



<https://doi.org/10.18800/dys.202202.013>

FECHA DE RECEPCIÓN: 03/10/2022  
FECHA DE APROBACIÓN: 23/12/2022

# EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA LEGISLACIÓN CHILENA DE LIBRE COMPETENCIA

## The legal good protected by the Chilean antitrust legislation

Ignacio Peralta Fierro\*

Universidad de Chile

---

\* Egresado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia (2017-presente), de Derecho Penal (2020-presente) y del Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile (2021-presente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: 0000-0003-2873-3145. Correo electrónico: iperaltaf@gmail.com

**Resumen:**

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. Segundo, explico por qué estos rasgos son problemáticos. Tercero, propongo una metodología alternativa para identificar el bien jurídico protegido por la libre competencia consistente en analizar el derecho positivo. Cuarto, aplico dicha metodología.

**Abstract:**

First, I argue that the Chilean debate regarding which is the legal good protected by our antitrust legislation suffers from certain defects: the adoption of an argumentative canon foreign to our continental tradition of law, as well as an analysis that follow from positive law. Second, I explain why these traits are defective. Third, I defend an alternative methodology to identify the protected legal good. Fourth, I apply said methodology.

**Palabras claves:**

Bien jurídico – Libre competencia – Common law – Derecho continental.

**Key words:**

Protected legal good – Antitrust – Common law – Continental law.

## **1. INTRODUCCIÓN**

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 Decreto Ley 211 (en adelante, DL 211) del año 1973. En este artículo 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, buscamos desarrollar una postura que se inserte adecuadamente en nuestra tradición.

Sobre este punto, vale la pena notar que respecto de gran parte de las normas de sanción tenemos cierta claridad respecto de su tipo objetivo sin saber qué bien jurídico protegen. Por ejemplo, el tipo base del homicidio, contenido en el artículo 391 del Código Penal chileno, señala:

El que mate a otro y no esté comprendido en los artículos 390, 390 bis y 390 ter, será penado:

1.º Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.- Con alevosía.

Segunda.- Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera.- Por medio de veneno.

Cuarta.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta.- Con premeditación conocida.

2.º Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.

En tanto manejemos los conceptos de matar, alevosía, o premio, etc., podemos tener relativa claridad respecto de los contornos gruesos de la norma aun si no sabemos cuál es el bien jurídico protegido. Así, en la mayoría de los casos, aun si no sabemos cuál es el bien jurídico protegido, sí es relativamente claro cuál es la conducta típica. Esto no es así respecto del inciso primero del artículo 3 del DL 211, también conocido como “el tipo genérico”. Este afirma lo siguiente:

“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 (...)”.

Aquí, si no sabemos cuál es el bien jurídico protegido, es decir, qué es la libre competencia, se vuelve imposible aplicar esta norma, pues el tipo genérico afirma que “se castiga lo que tenga efectos negativos sobre X”, por lo que la pregunta sobre qué es X es insoslayable.

Además, si seguimos la tesis dominante de que la licitud de la mayoría de las conductas se evalúa según la regla de la razón (Grunberg, 2021, p. 3)<sup>1</sup>, el problema identificado en el tipo genérico persiste en gran parte de las conductas especificadas en el inciso segundo del artículo 3 del DL 211. El artículo 3, tras describir el “tipo genérico” recién mencionado, señala lo siguiente: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden,

---

<sup>1</sup> Nótese que esta es una afirmación condicional. Personalmente estoy en desacuerdo con ella (Peralta, 2022b). Negar esta tesis tiene implicancias que explicaré hacia el final del artículo. Pero a modo de resumen, si es que todas las reglas se analizan de acuerdo a la regla per se, dado que el análisis aquí efectuado se circunscribe a la colusión (como se verá más abajo), entonces el bien jurídico identificado en este artículo se corresponderá a aquel protegido mediante la prohibición de la colusión, no a “la libre competencia” que protege al tipo genérico.

restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes”, y luego de esto detalla una serie de conductas.

La tesis de que la mayoría de las conductas deben ser evaluadas según la regla de la razón implica que la ilegalidad de una conducta debe determinarse a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ellos generan (Ibid: p. 6). En otras palabras, respecto de la mayor parte de las conductas su ilegalidad se determina analizando los efectos que tienen en la libre competencia (Peralta, 2022a, p. 130 y ss).

Por contraste, bajo la *regla per se*, una conducta se sanciona categóricamente, con independencia de sus efectos en la competencia. “La regla *per se* aplica a los carteles duros, los que, dado que son intrínsecamente anticompetitivos, resulta irrelevante considerar su aptitud para atentar en contra de la competencia, o bien los efectos anticompetitivos que ellos produzcan” (Grunberg, 2021, p. 6). Entre los carteles duros contamos con “aquellos enumerados por la letra a) del inciso segundo del artículo 3 recién citado y en el artículo 62 del DL 211(Decreto Ley 211 del año 1973)” (Grunberg, 2021, p. 6). Por contraste, la legalidad de las conductas contenidas en las letras b), c) y d) del artículo 3 serían evaluadas según la regla de la razón.

La distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón se sostiene si postulamos que hay un objetivo común que es perseguido por ambas normas (*i.e.*: la protección de la libre competencia), pero que es perseguido de diversas formas. Por un lado, la regla *per se* contiene una presunción de que la conducta realizada va contra ese objetivo y por esto es irrelevante considerar su aptitud para atentar en contra de la competencia. Por otro lado, la regla de la razón atiende a si en concreto se vio mermada la persecución del objetivo que la inspira, por lo que la regla opera mediante un ejercicio de ponderación entre eficiencias procompetitivas y riesgos o efectos anticompetitivos. Así, bajo la regla de la razón estamos frente a una prohibición hipotética (se castiga la conducta “bajo la hipótesis” de que tenga efectos anticompetitivos), mientras que bajo la regla *per se* estamos frente a una prohibición categórica.

Más allá de que algunas de las conductas sancionadas en el inciso segundo del artículo 3 son más específicas que la presente en el tipo genérico, en tanto se las evalúe bajo la regla de razón,<sup>2</sup> su forma general será “el que realice la

---

<sup>2</sup> Nuevamente, creo que no deberían ser evaluadas según la regla de la razón, según lo expuesto en la nota a pie de página anterior. Si esto es así, y se sigue el método esbozado más abajo respecto de cómo identificar el bien jurídico, entonces cada una de estas normas protegerá su

conducta Y será sancionado en tanto que produzca efectos negativos sobre X". Así, aunque estas normas tengan mayor especificidad, salvo que haya claridad respecto de cuál es el bien jurídico protegido, estas serán también inaplicables, pues la sanción está referida a que se afecte negativamente la libre competencia, siendo el caso que no sabemos cuál es su contenido.

Si todas las normas del DL 211 estuviesen formuladas como el tipo genérico o como prohibiciones que se evalúan según la regla de la razón, deberíamos concluir que éste no es autosuficiente: sus normas de sanción aluden a que se debe afectar negativamente la libre competencia siendo el caso que ésta no es definida por la ley.

Afortunadamente, la regulación también contempla prohibiciones que operan de acuerdo a la regla *per se*, por lo que tenemos prohibiciones categóricas y autosuficientes, que tienen la siguiente estructura: "se castiga la conducta Z". Entre estas normas podemos encontrar la prohibición contenida en la letra a) del artículo 3 del DL 211. Según la doctrina mayoritaria esto es así tras la última reforma al DL 211 (mediante la Ley 20.945 del año 2016), la que eliminó la exigencia consistente en que para sancionar los carteles duros se debiese probar que los acuerdos o prácticas concertadas conferirían poder de mercado a los competidores involucrados. Esto último "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, 2021, p. 2).<sup>3</sup>

Antes de proseguir hay que despejar otros aspectos metodológicos. Primero, se debe distinguir entre normas de sanción y normas de conducta. Por un lado, una norma de sanción es una regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena (Mañalich, 2010, p. 172). 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, p. 171). Así, "el estándar que determina el objeto del reproche jurídico-penal ha de ser, entonces, una norma de comportamiento, que se obtiene por vía

---

propio bien jurídico, el cual no tendrá que ser idéntico respecto de cada una de estas normas. Luego, "la libre competencia" sería aquel concepto que engloba los distintos bienes jurídicos protegidos por cada una de estas normas.

<sup>3</sup> Con todo, creo que la regla *per se* ya existía en nuestra legislación antes de dicha reforma (Peralta, 2022b, p. 175).

de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente punible” (Mañalich, 2010, p. 172).

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 2021a, p. 81). Y lo anterior 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, 2010). 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<sup>4</sup>.

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, p. 20).

Con todo, 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:

[U]na 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 (2021, p. 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

<sup>4</sup> 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 estamos reproduciendo la legislación chilena respecto del homicidio. Lo anterior, pues el fin de esta sección ha sido heurístico.

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).<sup>5</sup> 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”<sup>6</sup>. El problema de no analizar las normas en su operación concreta es que esta metodología nos podría llevar a afirmar la ley 8987 defiende la democracia pues 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.

## 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*<sup>7</sup>. Desde ya es importante notar 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 cual es la finalidad de

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Que implica esto es desarrollado en mayor profundidad en: (Peralta, 2022c, p. 447 y ss).

