

ARTÍCULOS

Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre competencia

Why criminal guarantees don't apply to antitrust procedures

Ignacio Peralta Fierro 

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

RESUMEN En este artículo busco refutar que al sistema de libre competencia aplican las garantías penales. Primero, afirmo que esta maniobra no sirve para colmar lagunas y, además, pasa de contrabando ciertos juicios políticos como si fueran jurídicos. Segundo, afirmo que para zanjar este debate es necesario dilucidar si la libre competencia y el derecho penal tienen una naturaleza común que justifique su tratamiento conjunto. Basándome en Michael Moore, afirmo que dicha cuestión solo puede ser zanjada analizando si el derecho penal y el derecho de la libre competencia cumplen la misma función. Tercero, argumento que la libre competencia y el derecho penal no cumplen el mismo rol, pues mientras la primera busca mayor disuasión general, el segundo busca retribución. Para demostrar lo señalado explico que las instituciones de cada una de estas áreas solamente son inteligibles con cargo a la hipótesis recién enunciada.

PALABRAS CLAVE Libre competencia, garantías penales, disuasión general, retribución.

ABSTRACT In this article I seek to rebut the doctrine that states that strictly criminal guarantees apply to antitrust proceedings. First, I state that this maneuver does not fill in law's gaps, and also tries to pass strictly political judgements as if they were juridical. Second, I state that this discussion can only be dealt with by adjudicating whether criminal and antitrust law share a common nature that justifies that the same guarantees apply to both. Building upon the work of Michael Moore, I try to make the argument that this relates to the question of whether both areas fulfill the same function. Third, I make the argument that while antitrust seeks to maximize general dissuasion, criminal law aims at retribution. To demonstrate this, I try to show that these areas only are intelligible under the aforementioned hypothesis.

KEYWORDS Antitrust, criminal guarantees, general dissuasion, retribution.

Introducción

En la doctrina de la libre competencia existe una disputa que no se ha desarrollado con debida profundidad entre quienes creen que en el procedimiento de libre competencia aplican las garantías penales, y quienes rechazan ese planteamiento. Esta discusión es central, pues distintas posturas conllevan soluciones prácticas bastante disímiles entre sí, con efectos de gran magnitud. En este artículo busco refutar la corriente que sostiene que aplican las garantías aludidas en sede de libre competencia.¹

La importancia de la discusión

La importancia de la teoría de la libre competencia frente a su práctica

La eficacia de un sistema sancionatorio no está solamente relacionada con las conductas que son castigadas y con la envergadura de las sanciones mismas. Otro aspecto que incide en la eficacia del mismo tiene relación con las garantías que aplican, esto es, los principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, a grandes rasgos, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica (Caro, 2006: 1028).² Estas garantías incluyen el estándar de prueba que se debe cumplir para sancionar a un acusado, o cuan determinada tiene que estar en una norma de sanción la conducta que sirve de antecedente a la imposición del castigo, entre otras cuestiones. Lo anterior tiene impactos relevantes en la eficacia del sistema, pues implica que para sancionar ciertas conductas es necesario un diseño institucional que regule la reconstrucción de los hechos pasados, cuestión que, en parte depende de las garantías aplicables. Así, cuánto se sancione depende de cómo se encuentra diseñado ese proceso de reconstrucción de la infracción (Letelier, 2018: 210).

Cuando existen lagunas sobre estos asuntos, generalmente son colmadas mediante la teoría a la que acude el dogmático de turno, y dicha teoría puede tener importantes consecuencias. Así, por ejemplo, se puede afirmar que el estándar de prueba en el procedimiento de libre competencia es el penal, y así habrá varios falsos negativos (personas culpables que son declaradas inocentes), lo que tiene un efecto negativo en

1. Excluyo de este análisis la sanción penal a la colusión, pues a ella evidentemente sí aplican las garantías penales.

2. En contra de un extendido lugar común, la cuestión sustantiva relativa a los derechos que tiene una persona no implica una respuesta unívoca a la cuestión institucional de quien ha de resguardar dicho derecho. Por ejemplo, respecto de la vigencia del principio de legalidad, podría ser que este fuera hecho valer ya sea por todos los tribunales que conozcan de sanciones (algo así como un «control difuso»), o que este solo pudiera hacerse valer por un órgano especial que esté a cargo de la jurisdicción constitucional. Este artículo se aboca al análisis de la cuestión sustantiva respecto de la vigencia de las garantías penales en libre competencia, no a la cuestión institucional de quién las ha de hacer valer.

la capacidad disuasoria de la institucionalidad.³ Por otro lado, y ahora respecto de la determinación de la hipótesis de hecho contenida en la norma de sanción, si es que se aplican los estándares penales de tipicidad, no puede haber normas excesivamente «abiertas», lo que limita la capacidad de la administración de perseguir diversas conductas, esto, nuevamente, tiene un impacto negativo en la capacidad disuasoria de la institucionalidad.

A este respecto, qué tipo de garantías aplican en el procedimiento de libre competencia es algo que generalmente se plantea de una forma algo repetitiva. Lo anterior, pues ante «la necesidad»⁴ de afirmar la presencia de garantías de algún tipo en este procedimiento, los dogmáticos afirman la existencia de una potestad sancionadora general, el *ius puniendi estatal*. Y afirman que «en mérito al sistema que crea ese supraconcepto, [hay que] acudir a lo penal para completar los vacíos conceptuales y de regulación que se advierten en lo administrativo sancionador» (Krause, 2020: 2).⁵ Este planteamiento tiene su origen y justificación en una maniobra teórica común. Así, cuando la doctrina o jurisprudencia quieren asimilar dos figuras distintas, forman con ellas un concepto superior y único —un supraconcepto— en el que ambos están integrados, «garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen» (Rojas, Ferrada y Méndez, 2021: 106). En lo que concierne específicamente a la libre competencia, la Corte Suprema ha seguido una línea similar. Así, ha afirmado que «existen principios generales que corresponde tener presentes en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia».⁶

Sobre este punto, vale la pena notar de entrada que la doctrina suele concentrarse en cómo proteger más a los acusados.⁷ Como dice Krause (2020: 2): «Superada la discusión acerca de la constitucionalidad de las sanciones administrativas, el esfuerzo dogmático y jurisprudencial se ha centrado en sujetarlas a control». Pero este es un enfoque unilateral, pues no tiene que fijarse el esfuerzo dogmático exclusivamente en limitar la capacidad sancionatoria de la administración, pues esto tiene como correlato una mayor desprotección de los ciudadanos en general (con mayores garantías,

3. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia número 160 de 2017, voto de prevención, párrafo 19. Sobre esto, ver también Fuchs, 2019.

4. Las comillas se deben a que, como veremos más abajo, esta supuesta necesidad nace de un juicio político sobre que debería haber más garantías, aun cuando el legislador no las consagra.

5. Ver también: Ried, 2020: 4; Larraín y Palma, 2022: 4 y Lizana, 2022: 3. En general respecto de esta maniobra en lo referido a lo sancionatorio administrativo, ver Cordero, 2020: 161 y ss.

