aplicado cuando se cumple su hipótesis fáctica. Así, por un lado, que la decisión referida a qué norma aplicar sea entendida como la aplicación del derecho en vez de su creación solo es inteligible desde la perspectiva del *common law*. Esto, pues solo así podemos entender que el derecho se determina caso a caso, y que las reglas pre-existentes son meros resúmenes descartables respecto de qué exige el derecho. Lo anterior, pues bajo esta visión un juez "[es] mucho más cercano a un gestor político que lo que puede ser aceptado hoy en día. La función judicial (…) [es] entendida como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno" (Bordalí 2020, 257-58). Desde esta mirada, todo se trata de la aplicación de aquello que se entiende como correcto con relativa independencia de las reglas pre-existentes. Aquí las reglas son rehechas en el mismo proceso de su aplicación (Schauer 1989, 455).

Por otro lado, bajo una comprensión moderna del derecho, este es "como una enciclopedia que debemos consultar y obedecer, aunque sepamos que el conocimiento que nos brinda es erróneo, ya que la idea misma de autoridad supone que tenemos razones para respetarla, incluso si sabemos que la acción prescrita es errónea" (Rosler 2020, 166). Es decir, aquí no tiene cabida la pregunta de Hovenkamp sobre qué regla se ha de aplicar, pues aquí las reglas existen y obligan con independencia de si son razonables, y ya no se trata de que "quien juzga determina el principio general del derecho y hace aplicación de él a los casos particulares" (Bordalí 2020, 257)[53].

Estos son el tipo de aporías que se generan cuando se trasplanta un modo de pensamiento extraño a nuestro sistema de derecho continental. Ello, pues si se operara coherentemente desde una óptica de *common law*, en principio no habría mucho problema al elegir si aplicar una u otra regla. Y si se operara bajo una lógica puramente continental, cumplida cierta hipótesis de hecho simplemente aplicaría una regla. Es la mezcla de ambas lógicas la que genera la paradoja denunciada por Zink y Vásquez.

Esto es problemático, pues un tribunal que decide qué norma aplicar (que decide aplicar ciertas reglas en algunos casos y no en otros por consideraciones de conveniencia), no actúa como tribunal, sino que como legislador o al menos como una agencia administrativa, pues está creando reglas, no aplicándolas. Agregar o quitar requisitos para sancionar cierta conducta no es interpretar una norma, es crear una nueva. Esta es justamente una de las razones de ser de la reforma impuesta por la Ley 20.945: eliminar uno de los requisitos para sancionar los casos de colusión dura (la exigencia de poder de mercado). Si esto fuera un asunto interpretativo —algo que tan solo dependiera de las cortes—, no habría hecho falta la reforma. Por esto, no es un "modo de análisis" la decisión de aplicar la regla *per se* o la regla de la razón (Peralta 2022d, 168).

Una analogía quizás puede aclarar el punto. Digamos que tenemos una norma ambiental que prohíbe verter gasolina a los lagos. Esto sería algo análogo a una prohibición *per se* (se castiga tan solo una conducta). Digamos ahora que un juez se enfrenta a un caso donde una persona ha realizado esa conducta, y supongamos que, una vez que se tiene por comprobado el hecho de que se vertió gasolina al lago, por alguna razón el juez decide que es importante determinar si la acción ha producido contaminación en el medio ambiente para determinar si aplicar la sanción o no. ¿Diríamos que en este caso el juez está meramente empleando un "modo de análisis"? ¿O diríamos

[53] Para ponerlo en aun otros términos, bajo el *common law* son las particularidades del caso las que definen cuál es la regla aplicable. Y esto tiene sentido, pues como dice Kovacic, al menos en EE.UU. han sido los principios del *common law* los que han guiado la tarea de definir cierta conducta como una que cae bajo la regla per se o la regla de la razón (Kovacic 2021, 65). Con todo, bajo una visión moderna del derecho es la regla la que define cuáles son los rasgos relevantes del caso (i.e.: el supuesto de hecho de la norma) (sobre esto volveremos en próximo capítulo al resaltar la diferencia entre el derecho continental y el *common law*). Así, desde una perspectiva moderna, cada vez que el sistema actualiza la instancia desde el punto de vista de aquello que la regla sostiene como significativo y construye sobre sus generalizaciones, "al mismo tiempo suprime rasgos relevantes para otros observadores, rasgos de la particularidad de la cuestión cuando es observada desde otro punto de vista" (Christodoulidis 1998, 234).

más bien que modificó la norma y creó una nueva? Por todo lo dicho hasta aquí, creo que hay que responder negativamente a la primera pregunta y afirmativamente a la segunda[54].

Como decía, lo anterior ya es criticado por algunas voces en Estados Unidos, un país que es parte de la tradición del *common law*. En Chile, un país de tradición continental, una creación de reglas de tal envergadura sería manifiestamente ilegítima. Además, como veíamos más arriba, en términos históricos la regla de la razón surgió para solventar la deficiente técnica legislativa de la *Sherman Act*: en algún sentido, esta era una norma que debía ser dejada sin aplicación por sus radicales consecuencias (lo que lógicamente presupone que el tenor literal de la norma prohibía todo acto jurídico que restringiera el comercio).

En síntesis, lo importante es si efectivamente el tenor literal de la norma exige ponderar para sancionar determinada conducta. Por lo anterior, debemos ver nuestra legislación y evaluar si contiene o no tal distinción, y esto depende del contenido de las reglas, no de su conveniencia o inconveniencia. Mientras la regla *per se* tan solo menciona una conducta, la regla de la razón menciona una conducta junto a la necesidad de ponderar si acaso se producen efectos anticompetitivos o no. En tal medida, lo aquí ofrecido es una reformulación continental de la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón (en cuanto a las razones por las que creo que dicha visión es superior, ver infra cap 3).

Esto tiene que ver, por supuesto, con casos irritantes[55], como casos en que se sanciona acuerdos procompetitivos porque caen dentro del tenor literal de la norma en comento. Pero ello no debería llevarnos a cambiar la norma de manera antojadiza. Sí debería llevarnos a pensar en alguna reforma legal, que, por ejemplo, diera una salida a estos acuerdos de colaboración[56]. Pero eso no niega, sino que estrictamente supone que la norma actual en los hechos sí es bastante amplia.

[54] Que los cambios introducidos por la elección de la regla per se o la regla de la razón son cambios sustantivos explica la visión de (Oldham 2006, 20): "La *Sherman Act* que tenemos hoy día es el resultado de una batalla teórica que se llevó a cabo totalmente a partir de consideraciones de deseabilidad funcional (…). Ningún participante del debate basó sus argumentos en consideraciones formales —tales como el texto de la *Sherman Act* o los principios estructurales de la Constitución o la república".

[55] Expuestos, por ejemplo, en (Lizana y Applegreen 2021, 9-10; Toro et al. 2020).

[56] Propuestas de este tipo están en (Lizana y Applegreen 2021, 9-10; Toro et al. 2020).

5. La sanción de la colusión en la letra a) del inciso segundo del artículo 3

En lo que sigue busco criticar la tesis de que recién tras la última reforma al sistema de libre competencia este cuenta con una regla *per se*. Entre quienes sostienen esta postura está Jorge Grunberg, actual Fiscal Nacional Económico y quien liderara en su momento la tramitación de la Ley 20.945 en representación del poder Ejecutivo. A este respecto, Grunberg afirma que entre las modificaciones de aquella ley

> se consideró la eliminación de la exigencia consistente en que el acuerdo confiera poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión constitutivos de carteles duros (…). Esto ha significado la incorporación en nuestra legislación de competencia de aquello que en el derecho estadounidense se conoce como la regla *per se* para carteles duros(Grunberg 2020, 2).

De esto se seguiría, *a contrario sensu*, que antes de la reforma no había una regla *per se* para carteles duros, sino que se evaluaban bajo la regla de la razón. El único factor diferencial que menciona Grunberg es que se suprimió la exigencia de que para sancionar los carteles duros debía comprobarse la presencia de poder de mercado (Grunberg 2020, 3). Entonces, siguiendo su argumento, la regla de la razón está presente cuando se exige no solo la ejecución de una determinada conducta, sino que quien la haya realizado tenga poder de mercado (pues antes, cuando se exigía poder de mercado, regía la regla de la razón). Con lo que diré a continuación, espero demostrar que el argumento de Grunberg es incorrecto.

Sigamos el hilo del argumento. Según Grunberg, el análisis mediante la regla de la razón se efectúa a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que genera cierta conducta (Grunberg 2020, 6). Esta regla antes se aplicaba a los carteles duros, pues un requisito para su sanción era que se probara que dicho acuerdo o práctica concertada otorgaba poder de mercado. Así, según el 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 de cierta conducta. Es decir, la equivalencia que hace valer 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 Grunberg asume lo anterior queda demostrado si nos detenemos en su argumento según el cual se 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 (Grunberg 2017, 18):

> 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 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*)

Es decir, la comprobación de poder de mercado equivaldría, según Grunberg, a hacer uso de la regla de la razón. O más bien, como mostré más arriba, para él "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"[57]. No podemos definir poder de mercado en la forma que lo hace Grunberg, esto es, haciendo caso omiso de lo que significa tal palabra. Lo que hace aquí es imponer la distinción entre una regla *per se* y la regla de la razón definiendo de manera errada el término poder de mercado.

La única forma en que el argumento de Grunberg se sostiene es si es una verdad necesaria que un acuerdo que otorga poder de mercado equivale a un acuerdo que irroga más costos que beneficios. Pero la relación entre ambos factores es contingente: uno podría pensar en casos en que hay acuerdos que otorgan poder de mercado y que traen más beneficios que costos[58].

Otro autor que a primera vista sigue una línea argumentativa parecida es Zink. Según este, la última reforma a la Ley de Competencia 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 procompetitivas (Zink 2021, 95).

[57] Véase la entrada "Market power", *Concurrences*, disponible en https://n9.cl/vg42.

[58] Por ejemplo, un acuerdo para bajar los precios de parte de los dos principales oferentes en un mercado oligopólico que tenga el cuidado de no fijar un precio que esté por debajo de los costos marginales de sus competidores (este *caveat* busca evitar que se expulsen del mercado a otros agentes).

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

> [c]omo 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 (Zink 2021, 96).

En otras palabras, en la primera de las citas, Zink presupone que la exigencia de comprobar la presencia de poder de mercado equivale a hacer un análisis de costo versus beneficio (pues, según él, eliminar el requisito de poder de mercado para sancionar la colusión implica que ya no importan los efectos anticompetitivos que produzca la conducta y que no se pueden aceptar defensas de eficiencia o justificaciones procompetitivas). Pero 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 lo uno no puede ser igual a lo otro. Sería como decir que el pan es idéntico a la harina porque uno de sus componentes es la harina. Por otro lado, si es que tanto el poder de mercado como un análisis de costo-beneficio son parte de 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, recula y afirma que la letra a), y los demás literales del artículo 3 siempre contuvieron una concreción específica de una conducta que, concurriendo sus requisitos típicos, era *sine qua non* anticompetitiva, y que lo que hizo la reforma fue simplemente eliminar uno de dichos requisitos: la necesidad de probar poder de mercado (Zink 2021, 107-8). En tal medida, incluso llega a afirmar 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, lo que no obsta a que en ambas situaciones "tampoco procede un análisis de eficiencias" (Zink 2021, 109-10).

Si bien estoy a grandes rasgos de acuerdo con Zink, creo que hay que impugnar la diferenciación que hace entre una regla *per se* "propia" y una regla *per se* "menguada o sopesada". Esto, pues que algo se evalúe de acuerdo a la regla per se no depende de si se debe cumplir con más o menos requisitos para determinar si se realiza cierta conducta, sino que de que haya o no un análisis consecuencialista.

Como intenté mostrar más arriba, lo determinante de la regla de la razón es su apertura consecuencialista hacia los efectos competitivos de una determinada conducta. Estando ausente este elemento, estamos ante una regla *per se*[59].

Habiendo descartado la distinción entre dos tipos de regla *per se*, podemos afirmar que siempre hubo una regla *per se* en la letra a) del artículo 3 del DL 211, solo que ahora esta tiene menos requisitos de aplicación que antes (tiene una hipótesis de hecho más fácil de cumplir). Por todo lo anterior, incluso antes de la reforma de la Ley 20.945 había una prohibición bajo la regla *per se* 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 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).

De hecho, esta opinión es bastante similar a la que Grunberg junto a Santiago Montt sostenían antes de la reforma del año 2016[60]. Analizando la legislación vigente en ese momento, la cual exigía la comprobación de 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*" (Grunberg y Montt 2017, 325). Si bien los autores reconocían que "la frase «que les confieran poder de mercado» del artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211 pudiera parecer problemática" (Grunberg y Montt 2017, 325) estos argumentan como sigue:

> El artículo 3 inciso segundo 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 segundo 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

[59] Es esta artificial distinción entre una regla *per se* "propia" y una regla *per se* "menguada" la que lleva a Zink (Zink 2021, 95) a afirmar "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*".

[60] 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 Fiscalía Nacional Económica 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 dicho año la FNE realizó un libro que recopiló diversos informes en derecho que había encargado; entre estos está el informe de Grunberg y Montt. De este libro se extraen las citas. Por el tiempo transcurrido entre ambos textos es perfectamente entendible que Grunberg haya cambiado de opinión. No obstante, mi punto es que su anterior opinión estaba mejor fundada.

> prueba de "efectos" en casos de colusión. (…) Segundo, porque la mejor interpretación de la letra a) es precisamente una 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 primero y del encabezado del propio inciso segundo, del cual la letra a) es un mero ejemplo (Grunberg y Montt 2017, 326).

Este argumento está 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. Esto último también es correcto, y aún más lleva a concluir que si hay una norma en el artículo 3 del DL 211 que debe evaluarse bajo la regla de la razón, solo es el tipo genérico.

Pero antes de analizar el resto del artículo 3, 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 (pues, como veíamos, afirma que después de la reforma que eliminó la prueba de poder de mercado existe una regla per se para carteles duros). 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, también es cierto 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. Y negar el ejercicio de ponderación sería negar la regla de la razón.

Una posible objeción a todo lo anterior podría consistir en afirmar que todas las conductas mencionadas en el inciso segundo del artículo 3 están funcionalmente conectadas al inciso primero, el cual sanciona 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"[61]. El primer inciso, también conocido como el tipo genérico, es una prohibición formulada bajo la estructura de la regla de la razón, pues alude expresamente a que debe haber algún grado de merma de la libre competencia. Esto necesariamente nos empujará a analizar los efectos de una determinada conducta. Y no solo lo anterior, sino que no menciona ningún acto en particular (genéricamente menciona "actos, hechos y convenciones"), lo que opera bajo una lógica distinta a la regla *per se*, la cual se caracteriza por mencionar una determinada conducta.

Se podría afirmar que el inciso primero y el inciso segundo (que contiene todas las conductas que recién repasamos) están funcionalmente conectados. Esto, si consideramos que el tipo genérico afirma que las conductas específicamente tipificadas en el inciso segundo han de ser consideradas como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Y esta conexión funcional supuestamente haría que las conductas específicamente tipificadas se someterían también a la operación de la regla de la razón tal como está contenida en el tipo genérico.

En esta línea está Domingo Valdés, quien menciona que la segunda parte del artículo 3 está subordinada lógica y teleológicamente a la primera. Ello, por las siguientes razones: 1) la delimitación de la formula prohibitiva se encuentra en la primera parte, que es lo que acota el ámbito de los injusto en la libre competencia; 2) lo ejemplificado sería más relevante que los ejemplos, siendo los ejemplos accesorios a lo principal; 3) las conductas descritas en el inciso segundo están lógicamente contenidas en la primera parte, pero no viceversa; 4) la referencia a los dos resultados proscritos y al bien jurídico protegido (lesión y puesta en riesgo de la libre competencia) se encuentran en la primera parte y no en la segunda, siendo relevante que este es un delito donde es necesario un resultado, por lo que la primera parte tiene más importancia que la segunda (Valdés 2008, 104). De todo lo anterior Valdés concluye que ningún ilícito monopólico puede configurarse al exclusivo tenor de los ejemplos descritos en el inciso segundo, sino que dicho tenor ha de ser complementado y subsumido en las exigencias genéricas de la primera parte (Valdés 2008, 104)[62].

[61] La anterior es una objeción que Grunberg no puede levantar, no al menos sin renunciar a que la letra a) del artículo 3 se evalúa de acuerdo con la regla *per se*. Esto, pues interpretar los casos ejemplares de los literales a) a d) del artículo 3 como si estos deben configurarse por reminiscencia el inciso primero, implica la imposibilidad de aceptar la existencia de una regla *per se* en nuestra legislación(Zink 2021, 103). Con todo, a pesar de que levantar esa objeción es inconsistente, Grunberg ha señalado que, respecto de casos recalcitrantes "los agentes económicos que resultaren afectados podrían argumentar que la calificación del acuerdo de colaboración como un cartel duro es errada, y que lo que corresponde es efectuar un análisis que contrapese los efectos o riesgos anticompetitivos con los beneficios procompetitivos bajo el régimen del tipo genérico del inciso primero del artículo 3° del DL 211" (Grunberg 2020, 10)

[62] Recientemente, Valdés ha señalado que "los elementos de la faz objetiva y subjetiva del tipo genérico colman en cada uno de los ejemplos tipificados las lagunas normativas que estos presentan" (Valdés 2022, 410). Ahora bien, esta afirmación tiene dentro de sí una petición de principio: que las conductas mencionadas en el inciso segundo del artículo 3 tienen lagunas. Esto es una petición de principio, pues asume que si a estas conductas le falta un elemento (por ejemplo, poder de mercado), ello es un desliz del legislador a ser colmado. Pero esa omisión puede muy bien ser interpretada como una decisión consciente del legislador en cuanto a poner menos exigencias para que sea operativa la sanción de cierta conducta.

Uno podría hacer uso de esta objeción para decir que, debido a esta conexión funcional, todo el catálogo de conductas individualizado tras el primer inciso del artículo 3 se debe evaluar de acuerdo con la regla de la razón. Si se sigue tal opción interpretativa, toda acusación de infracción al DL 211 debe efectuarse bajo el tipo genérico, por lo que no tiene mayor sentido analizar la estructura típica de los supuestos de hecho correspondientes a las letras a), b) y c) del inciso segundo (Bascuñán 2016, 48)[63].

Esta no es una objeción sensata, pues no da cuenta del sentido que tiene la especificación de un catálogo de conductas prohibidas. Primero, debemos tener en cuenta el tenor literal de la disposición, pues el encabezado del inciso segundo deja claro que, respecto de los casos que enumera "se considerará (…)", que se produce un impedimento, restricción o entorpecimiento de la libre competencia o una tendencia a ello (Zink 2021, 102). Así, aquí el legislador ya ponderó especialmente el peligro o lesión a la libre competencia (García Palominos 2021, 27)

Segundo, esta tesis no reconstruye la legislación de forma adecuada: siguiendo el dogma del legislador racional, el legislador no es redundante (Ezquiaga 1994, 17). Si se sigue dicho dogma, el catálogo de conductas presentes en el artículo 3 no puede ser una mera reiteración del inciso primero. Es por ello que debemos reconocer la autonomía del tipo genérico contenido en el primer inciso del artículo 3 respecto del catálogo de conductas especificadas en el inciso segundo del artículo 3. Si es que no fuera así, si es que se afirmara que todo el catálogo de conductas reconocido en el inciso segundo está sometido a la lógica del tipo genérico, esto es, a la regla de la razón, entonces serían ininteligibles las múltiples reformas realizadas al catálogo que hay en el inciso segundo del artículo 3.

Tercero, y en la línea de lo anterior, Zink afirma que dicha interpretación también es contraria al principio de razonabilidad, al transformar a la reforma legal en una reforma sin sentido ni efecto práctico alguno (Zink 2021, 103). Por ello señala que los literales a) a d) son casos concretos de infracciones autosuficientes a la libre competencia, no procediendo interpretarlos o darles contenido por referencia al inciso primero, por cuanto el legislador ya señaló que, en esos casos, el tipo universal antimonopólico se especificaba de la forma detallada en cada literal (Zink 2021, 102). Si no fuera así, las múltiples reformas realizadas al catálogo de conductas serían tan solo un intento algo extravagante del legislador por adornar un catálogo sin fuerza propia.

[63] Esta objeción también fue levantada por la Ministra Domper y el Ministro Paredes en un voto de prevención en la Sentencia TDLC 175/2020 en causa rol C-361-18. Disponible en https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/12/SENTENCIA_N_175.pdf.

Cuarto, incluso si se aplicara siempre el inciso primero, de ello no se sigue que siempre haya que hacer un análisis de los efectos de una conducta (regla de la razón). Ello, pues este no solo sanciona "cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia", sino que también sanciona a cualquier hecho acto o convención "que tienda a producir dichos efectos". A este respecto, por un lado, se exige que efectivamente se afecte la libre competencia, mientras que por otro se exige una cierta disposición a hacerlo. Y, en tal medida, esa tendencia, por oposición a un efecto real, podría ser entendida bajo un marco de análisis de regla *per se*: hay ciertos hechos que por sí mismos se supone que tienden a restringir la libre competencia.

Así, frente a la idea de que el inciso segundo está subordinado al inciso primero, una interpretación preferible y que da cuenta de la racionalidad del legislador es que las conductas especificadas por el inciso segundo son aquellas que nuestro legislador presumió que producían los efectos nocivos sobre la competencia que son especificados por el primer inciso del artículo 3 del DL 211[64]. Si bien esto podría considerarse una deficiente técnica legislativa, ya que no permite hacer un análisis de eficiencias, dicha deficiencia no justifica desatender el sentido y lógica del artículo 3 mediante una interpretación referencial redundante y contraria al mismo (Zink 2021, 103)[65].

6. Las otras conductas sancionadas en el inciso segundo del artículo 3: las letras b), c) y d)

Como veíamos, hay quienes afirman que la regla general es que la sanción de cierta conducta sea analizada mediante un ejercicio de ponderación (regla de la razón). Así, la letra a) del artículo 3 contendría una prohibición bajo la regla *per se* y las otras prohibiciones deberían ser evaluadas de acuerdo con la regla de la razón. A continuación, intentaré demostrar que la regla de la razón es más bien la excepción. Para hacer esto analizaré las figuras restantes del inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

Como ya di los argumentos que explican por qué el inciso segundo es autónomo respecto del inciso primero ahora resta analizar las conductas mencionadas en dichas letras del inciso segundo. Así, habiendo analizado ya la letra a) (colusión), me enfocaré en las conductas sancionadas en las letras siguientes.

[64] Por todo lo anterior, si es que se considera que el inciso segundo es autónomo respecto del inciso primero, las conductas individualizadas en el inciso segundo "podrían ser consideradas como descripciones de infracciones de peligro abstracto o comportamientos per se ilegales" (Bascuñán 2016, 180).

[65] Como señala Bascuñán, si se sigue esta tesis, "cualesquiera que sean los elementos que se atribuya al ilícito monopólico (…) bajo el supuesto de hecho genérico del inciso primero del artículo 3 del DL 211, esos elementos no serían relevantes cuando se formula un cargo bajo cualquier hipótesis especial del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 (Bascuñán 2016, 180).

Analizaré primero la letra b) del DL 211, la cual sanciona "la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes". Esta no es una prohibición que se evalúe de acuerdo con la regla de la razón, sino que bajo la regla *per se*. Esta norma no hace alusión alguna a un elemento consecuencialista o a la necesidad de ponderar. Tan solo hace alusión a elementos objetivos, como la explotación abusiva de uno o más agentes, a partir de ciertas conductas, de una posición dominante.

La forma de afirmar que esto estaría sometido a la regla de la razón sería afirmar algo así como lo que sigue: "se castiga la explotación abusiva en tanto tenga más efectos negativos que positivos". Y una forma de llegar a esto sería interpretar el requisito de que haya una posición dominante como un requisito de que haya más efectos negativos que positivos. Pero una posición dominante consiste en la capacidad de una empresa o de un grupo de empresas de actuar (en buena medida) con prescindencia de la conducta de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores[66].

Esto nos llevaría al problema ya visto a propósito de la prohibición de la letra a). Pues, para poder decir lo anterior tendríamos que afirmar que "mayores costos que beneficios" equivale a la definición recién citada de posición dominante. Es decir, debería ser una verdad necesaria que siempre que haya una posición dominante habrá más costos que beneficios. Esto no es así: hay monopolios que tienen gran poder de mercado pero que tienen más beneficios que costos por una serie de rasgos (por ejemplo, las economías de escala). Además, hay varios autores que afirman que el poder del mercado puede (en alguna medida) ser procompetitivo en la medida en que sirve como un premio a los competidores más innovadores (Wu 2012, 327).

Dicho aquello, soy consciente de que esta postura es bastante revisionista. Esto, en el sentido de que hay buenas razones de *lege ferenda* para exigir que siempre se haga un análisis consecuencialista de si un abuso ha producido efectos anticompetitivos o no. Lo anterior, sobre todo, considerando que usualmente es difícil hallar la línea separadora entre una conducta hiper competitiva y un abuso de posición dominante (Mufdi 2024). Por ello, es usual que se realice un análisis caso a caso de las conductas evaluadas para ver si en el caso concreto cierta conducta produce más riesgos que beneficios.

[66] Véase la subsección "Qué hacemos" de la sección "Antimonopolios" de la página institucional de la FNE, disponible en https://n9.cl/6nt44. Ver también el documento de la FNE titulado "Restricciones verticales y abuso de posición dominante: Jurisprudencia de las comisiones antimonopolio", disponible en https://n9.cl/0j6tn, el cual define posición dominante como "la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios".

Por lo anterior, hay autores nacionales, como Nader Mufdi (Mufdi 2024) que buscan que se someta el análisis de estas conductas el escrutinio de la regla de la razón, pues no hacerlo

> podría dar espacio a lecturas de la norma que podrían alejarse del espíritu del Decreto Ley Nº 211, y de los entendimientos aceptados a nivel global respecto de las prohibiciones de APD, en el sentido de proscribir prácticas que efectivamente resulten anticompetitivas, lo que requeriría necesariamente considerar para el caso del APD la existencia de efectos (actuales o potenciales), así como la ausencia de justificación razonable.

Ante dicha afirmación, primero, cabe rememorar los argumentos recién expuestos acerca de por qué no tiene sentido negar la autonomía al inciso segundo del artículo 3) del DL 211. Segundo, cabe señalar que el argumento de Mufdi descansa en una petición de principio, pues parece asumir que es autoevidente cual es la finalidad del derecho de libre competencia, por lo que valdría la pena dejar de lado el tenor literal en su persecución. Con todo, está lejos de ser claro cuál es el espíritu de la ley, y además es bastante dudoso cómo se podría determinar cuál es el espíritu de la ley con prescindencia de un análisis del derecho positivo, pues este es el punto de partida y límite de todo análisis jurídico. Tercero, como se demostrará más abajo, hacer uso de la regla de la razón viene de la mano con bastantes desafíos, por lo que su uso es desaconsejable.

Por último, cabe hacer una prevención. Que la sanción del abuso de posición dominante no sea autónoma respecto del inciso primero no debería ser tan alarmante en la medida que el concepto "explotación abusiva de una posición dominante" tiene suficiente textura abierta y cláusulas normativas (v.gr: abusiva) como para que, a partir de dichas referencias textuales, se construya una adecuada teoría que dé cuenta de las especificidades teóricas del abuso de posición dominante. En tal medida, puede muy bien ser el caso que, a fin de cuentas, la recta interpretación de cláusulas como "explotación abusiva" nos lleve a afirmar que es necesario hacer un análisis de efecto respecto de ciertas conductas. En tal caso, habría menos normas sobre inclusivas. Con todo, que se llegue a hacer un análisis de efecto debería ser la consecuencia de un argumento a partir del texto de la letra b), no una premisa del análisis de esa norma.

Dicho aquello, aunque el final del camino interpretativo muy bien puede llevar a concluir que varias conductas que caben dentro de la categoría de abuso de posición dominante deben ser sancionadas bajo un análisis de efectos, es importante no prejuzgar dicha cuestión. Esto, pues hay algunos abusos

de posición dominante que pueden ser sancionados sin que haga falta un análisis de sus efectos (Yáñez 2024)[67].

Pasemos ahora a la letra c), la cual sanciona las prácticas predatorias o de competencia desleal cuando son realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Nuevamente, la única forma de tratar tal prohibición como una que está bajo la regla de la razón es decir que alguno de sus elementos nos exige afirmar que se sancionaran dichas conductas cuando generen más costos que beneficios. Y la única forma de afirmar lo anterior sería diciendo que el requerimiento de que "sean realizadas con el objeto de "alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante", fuera equivalente a "que haya más costos que beneficios". Pero esta equivalencia no es correcta. Por un lado, tenemos un elemento teleológico (el fin que persigue quien realiza una determinada conducta), y por el otro tenemos un elemento que dice relación con los efectos de una determinada conducta.

Por último, la letra d)[68] del artículo 3 no amerita mayor análisis[69].

7. Excurso: la arbitrariedad de la regla de la razón

7.1. La excesiva amplitud de la regla de la razón

En este excurso, argumento que la regla de la razón tiene serios problemas. Esto, pues es vaga y por tanto su aplicación otorga demasiado poder a los jueces, lo que tiene déficits democráticos y vuelve al sistema impredecible.

[67] Este es el caso de lo que el borrador de la Guía de aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, expedido por la Comisión Europea, denomina "restricciones manifiestas" (§60c) (Directorado General de Competencia de la Unión Europea 2024).

[68] Esta letra prohíbe "la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, solo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos".