<sup>7</sup> Para un análisis de esta discusión, ver: (Peralta, 2022c).

protegerlo, finalidad que podría ser propiciar el crecimiento económico, proteger la intimidad de las personas, proteger un derecho natural, etc.<sup>8</sup>

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, p. 6), e incluso, como veremos, a ratos derechamente ignora los mandatos legislativos. Según 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” (2021a, p. 3). Aún más, esta jurisprudencia se nutre de la discusión doctrinaria respecto de qué sería *bueno* que la libre competencia protegiera (Khan, 2017, pp. 721, 727-728; Wu, 2018, p. 4).<sup>9</sup>

Aún más, y dejando de lado las objeciones democráticas que a esta forma de proceder se han levantado en EE.UU. (Khan, 2019; Wu, 2018), debemos dar cuenta de que esta forma de proceder sería especialmente impropia en Chile. Si bien el Tribunal de la Libre Competencia (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 respecto de cuáles son los fines que esta persigue.<sup>10</sup>

Debemos 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; la co-

<sup>8</sup> 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, p. 9). Empero, si uno atiende al contenido del tratado al que se refiere Agüero (2004), este afirma en su artículo 16.1 que “cada 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” (p. 9). Agüero equipara la finalidad de la legislación con el bien jurídico protegido, pero esto es improcedente por las razones antes mencionadas.

<sup>9</sup> Sobre este tipo de desarrollo conceptual nos referiremos con mayor detalle más abajo. Por ahora diremos que si bien nuestro legislador fue vago, y dejó a la jurisprudencia la tarea de definir con mayor precisión cual es el bien jurídico protegido (Vega, 2020: p. 9), la dogmática no debe ni puede abandonar su tarea de buscar orientar, mediante su desarrollo conceptual y analítico, a la jurisprudencia (Nino, 1986: p. 31).

<sup>10</sup> Ver en más detalle: Peralta, 2022c: p. 455 y ss.



nexión entre la discusión que se suscita en otras jurisdicciones y aquella que se suscita en Chile, es contingente.

Mi foco estará en la ley chilena de libre competencia, y tras analizar la forma en que opera la sanción de la colusión 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, p. 1). Según Ybar (2009), 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. 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). 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, p. 2).

Después de esta reseña histórica Ybar (2009) expone las diversas posturas de la actualidad. Según una primera vertiente, la finalidad de la libre competencia debería ser promover la existencia de comercio libre y justo. Esta visión busca conciliar la eficiencia económica que redundaría en mayores beneficios para los consumidores con otros “bienes jurídicos” como la justicia y la equidad, correspondiéndole a la autoridad decidir cuándo se debe dejar de lado el bienestar del consumidor en aras de perseguir otros valores. 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, p.3).

Otra postura afirma que el objetivo del Derecho de la competencia es el bienestar del consumidor (Ybar, 2009). 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, p. 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, p. 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, p. 5). En este sentido, Ybar (2009) 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) luego pasa a enjuiciar cuál de estas posturas cree que es “preferible” a partir de una valoración de los rasgos que tienen asociados. Este 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” (p. 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 las eficiencias dinámicas responden antes que todo a la calidad del proceso competitivo, al entorno de rivalidad presente (2009).

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 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. Según

Lina Khan (2019), la defensa del bienestar del consumidor como el objetivo a perseguir por parte de la normativa implica:

[U]na 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 (p. 968).

Según Khan (2019), 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” (p. 964). Así, a la normativa de antitrust antes subyacía una “fuerte orientación profiláctica en contra de la concentración del poder económico privado” (Khan, 2019, p. 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, 2019, p. 965). Esto, dado que el objetivo inicial de la legislación tuvo objetivos tan variados y divergentes como:

[P]oner 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 (Peralta y Tapia, 2020)<sup>11</sup>.

A esta tesis que Ybar tan solo esboza, éste 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” (Khan, 2019, p. 4).

<sup>11</sup> “Amazon según Lina Khan”, en la página del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, acceso 20 de junio de 2021, <https://centrocompetencia.com/amazon-segun-lina-khan/>

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:

[M]uchas voces arguyeron que la excesiva atonicidad 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, p. 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 si quiera 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*. El punto aquí no es argumentar a favor de una determinada comprensión de la libre competencia a partir de la intención legislativa del Congreso de EE.UU. (parte del problema reside en darle demasiada importancia a esto último). Lo relevante es que la forma de argumentar que importa Ybar de la discusión estadounidense es una que en su universo de consideraciones relevantes contiene escasa deferencia al legislador y a la ley (sobre esto volveremos más abajo en profundidad).

### 2.3 La tesis de Domingo Valdés

Valdés (2013) busca encontrar “una definición real esencial de la libre competencia” (p. 125), es decir, una definición que “apunta a aquello por lo que una cosa es lo que es” (Valdés, 2013, p. 125). Tengo varias observaciones preliminares. Primero, objeto 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”). Critico esto 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, p. 50). Por lo anterior, para cualquier conjunto de condiciones necesarias o suficientes que se propongan como el correcto análisis de un concepto habrá instancias de aquel concepto que no cumplen con aquellas condiciones (Shaffer, 2020). Así, para conocer el contenido de un concepto se tiene que analizar cómo opera en un contexto determinado. 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 desde que afirma que “el bien jurídico libre competencia exhibe un fundamento objetivo y preexistente a la formulación positiva del sistema tutelar mismo” (Valdés, 2013, p. 135).