6. Corte Suprema, rol número 2578-2012, considerando 75, página 261.

7. Como dice Wilenmann (2020: 46), «el problema tiende a ser tematizado en referencia al posible uso litigioso de una batería de argumentos potencialmente disponibles para una parte —en general: la defensa de agentes más o menos importantes de la economía ordinaria en procesos de reclamación ante la imposición de sanciones por autoridades administrativas—, antes que como un problema de diseño institucional».

la política de competencia pierde eficacia). A este respecto, uno podría sospechar que a lo anterior subyace la errada idea de que la aplicación de garantías penales traería consigo solo efectos positivos, y que la sanción administrativa sería, así, algo diverso de sus características o garantías. En otras palabras, sería algo a lo que no le sucedería nada si es que se aplican garantías penales a su imposición (Letelier, 2017: 613).⁸ Como sentencia Wilenmann (2020: 51), «en culturas legales dominadas por argumentos del foro tiende a reaccionarse de un modo que puede considerarse irracionalmente maximalista». A este respecto, es complejo plantear el debate como puramente conceptual. Por ello, más bien, debemos abandonar la idea de que los problemas vinculados a sanciones regulatorias pueden ser resueltos exclusiva y satisfactoriamente utilizando una metodología exegético-conceptual, «esto es, una que da cuenta de categorías conceptuales que sirven de parámetro para evaluar la legalidad o constitucionalidad de las sanciones administrativas» (Letelier 2020: 67).⁹

En contra de lo expuesto hasta ahora, debemos entender que la regulación óptima en el ámbito de sectores regulados dependerá exclusivamente del sector regulado (Letelier 2020: 78).¹⁰ Y es por ello que para analizar las garantías aplicables a un sistema hay que atender a sus especificidades, y no asumir que existe un conjunto de principios escritos en piedra que necesariamente han de aplicarse.¹¹

8. Así, por ejemplo, Valdés afirma que: «Tratándose de una cuestión de grados es posible extender, y así se han extendido, las garantías diseñadas para los delitos penales a los ilícitos administrativos, confiéndose por esta vía mayores resguardos a los miembros de la sociedad nacional» (Valdés, 2006: 218). Pero, vale la pena preguntarse quiénes son estos «miembros de la sociedad nacional» que reciben mayores resguardos si aplican las garantías penales. Ciertamente, este grupo no está compuesto por los consumidores. Por esto vale la pena atender a Whyte cuando afirma que «el “derecho humano a dominar” existe en conjunto a los derechos humanos de los dominados, y los derechos humanos han demostrado ser más útiles en la protección de los ricos y en la legitimación de las intervenciones de los más poderosos que en proteger a los débiles» (2019: 3).

9. Lo anterior es importante, pues la cuestión no es puramente conceptual, «dado que es sin más imaginable una práctica de imposición de sanciones que no observe determinadas garantías mínimas» (Mañalich, 2017: 466).

10. Y dicha decisión corresponde al legislador, no a los dogmáticos jurídicos.

11. Creo que los principios penales a ratos adoptan la forma de artefactos ideológicos cuando son aplicados sin más a todo tipo de sistema sancionatorio. Esto, en el sentido de que se los trata como algo que existe con independencia de convenciones humanas contingentes (instituciones con tales o cuales rasgos) y que por ello siempre deben aplicarse (se las reifica). En otras palabras, a ratos se pasa por alto que las garantías penales son tan convencionales como las instituciones que buscan regular, y por ello no hay que tratarlas como algo «intocable» y que jamás puede ser dejado de lado. Más bien, las garantías penales cumplen funciones específicas dentro de ciertos sistemas (los sistemas penales) y no deben aplicar a todo sistema sancionatorio. Con todo, desde una óptica puramente conceptual, esto es difícil de asir, puesto que se ven las garantías de manera enteramente abstracta, no como algo que está relacionado con una institución. Como dice Wilenmann (2020: 46), generalmente, esta discusión «adolece de déficit de flexibilidad y tiende a la inflación de lugares comunes retóricos (los principios naturales del *ius puniendi*)».

Dado lo anterior, en este trabajo defenderé la necesidad de adoptar una óptica institucional (en desmedro de una conceptual) de las instituciones jurídicas. Y esto implicara iniciar el análisis «desde abajo», desde instituciones realmente existentes, antes que «desde arriba», esto es, a partir de elucubraciones puramente conceptuales que no dan cuenta de las especificidades de un sistema particular. Pero antes de pasar a esto, vale la pena detenerse brevemente en la estrategia conceptualista.

Fabricando lagunas

Acudir a las garantías penales para rellenar lagunas en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, si bien puede parecer útil, a fin de cuenta genera varios problemas. Esto, pues si bien *quizás* se avanza algo en colmar algunas lagunas, al mismo tiempo se crean otras.

A este respecto, es evidente que, en el procedimiento de libre competencia, ha de haber algún estándar de prueba para tener un hecho por probado y, por lo anterior, a primera vista podría parecer útil acudir a las garantías penales, ya que el estándar de prueba no está expresamente regulado. Pero, debe notarse desde ya que haciendo uso de esta estrategia no se logra mucho, pues la aplicación de las garantías penales tiene lugar «con matices» (Cordero, 2012: 406). Así, inmediatamente surge la pregunta sobre la entidad de esos matices, por lo que no se ha avanzado demasiado en la disolución de las lagunas.¹² Y como si lo anterior fuera poco, esta estrategia argumentativa da una arbitraria ventaja a quienes quieren abogar por mayores garantías en este sistema, pues es quien quiere matizar estas garantías quien tiene la carga argumentativa de demostrar que hay que flexibilizarlas (esto, pues la garantía penal es un punto de partida que luego será matizado).

Pero, como decía, no solo se colman lagunas (de forma inadecuada), sino que también se las genera. A este respecto, si bien hay aspectos de un procedimiento legal que necesariamente deben estar determinados (como el estándar de prueba), hay otros asuntos que pueden estar o no contemplados. Puede ser que en algunos casos simplemente haya menor protección que en el sistema penal, no habiendo, por ejemplo, una regulación tan estricta como la penal en lo concerniente a la determinación de la culpabilidad (esto es desarrollado más adelante, en la sección *Culpabilidad y la instrumentalización de los acusados*).

Como muestra Letelier, estas lagunas son simplemente fabricadas al momento de considerar (políticamente) insuficientes los requisitos y limitaciones expresados en las referidas leyes para las sanciones. Y es por lo anterior que i) se asume la existencia

12. Hay quienes afirman que una vez que tiene lugar dicha «matización», estos principios se flexibilizan en su aplicación al nivel de dejarlos «prácticamente sin contenido» (Rojas, Ferrada y Méndez, 2021: 108). Y también se opina «tiende a funcionar como un ejercicio de decisión intuitiva» (Wilenmann, 2020: 52).

de una laguna regulativa, ii) se vuelve «necesario» buscar un criterio metajurídico —como la derivación de un único *ius puniendi*— como forma de complementar esa regulación y, iii) con base en lo anterior, se justifica un posterior ejercicio analógico para aplicar las garantías penales a las sanciones administrativas. En síntesis, dado que un sector de la doctrina parece desear más limitaciones a esa potestad sancionatoria, la consideración de la existencia de una laguna permite la aplicación analógica del estatuto dogmático de una sanción que, *prima facie*, se le parecería (y que tiene más limitaciones), como es la sanción penal (Letelier, 2017: 629).

Así, acudir a las garantías penales, si bien (quizás) ayuda algo a la hora de completar la regulación, tiene el problema de que cuela de contrabando ciertos principios y así se crean nuevas lagunas, siendo el caso de que la ausencia de ciertas garantías puede ser vista no como un desliz del legislador, sino como una decisión política cuyo objetivo es hacer al sistema más eficaz. Por esto, es incorrecto creer que una vez que el legislador se decide por un régimen sancionatorio con menores garantías sea inocuo trasvasijarle las características que definen a la otra sanción en paralelo, la sanción penal. Esto, pues el legislador realiza su elección tomando precisamente en cuenta la forma en que ellas son impuestas, los costos de la reconstrucción fáctica, los efectos sociales que producen y la eficiencia que ellas generan (Letelier, 2018: 225). Así, la existencia de distintos regímenes debe ser entendida como una diferenciación de funciones, en que el sistema penal opera como última *ratio*, dada la mayor lesividad de sus sanciones, y los ámbitos del derecho administrativo sancionatorio (*lato sensu*) operan como *prima ratio*. Pero, si ambas áreas tienen las mismas o similares garantías, entonces ambas áreas se vuelven herramientas de última *ratio* y el sistema pierde eficacia (Rojas, Ferrada y Méndez, 2021: 98).¹³

La importancia de desentrañar la naturaleza de la libre competencia

Los efectos que tiene una teoría demuestran la importancia de que esta sea correcta, pero estas consecuencias no son —sin más— un criterio de corrección. Antes bien, la corrección de la teoría está dada por su capacidad explicativa respecto de su objeto de estudio. Pero lo anterior nos empuja a la pregunta acerca de cuál es el objeto de estudio. En otras palabras, una pregunta central es qué es aquello que estamos estudiando, *id est*, ¿qué es la libre competencia? ¿cuál es su naturaleza? Responder este tipo de preguntas es necesario para hacer avanzar la discusión. No por nada la reflexión sobre la aplicación de las garantías penales al sistema de libre competencia también es sensible a este asunto. Por lo anterior, autores como Valdés apoyan la comunicabilidad de las garantías, argumentando que «existe un continuo de naturaleza entre el ámbito penal y el ámbito administrativo sancionatorio» (2006: 216).