[69] No obstante, en los primeros fallos que dictó el TDLC sobre la prohibición de interlocking se discutió nuevamente si el inciso segundo es independiente del inciso primero del artículo 3, lo que a su vez decía relación con la cuestión de si debía aplicarse la regla *per se* o no. Un resumen de cómo el TDLC resolvió esta controversia de una manera favorable a la independencia del inciso segundo respecto del inciso primero, y cómo ello derivó en la aplicación de la regla *per se* encuentra en: (Peralta 2025c).

Como veíamos, actualmente es hegemónica la tesis de que la mayor parte de las conductas sancionadas por nuestro sistema deben analizarse bajo la regla de la razón[70]. Esto se explica porque se cree que la regla de la razón es una regla propicia para llegar a estos resultados adecuados. En este excurso busco demostrar que, más allá del tenor literal, la regla de la razón no es sustantivamente razonable.

i. Los rasgos de la regla de la razón

Como intenté mostrar más arriba, la regla de la razón es análoga al consecuencialismo del acto en el sentido de que la legalidad de una conducta depende de sus consecuencias inmediatas o presumibles (Black 2005b, 72). Esto es importante, pues el consecuencialismo del acto es bastante indeterminado, siendo una pregunta clave cuál es la consecuencia relevante, es decir, qué es aquello que se considera anticompetitivo. Así, una vez que se afirma que la ilegalidad de la conducta debe ser determinada de acuerdo a la regla de la razón, la pregunta sobre cuál es el objetivo de la libre competencia se vuelve insoslayable, pues sin un principio guía la regla de la razón se vuelve un estándar vacuo que indica que hay que considerar las consecuencias (Oldham 2006, 12-13)[71].

A este respecto, la principal norma de la libre competencia chilena, el DL 211, en el primer inciso del artículo 3 afirma 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". Aquí, lo crucial es que aquello que debe ser negativamente afectado, "la libre competencia", es un concepto que tiene textura abierta, es decir, que admite varias interpretaciones respecto de las cuales hay tan solo un parecido de familia. Pero no solo tiene textura abierta, sino que además es un concepto políticamente tematizable[72]. Como han recordado los neo-brandesianos, hay diversos objetivos que la libre competencia puede perseguir[73]: eficiencia asignativa, productiva, dinámica, un proceso competitivo e incluso dispersar el poder político (Peralta 2022b).

Así, la aplicación de la regla de la razón lleva a que, aun tras determinar que una conducta es *prima facie* ilícita, se deba: a) elegir cuál o cuáles son el o los criterios relevantes para valorar las

[70] Kovacic la denomina "la principal herramienta analítica del antitrust" (Kovacic 2021, 37).

[71] Esto lleva a Blair y Sokol a discutir arduamente sobre cuál es el objetivo de la libre competencia, pues solo respondiendo esa pregunta se vuelve aplicable la regla de la razón (Blair y Sokol 2012).

[72] No todos los conceptos con textura abierta son políticamente tematizables. Por ejemplo, "prácticas concertadas", es un concepto vago, pero su interpretación no depende de una toma de posición valórica. Sobre esto, ver (Peralta 2022b).

[73] Aquí solo busco hacer un juicio descriptivo de que la institucionalidad de *antitrust* puede usarse para perseguir diversos objetivos, más allá de si es buena idea. Respecto del futuro del movimiento neo-brandesiano, véase: (Peralta 2025d).

consecuencias de las conductas; b) ponderar si la conducta trae más costos que beneficios de acuerdo con los criterios escogidos; y c) potencialmente hacer *tradeoffs* si al elegir más de un criterio estos apuntan en direcciones contrarias.

ii. Los problemas de aplicación del consecuencialismo del acto en general y de la regla de la razón en particular

Hacer uso de una regla análoga al consecuencialismo del acto (como la regla de la razón) trae problemas. A este respecto, uno de los estudios más importantes sobre dichos problemas fue el que realizó John Rawls en su artículo "Dos conceptos de regla". Según Rawls, bajo el consecuencialismo del acto, que él denomina una concepción sumaria de las reglas[74],

> uno supone que cada persona decide lo que haría en casos particulares por aplicación del principio [relevante]. Uno supone además que diferentes personas decidirán del mismo modo el mismo caso particular y que casos como los ya decididos serán resúmenes. Entonces ocurrirá que en casos de ciertas características la misma decisión tendrá que ser tomada por la misma persona en distintos momentos o por diferentes personas al mismo tiempo. Si un caso ocurre de modo suficientemente frecuente, uno supone que se formula una regla que cubre casos de ese tipo. Llamo a esta concepción "visión sumaria" porque las reglas como resúmenes son entendidas como resúmenes de decisiones pasadas, para llegar a las cuales el principio fue directamente aplicado a los casos particulares. Las reglas se consideran como informes de que ciertos tipos de casos se han resuelto apropiadamente de cierta manera, sobre otras bases (Rawls 1955, 19).

Empero, aquí vale la pena notar que lo que explica la emergencia de las reglas como resúmenes es que ellas facilitan la decisión, pero, en rigor, esas reglas no son normas, porque carecen de normatividad: no imponen obligación alguna (si en ese tipo de casos uno tiene la obligación de hacer x, esa obligación tiene su fundamento en el principio fundamental, no en la regla; esta solo facilita la identificación del deber) (Atria 2016, 57). Esto se explica en que, como mostré más arriba, lo que caracteriza a las normas es su fuerza excluyente, esto es, que son razones que desplazan otras razones.

[74] Vale la pena hacer una clarificación terminológica. Lo que Rawls denomina una concepción sumaria de las reglas corresponde a lo que se denomina un utilitarismo del acto, mientras que lo que Black asocia a la regla de la razón es el consecuencialismo del acto. El consecuencialismo del acto y el utilitarismo del acto no son lo mismo, sino que están en una relación de género especie. El consecuencialismo del acto es una doctrina filosófica que dice que lo buena o mala que es una determinada cosa se debe determinar a partir de un balanceo de todas sus consecuencias. Por contraste, el utilitarismo del acto discrimina entre las consecuencias relevantes, y afirma que la única consecuencia relevante es la utilidad.

Esto importa, pues que las reglas bajo una concepción sumaria no tengan normatividad implica que siempre pueden ser dejadas de lado, lo que en parte explica la indeterminación a la que es asociada la regla de la razón. Además, el caso de la regla de la razón es dramático: no habría tan solo que ver cuál es la regla que maximiza cierto principio[75], sino que además se tendría que decidir cuál es el principio relevante. Es decir, respecto de cada caso que cae bajo la regla de la razón, el juez no debería tan solo determinar si la conducta es ilícita por subsumirse bajo una norma sancionatoria, sino que, además, debería determinar cuál es el principio que debe resguardar y, si acaso, ponderando todos los hechos del caso, la conducta avanza más de lo que hace retroceder a tal principio (o principios, pues nada impide que se persiga varios objetivos y se deba "ponderar" entre ellos)[76].

Lo anterior lleva a que la regla de la razón fracase en sus propios términos si se asume que un objetivo esencial de las reglas de sanción de libre competencia es prevenir la ocurrencia de conductas ineficientes. Ello, pues el logro de ese objetivo supone que haya cierta estabilidad respecto de qué es sancionado, pues solo así los agentes de mercado saben qué conductas evitar. Pero en la medida que las reglas son meros resúmenes que pueden ser desechados por el juez de turno, esto es institucionalmente inestable. En otras palabras, aun si asumimos que la eficiencia es el objetivo último de la libre competencia, el compromiso con la regla de la razón es ineficiente. Por todo lo anterior, el estándar de la regla de la razón ha sido ampliamente criticado por jueces, operadores jurídicos y académicos ya que ha hecho que el sistema de *antitrust* sea engorroso, indeterminado e inadministrable (Khan 2020, 1676). Así, el problema reside en que la regla de la razón no es una directiva que venga definida ex ante, sino que, más bien, "el término abraza los principios más vagos e indeterminados del *antitrust*, dificultando bastante cumplir con sus requisitos" (Stucke 2009, 1379).

iii. La regla de la razón y el underenforcement

Este estándar no es solo inmanejable para los agentes económicos, sino también para las cortes. A modo de observación inicial, debemos notar que, desde un plano puramente conceptual, este estándar es perfectamente inteligible: se determina cuál es el principio que se quiere avanzar, y luego se ve si en un determinado caso este principio es, en el balance, avanzado o no. Con todo, el problema de la regla de la razón no es conceptual, sino que institucional.

[75] En el ejemplo anterior tan solo asumimos que el principio relevante era la prevención general negativa.

[76] Y, como dice Stucke, los economistas y aún más los jueces "no están bien equipados para cuantificar el valor de diversos tipos de competencia, tales como competencia intramarca, la eficiencia estática o dinámica, y el impacto que tiene una restricción de comercio en la competencia" (Stucke 2009, 1442).

Respecto de estas dificultades institucionales, Sunstein cree que hay dos preguntas relevantes. Primero, una relativa al costo de los errores, es decir, respecto de qué aproximación lleva a más y más graves errores. Segundo, una relativa a los costos de decisión, es decir, respecto de qué aproximación lleva a más y más costosas decisiones (Sunstein 1998, 1051). Dicho esto, mi hipótesis es que la decisión de muchas cortes de no sancionar conductas que caen bajo la regla de la razón se explica por los costos de la decisión, pues la regla de la razón lleva a más y más costosas decisiones.

En cuanto a los costos de decisión, es importante notar que la maximización de un valor, particularmente uno tan abstracto como el bienestar, necesariamente pone a los aplicadores de derecho y al poder judicial en una posición desafiante, pues el bienestar es abstracto y en última instancia inmedible (Wu 2018a, 2). A esto hay que agregar que bajo la regla de la razón quien realiza el análisis fáctico considera todas las circunstancias del caso al decidir si una conducta debería ser sancionada. Y el problema es que ponderar costos y beneficios de una práctica en particular, y balancear valores sociales inconmensurables usualmente excede la capacidad de los litigantes, la corte y las agencias (Stucke 2009, 1440).

Por esto, Crane afirma que no está lejos de ser cierto que afirmar que una práctica cae bajo la regla de la razón claramente implica la legalidad de la conducta (Crane 2007a, 64). Lo anterior es así porque la regla de la razón es inmanejable para las cortes, por lo que, salvo que haya un caso donde el daño competitivo sea manifiesto, estas evitarán sancionar. Esto, pues en estos casos no solo se tiene que establecer caso a caso si una conducta es anticompetitiva o no, sino que además tienen que elegir cuál es el principio que quieren maximizar. Por lo anterior, la regla de la razón ha empujado a que las cortes adopten un criterio interpretativo conservador, para así evitar hacer uso de una regla que no están debidamente preparadas para aplicar.

Todos estos problemas llevaron a Richard Posner a concluir que el contenido de la regla de la razón "es en gran medida desconocido; en la práctica es poco más que un eufemismo para afirmar que hay una exención de responsabilidad" (Posner 1977, 14). Esto, pues juzgar un caso bajo la regla de la razón es tan costoso que es probable que menos transgresiones a la norma sean llevadas a juicio (Stucke 2009, 1386). Al menos en EE.UU., cuando los casos son juzgados bajo la regla de la razón los acusados prevalecen en el 97% de las veces (en 335 de 344 casos) (Stucke 2009, 1424). Así, como dice Posner, el contenido de la regla de la razón "en la práctica es poco más que un eufemismo para afirmar que hay una exención de responsabilidad". Y a esto hay que sumar todas las infracciones que ni siquiera llegan a la corte dada esta desalentadora cifra.

Por supuesto, no afirmo que en Chile ocurra exactamente lo mismo. Pero, por las consideraciones recién apuntadas, no sería sorprendente que fuera el caso (más bien, todo lo contrario). Y lo anterior

evidentemente tiene un impacto relevante en lo que se pueda hacer por la defensa de los mercados. Esto, pues, debido al costo asociado a su uso, las variantes más elaboradas de la regla de la razón pueden desincentivar desafíos a conductas que dañan la competencia si se las compara con reglas menos complejas (Kovacic 2021, 42). Y como sentencia Stucke, "si es demasiado costoso defender nuestros derechos, la ley es majestuosa en teoría, pero impracticable en la realidad" (Stucke 2009, 1460).

Con todo, es importante notar que es solo la prudencia institucional de los jueces lo que impide que el uso de la regla de la razón se vuelva aún más problemático y esta sea usada para un *enforcement* agresivo (y quizá irresponsable) de la normativa. Es decir, los límites a un uso agresivo de la institucionalidad no están ligados ni al diseño institucional (el cual empodera bastante a los jueces) ni al tenor literal de la norma (el cual es bastante generoso[77]). Esto explica que, al menos en EE.UU., esta exclusiva dependencia en los jueces ha llevado a que con una misma normativa e institucionalidad se hayan perseguido diversas políticas bastantes diferentes entre sí. Como dice Diane Wood, desde que se promulgó el *Sherman Act* se han perseguido diversas políticas públicas, tales como reprimir con vigor trusts, control de mercado durante la gran depresión, medidas agresivas hacia los carteles internacionales, movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, entre otras opciones (Wood 2019, 3).

Con todo, esta prudencia (que es contingente) solo es deseable cuando se la compara con lo complejo que sería tener un sistema de regulación económica jurisprudencial. Pero es problemático que se deje de castigar ciertas conductas porque existen problemas institucionales. Antes bien, hay que explorar las posibles soluciones[78-79].

7.2. Algunas posibles objeciones

Existen varias posibles objeciones. Primero, que la caracterización aquí ofrecida de la regla de la razón es caricaturesca o imprecisa pues esta tiene versiones más sofisticadas que implican una compleja distribución de cargas de la prueba.

[77] El inciso primero de la letra a) es tan amplio que incluso hay autores que lo han catalogado como "un cheque en blanco" (Agüero 2011, 6).

[78] Mis sugerencias han ido en la línea de pensar en crear una SuperIntendencia de competencia que expida reglas con rango infralegal (Peralta 2023a; 2023d) y en hacer que el TDLC dicte normas mediante su facultad de dictar instrucciones generales (Peralta 2022a).

[79] Abordo las posibles objeciones a esta caracterización de la regla de la razón en (Peralta 2022a, 140-43)

Según esta lectura, bajo la regla de la razón, primero, se analiza si existe una conducta *prima facie* incorrecta, segundo, pasa al acusado la carga de demostrar que su conducta tiene un objetivo legítimo (si no se lo demuestra, la conducta es sancionada), tercero, si el acusado logra lo anterior, el acusador debe demostrar que hay medios menos gravosos para lograr tal objetivo (si esto se demuestra, se pasa a condenar), y, en cuarto lugar, incluso si lo anterior no es demostrado, se pasa a balancear los efectos pro competitivos y anti competitivos de la conducta imputada, y si el balance es negativo se sanciona (Hovenkamp 2018a, 103-4)[80].

Esta versión de la regla de la razón es plausible. Pero el punto es que si bien puede ser algo más administrable que su versión más tosca, es parte inherente de la regla de la razón la presencia de un momento ponderativo donde todo aspecto es considerado (Carrier 2019, 54). Esto es problemático, por todas las razones ya señaladas, y porque, como dice Hovenkamp, un test que hace que toda cuestión sea relevante no nos entrega nada útil pues no nos da ninguna métrica para ponderar o si quiera identificar los factores importantes (Hovenkamp 2018a, 133)[81].

Otra posible objeción es que el debate no se reduce a una disyuntiva entre la regla *per se* y la regla de la razón. Así, se ofrecen algunos "tests intermedios", habiendo un continuo entre ambos tipos de reglas. Un ejemplo de lo anterior es la regla *quick look*, que mediaría entre la regla de la razón y la regla *per se*, mostrando que estas dos categorías no agotan el debate (Shulman 2001, 89). Esta regla se aplica ante conductas que prima facie parecen ser anticompetitivas pero que, como ocurren en mercados nuevos, respecto de ellas se admite que existan defensas de eficiencia, lo que no ocurre bajo la regla *per se* (Shulman 2001, 89).

Respecto de este punto, primero, vale la pena notar que esta regla sí se asemeja a la regla de la razón en cuanto a que sí exige que exista un análisis de efectos, el que, si bien es más restringido, aun viene de la mano con los principales problemas de la regla de la razón: a) la necesidad de elegir un estándar a partir del cual valorar las consecuencias y b) la realización de un análisis casuístico de ponderación de consecuencias. No en vano autores como Kovacic denominan a la regla *quick look* una variante truncada de la regla de la razón (Kovacic 2021, 52). Como dice Hovenkamp, la regla *quick look* no tiene una definición clara, y lo que la distingue de otros modos de análisis es el número de presunciones y atajos probatorios (Hovenkamp 2018a, 126).

[80] A partir de esta versión de la regla de la razón, Montt y Vásquez buscan argumentar que, contra lo señalado por mí (Peralta 2022a), la regla de la razón sí sería administrable. Mi respuesta se encuentra en: (Peralta 2025a, 4 nota 6).

[81] Por esto Hovenkamp dice que aquí se debe introducir la métrica del bienestar del consumidor (Hovenkamp 2018a, 133). Pero que esta métrica es necesariamente aquella que ha de aplicar es disputable (Peralta 2022b; Kovacic 2021, 89).

Pero quien cree firmemente en la existencia de un continuo entre la regla de la razón y la regla *per se* podría insistir. Katsoulacos provee una instructiva formalización de este supuesto continuo. Este afirma que existe un continuo cuyos extremos son los juicios puramente basados en presunciones (la regla *per se* estricta, que se basa en la mera caracterización de la conducta), y los juicios basados en el análisis de todo impacto posible de cierta conducta (la regla de la razón). Así, avanzando desde la regla *per se* "estricta" a la regla de la razón, avanzamos en un camino en que cada vez agregamos más filtros que nos entregan más información (Katsoulacos 2021, 5).

Según este modelo, el espectro sería como sigue: (1) se caracteriza tan solo la conducta imputada (regla *per se* estricta); (2) se analiza además si hay poder de mercado (regla per se modificada); (3) se añade el análisis de si hay potencial dañino para la competencia (una regla que truncadamente analiza los efectos de la conducta); (4) el enjuiciador se pregunta si hay o no potencial para que haya pérdida del bienestar del consumidor[82] sin considerar si hay ganancias de eficiencia; y (5) a todo lo anterior se añadiría la pregunta de si acaso existen o no eficiencias que podrían compensar por las pérdidas del bienestar del consumidor (regla de la razón). (Katsoulacos 2021, 6-7).

Pero incluso bajo el esquema anterior uno podría postular que la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón se mantiene. En el caso de las dos primeras categorías estamos ante un test enteramente objetivo, donde una conducta se sanciona a partir de la pura constatación de ciertos rasgos, mientras que en las siguientes tres categorías se incorpora un análisis de los efectos de la conducta, donde aparecerían: a) la pregunta respecto de qué protege el sistema y b) un análisis casuístico. Así, en los primeros dos casos aplicaría la regla *per se* , y en los siguientes tres aplicaría la regla de la razón. Y si bien quizás habría una continuo entre diversos tipos de regla *per se* y diversos tipos de la regla de la razón, no lo habría entre la regla *per se* y la regla de la razón. Además, incluso si se aceptara que efectivamente hay un continuo entre la regla *per se* y la regla de la razón, eso no quita que habría que determinar de antemano qué regla aplicar a ciertos casos.

[82] Por esto Hovenkamp dice que aquí se debe introducir la métrica del bienestar del consumidor (Hovenkamp 2018a, 133). Pero que esta métrica es necesariamente aquella que ha de aplicar es disputable (Peralta 2022b; Kovacic 2021, 89).

8. Recapitulación

De lo dicho en la exposición creo que hay que destacar los siguientes puntos. Primero, que la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón está relacionada con el contenido de las prohibiciones que existen en sede de libre competencia. Mientras que en el caso de la regla *per se* lo que se sanciona es la presencia de una conducta con determinadas características, bajo la regla de la razón, no basta con la presencia de una determinada conducta para imponer una sanción, sino que además se debe ponderar eficiencias y efectos anticompetitivos.

Segundo, la regla de la razón no es "la regla general" dentro del DL 211. Por contraste, la licitud de las conductas detalladas en el inciso segundo de la letra a) del artículo 3 del DL 211 se determina de acuerdo a la regla *per se*.

Tercero, y debido a lo anterior, antes que insistir en que es necesario un ejercicio de balanceo de pros y contras para determinar si una conducta debe ser sancionada, la doctrina chilena debiera concentrar sus esfuerzos en analizar nuestra legislación tal cual es y en determinar el contenido específico de conceptos jurídicos tales como *prácticas predatorias* o *competencia desleal*, sin aducir constantemente al vago estándar de balancear eficiencias. Es decir, debería tomar el tenor literal de la ley como el punto de partida y el límite de sus interpretaciones. Lo anterior, por supuesto, nos debería hacer reflexionar sobre la diferencia entre nuestra tradición jurídica y aquella donde surgió el *antitrust*.

Cuarto, una vez que advertimos la independencia entre el inciso primero y el catálogo de conductas sancionada en el inciso segundo del artículo 3, entonces tenemos varias normas de sanción independientes. En la medida en que un bien jurídico corresponde a una propiedad que es protegida por una norma de prohibición o de mandato reforzada mediante una norma de sanción (Mañalich 2021: 81), la determinación de qué bien jurídico protegen las normas de libre competencia debe ser realizada de forma independiente respecto de cada norma de sanción del inciso segundo del artículo 3. Y esto llevaría a que "la libre competencia" mencionada en el tipo genérico fuera un concepto que agrupara los bienes jurídicos protegidos en cada una de las normas de sanción específicas del catálogo de conductas a continuación del tipo genérico.

Tercera Parte
El bien jurídico protegido por la legislación chilena de libre competencia

El bien jurídico protegido por la legislación chilena de libre competencia

1. Introducción

En este capítulo tengo un objetivo metodológico y un objetivo sustantivo. En cuanto a lo primero, argumento que el debate chileno sobre cuál es el bien jurídico protegido por la normativa de libre competencia adolece de ciertos defectos: la adopción de un canon argumentativo ajeno a nuestra tradición de derecho continental y un análisis desligado del derecho positivo. Expuestos estos rasgos, procedo a explicar por qué son problemáticos. Frente a este quehacer problemático, propongo una metodología alternativa para identificar el bien jurídico protegido por la libre competencia: analizar el derecho positivo. A partir de ello intento lograr mi objetivo sustantivo, que consiste en encontrar una lectura alternativa para dicho debate, aplicando una metodología que (a mi juicio) es correcta.

El debate sobre cuál es el bien jurídico protegido por el sistema de libre competencia se caracteriza por su escasa o nula referencia a su norma fundamental, el DL 211. En este capítulo argumento que esta forma de proceder surge de una perniciosa importación de una forma de razonamiento jurídico ajena a nuestra tradición de derecho continental (sobre cómo opera esto: (Peralta 2022a, 136 y ss)). Ante esto, busco desarrollar una postura que se inserte adecuadamente en nuestra tradición.

Como este es un libro sobre la colusión dura, me centraré exclusivamente en el bien jurídico protegido por la norma que sanciona dicha colusión, por lo que no incluiré dentro de este análisis el bien jurídico protegido por otras normas de sanción del sistema de libre competencia[83].

Como primera cuestión, vale la pena detenerse en la distinción entre normas de conducta y normas de sanción. A este respecto, una norma de sanción es aquella regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena (Mañalich 2010, 172). Este sería el caso

[83] Con todo, vale la pena decir un par de cuestiones. Primero, que si se sigue la (a mi juicio), incorrecta tesis de que por regla general aplica la regla de la razón, y que la regla *per se* solo aplica a la sanción de la colusión dura, entonces podemos asumir que el bien jurídico protegido por la colusión dura, es el mismo bien jurídico que protegen las otras normas, siendo la protección de tal bien jurídico el parámetro a partir del cual se realiza el ejercicio de balanceo que es característico de la regla de la razón (una explicación de esto está en (Peralta 2022e, 2-5). Segundo, que, si no se sigue la tesis recién dicha, sino que se asume que dichas figuras tienen autonomía respecto del tipo genérico, entonces la determinación del bien jurídico que ellas protegen debe ser realizada caso a caso, viendo las particularidades de cada una de estas normas de sanción.

de una regla de la siguiente estructura: "si el sujeto X hace la acción Y, habrá de tener la pena Z". Empero, estas no son normas quebrantadas por el delincuente, sino que son realizadas por él (en tanto 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 su comportamiento (Mañalich 2010, 171). Así, el estándar que determina el objeto del reproche jurídico es una norma de comportamiento, que se obtiene por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente (Mañalich 2010, 172). Así, partiendo de la norma de sanción "si el sujeto X hace la acción Y, habrá de tener la pena Z", mediante su inversión obtenemos la norma de comportamiento "está prohibido realizar la acción Y". Esta es una norma de comportamiento, pues le indica a los ciudadanos cómo conducirse en la vida social.

Lo anterior importa, pues el bien jurídico protegido se identifica con el objeto de protección de una norma de comportamiento punitivamente reforzada mediante una norma de sanción (Mañalich 2021b, 81). Ello significa que la finalidad de tal norma de comportamiento consiste en que sea evitada la realización de una determinada forma de comportamiento que habría de traer aparejada una merma del valor del respectivo bien jurídico (Mañalich 2021b, 81). Así, frente a una norma de sanción como "el que mate a otro ha de padecer presidio 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[84].

De esta forma, tras determinar por inversión la norma de conducta implícita en la norma de sanción de la colusión, la pregunta relevante será la siguiente: ¿cuál es la propiedad cuya merma busca evitar la prohibición de la colusión? Aquella propiedad será el bien jurídico. Esto es similar al método que propone García Palominos. Este afirma que "el punto de partida está en determinar las expectativas y el o los intereses generales subyacentes a la regla de comportamiento del art. 3º, letra a), del D.L. Nº 211" (García Palominos 2021, 20)

Si bien García Palominos detalla correctamente cuál es la metodología adecuada para este ejercicio hermenéutico, al mismo tiempo nos provee de un ejemplo de los riesgos que conlleva no tomar en serio dicha metodología. Esto, pues García Palominos no es consistente con su método y termina llevando a cabo una discusión en abstracto respecto de las razones por las cuales sería bueno proteger la libre competencia. Así, afirma que

[84] Aquí no estoy tomando postura a favor de una determinada tesis respecto de cuál es el bien jurídico protegido por el homicidio, y por esto no estoy reproduciendo la legislación chilena respecto del homicidio. Lo anterior, pues el fin de esta sección ha sido heurístico.

> una vez que se ha definido que el Mercado será la herramienta que solucione el problema económico y la competencia es la institución que es proveedora de justicia distributiva y aseguradora de amplios ámbitos y posibilidades de libertad, entonces esta se eleva a un bien social, justificándose la incorporación de reglas que garanticen la interacción eficiente, pero al mismo tiempo procedimentalmente justa. En dicho contexto, las expectativas creadas relativas a la justicia de la interacción crean un bien jurídico merecido de protección penal: la confianza en la justicia distributiva y el procedimiento de interacción justo (García Palominos 2021, 20).

Es cierto que actualmente el mercado se hace cargo de la distribución de bienes económicos. Pero de ello no se sigue que la normativa de libre competencia *necesariamente* proteja "la confianza en la justicia distributiva y el procedimiento de interacción justo". La ley 8987 del año 1948, también conocida como Ley de Defensa Permanente de la Democracia, puede ayudar a demostrar el punto. Esta ley es una que nominalmente protegía la democracia, pero lo que hacía era proscribir la participación política de un partido político (el Partido Comunista Chileno)[85]. Este ejemplo nos muestra que, salvo que atendamos a las normas en concreto, no tendremos una manera cierta de determinar qué es lo que persiguen. Por esto, no hay que quedarse con el titular de una ley, sino que analizar lo que esta efectivamente hace. O, en otras palabras, no hay que juzgar un libro por su portada (cosa que, como intentaré demostrar, hace la mayor parte de la doctrina chilena).

Así, la afirmación genérica de que el DL 211 protege la libre competencia no implica que sus normas efectivamente protejan "la confianza en la justicia distributiva y el procedimiento de interacción justo"[86]. El problema de no analizar las normas en su operación concreta es que esta metodología nos podría llevar a afirmar que la ley 8987 defiende la democracia porque eso afirma su nombre. Para evitar este nominalismo debemos analizar las instituciones en su funcionamiento efectivo, y no partir de idealizaciones abstractas respecto de qué deberían buscar.

[85] Para más detalles, ver: "Ley de Defensa Permanente de la Democracia": en: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-94088.html Consultado el 12/03/2023.

[86] Que implica esto es desarrollado en mayor profundidad en: (Peralta 2022b, 447).

2. El Debate Chileno

2.1. Consideraciones previas

El debate chileno en torno a cuál es el bien jurídico se nutre de la discusión en EE.UU. sobre cuál es el objetivo de la institucionalidad de *antitrust*[87]. Con todo, es importante notar desde ya que esta tradición no se refiere al "bien jurídico", pues un asunto es qué finalidad se le puede atribuir al sistema como un todo, y otro diferente es cuál es el bien jurídico protegido por una norma en particular. Como vimos, 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 aquello no prejuzga cuál es la finalidad de la institución que protege cierto bien jurídico. Por ejemplo, si aceptamos (*ad arguendo*) que el bien jurídico protegido por el delito de hurto es la propiedad, esto no prejuzga cuál es la finalidad de protegerlo, finalidad que podría ser propiciar el crecimiento económico, proteger la intimidad de las personas, proteger un derecho natural, etc[88].

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 (Crane 2021a, 6), e incluso, como vimos en el Capítulo I, a ratos derechamente ignora los mandatos legislativos. Es que, como dice 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" (Crane 2021a, 3).