En cuanto al contenido de la tesis de Valdés (2013), este la desarrolla a partir de la “distinción entre las libertades innatas o esenciales y las adquiridas” (p. 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 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:

[p]resupone 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, p. 129).

En síntesis, afirma Valdés (2013), esta libertad consiste “en una libertad adquirida de naturaleza política, estructurada jurídicamente como un derecho, cuyo objeto es competir en los mercados” (p. 129).

Luego, el autor pasar a distinguir entre la libre competencia y la libertad de competencia mercantil recién desarrollada. Lo anterior, debido a que 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, p. 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.<sup>12</sup> Así, en lo referido a cuál es el bien jurídico protegido por la libre competencia no basa su planteamiento en absoluto en la ley, siendo el caso que “una teoría dogmática que no se haga cargo del derecho vigente es una teoría incorrecta” (Schurmann, 2019, p. 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 efec-

---

<sup>12</sup> 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 cual es el bien jurídico protegido, menciona el inciso segundo del artículo 64 (“El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”) para argumentar que la colusión debe ser especialmente gravosa para la competencia para ameritar sanción. Lo uno no se sigue de lo otro. Que la FNE solo esté obligada en “casos graves” a interponer una querrela no nos dice nada respecto de cuál es la “gravedad mínima” que debe revestir un caso para constituir un caso de colusión sancionado penalmente. La gravedad de ciertos casos es una cualidad relacional, es decir, qué es grave depende de qué no es grave. Pero que la FNE solo tenga la obligación de querrellarse en casos graves no dice nada respecto de donde anclar la gravedad mínima. Solo nos dice que en los casos graves la FNE estará obligada a querrellarse.

to para el desarrollo de los individuos” (Artaza, 2017, p. 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 que al mercado como institución en lo que respecta a su función de distribución de bienes y servicios” (Artaza, 2017, p. 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” (Artaza, 2017 citado en Wardaugh, 2019, pp. 44-45).

Uno podría preguntarse ¿por qué estaría el legislador chileno pensando en una justificación rawlsiana respecto de cuál es el bien jurídico protegido en la colusión?<sup>13</sup> Este no es el caso de Artaza. Este critica esta 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, p. 358), pero, como bien dice Frisch (2007):

El concepto clave de la legitimación de normas de conductas jurídico penalmente garantizadas no lo conforma el vago y solo parcialmente adecuado concepto de bien jurídico (...) El concepto clave reside, por el contrario, en la cuestión de si determinadas normas que restringen la libertad (...) pueden regir como recíprocamente queridas (pp. 323-324).

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 autónomos e iguales<sup>14</sup>. Así, es distinta la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido de la pregunta sobre si su menoscabo justifica una intervención penal.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Y, como veremos más abajo, esta cuestión debe ser zanjada por el poder legislativo, no por un grupo de juristas que se consideran a sí mismo expertos (Peralta, 2022c, pp. 461 y ss.)

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 (Artaza, 2020: p. 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 mediante la cual 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, Habermas, etc.? Una vez abierta la puerta a basar la determinación de cuál es el bien jurídico protegido en la libre competencia a partir de consideraciones de filosofía política es arbitrario tan solo asumir 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 llegar a ser esta concepción es políticamente realizable (Aguayo, 2017, p. 8).

Es decir, Rawls no analiza las instituciones tal cual son, sino que se pregunta “*qué 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 qué 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. Como veíamos, esto era criticable 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, pp. 323-324).

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:

[co]n 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, p. 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, p. 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, p. 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, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas” (Mañalich, 2018, p. 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 (2012) la cuestión es:

[s]i acaso un límite como el propuesto por las teorías materiales encuentra respaldo en el ordenamiento positivo, entendiéndose 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 (p. 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, p. 431).

## 2.5 La tesis de Felipe Vega

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, p. 11). Así, respecto de la sanción de los precios predatorios afirma que esta:

[le]gitima castigar al predador incluso cuando su baja del precio no logra desplazar a sus competidores eficientes. (...) [Aquí] encontramos una clara hipótesis de un acto que se erige como un injusto contra el bien jurídico libre competencia y, al mismo tiempo, significa un aumento en el bienestar del consumidor, que ve aumentada su capacidad de consumo frente a la baja temporal de precios por el predador; hipótesis que no podría tener lugar si la tutela al bienestar de los consumidores se dispensase directamente por la normativa antimonopólica (Vega, 2020, p. 4).

Esta postura pasa por alto la estructura de los ilícitos de precios predatorios bajo el entendimiento actualmente dominante. Bajo éste las prácticas predatorias son sancionadas en tanto se pruebe que el competidor que incurre en esta práctica, tras una baja inicial en precios, realizará una subsecuente alza en los precios que será mayor que su baja (en esto consiste el “*recoupment test*” (Khan, 2017, p. 729). Es decir, sigue siendo de la esencia que se pueda

proyectar un alza en los precios que dañe a los consumidores, por lo que su interés sigue siendo relevante.