13. En mayor detalle: Wilenmann, 2020: 47 y ss.

Así, para analizar la postura según la cual se deben aplicar las garantías penales al procedimiento de libre competencia, como cuestión previa debemos zanjar cuál es la naturaleza de la libre competencia y el derecho penal. Lo anterior, para ver si existe una naturaleza común que justifique su tratamiento conjunto y la aplicación a ambos de las mismas garantías.

A este respecto, un útil punto de partida para determinar la naturaleza de la libre competencia es la teoría de Michael Moore sobre cómo es posible tener una teoría del derecho sobre un área particular. Según el autor aludido, la pregunta sobre cuáles son los rasgos de una determinada área del derecho es una pregunta ontológica que admite ser analizada mediante la distinción de tres clases (1997: 19). Primero, las clases naturales, que son aquellas que no solo existen naturalmente (es decir, independientemente de la convención humana), sino que los objetos de estas clases también tienen una naturaleza interna que es la esencia que hace que un determinado objeto sea parte de esa clase. Así, Moore afirma que nuestros conceptos de oro y agua obtienen sus naturalezas esenciales a partir de su estructura atómica y molecular. Segundo, están las clases nominales, aquellas compuestas de un mero conjunto de cosas que no comparten una naturaleza más allá de que nominalmente se las agrupa bajo una misma etiqueta. En tercer lugar, Moore menciona las clases funcionales.

Respecto a esto, una clase funcional, tal como una clase natural, se caracteriza porque cada miembro de esta clase tiene un rasgo que todos comparten. La diferencia con la clase natural, empero, es que aquí tal rasgo es funcional, no estructural. Así, por ejemplo, la clase funcional de los estómagos tiene como naturaleza común la función de procesar comida, más allá de si su estructura es orgánica, sintética o de otro tipo (Moore, 1997: 19-20).

Para explicar lo anterior, vale la pena detenerse en el derecho penal. Sobre este particular, hay quienes creen que esta área está marcada por la sanción punitiva, es decir, se la analiza como una clase natural cuya naturaleza viene dada por su estructura. Pero este análisis es problemático, pues las instituciones jurídicas no admiten ser analizadas como elementos de las ciencias empíricas. Antes bien, la naturaleza esencial de los conceptos jurídicos viene dada por la función que desempeñan y no por los medios usados para desempeñarla (Moore 1997: 21). Esto, pues una caracterización estructural de un concepto jurídico necesita —pero carece de recursos para— justificar por referencia a conceptos no estructurales dos cuestiones centrales para la definición del concepto: primero, la individuación de la estructura identificada¹⁴ y segundo, su relevancia (Atria, 2016: 138). Así, tenemos las siguientes preguntas: ¿Por qué podemos decir que ciertos rasgos (una estructura) corresponden a una determinada institución? ¿por qué son tales rasgos y no otros los que llevan a que hagamos tal identificación? Y la respuesta es que tales rasgos contribuyen al desempeño de una función.

14. Es decir, la cuestión relativa a cómo identificar en el mundo una institución como un tribunal.

El punto admite ser explicado a partir de la cuestión sobre cómo podemos distinguir entre multas e impuestos. A este respecto, si bien estos conceptos son intuitivamente diferentes, desde una perspectiva puramente estructural son idénticos (se carga monetariamente a una persona por hacer algo). Por esto, si vamos a diferenciarlos, hemos de acudir a alguna otra perspectiva. Y aquí la solución consiste en afirmar que una caracterización funcional es la única manera de distinguir un impuesto de una multa, explicándose la diferencia entre ambas instituciones en que mientras una busca recaudar fondos (impuestos), la otra busca disuasión general (multas) (Atria, 2016: 139). Y así, la cuestión cae por su propio peso:

Sea x un concepto que se define por las propiedades estructurales abc . ¿Qué justifica la elección de esas propiedades? La pregunta parece tener solo dos respuestas posibles: las propiedades abc definen x porque así lo hemos entendido siempre (= es un concepto nominal) o porque solo las condiciones abc guardan alguna relación (todavía no analizada) con la función que lo define (= es un concepto funcional) (Atria, 2016: 142).

Recapitulando, solo podemos identificar la naturaleza de un área del derecho a partir de un juicio respecto de qué función desempeña. Y esto, a su vez, lo haremos asumiendo que las reglas que caracterizan a esa área ayudan al desempeño de una determinada función. Así, para zanjar si el derecho penal y la libre competencia comparten una naturaleza que justifique que adopten los mismos principios, primero hay que ver si el diseño institucional realmente existente refleja aquello. En otras palabras, hay que analizar el derecho positivo y determinar si acaso las reglas de ambas áreas del derecho sirven a una misma función. A eso se dedica la siguiente sección.

Las sanciones administrativas *vis a vis* las sanciones penales

La lógica de las sanciones penales y de las sanciones de libre competencia

La función de las sanciones penales y de las sanciones de libre competencia

Como decía, es especialmente pertinente la discusión respecto de qué caracteriza al derecho penal. A este respecto, un consenso fuerte en la dogmática penal es que la pregunta por la definición más general del derecho penal debe responderse mediante una explicación a la pregunta por la definición de la pena (Mañalich, 2007: 118). No por nada quienes defienden la aplicación de las garantías penales al procedimiento de libre competencia afirman que «la potestad sancionatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) se enmarca dentro del ejercicio del *ius puniendi* estatal, entendido como la facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la imposición de una *pena*» (Larraín y Palma, 2022: 4, énfasis agregado). Así, debemos analizar con mayor detención si acaso las sanciones

impuestas por el sistema de libre competencia cuentan como penas en sentido estricto.¹⁵

Es la imputación de una función lo que permite identificar la naturaleza de una determinada área del derecho. Y, como veremos, la función de la pena que mejor explica su estructura es la función de expresar reproche. Puesta así la cuestión, la pregunta pasa a ser si dicha función puede ser imputada a las sanciones que impone el derecho de la libre competencia. En otras palabras, debemos determinar si estamos o no efectivamente frente a una *pena*, cuestión que solo puede ser adjudicada descubriendo la naturaleza de la sanción impuesta en libre competencia, cosa que, a su vez, solo puede ser resuelta elucidando cuál es la función de esta sanción.

Sobre este punto, vale la pena notar que aplicar o no las garantías penales al procedimiento de libre competencia también fue discutido en términos similares entre los ministros del TDLC en la sentencia del caso coloquialmente conocido como «caso del papel tissue». La discusión surgió a partir del estándar de prueba que se iba a exigir. En la sentencia que resolvió dicho caso el voto de minoría de los ministros Tapia y Arancibia sostenía que el estándar de prueba aplicable al procedimiento no debía ser aquel de prueba clara y concluyente, sino aquel del procedimiento civil (es decir, prueba preponderante) por cuanto:

El derecho de la libre competencia aplicable en este caso es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal, sino por principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer (TDLC, sentencia número 160 de 2017, voto de prevención).

En lo que se refiere a este asunto, no me quiero concentrar en el estándar de prueba aplicable en esta sede, sino que en la cuestión más general sobre si aplican o no las garantías penales en este procedimiento. Sobre esta cuestión, los ministros, en su voto de prevención, advirtieron correctamente la conexión funcional que hay entre el tipo de garantías presentes y el tipo de sanción impuesta. Así, afirmaron que:

El estándar de prueba aplicable depende fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada. Por regla general, la declaración de responsabilidad patrimonial de un sujeto se rige por el estándar de prueba civil, mientras que la de responsabilidad penal, que envuelve un reproche ético social por atentados graves a intereses públicos extra-patrimoniales, exige el estándar de «más allá de toda duda razonable» por la mayor imputación moral y retribución que conlleva (TDLC, sentencia número 160 de 2017, voto de prevención).