Con todo, y más allá de las objeciones democráticas que a esta forma de proceder se han levantado en EE.UU. (Khan 2018, 968; Wu 2018a, 4), debemos dar cuenta de que ella 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. Es posible tener *expertise* respecto de lo instrumental, respecto de cuál es la mejor manera de perseguir los fines de la legislación, mas no en cuáles son los fines que esta persigue[89].

[87] Para un análisis de esta discusión, ver: (Peralta 2022b).

[88] Quien equipara la finalidad del sistema y el bien jurídico libre competencia es Agüero. Éste afirma 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" (Agüero 2004, 9). Empero, si uno atiende al contenido del tratado al que se refiere Agüero (Agüero 2004, 9), este afirma en su artículo 16.1 que "[c]ada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la 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.

[89] Ver en más detalle: (Peralta 2022b, 455).

Finalmente, quiero hacer una última prevención. Quienes discuten respecto de cuál es el bien jurídico protegido generalmente hacen un largo repaso de todas las posturas en juego en el debate de EE.UU. No haré esto: si uno toma como punto de partida la ley, en tanto la ley chilena y la estadounidense no son idénticas, puede ser el caso que ambas legislaciones persigan objetivos distintos. Así, la conexión entre la discusión que se suscita en otras jurisdicciones, y aquella que se suscita en Chile es contingente[90].

Por todo lo anterior, mi foco estará en la ley chilena de libre competencia, y tras analizar la forma en que opera la sanción de la colusión me preguntaré: considerando la prohibición contenida tras la sanción de la colusión, ¿qué propiedad protege esta prohibición? 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?", en este artículo partiré desde abajo, desde las instituciones realmente existentes y preguntaré, "¿qué es aquello que su diseño protege?".

2.2. "El caso tipo", Mario Ybar

Ybar hace una clara y breve síntesis de la historia del Derecho de la competencia. A este respecto, sitúa sus orígenes en el *Sherman Act* (Ybar 2009, 1)[91]. Según Ybar, en esta normativa había una trasposición de los ideales democráticos *jeffersonianos* a la realidad económica, lo que propiciaba erigir una sociedad de productores iguales e independientes entre sí para evitar la desigual distribución de la riqueza y la inherente corrupción del poder político que se sigue de ella (Ybar 2009, 1). Así, en sus orígenes esta regulación buscaba proteger la libertad política y económica de la concentración de recursos económicos, lo que hacía mediante la promoción de mercados atomizados (Ybar 2009, 1). Con todo, la institucionalidad de *antitrust* se alejó de estos objetivos, pues durante el siglo XX se constató que una 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 (Ybar 2009, 2).

[90] Con todo, por la obsesión tecnocrática de tener un derecho homogéneo, y donde no se le de peso al tenor literal, esto es usualmente pasado por alto. Ver supra cap. I.

[91] Ybar ha actualizado su visión respecto de los fines de la competencia en: (Ybar 2024).

Después de esta reseña histórica Ybar expone las diversas posturas que más peso tenían al momento de escribir dicho artículo. Según una primera vertiente, la finalidad de la libre competencia sería promover la existencia de un comercio libre y justo (Ybar 2009, 2). Esta visión busca conciliar la eficiencia económica que redunda 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 otros valores (Ybar 2009, 2). 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 (Ybar 2009, 3).

Otra postura afirma que el objetivo del Derecho de la competencia es el bienestar del consumidor (Ybar 2009, 3). 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 (Ybar 2009, 5). Según esta visión, las autoridades deberían limitarse a sancionar y reprimir conductas y transacciones que resultan en una reducción de la cantidad de bienes y servicios producidos, aumentando los precios finales de los mismos. 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 (Ybar 2009, 4).

Otra postura dentro de la visión que otorga preeminencia a los consumidores es la que afirma que su mayor beneficio se logra mediante la protección del proceso competitivo y la apertura de los mercados (Ybar 2009, 5). En este sentido, Ybar afirma 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 (Ybar 2009, 5).

Ybar luego pasa a enjuiciar cuál de estas posturas cree que es "preferible" a partir de una valoración de los rasgos que tienen asociados. Así, argumenta que, si bien la escuela de Chicago formalmente da espacio a eficiencias dinámicas, las relega a un segundo plano, pues son difíciles de prever y prácticamente imposibles de cuantificar, cosa que atenta contra sus supuestos: certeza jurídica y desconfianza en la capacidad operativa de las autoridades (Ybar 2009, 8). 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 ésta responde antes que todo a la calidad del proceso competitivo, al entorno de rivalidad presente (Ybar 2009, 8).

Aquí Ybar comete el error de reducir el contenido del bien jurídico a lo que el sistema busca perseguir, es decir, iguala el bien jurídico protegido a la finalidad que el sistema tiene como un todo. Esto es un error, pues, como vimos, se debe analizar cuál es la propiedad que una norma de comportamiento en concreto protege. Además, como veremos en mayor detalle más abajo, la postura de Ybar pasa por alto que no es relevante lo que sería bueno o razonable que la legislación protegiera, sino que lo relevante es cuál fue la decisión del soberano.

Además, la visión de Ybar no es suficientemente amplia, pues no da suficiente cuenta de quienes rechazan el bienestar del consumidor como objetivo que la libre competencia debiera perseguir. Hay quienes creen que lo protegido debería ser el proceso competitivo, pero porque así se promovería una serie de valores que no se limitan a maximizar el bienestar del consumidor. Como señala Lina Khan, la defensa del bienestar del consumidor como objetivo 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 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 (Khan 2018, 968)

Según Khan, lo anterior 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" (Khan 2018, 964). Así, a la normativa de antitrust antes subyacía una "fuerte orientación profiláctica en contra de la concentración del poder económico privado" (Khan 2018, 966) en tanto 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 (Khan 2018, 965). Esto, dado que el objetivo inicial de la legislación tuvo objetivos tan variados y divergentes como

> poner límites al poder de los trusts, las grandes organizaciones industriales que surgieron a fines del siglo XIX. Primero, se buscaba preservar mercados abiertos para asegurar que todos los nuevos actores pudieran competir. Segundo, y en palabras de John Sherman (cuyo apellido la ley lleva), la *Sherman Act* era "un catálogo de derechos, una carta de libertad" [("a bill of rights, a charter of liberty")]. Esta libertad era respuesta a la relación existente entre concentración de poder económico y poder político, y una respuesta al riesgo de que el bienestar de todos dependiese del poder de unos pocos actores privados. Además, se buscaba impedir que grandes empresas extrajeran riqueza de productores y consumidores a partir de

> ganancias monopólicas, interés que no se concentraba exclusivamente en consideraciones de eficiencia, sino que también atendía al efecto político de la distribución[92].

A esta tesis, que Ybar tan solo esboza, él responde que "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" (Ybar 2009, 4).

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

> muchas voces arguyeron que la excesiva atomicidad del mercado impedía la obtención de eficiencias provechosas para los consumidores (…) en aquellos casos en que existía conflicto las distintas legislaciones debían inevitablemente optar. Mayoritariamente las distintas institucionalidades decantaron en favor de los consumidores (Ybar 2009, 2).

La decidida 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 toma como supuesto ciertos giros doctrinarios. En la primera de las dos citas recién mencionadas, Ybar toma como algo dado que el bienestar del consumidor cobra primacía frente a otro tipo de consideraciones. Y en la segunda de las citas, el autor se limita a relatar cuál fue el tránsito de la doctrina, sin decir si este fue adecuado. Lo allí dicho constituye una constatación fáctica, no un argumento: 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.

Más allá de que Ybar no ofrece argumentos a favor de la protección del bienestar del consumidor, sí admite que el objetivo original de la ley era otro, uno que ni siquiera mencionaba el bienestar del consumidor. Y es que, como bien señala Khan, esta forma de conceptualizar la libre competencia resulta de una distorsión de las leyes de *antitrust*.

Dicho lo anterior, no quiero 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

[92] Traducción de (Peralta y Tapia 2020).

reside en darle demasiada importancia a esto último). Lo que sí quiero hacer notar es que la forma de argumentar que importa Ybar de la discusión estadounidense es una que, en su universo de consideraciones relevantes, no contiene la deferencia al legislador y a la ley (sobre esto volveré más abajo en profundidad).

2.3. La tesis de Domingo Valdés

Valdés busca encontrar "una definición real esencial de la libre competencia" (Valdés 2013, 125), es decir, una definición que "apunta a aquello por lo que una cosa es lo que es" (Valdés 2013, 125). A este ejercicio uno puede dirigir varias objeciones. Primero, se puede objetar 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 ("aquello por lo que una cosa es lo que es"). Esto es criticable pues, ignora que, a la hora analizar un concepto, o en general, el lenguaje, debemos dar cuenta de la forma en que es usado, lo que implica mirar su operación dentro de un contexto concreto. Hacer esto implica dar 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 (Shaffer 2020, 50)[93]. Por lo anterior, para cualquier conjunto de condiciones necesarias o suficientes que se propongan como el correcto análisis de un concepto, habrá instancias paradigmáticas de aquel que no cumplen con aquellas (Shaffer 2020, 50). Así, para conocer el contenido de un concepto se tiene que analizar cómo este opera en un contexto determinado y no vale una definición universal que aplique a todos sus usos.

Además, Valdés, al preguntarse cuál es la esencia de la libre competencia, deja de lado la legislación positiva. Esto, pues una definición "esencial" no dice relación con lo que algo es bajo un determinado contexto (una determinada legislación), sino con lo que es siempre de una misma forma. Que esta es la visión de Valdés se sigue de que este afirma que "el bien jurídico libre competencia exhibe un fundamento objetivo y preexistente a la formulación positiva del sistema tutelar mismo" (Valdés 2013, 135).

En cuanto al contenido de la tesis de Valdés, éste la desarrolla a partir de la distinción entre las libertades innatas o esenciales y las adquiridas (Valdés 2013, 127). Las primeras serían las 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

[93] El argumento original es de Wittgenstein (Wittgenstein 1958 §66)

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" (Valdés 2013, 129). 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" (Valdés 2013, 129).

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. Así, 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 (Valdés 2013, 135).

En contra de esta postura, valen todas las objeciones metodológicas ya apuntadas: no se toma en serio el derecho positivo y por eso no está necesariamente conectada con nuestra legislación. Esta es una postura que muy bien podría ser planteada en un debate de *lege ferenda* al discutir sobre qué sería bueno que la libre competencia protegiera. Pero no se sostiene de *lege lata*, esto es, no es un análisis referido al derecho realmente existente.

2.4. La tesis de Osvaldo Artaza

En su artículo titulado "La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación", que sirve de base a la postura vertida en el Libro colaborativo en el cual participó ("El Delito de Colusión"), Osvaldo Artaza menciona el articulado del DL 211 un total de dos veces[94]. Así, en lo referido a cuál es el bien jurídico protegido por la libre competencia, no basa su planteamiento en la ley, pudiendo desde ya dirigirse contra él la objeción

[94] 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 cuál es el bien jurídico protegido, menciona el inciso segundo del artículo 64 ("El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella 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. Lo uno no se sigue de lo otro. Que la FNE solo esté obligada en "casos graves" a interponer una querella 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 querellarse 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 querellarse. No dice nada respecto de cuando está facultada para hacerlo.

de que "una teoría dogmática que no se haga cargo del derecho vigente es una teoría incorrecta" (Schurmann 2019, 569).

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" (Artaza 2017, 360). Artaza presta atención a la postura de Wardaugh, quien fija la importancia de la colusión en la afectación a la justicia distributiva como institución. Lo anterior, pues la colusión no afecta a un solo individuo o partícipe del mercado, sino al mercado como institución en lo que respecta a su función de distribución de bienes y servicios (Artaza 2017, 355). Wardaugh fundamenta su postura a partir de la Teoría de la Justicia de 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" (Wardaugh 2014, 44-45)[95].

Uno podría preguntarse ¿por qué hacer, con total independencia del texto legal, una reconstrucción rawlsiana de la legislación chilena de libre competencia?[96] Este no es el caso de Artaza. Con todo, éste critica dicha postura, pues 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 protegen esas condiciones de confianza en el mercado y tan solo se centre en aquellas expectativas (Artaza 2017, 358). Pero, como bien dice Frisch

> [e]l 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 (…) pueden regir como recíprocamente queridas (Frisch 2007, 323-24).

Así, es errónea la afirmación de que solo es digno de ser denominado bien jurídico aquello cuyo menoscabo podría legitimar la intervención penal. Antes bien, que algo deba ser sancionable 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

[95] Citado en (Artaza 2017, 355).

[96] 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.

autónomos e iguales[97]. Así, es distinta la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido de la pregunta sobre si su menoscabo justifica una intervención penal. Y esta distinción tiene un correlato institucional: es el lugar del legislador decidir qué merece sanción y qué no, y, a contrario sensu, no es el lugar de la dogmática.

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 referencia alguna al articulado del DL 211) Artaza morigera su crítica, pues no niega el punto de Wardaugh, sino que lo complementa:

> [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 (Wardaugh 2014, 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 sobre cuál sería el objetivo de la criminalización de la colusión desde una perspectiva rawlsiana. Esto demuestra cuánta abstracción admite el debate una vez que se da por sentado que es aceptable el desapego a la ley. Aún más, podríamos ir más lejos: nos podríamos preguntar, ¿por qué nos basamos en Rawls, y no por ejemplo en Nozick, Hayek, o Habermas? 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 la teoría de Rawls.

Segundo, 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 nuestras instituciones tal como ellas podrían

[97] Como mostraré más abajo, esta cuestión debe ser zanjada por el poder legislativo, no por un grupo de juristas que se consideran a sí mismo expertos.

llegar a ser esta concepción es políticamente realizable" (Aguayo 2017, 8). Es decir, Rawls no analiza las instituciones tal cual son, sino que se pregunta lo que ellas *podrían llegar a ser*. 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*.

Tercero, Artaza no niega que las consideraciones de Wardaugh sean consideraciones relevantes, sino que apunta a otra cosa: a que hay otros factores a considerar. Y, en la línea de lo anterior, el complemento de Artaza a Wardaugh se basa en un juicio de lo que sería *razonable*. Esto nuevamente desconoce la distinción entre lo que es asunto de *lege ferenda* y *lege lata*. Si bien es admisible que, de **lege ferenda**, se discuta qué sería bueno que la ley protegiera, estando ya la sanción de la colusión aprobada, la ley protege lo que protege, más allá de si es "razonable" o no.

Todo lo anterior se reconduce a que Artaza parte de la siguiente premisa no explicitada: la normativa realmente existente es una que protege un interés suficientemente relevante. Y esto para Artaza es una presunción que no admite ser derrotada: para criticar a Wardaugh, Artaza descarta de antemano que el bien jurídico protegido por la libre competencia sea algo que no proteja un interés de suficiente entidad. Pero esto es errado, pues 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 (Frisch 2007, 323-24).

En otros términos, lo que hace Artaza es seguir una teoría del bien jurídico según la cual esta debería cumplir una función limitadora, es decir, una teoría que selecciona, con independencia de lo dispuesto en la norma penal positiva, ciertos bienes cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales los hacen acreedores del estatus de bien jurídico, de forma tal que sólo ellos podrán ser legítimamente protegidos por la norma penal (Szczaranski 2012, 379). Es decir, esta es una teoría material o trascendente del bien jurídico. Y la cuestión es que para hacer esto la dogmática debe intentar ubicarse por sobre el legislador y dar un concepto de bien jurídico que permita definir qué es lo que el derecho penal puede legítimamente proteger (Szczaranski 2012, 429). El problema es que lo anterior supondría algo análogo a lo que en el ámbito del Derecho Penal Mañalich ha denominado principialismo, esto es,

> el postulado según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar «principios de la política criminal", de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables puedan reclamar legitimidad política (Mañalich 2018, 60).

La toma de postura principialista de Artaza consistiría en afirmar que necesariamente el derecho penal ha de proteger un interés suficientemente relevante. Pero el problema del principialismo es que parece esconder el carácter políticamente controversial de los postulados que presenta como axiomas (Mañalich 2018, 62). Y la tesis de Artaza de que necesariamente el derecho penal protege algo suficientemente relevante es políticamente controversial, pues no se sigue de la ley. Como dice Szczaranski, la cuestión es

> si acaso un límite como el propuesto por las teorías materiales encuentra respaldo en el ordenamiento positivo, entendiendo que de responderse ello afirmativamente, el límite propuesto debería ser vinculante para el juez, quien podría entonces no dar aplicación a una norma penal que no protegiera bienes jurídicos (Szczaranski 2012, 428).

En síntesis, al enfrentar la decisión legislativa con la crítica de la dogmática jurídica, nos encontramos con la siguiente cuestión:

> si se argumentara que lo que se ha protegido no constituye un bien jurídico, por cuanto no corresponde a un –por ejemplo– medio necesario para participar en los procesos fundamentales de la sociedad, el legislador simplemente debe contestar que esa opinión ya ha sido considerada al deliberar, y que ha sido derrotada en el proceso democrático, el cual ha decidido que lo que la norma protege es justamente un medio necesario para la participación social (Szczaranski 2012, 431).

3. La diferencia entre el *common law* y el derecho continental y su impacto en la discusión

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

Hasta ahora he afirmado 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. Pero ¿no estaré exagerando respecto de la importancia de que nuestro sistema sea de derecho continental? ¿No son, al fin y al cabo, nuestra normativa y la de EE.UU. sumamente parecidas? A este respecto, si bien el contenido de nuestras normas es parecido, éste no es idéntico y, además, existe la crucial diferencia en la forma de interpretarlas (lo que tiene importantes

implicancias). Para explicar esto, es útil la tajante distinción que dibuja Atria entre el derecho moderno y el derecho premoderno (common law[98]). Según éste, desde la Revolución Estadounidense

> 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 (Atria 2004b, 102).

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 (…), las normas jurídicas ya no pueden ser entendidas como el reporte de quien ha destinado su vida al estudio de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, ellas son la ley en el sentido de que ellas constituyen el derecho. No hay razón intrínseca en la legislación (Atria 2004b, 102).

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, las consideraciones 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 manda. Además, como vimos en el Capítulo I, esto es particularmente grave cuando aquello que es dejado de lado consiste en la voluntad del legislador, pues se daña la legitimidad democrática de nuestro sistema. Por ello, lo que importa es lo que efectivamente es consagrado por el derecho positivo, no lo que los juristas creen que sería bueno que la ley protegiera. A este respecto, la opinión de estos últimos es tan relevante como la de cualquier otro ciudadano.

[98] Hago valer esta equivalencia entre derecho premoderno y *common law* pues, como intentaré mostrar más abajo, el derecho de competencia estadounidense parece no respetar el principio de la supremacía legislativa, siendo este un rasgo que diferencia el *common law* clásico (derecho premoderno, que no respeta la supremacía legislativa) del *common law* moderno (que sí respeta la supremacía legislativa). Así, en la medida que se ignora dicho principio, se opera premodernamente, sosteniéndose que entonces el derecho es razón, y no voluntad. Por ello, bajo una visión como ésta un juez como Coke podía señalar que "[m]uchas veces el common law controla las leyes del parlamento, y a veces deberá decidir que estas son nulas: pues cuando una Ley del Parlamento es contraria al derecho común y la razón, o es repugnante o imposible de realizar, el *common law* lo ha de controlar y decidir que tal acto es nulo" (Coke 2003, 264).

Lo anterior choca con la auto comprensión del *common law*. Esto, pues bajo el *common law*, la tarea básica de una corte es especificar estándares abstractos (que a menudo apelan a la razonabilidad) y adaptar normas legales a contextos particulares en la medida que los hechos, su entendimiento social y valores subyacentes cambian a lo largo del tiempo (Sunstein 1998, 1019). Así, bajo esta comprensión del derecho, hay una especie de combinación de lo universal y lo particular (Atria 2004b, 103). Por un lado, 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 respecto de cómo ejecutar esos principios universales de justicia y razón. Bajo esta auto comprensión las reglas no constituyen el derecho, sino que son reglas de experiencia, indicios que permiten determinar lo que es el derecho (i.e. la mejor comprensión de los principios universales del derecho naturales aplicados a las circunstancias) (Atria 2004b, 104). Por ello, la práctica de los jueces en el *common law* es proveer una suficiente justificación para la decisión adoptada, pero no es ni requerido ni esperado de ellos que justifiquen su decisión sobre la base de los elementos necesarios y constitutivos de la regla aplicable (Yowell 2012, 510)[99].

En tal medida,

> lo que explica la emergencia de estas reglas como resúmenes es que ellas facilitan la decisión. Pero debe notarse que, en rigor, esas reglas no son normas, porque carecen de normatividad: no imponen obligación alguna (si en ese tipo de casos uno tiene la obligación de hacer x, esa obligación tiene su fundamento en el principio fundamental, no en la regla. Esta solo facilita la identificación del deber) (Atria 2016, 57).

En este sentido,

> pareciera que el *common law* permite que sus reglas sean rehechas en el proceso de su aplicación. Con todo, si esto es así, el constreñimiento que la regla impone en tanto regla parece desaparecer; esto es, el *common law,* más allá de todas sus referencias a las reglas, no parece ser un método de decisión constreñido por reglas. Antes bien, las reglas del *common law* parecen ser reglas intuitivas [rules of thumb]. Son derrotables cuando la aplicación directa

[99] Por contraste, bajo una comprensión moderna, 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 de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, ellas son la ley en el sentido de que ellas constituyen el derecho. No hay razón intrínseca en la legislación" (Atria 2004b, 102). A esto apunta la referencia de Rosler más arriba según la cual el derecho es como una enciclopedia.

> de su racionalidad de trasfondo generaría un resultado distinto, por lo que estas reglas no tiene fuerza normativa en sí mismas (Schauer 1989, 455-456)

Para explicar con mayor profundidad este punto, Atria 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". Atria toma este fragmento y haciendo una analogía, 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 [las normas] fluye de la posición de las estrellas [el derecho]; el almanaque 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 (Atria 2004b, 107).

Esto explica que, bajo un sistema gobernado por la lógica del *common law*, las cortes modifiquen y deroguen normas ya establecidas. Si las normas fluyen del derecho, y algunas normas son un mal resumen de lo que es el derecho, entonces es 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. Es decir, si hay una regla que no se considera valiosa, esta puede ser dejada de lado. Una aproximación al derecho de libre competencia como si fuera *common law* tiene un gran impacto. Como dice Diane Wood:

> la flexibilidad entregada por la aproximación del *common law* no se aplica solo a cuestiones como el tipo de conductas que contienen los estatutos o la elección de la regla *per se* o la regla de la razón. Aplica con igual fuerza a la cuestión fundamental respecto del alcance y propósito de las leyes. A lo largo de los cerca de 130 años desde que se promulgó el *Sherman Act*, hemos visto cómo se reprimen con vigor trusts, control de mercado durante la gran depresión, medidas agresivas hacia los carteles internacionales, movimientos que buscan controlar el tamaño de las empresas, la escuela de Chicago, la escuela de post Chicago (o la escuela de post-post-Chicago a estas alturas). Esto puede no ser un péndulo, técnicamente, pero uno no puede negar el ir y venir, y más importantemente, la persistencia del debate (Wood 2019, 3).

Esto, por supuesto, afecta la predictibilidad del derecho, y es por ello que se afirma que uno de los principales problemas de esta aproximación es que los cambios introducidos por los jueces a la legislación en un caso concreto tienen efectos retroactivos respecto de las partes (Yowell 2012, 507),

lo que tiene serios problemas de funcionalidad y legitimidad. Así, bajo la lógica del *common law,* la labor de los jueces consiste en aplicar doctrinas legales incompletas a nuevos contextos y proveer nuevos entendimientos de estas doctrinas, las que usualmente eran fraseadas mediante abstracciones. Estos nuevos entendimientos a veces implicaban revertir doctrinas pre-existentes, fueran estas generales o particulares (Sunstein 1998, 1059)[100]. Lo anterior explica que, si bien las leyes de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando tienen un significado claro las cortes han frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo (Crane 2021a, 8)[101]. Esto ocurre porque la aproximación actualmente dominante en libre competencia se asemeja al *common law*, pues en ella impera una interpretación más flexible de los textos en que predomina un razonamiento *ex post* que considera múltiples factores (Crane 2007a, 109).

Lo anterior se relaciona con que, según una visión premoderna del derecho, lo que hace el legislador al dictar una norma es intentar determinar qué es lo razonable en las circunstancias, o más bien, cuál es la mejor regla. Y como bajo esta 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 inválida (Atria 2004b, 106). Así, si bien bajo una comprensión premoderna una decisión del poder legislativo pueda ser incorrecta, ésta puede ser igualmente válida en tanto sea emitida por un órgano competente.

Con todo, la distinción 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 siguiente visión de Crane:

> [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 (Crane 2021a, 8).

[100] Esto se relaciona con el ejercicio visto más arriba respecto de "los modos de análisis" de la regla *per se* o la regla de la razón, donde dependiendo del caso aplicaba una regla u otra.

[101] Por esto indiqué anteriormente (supra, nota 94), que el *common law* estadounidense en lo referido al derecho de antitrust parece ignorar la supremacía legislativa.

Aquí, el énfasis de Crane está en que puede ser que necesitemos un entendimiento donde lo que dota de legitimidad a las normas es su funcionalidad, lo que implica tratar a las reglas de separación de poderes (un "entendimiento formal de la democracia") como meros resúmenes que no están dotados de fuerza propia, pues son meros indicios de cómo llegar a normas sustantivamente correctas[102]. Pero el problema de Crane es que 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. Respetar el tenor literal es someterse a la artificialidad del derecho, someterse a que el derecho a fin de cuentas es una expresión de voluntad soberana, no una expresión de conocimiento experto.

Lo dicho hasta aquí hace entendible que en EE.UU. la Corte Suprema pueda tener la antes descrita influencia de cambiar el contenido de una ley, puesto que bajo su auto comprensión las normas fluyen del derecho y no al revés[103]. Si es que 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 Ac*t" (Melamed y Petit 2019, 744), 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*")" (Crane 2021b, 1251). Esto explica que las cortes frecuentemente reconocen que las leyes de antitrust tienen un significado claro y luego se rehúsan a seguirlo (Crane 2021b, 1207), y que estas hayan manifestado "una tendencia sistemática a interpretar los estatutos sustantivos de antitrust de forma contraria a su texto, su historia legislativa y a menudo su espíritu" (Crane 2021b, 1245).

Esta visión tiene dos problemas. Primero, aun asumiendo que los jueces y los expertos toman decisiones más razonables que el poder legislativo, la legitimidad de las normas en una sociedad moderna proviene de que sean producidas democráticamente, no de que sean "razonables". Segundo, no podemos asegurar que las decisiones de los jueces necesariamente vayan a ser mejores que las del poder legislativo, o más 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

[102] Esto es ilegítimo, pues como nos recuerda Oldham, incluso si el resultado fuera funcionalmente deseable "la deseabilidad funcional no implica consistencia con las formalidades de la Constitución y el Estado de Derecho" (Oldham 2006, 19).

[103] Una exposición del desdén de las cortes americanas por la intención legislativa y el tenor literal está en: (Crane 2021b).

ejercicio de autonomía pública (como vimos *supra*, en el capítulo I)[104]. Es por lo anterior que esta forma de proceder tiende a disolver el razonamiento jurídico en razonamiento moral, debilitando seriamente la autoridad del derecho en sociedades moralmente diversas (Atria 2003b, 64-65).

Por contraste, bajo una comprensión moderna del derecho es jurídicamente irrelevante si una norma es eficiente o justa: la ley es lo que determina el legislador. Así, si reinterpretamos 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, éste es el conjunto de las normas y tiene fuerza propia (Atria 2004b, 102). Por esto, tesis como las que veíamos más arriba, que desechaban un argumento por ser "puramente legal", son ininteligibles bajo nuestro paradigma de derecho moderno. Igual de ininteligibles que los argumentos que discuten en abstracto qué sería bueno que la norma protegiera y que lo hacen sin considerar el derecho positivo.

Así, 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. Por ello, 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 (…) nos 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 (Crane 2021b, 1252).

Algo similar ha ocurrido en Chile. A este respecto, hay quienes creen que este es el rol que ha adoptado el TDLC. Así podemos ver a Agüero, quien es de la postura de que el TDLC es un regulador de comercio, cosa que se sigue del hecho de que

> el artículo 3° del DL 211 sea en realidad, siguiendo a Easterbrook, un cheque en blanco, quedando delegada la facultad de definir el Derecho y Política de la Competencia en el

[104] 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 espacio tendrá para imponer su visión ideológica. La formalidad del derecho (bien entendida) es un escudo contra la arbitrariedad.

TDLC, principalmente por la vía de resolver jurisdiccionalmente litigios de conformidad al artículo 18 N° 1 y 20 del DL 211 (Agüero 2011, 6)[105].

Este quehacer es altamente problemático, pues la doctrina y la jurisprudencia de libre competencia se deberían someter a la voluntad del legislador. Lo anterior, pues el derecho no vale porque sea correcto, sino que 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 (Atria 2003a, 323). Lo anterior, reduce la contingencia y hace posible la convivencia en una sociedad moderna, donde convive una pluralidad de visiones sobre lo bueno. Por otro lado, también 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 contraposición, fijarse en el texto de la ley representa un fuerte compromiso con la voluntad del pueblo.

Por esto he sido majadero en la crítica a quienes no basan su postura en el derecho positivo: esto hace improbable que las normas que nos rijan sean una expresión de autogobierno colectivo. En lo que sigue, me tomaré en serio nuestra herencia continental. Por eso, partiré por la Ley. Esto, pues las disposiciones vigentes del sistema jurídico constituyen el inicio de toda cadena argumentativa y, al mismo tiempo, un límite a la validez de los enunciados dogmáticos (Schurmann 2019, 569).