Más desafiante es el caso que plantea Vega a partir de la norma que sanciona los carteles duros. En defensa de que lo protegido es el proceso competitivo y no el bienestar del consumidor, Vega (2020) pone como ejemplo:

[u]n 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” (p. 11).

Y afirma lo siguiente:

“[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, p.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, p. 10), en su forma más pura, esto no sería así. Con todo, el problema es que Vega pasa por alto que:

[t]oda norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada admite ser entendida, siguiendo a Raz, como una razón protegida. La pretensión de autoridad exhibida por la norma respectiva la hace aparecer, en la terminología de Hart, como una “razón perentoria” (pre-emptive), en el sentido de que esa pretensión de autoridad consiste en que la norma, en cuanto razón, opere reemplazando y —en tal medida— excluyendo las razones inmediatamente pertinentes en la situación en la cual el agente se encuentra o cree encontrarse. Entre estas razones situacionalmente pertinentes, susceptibles de verse excluidas en virtud de la perentoriedad predicable de la norma, pueden figurar aquellas razones que, desde el punto de vista de esa 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, p. 312).

Dicho esto, podemos decir que estamos frente a una prohibición que es una razón perentoria, en tanto reemplaza y excluye otras razones inmediatamente pertinentes en la situación concreta (por ejemplo, que estamos frente a un acuerdo para bajar los precios que ocurre como reacción a una catástrofe natural, por lo que la baja de los precios beneficiaría a los consumidores). Pero

el punto, siguiendo lo afirmado en el fragmento, es que las razones situacionalmente pertinentes que quedan excluidas pueden incluso ser aquellas que justifican la norma (el mismo bienestar del consumidor). Es decir, es posible que la norma que sanciona los acuerdos de precios entre competidores se fundamente en la consideración de que beneficia a los consumidores y que al mismo tiempo que esto sea cierto, en su operación en concreto, la norma, en tanto opere como razón perentoria, excluya este tipo de consideraciones que la fundamentan en ciertas ocasiones.

### 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? Si bien el contenido de nuestras normas es parecido, este no es idéntico, y, además, la forma de interpretarlas es diferente (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*). Según este, desde la Revolución Estadounidense:

[l]a 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, 2004a, p. 102).

Y en esta línea ahora podíamos afirmar que la ley:

[e]s 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, 2004a, p. 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: como diría Hobbes, *authoritas non veritas facit legem*. 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 (o irrelevante) como la de cualquier otro ciudadano.

Lo anterior choca con la auto comprensión del *common law*. Bajo esta, el derecho es una especie de combinación de lo universal y lo particular (Atria, 2004a, p. 103). Por un lado, el derecho es universal pues puede reconducirse a principios universales de justicia y razón. Y, por otro, es particular, dada la importancia del derecho consuetudinario: la costumbre tiene valor puesto que es el precipitado de la experiencia inmemorial. Bajo esta auto comprensión las reglas no constituían el derecho, sino que eran reglas de experiencia “indicios que permitían determinar lo que era el derecho (i.e. la mejor comprensión de los principios universales del derecho naturales aplicados a las circunstancias de los ingleses)” (Atria, 2004a, p. 104).

Según Atria (2016),

[l]o 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) (p. 57).

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 (2004a) toma este fragmento y, haciendo una analogía, explica que bajo una comprensión premoderna del derecho:

[n]o 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 roma-

na, no tiene fuerza normativa propia: es un mecanismo que permite ahorrar tiempo (p. 107).

Esto explica que bajo un sistema gobernado por la lógica del *common law* las cortes modifiquen y deroguen las normas establecidas por el poder legislativo. Si las normas fluyen del derecho, y algunas normas son un mal resumen de lo que es el derecho, entonces es entendible que quien llegue a notarlas (v.gr: la Corte Suprema de EE. UU.), cambie estas reglas *por mor* del derecho mismo. Lo anterior explica que autores como Crane hayan notado que “si bien los estatutos de antitrust a menudo son abiertos e indeterminados, incluso cuando los estatutos tienen un significado claro las cortes ha frecuentemente elegido ignorar su significado y su propósito legislativo” (Crane, 2021a, p. 8).

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:

[e]s 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, 2004a, p. 106).

Así, si bien bajo una comprensión premoderna una decisión del poder legislativo pueda ser incorrecta esta al mismo tiempo puede ser 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 visión de Crane (2021) según la cual:

[j]ueces 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 (p. 8).

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.

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<sup>15</sup>. 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 Act” (Melamed y Petit, 2019, p. 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, p. 1251). Esto explica que “las cortes frecuentemente reconocen que los textos estatutarios [del antitrust] tienen un significado claro y luego se rehúsan a seguirlo” (Crane, 2021b, p. 1207), y que “las cortes han 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, p. 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”. Y, 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 ejercicio de autonomía pública<sup>16</sup>. Y 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, 2003a, pp. 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 reinterpretemos de forma inversa la analogía del almanaque

<sup>15</sup> Una exposición del desdén de las cortes americanas por la intención legislativa y el tenor literal está en: Crane, 2021b.