15. De modo similar, Cordero afirma que «todo operador jurídico, para resolver si el derecho administrativo sancionador debe o no ser aplicado en relación a un específico instituto y en un específico contexto factual, deberá determinar si este es o no una sanción administrativa» (2020: 161).

Si bien no estoy de acuerdo con que haya que analizar el sistema de libre competencia bajo una óptica civil,¹⁶ sí rescato del voto de minoría dos cosas. Primero, que el tipo de garantía aplicable depende de la *naturaleza* de la responsabilidad imputada.¹⁷ Segundo, que hay que contrastar la sanción de libre competencia con la penal, identificando a esta última a partir de su función de expresar reproche.¹⁸ Así, habría dos sanciones (y por tanto dos ámbitos regulativos asociados a ellas) que se diferencian por su naturaleza, la que a su vez es definida por su respectiva función.

En lo que sigue intentaré demostrar que el sistema de libre competencia, mediante sus sanciones, cumple la función de prevenir la comisión de ilícitos futuros. Al mismo tiempo, intentaré demostrar que, por contraste, la función del sistema penal es expresar reproche, por lo que el derecho penal y el derecho de libre competencia no tienen una naturaleza común y no debe, por tanto, aplicarse al segundo sistema las garantías del primero.

Para demostrar lo anterior expondré una hipótesis sobre cuál es la función de la libre competencia y luego demostraré cómo la imputación de esa función al sistema hace inteligible el entramado institucional realmente existente. Para esto, me referiré a diferentes rasgos de estas instituciones, para demostrar que hay un equilibrio entre el principio de que la función del sistema de libre competencia es la disuasión y los atributos de este sistema normativo realmente existente.¹⁹ Lo anterior, pues hay que observar las estructuras del derecho que realmente existen y desde allí preguntarnos qué función se puede imputar a tales estructuras, qué puede hacer inteligible tal entramado institucional.²⁰

16. Esto puede llevar a cambiar una deformación penal del sistema de libre competencia por una deformación civil del mismo. Lo que hay que hacer es, más bien, atender a las particularidades del sistema y evitar los trasplantes teóricos. Así, el error de los ministros consiste en afirmar que «la naturaleza de las normas que rigen el actuar de los agentes económicos conforme al Decreto Ley 211 y las potestades ejercidas por este Tribunal en el referido proceso permiten concluir que la responsabilidad de que se trata es civil o avaluable pecuniariamente» (TDLC, sentencia número 160 de 2017, voto de prevención, párrafo 12). El problema, en otras palabras, consiste en intentar cambiar un molde (el penal) por otro (el civil) sin reconocer la autonomía de la libre competencia, la que no cabe ni dentro de lo civil ni de lo penal.

17. De forma similar: Wilenmann, 2017: 58 y ss.

18. Esto no es casualidad, pues aquí se basan en un trabajo de Juan Pablo Mañalich donde este ofrece una definición funcional de la pena.

19. Como bien dice Letelier, lo que hay que hacer es «mirar los efectos específicos que esas garantías producen para así comprender que lo que hace distintas a ambas sanciones son precisamente esas garantías» (2017: 632).

20. Como dice el mismo Letelier, «el hecho de que ambas sanciones sean dispuestas por el Estado, entonces, no obliga a que ellas tengan la misma regulación. Sólo son los objetivos perseguidos por este —que, por cierto, es el mismo que impone ambas sanciones— lo que justifica sus diferencias» (2017: 633). Un análisis similar es desarrollado por Ríos (2010: 184).

Con todo, vale la pena hacer una advertencia, pues muy bien podría ser el caso que alguien concediera que la sanción administrativa cumple una función preventiva, pero que eso no obsta a que comparta una misma naturaleza con la sanción penal. Lo anterior se podría sostener afirmando que lo propio de la sanción penal también es la prevención, por lo que, compartiendo ambas ramas del derecho una misma función, compartirían asimismo una naturaleza. Dicho esto, si bien creo que esta es una tesis errada, quien la afirmara pagaría un precio bastante alto. Esto, pues una lógica puramente prevencionista es una que no se aviene con el garantismo penal,²¹ por lo que no habría logrado su objetivo de tener garantías más robustas, pues habría legitimado una tendencia filosófico-jurídica que tiende a erosionar estas últimas.

Antes de pasar al análisis del derecho positivo quiero brevemente analizar las implicancias que tiene en la lógica del sistema que, por un lado, la sanción penal tenga como función la retribución, y que, por otro lado, la sanción de libre competencia tenga como función maximizar la disuasión general.

La imagen que tiene cada área del derecho sobre los sujetos sancionados

Otro punto de contraste que se irá a manifestar de diversas maneras en el contraste entre las instituciones de derecho penal y de libre competencia es que las mismas operan bajo una lógica fundamentalmente distinta en lo que concierne a cómo se relacionan con los potenciales sancionados. A este respecto, en el caso del derecho penal, la imposición de la pena como la formulación de un reproche merecido presupone que ella ha de ser congruente con la base del reproche, esto es, el reconocimiento del sujeto cuyo comportamiento se castiga como un alter ego moral, o sea, como una persona (Mañalich, 2007: 193). Es decir, la función propiamente penal de expresar reproche reconoce al otro en su particularidad, y es por eso que le aplica una sanción que es sensible a si efectivamente merece ser sancionado, lo que incluye, como veremos, la posibilidad de excluir la procedencia de un castigo ante la consideración de que existe un error de prohibición invencible.

Por contraste, para el derecho administrativo sancionatorio el dato estadístico o cumulativo de cumplimiento es mucho más relevante que un especial y estigmatizador castigo individual (Letelier, 2018: 224; Van Weezel, 2017: 1011). Y lo anterior tiene plena justificación, pues como dice Kindhäuser, la protección de reglamentaciones puede ser de mucha importancia para el bienestar general, y es por esto que puede ser legítima la protección de ordenamientos mediante sanciones masivas, por ejem-

21. Esto es así, pues «bajo la sola consideración del principio de utilidad, la imposición de la pena a un sujeto inocente puede considerarse una externalidad negativa de la decisión punitiva preventivamente justificada» (Mañalich, 2007: 127). Y, justamente para negar el castigo del inocente, «habría que admitir que la justificación de la pena está condicionada por un principio que no es reducible al principio de utilidad, a saber, un principio de justificación retrospectiva» (Mañalich, 2007: 130).

plo, multas drásticas, prohibiciones de ejercicio profesional y así sucesivamente. Es solo que estas sanciones no tienen la aptitud para formular ningún reproche ético-jurídico en el sentido de un fracaso personal (2012: 160). Lo anterior implica que la función propiamente administrativa, de lograr disuasión general:

Constituye, en principio, un caso de acción estratégica, [...] se corresponde con la adopción de una actitud objetivante, aquella bajo la cual el otro aparece como objeto de táctica social. La punición preventivamente orientada inevitablemente conlleva la instrumentalización del (que es declarado) culpable. La persecución de efectos preventivos a través de la imposición de la pena vuelve imposible que esta pueda entenderse como la expresión de un reproche, pues un reproche, como actitud reactiva, no admite ser usado para la obtención de una consecuencia ulterior (Mañalich, 2007: 170).