3.2. El método: el derecho continental en serio

Lo anterior es un rodeo necesario pues, como dice Dworkin, la teoría del derecho es "la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso de cualquier decisión legal" (Dworkin 1986, 90). Como veremos, debemos partir "desde abajo", esto es, por instituciones realmente existentes que estén plasmadas en la ley, y ver qué funciones cumplen, antes que discutir sobre qué cosa sería bueno que la ley protegiera para luego intentar que la ley "calce" con aquel objetivo. En esta línea, seguiré el método enunciado más arriba. Primero, veré cuál es la norma de sanción; segundo, cuál es la norma de comportamiento implícita en ella; y, tercero, cuál es la propiedad protegida por dicha norma de comportamiento.

[105] Así, Agüero ha llegado incluso tan lejos como para decir que "el Derecho de la Competencia es lo que los tribunales dicen que es" (Agüero 2022). Asimismo, Montt afirma que "desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional" (Montt 2011, 5).

4. El bien jurídico protegido por la sanción de la colusión dura

4.1. El contenido del bien jurídico

En el caso de la colusión, la norma de comportamiento prohíbe que se tomen decisiones que no son independientes por parte de los competidores; es decir, prohíbe que haya comportamiento no competitivo. Siendo lo injusto que se tomen decisiones que no son independientes, es decir, que haya un comportamiento no competitivo, lo justo, lo que es protegido por la norma de comportamiento, resulta ser la existencia de comportamiento competitivo[106].

Que lo protegido es la competitividad es consistente con la tesis de Odudu de que lo característico de los acuerdos y las prácticas concertadas es que disminuyen la incerteza respecto de la conducta de otros actores (Odudu 2006, 95), siendo el caso que un ambiente incierto provee el ímpetu para entablar comportamiento competitivo (*competitive struggle*) (Odudu 2006, 83). Esto se asemeja a la tesis de Frenz de que el sistema defiende la competencia no distorsionada, la que consiste en "la libertad de competencia entre los actores de mercado; i.e. su libertad de competir autónoma e independientemente" (Frenz 2016, 4)[107].

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:
> X hace Ax con la intención de lograr Gx;
> Y hace Ay con la intención de lograr Gy;
> X logra Gx solo si Y no logra Gy." (Black 2005b, 10)[108].

[106] Se podría discutir 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).

[107] Además, una tesis similar ha sido defendida por Gagliano y Aracena, quienes afirman que el bien jurídico protegido por la libre competencia consiste en "permitir que el libre juego de la oferta y la demanda regule el precio de los bienes y servicios, y de este modo se respete la eficiencia de los mercados; y proscribir cualquier alteración artificial por acuerdos entre sus competidores, dado que lo anterior eventualmente afectará a los consumidores" (Gagliano y Aracena 2018, 137). Empero, el yerro de esta tesis consiste en que confunde el objeto de la protección y el fundamento de tal protección: "cuando hablamos del bien jurídico de la libre competencia debemos enmarcarnos en las finalidades que busca incentivar y garantizar nuestro legislador (…) podemos afirmar que el objeto tutelado es la eficiencia de mercado, teniendo ésta por resultado el bienestar de los sujetos que participan en él y que, en el último tiempo, se ha visto acompañado en la intención del órgano legislativo de proteger, por medio de la libre competencia, a los consumidores" (Gagliano y Aracena 2018, 136). Es decir, confunden la finalidad del sistema con el bien jurídico protegido.

[108] Además de esto, Black agrega dos características eventuales que podría tener el comportamiento competitivo: (i) "Gx=Gy" y (ii) "X e Y conocen (1)-(3)" (Black 2005b, 11-13).

Por supuesto, llegado a este punto, podría discutir sobre por qué es valioso el comportamiento competitivo, y luego intentar postular aquel valor como el bien jurídico protegido. No se debe hacer esto. Esta norma es autosuficiente y, por tanto, es absolutamente inteligible sin hacer referencia alguna al bienestar del consumidor o algún otro factor. Como afirma Mañalich, se debe distinguir entre

> el respectivo bien jurídico en cuanto objeto de protección, por un lado, y el fundamento de la protección que se le dispensa, por otro. Esto debe llevar a impugnar la tampoco infrecuente identificación de los bienes jurídicos con intereses de determinada índole. Mientras que la apelación a uno o más intereses ciertamente puede justificar, siquiera prima facie, la protección que un conjunto de normas de comportamiento dispensa a una propiedad que, en cuanto exhibida por alguna persona, cosa o institución, es positivamente valorada, lo así protegido no admite ser identificado, de manera lógicamente no viciosa, con el o los intereses que sustentan esa protección (Mañalich 2021a, Sección 2 letra a)).

En síntesis, el bien jurídico protegido es el comportamiento competitivo. Y esta tesis no es completamente nueva. Así, Felipe Vega afirma que los consumidores tan solo reciben una protección indirecta bajo la legislación de antimonopolios, pues el bien jurídico protegido sería el proceso competitivo (Vega 2020, 11)[109]. Esto lo señala en base a la norma que sanciona los carteles duros. En defensa de que lo protegido es el proceso competitivo y no el bienestar del consumidor, Vega 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" (Vega 2020, 11). Y 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 (Vega 2020, 11).

En otras palabras, si bien en la mayoría de los casos las normas de libre competencia indirectamente llevarían a que se protegiera el bienestar del consumidor (Vega 2020, 10), en su forma más pura, esto no sería así.

[109] En un trabajo anterior critiqué la tesis de Felipe Vega porque aún defendía con vehemencia la tesis acerca de la derrotabilidad de las reglas. Por las razones ya expuestas (ver supra nota 42) he desechado esa tesis. Con todo, la tesis de Vega sí tiene aún cierta debilidad: defiende que el bien jurídico es el de "la libre competencia", y no aquel protegido indirectamente por la norma que sanciona la colusión. Esto es equivocado, por las razones expuestas en el capítulo II.

Esta tesis también tiene la virtud de que puede ser vista como una forma de dotar de mayor contenido al eslogan hoy en boga de que "no se protege a los competidores, sino que a la competencia", el cual incluso ha sido adoptado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), la que ha afirmado 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"[110].

4.2. La naturaleza del bien jurídico libre competencia[111]

Estamos frente a un bien jurídico colectivo pues, según una caracterización puramente negativa, la propiedad positivamente valorada sirve para el interés de la generalidad de las personas que cuentan como sus beneficiarios (Hefendehl 2002, 4); es decir, es un bien jurídico indivisible (Mañalich 2021a, Sección 2 letra b): todas las personas se aprovechan de su existencia.

Por otro lado, estamos frente a un bien jurídico institucional, lo que 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 (Mañalich 2021a, Sección 2 letra b). La competitividad de la actuación de los agentes de mercado pertenece a la realidad normativa, en tanto la competencia, y aún más, el mercado, solamente existen a consecuencia de un entramado de reglas que crea contextos institucionales dentro de los cuales ocurre la interacción económica.

4.3. La forma de afectación del bien jurídico

Ahora resta analizar la forma de afectación de este bien jurídico, en el sentido de si estamos frente a un delito de lesión, peligro abstracto, o peligro concreto de un bien jurídico. La tesis a defenderse aquí es que estamos ante un tipo especial de delito de peligro abstracto, un delito de efecto cumulativo.

A este respecto, es útil contrastar la caracterización que hace Mañalich de este delito como un delito de aptitud bajo la anterior formulación de la sanción de la colusión, con lo que podríamos

[110] FNE en Denuncia de particular por caso de competencia desleal. Rol N° 2432-17 FNE (2017), citado en (Vega 2020, 11), como muestra Vega, esta tesis no implica una radical modificación de la forma en que hasta ahora ha operado nuestra institucionalidad de Libre Competencia (Vega 2020, 13).

[111] Para ver ciertos matices que me llevan a afirmar que el bien jurídico realmente consiste de "la competitividad del actuar de los agentes de mercado", ver (Peralta 2022e, 28-29).

decir de esta norma bajo su actual formulación. Antes de la última reforma a la normativa de libre competencia, se exigía que los acuerdos que consistían en carteles duros, para ser sancionados, otorgaran poder de mercado. Al momento de redactar su opinión[112], Mañalich afirmaba que, para estar frente a un delito de aptitud, era suficiente la demostración de que el comportamiento en cuestión ha incrementado el riesgo de que acaezca un determinado resultado (Mañalich 2015, 12). Empero, actualmente afirma Mañalich que estos tipos de delitos consisten en una forma específica de los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos delitos que llevan a la erosión de una o más condiciones de seguridad de cuya efectividad depende que un titular determinado o la generalidad de los titulares de un bien jurídico individual o colectivo puedan aprovecharse de él de manera despreocupada (Mañalich 2021b, 86) La especificidad de los delitos de aptitud radica en que el comportamiento que realiza el correspondiente tipo de delito tendría que *poder resultar* en la lesión del respectivo bien jurídico bajo la condición de que el comportamiento tuviera lugar en circunstancias que configurarían un "campo causal" adecuado para el condicionamiento de la lesión del bien (Mañalich 2021b, 95) Es decir, en estos casos, la relevancia típica del comportamiento dependería de que este exhiba la disposición de ser concretamente peligroso para el bien jurídico de una forma específica: esto es, con cargo a la hipotética concurrencia de circunstancias que pudieran acompañar más o menos normalmente al aprovechamiento del bien protegido, más sin que la efectiva concurrencia de esas circunstancias condicione la realización del delito (Mañalich 2021b, 95). En esta línea afirmaba Mañalich (de nuevo, teniendo aquella formulación a la vista) que los acuerdos o prácticas cuya adopción o realización logren conferir poder de mercado a quienes se involucran en ellos exhibirán aptitud para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (Mañalich 2015, 13)

Como decía, el análisis de Mañalich fue realizado en vista a la redacción de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 cuando esta norma aun no era reformada, es decir, cuando aún exigía que se probara que el acuerdo o práctica concertada confería poder de mercado. Llevando esto a la norma en comento, podríamos decir que estábamos frente a un delito de aptitud en tanto que el acuerdo o práctica concertada *tendría* que poder resultar en la lesión del bien jurídico colectivo-institucional consistente en la competitividad del mercado *bajo la condición* de que el comportamiento tuviera lugar en determinadas circunstancias como para que la estrategia llevara a una efectiva lesión de la competitividad del mercado (o alguna otra condición diferencial cuya presencia llevaría a una lesión de la libre competencia). Y, como veíamos, la presencia de esta condición (en este caso, el poder de mercado) es una que debería acompañar más o menos

[112] Desde la redacción del informe en derecho Mañalich ha refinado su concepto de delitos de aptitud. Para su visión actual véase: (Mañalich 2021b).

normalmente al aprovechamiento del bien protegido, más sin que la efectiva concurrencia de esa circunstancia condicione la realización del delito.

Sin embargo, como advertíamos, la redacción de la norma cambió y ahora es menos exigente[113]. Ahora la prohibición ya no exige que se compruebe que el acuerdo o práctica concertada confiere poder de mercado. Y esto significa un cambio respecto de la forma de afectación del bien jurídico bajo esta normativa. En esta línea, mi tesis es que estamos frente a un delito de efecto cumulativo. A este respecto, lo que caracteriza a estos delitos es que bajo ellos se sancionan aquellas conductas que, si fueran realizadas generalizadamente, llevarían a un menoscabo a la propiedad positivamente valorada en que consiste en bien jurídico. Esto, no en el sentido de que generalmente son malas las consecuencias que se siguen de la realización de un determinado hecho, sino en el sentido de que la ejecución generalizada de un determinado tipo de acciones llevaría a la lesión de determinado bien jurídico (Mañalich 2021b, 97). Así, por ejemplo, si una propiedad valorada positivamente fuera la limpieza del mar, se podría crear una norma consistente en la prohibición de verter un litro de bencina en el mar. Pero esto se prohibiría no porque generalmente verter un litro de bencina en el mar lo contamine (individualmente considerada, esta acción es irrelevante), sino que porque si todos lo hicieran entonces ahí sí se dañaría la propiedad positivamente valorada.

De la mano con todo lo anterior, sostengo que, por su particular fisonomía, la primera parte de la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211, así como el artículo 62, contienen un delito de efecto cumulativo. Como veíamos, en su actual formulación, la evaluación de la ilegalidad de las conductas aquí mencionadas opera de acuerdo con la regla *per se*; es decir, basta que se compruebe que hubo un acuerdo o práctica concertada referida a ciertas variables competitivas determinadas para que se configuren los presupuestos típicos de la norma de sanción. De la mano de lo anterior, basta para que el delito sea sancionado que exista un acuerdo o práctica concertada que recaiga sobre ciertas variables. En esta medida, creo que vale lo predicado de los delitos de efecto cumulativo en tanto que esta norma es insensible a que cada una de las conductas genere efectos anticompetitivos o no. Es por esto que cada instancia de realización del tipo de un delito así tipificado se distingue por ser necesariamente no lesiva para el respectivo bien jurídico. A esto se podría objetar, por ejemplo, que los acuerdos o prácticas concertadas en tanto que involucraran a los únicos dos competidores de un mercado llevarían necesariamente a una lesión. Pero la prohibición debe ser evaluada en sus propios términos: prohíbe los acuerdos y practicas concertadas en sí mismos. Por esto, la tesis que defiendo es que el carácter de estos delitos es aquel de un delito de efecto cumulativo: sobre

[113] Empero, hay quienes que tras dos años de dictada la reforma no dan cuenta de esto y siguen afirmando que para sancionar la colusión se debe probar la presencia de poder de mercado. (Morales y Juppet 2018, Capítulo II, punto 10).

la hipótesis de que generalmente los competidores realizaran acuerdos en lo referido a las cuatro variables antes mencionadas por la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL 211, se lesionaría la propiedad consistente en la competitividad de la actuación de mercado.

De tal manera, no tiene asidero la afirmación de Valdés de que solo se pueden sancionar acuerdos que llevan a una puesta en peligro concreto del bien jurídico libre competencia, pues "si tal acuerdo carece de aptitud causal para generar los señalados efectos sobre el bien jurídico tutelado se trataría de una conducta inocua para la libre competencia" (Valdés 2022, 457). A este respecto, como se trata de un delito de efecto cumulativo, puede ser el caso que un hecho en sí mismo sea inocuo para la libre competencia, pero que sea su proliferación lo que es dañino, y es la posibilidad de su proliferación lo que justifica su castigo.

5. Recapitulación

Por todo lo dicho, al identificar el bien jurídico protegido por la norma que sanciona la colusión dura se debe partir de instituciones jurídicas realmente existentes. Debemos evitar especular en abstracto sobre cuál es el valor de la competencia, y debemos evitar importar irreflexivamente la doctrina comparada respecto de la finalidad del sistema de *antitrust*. Al hacer lo anterior, daremos cuenta de que el bien jurídico protegido consiste en la competitividad del actuar de los agentes del mercado, el cual es un bien jurídico colectivo e institucional.

Cuarta Parte
Tipo objetivo

Tipo objetivo

En este capítulo cubriré varios temas. Primero, las cuestiones relativas al sujeto activo que comete este ilícito. Segundo, la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas. Tercero, analizaré los verbos rectores de dicha conducta. Cuarto, los objetos sobre los que recae la conducta, y quinto, la modalidad de acción.

Antes de pasar al análisis en concreto, es importante detenerse en que ambas normas de sanción, aquella administrativa y aquella penal, tienen tanto rasgos en común como rasgos que las diferencian. Sin perjuicio de esto, analizaré conjuntamente ambas normas, diferenciando explícitamente tal análisis cuando corresponda.

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 (Gagliano y Aracena 2018, 138). Esto se sigue del tenor literal de la ley, la cual comienza con un somero "el que" y luego pasa a detallar la conducta. Cabe destacar que quienes celebren estos acuerdos no tienen por qué ser competidores necesariamente. Ello, pues la norma prohíbe no solo los acuerdos "entre competidores" sino también los que "involucren a competidores entre sí" por lo que ya no existe discusión respecto a que son igualmente susceptibles de sanción aquellos terceros que, sin ser competidores, participan en el acuerdo (Pavic y Pardo 2022, 288). Aclarado lo anterior, vale la pena notar que la responsabilidad penal solo aplica a las personas naturales, no a las personas jurídicas. Ello se explica porque la colusión fue excluida de aquellos delitos que prevén la responsabilidad penal a la persona jurídica en la última reforma a la ley de delitos económicos (Pineda 2023).

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 3. 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", es igualmente aplicable respecto del tipo administrativo, por lo que también estamos frente a un ilícito común. Por todo lo anterior discrepo con Valdés, quien afirma respecto del sujeto activo que quienes realizan el delito de colusión "deben exhibir la calidad de competidores" (Valdés 2016, 8).

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 comportase de forma independiente respecto de la otra en cuanto a la toma de decisiones, para ingresar a una convención colusoria (Valdés 2016, 8)[114]. Es importante destacar lo anterior porque, bajo ciertas circunstancias, puede ocurrir que dos personas se comporten como una sola no en virtud de una práctica concertada o acuerdo, sino que antes bien como consecuencia de otras situaciones, tales como una orden de autoridad pública o una relación de control común (Valdés 2016, 8). En la misma línea Walter Frenz 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 (Frenz 2016, 259)[115].

[114] Esto se aplica respecto de los competidores que entran a una convención colusoria. Pero vale la pena aclarar que no son solo competidores quienes participan de las convenciones colusorias. Así, la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 señala que se sancionan los acuerdos o prácticas concertadas "que involucren a competidores entre sí". Bajo esta redacción se sanciona, primero, a los competidores que ingresen a una convención anticompetitiva, y segundo, a quienes gesten esos acuerdos o prácticas concertadas que involucran competidores, como sería el caso de un gremio empresarial. De tal forma, en el segundo de estos casos, no nos encontraríamos frente a competidores. Por su parte, el artículo 62 del DL 211, que sanciona penalmente la colusión, señala que se sancionará a quien "celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí". Respecto de estas hipótesis, también cabe pensar en instancias en que quien se involucra no es un sentido estricto un competidor, como un líder gremial que, sin competir en un mercado, organiza un esquema colusivo. Si aquello es el caso, tanto respecto de la sanción administrativa como la sanción penal de la colusión, es indispensable que parte de los involucrados en el acuerdo o práctica concertada sean competidores pero, no obstante aquello, no todos los involucrados deberían ser competidores.

[115] Un asunto relacionado a esto último es cómo aplica la doctrina de la "única unidad económica" en el derecho de libre competencia chileno. Esta doctrina es importada de Europa, y dice relación con la manera en que dos entidades formalmente distintas son tratadas como solo un ente económico para efectos de determinar una responsabilidad antimonopólica. Aquí lo central dice relación con consideraciones funcionales sobre quien realmente compite en el mercado (Palma 2022, 2). Esto comúnmente sirve para imputar la infracción que realiza la filial de una empresa a su matriz. Si bien deberé dejar para otra ocasión un análisis en mayor profundidad sobre este asunto, creo que puedo aportar por lo menos con una consideración útil. A este respecto, en la Unión Europea, donde esta figura tiene gran utilidad, la norma que sanciona la colusión se refiere a "empresas" y "asociaciones de empresas" cuando sanciona la colusión en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Con todo, como vimos, la norma chilena que sanciona la colusión es bastante más vaga, pues simplemente se refiere a "el que". Dicha vaguedad facilita el asunto, pues hace posible que se incluya, en principio, todo tipo de sujeto que haya tenido relación con la ejecución de las conductas contenidas en los verbos rectores de las normas de sanción. Con todo, debe notarse que las reglas de autoría y participación se aplican mucho más estrictamente en sede penal que en sede de derecho administrativo. Cuando se discuta la primera sanción penal de la colusión (quien sabe cuándo), la autoría y participación de estos delitos tendrá que ser abordada de una manera distinta que lo ha sido hasta ahora.

2. La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, a partir del caso supermercados

En este apartado, comenzando de la discusión en el "caso supermercados" sobre la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, busco diferenciar ambos conceptos. Para ello, primero, reviso críticamente la doctrina nacional y comparada al respecto. Segundo, y a partir de los trabajos de Oliver Black, entrego mi propia perspectiva sobre la distinción. Tercero, analizo las implicancias del modelo presentado.

2.1. 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. El esquema de los supermercados se hacía efectivo a través de los proveedores de pollo fresco: las cadenas acudían a ellos para que reestablecieran el precio mínimo de venta cada vez que identificaban que otra cadena se desviaba de éste.

En su sentencia, el TDLC afirmó que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas estaba superada[116], concentrándose hoy la jurisprudencia en cubrir las distintas formas de colusión. Así, optó por usar el término "acuerdo" para abarcar ambas figuras. 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"[117].

Estas conclusiones despiertan inquietudes. Primero, la argumentación del TDLC, al excluir de antemano la posibilidad de que ambas conductas sean distintas, transgrede un presupuesto interpretativo básico: que el legislador, al ser racional, no es redundante (Ezquiaga 1994, 17; Nino 1986, 86). Segundo, su postura ignora que el legislador hace esta misma distinción nuevamente en el artículo 62 del DL 211. Lo anterior, pues el artículo 62 del DL 211 hace esta distinción por omisión,

[116] TDLC, Rol 167, de 28 de febrero de 2019, considerando trigésimo primero. Basándose en este pronunciamiento, adoptan este criterio (Pavic y Pardo 2022, 262)

[117] Corte Suprema, Rol 9361, de 8 de abril de 2020, considerando octavo.

pues sanciona "los acuerdos" y no los "acuerdos o prácticas concertadas" (si ambas figuras fueran iguales, entonces ambas estarían penalizadas). Tercero, la afirmación del TDLC pasa por alto que esta distinción fue reafirmada por el legislador tan solo el año 2016. Por lo anterior, es necesario distinguir ambas figuras para dar cuenta de la racionalidad del legislador y hacer efectivas sus disposiciones.

2.2. La relevancia de la discusión

Cabe destacar que en su requerimiento, la FNE acusó a las cadenas de supermercados indistintamente por haber participado de "acuerdos y prácticas concertadas". Por ello, durante el litigio, parte de las cadenas se opusieron al uso indistinto de estas figuras en la acusación de la FNE, pues "si bien ambos tienen el elemento subjetivo en común, se diferencian por su identidad por las formas en que se manifiestan"[118]. A este respecto, es importante dar cuenta de que si estas figuras efectivamente son distintas, entonces se vería vulnerado el derecho a defensa de los imputados bajo esta acusación indiferenciada. Esto, pues a los acusados no solo se le imputan tan solo hechos, sino también calificaciones jurídicas asociadas a ellos, y solo conociendo el alcance de cada una de estas figuras podrían defenderse adecuadamente[119].

Además, distinguir estas figuras es importante porque las sanciones de libre competencia se justifican (al menos parcialmente) por su capacidad de evitar o disuadir actividades que reducen el bienestar (Grunberg y Montt 2017, 310). Sin embargo, la disuasión supone que los destinatarios de una prohibición o mandato sepan en qué consiste lo prohibido o mandatado; esto, a su vez, supone que, en el caso de la sanción de la colusión, los actores sepan en qué consiste un acuerdo o práctica concertada. Finalmente, distinguir adecuadamente entre estas figuras también es importante porque 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 no incluye la sanción penal de la colusión.

[118] TDLC Rol 167, de 28 de febrero de 2019, punto 4.11 de la sección expositiva.

[119] Como veremos más abajo, el punto es más radical: solo sabiendo los rasgos de un hecho podemos identificarlo.

2.3. Las tesis respecto del contenido de la distinción

i. Algunas consideraciones previas

Existe cierto consenso de que es necesario distinguir las prácticas concertadas del paralelismo consciente (Valdés 2016, 7)[120]. Este último se da cuando actores del mercado, al observar la conducta de sus competidores, toman medidas similares a ellos. Habría paralelismo, pues realizarían la misma conducta, y sería consciente, puesto que sería una acción ejecutada 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. Por ello, podemos señalar, al menos preliminarmente, que un hecho colusorio, *a contrario sensu,* sea éste un acuerdo o una práctica concertada, implica necesariamente el cese de la independencia de los actores. Lo anterior ocurre mediante un acuerdo o una práctica concertada. En lo que sigue veremos diversas tesis sobre cómo se distinguen estas dos conductas.

ii. La tesis probatoria

Actualmente, predomina la tesis de que la diferencia entre ambas conductas es de índole probatoria. Así, doctrinaria y jurisprudencialmente tiene sustento la idea de que prácticas concertadas y acuerdos tácitos[121] serían expresiones sinónimas (Grunberg 2017, 17). 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 tácitos (Walker 2020, 143) (esto, bajo el entendido de que las prácticas concertadas son equivalentes a los acuerdos tácitos).

Entre quienes sustentan la tesis probatoria podemos encontrar a Hernández. Él afirma que la distinción no es conceptualmente relevante, pero sí prácticamente relevante (Hernández 2016a, 20) pues la figura de prácticas concertadas tiene ventajas probatorias (Hernández 2016a, 21). Menciona que esta figura busca solventar las dificultades que presenta 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

[120] Si bien Valdés tiene un notable libro respecto de la Libre Competencia, a lo largo de este capítulo me referiré a su opinión vertida en el informe en Derecho citado. 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 informe sí recoge. Respecto de la delimitación de los acuerdos, también tienen esta postura: (Santelices 2020, 50), y (Capobianco 2019, 19). No participan de este consenso Juppet y Morales, quienes admiten que se pueda sancionar como colusión "una mera concurrencia conductual". (Morales y Juppet 2018 Capítulo II, punto 5). En contra de esta postura, ver: (Page 2013, 233).

[121] Tácitos, entonces, en el sentido de que estos acuerdos se descubren indirectamente, mediante indicios.

pero existiría algo más que un paralelismo consciente" (Hernández 2016a, 21). Por ello, se exigiría una forma de consenso o concertación que, sin embargo, no necesita expresarse, sino que puede colegirse (Hernández 2016a, 21)[122].

En una línea similar a Hernández, está Grunberg. A este respecto, es importante que, tal como la de Hernández, su postura es sistemáticamente ambigua respecto de qué diferencia los acuerdos de las prácticas concertadas, concluyendo que la diferencia entre ambas figuras es de grado. Mi objetivo será demostrar que parte de sus argumentos se pueden prestar para sustentar la tesis probatoria. A este respecto, Grunberg afirma lo siguiente:

> 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 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 (Grunberg 2017, 26)[123].

De lo recién dicho se colige que la diferencia entre ambas figuras radica en cuán directamente se percibe la expresión de voluntad. Esto, pues 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 (Grunberg 2017, 26). Así, frente a un acuerdo estaríamos directamente ante aquel consenso, mientras que en una práctica concertada estaríamos ante a contactos que "reflejan" un consenso. Es decir, la distinción se basaría en si acaso se prueba el acuerdo directa o indirectamente.

Esta tesis es difícil de sostener. Un primer problema de ella es que no es una "diferencia de grado", sino que una diferencia cualitativa la que existe entre prueba directa e indirecta. Las diferencias de grado implican un continuo donde se va de menos a más o de más a menos, y esto no ocurre 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".

[122] Debemos en todo caso notar la ambivalencia de Hernández: por un lado, menciona la forma en que se prueban los acuerdos, pero por otro se refiere a que esta figura incluye "casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente" (sobre esto volveré más abajo).

[123] 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 2016, 243).

En segundo lugar, y esto vale tanto para Grunberg como para Hernández, cualquier intento de basar la distinción de esta forma está mal guiada, en tanto que es legislativamente redundante: ya tenemos normativa que cubre este tipo de consideraciones probatorias. Respecto de la admisibilidad de prueba indiciaria, el mismo artículo 22 del DL 211 establece que el juez ha de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, lo que permite que el juez pueda admitir tanto prueba directa como indiciaria (Araya 2015, 233), lo que vale para cualquier conducta, incluida la colusión. 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".

En tercer lugar, y más allá de esta norma en particular, es improcedente en general afirmar que una norma de sanción se puede diferenciar de otra solo por 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. O, para ponerlo en otros términos, debemos distinguir la cuestión constitutiva —qué es una práctica concertada- de la cuestión evidencial —qué prueba que existe una práctica concertada (Black 2005b, 162)[124].

Lo anterior se puede demostrar acudiendo al derecho penal. En particular, analizaré las exigencias del cohecho por la función, un delito en el que un funcionario solicita o acepta recibir un beneficio a cargo de un acto específico. En relación con este delito 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 que el pago hecho en razón del cargo del sujeto no haya sido, además, la contraprestación por un acto determinado de servicio (Hernández 2016b, 22).

[124] En esta misma línea: (Odudu 2006, 71).

Lo anterior demuestra que no es plausible que el tipo objetivo se vea modificado porque su realización se constata de acuerdo con prueba indiciaria o prueba directa. Así, 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" (Morales y Juppet 2018, Capítulo II, punto 5)[125].

En último y cuarto lugar, no vale la pena prestar excesiva atención a la distinción entre prueba directa e indirecta. En esta línea, Carlos de Miranda explica que entre ambos tipos de prueba existe un conflicto inexistente. Según de Miranda, ambos tipos de prueba se distinguen según la relación que hay entre, primero, la información que recibe el juzgador sobre la realidad y segundo, la realidad misma. En la prueba directa, la prueba 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 (de Miranda 2015, 102). Un ejemplo de esto último sería la inferencia que, a partir de la evidencia de que alguien tenía un arma cerca del lugar donde se propinó un disparo, lleva a la conclusión de que la persona que tenía aquella arma propinó el disparo.