<sup>16</sup> Por supuesto, la visión ideológica de un juez siempre puede afectar la decisión del juicio. El punto es que mientras más ignore el juez el tenor literal, más capacitado estará de imponer su visión ideológica. La formalidad del derecho (bien entendida) es un escudo contra la arbitrariedad.

(y decimos que la posición de las estrellas (el derecho) fluye del Almanaque (las normas)), obtenemos que, bajo una comprensión moderna del derecho, este es el conjunto de las normas y tiene fuerza propia. En palabras de Atria (2004a), “el derecho (...) fluye de la ley; las reglas jurídicas ya no son regulae iuris romanas, que se limitaban a describir ordenes prohibiciones o permisiones que existían con independencias de [las reglas]” (p. 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. Así, en el contexto de la discusión sobre posibles reformas a la ley de antitrust de EE.UU. Crane (2021b) 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 (p. 1252).

Crane (2021b) dice que “su tesis es descriptiva, no prescriptiva” (p. 1250). Yo sí me permitiré ser prescriptivo. 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 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, 2003b, p. 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 necio 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 el artículo se tomará en serio nuestra herencia continental. Por eso, partiré por la ley. Y es que como dice Schurmann (2019), “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” (p. 569).

### **3.2 El método: el derecho continental en serio**

Lo anterior es un rodeo necesario pues, como dice Dworkin (1986), la teoría del derecho es “la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso de cualquier decisión legal” (p. 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 de Luis Emilio Rojas en su investigación referida al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad, donde éste afirma que “en una operación de reformulación contradictoria del injusto propio de estos delitos es posible determinar lo justo, esto es, los intereses jurídicamente protegidos por las normas citadas” (Rojas, 2015, p. 146). En la misma línea está Mañalich (2021b), según quien el criterio para reconocer el bien jurídico no es otro que “el conjunto de normas de sanción legislativamente formuladas que (...) refuerzan una o más normas de comportamiento que dispensan protección a esa propiedad [en que consiste el bien jurídico]” (Sección 2, letra a).

## **4. EL BIEN JURÍDICO LIBRE COMPETENCIA**

### **4.1 El contenido del bien jurídico libre competencia**

Como vimos, la tesis actualmente hegemónica afirma que la mayor parte de las conductas se evalúan de acuerdo a la regla de la razón. Y si esto es así, hay normas del DL 211 inaplicables si no determinamos en qué consiste la libre competencia. Por eso decíamos que necesitábamos normas de sanción con un tipo objetivo cuya operatividad no dependiera de la definición del bien jurídico libre competencia. Con una norma tal, es decir, autosuficiente, es que podemos seguir el método antes enunciado de determinar lo injusto para luego por contradicción determinar lo justo. Normas que tienen esa forma son

justamente aquellas contenidas en la primera parte de la letra a) del artículo 3 del DL 211 y en el artículo 62 del DL 211.<sup>17</sup> Estas son prohibiciones que evalúan la legalidad de las conductas que caen bajo ellas de acuerdo a la regla *per se*, esto es, más allá de sus efectos.

Dado que estamos frente a sanciones evaluadas de acuerdo a la regla *per se*, para acreditar que se incurre en la conducta prohibida basta que se acredite la existencia de un acuerdo y que este recaiga sobre ciertas variables esenciales de competencia.

En este momento corresponde volver a lo dicho por Rojas: se debe determinar lo injusto para por contradicción determinar lo justo. Podemos ya determinar qué es lo injusto: que se tomen decisiones que no son independientes por parte de los competidores, que no haya comportamiento competitivo. Y siendo lo injusto que se tomen decisiones que no son independientes, es decir, que no haya un comportamiento competitivo, lo justo, por contradicción, resulta ser la existencia de comportamiento competitivo<sup>18</sup>.

Que lo protegido es el comportamiento competitivo es consistente con la tesis de Odudu (2006) de que “lo característico de los acuerdos y las prácticas concertadas es que disminuyen la incerteza respecto de la conducta de otros actores” (p. 95), siendo el caso que un ambiente incierto provee el ímpetu para entablar comportamiento competitivo (*competitive struggle*) (Odudu, 2006, p. 83). Esto se asemeja a la tesis de Frenz (2016) 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” (p. 4).<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Afirmando que “solo” estas normas tienen esta forma por mor del argumento. Como he explicado más arriba, creo que todas las normas del inciso segundo del artículo 3 del DL 211 aplican de acuerdo a la regla de la razón.

<sup>18</sup> 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; esta es una pregunta empírica que no estamos capacitados para responder). Sobre este punto, que podría ser relevante a la hora de evaluar fusiones o evaluar otro tipo de conductas no nos referiremos aquí.