Así, la imagen que la función disuasoria del derecho de la libre competencia tiene de las personas es una que los reduce a objetos de táctica social, lo que es perfectamente congruente con que se los instrumentalice y, por tanto, no sea imprescindible que el reproche sea efectivamente merecido (cuestión que implicaría la posibilidad de tematizar la presencia de un error de prohibición invencible).²² En otras palabras, el sistema no se fija tanto en la expresión de reproche desde una mirada retrospectiva hacia lo que un sujeto realizó y por tanto merece. Antes bien, lo que importa es qué hacer con ese sujeto para que, hacia el futuro, esto no vuelva a ocurrir. No nos importa el sujeto en su particularidad, sino que nos importa cómo hacer uso de él. Como dice Atria, aquí la existencia de una infracción es:

Un *side constraint* para el órgano administrativo sancionador: su fin es lograr que los fiscalizados se adecuen al derecho y para maximizar ese cumplimiento debe desplegar los recursos (normativos y materiales) con que dispone. Cuando se trata de sancionar individuos, solo puede hacerlo si han cometido una infracción. Pero el sentido de la sanción no es reprochar al individuo sancionado, es maximizar el cumplimiento de la regulación. La sanción penal, por su parte, es precisamente la formulación de un reproche individualizado (2020: 626).

Lo prospectivo y lo retrospectivo en el derecho penal y en la libre competencia

Por último, otro punto de contraste importante entre la lógica penal y la administrativista es que mientras el derecho penal es retrospectivo, el derecho administrativo sancionatorio es prospectivo, es decir, se legitima con miras al buen funcionamiento de un sector, atiende a la evitación o control de fuentes de peligro y, por lo mismo, es particularmente receptivo respecto de consideraciones

22. En mayor profundidad: Londoño, 2014: 155 y ss. Ver también sección *Culpabilidad y la instrumentalización de los acusados*.

prevencionistas o de disuasión (Van Weezel, 2017: 1008). Y es por esto que se pueden diferenciar teorías retribucionistas y teorías prevencionistas según si la imposición de la pena es justificada en términos retrospectivos, entendiendo que la pena es una reacción en sí misma, correcta y justa frente al comportamiento previo defectuoso (retribución), o bien en términos prospectivos, atendiendo a la evitación de la comisión de delitos futuros (prevención) (Mañalich, 2007: 126).

Así:

Al derecho administrativo sancionador le corresponde una función de mantenimiento de la funcionalidad de la competencia desde una perspectiva global. El perjuicio a la funcionalidad del sector no es apreciado por el derecho administrativo desde la particularidad del hecho infractor, sino desde una perspectiva institucional, es decir, bajo la óptica de lo que sucedería con el sistema competitivo si ese hecho se generalizara. Por el contrario, el derecho penal no se centra en el funcionamiento global de la competencia, sino en las concretas afectaciones que produce el ilícito en la constitución de la sociedad. En este sentido, la reacción penal no recurre a una perspectiva globalizada, sino más bien, a una perspectiva individual que atiende a lo concretamente defraudado por el ilícito penal (Ríos, 2010: 179-180).

Las instituciones de derecho positivo y su relación con la lógica recién expuesta

Culpabilidad y la instrumentalización de los acusados

Es importante destacar que en el caso de la libre competencia y del derecho administrativo sancionatorio no hay espacio para alegar la presencia de un error de prohibición invencible.²³ A este respecto, vale la pena notar un bullado caso reciente, donde estuvo involucrado el ex candidato presidencial Hernán Büchi. Esta persona fue acusada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de haber quebrantado la prohibición de *interlocking*, una figura cuya hipótesis de hecho consiste en la participación simultánea de un sujeto en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí (una hipótesis sancionada al tenor del artículo 3 inciso segundo letra d) del Decreto Ley 211). Esto último, Hernán Büchi lo habría realizado al haber sido director o asesor relevante en tres empresas competidoras entre sí: Banco de Chile, Consorcio y Falabella.

23. Con todo, quienes apoyan la aplicación de las garantías penales a la libre competencia afirman que ha de ser incluido un análisis de culpabilidad, que a su vez implica un análisis respecto de la consciencia de la ilicitud (Valdés, 2006: 291). En esta línea, Valdés incluso afirma que no incluir un análisis de culpabilidad así entendido implica «una clara pavimentación del camino hacia el peor de los totalitarismos que pueda conocer la humanidad» (2006: 302).

Lo interesante de este caso es que el mismo Hernán Büchi había expresamente encargado al Banco de Chile y a Falabella verificar si estaban infringiendo la antedicha normativa al nombrarlo director.²⁴ A este respecto, uno podría afirmar que en este caso, Hernán Büchi, un sujeto no letrado en derecho, hizo todo lo que estaba en su poder para evitar infringir la norma, como consultar con bufetes que presumiblemente tienen abogados especialistas sobre este punto. Pero esto fue irrelevante para la FNE.²⁵

Supuestos de este tipo no son novedosos en libre competencia. Ya el TDLC y la Corte Suprema habían llegado a una conclusión idéntica respecto de la admisibilidad de un error de prohibición invencible que precluyera una sanción. A este respecto, en un caso de 2008 ambos tribunales sancionaron a una organización gremial de médicos por colusión. Lo interesante de este caso es que dichos facultativos recibieron el asesoramiento de un abogado que les aseguró que su operación estaba conforme a las normas de libre competencia, y ese abogado era nada menos que un exfiscal (regional) de la FNE.

Sería difícil poner en duda que asesorarse con un exfiscal de la FNE respecto de la ilicitud de una conducta constituye un cumplimiento de los deberes de diligencia de los actores económicos. Por esto, las partes acusadas solicitaron que se excluyera o atenuara su responsabilidad en consideración a «los aspectos subjetivos que motivaron su conducta, particularmente la buena fe, diligencia y convicción de haber actuado conforme a las normas de competencia» (TDLC, sentencia número 74 del 2008, en lo expositivo 2.6.1). Sin perjuicio de lo anterior, tanto el TDLC²⁶ como la Corte Suprema²⁷ decidieron sancionar a los médicos.

Lo anterior no es particularmente llamativo, pues en sede administrativa se rechazan las alegaciones basadas en lo que en derecho penal se denomina genéricamente «errores inevitables» (Van Weezel, 2017: 1011). A este respecto, vale la pena notar que la posibilidad de descartar la procedencia de una sanción por la vía de reconocer un error de prohibición no es una cuestión menor. Esto, pues si la sanción penal tiene la función de expresar reproche, entonces es necesario para que la expresión de reproche sea justa que el sujeto al cual se dirige la sanción sea o pueda ser consciente de que lo que está haciendo es antinormativo.

Así, si uno sigue una concepción retribucionista de la pena, el reproche de culpabilidad puede ser visto como un reproche por una falla personal que muestra una

24. Información disponible en <https://bit.ly/3CNNEnH>.

25. Con todo, el caso finalmente terminó por la vía de conciliación (información disponible en <https://bit.ly/46hkFGi>). Lo anterior no obsta, sino que de hecho refuerza, que no conocer que se está infringiendo una norma (error de prohibición) es irrelevante en sede de libre competencia, pues si se admitiera el error de prohibición invencible, no habría ningún ilícito a partir del cual llegar a una conciliación.

26. TDLC, sentencia número 74 de 2008, punto resolutivo 1) y 2).

27. Corte Suprema, rol número 5937 de 2008, punto resolutivo 1).

falta de sentido de la justicia, de modo tal que ese reproche se expresa en la irrogación del mal en que se materializa la imposición de la pena (Mañalich, 2007: 143). Pero lo anterior implica que, si alguien no solo no sabía que una acción estaba prohibida, sino que además tomó pasos razonables para informarse de la potencial incorrección de una acción, entonces su desconocimiento del carácter prohibido de una acción no puede ser interpretado como una falla personal que muestra una falta de sentido de la justicia. Pero esto es irrelevante cuando de lo que se trata es la prevención, lo que demuestra que el sistema de libre competencia no es inteligible si a él se le imputa una función penal.

En relación con lo anterior, uno podría esperar que en contextos de mayor especialización funcional (como los mercados que regula la libre competencia) hubiera un estándar más exigente sobre la existencia de un error de prohibición invencible. Esto, pues uno podría exigir que quienes participan en estos mercados hagan suya la carga de informarse de esta normativa.