Entre los argumentos que de Miranda presenta para desechar la idea de que la prueba directa tiene mayor valor, está que los resultados no avalan la supuesta superioridad de la prueba directa, pues la supuesta simplicidad de la prueba directa no es tal: no basta con tan solo "escuchar" esa prueba, sino que también hay que evaluarla (por ejemplo, un testigo directo puede ser poco confiable, aunque su testimonio sea prueba directa).

Aún más, la confiabilidad de la prueba directa depende en gran medida de un procedimiento inferencial de naturaleza presuntiva (de Miranda 2015, 85): la fuerza probatoria de un testimonio depende de inferencias a partir de ciertos rasgos del testigo que impactan en su fiabilidad o verosimilitud. Así, queda descartada la tesis de que en la prueba directa no media un ejercicio inferencial y que "tan solo se percibe algo". Esto se relaciona con que toda prueba directa es presuntiva en esencia, viniendo su legitimación epistemológica de la prueba indirecta. La fiabilidad de la prueba directa no se funda en prueba directa: siempre acaban por aparecer indicios en el

[125] Que el estándar de prueba en derecho penal sea más alto no prejuzga cómo o con qué tipo de prueba se ha de cumplir con ese estándar. Así podría ser que si se reúne suficiente prueba indiciaria de suficiente calidad se pueda cumplir con el estándar penal, y que si se reúne prueba directa de muy baja calidad, no se cumpla con él.

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 de otras actividades probatorias, se aplican máximas de experiencia y se alcanzan conclusiones sobre la fiabilidad de los medios probatorios (de Miranda 2015, 88-89). 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 (de Miranda 2015, 95). Por lo anterior, además de que es incorrecto distinguir ambas formas de cometer la colusión a partir del tipo de prueba con que se cuenta, hacerlo es una mala idea, puesto que ambas formas de prueba tienen el mismo valor y, aún más, son dos caras de una misma moneda y dependen la una de la otra.

iii. La tesis estructural

Sin embargo, las posturas de Grunberg y Hernández son ambivalentes, pues también aluden a rasgos de índole estructural. Así, Grunberg hace referencia a la definición de práctica concertada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso ICI v. Comisión[126] y afirma que las prácticas concertadas son "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" (Grunberg 2017, 21). Esto coincide con 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" (Hernández 2016a, 21).

Definir las prácticas concertadas como una figura residual de la colusión es una constante en la literatura especializada. Así, autores como Araya afirman que las prácticas concertadas son un tipo de colusión que sirve para atrapar "situaciones donde no es posible recurrir al concepto de acuerdo, no obstante su amplitud" (Araya 2015, 246)[127]. 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.

Creo que esta visión es deficitaria. Primero, es inaceptablemente vaga pues no permite que los actores del mercado sepan de antemano y con suficiente claridad qué es punible[128]. Aún más, la conclusión a

[126] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto 48-69 (1972). Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión Europea. § 64.

[127] Asimismo: (del Mar 2011, 112; Frenz 2016, 243).

[128] 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 2017, 26).

la que llegan autores como 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. Así, "prácticas concertadas" sería una categoría abierta a consideraciones de oportunidad por parte de un ente persecutor, lo que podría llevar a un actuar arbitrario.

Dicho lo anterior, aunque bajo esta definición el concepto de prácticas concertadas tendría algo de contenido, éste consistiría en ser algo más que un mero paralelismo y algo menos que un acuerdo, lo que es bastante vago. Y, si bien se podría aducir a la práctica judicial para complementar esta lectura y hallar 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 determinamos 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.

Al respecto, la referencia a la casuística y su contraposición a una definición conceptual que valga con independencia de los casos en que dicho concepto aparezca, se puede relacionar con la distinción entre dos tipos de definición: una definición intensional y una definición extensional[129]. Por un lado, una definición intensional es aquella que define un concepto refiriéndose a sus rasgos característicos. Por su parte, una definición extensional procede sin tematizar las propiedades que hacen que los ítems identificados sean elementos del conjunto en cuestión, sino que identifica la totalidad de los ítems que son elementos de un conjunto (i.e., que caen bajo el concepto en cuestión). Así, una definición intensional del concepto perro podría aludir a una serie de rasgos de éstos, como que son amables, normalmente tienen 4 patas, ladran, etc. Por contraste, una definición extensional definiría perros apuntando a todos los objetos en el mundo que pertenecen a la clase perro.

A este respecto, es crucial dar cuenta de la asimetría entre definiciones intensionales y extensionales. Por un lado, es difícil tener una definición extensional sin una previa definición intensional: si no sabemos qué rasgos caracterizan un cierto concepto no podemos saber qué objetos lo instancian. 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 entenderían razonablemente bien los rasgos del concepto al que aludimos, aun si Atlantis, y por ende, su mejor abogado, no existieran. Lo anterior explica 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

[129] Encyclopaedia Herder Online, s.v. "Extensión/Intensión", último acceso 16 de junio, 2021. Véase también: (Scruton 1995, 42).

tribunales apliquen derecho en vez de crearlo[130]. Así, para que una determinada norma de sanción pueda cumplir adecuadamente su objetivo preventivo, debe haber suficiente claridad respecto de qué incluye esta norma de sanción, lo que aduce a los rasgos definitorios de un comportamiento. Lamentablemente, el actual entendimiento del concepto "prácticas concertadas" es extremadamente vago, por lo que este no puede cumplir adecuadamente dicha función[131]. En palabras de Oliver Black, el problema de esta definición del concepto "prácticas concertadas" es que una explicación asistemática elaborada a través de la casuística se deja llevar por hechos específicos, y en la medida que la diversidad de los casos aumenta, el significado del concepto termina careciendo de unidad conceptual (Black 2005a, 346).

Pero la postura de Grunberg y Hernández no es la única que basa esta distinción en consideraciones estructurales: también está la postura de Domingo Valdés. Según Valdés, 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 específica 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 (Valdés 2016, 7, 17). Esto último, en tanto que se podría llegar a conocer del acuerdo anticompetitivo antes de que se implementase (Valdés 2016, 17). Así también opina Mañalich, quien afirma que mientras las prácticas concertadas necesariamente presupondrían una puesta en práctica, los acuerdos no:

> mientras por "acuerdo expreso o tácito" cabe entender la formación de una resolución conjunta, de carácter formal o informal, entre dos o más agentes económicos, en orden a asumir un patrón de comportamiento determinado, el cual no necesita llega a materializarse, la expresión "práctica concertada" designa la materialización de una determinada forma de actuación que ha sido conjuntamente asumida por los agentes involucrados en ella (Mañalich 2015, 17).

Con todo, 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 una "convención anticompetitiva" fuera

[130] En términos similares, Hay afirma: "una pregunta sustantiva más complicada subyace al esfuerzo de describir el tipo y cantidad de evidencia circunstancial necesaria para obtener una persecución exitosa, esto es, ¿qué es aquello que buscamos incluir dentro de la categoría «acuerdo», «conspiración» o «práctica concertada»?". (Hay 2013, 4).

[131] Más allá de casos particulares en los que se ha determinado que se estaba frente a una práctica concertada, es decir, una definición extensional del concepto, la definición intensional es extremadamente vaga.

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 idéntica a una "convención anticompetitiva" ejecutada.

Hay dos soluciones para esta convergencia conceptual: que ante una "convención anticompetitiva ejecutada" prime la aplicación del concepto "práctica concertada" o que prime el concepto de "acuerdo". Uno debería inclinarse por la primera opción: si prima la aplicación del concepto "acuerdo", entonces el concepto de práctica concertada quedaría sin aplicación posible (según esta postura, el acuerdo puede ser o un mero acuerdo o un acuerdo ejecutado, mientras la práctica concertada sólo puede ser un acuerdo ejecutado).

Sin embargo, la distinción anterior no es estable, pues que el mismo artículo 62 del DL 211 sanciona a quien celebre, organice, ordene celebrar o ejecute un acuerdo. En otras palabras, mientras la letra a) del artículo 3 sanciona los acuerdos y prácticas concertadas, el artículo 62 sanciona la celebración de acuerdos 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 un acuerdo ejecutado) resultaría que el legislador tendría dos nombres (acuerdos ejecutados y prácticas concertadas) para una conducta idéntica[132]. Entonces a todo lo anterior se suma un nuevo desafío: distinguir entre acuerdos, acuerdos ejecutados y prácticas concertadas[133].

iv. La tesis de Oliver Black

Muchos 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, sin embargo, es al revés: mientras una práctica concertada debe tener un acuerdo de voluntades, esto no es condición necesaria de un acuerdo (Black 2005b, 166).

[132] Además, ya la primera parte de la letra a) del artículo 3 sanciona tanto la celebración como la ejecución de acuerdos. Lo anterior, pues 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", a la vez que en su letra a) detalla 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 la ejecución de prácticas concertadas.

[133] Sobre la postura presente en el libro "El Delito de Colusión" (Artaza et al. 2020), ver: (Peralta 2023b, 151-54).

Black pone de relieve ciertos constreñimientos interpretativos. Entre estos, se encuentra la similitud que debe existir entre casos particulares y los casos paradigmáticos (Black 2008, 103). 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[134]. 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). Dicho aquello, partiendo de casos paradigmáticos, Black cree que debemos aspirar a un equilibrio reflexivo entre intuición y teoría (Black 2005b, 4); es decir, llegar a un concepto de las prácticas concertadas que refleje nuestro entendimiento intuitivo de ellas tal como está reflejado en casos paradigmáticos[135].

El punto de Black es que, como decía más arriba, si bien según nuestro entendimiento paradigmático de un acuerdo éste a menudo es acompañado de una voluntad común, una voluntad común no es lo mismo que ni tampoco una condición necesaria de un acuerdo (Black 2008, 112)[136].

Para entender lo anterior, resulta útil contrastar el rendimiento de diversas visiones sobre lo que es un acuerdo. Según Black, la postura que reduce un acuerdo a una voluntad común se podría explicar como sigue:

> "X e Y tienen un concurso de voluntades cuando, para alguna P:
> X pretende que P
> (a) Y pretende que P
> (b) X comunica que pretende que P a Y
> (d) Y comunica que pretende que P a X" (Black 2008, 113).

[134] Como dice Page, "se puede volver aparente en algún punto del desarrollo del derecho que una estructura inarticulada de conceptos informa a la corte en el uso de sus estándares". (Page 2007, 447). De lo que se trata es de articular explícitamente este concepto.

[135] A este respecto, es útil entender, como Dworkin, que los conceptos jurídicos son conceptos interpretativos. Estos últimos son conceptos que manejamos debido a que compartimos prácticas sociales y experiencias en las que estos figuran (Dworkin 2011, 6) (así, un buen punto de partida en este caso sería la jurisprudencia y la discusión doctrinaria, así como lo que se pueda rescatar del lenguaje ordinario). Es lo anterior lo que nos permite argumentar de una manera inteligible entre quienes compartimos tal percepción de los casos paradigmáticos (Dworkin 2011, 166). Es decir, estamos suficientemente de acuerdo respecto de los paradigmas como para permitirnos proponer una teoría que justifique los juicios que hacemos sobre esos paradigmas (Dworkin 2011, 161).

[136] 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 esta intención común se ve evidenciada por una oferta y una aceptación. (Odudu 2006, 60-61).

Frente a esta forma de ver el asunto, Black argumenta 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.

Para justificar esto, Black nos invita a considerar el siguiente caso para contrastar el rendimiento de aquella teoría 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 un intercambio que se vería de la siguiente manera:

> "X: ¿qué tal si yo vendo solamente en Francia y tú solamente en Alemania?
> Y: ok" (Black 2008, 114)[137].

Respecto de la ejecución del acuerdo ("P"), esta se vería de la siguiente manera:

> (P1) X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania
> (P2) X e Y están de acuerdo en (P1) (Black 2008, 115).

Pero el problema es que es falso que si X e Y realizan un acuerdo ellos tienen la intención de que ocurra (P1) y comunican tal intención. Si las intenciones de una persona solo se relacionan con sus propias acciones, X no puede querer (P1) pues (P1) también concierne una acción de Y (Black 2008, 115). Pero aún más, incluso si X pudiera tener una intención tal, no necesita tenerla para lograr un acuerdo, pues él puede hacer tal acuerdo sin tener la intención de cumplirlo (Black 2008, 115): así, no es una condición necesaria de un acuerdo una intención común (un acuerdo incumplido, en términos lógicos, sigue siendo un acuerdo, solo que de una especie especial).

Además de lo anterior, el hecho 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 implica que exista un acuerdo (Black 2008, 116): pueden tan solo comunicar intenciones y que no haya acuerdo.

[137] Frenz también a ratos analiza los acuerdos por analogía a los contratos: "un acuerdo puede consistir de un contrato entre dos actores". (Frenz 2016, 245). Así mismo, agrega que puede consistir de "dos declaraciones de intenciones concurrentes" (Frenz 2016, 245). La diferencia con Black, empero, es que relaciona esto a una "intención común de actuar en el mercado de una cierta forma" (Frenz 2016, 245). Black rechaza esta concepción que se basa en la presencia de una intención común.

Por otro lado, Black también afirma que es falso que si X e Y celebran un acuerdo estos buscan P2 (esto es: (X e Y están de acuerdo en P1 (X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania))). Podría ser que X, al pronunciar lo que necesario 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 (Black 2008, 116).

Y, aún más, es falso que si X e Y cumplen con el acuerdo, ambos tienen la intención P1 y 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 en Francia (por ejemplo, puede mandar productos por error a Francia) (Black 2008, 116).

Por todo lo anterior, el concurso de voluntades, tan preciado para la doctrina, demuestra ser, según Black, ni una condición necesaria ni una condición suficiente de un acuerdo. Antes bien, 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 (Black 2008, 116).

Pero si todo lo anterior es cierto y un concurso de voluntades no es parte integrante de un acuerdo, ¿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 la dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*) (Black 2005b, 158).

La fórmula de Black 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:
> X, al hacer Ax, depende y confía (*relies*) en que Y realice Ay
> Y, al hacer Ay, depende y confía en que X realice Ax
> X, al confiar y depender en que Y realizará Ay, tiene el objetivo Ox
> Y, al confiar y depender en Ax, tiene el objetivo Oy
> Oy=Ox
> X conoce (a)-(e)
> (a) Y conoce (a)-(e)
> (b) es en parte verdadero porque Y comunica (b) y (d) a X
> (c) es en parte verdadero porque X comunica (a) y (c) a Y"
> (Black 2005b, 155)[138].

[138] Con ulteriores ajustes en: (Black 2005a, 341-46).

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, lo cual depende de la comunicación entre ellas[139]. De este modo, por fin hemos logrado distinguir nítidamente un acuerdo de una práctica concertada.

Con todo, 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. Dicho lo anterior, y considerando los acuerdos y las prácticas concertadas más allá del derecho positivo y solo como fenómenos sociales, ¿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 (Black 2005b, 155). 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 sospecha que por una razón cualquiera éste no puede cumplir (Black 2005b, 155)[140].

Dicho lo anterior, es importante destacar que si bien habrá casos en que la evidencia circunstancial de las comunicaciones podrá en principio servir para indicar la presencia ya sea, de un acuerdo, ya sea, de una práctica concertada, también habrá casos en que esto no ocurrirá. Al contrario, habrá casos en que la evidencia a lo sumo podrá demostrar la presencia de una práctica concertada. Uno de estos casos, según Page, es el caso Foley. Aquí, a partir de la evidencia de comunicaciones y acción interdependiente de competidores, solo era razonable inferir que había una práctica concertada (acuerdo tácito, en los términos de Page[141]) (Page 2017, 610-11). En este caso los acusados eran agentes inmobiliarios que querían aumentar su comisión del 6% al 7%, pero no se

[139] Una concepción similar es la de Odudu, quien afirma que lo característico de una práctica concertada sería que es una técnica para reducir la incertidumbre respecto del futuro y la conducta de los otros. Así, una práctica concertada permitiría a los competidores actuar con mayor conocimiento y expectativas respecto de otras empresas que las que normalmente tendrían. Justamente el énfasis estaría dado en las técnicas que se usan para reducir la incertidumbre, cosa que incluye contactos entre empresas respecto de sus acciones futuras para así disminuir la incertidumbre (Odudu 2006, 82-83). En todo caso, si bien la visión de Odudu es similar a la de Black, no es asimilable a ésta debido a que no llega al mismo nivel de especificidad de este último. Aún más, no es asimilable puesto que Odudu es de la opinión de que los acuerdos y las prácticas concertadas tienen la misma naturaleza y solo se pueden distinguir entre sí por su intensidad y las formas en que se manifiestan (Odudu 2006, 95-96).

[140] Se puede ver un desarrollo más detallado y esquemático de este punto en (Black 2005b, 150).

[141] Sobre la concepción de Page: ver (Peralta 2023b, 152-53).

atrevían a hacerlo porque el actuar competitivo de los otros corredores de propiedades haría tal alza inefectiva. Por lo anterior, un corredor llamado Foley convocó una reunión en la que afirmó que su empresa estaba en un pésimo estado financiero, y anunció que subiría su comisión de un 6% a un 7%. Agregó que no le importaba lo que hiciera el resto. Después de eso, cada uno de los corredores de las otras empresas comunicó que tomaría acciones similares. Además, en la conversación se mencionó que en una instancia previa otro corredor había intentado la misma alza, pero que la competencia por parte del resto lo hizo fracasar, de modo que era evidente para todos los allí presentes que la cooperación era esencial. Después de esta reunión, los corredores efectivamente pasaron a cobrar comisiones de 7%. Todo lo anterior ocurrió teniendo los presentes en la reunión especial cuidado en evitar realizar un acuerdo expreso: no se hicieron promesas, sino que se limitaron a expresar sus intenciones[142]. Pero los allí presentes sabían por su experiencia previa que todos debían cooperar para que la operación fuera exitosa, y posteriormente realizaron acciones congruentes con sus declaraciones de intención de subir las comisiones (Page 2017, 614-15). A este respecto, es crucial notar que se pudo lograr tal consenso sin llegar a un acuerdo, lo que demuestra que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas sí se sostiene. Dicho aquello, una cuestión crucial tiene que ver con el tipo de comunicación que hace posible afirmar que estamos ante una práctica concertada. A este asunto se dedica la próxima sección.

2.4. La comunicación como factor central de una práctica concertada

Un buen intérprete de Oliver Black es William Page, quien tiene una serie de trabajos donde aplica la teoría de Black sobre las prácticas concertadas a la jurisprudencia estadounidense (Page 2007; 2017; 2013). Por lo anterior, su trabajo puede ser un útil insumo para demostrar cómo el concepto de prácticas concertadas aquí adoptado "no está en el aire" sino que es aplicable al trajín jurídico del día a día.

Según Page, el punto crítico de la teoría de Black al evaluar si una conducta paralela es también una práctica concertada radica en si la dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*), así como la creencia y conocimiento que acompañan a las acciones de las partes, fueron adquiridas al menos en parte mediante comunicación entre rivales (Page 2007, 427). En este sentido, la comunicación toma diferentes formas, incluyendo: comunicaciones indirectas (mediadas por un tercero), comunicación inespecífica (un anuncio general) comunicación implícita (donde el oyente debe hacer complejas

[142] Corte de Apelaciones de EE.UU., cuarto circuito: "United States of America, appellee v. John P. Foley, jr., and Jack Foley" (1979), párrafo 1332.

inferencias para entender el significado de lo que dice el hablante) y comunicación no lingüística (como un guiño) (Page 2007, 427).

Pero más allá de esto, lo que Page rescata de Black es que para éste una práctica concertada involucra una comunicación seguida de acción paralela (Page 2007, 428), lo que resuelve una de las cuestiones más desafiantes del *antitrust* contemporáneo, a saber, identificar bajo qué condiciones un actuar paralelo cuenta como una actuación concertada (Page 2007, 407). Así, los elementos esenciales son los siguientes: a) un comportamiento uniforme que es interdependiente; b) comunicaciones previas a este comportamiento que transmitan la intención del rival, sin llegar a que haya un intercambio de compromisos recíprocos (*assurances*); y c) una relación de causalidad entre a) y b) (Page 2017, 608). Por lo anterior, el órgano persecutor debe alegar que la conducta del acusado sugiere coordinación mediante algo más que la mera interdependencia, de forma que la acusación incluya algún tipo de comunicación entre los competidores (Page 2017, 602). Así, esta categoría implica que se puede sancionar como hipótesis de colusión no solo los acuerdos, sino también ciertos intercambios de información que derivan en actuación interdependiente.

Respecto de esto último, una crítica que se dirige a la postura de Black es que incluir la comunicación de las intenciones y la dependencia y confianza mutua en la definición de prácticas concertadas no nos dice qué tipo de comunicación satisface la definición ni qué tipo de evidencia sería suficiente para probar las comunicaciones pertinentes (del Mar 2011, 118)[143]. Por ello, es útil acudir a Page, pues entrega una visión sobre qué tipo de evidencia sería suficiente[144], donde las dos variables críticas son la audiencia de las comunicaciones y el contenido de tales comunicaciones (Page 2017, 611). Así, las cortes serían más propensas a calificar cierta conducta como práctica concertada cuando la comunicación es privada (solo entre competidores) antes que pública, y cuando se refiere a las condiciones competitivas futuras antes que las presentes (Page 2017, 611). Además, las comunicaciones realizadas por personas con poder de decisión respecto de variables competitivas críticas tendrían mayor poder probatorio que las comunicaciones que no fueran realizadas por ellas (Page 2017, 611)[145].

A la luz de lo anterior, se hace aún más evidente el rol crucial que tiene la comunicación que hace posible la actuación interdependiente de diversos agentes de mercado. Entre las figuras que se

[143] Sobre qué tipo de evidencia incluir también se puede consultar: (Tapia 2009, 53 y ss.).

[144] La versión más actualizada de esto puede encontrarse en (Page 2017, 611 y ss.). Otra opinión sobre este mismo asunto se encuentra en (Zheng 2019, 418 y ss.).

[145] Un análisis de estos factores se puede encontrar en: (Capobianco 2019, 24 y ss.)

utilizan para analizar esto contamos con las prácticas facilitadoras (*facilitating practices*)[146]. Estas consisten en acciones que diversos competidores realizan para hacer la coordinación anticompetitiva más fácil, sin que sea necesario un acuerdo (Hay 2006, 896). Esto se da, sobre todo, para superar dificultades estructurales presentes en ciertos mercados que dificultan una interdependencia oligopolística (Zheng 2019, 410). Así, la idea central es que una coordinación exitosa entre empresas no sería posible sin que una de estas tome acciones que facilitan la interdependencia oligopolística (Hay 2006, 900), ya sea al hacer más transparente para los competidores las condiciones de mercado, ya sea al hacer más fácil la toma de medidas que busquen sancionar los desvíos respecto de un esquema colusorio. Y este podría ser el caso, por ejemplo, de anuncios públicos sobre el precio que se pretende tener en el futuro para así invitar a la contraparte a entrar en una relación de interdependencia oligopolística (Hay 2006, 900), o el caso de mecanismos mediante los cuales se comparten los precios (Zheng 2019, 435), entre otras opciones[147]. Así, ante todo, se trata de transmitir información indirectamente y sin llegar a un acuerdo, pero que facilita la interdependencia oligopolística. De esta manera, según Hay, el objetivo de esta figura es llenar la laguna punitiva que hay entre los acuerdos anticompetitivos y una pura interdependencia oligopolística (Hay 2006, 896).

Expuesto lo anterior, la figura de prácticas concertadas también cubre los casos donde hay evidencia de comunicación constante, pero no hay mayor especificidad en cuanto al contenido de tales comunicaciones. En tales casos, la evidencia de comunicación puede ser considerada suficiente para inferir que hubo una práctica concertada (Page 2017, 610-11). Esto, pues, bajo este concepto de prácticas concertadas, no es necesario producir evidencia de comunicaciones específicas para condenar mientras haya evidencia circunstancial que permita inferir que existió comunicación (Page 2007, 409)[148].

Además, la categoría de prácticas concertadas podría servir para sancionar incluso a quienes no han realizado declaraciones verbales de voluntad, es decir, no han manifestado a sus competidores cómo actuarán. Este sería el caso, según Page, de un competidor que asiste en silencio a varias

[146] A este respecto, como señala el resumen ejecutivo preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos respecto de la interpretación a nivel comparado de las prácticas facilitadoras, las autoridades de libre competencia a menudo se han apoyado en el concepto de acuerdo o de prácticas concertadas para sancionarlas (Capobianco 2019, 12). A este respecto, dada la delimitación esbozada más arriba, creo que se debe encuadrar las prácticas facilitadoras como parte de la comunicación que, dentro de la figura de las prácticas concertadas, hace posible la actuación interdependiente. En particular, esta ha sido la opción por la que se ha decantado la Unión Europea (Capobianco 2019, 14), lo que tiene sentido, ya que estos tienen explícitamente en su legislación la figura de prácticas concertadas.

[147] Ver también: (Shamir y Shamir 2015, 649).

[148] Respecto de esto último tienen gran importancia los *plus factors* que permitan inferir tal coordinación (Page 2013, 227). Sobre los *plus factors*, ver: (Grunberg 2017, 39 y ss.).

reuniones donde el resto manifiesta su intención de actuar de cierta forma (fijando cierto precio, por ejemplo), y luego todos (incluyendo a quien guardó silencio) actúan de forma coincidente (Page 2007, 445)[149]. Por esto, el intercambio directo de precios entre empresas rivales es considerado ilícito, aun cuando sólo una de las firmas provea dicha información a otra (Tapia 2009, 54). Como expresa el Secretariado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en su resumen ejecutivo sobre las prácticas facilitadoras, una revelación recíproca de información no es una condición necesaria para afirmar que se realizó un ilícito anticompetitivo, si bien sí es necesario demostrar que el recipiente de una señal de intención colusiva la entendió y reaccionó actuando de manera interdependiente. Así, el mero silencio frente a una práctica facilitadora puede indicar que se ha aceptado participar de un esquema colusorio, por lo que se ha exigido que haya un distanciamiento público de tal esquema para evitar una sanción[150].

Antes de terminar este apartado, creo conveniente hacer una salvedad: deberíamos dejar de usar el término "acuerdos tácitos", al menos en su acepción técnica, dada su ambiguedad. Son más claros los términos "prácticas concertadas" o "acción concertada", ya que no evocan la errónea tesis de que lo que distingue a los acuerdos de las prácticas concertadas es el tipo de evidencia que se puede invocar.

En última instancia, si se opta por no desechar el término "acuerdo tácito", al menos deberíamos interpretarlo según su uso ordinario. A esto se acerca la aproximación del derecho privado. En esta rama del derecho, los contratos o convenciones nacen cuando las partes se ponen de acuerdo (Alessandri Rodríguez 1991, 67), siendo necesario para que este consentimiento se forme que haya una oferta por parte de una persona que sea aceptada por la otra (Alessandri Rodríguez 1991, 69). A este respecto, hay oferta expresa y tácita (Alessandri Rodríguez 1991, 77). 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" (Alessandri Rodríguez 1991, 77). 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" (Alessandri Rodríguez 1991,

[149] Al decir de Tapia: "en el derecho europeo la regla es que deben adoptarse acciones positivas para evitar participar en tales intercambios. No es suficiente que los términos del acuerdo no sean acatados o guardar silencio al momento de la adopción de una acción concertada: las firmas deben «distanciarse públicamente» de tomar parte en las reuniones que llevan al acuerdo. De lo contrario, la participación de una firma en la reunión sin distanciarse públicamente de lo discutido puede dar a entender a las demás que aquella concuerda y cumplirá con lo decidido. El mensaje es claro: si un ejecutivo asiste a una reunión con sus competidores en la cual éstos comienzan a discutir sobre precios, debe parase de su asiento, despedirse cordialmente («lo valiente no quita lo cortés») y retirarse". (Tapia 2009, 54).

[150] (Capobianco 2019, 13).

77). Y lo anterior también vale respecto de la aceptación, la cual también podrá ser expresa o tácita (Alessandri Rodríguez 1991, 78). Todo lo anterior debiese aplicar (mutatis mutandis) en el caso de los acuerdos colusorios[151].

2.5. Conclusión de esta sección

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 sería 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, 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 cual contiene las 10 condiciones indicadas más arriba. Por último, sería bueno desechar el término "acuerdos tácitos" o utilizarlo de acuerdo con su acepción natural o de derecho privado, antes que bajo su acepción técnica.

Dicho todo lo anterior, vale la pena notar que al afirmar que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas "está superada" y al no tomar en cuenta el tenor literal, se generan problemas en cuanto se pierde claridad en lo relativo a lo que se sanciona. Por ello, se arriesga sancionar menos conductas en sede administrativa que las que se debería sancionar[152]. Sin claridad conceptual respecto de qué es un acuerdo y qué es una práctica concertada, pareciera que se está actuando como el intuicionista Juez Stewart, quien ante la necesidad de decidir si algo contaba como pornografía *hard-core* tan solo afirmó "no trataré hoy de definir el tipo de material que entiendo que cae bajo tal definición, y quizás nunca logre hacerlo de manera inteligible. Pero cuando lo veo lo reconozco" [153].

[151] Sobre cómo se trataría el caso supermercados bajo esta lógica, ver (Peralta 2023b, 160-61)

[152] Un posible uso de este concepto de prácticas concertadas sería abarcar ciertos casos de colusión algorítmica. Esto ha sido explicado en un glosario sobre prácticas concertadas que realicé con (bastante) ayuda de Juan Pablos Iglesias (Peralta 2025a).

[153] "I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description, and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it". Corte Suprema de EE.UU (1964). Jacobellis v. Ohio (1964), p. 197.