<sup>19</sup> 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, p. 137). Empero, el yerro de esta tesis consiste en que confunde el objeto de la

En este momento puede ser útil acudir a la definición de comportamiento competitivo de Oliver Black (2005), 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.” (p. 10).<sup>20</sup>

Por supuesto, llegado a este punto podría imitar a Artaza y 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 (2021b), se debe distinguir entre

[e]l 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 (Sección 2 letra a).

En síntesis, el bien jurídico protegido es el comportamiento competitivo. Y esta tesis no es completamente nueva. Es más, puede ser vista como una forma de dotar de mayor contenido al slogan 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 (2017), la que ha afirmado que “el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia no es la protección de

---

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” (Gagliana y Aracena, p. 136). Es decir, confunden la finalidad del sistema con el bien jurídico protegido.

<sup>20</sup> 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, 2005, pp. 11-13)

los competidores ni de los consumidores, sino la competencia misma” (citado en Vega, 2020, p.13)<sup>21</sup>.

#### 4.2 La naturaleza del bien jurídico libre competencia

Para determinar la naturaleza del bien jurídico protegido y su forma de afectación es útil dejar claro que los bienes jurídicos protegidos consisten en “alguna propiedad que, en cuanto exhibida por una persona, una cosa, una institución o en general un objeto (lato sensu) cualquiera, es valorada positivamente” (Mañalich, 2021b, p. 81). Es importante a este respecto que uno podría pensar que no se puede afectar la libre competencia en tanto que “el bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas” (Hefendehl, 2002, p. 8). Debemos rechazar tal aproximación pues a ella subyace “una hipóstasis (o “reificación”), consistente en conferir a la entequeia abstracta constituida por un “valor ideal” el estatus ontológico de algo que tendría que poder ser menoscabado de una manera empíricamente constatable” (Mañalich, 2021b, sección 2, letra a). Por contraste, la conceptualización de los bienes jurídicos como propiedades positivamente valoradas hace posible afirmar que “los bienes jurídicos no son piezas de museo, sino características de las personas, cosas e instituciones de la vida social” (Kindhauser, 2009, p. 10), y hace posible pasar por alto la exigencia de Hefendehl de que la afectación del bien jurídico sea empíricamente constatable.

Venía diciendo que el bien jurídico protegido es el comportamiento competitivo. Pero bajo esta formulación, el bien jurídico es “un algo”, no una propiedad de algo. Siguiendo las críticas recién revisadas diremos entonces que el bien jurídico protegido es la competitividad del actuar de los agentes del mercado, i.e.: una propiedad conductual.

Además, 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, p. 4), es decir, “es un bien jurídico indivisible” (Mañalich, 2021b, 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,

<sup>21</sup> Fiscalía Nacional Económica en Denuncia de particular por caso de competencia desleal. Rol N° 2432-17 FNE (2017), citado en Vega, (2020): 11 Y, 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, p. 13).

esto es, el nivel de la realidad natural o bruta o el nivel de la realidad institucional, normativamente configurada (Mañalich, 2021b). 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.

## 5. CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho, al identificar el bien jurídico protegido por la normativa chilena de libre competencia 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.

Vale la pena cerrar haciendo una salvedad. El artículo analizó el bien jurídico de la libre competencia a partir de lo protegido por la sanción de la colusión. Esto, pues la doctrina mayoritaria actualmente afirma que la norma que sanciona la colusión es la única norma autosuficiente del DL 211 (pues es la única que opera según la regla *per se*), pero si uno niega esta hipótesis, y afirma que todas las sanciones contenidas en el inciso segundo<sup>22</sup> son autosuficientes en su aplicación, entonces cada una de las normas que sancionan conductas anticompetitivas indirectamente protegen bienes jurídicos que no están necesariamente relacionados entre sí.<sup>23</sup> Si esto es así, “la libre competencia” que es mencionada en el primer inciso del artículo 3 del DL 211, consistiría en la sumatoria de los bienes jurídicos protegidos indirectamente por las normas presente en el inciso segundo de dicho artículo.

---

<sup>22</sup> Que genéricamente son: explotación abusiva de una posición dominante ya sea individual o colectivamente, las prácticas predatorias o de competencia desleal (para para alcanzar mantener o incrementar una posición dominante) y la prohibición de *interlocking*. Letras b, c y d del inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

<sup>23</sup> En términos más formales, puede ser que la norma de sanción que castiga el abuso de posición dominante refuerza la norma de comportamiento que prohíbe dicho abuso de posición dominante, siendo el bien jurídico protegido por dicha norma de comportamiento un bien jurídico que no es el mismo que aquel indirectamente protegido por la norma de sanción que castiga la colusión.