Con todo, lo que ocurre con esta regulación es que se prescinde totalmente de esta consideración, por lo que se castiga incluso a quienes no tenían posibilidad de saber que lo que hacían era antinormativo (error de prohibición invencible). A este respecto, en la medida en que solo se puede hacer responsables a las personas de aquello que conscientemente hacen o pudieron razonablemente haber previsto, responsabilizarlos de algo que no pudieron evitar demuestra una actitud *instrumentalizante* hacia ellos. Y si bien esto no es inteligible si se asume que la función del sistema es expresar reproche (derecho penal), sí es inteligible si se asume que la función del sistema es conducir a la disuasión general, pues a este respecto, una teoría puramente prevencionista no excluye la posibilidad de que pueda imponerse una pena a un sujeto no culpable (Mañalich, 2007: 125). Esto, porque excluir la posibilidad de tematizar un error de prohibición es perfectamente entendible bajo una lógica sancionatorio-administrativa, pues la autoridad administrativa requiere un marco de flexibilidad adaptativo para la consecución de fines, más allá del caso concreto (Londoño, 2012: 160).

Legalidad

En esta sección abordaré cómo distintas vertientes del principio de legalidad se relacionan con la normativa de libre competencia. Aquí, la tesis es la misma que fue presentada más arriba: si se asume que las garantías penales aplican en libre competencia, muchas de sus instituciones son ininteligibles.

a. Tipicidad

Un punto especialmente importante en cuanto a la aplicación de las garantías penales es aquel relacionado con el principio de legalidad, y, en particular, si aplica de

la misma manera en libre competencia que en sede penal. Este punto es relevante, primero, por la potencial creación de un ente administrativo que genere normas de manera puramente administrativa cuya potencial infracción se castigará de manera directa. Segundo, este punto también es relevante porque hay quienes afirman que el TDLC es un regulador de comercio, cosa que se sigue del hecho de que el artículo 3 del Decreto Ley 211 es «un cheque en blanco, quedando delegada la facultad de definir el derecho y política de la competencia en el TDLC, principalmente por la vía de resolver jurisdiccionalmente litigios de conformidad al artículo 18 número 1 y 20 del Decreto Ley 211» (Agüero, 2011: 6).²⁸

A este respecto, si se ha de aplicar una norma que es tan vaga que algunos incluso la consideran un tipo penal en blanco, que es rellenado por el quehacer de los tribunales, cuánto peso tiene el principio de legalidad pasa a ser una cuestión relevante. Sobre la aplicación del principio de legalidad entendido como una garantía penal, Valdés afirma que de la aplicación de las garantías penales al sistema de libre competencia se sigue «la irretroactividad absoluta de las leyes que crean injustos administrativos» (2006: 219). Pero, como vimos, el «tipo genérico» de la normativa de libre competencia es tan vago que es considerado un «cheque en blanco», por lo que el TDLC, al utilizarlo, desarrollaría una función regulatoria.²⁹ Y esto tiene serios problemas si lo que se quiere es asegurar la irretroactividad de la ley, pues, como dice Yowell, la producción judicial de normas jurídicas en un caso concreto tiene efectos retroactivos respecto de las partes, pues no pudieron conocer esa norma de antemano (2012: 502).

Vale la pena notar que esta indeterminación normativa (que el TDLC aplique lo que algunos llaman «un cheque en blanco») es intolerable desde una visión según la cual la función del sistema es expresar reproche. Esto, pues desde una visión retribucionista de las sanciones (derecho penal), «para que la norma de comportamiento pueda constituir una razón eficaz para la acción, ella debe contar como una razón vigente al momento de la realización del comportamiento, lo cual se materializa en el principio de irretroactividad de la ley penal» (Mañalich, 2007: 193). En otras palabras, entender la normativa de libre competencia a la luz de un sistema garantístico de tipo penal es algo que no «calza» con las reglas efectivamente existentes. Y esto es así porque el sistema no tiene una función de expresar reproche, sino que de hacerse más efectivo.

28. Así, Agüero ha llegado incluso tan lejos como para decir que «el derecho de la competencia es lo que los tribunales dicen que es» (Véase *El estudio del derecho de la competencia por medio de la jurisprudencia*, Disponible en <https://bit.ly/3p8Oh7O>). Asimismo, Montt afirma que «desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el Decreto Ley 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).

29. Para mayores detalles, ver: Peralta, 2022: 136-140.

Este asunto está relacionado con el punto anteriormente tratado del error de prohibición, pues si el contenido de una norma prohibitiva solo es conocido suficientemente tras una sentencia, es decir, *ex post*, la capacidad de los sujetos regulados de saber de antemano que aquello que están realizando es antinormativo se ve bastante mermada. Y si de lo que se trata es de expresar reproche, esto no tendría justificación alguna. Pero desde una óptica prevencionista esto es absolutamente inteligible. Nuevamente, no importa tanto lo que efectivamente hizo alguien y si sabía que lo que hacía era incorrecto, sino que lo que importa es cómo puede el sistema (dentro de ciertos límites) hacer un ejemplo de él y así maximizar su eficacia.

En otras palabras, la creación judicial de normas en que está envuelto el TDLC es ininteligible si uno cree que han de aplicar las garantías de tipicidad e irretroactividad de la ley (y dificulta la aplicación del principio de culpabilidad en su expresión de la posibilidad de reconocer un error de prohibición invencible). Y esto se explica porque la función del sistema no es expresar reproche, y por tanto, no es especialmente problemático instrumentalizar a los acusados.

b. La posibilidad de tener reglamentación infralegal

El análisis de la aplicación del principio de legalidad también importa por la facultad del TDLC de dictar instrucciones generales. A este respecto, el número 3 del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973 menciona que una de las facultades del dicho tribunal consiste en dictar instrucciones de carácter general de conformidad con la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. En esta línea, es importante que la potestad regulatoria del TDLC responde a la amplitud del ilícito anticompetitivo del Decreto Ley 211, y es por ello que esta tiene como finalidad perseguir seguridad jurídica, estableciendo *ex ante* los criterios que usará el TDLC al examinar conductas empresariales (Agüero, 2011: 18). Y no solo esto, sino que al verse mitigado el problema de que las normas son excesivamente vagas, habría también mayores posibilidades de llevar a cabo un *enforcement* más agresivo,³⁰ si ello se creyera necesario.

Actualmente, incluso si se quisiera llevar a cabo un *enforcement* más rudo, esto sería difícil, pues como las normas son vagas, los actores solo podrían saber tras una sentencia el real alcance de las mismas, lo que tendría problemas de legitimidad y funcionalidad. Por contraste, mediante instrucciones generales se podría anunciar de antemano el camino que se busca perseguir, con lo que aumentaría la capacidad disuasoria del TDLC.

30. Ver al respecto: Peralta, 2022: 144-148. Con todo, podría haber también un *enforcement* más laxo, pues se podría crear una serie de exenciones. Así se podría solucionar el problema de que los *joint business agreements* caen bajo el tenor literal de la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley 211. Ver: Vásquez, 2020.

A este respecto, es importante indicar que quienes creen que las garantías penales aplican en sede administrativa, afirman que la colaboración reglamentaria está no solo limitada, sino virtualmente proscrita en materia de *ius puniendi* estatal, ya sea penal o sancionatorio administrativo, y que «no cabe, en ningún caso, considerar al reglamento como origen de algún ilícito administrativo o de alguna pena» (Vergara, 2004: 142).