3. Conducta y verbos rectores

Respecto del objeto de los verbos rectores (acuerdos y prácticas concertadas) me remito al acápite anterior. En lo concerniente a los verbos rectores, 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 sancionará 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 "[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: 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[154]. 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 sanciona a "[e]l 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, 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 (Santelices 2020, 96; Belmonte 2020, 125). Esto, pues es diferente el objeto de imputación (qué es aquello que ocurrió) de los criterios de imputación (los criterios bajo los cuales se imputa un hecho ilícito a alguien)[155].

Dicho lo anterior, ahora pasaré a analizar los verbos rectores. En primer lugar, analizaré aquellos que son comunes a la sanción administrativa y la sanción penal y luego analizaré aquellos verbos rectores que son privativos de esta última forma de sanción.

[154] En este caso la ayuda del inciso primero sí es necesario, porque o si no es ininteligible el inciso segundo. Aquí existe una laguna real, pues el inciso segundo no contiene verbos rectores.

[155] Sobre esto, véase (Mañalich 2010)

Respecto del verbo "celebrar", estoy de acuerdo con Belmonte en que aquí se hace referencia al estado inicial, al acto germinal del acuerdo entre competidores (Belmonte 2020, 126). Este verbo solo hace referencia a los acuerdos, pues el verbo "celebrar" debe ser interpretado en contraposición al verbo "ejecutar", y las prácticas concertadas presuponen ejecución (no hay prácticas concertadas meramente celebradas). Lo anterior, por cuanto se trata de "prácticas", esto es, acciones efectivamente realizadas. Por todo lo anterior, 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, debemos arribar a una visión del verbo rector "celebrar" que dé cuenta de la naturaleza de los acuerdos. Como se vio más arriba, el concepto de acuerdo 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.

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, discrepo con Belmonte, quien sostiene que respecto de la ejecución de acuerdos no basta un mero "poner por obra algo" pues además haría falta una voluntad común (Belmonte 2020, 126). Esto, pues como vimos 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 demuestra que 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 los involucrados 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 (Belmonte 2020, 126). Por otro lado, respecto del verbo rector "organizar" discrepo con Belmonte, quien afirma que respecto de este verbo "todo lo que se ha dicho respecto a "ejecutar" también puede ser aplicado" (Belmonte 2020, 128). Debemos evitar una interpretación redundante si hemos de reconstruir racionalmente la legislación. Por tanto, "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, quien lo

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[156].

4. 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
- Afectar el resultado de licitaciones.

La sanción penal incluye estos mismos factores de competencia, 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". Por lo tanto, *a contrario sensu*, se infiere que la norma de sanción administrativa castiga también a quien afecte los resultados de licitaciones privadas.

5. Modalidad de acción

La primera parte de esta sección se destinará a abordar cuestiones metodológicas que permitirán luego llegar a respuestas adecuadas. Partiré por una crítica a la visión según la cual solo puede haber un resultado si entendemos por tal un suceso físico donde hay dos eventos causalmente vinculados.

[156] Un escenario interpretativo interesante sería aquel en que se descubre, interpretación de por medio, que la sanción penal de la colusión incluye hipótesis ilícitas que no incluye la sanción administrativa. Para explicar esto, asumamos, *ad arguendo*, que la sanción administrativa no cubre la hipótesis de organización de un acuerdo colusorio, pero que la sanción penal sí la cubre. Si aquel fuera el caso, y se interpretara estrictamente la sanción administrativa de la colusión, entonces la organización de la colusión no se podría sancionar ante el TDLC. Y, dado el actual sistema procesal de la persecución, no habiendo una sentencia sancionatoria del TDLC, tampoco se podría sancionar penalmente la conducta. Pero eso haría letra muerta aquella parte de la sanción penal de la colusión, pues habría una conducta que, por nunca ser sancionada administrativamente, nunca llegaría a ser conocida en sede penal. Ante aquel escenario, si eventualmente se hallara que, respecto de ciertas hipótesis, la sanción penal de la colusión es más abarcadora de la sanción administrativa n, habría que interpretar extensivamente la sanción administrativa para que calzara con la sanción penal de la colusión. O si no, parte de la sanción penal de la colusión sería letra muerta.

Después de esto, aplicaré 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. Después de esta primera sección, pasaré a aplicar tal modelo a la colusión.

5.1. El modelo analítico

En derecho penal, suele haber una contraposición entre los delitos de resultado, donde el resultado consiste en una modificación en el mundo empírico, y los delitos de mera actividad, que no implican dicho resultado en el mundo empírico. Con todo, un paso necesario para entender la modalidad de acción en el delito de colusión es impugnar la tesis de que todo resultado ocurre en el plano empírico y afirmar que también existen resultados *institucionales*. La adopción de la tesis de que los resultados solo existen en el plano empírico explica que Santelices (Santelices 2020, 103) y Bascuñán (Bascuñán 2016, 51) afirmen que estamos ante un delito de mera actividad.

La afirmación de Bascuñán debe ser entendida considerando 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* (Bascuñán 2016, 50).

Bascuñán acierta al señalar que no estamos frente a un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible, y por esto no tiene asidero la afirmación de Valdés de que hay una relación causal entre un determinado acto o convención y que este produzca efectos anticompetitivos (Valdés 2016, 36; 2022, 482). El punto es que la dicotomía entre que un delito tenga un resultado espacio-temporalmente distinguible o que este sea un delito de mera actividad es errónea. Antes bien, hay buenas razones para sostener que los resultados causalmente complejos no son el único tipo de resultado, sino que además hay resultados institucionalmente complejos.

La crítica a la postura de que todo condicionamiento de un resultado debe consistir en un condicionamiento causal es desarrollada entre nosotros por Olave, quien se apoya en la distinción de John Searle entre acciones causalmente complejas —en las que se describe una relación causal entre acción y resultado— y las acciones constitutivamente complejas —en las que la relación entre acción

y resultado depende de la existencia de ciertas reglas que permitan reconocer dicho resultado (Searle 2018, 195).

Para ilustrar, un caso de una acción constitutivamente compleja sería 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 Pedro y que producto del disparo este último falleciera. Frente a resultados constitutivamente complejos (o resultados institucionales), el reconocimiento como tal 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. Así, en las descripciones constitutivamente complejas, tal conexión entre acción y resultado es intrínseca (Olave 2018, 198), mientras que, en el caso de las descripciones causalmente complejas, la conexión entre acción y resultado es extrínseca (pues es contingente, al determinarse a partir de una observación empírica).

Una vez aclarado que puede haber más resultados que los causalmente complejos, otra pregunta relevante es si acaso hay más cosas que resultados. A este respecto, Olave se basa en la distinción propuesta por Vendler y luego desarrollada por Kenny y Mourelatos entre acciones, actividades y estados.

Siguiendo esta tripartición, 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 (Olave 2018, 192). Lo anterior contrasta con las acciones, las que sí requieren un resultado (Olave 2018, 192). Así, mientras de quien está manejando se puede predicar que ha manejado (una actividad), quien está en proceso de ganar una carrera aún no la ha ganado (pues aquí estamos frente a una acción, siendo definitorio de ella que tiene una marca de éxito, un resultado)[157].

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 esto como la marca de éxito de la acción, la cual es exigida por el tipo. Por otro lado, un delito de actividad no incluye la producción, conservación, impedimento o destrucción de un estado como resultado, pues ella se completa al realizar la actividad (Olave 2018, 193). Así, lo dicho hasta aquí sirve como un criterio demarcatorio para ver qué cuenta como un resultado y qué no, pues

[157] 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) (Kenny, 2003: 121). 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 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) (Kenny, 2003: 121). Es decir, en estos casos habría una determinada marca de éxito, un resultado que no se ha visto realizado.

no todo tiene una marca de éxito. Si algo que una persona hace tiene una determinada marca de éxito, entonces es una acción, y si es que lo que esta hace no tiene una marca de éxito y tiene un desempeño homogéneo, es una actividad[158].

Finalmente, y en paralelo a las acciones y actividades, se encuentran los estados. Estos, si bien se adquieren mediante cambios, no se desempeñan dinámicamente en lapsos de tiempo (Olave 2018, 192). 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 cierta cosa no se desempeña dinámicamente en el tiempo y no tiene un resultado como marca de éxito[159].

Recapitulando, las acciones son las que tienen resultados, pues estas tienen marcas de éxito. Y los resultados pueden ser tanto constitutiva como causalmente complejos. Por otro lado, también tenemos las actividades, las cuales no tienen una marca de éxito, pero implican un proceso. Así, hasta aquí cubriríamos las categorías de delitos de resultado y delitos de mera actividad. Y luego, están los estados, que no implican un desempeño dinámico y no tienen una marca de éxito. Y esta categoría se corresponde a la de delitos de estado[160].

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 Bascuñan de que los únicos resultados strictu sensu serían los resultados espacio-temporalmente distinguibles, ya 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" (Bascuñán 2016, Capítulo I, sección IV, punto 1.6.). 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[161].

[158] Lo anterior 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 "dado 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" (2016: 50). 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.

[159] Como dice 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") (Kenny, 2003: 121). Y aquí, la clave es que, si bien un estado puede surgir a causa de lo que una persona realiza, a diferencia de las acciones o actividades, no está relacionado con lo que una persona realiza.

[160] Aquí sigo la tripartición de Mañalich entre delitos de acción, de actividad y de estado, conteniendo esta última categoría los delitos de posesión y delitos de estatus, como la asociación ilícita (Mañalich, 2014b: 48).

[161] Para un análisis más detenido de los delitos de estado: (Peralta 2022c, 48-49)

5.2. La aplicación del modelo a las distintas modalidades de colusión

Para aplicar el modelo, analizaré los diversos verbos rectores a partir de éste. Lo anterior, 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 se adopte en lo referido a la naturaleza de su estructura típica.

Desde la perspectiva del verbo "celebrar" (que, como vimos, recae sobre los acuerdos) esta es una acción, pues tiene una determinada marca de éxito: que llegue a existir un acuerdo. 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, 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, este verbo puede ser entendido como una actividad o como una acción, dependiendo de la perspectiva que se tome. 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 considera 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 no se pueda identificar un momento del que dependa que tal ejecución se pueda considerar como exitosa o no.

Finalmente, respecto de la "organización" y de la "orden" de celebrar acuerdos, estas son también acciones, pues poseen marcas de éxito determinadas: 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 debe ser eficaz, es decir, motivar a un subordinado a celebrar un acuerdo. No es indispensable que tal orden sea eficaz, pues quien intenta dar una orden puede fallar en hacer esto (los actos de habla no tienen su éxito asegurado).

Como advertí 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. Sobre esto, me remito a lo ya dicho en el capítulo I.

Quinta Parte

Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (*single continuous infringement*). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?

Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (*single continuous infringement*). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?

1. Un problema recurrente: cómo unificar las acciones de un esquema colusivo

Un desafío común a la hora de sancionar un acuerdo anticompetitivo consiste en unificar diversas acciones cometidas en un esquema colusorio. Por ejemplo, a veces hay que unir la celebración de un acuerdo con su ejecución, la ejecución de un acuerdo con la ejecución de una práctica concertada, o unir dos ejecuciones entre las cuales media una interrupción. Ello, pues la sola circunstancia de que un conjunto de actos individuales comparta como nota común ser expresión de un acuerdo o indicio de una práctica concertada no implica automáticamente que todos provengan sean de un mismo y único acuerdo o práctica (Hernández 2016a, 9).

El TDLC se enfrentó a este problema en un caso en el que la FNE presentó un requerimiento contra FAASA Chile Servicios Aéreos Limitada (FAASA) y Martínez Ridao Chile Limitada (MR). La acusación de la FNE consistió en que FAASA y MR infringieron tanto el inciso primero como el inciso segundo letra a) del artículo tercero del DL 211 al acordar su actuación conjunta en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados por aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015. Los hechos del caso consisten en seis episodios específicos a propósito de llamados a licitación de Corporación Nacional Forestal (CONAF) y dos empresas forestales (Mininco y Celco) para la provisión de aviones cisterna en temporadas de incendio. Los ejecutivos de FAASA y MR sostuvieron reuniones y comunicaciones, decretaron alzas de precios y se repartieron la asignación de contratos.

El TDLC analizó cuándo se tuvo por ejecutada la conducta imputada por la FNE[162]. Esto, pues mientras la Fiscalía basó su acusación en un acuerdo de carácter único, las requeridas consideraron que se trataba más bien de una serie de eventos particulares[163]. Dicho lo anterior, el TDLC recurrió a la figura de un acuerdo único y continuo (AUC[164]) y afirmó que,

> En términos generales, una infracción única y continua puede suponer la ejecución de una serie de actos o conductas anticompetitivas constitutivas de una práctica concertada o un acuerdo colusorio que, si bien podrían calificarse como infracciones aisladas, pueden considerarse plausiblemente como partes de una infracción única porque, en esencia, buscan un objetivo común. En otras palabras, ello implica que las conductas o actos forman parte de un plan global[165].

La figura del AUC fue desarrollada por la institucionalidad de libre competencia de la Unión Europea. Fue introducida por la Comisión Europea y luego confirmada por las cortes europeas para facilitar la sanción de infracciones complejas a la ley de competencia (Romić 2020, 185). Su importancia práctica es considerable, lo que queda de manifiesto en que, tras su introducción en la jurisdicción europea, ha sido utilizada en prácticamente todos los casos de colusión (Von Papp 2017, 42), llegando algunos autores a afirmar que esta doctrina se ha convertido en la columna vertebral de casi todas las decisiones de la jurisdicción europea (Bergqvist 2021, 2-3)[166].

Este concepto fue introducido por la Comisión en 1986 a propósito del caso *Propylene*, donde afirmó que:

> el conjunto de sistemas y de acuerdos adoptados en el marco de un sistema de reuniones periódicas e institucionalizadas, ha constituido un acuerdo único y continuo (…) los productores, al adherirse a un plan común para regular los precios y la oferta en el mercado

[162] Sentencia TDLC 179/2022 (C. 12) en causa rol C-358-18. Disponible en: https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-faasa-mr-2022/.

[163] Sentencia TDLC 179/2022 (C. 24) en causa rol C-358-18. Disponible en: https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-faasa-mr-2022/.

[164] Conocida como *single continuous infringement* en inglés.

[165] Sentencia TDLC 179/2022 (C. 26) en causa rol C-358-18. Disponible en: https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-faasa-mr-2022/.

[166] Esto tiene especial relevancia para la jurisdicción chilena si se da debida cuenta a que la redacción de nuestra normativa de libre competencia y aquella de la Unión Europea, en lo que respecta la sanción de carteles, son bastante parecidas.

del polipropileno, participaban en un acuerdo marco global que se manifestaba en una serie de subacuerdos más detallados que se adoptaban de vez en cuando[167].

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha refrendado esta doctrina, afirmando que un hecho colusivo puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, lo cual no se desvirtúa por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos una infracción[168]. Lo anterior, ya que sería artificioso subdividir dicho comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad, para ver en él varias infracciones distintas, cuando, por el contrario, constituía una única infracción que se fue concretando progresivamente a través tanto de acuerdos como de prácticas concertadas[169].

En nuestro contexto, Antonio Bascuñán ha comentado estos desarrollos y concluido que lo esencial del concepto consiste en la tesis de que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe los acuerdos anticompetitivos no solo abarca el acto de celebración de un acuerdo sino todos los actos en cumplimiento o implementación de este último (Bascuñán 2016, 161-62). Bascuñán está en lo correcto. Con todo, los criterios gracias a los cuales se logra tal unificación difieren, pues incluyen los siguientes: la adherencia a un plan común; la interdependencia entre acuerdos macro y acuerdos micro; o la progresión de una misma infracción. Además, dentro de esta figura caben tanto acciones totalmente codependientes, como varias acciones independientes que, siendo sancionables por sí mismas, son reducidas a solo una infracción.

Es importante analizar qué figuras penales pueden asemejarse a un AUC, pues esta es una construcción jurisprudencial que, si bien podría ser acogida en el ámbito de la sanción administrativa de la colusión (dada la mayor flexibilidad interpretativa que caracteriza a esta sede), en sede penal es indispensable que la recepción de esta figura tenga una relación con el derecho positivo. Esto, pues si bien la figura de un AUC puede ser una herramienta eficaz para sancionar la colusión, no procede que sea aplicada a falta de respaldo legal (Villalón Vargas y León Mc Vey 2021, 14).

[167] Decisión 1986/398 de la Comisión Europea. §81. Disponible en https://bit.ly/3UomaLq

[168] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta). Asunto C-49/92 (1999). Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA. §81.

[169] Sentencia del tribunal de justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, párrafo 82.

Por ello, en este capítulo exploro qué figuras existen en el derecho penal que cumplan una función análoga a la que desempeña el AUC en sede administrativa. En particular, me concentro en las figuras de asociación ilícita, delito continuado y unidad típica de acción, y me pregunto si: a) se puede analizar la colusión a través de ellas; y b) si esas figuras pueden cumplir parte de las funciones que cumple la figura del AUC.

Las consecuencias que se siguen de la aplicación de esta figura son relevantes. Entre estas podemos contar con que: i) extiende el momento a partir del cual se cuenta el plazo de prescripción; ii) incrementa la base para la determinación de la multa y la responsabilidad por daños; iii) diluye las exigencias probatorias respecto de cada acuerdo específico; iv) disminuye la relevancia de la información que una parte que no conoce el acuerdo en su integridad puede entregar a la instancia persecutoria para atenuar su responsabilidad por la totalidad del acuerdo (Bascuñán 2016, 167); v) implica que la intervención de otros agentes en la comisión del hecho es constitutiva de autoría o participación punible, y no de encubrimiento, mientras permanezca consumándose el delito; y vi) excluye la procedencia de pluralidad de cargos y condenas, y su expresión en penas múltiples, ya sea acumulándoselas (artículo 74 del Código Penal) o exasperándose una sola de ellas (artículo 351 del Código Procesal Penal y antiguo artículo 509 del Código de Procedimiento Penal) (Bascuñán 2016, 250).

En cuanto a la disminución de las exigencias probatorias, es importante señalar que, bajo la consideración de un esquema colusorio como un AUC, no es necesario probar un acuerdo general, sino que su existencia puede inferirse de los diversos hechos anticompetitivos subyacentes (Von Papp 2017, 6). Así, la configuración de un AUC permite que la evidencia concerniente a las partes de este supuesto AUC sea evaluada holísticamente (Von Papp 2017, 7). Lo anterior importa, pues uno puede no lograr identificar todos los elementos del hecho ilícito si mira cada acción anticompetitiva de manera aislada (Von Papp 2017, 12)[170]. Respecto de esto último, como bien detalla Grunberg,

> tanto la práctica comparada como la chilena demuestran que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión (Grunberg 2017, 35).

[170] Aquí no estoy haciendo colapsar cuestiones típicas con cuestiones probatorias. Lo que hay que tener en mente es que "la determinación del tipo de acción punible en el que ha de subsumirse la acción es conceptualmente anterior a la determinación de la identidad de esa acción" (Mañalich, 2005: 1105), por lo que "la identificación del objeto referencial a subsumirse en el tipo de acción punible no puede efectuarse sin tener la vista puesta en el tipo de acción punible en el cual ese objeto referencial ha de ser subsumido" (Mañalich, 2005: 1105). En otras palabras, para identificar las instancias en que algo ocurre antes tenemos que saber los rasgos que caracterizan a aquello que buscamos identificar (una definición extensional presupone una definición intensional).

Por supuesto, esta forma de valorar la prueba hace increíblemente difícil sancionar un acuerdo, pues bajo esta hipótesis basta que uno de los indicios individualmente no sea suficiente para configurar la colusión para que sea improcedente sancionar. Con todo, en vez de esta aproximación, la institucionalidad se ha decantado por una aproximación holista, esto es, una aproximación en la que se valora la prueba como un todo (Grunberg 2017, 38). Aquí, bajo una perspectiva holista, existe una relación de sustento recíproco, es decir, interdependiente y reticular entre el conjunto de datos probatorios y las demás creencias del juzgador (Accatino 2014, 24)[171].

Lo anterior pone de relieve la importancia y conveniencia de encontrar una figura análoga a un AUC en sede penal pues, como dice Romić, es la operación compleja y secreta de los carteles la que justifica esta aproximación de las Cortes hacia las reglas probatorias (Romić 2020, 171). Esto se debe a que la naturaleza clandestina de los carteles implica que el ente persecutor probablemente descubra evidencia fragmentada, por lo que a menudo será necesario reconstruir ciertos detalles a partir de la evidencia disponible (Alexiadis, Swanson, y Guerrero, 2016: 9, nota 44). En otros términos, en la mayoría de los casos la existencia de una práctica anticompetitiva debe ser inferida de ciertas coincidencias e indicios que, reunidos, y a falta de otra explicación plausible, demuestran la existencia de una infracción de las reglas de competencia[172]. La anterior es una poderosa razón para analizar si acaso las figuras de delito continuado, unidad típica de acción o asociación ilícita pueden cumplir la función de reunir dentro de sí diversas acciones realizadas en la puesta en marcha de una colusión.

Con todo, quiero hacer la prevención de que no busco afirmar que "a fin de cuentas" un AUC es una especie de delito continuado o una especie de organización ilícita. Más bien, lo que busco afirmar es que estas figuras podrían fungir como equivalentes funcionales de la figura de un AUC. En otras palabras, no busco forzar ninguna de estas figuras bajo un lecho de Procusto para que calcen entre sí, en tanto puede haber importantes diferencias entre ellas.

Dicho esto, es necesario aclarar estas tres figuras.

[171] Con todo, debe dejarse una debida nota de que Accatino no abraza un holismo indiferenciado (Accatino, 2014: 36 y ss.).

[172] Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) Asunto T-53/03 (2008). BPB plc contra Comisión de las Comunidades Europeas §249.

2. Asociación ilícita, delito continuado y unidad típica de acción

Como decía, un problema a la hora de analizar casos de colusión es unir o conectar los diversos actos que son cometidos para su puesta en práctica. Para lograr tal unificación hay diversas maniobras disponibles.

La opción que sigue Bascuñán es analizar la colusión por analogía a la asociación ilícita (Bascuñán 2016, 169-70). Las razones para este análisis radican, en parte, en el parecido que existe entre esta figura y la de un AUC. Aquí, Bascuñán acierta al señalar que mediante ambas se le puede atribuir una unidad de acción a una compleja secuencia de hechos a lo largo del tiempo. Además, tanto en los AUC como en las asociaciones ilícitas hay diversos sujetos actuando conjuntamente. Y, finalmente, al menos en sus orígenes, la figura de un AUC está ligada al concepto de conspiración (Von Papp 2017, 39; Joshua 2009, 456)[173], el que guarda un parecido estructural con la asociación ilícita, ya que ambos casos hay referencia a un delito ulterior.

Por otro lado, hay autores que buscan unir diversas acciones colusivas afirmando que hay un delito continuado. Esto sería posible mediante la unificación de diversas instancias de actuación ilícita en una única realización compleja del mismo, por la vía del reconocimiento de una llamada "unidad de acción" (Mañalich 2014a, 551). A este respecto, como vimos más arriba a propósito de la jurisprudencia europea, hay una concepción del AUC en la que uno de sus objetivos es unificar las diversas acciones que, en sí mismas, ya son típicas (es decir, cada una por sí misma, de manera autónoma, es ilícita). Así, el entendimiento dominante del delito continuado y cierta conceptualización de un AUC comparten este rasgo. Esto podría ser una razón para afirmar que la figura de delito continuado puede, en sede penal, cumplir con lo que hace la figura de un AUC en sede administrativa.

Finalmente, otra posibilidad es argumentar la existencia de una unidad típica de acción, lo que, como veremos, simplemente implica afirmar que se realiza una sola vez el tipo penal, pues este último incluye dentro de si la realización de varias acciones.

Esta digresión es importante, pues si bien la unión de una serie de actos colusorios mediante diversas estrategias argumentativas (por analogía a la asociación ilícita, mediante la consideración

[173] Es útil no perder de vista que en Estados Unidos la forma de reunir varias acciones cometidas en de un esquema colusorio es mediante la figura de un *single conspiracy* (Von Papp, 2017: 11). En Estados Unidos. es fácil llegar a esta solución, pues la sección 1 del *Sherman Act*, que sanciona la colusión, incluye como una de sus modalidades de acción "una conspiración en restricción del intercambio o comercio". Y aquí lo crucial es que esta conspiración se refiere a la realización ulterior de delitos y al avance de una agenda criminal (Von Papp, 2017: 17). Pero nuestro derecho no contiene una norma que sancione la pertenencia a una organización cuyo "giro" sea realizar ciertos actos ilícitos. Más bien, nuestro derecho se limita a sancionar la realización de estos hechos.

de un delito continuado o la consideración de unidad típica de acción) implica 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 (Bascuñán 2016, 118).

3. La analogía con la asociación ilícita

3.1. Estructura de 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, porque permite unificar típicamente una serie de acciones separadas entre sí. Segundo, porque sirve para explicar la intervención de los sujetos activos en este tipo de delitos. Como veíamos, entre quienes defienden esta postura está Bascuñán (Bascuñán 2016, 170).

Es importante notar desde ya que la asociación ilícita puede ser analizada como un delito de organización y como un delito de estatus, estando ambas perspectivas mutuamente implicadas. Aquí, por un lado, estarían las relaciones de las personas que componen la asociación ilícita (delito de estatus), y, por otro lado, las acciones que realizan (delito de organización). Así, una asociación ilícita puede ser analizada desde dos puntos de vistas diferentes: desde el estatus que se tiene dentro de una asociación ilícita y desde la organización respecto de la que se obtiene tal estatus. Lo anterior 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 (Mañalich 2016, 474-75). Como señala Bascuñán, lo particular de un delito de organización es que su supuesto de hecho abarca junto a acciones únicas, todas las actividades que tienen lugar en el marco de un comportamiento dentro de un haz de relaciones de personas y orientado a una cierta duración (Bascuñán 2016, 250-51).

Como vimos, la asociación ilícita puede ser vista como un delito de organización y como un delito de estatus. Por un lado, los sujetos implicados tendrían un determinado estatus (el de ejecutor, colaborador, etc.) cuya detentación tendría el carácter de delito permanente. Pero, por otro lado, ese estatus estaría referido a una organización que solo puede ser entendida como el resultado acumulativo 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[174]. Así, la forma de dar cuenta de que la vinculación a una organización demuestra una disposición a delinquir consiste de dar 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 debe ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o "acumulación" de las instancias de comportamiento individual (Mañalich 2016, 463).

Dicho lo anterior, me concentraré en la asociación ilícita como un delito de organización, caracterización que conlleva que la existencia de dicha organización tiene que ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o "acumulación" de las instancias de comportamiento individual (Mañalich 2016, 463). A este respecto, lo característico de los delitos de resultado permanente no es que el delito no quede consumado en un solo instante; más bien, lo que distingue a los delitos permanentes de otras clases de delitos consiste en que hay una *ejecución* permanente del delito (Mañalich 2004, 14). Esto lleva a que estemos frente a una unidad jurídica de acción, pues pese a que la comisión del delito supone realizar 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 (Mañalich 2004, 14). Así de la misma forma que se puede seguir ejecutando el ya consumado delito de manejo en estado de ebriedad, se puede seguir ejecutando el ya consumado delito de colusión. Así, si es que afirmáramos que el delito de colusión es análogo a la asociación ilícita, visto como un delito de organización, se podría resolver el problema práctico consistente en la unificación de varias acciones colusorias[175].

Pero, como se dijo, desde otra perspectiva, la asociación ilícita no es un delito de organización, sino un delito de estatus. Respecto de esto último, el hecho de que la existencia de la organización

[174] 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" (Mañalich, 2016: 476). Desde esta perspectiva, el resultado permanente que se sigue de determinadas acciones consiste en la creación de un determinado estado (Mañalich, 2014b: 35-36, nota 71), 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" (Mañalich, 2014b: 35-36, nota 71). 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 consistiría en tener un estatus típicamente relevante.

[175] Como el mismo Mañalich afirma, 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»" (Mañalich, 2010: 165). Lo anterior debe considerarse, pues eventualmente puede ser el caso que la consumación coincida con el término de 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.

consista en la conjunción de instancias de comportamiento individual explica que lo que está 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 (Mañalich 2016, 473). Y es por lo anterior que se puede entender a la asociación ilícita como un delito de estatus (Mañalich 2016, 473)[176].

Dicho lo anterior, podemos profundizar en el impacto que tiene en la imputación considerar el delito de colusión como un delito de organización. Como solo es posible que se integre una organización en tanto que ya esté operando, la integración a ésta presupone que haya más integrantes. Lo anterior implica que la imputación de un comportamiento de este tipo respecto de cierta persona necesariamente presupone que una imputación semejante también venga en consideración respecto de personas diferentes a aquella (Mañalich 2016, 474). 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, es una de autoría paralela (Mañalich 2016, 474).

3.2. Modalidad de acción bajo la asociación ilícita

Recapitulando, un delito de organización consiste del 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 (Mañalich 2016, 476). Entonces, 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

[176] Para completar la analogía habría que analizar los diversos estatus que se podría tener frente al delito de colusión. Así, uno puede analizar los diversos verbos rectores como 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, en el que nuestro Código Penal distingue entre distintos estatus que se puede tener en relación con la asociación ilícita. Con todo, el hecho de que la sanción a la colusión no haga referencia a diversos estatus es un importante obstáculo a tratar la colusión por analogía a la asociación ilícita.

> 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 (Mañalich 2016, 477).

Como veíamos, lo característico de los delitos de resultado permanente no es que el delito no quede consumado en un solo instante (Mañalich 2004, 12). Más bien, lo que distingue a los delitos permanentes de otras clases de delitos consiste en que hay una ejecución permanente del delito (Mañalich 2004, 14). Esto implica 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 (Mañalich 2004, 14). Si esto aplicara al delito de colusión se podría solucionar el problema consistente en la unificación de diversas acciones en sentido natural. Esto, en tanto que se podría reunir las diversas acciones realizadas en la puesta en práctica de un esquema colusorio y afirmar que estas conjuntamente desembocan en la realización del resultado permanente consistente en la producción de una organización colusiva.