## 6. LISTA DE REFERENCIAS

- Aguayo, P. (2017). Rawls y el estado de bienestar capitalista. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (32), 5-18.
- Agüero, F. (2004). *Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia*. [Boletín Latinoamericano de Competencia N° 9], 124-133.
- Artaza, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación. *Revista de Derecho (Valdivia)* 30 (2), 339-366.
- Artaza, O. (2020). Fundamentos: la colusión como delito económico. En Santelices, V., Artaza, O. y Belmonte M. (eds.) *El delito de Colusión* (pp. 17-36), Tirant lo Blanch.
- Atria, F. (2001). *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- Atria, F. (2003a). La hora del derecho: los “derechos humanos” entre la política y el derecho. *Estudios Públicos* (91), 57-69.
- Atria, F. (2003b). El derecho y la contingencia de lo político. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (26), 319-345. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.16>
- Atria, F. (2004a). La ironía del positivismo jurídico. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27), 81-139. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.05>
- Atria F. (2004b). Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo. *Revista de Estudios de la Justicia* (5), 119-141. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i5.15049>
- Black, O. (2005). *Conceptual Foundations of Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Crane, D. (enero, 2021a). Antitrust and Democracy. *Investigaciones CeCo*.
- Crane, D. (2021b). Antitrust Antitextualism. *Notre Dame Law Review, Forthcoming, U of Michigan Public Law Research Paper No. 672, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 20-009*, 1204-1256. Disponible en: <https://srn.com/abstract=3561870>
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Fontana.
- Frenz, W. (2016). *Handbook of EU Competition Law*. (Craig R. Aird trad.) Heidelberg New York Dordrecht London. Springer.
- Frisch, W. (2007). Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En Alcácer R., Marín M., Ortiz de Urbina, I. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 309-340). Marcial Pons

- Gagliano, J. y Aracena, P. (2018). Aproximación al tipo penal introducido por la Ley 20.945: Delito de colusión. *Revista de Estudios de Justicia* (29), 121-152. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2018.50646>
- García, G. (2021). Los equivalentes funcionales y el delito de colusión del art. 62 D.L. Nº 211. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (44), 3-28.
- Grunberg, J. (febrero, 2020). Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente. *Investigaciones CeCo*.
- Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 1-13. Disponible en: [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14)
- Hovenkamp, H. (2018). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?. *Notre Dame Law Review* (93), 582-638. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3097452>
- Khan, L. (2018). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*. 126 (3): 710-805. Disponible en: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>
- Khan L. (2019). The ideological roots of America's Market Power Problem. *Yale L.J.F.* 960 -979. <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-ideological-roots-of-americas-market-power-problem>
- Kindhäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *Indret* (1), 1-19. <https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/>
- Mañalich, J. (2010). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de Justicia* (12), 169-190. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126658>
- Mañalich, J. (2021a). 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>
- Mañalich J. (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de Justicia* (29), 59-71. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2018.52223>
- Mañalich J. (2020). La voluntariedad del desistimiento como "ortonomía" motivacional. En Acevedo N., Collado R., Mañalich J. (eds.), *La Justicia como Legalidad. Estudio en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga*. Thomson Reuters.
- Mañalich, J. (2021b). 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. En

- Mañalich J., Maldonado F., Londoño F. (eds), *Los delitos contra la salud pública ruante la pandemia: Teoría y Praxis*. Thomson Reuters.
- Mañalich, J. (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.
- Melamed, D. y Petit, N. (2019). The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets. *Review of Industrial Organization* 54(4), 741-774. <https://ssrn.com/abstract=3248140> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3248140>
- Morales J. y Juppet M. (2018). *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Thomson Reuters.
- Nino, C. (1986). *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Odudu, O. (2006). *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. Oxford: Oxford University Press.
- Peralta, I. (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), 127-152.
- Peralta, I. (2022b). 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). *Revista de Estudios de la Justicia* (36), 159-184.
- Peralta, I. (2022c). Los tecnócratas y su monopolio sobre la libre competencia. *Latin American Legal Studies*, 10(2), 416-469.
- Rawls, J. (1955): Two Concepts of Rules. *Philosophical Review* 64(1), 3-32.
- Rojas, Luis Emilio (2015): «Falsedad documental como delito contra el derecho a la Verdad». *Revista de Estudios de la Justicia* 22: 143-179.
- Szczaranski, Federico (2012). «Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra» *Polít. crim.* Vol. 7, Nº 14: 378- 453.
- Schurmann, M. (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. *Polít. crim.* 14(27), 549-598. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A16.pdf>
- Shaffer, M. (2020). Necessary and sufficient conditions. En Martin B. y Hendricks C. (eds.), *Introduction to Philosophy: Logic* (pp. 45-53). Rebus.
- Valdés, D. (2013). Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia. *Ius Publicum* (30), 125-153.



- Vega, F. (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>
- Wardagh, B. (2014). *Cartels, Market and Crime. A Normative Justification for the Criminalization of Economic Collusion*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wu, T. (2018). After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition Standard in Practice”. *The Journal of the Competition Policy International*, Columbia Public Law Research Paper No. 14-608, 1-12. <https://ssrn.com/abstract=3249173>
- Ybar, M. (2009). ¿De qué hablamos cuando hablamos de Competencia?, 1-12. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1739315>