Así, se ha afirmado que:

Una vez aceptada la colaboración reglamentaria, la realidad nos muestra una situación dantesca. Buena parte de los deberes que se imponen a los particulares se encuentran en normas administrativas (reglamentos, circulares, instrucciones, oficios, etcétera) con una mínima vinculación a la ley, las que muchas veces utilizan fórmulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa (Cordero, 2012: 414).³¹

Los límites que la ley impone negativamente, es decir, la medida en que el actuar de la administración no puede infringir ciertas normas, se relaciona con el margen de discrecionalidad que tiene la administración a la hora de crear reglas cuyo quebrantamiento irá a sancionar. Y, como afirma Letelier:

La exigencia de la tipicidad penal provoca los mismos efectos que los referidos a un estándar probatorio exigente. En ambos casos se consideraría como vigente una regla de *statu quo* que justifica la inaplicación de la regla de conducta por la posible ocurrencia de falsos positivos al momento de sancionar. Que ello se admita en el ámbito penal se debe a una justificación bastante conocida y de la cual ya hemos hecho mención. En tanto la pena por antonomasia asociada al delito es la privación de libertad, en tanto ella posee una carga retributiva que expresa un reproche social y en tanto es un elemento básico de la condena la culpabilidad, resulta razonable que esa condena se efectúe solo en aquellos casos en donde no existan dudas razonables de la conducta ejecutada y del nivel de culpabilidad en que el infractor incurrió. En el ámbito administrativo, en cambio, los deberes públicos pueden ser construidos con fórmulas legales amplias, con «estándares» o mediante regulación infralegal. Dichos deberes, en efecto, construyen la regulación de un determinado sector, poseen niveles técnicos altos —por ello el diseño institucional resulta tan relevante— y promueven conductas correctas en esos entornos (2017: 655-656).

Por eso, es crucial atender a que no aplican los mismos estándares de determinación legal de las conductas sancionadas en sede penal que en sede de libre competencia. Esto, pues el derecho administrativo sancionatorio opera en términos generales al margen de lo que en derecho penal se conoce como tipicidad o determinación de

31. Con todo, Cordero sí parece aceptar la colaboración reglamentaria, si bien le parece un asunto de cuidado (2012: 414 y ss.).

los ilícitos (Van Weezel, 2017: 1012). Así, y en cuanto a la exigencia de que las conductas punibles penalmente estén determinadas precisamente a nivel legislativo, podemos decir que esto es bastante diferente de lo que ocurre en el ámbito administrativo.

En nuestro sistema jurídico, gran parte de la regulación administrativa se realiza mediante fuentes infralegales. Las reglas de comportamiento administrativo sólo pueden entenderse a cabalidad mediante los reglamentos o las resoluciones dictadas al efecto. Y esto, en caso alguno resulta ser una excepción sistémica, sino que es la regla general, pues la regulación administrativa resuelve los problemas más prácticos y técnicos de la vida social (Letelier, 2017: 651).

Delación compensada

Otra institución que demuestra que la sanción de libre competencia no cumple una función de expresar reproche es la delación compensada. Esta es una de las herramientas paradigmáticas del sistema. Mediante esta, se puede incluso llegar a prescindir totalmente de la sanción a ser impuesta a una empresa o persona si ella, con su delación, hace posible la persecución de otros actores. Así, no se busca retribuir un mal, sino que hacer al sistema eficaz. Aquí, conscientemente se deja sin castigo a una persona que admite haber cometido un delito voluntariamente. Este queda incólume, pero, con todo, se prescinde de la sanción para que el sistema sea más eficiente.

La existencia de esta institución no es explicable si se le mira a la luz del objetivo del derecho penal, el cual es expresar reproche. Esto, pues en éste último mantienen amplia primacía los puntos de vista que solo consideran como legítima la pena «merceda» por el injusto cometido, con independencia, en el plano de la fundamentación general de la sanción, de consideraciones pragmáticas preventivas o disuasivas (Van Weezel, 2017: 1009). Así, una expresión de reproche hecha para la obtención de determinadas consecuencias, por definición deja de constituir un reproche, aun cuando se lo presente como tal y haya base para el mismo (Mañalich, 2017: 156).

Es justamente esta lógica la que domina la institución de la delación compensada, que fue desarrollada al alero de una visión economicista del derecho administrativo sancionatorio, que considera a las personas como agentes racionales que hacen un cálculo de costo-beneficio, por lo que, para disuadirlos de una decisión de incurrir en un delito, deben aumentarse los costos esperados de esa decisión (Belmonte, 2021: 63),³² lo que se aviene con la lógica objetivante del derecho administrativo

32. Belmonte busca refutar esta fundamentación meramente utilitarista de la delación compensada. Así, afirma que nos encontramos ante un equivalente funcional de la pena, que comparte su finalidad. A este respecto, distingue entre la dimensión comunicativa de la pena (el reproche al sancionado) y su dimensión aflictiva (el castigo impuesto al sancionado). Y afirma que la delación compensada, si bien excluye la segunda dimensión, sí incluye la primera (2021: 68). Creo que dicha formulación no es estable, pues la dimensión comunicativa y la dimensión aflictiva están conectadas: la dimensión comunicativa

sancionatorio (ver sección *La imagen que tiene cada área del derecho sobre los sujetos sancionados*).

A este respecto, se podría replicar que a aquellos efectivamente castigados se les impone una sanción que sí los reprocha. Pero el punto es que ellos son tan materialmente culpables como aquellos a quienes se les permitió hacer uso de la delación compensada. Así, lo único que los diferencia de aquellos quienes hicieron uso de la delación compensada es que a estos hay que sancionarlos para que haya algún efecto disuasorio que vuelva inestable las actuaciones ilícitas.

Posibles objeciones

En esta sección quiero adelantarme a objeciones que potencialmente podrían dirigirse al argumento aquí expuesto. Primero, alguien podría afirmar que la imposición de una multa es la irrogación de un mal, y que por ello necesariamente expresa un reproche hacia quien es dirigido. Esto pasa por alto que la ligazón entre una expresión de reproche y la irrogación de un mal es contingente (Mañalich, 2007: 163). Aquello no solo significa que puede haber otros símbolos convencionales para la expresión de reproche. También implica que pueden haber casos en que se irroga un mal no para expresar reproche, sino que para cumplir otra función.

Lo anterior es relevante, pues hay autoras como Krause que afirman que «las sanciones tienen un componente simbólico, del que no parece razonable ni necesario y, más aún, del que resulta indeseable, prescindir» (2020: 4).³³ Pero, desde una perspectiva teórica, no es relevante si es deseable prescindir de ello (el dogmático parte del derecho positivo, no del derecho deseable). Lo relevante es si las instituciones existentes admiten una interpretación según la cual lo sancionatorio administrativo busca expresar reproche. Así, asumido que «*ciertas formas* de irrogación de mal se han convertido en símbolos inequívocos de reprobación» (Mañalich, 2007: 137, énfasis agregado), de esto no se sigue que *toda* forma de irrogación del mal exprese reproche.

Por lo anterior, puede perfectamente ser el caso que la irrogación de cierta clase de males cumpla con expresar reproche (penas aflictivas propias del derecho penal), pero la irrogación de otra clase de males tan solo cumpla la función de aumentar el

se expresa mediante, y tiene su soporte en la dimensión aflictiva de la sanción (esto es desarrollado en mayor profundidad en la sección *Posibles objeciones*, a propósito de la crítica a María Soledad Krause). De hecho, Belmonte afirma que, a fin de cuentas, la delación compensada sí tiene un componente que cae bajo la lógica penal en la medida en que se restablece la vigencia de la norma defraudada (2021: 69). Pero esto cae bajo la lógica administrativa, por todo lo dicho más arriba.

33. Así, hay autores que agregan que «habiendo, entonces, el Estado tomado una decisión respecto de cuáles actos son ilícitos y merecedores de una reacción estatal represiva, es razonable y armónico con el ordenamiento sostener que el contenido de la sanción administrativa no tiene una neutralidad valorativa» (Larraín y Palma, 2022: 4).

cumplimiento de cierta normativa sectorial (multas propias del derecho administrativo sancionador). A este punto se podría responder que las multas de libre competencia son de una entidad tal que se vuelven comparables en cuanto a su aflicción a las penas penales, por lo que a fin de cuentas compartirían una misma naturaleza. Pero, como recuerda Ríos:

Una multa, por muy alta que sea —en el plano administrativo— jamás podrá ser comparada con una pena privativa de libertad, más aún cuando en materia administrativa no procede la conversión de las multas en días de reclusión, como sí ocurre en materia penal, tal como lo dispone el artículo 49 del código del ramo, por ende esta «aproximación» pasa por alto la afectación que conlleva una pena corporal: la libertad [...] la (multa) siempre resultará más gravosa por la conversión apuntada más arriba —artículo 49 del Código Penal— por lo que en último término siempre estará amenazada la libertad individual como objeto del castigo, lo cual jamás ocurrirá en un ilícito de carácter netamente administrativo (2010: 185).