Por otro lado, analizado como un delito de estatus, la estructura organizacional de una asociación ilícita puede ser entendida como un sistema de "posiciones-referidas-a-tareas", por lo que cada miembro de la asociación puede ser visto ocupando una posición definida por el desempeño de algún conjunto de tareas (Mañalich 2016, 478). Así, si analizáramos la colusión como un delito de estatus, el estatus relevante sería 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 con un determinado objeto (en este caso, la organización colusiva). Eso implicaría que estaríamos dentro del género de los delitos de estado (por contraposición a los delitos de acción o de actividad). Y, a este respecto, exhibirá el estatus de un delito permanente en cuanto un estado se distingue por perdurar por algún lapso de tiempo (Mañalich 2014b, 30). Esto también podría resolver el problema más arriba apuntado de unificar varias acciones en ejecución de un esquema colusivo.

3.3. Los límites y el soporte legal de la analogía a la asociación ilícita

Es importante identificar los límites de la analogía entre la colusión y la asociación ilícita. Sobre esto, se podría decir que el delito de colusión es análogo a la asociación ilícita si pudiera ser efectivamente caracterizado como un delito de organización y un delito de estatus. Dicho esto, pasaré a evaluar si el delito de colusión tiene o no estos rasgos.

En este sentido, un rasgo importante de la asociación ilícita es que

> lo que confiere el carácter de 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 (Mañalich 2011b, 293).

Así, más allá de que la asociación ilícita sea independiente de la efectiva comisión de algún hecho delictivo hecho en su nombre, ésta 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 objeto.

Lo anterior no ocurre en la colusión, pues la agenda de la organización colusiva no dice relación con el objetivo de perpetrar un delito ulterior (más allá de que se perpetre o no)[177]. 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 cuasi-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 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.

Pero lo anterior es implausible. Lo que es sancionado por el artículo 3 letra a) y artículo 62 del DL 211 (la sanción administrativa y penal de la colusión, respectivamente) no es la realización conjuntiva de ciertas acciones que en sí mismas son atípicas, como la celebración o ejecución de un acuerdo. Es decir, la normativa no hace ninguna alusión a que la acumulación de estas acciones (supuestamente atípicas) sea un presupuesto de sanción autónomo (en cuanto dicha acumulación de acciones constituiría, como resultado permanente, una organización delictiva). Antes bien,

[177] 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.

la normativa se limita a sancionar actos en particular (y no su acumulación bajo el esquema de un delito de organización). Así, el delito de colusión no admite ser calificado como un delito de organización, pues la única forma de hacerlo sería aducir a una ficción de que lo sancionado es la acumulación de acciones mencionadas por los verbos rectores, pero la ley no sanciona esta acumulación, sino que sanciona cada una de estas acciones[178].

Además, 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 realizadas. Esto también haría incorrecto asociar la colusión a la asociación ilícita.

Finalmente, la analogía también tiene el límite de que mientras el delito de colusión afecta a un bien jurídico determinado, en el delito de asociación ilícita, su lesividad está 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 (Mañalich 2016, 476).

Por estas razones no sería adecuado tratar a la colusión por analogía a la asociación ilícita.

4. El acuerdo único y continuo: ¿delito continuado?

Hay tres razones para estudiar la figura del delito continuado como un equivalente funcional a la figura de un AUC. Primero, tanto en el delito continuado como en el AUC se unifican acciones por un propósito global. Así, en el caso del AUC se afirma que se debe probar la existencia de un plan común que englobe todas las acciones (Von Papp 2017, 6; Romić 2020, 170), y respecto de los requisitos del delito continuado, en la doctrina más tradicional pareciera primar la exigencia de una especie de propósito criminal global o de una resolución delictiva única o común (Maldonado 2015, 196). Segundo, ambas figuras, en general, buscan unificar diversas acciones (*lato sensu*) bajo una misma realización típica. Tercero, y más específicamente, ambas figuras buscan unificar diversas infracciones autónomas bajo una misma norma de sanción. Como ya se dijo, la jurisprudencia

[178] Y es por esta falta de referencia a un delito ulterior que tampoco se puede analizar esta figura por analogía a la conspiración, pues también esta figura se refiere a la realización de un delito independiente.

europea ha afirmado que bajo la figura de un AUC se pueden unificar diversos acuerdos que son autónomamente punibles[179]. En otras palabras, estaríamos frente a un caso en que, si bien es posible que haya varios hechos subsumidos en un mismo tipo (habría lo que la doctrina penal conoce como un concurso real homogéneo), por consideraciones de segundo orden se dejaría sin aplicar algunas de estas normas de sanción. Así, la noción de delito continuado haría 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 la unidad de acción entre ambas y así negar una realización delictiva múltiple (Mañalich 2004, 18).

Pero esta unificación, en lo que respecta al delito continuado, no operaría por razones ligadas al tenor literal, sino que por razones de conveniencia. Así, al menos bajo la "teoría de la ficción", las distintas acciones u omisiones que componen el delito continuado constituyen delitos autónomos e independientes entre sí, siendo en virtud de una ficción jurídica que se tratan como un delito único para evitar la punición correspondiente al concurso real de delitos (López Rojas y Bertot Yero 2012, 728)[180]. De tal forma, siguiendo esta visión estaríamos frente a un problema de determinación de la pena, pues la tesis de la ficción identifica tras el delito continuado verdaderos casos de concurso material o real, donde el factor de conexión ofrecería una razón (considerada suficiente) para sostener la conveniencia o razonabilidad de asignarle, a pesar de ello, un tratamiento penológico unitario (Maldonado 2015, 201)[181].

Es decir, aquí habría varias acciones que por sí mismas son típicas, pero que son unificadas por razones de justicia material. Por supuesto, lo anterior sería, por lo bajo, polémico, pues no tendría relación con consideraciones formales o estructurales, sino que tendría que ver más bien con

[179] En una línea similar Bascuñán (2016: 125).

[180] Y el anterior es el parecer dominante en la doctrina nacional, la que sería de la postura de que "es posible apreciar la comisión de un solo delito (una sola realización típica punible) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes, aun y cuando cada uno de ellos, por separado, pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos. Su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización delictiva a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción" (Maldonado, 2015: 194). Así, bajo este entendimiento, "se trata de constelaciones de casos que suponen la ejecución de varias acciones, las cuales no parecen reconducibles a ninguna de las variantes de unidad de acción, pero que, por consideraciones de política criminal y sobre todo de economía procesal, son más o menos equiparadas, según el sistema de que se trate, al tratamiento de la unidad de acción" (Mañalich, 2005: 1032).

[181] Así también, Bascuñán: "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" (Bascuñán 2016, 125).

consideraciones sustantivas de justicia que no son necesariamente aquellas que tuvo en consideración el legislador. Además, reintroducir en sede judicial consideraciones de justicia material atenta contra una de las funciones básicas del derecho: la reducción de complejidad mediante la exclusión de ciertas consideraciones sustantivas[182]. Como dice Bascur, admitir una interpretación de este tipo respecto de la operación del delito continuado implica pasar a llevar la máxima de legitimación formal que impone el principio de legalidad por consideraciones de política-criminal que exceden la distribución de competencias formalmente otorgadas a los órganos adjudicadores (Bascur, 2012: 67-68). Y prescindir de estos constreñimientos formales evidentemente conlleva que la discusión se desordene, pues pierde su estructura. Quizás ello explica la afirmación de Eduardo Novoa Monreal sobre el delito continuado: "no hay concepto penal más confuso y anárquico" (Novoa Monreal 1964, 139). Pero, volviendo a lo anterior, el problema es que dar rienda suelta a las consideraciones de justicia material sin mayor cuidado por las categorías dogmáticas implica adoptar una forma de funcionalismo desnudo a la hora de tratar el delito continuado, lo que es incorrecto

> no porque esa reconstrucción sea posible prescindiendo de la función que cabe atribuir a las reglas con arreglo a las cuales se fundamenta la eventual responsabilidad jurídico-penal de una persona, sino más bien porque dicha función solo se realiza estructuralmente: sin estructura —esto es, sin forma—, la apelación a la función se desvanece en (…) retórica encubierta bajo vocabulario sociológico (Mañalich 2011a, 89).

En esta línea, afirmar la presencia de un delito continuado haciendo alusión inmediata a la sustancia (es decir, una alusión no mediada por categorías formales) implica prescindir de las finas categorías penales y, con eso, reintroducir un debate desnudamente político criminal ("retórica encubierta bajo vocabulario sociológico"). El problema es que los objetivos del derecho penal, entre ellos un estricto respeto a la legalidad, solo pueden ser logrados en la medida en que las especificidades de cada tipo penal (la estructura) sean el punto de partida y límite de las interpretaciones, y no sean dejadas de lado por consideraciones generales de política criminal (una apelación desnuda a la función)[183].

[182] A este respecto, la exclusión de ciertas razones sustantivas por parte del derecho sirve para que haya una reducción de la complejidad. Como dice Christodoulidis las infinitas posibilidades de identificar eventos y descifrarlos mediante símbolos se reducen mediante sistemas como el derecho, que proveen un conjunto limitado desde el cual las selecciones pueden ser realizadas, y ocasionalmente, probar las variaciones. El mundo se vuelve significativo como legalmente relevante mediante la selectividad, el alineamiento a referentes provistos por el derecho (Christodoulidis 1998, 235). Esto implica que cada vez que el sistema actualiza la instancia desde el punto de vista de aquello que sostiene como significativo y construye sobre sus generalizaciones, al mismo tiempo suprime rasgos relevantes para otros observadores, rasgos de la particularidad de la cuestión cuando es observada desde otro punto de vista (Christodoulidis 1998, 234).

[183] Respecto de su importancia y la medida en que están reñidas con el respeto a la voluntad del legislador, véase a Mañalich (2018).

En parte por lo controvertida que es la categoría de delito continuado, Bascuñán cree que es preferible decir que estamos ante un delito de organización. Sostiene que el problema de afirmar que estamos ante un delito continuado es que la aplicación de esta figura sobrepasa el propósito de dar cuenta de la proyección temporal de un acuerdo anticompetitivo inequívocamente singular, para reunir bajo una sola infracción una pluralidad de acuerdos cuya interrelación es dudosa (Bascuñán 2016, 166). Por otro lado, agrega que para afirmar que el concepto de un AUC constituye una categoría equivalente al delito continuado habría antes que descartar que 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, por su estructura típica, incluye tanto la celebración del acuerdo como su ejecución (Bascuñán 2016, 249). Esto es lo que lleva a Bascuñán a afirmar que estaríamos ante un delito de organización que implicaba la acumulación de diversas acciones.

Por su parte, Maldonado, quien es un duro crítico del estado actual de la institución de delito continuado, afirma que no parece posible prescindir de ella, pues ello implicaría obviar por completo que el carácter problemático de dichos supuestos mantendrá plena vigencia. Esto, según Maldonado, nos obliga a identificar el objetivo pretendido en torno a un problema asociado a una adecuada subsunción, a desarrollarse conforme a los caracteres del tipo en cuestión (Maldonado 2015, 217). En esta línea, y acusando recibo de las variadas críticas que se pueden apuntar en contra de esta construcción, Maldonado construye un concepto estricto de delito continuado. Según este, lo importante consiste de precisar cuando

> un determinado ámbito del mundo (de la realidad) cuenta o puede contar como un caso o una concreta ejemplificación de las propiedades específicas que describen al correspondiente tipo de hecho punible de que se trate. Y cuándo, a la inversa, dicho contexto refleja o da cuenta de una satisfacción plural de la totalidad de las propiedades correspondientes. (…) Se trata por ello de un ejercicio eminentemente valorativo relativo a la dimensión intensional del respectivo delito (Maldonado 2020b, 744).

Que se trate de un ejercicio relativo a la dimensión intensional del concepto en cuestión implica que es relativo a su descripción, esto es, relativo al alcance que tiene el concepto mismo en relación a sus rasgos definitorios[184]. Esto, a su vez, nos empuja a considerar pormenorizadamente los conceptos dentro de los cuales debemos subsumir las conductas, esto es, analizar la cuestión desde una perspectiva de tipicidad. Como dice Maldonado, la determinación de las condiciones y casos que

[184] Sobre la distinción entre intensio y extensio, ver supra capítulo IV, Sección 2), subsección c), sub-subsección iii)

dan lugar a la ejecución de una determinada hipótesis delictual no puede realizarse al margen del contenido propio que lo constituye, es decir, del que es propuesto y descrito en la correspondiente definición típica (Maldonado 2015, 216). Así,

> la determinación de una unidad (o pluralidad) depende inicialmente del tipo de objeto de que se trate, lo que demanda la consideración precisa de sus particularidades y de todas ellas. Así, parece claro que no es lo mismo saber cuándo se ejecuta una lesión corporal o varias que cuando se lleva a cabo un hurto o una estafa o varias de ellas, pues en cada caso el análisis se debe fundar en elementos o particularidades diversas (Maldonado 2020b, 743).

Es por lo anterior que puede advertirse que la operación exigida termina en un ejercicio que es propio de la llamada parte especial del derecho penal, pues responde al análisis propio de las particularidades que supone cada hipótesis punible en específico (Maldonado 2020b, 744). En otras palabras, debemos detenernos en los rasgos particulares del delito de colusión para ver si, bajo la figura de un delito continuado, se pueden unificar diversas acciones (*lato sensu*) realizadas en la implementación de un mismo esquema colusorio.

Entre los factores a analizar Maldonado detalla los siguientes: la caracterización del bien jurídico (el hecho de que este acepte una lesión fraccionada o su espiritualidad o carácter personalísimo), la modalidad comisiva prevista por el legislador para describir la afectación, contenidos que dan forma a la conducta prohibida, el aprovechamiento de un mismo y único contexto situacional (siempre que sea la misma oportunidad y no una equivalente), y el fraccionamiento del plan ejecutivo (Maldonado 2015, 217-18).

Así, hay buenos argumentos para negar una caracterización de los delitos continuados como la acumulación de hechos que son en sí mismos típicos. Uno podría considerar los delitos continuados, antes bien, como casos límite de la subsunción de varias acciones en sentido natural bajo un mismo tipo penal, sin que ello presuponga que existen varias realizaciones típicas. Es decir, y contra un extendido lugar común de la doctrina, la calificación de varias acciones como congruentes con la realización de un delito continuado sí es algo que concierne al tenor literal de la ley. Con todo, si bien el análisis de Maldonado es correcto, este tiene un error de etiquetado. Esto, pues una vez que se redirige la cuestión del delito continuado a un análisis de las especificidades del tipo penal, y, por tanto, a la parte especial del derecho penal, la categoría de delito continuado pierde su

contenido, pues bajo esta concepción se reduciría a ser un llamado a analizar las especificidades de cada tipo penal para vislumbrar si acaso existe unidad típica de acción o no[185]. Con esto, se vuelve indistinguible la presencia de un delito continuado de la presencia de una unidad típica de acción[186].

A la misma conclusión llegaba hace sesenta años Novoa Monreal, quien calificaba al delito continuado como un *fetiche jurídico*, negando por tanto su procedencia. Por ello, Novoa Monreal era de la misma opinión sobre los requisitos que deben estar presentes para afirmar que varias acciones en sentido natural pueden ser reunidas como tan solo una realización típica (Novoa Monreal 1964, 146)[187]. A un análisis de esta índole se dedica la próxima sección.

5. Unidad típica de acción en el delito de colusión

En lo que sigue, me concentraré en las razones que puede haber para afirmar que existe una unidad típica de acción entre diversas acciones en sentido natural cometidas en realización de un esquema colusorio[188].

Aquí hay varios factores relevantes. Primero, respecto de si el bien jurídico admite una lesión fraccionada, esto sí se puede predicar sobre el bien jurídico libre competencia[189]. Dicho bien jurídico sí admite una lesión fraccionada pues, cuando se lesiona la libre competencia, esto no se

[185] Además, las razones de Maldonado para afirmar la necesidad de la figura de delito continuado eran esencialmente funcionales: esta herramienta soluciona problemas reales. Pero, como vimos, el problema es que una perspectiva funcionalista no alcanza a ver que hay ciertas funciones que solo se pueden desempeñar correctamente si son realizadas mediante estructuras formales. El delito continuado es una doctrina que es estructuralmente insensible, y por eso respeta poco (o derechamente no respeta) el tenor literal. Maldonado es sensible a los problemas que implica este funcionalismo desatado, y por eso llega a una solución que es sensible al rol que juegan las estructuras en el razonamiento penal, y por eso toma los tipos penales y su correcta interpretación como el punto de partida y límite de la posibilidad de admitir una unidad típica de acción. Pero se equivoca al "etiquetar" esta maniobra como un nuevo concepto de delito continuado, pues vacía esta categoría de contenido al limitarla a una operación de análisis del tipo penal. Y esta no es una cuestión puramente terminológica, pues el concepto de delito continuado agrupa tantas maniobras tan dudosas que sería mejor preservar el término como uno que engloba cuales operaciones interpretativas son incorrectas.

[186] Y como bien dice Mañalich habrá unidad típica de acción cuando "a pesar de concurrir varias acciones en sentido natural (varias acciones como unidades atómicas de comportamiento), todas ellas, desde el punto de vista del tipo de delito en cuestión, no representan sino una acción típica, una sola acción en el sentido de ese tipo de delito" (Mañalich, 2005: 1106).

[187] Al igual que Maldonado, Novoa incluye la naturaleza del bien jurídico como uno de los criterios que sirve para interpretar el tipo penal (Novoa, 1964: 147).

[188] Además, por los argumentos que esgrimo más abajo, refuto la tesis de Valdés de que la ejecución de la colusión (versus su celebración) es una fase "extra típica porque no es parte integrante del tipo infraccional" (Valdés 2022, 488) y que por tanto este acuerdo solo se consuma mediante la convención colusoria (Valdés 2022, 489). Como mostraré, tanto la celebración del acuerdo como su ejecución son parte del tipo del acuerdo, y esta infracción se consuma continuamente (pues estamos ante un delito permanente) mientras esté vigente cualquiera de esos aspectos.

[189] Asunto tratado con detalle en Peralta, 2021: 11-41.

hace en un instante discreto, pues lo lesionado es el proceso competitivo como un todo, cosa que necesariamente implica el desarrollo de acciones de largo aliento que tengan un impacto en la esfera económica como un todo. Además, esto mismo es admitido por las normas que regulan la sanción administrativa y penal de la colusión. Respecto de la sanción administrativa, la multa a ser impuesta varía de acuerdo con la extensión de las acciones anticompetitivas, lo que supone que puede haber acuerdos de mayor o menor envergadura, y, por tanto, de variable extensión temporal (artículo 26 letra c). Por otro lado, que en el caso de la sanción penal el Fiscal Nacional Económico esté obligado a querellarse cuando la colusión implique "hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados" (artículo 64 inciso segundo), significa que la colusión tiene un desarrollo variablemente intenso, es decir, la lesión del bien jurídico es graduable.

Un segundo factor relevante es el potencial encadenamiento entre diversas acciones colusivas, cosa que les quitaría su independencia y las haría partes de un todo que solo es sancionable bajo una misma hipótesis. Ello, pues las fases posibles de identificar en torno a un delito suelen carecer de relevancia autónoma si forman parte de una ejecución más completa o acabada (Maldonado 2020b, 746). Creo que esto es así en ciertos casos de colusión, pues hay acciones que cobran pleno sentido por relación a acciones previas y futuras. Este es el caso en que una acción colusiva solo puede ser realizada gracias a la plataforma delictiva que ha sido hecha posible por entendimientos previos entre las partes y por la confianza así generada. Además, podría ser que cierto "microacuerdo" solo sea realizable habiendo presupuesto lo hecho anteriormente, por lo que sería la reanudación o continuación de una misma realización delictiva. En otras palabras, podría haber un encadenamiento entre diversas acciones colusivas en las que cada acción anterior es una condición necesaria más no suficiente de la posterior. Además, la interdependencia implica, al menos bajo cierta concepción, que por su interacción entre sí diversos acuerdos son capaces de lograr el objetivo anticompetitivo[190]. En esta línea, la Corte de Justicia Europea ha establecido como uno de los criterios relevantes que los arreglos sean complementarios en el sentido de que interactúan entre sí para realizar en conjunto los efectos anticompetitivos, englobados bajo un mismo esquema anticompetitivo (Joshua 2009, 471). Así, en una de sus sentencias, la Corte afirmó que existía complementariedad entre diversas acciones

> en el sentido de que cada una de ellas iba destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuían, mediante una interacción, a la realización

[190] Decisión 2005/566 de la Comisión Europea. §179. Disponible en https://bit.ly/3h0iAJQ

del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único[191].

Que el bien jurídico pueda ser afectado fraccionadamente es aquello que hace inteligible que sea la interacción de diversas acciones concatenadas la que, en los términos de más arriba, contribuyan "mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia". Aquí, un acuerdo sería tanto una "única" infracción en tanto los hechos y circunstancias están entretejidas, como una infracción "continua", en la que el comportamiento es uno que pertenece a una serie ininterrumpida de ocurrencias (Colombani, Junddrich, y Ewoud 2016, 1767 punto 8.460)[192].

Un tercer criterio es el objetivo común. Si bien hay autores que afirman que este es el criterio medular, creo que este es insuficiente. Esto, pues podría haber dos colusiones distintas, una ya sancionada y otra posterior, y ellas podrían compartir un objetivo común, sin que ello sea suficiente para afirmar que estamos ante una misma conducta. Es más, si se afirmara que el único criterio necesario y suficiente para afirmar que hay un AUC fuera éste, llegaríamos a la absurda conclusión de que las dos colusiones recién mencionadas serían idénticas y que por tanto la segunda no podría ser castigada, pues sería una infracción de la regla de *ne bis in idem*. Además, uno siempre podría describir el objetivo de una manera suficientemente genérica para que calzaran dos esquemas colusorios[193], o de manera suficientemente estrecha como para que no calzaran[194]. Esto tiene que ver con existe un vacío de particularidad en cuanto a la diferencia entre cualquier descripción concreta de un hecho particular y el horizonte de sus posibles descripciones (Christodoulidis 1998, 239). Ello dice relación con la infinitud de posibles descripciones reales de un hecho en el sentido extensional: en cada caso concreto infinitas propiedades son simultáneamente actualizadas, pero la regla define mediante una descripción un set finito de propiedades como las relevantes (Szczaranski 2018, 637).

[191] Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera). Asunto T-439/07 (2012). Coats Holdings Ltd contra Comisión Europea, §179. Joshua a partir de esto propone el siguiente test de dos partes: i) el éxito de las variadas partes de la conspiración es esencial para el éxito del todo y viceversa, ii) los participantes, cualesquiera que sean sus roles, conscientemente contribuyeron a y tenían un interés en el éxito de esta empresa conjunta (Joshua, 2009: 477). El segundo punto del test de Joshua se refiere a los criterios para imputar un AUC antes que a la configuración de un AUC. Con todo, el primer punto es crucial para tener un criterio respecto de la interconexión entre los diversos acuerdos.

[192] Vale la pena notar que la jurisprudencia estadounidense también ha reunido varias acciones a partir del criterio de interdependencia e interconexión (Von Papp, 2017: 28). Además, entre otros elementos que se mencionan para afirmar la presencia de un AUC Berqvist menciona elementos objetivos y subjetivos de la conexión (Bergqvist, 2021: 5).

[193] Por esto último se equivoca Romić al afirmar que la posibilidad de que la comisión incrimine dos hechos colusorios distintos como un AUC es prevenida por la exigencia de que entre ambas colusiones exista un único objetivo en común (Romić, 2020: 171).

[194] La jurisprudencia estadounidense también ha afirmado el objetivo común como un criterio (Von Papp, 2017: 18).

Dicho todo lo anterior, es el momento de analizar el delito de colusión desde la perspectiva de los verbos rectores y a partir de la teoría de la modalidad de acción esbozada más arriba (ver modalidad de acción en el Capítulo IV). La celebración de acuerdos 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 ello, la celebración de un acuerdo es un resultado institucional, pues su marca de éxito está configurada por reglas constitutivas, no por reglas causales. Y lo mismo puede ser afirmado respecto de la organización y de la orden de celebrar acuerdos. Estas también son 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[195].

Finalmente, respecto de la ejecución de los acuerdos, este verbo puede ser entendido como una actividad o como una acción dependiendo de la perspectiva que se adopte. Así, si se analiza la ejecución de un acuerdo de forma análoga a cumplir con 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 (obtener mayor rentabilidad, expulsar a un competidor del mercado, etcétera.). Pero, desde otra perspectiva, ejecutar un esquema colusorio se podría interpretar como una actividad si no se lo mira en relación a una marca de éxito y se lo mira, en cambio, como algo que se desempeña homogéneamente a lo largo del tiempo, como una serie de acciones que implementa un acuerdo, pero de las cuales uno no pueda identificar un momento del que dependa que tal ejecución se pueda considerar como exitosa o no. Lo anterior es relevante, pues si se considerara la ejecución como una actividad, habría además que considerarlo un delito permanente (Mañalich 2014b, 30). Y, en tanto 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 (Mañalich 2004, 14).

Analizar la ejecución de un acuerdo o práctica concertada como una actividad es la perspectiva que hay que adoptar, pues la ejecución de la colusión se extiende en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos que, precisamente, prolongan el efecto de supresión de competencia entre los sujetos del acuerdo (Villalón Vargas y León Mc Vey 2021, 4-5). Así, la ejecución de la colusión se inicia

[195] 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. Al respecto, no es indispensable que tal orden sea eficaz, pues una orden no deja de ser una orden por ser desobedecida (pasa a ser una especie del género de las órdenes: una orden desobedecida).

con su perfeccionamiento y se extiende mientras subsista la supresión de la competencia entre sus partícipes, lo cual requiere, por regla general, de un conjunto de acciones que "mantengan el estado de cosas contrario a derecho" provocado por el acuerdo (Villalón Vargas y León Mc Vey 2021, 5)[196]. Aquí, es crucial que dichas acciones constituyen un supuesto de unidad de acción (Villalón Vargas y León Mc Vey 2021, 5) siendo el caso que la unidad de acción implica que podemos tratar uno o varios actos parciales como una sola acción (Mañalich 2005, 1027). Es por esta unidad de acción que la ejecución de la colusión no se reduce al momento específico de su celebración, sino que se extiende a todas las conductas posteriores y sucesivas de implementación del acuerdo (Villalón Vargas y León Mc Vey 2021, 5).

En efecto, considerar la ejecución de la colusión como una actividad implica que estamos ante una figura que admite dentro de sí varias acciones discretas que, con todo, son entendidas como un solo delito que es realizado de forma homogénea. Así, bajo la ejecución del esquema colusorio se podría incluir la realización permanente de diversas acciones que son tratadas todas dentro de un mismo delito y cuya realización implica la presencia de un delito permanente.

Una potencial objeción a lo anterior es que, bajo la tipología esbozada más arriba, una actividad debe ser homogénea, mientras que la ejecución de un esquema colusorio, por contraste, contiene varios elementos bastantes disimiles entre sí. Además, y sumado a lo anterior, en la ejecución de lo que normalmente se trata como un AUC, a veces hay importantes cisuras o interrupciones.

Sobre esto, una buena forma de salvar la objeción es analizar con mayor cuidado un paradigma de lo que es una actividad: correr. Justamente, como se dijo, correr es algo que se realiza homogéneamente, por lo que no tiene una particular marca de éxito. Pero si se lo ve con mayor detalle, uno puede fraccionar las distintas partes en las que consiste "el correr" sin que estas sean extensionalmente idénticas: cada paso realizado mientras que se corre es distinto al anterior y al posterior. Es decir, cuando hablamos de las cosas que se hacen para realizar determinada actividad, estas no tienen que ser idénticas entre sí. Esto mismo puede ser afirmado respecto de ejecutar un esquema colusorio. Así, lo homogéneo de la actividad realizada vendría determinado por el hecho de que estamos frente a algo que es realizado continuamente en el tiempo, sin que haya una determinada marca de éxito, estando esta realización continúa marcada por el hecho de que entre los diversos actos hay un enlace consistente en su interdependencia, siendo lo anterior lo que dota a la actividad de su carácter

[196] En rigor, no se inicia con la celebración del acuerdo, sino que se inicia tras su celebración. Esto, pues la celebración de un acuerdo no implica *ipso facto* su ejecución. Puede haber un acuerdo meramente celebrado y no ejecutado, o una ejecución que sea bastante posterior a la celebración del acuerdo. Es decir, no tiene por qué calzar el instante de la celebración del acuerdo con el instante del inicio de su ejecución.

continuo. Y, en relación con esto último, la cisura entre diversos hechos realizados en pos de una misma colusión no es problemática si se toma debida nota de que la naturaleza de una ejecución no es algo inteligible sin referencia al objeto ejecutado: es distinto ejecutar la actividad de correr que ejecutar la actividad de nadar o ejecutar un esquema colusorio. Lo importante es que no haya una marca de éxito en particular y que haya interdependencia entre las diversas acciones realizadas (bajo los criterios esbozados más arriba). Además, es importante que, al realizar una actividad, a menudo se toma una actitud adaptativa, y lo mismo ocurre en este caso. Como dice Joshua, los carteles "no nacen totalmente desarrollados", sino que se desarrollan orgánicamente en la medida que sus miembros dilucidan maneras más sofisticadas de avanzar sus objetivos y evitar la detección (Joshua 2009, 459). Así, el proceso ha de ser visto como un todo integrado (Joshua 2009, 461). Por lo anterior, un cartel se puede desarrollar orgánicamente en el tiempo sin volverse una nueva infracción (Joshua 2009, 472).

Además, respecto de las potenciales interrupciones entre diversos actos colusorios, no se debe perder de vista que, cuando hay un vacío probatorio respecto de un periodo incluido dentro de un AUC, la existencia continuada de este último puede ser presumida (Von Papp 2017, 7), pues, como veíamos, parte de la función de la figura de un AUC es permitir la reconstrucción de un esquema colusorio mayor a partir de la presencia de variados indicios. Además, como estamos frente a un delito permanente, no hay que ignorar que la posición estándar consiste en mantener la unidad de acción en la comisión de un delito permanente a pesar de que tenga lugar alguna interrupción en la ejecución de la conducta típica, siempre que ésta sea insignificante desde el punto de vista de la realización del delito (Mañalich 2005, 1106).

Dicho lo anterior, es importante que la "ejecución" de acuerdos es solo uno de los verbos rectores disponibles (pues también se debe incluir celebrar, ordenar celebrar y organizar acuerdos), por lo que solo este verbo podría admitir dentro de sí casos análogos a los que incluye la doctrina del AUC.

Si bien lo anterior es cierto, no hay que perder de vista que estamos frente a un tipo con hipótesis múltiples de comisión, es decir de una figura construida a partir de variadas formas comisivas cuya ejecución se regula en forma conjunta en una misma disposición y en términos alternativos, de forma que la ejecución de cualquiera de ellas, de varias, o de todas da lugar a un solo delito (Maldonado 2020a, 513, nota 119). Y, a este respecto, la particularidad radica en que la "reunión" de dichas conductas se asocia a una decisión del legislador relativa al efecto reseñado, por lo cual se los califica comúnmente como casos de unidad típica o jurídica de acción (Maldonado 2020a, 513, nota 119).

6. Diferencias entre la unidad típica de acción y el AUC

Dicho esto, un aspecto relevante de la colusión es que su realización gira en torno a la concurrencia de varios actores[197]. Si bien, como vimos, no estamos frente a un delito que sea análogo a la asociación ilícita, sí sigue siendo cierto que estamos frente a un delito de autoría paralela por el objeto de los diversos verbos rectores: un acuerdo o una práctica concertada[198]. Los acuerdos o prácticas concertadas exigen, cuanto menos, bilateralidad, por lo que su realización presupone que más actores participen de un mismo esquema, y que cada uno de éstos participará de su propio delito consistente en la celebración, ejecución, u organización de un acuerdo, si bien este ilícito presupondrá la concurrencia de más actores que serán de por sí responsables por sus propias realizaciones típicas[199].

Así, es importante respecto de la intervención de varios actores en un esquema colusorio que los agentes pueden ir variando a lo largo del tiempo, pero que esto no obsta a que siga habiendo una única infracción, pues el delito de colusión es realizado a título individual, más allá de que aquellos incluidos dentro del acuerdo varíen. En otras palabras, no se realizará este delito a título de coautoría, sino que se realiza a título de autoría, pero esta autoría presupone la concurrencia de otras personas. Y esta es una diferencia importante si se lo compara con un AUC, pues en este último caso la conducta de todos los otros competidores puede ser imputada a cualquiera de estos (Von Papp 2017, 7).

[197] Ocupo adrede la formulación vaga de "gira en torno". Esto, pues si bien tanto los acuerdos como las prácticas concertadas suponen la presencia de más de una persona, la sanción (penal o administrativa) de la colusión no incluye tan solo a los competidores involucrados en tales acuerdos o prácticas concertadas, sino que a otras personas. A modo de ejemplo, la sanción penal de la colusión señala que se sanciona a quien organiza un acuerdo, o a quien ordena a otro celebrar un acuerdo. Así, en tales casos, potencialmente estamos ante infracciones que solo involucran a una persona.

[198] Los acuerdos presuponen el intercambio de una oferta y su aceptación. En esta línea, Mañalich afirma 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 (Mañalich 2015, 16). 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 (Mañalich 2015, 17).

[199] Exceptúo la orden de celebrar un acuerdo, pues aquí sí puede haber unilateralidad.

Otra diferencia importante es que, bajo la figura de un AUC, establecer su existencia y decidir quien ha sido parte de él son dos cosas distintas (Bergqvist 2021, 6). Pero bajo el modelo aquí esbozado, la realización de un delito de colusión es algo que solo puede ser hecho a título individual. Así, bajo el modelo propuesto, cada potencial autor de un delito continuado de colusión es potencialmente responsable de su propio delito, mientras que, en el caso de un AUC, existe un delito que puede ser imputado a los diversos actores.

7. Conclusión

En síntesis, el tipo penal admite dentro de sí la reunión de diversas acciones (*lato sensu*) bajo la modalidad de una unidad típica de acción; es decir, es posible una interpretación bajo la que se resuelven algunos de los problemas que, a nivel comparado, resuelve la doctrina del AUC. A este respecto, la ejecución del esquema colusorio es una actividad que se desarrolla homogéneamente en el tiempo y reúne dentro de sí varias actuaciones en pos de realizar un esquema colusorio a modo de delito permanente. Además de esto, y en relación a los otros verbos rectores presentes (como celebrar, ordenar celebrar u organizar acuerdos), no debemos perder de vista que estamos frente a un tipo con hipótesis múltiples de comisión, por lo que estas diversas hipótesis de comisión admiten ser reunidas como una sola acción típica[200].

[200] No hay que perder de vista que lo relevante no es si "naturalmente" aquí hay una acción o varias. Lo importante es la perspectiva del legislador y si esta, plasmada en el respectivo tipo penal, trata estas actuaciones como una o varias acciones.

Referencias

Accatino, Daniela. 2014. «Atomismo y holismo en la justificación probatoria». Isonomía 40: 17-59.

Aguayo, Pablo. 2017. «Rawls y el estado de bienestar capitalista». Anuario de Filosofía Jurídica y Social 32: 5-18.

Agüero, Francisco. 2004. «Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia». Boletín Latinoamericano de Competencia 9: 124-33.

Agüero, Francisco. 2011. «Alcance y límites de la potestad normativa del tribunal de defensa de la libre competencia». http://www.derecho.uchile.cl/dam/jcr:e1833b44-9ce7-45ad-9699-0e987e719afb/7.pdf.

Agüero, Francisco. 2022. «El estudio del Derecho de la Competencia por medio de la jurisprudencia». Centro Competencia (Actualidad). https://centrocompetencia com/el-estudio-del-derecho-de-la-competencia-por-medio-de-la-jurisprudencia/.

Alessandri Rodríguez, Arturo. 1991. De Los Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Alexiadis, Peter, Daniel Swanson, y Alejandro Guerrero. 2016. «Raising the EU evidentiary bar for the "single and continuous infringement" doctrine». Concurrences Revue des droits de la concurrence / Competition Law 4: 1-10.

Araya, Fernando. 2015. «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: 233-50.

Areeda, Phillip. 1981. «The Rule of Reason in Antitrust Analysis: General Issues». Washington D.C., The Federal Judicial Center.

Artaza, Osvaldo. 2017. «La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación». Revista de Derecho (Valdivia) 30 (2): 339-66.

Artaza, Osvaldo, Santelices Víctor, y Matías Belmonte. 2020. El delito de Colusión. Tirant lo Blanch.

Atria, Fernando. 2002. On Law and Legal Reasoning. Hart Publishing.

Atria, Fernando. 2003a. «El derecho y la contingencia de lo político». DOXA 26: 319-45.

Atria, Fernando. 2003b. «La hora del derecho. Los "derechos humanos" entre el derecho y la política». Estudios Públicos 91: 45-90.

Atria, Fernando. 2004a. «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». Revista De Estudios De La Justicia 5: 119-41. https://doi.org/10.5354/rej.v0i5.15049.

Atria, Fernando. 2004b. «La ironía del positivismo jurídico». DOXA 27: 81-139.

Atria, Fernando. 2013. «La idea de teología política». Derecho y Humanidades 21.

Atria, Fernando. 2016. La Forma del Derecho. Marcial Pons. Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo.

Bascuñán, Antonio. 2016. Estudios sobre la Colusión. Thomson Reuters.

Bellolio, Cristóbal. 2020. «El pueblo contra la ciencia, un conflicto discursivo». Revista Átomo 3: 42-57.

Belmonte, Matías. 2020. «Intervención delictiva en el delito de colusión». En El delito de colusión, editado por Víctor Santelices y Osvaldo Artaza. Tirant lo Blanch.

Bergqvist, Christian. 2021. A single and continuous infringement. https://ssrn.com/abstract=3929461.

Bickerton, Christopher, y Carlo Invernizzi. 2015. «Populism and technocracy: opposites or complements?» Critical Review of International Social and Political Philosophy 20 (1): 186-206.

Black, Oliver. 2005a. «Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem». European Competition Journal 1 (2): 341-46.

Black, Oliver. 2005b. The Conceptual Foundations of antitrust. Cambridge University Press.

Black, Oliver. 2008. «Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?» European Competition Journal 4 (1): 103-25.

Blair, Roger, y Daniel Sokol. 2012. «Daniel. D. (2012). «The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach». Antitrust Law Journal 78: 471-504.

Bordalí, Andrés. 2020. «Administración y jurisdicción: sobre la distinción entre función administrativa y judicial». En El Derecho y sus construcciones. Diálogos con la Forma del Derecho de Fernando Atria, Palestra, editado por Javier Gallego. Lima.

Capobianco, Antonio. 2019. «Policy Roundtables Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects». Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Caramani, Daniele. 2017. «Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government». American Political Science Review 111 (1): 54-67.

Carrier, Michael. 2019. «The Four-Step Rule of Reason». Antitrust Law Journal 33 (2).

Christodoulidis, Emilios. 1998. «The irrationality of merciful judgment: exclusionary reasoning and the question of the particular». Law and Philosophy, 215-241, vol. 18 (3).

Coke, Edward. 2003. «Dr Bonham's Case [1610]». En The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, vol i, editado por S Sheppard. Liberty Fund.

Colombani, Antoine, Kloubb Junddrich, y Sakkers Ewoud. 2016. «Part II Specific Practices, 8 Cartels, E Evidence in Cartel Cases». En The EC Law of Competition, 3.a ed., editado por Jonathan Faull y Ali Nikpay. Oxford University Press.

Crane, Daniel. 2007a. «Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication». Washington and Lee Law Review 64 (1): 49-110.

Crane, Daniel. 2007b. «Technocracy and antitrust». Benjamin N. Cardozo School of Law, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper 208: 1-68.

Crane, Daniel. 2011. The Institutional Structure of Antitrust Enforcement. Oxford University Press.

Crane, Daniel. 2016. «Formalism and Functionalism in Antitrust Treatment of Loyalty Rebates: A Comparative Perspective». Antitrust Law Journal 81: 209-21.

Crane, Daniel. 2021a. «Antitrust and democracy». Investigaciones CeCo.

Crane, Daniel. 2021b. «Antitrust antitextualism». Notre Dame Law Review 96 (3): 1205-56.

Crouch, Colin. 2004. Post-Democracy. Polity.

Crouch, Colin. 2019. «Post-Democracy and populism». The Political Quarterly 90 (1): 124-37.

Crouch, Colin, Donatella della Porta, y Wolfgang Streeck. 2016. «Democracy in Neoliberalism». Antrophological Theory 16 (4): 497-512.

Directorado General de Competencia de la Unión Europea. 2024. «Guidelines on exclusionary abuses of dominance». octubre 4. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en.

Dworkin, Ronald. 1986. Law's Empire. Fontana.

Dworkin, Ronald. 1994. «Ronald Dworkin: "Las escuelas de derecho son el quinto poder del estado"». Entrevistado por Pablo Ruiz Tagle y Lucas Sierra. El Mercurio. https://www.cepchile.cl/ronald-dworkin-las-escuelas-de-derecho-son-el-quinto-poder-del-estado/.

Dworkin, Ronald. 2011. Justice for Hedgehogs. Belknap Press.

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

First, Harry, y Spencer Weber. 2013. «Antitrust's democracy deficit». Fordham Law Review 81 (5): 2542-74.

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

Frenz, Walter. 2016. Handbook of EU Competition Law. Traducido por Craig R. Aird. Springer.

Frisch, Wolfgang. 2007. «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, y Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons.

Gagliano, José Antonio, y Pedro Aracena. 2018. «Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión». Revista de Estudios de Justicia 29: 121-52. https://doi.org/ DOI: 10.5354/0718-4735.2018.50646.

Galston, William. 2018. «The Populist Challenge to Liberal Democracy». Journal of Democracy 29 2): 5-19.

García Palominos, Gonzalo. 2021. «Los equivalentes funcionales y el delito de colusión del art. 62 D.L. No 211». Doctrina y Jurisprudencia Penal 44: 3-28.

González, Aldo. 2020. «Antitrust bajo ataque». Investigaciones Ceco.

Greppi, Andrea. 2017. «Tecnocracia (y cultura jurídica)». Eumonía, Revista en la cultura de la legalidad 12: 147-62.

Grunberg, Jorge. 2017. «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 Pía Chible y Felipe Belmar. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.

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

Grunberg, Jorge, y Jorge Montt. 2017. «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), Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, editado por Pía Chible y Felipe Belmar. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.

Habermas, Jürgen. 1996. Between Facts and Norms. Polity Press.

Hay, George. 2006. «Horizontal Agreements: Concept and Proof». The antitrust bulletin 51 (4): 877-914.

Hay, George. 2013. «Anti-competitive Agreements: The Meaning of "Agreement"». Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 105, 1-24.

Hayek, Friedrich. 1989. «The pretense of knowledge». The American Economic Review 79 (6): 3-7.

Hefendehl, Roland. 2002. ««¿Debe ocuparte el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1-13.

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

Hernández, Héctor. 2016b. «La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho». Revista de Ciencias Penales 43 (4): 15-27.

Hobbes, Thomas. 1996. Leviathan. Editado por Richard Tuck. Cambridge University Press.

Hovenkamp, Herbert J. 2018a. «The Rule of Reason». Faculty Scholarship at Penn Law. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778.

Hovenkamp, Herbert J. 2018b. «Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?» Notre Dame Law Review 93: 582-638.

Joshua, Julian. 2009. «Single Continuous Infringement of Article 81 EC: Has the Commission Stretched the Concept Beyond the Limit of its Logic?» European Competition Journal 5 (2): 451-77. https://doi.org/10.5235/ecj.v5n2.451.

Katsoulacos, Yannis. 2021. «Why Should Legal Standards in Antitrust Enforcement be Different in Developing than in Mature Jurisdictions: A Decision-Theoretic Approach». Investigaciones CeCo.

Katz, Ariel. 2020. «The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law». University of Chicago Law Review 87 (2): 413-58.

Khan, Lina. 2018. «The Ideological Roots of America's Market Power Problem». Yale Law Journal Forum 127 (960-979).

Khan, Lina. 2020. «The End of Antitrust History Revisited». Harvard Law Review 133: 1655-82.

Kovacic, William. 2021. «The future adaptation of the per se rule of illegality in US antitrust Law». Columbia Business Law Review 33 (1): 33-91.

Lizana, Claudio, y Tomás Applegreen. 2021. «Acuerdos entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente». Investigaciones CeCo.

López Rojas, Dayan, y María Caridad Bertot Yero. 2012. «El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple». Revista Chilena de Derecho 39 (3): 725-51.

MacCormick, D N. 1995. «Defeasibility in law and logic». En Informatics and the Foundations of Legal Reasoning, editado por Bankowski, White, y Hahn. Kluwer Academic Publishers.

MacCormick, D N. 2011. Institutions of Law. Marcial Pons. Traducido por S Tschorne. Oxford University Press.

Maldonado, Francisco. 2015. «Delito continuado y concurso de delitos». Revista Chilena de Derecho 28 (2): 193-226.

Maldonado, Francisco. 2020a. «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales». Política Criminal 15 (30): 493-525.

Maldonado, Francisco. 2020b. «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos». Revista Chilena de Derecho 47 (3): 733-55.

Mañalich, Juan Pablo. 2004. «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía». Revista De Estudios De La Justicia 5: 11-33.

Mañalich, Juan Pablo. 2005. «El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico». Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico 74 (4): 1021-211.

Mañalich, Juan Pablo. 2010. «Norma e imputación como categorías del hecho punible». Revista De Estudios De La Justicia 12: 169-90. https://doi.org/DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15234.

Mañalich, Juan Pablo. 2011a. «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno». Revista Chilena de Derecho 34 (1): 87-115.

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

Mañalich, Juan Pablo. 2014a. «El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». Política Criminal 9 (18): 543-63.

Mañalich, Juan Pablo. 2014b. Norma, causalidad y acción: Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros. Marcial Pons.

Mañalich, Juan Pablo. 2015. «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. 2016. Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno. Thomson Reuters.

Mañalich, Juan Pablo. 2018. «El principialismo político criminal como fetiche». Revista De Estudios De La Justicia 29: 59-71. https://doi.org/DOI: 10.5354/0718-4735.2018.52223.

Mañalich, Juan Pablo. 2020. «La voluntariedad del desistimiento como "ortonomía" motivacional». En La Justicia como Legalidad. Estudio en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga, editado por Nicolás Acevedo, Rafael Collado, y Juan Pablo Mañalich. Thomson Reuters.

Mañalich, Juan Pablo. 2021a. «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 durante la pandemia: Teoría y Praxis, editado por Francisco Maldonado, Fernando Londoño, y Juan Pablo Mañalich. Thomson Reuters.

Mañalich, Juan Pablo. 2021b. «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». Revista chilena de derecho 48 (2): 79-100. https://doi.org/10.7764/R.482.4.

Mar, Maksymilian del. 2011. «Concerted practices and the presence of obligations: joint action in competition law and social philosophy». Law and Philosophy 30: 105-40.

Melamed, Doug, y Nicolas Petit. 2019. «The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in te Age of Platform Markets». Review of Industrial Organization 54 (4): 741-74. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3248140.

Miranda, Carlos de. 2015. «Prueba directa vs prueba indirecta (un conflicto inexistente)». DOXA 38: 73-100.

Montt, Santiago. 2011. El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/DM11C106/1/material_docente/bajar?id_material=309512.

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

Mudde, Cass. 2004. «The populist Zeitgesit». Goverment and Opposition 39 (4): 541-63.

Mufdi, Nader. 2024. «Abuso de Posición Dominante en Chile: Las líneas de la cancha». Centro Competencia (Opinión), octubre 2. https://centrocompetencia.com/abuso-posicion-dominante-chile-linea-cancha/.

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

Novoa Monreal, Eduardo. 1964. «El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico». Revista de Ciencias Penales 23 (2): 139-53.

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

Olave, Alejandra. 2018. «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado». Política Criminal 13 (25): 175-207.

Oldham, Andrew. 2006. Sherman's March (In)To the Sea.

Orbach, Barack. 2017. «Antitrust Populism». New York University Journal of Law and Business 14 (1): 1-25.

Page, William. 2007. «Communication and concerted action». Loyola University Chicago Law Journal 38: 405-60.

Page, William. 2013. «Objective and subjective theories of concerted action». Antitrust Law Journal 79 (1): 215-51.

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

Palma, Nicolás. 2022. «Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites». Investigaciones CeCo.

Pavic, Lorena, y José Pardo. 2022. «Evolución legislativa y jurisprudencial de la colusión: objeto y estándar de prueba». En Nuevo Régimen de Libre Competencia, editado por Omar Vásquez y Domingo Valdés. Rubicón.

Peralta, Ignacio. 2021. «Bien jurídico y tipo objetivo en la sanción penal y administrativa de la colusión». Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187631.

Peralta, Ignacio. 2022a. «La arbitrariedad de la regla de la razón y por qué el TDLC debería dictar instrucciones generales de manera intensiva». Revista de Derecho Económico 79 (2): 127-52.

Peralta, Ignacio. 2022b. «Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia». Latin American Legal Studies 10 (2): 1-25.

Peralta, Ignacio. 2022c. «Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (single continuous infringement). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción». Revista De Estudios De La Justicia 37: 39-70.

Peralta, Ignacio. 2022d. «Un injerto fallido: la distinción entre regla per se y regla de la razón en el derecho de libre competencia chileno». Revista De Estudios De La Justicia 36: 159-84. https://doi.org/10.5354/0718-4735.2022.64696.

Peralta, Ignacio. 2022e. «El bien jurídico protegido por la legislación de libre competencia». Misceláneas. Derecho & Sociedad 0 (59). https://doi.org/10.18800/dys.202202.013.

Peralta, Ignacio. 2023a. «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria». Revista de Derecho Económico 80 (2023): 251-76.

Peralta, Ignacio. 2023b. «La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas (un análisis a partir del "caso supermercados")». Ius et Praxis 29 (1): 145-64.

Peralta, Ignacio. 2023c. «Populismo y tecnocracia en libre competencia: dos caras de una misma moneda». Revista De Estudios De La Justicia 38: 93-114.

Peralta, Ignacio. 2023d. «Una Superintendencia de Competencia para Chile». Investigaciones CeCo.

Peralta, Ignacio. 2025a. «Acuerdos y prácticas concertadas». En Glosario Sustantivo CeCo. https://centrocompetencia.com/acuerdos-y-practicas-concertadas/.

Peralta, Ignacio. 2025b. «La indeterminación de la Ley de Competencia y la facultad del TDLC de dictar Instrucciones de Carácter General». Investigaciones CeCo. https://centrocompetencia.com/la-indeterminacion-de-ley-de-competencia-y-facultad-tdlc-de-dictar-instrucciones-de-caracter-general/.

Peralta, Ignacio. 2025c. «Las claves de la sanción por interlocking a Juan Hurtado, Consorcio y Larraín Vial». Centro Competencia (Actualidad). https://centrocompetencia.com/interlocking-hurtado-consorcio-larrain-vial/.

Peralta, Ignacio. 2025d. «¿Requiem para los neobrandesianos? Sobre la lucha de trincheras de la libre competencia». Investigaciones CeCo. https://centrocompetencia.com/requiem-neo-brandesianos/.

Peralta, Ignacio, y Julio Tapia. 2020. «Amazon según Lina Khan». Centro Competencia (Actualidad). https://centrocompetencia.com/amazon-segun-lina-khan/.

Pineda, Joaquín. 2023. Proyecto de Delitos Económicos: ¿Qué cambios se introducen al régimen de libre competencia? https://centrocompetencia.com/proyecto-delitos-economicos-cambios-libre-competencia/.

Posner, Richard. 1977. «The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision». University of Chicago Law Review 45 (1): 1-20.

Pound, Roscoe. 1908. «Common Law and Legislation». Harvard Law Review 21 (6): 383-407.

Rawls, John. 1955. «Two Concepts of Rules». The Philosophical Review 64 (1): 1.

Rockman, Bert. 2019. «Bureaucracy Between Populism and Technocracy». Administration & Society 51 (10): 1546-75.

Romić, Mirna. 2020. «Particularities of Proving a Single and Continuous Infringement of EU Competition Rules». Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 13 (22): 169-87.

Rooney, William, Timothy Fleming, y Michelle A. Polizzano. 2021. «Tracing the evolving scope of the rule of reason and the per se rule». The Columbia Business Law Review 1: 1-32.

Rosler, Andrés. 2018. «Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo». Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés 6: 21-55.

Rosler, Andrés. 2020. La ley es la Ley. Katz Editores.

Santelices, Víctor. 2020. «El tipo penal de la colusión». En El delito de colusión, editado por Osvaldo Artaza, Matías Belmonte, y Víctor Santelices. Tirant lo Blanch.

Schauer, Frederick. 1989. «Is the Common Law Law?» California Law Review 77 (2): 455-71.

Schurmann, Miguel. 2019. «¿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». Política Criminal 14 (27): 549-98.

Scruton, Roger. 1995. From Descartes to Wittgenstein: a short history of modern philosophy. Routledge & Kegan Paul.

Searle, John. 2018. «Constitutive Rules». Argumenta 4 (1): 51-54.

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

Shamir, Julia, y Noam Shami. 2015. «Colluding Under The Radar: Achieving Collusion Through Vertical Exchange of Information». Cleveland State Law Review 63: 621-74.

Shulman, Max. 2001. «The Quick Look Rule of Reason: Retreat from Binary Antitrust Analysis». The Sedona Conference Journal 89 (2): 89-95.

Streeck, Wolfgang. 2012. «Citizens as consumers». New Left Review 76 (27): 27-47.

Stucke, Maurice. 2009. «Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?» University of California, Davis School of law 42 (5): 1375-490.

Sunstein, Cass R. 1998. «Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts». Duke Law Journal 47 (6): 1013-69.

Szczaranski, Federico. 2012. «Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra». Política Criminal 7 (14): 378-453.

Szczaranski, Federico. 2018. «La forma del derecho». Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought 9 (3): 636-43. https://doi.org/10.1080/20403313.2018.1532066.

Tapia, Javier. 2009. «Horizontal Anticompetitive Agreements (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia)». En Libre Competencia y Retail, editado por Nicole Nehme y Santiago Montt. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695.

Tapia, Javier, y Santiago Montt. 2012. «Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust». En The Global Limits of Competition Law, editado por Daniel Sokol y Ioannis Lianos. Stanford University Press.

Toro, Luis Eduardo, Macarena Viertel, y Guillermo Ureta. 2020. «Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta) de regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno». Investigaciones CeCo.

Valdés, Domingo. 2008. «Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales». Revista Anales Derecho UC. Temas de Libre Comeptencia 4: 79-126.

Valdés, Domingo. 2013. «Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia». Ius Publicum 30: 125-53.

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

Valdés, Domingo. 2022. «Tiempo jurídico y estructura típica en las colusiones monopólicas horizontales. Consideraciones para un debate normativo inconcluso». En Nuevo Régimen de Libre Competencia, editado por Domingo Valdés y Omar Vásquez. Rubicón.

Vásquez, Omar. 2020. «El lógico alcance de la prohibición per se: Una crítica al concepto de "cartel duro" y las lecciones de Socony». Investigaciones CeCo.

Vega, Felipe. 2020. «Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y protección del consumo». Revista Justicia & Derecho 3 (1): 1-16. https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.457.

Villalón Vargas, María José, y Daniela León Mc Vey. 2021. «La prescripción extintiva en el derecho de la libre competencia: una revisión de la jurisprudencia relevante». Investigaciones CeCo. https://centrocompetencia.com/villalon-leon-prescripcion-extintiva-en-libre-competencia-jurisprudencia-relevante/.

Von Papp, Wagner. 2017. «Single conspiracies in the United States and single and continuous (or repeated) infringements in the European Union».

Waldron, Jeremy. 1999. Law and Disagreement. Clarendon Press.

Walker, Agustín. 2020. «Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles». Revista de Estudios de Justicia 3: 131-66.

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

Wittgenstein, Ludwig. 1958. Philosophical Investigations. Blackwell.

Wood, Diane P. 2019. «The Old New (Or is it the New Old) Antitrust: "I'm Not Dead Yet!!» Loyola University Chicago Law Journal 51 (1): 1-17.

Wu, Tim. 2012. «Taking innovation seriously: Antitrust enforcement if innovation mattered most». Antitrust Law Journal 78: 313-28.

Wu, Tim. 2018a. «After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition in Practice». Competition Policy International.

Wu, Tim. 2018b. The curse of bigness. Columbia Global Reports.

Yáñez, Anaís. 2024. «Seminario de libre competencia en la "U. de Chile": Las exposiciones de I. Lianos y W. Kovacic». Centro Competencia (Actualidad), octubre 2. https://centrocompetencia.com/seminario-libre-competencia-lianos-kovacic/.

Ybar, Mario. 2009. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia? 1-12.

Ybar, Mario. 2024. Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos. Investigaciones CeCo.

Yowell, Paul. 2012. «Legislación, common law, y la virtud de la claridad». Revista chilena de derecho 39 (2): 418-512.

Zheng, Wentong. 2019. «A Knowledge Theory of Tacit Agreement». Harvard Business Law Review 9: 399-438.

Zink, Manfred. 2021. «¿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 (2): 94-113.

Zink, Manfred, y Omar Vásquez. 2022. «La regla per se en la legislación chilena de libre competencia, elementos relevantes para su contextualización y algunas interrogantes». En Nuevo Régimen de Libre Competencia, Rubicón Editores, editado por Omar Vásquez y Domingo Valdés. Santiago.

Jurisprudencia citada

Decisión 1986/398 de la Comisión Europea. Comisión contra productores de propileno. Disponible en https://bit.ly/3UomaLq

Decisión 2005/566 de la Comisión Europea. Comisión contra productores de cloruro de colina. Disponible en https://bit.ly/3h0iAJQ

Sentencia de la Corte de Apelaciones de EE.UU. (Cuarto Circuito) (1979). United States of America, Appellee v. John P. Foley, jr., and Jack Foley Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/598/1323/257018/

Sentencia de la Corte Suprema de Chile (2020). FNE con Cencosud, SMU y Walmart. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Corte-Suprema-9361-2019.pdf

Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. (1939). Interstate Circuit, Inc. v. United States Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/208/

Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. (1964). Jacobellis v. Ohio. Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-49/92 (1999). Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto 48-69 (1972). Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión Europea.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) Asunto T-53/03 (2008). BPB plc contra Comisión de las Comunidades Europeas.

Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera). Asunto T-439/07 (2012). Coats Holdings Ltd contra Comisión Europea.

Sentencia TDLC 175/2020 en causa rol C-361-18.
Disponible en https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/12/SENTENCIA_N_175.pdf

Sentencia TDLC 179/2022 en causa rol C-358-18.
Disponible en: https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-faasa-mr-2022/

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo
CentroCompetencia