Otra posible objeción es que el derecho penal también incluye multas, por lo que no habría una separación nítida entre la libre competencia y el derecho penal. Pero la existencia de espacios marginales de superposición de los ámbitos propios del derecho penal y del derecho administrativo sancionatorio no obsta a la plausibilidad de asumir una demarcación cualitativa del uno frente al otro. Como afirma Mañalich:

La reducida cuantía de determinadas penas de multa, previstas por los códigos penales o las leyes penales especiales, puede explicarse ante todo como un resabio de lo que cabría llamar un modelo de «derecho penal administrativo», el cual surgiera, una vez superada la representación de un «derecho penal de policía», determinado por la circunstancia histórica de la inexistencia de un régimen administrativo sancionatorio general, ante lo cual las legislaturas habrían tendido a optar por «penalizar» aquello que, desde un punto de vista cualitativo, estaría mucho más cerca de constituir una infracción administrativa (2017: 463).

Además, es importante que, si bien ambas áreas contemplan multas, en el caso del derecho penal está la pena («penal») como un fantasma que recorre el sistema,³⁴ lo que no ocurre en el derecho de libre competencia. Así, la imposibilidad de que el sistema de multas de libre competencia³⁵ imponga sanciones privativas de libertad, abona la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones, y en los criterios utilizados para su imputación (Ríos, 2010: 185).

34. En el sentido de que, si bien puede haber salidas alternativas o sanciones de multas, todas estas, eventualmente, pueden ser reconvertidas en penas penales si se cumplen determinadas condiciones.

35. Con este nombre busco excluir del análisis a la imposición de penas penales que es posible en nuestro sistema, pues a él sí aplican todas las garantías penales.

Finalmente, y esto va de suyo, que no apliquen las garantías penales al procedimiento de libre competencia no significa que no aplique garantía alguna, pues siguen aplicando en esta sede las garantías administrativas. Así, entre los otros constreñimientos al poder sancionatorio de la administración, podemos contar con el procedimiento administrativo. Como nos recuerda Montt:

El derecho administrativo de la luz verde no pretende revivir el sistema «pre-beccariano» en el que la administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos. El énfasis vuelve una vez más al procedimiento administrativo, en donde confluyen aquí ambas concepciones del derecho administrativo: no solo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de las sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías (2010: 22-23).

Y estos límites tienen un correlato institucional. Montt destaca que un derecho administrativo responsivo supone un renovado foco en el procedimiento administrativo. A este respecto, afirma que el ideal de la buena administración se concretiza mediante metodologías de diseño institucional que pueden clasificarse en dos grandes grupos: primero, aquellas que podemos llamar «negativas» o «anti-pesimistas», que apuntan a superar las denominadas «fallas de gobierno» o «captura del regulador»; y, segundo, las que podemos llamar «positivas» o de «interés público», que apuntan derechamente a optimizar la efectividad y la eficiencia tanto de la actuación administrativa como de los efectos de dicha actuación en la sociedad (2010: 14).

Conclusión

Si analizamos las sanciones de libre competencia y las sanciones penales podemos concluir que estas tienen distintas funciones. Lo anterior implica que tienen una naturaleza diversa y no pueden ser englobadas dentro de un *ius puniendi* común, por lo que no deben aplicar a ambas las mismas garantías.

Referencias

- AGÜERO, FRANCISCO (2011). *Alcance y límites de la potestad normativa del tribunal de defensa de la libre competencia*. Informe en derecho número 17. Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en bit.ly/3Pe3Aqp.
- ATRIA, FERNANDO (2013). «Legislación, jurisdicción, administración». En Fernando Atria, Rodrigo Correa, Julián López y Lucas Sierra (editores), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés* (pp. 77-185). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2016). *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Sao Paulo: Marcial Pons.

- . (2020). «Una réplica para seguir conversando». En Javier Gallego (editor), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con la forma del derecho* (pp. 581-728). Lima: Palestra.
- BELMONTE, Matías (2021). «La delación compensada desde una perspectiva penal». *Revista Jurídica Digital UANDES*, 4 (2): 57-74. DOI: 10.24822/rjduandes.0402.3
- CARO, Dino (2006). «Las garantías constitucionales del proceso penal». *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*: 1027-1045.
- CORDERO, Eduardo (2012) «El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 25 (2): 131-157.
- ROMERO, CRISTIÁN (2020): «Derecho administrativo sancionador en Chile: “Ubicación” y “Límites”». *Revista Derecho y Sociedad*, 54 (1): 155-170.
- FUCHS, Andrés (2019). «El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: Una propuesta de debate para la denominada agenda anti-abusos». *Investigaciones CeCo*.
- KINDHÄUSER, Urs (2012). «Los tipos de delito en el derecho penal económico». *Derecho penal contemporáneo*: 145-162.
- KRAUSE, María Soledad (2020). «Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia». *Investigaciones CeCo*.
- LARRAÍN, Ignacio y Matías Palma (2022). «Comentarios desde el derecho comparado sobre la aplicación concreta de la garantía del debido proceso en casos de colusión». *Investigaciones CeCo*.
- LETÉLIER, Raúl (2017). «Garantías penales y sanciones administrativas». *Política Criminal*, 12: 622-689.
- . (2018). «El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 23 (1): 209-229.
- . (2020). «Sanciones administrativas regulatorias: Tres premisas sobre su función». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 32: 65-83.
- LIZANA, Claudio (2022). «Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y debido proceso». *Investigaciones CeCo*.
- LONDOÑO, Fernando (2014). «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 27 (2): 147-167.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2007). «La pena como retribución». *Revista Estudios Públicos*, 108: 117-205.
- . (2017). «El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno». En Felipe Belmar y Pia Chible (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (pp. 457-527). Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- MONTT, Santiago (2010). *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales*. Santiago: RegCom. Disponible en <https://bit.ly/3CuqemZ>

- . (2011). «El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas».
- MOORE, Michael (1997). *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- PERALTA, Ignacio (2022). «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». *Revista de Derecho Económico*, 79 (2): 127-152.
- RIED, Santiago (2020). «El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica. Una función a veces olvidada». *Investigaciones CeCo*.
- RÍOS, Rodrigo (2010). «Injusto monopolístico. Entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador». *Derecho y Humanidades*, 16 (1): 173-186.
- ROMERO, Juan (2011). «Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno». En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 503-537). Santiago: Thomson Reuters.
- ROJAS CALDERÓN, Christian, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Pablo Méndez Ortiz (2021). «La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la administración pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 34: 97-130.
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- VAN WEEZEL, Alex (2017). «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo». *Política Criminal*, 12 (24): 997-1043.
- 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*.
- VELOZO, Javier y González, Daniela (2011). «Reflexiones en torno a algunas facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia». En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (editor), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 21-71). Santiago: Thomson Reuters.
- VERGARA, Alejandro (2004). «Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 11 (2): 137-147.
- WEBER, Spencer (2019). «Antitrust and Democracy». *Florida State University Law Review*, 46: 807-860.
- WHYTE, Jessica (2019). *The morals of the market: Human Rights and the rise of neoliberalism*. Londres: Verso.
- WILENMANN, Javier (2017). «Control institucional de decisiones legislativas político-criminales». *Estudios Constitucionales*, 15 (2): 389-446.
- . (2020). «La imposición constitucional de disciplina en la práctica sancionadora del Estado». *Latin American Legal Studies*, 6: 45-62.

YOWELL, Paul (2012). «Legislación, common law, y la virtud de la claridad». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2): 481-512.

Agradecimientos

Agradezco a los profesores Juan Pablo Mañalich y Javier Contesse, y sus respectivos grupos de ayudantes, por observaciones realizadas a una versión anterior de este artículo.

Sobre el autor

IGNACIO PERALTA FIERRO es 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. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).